

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الوادي

مديرية ما بعد التدرج والبحث
العلمي والعلاقات الخارجية



معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

أثر الاجتهاد القضائي في تحقيق الاستقرار الأسري في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة - فك الرابطة الزوجية أنموذجا-

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل م د في العلوم الإسلامية
تخصص: الشريعة والقانون

إشراف الأستاذ الدكتور:

عبد القادر حوبة

من إعداد الطالبة:

• ليلى حمي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
إبراهيم رحمانى	أستاذ	جامعة الوادي	رئيسا
عبد القادر حوبة	أستاذ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
محمد لطفي كينة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الوادي	ممتحنا
جمال غريسي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الوادي	ممتحنا
عيسى معيزة	أستاذ	جامعة الجلفة	ممتحنا
مسعود هلالى	أستاذ	جامعة الجلفة	ممتحنا

الموسم الجامعي: 1445/1444 هـ - 2023/2022 م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الوادي

مديرية ما بعد التدرج والبحث
العلمي والعلاقات الخارجية



معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

أثر الاجتهاد القضائي في تحقيق الاستقرار الأسري في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة - فك الرابطة الزوجية أنموذجا-

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل م د في العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون

إشراف الأستاذ الدكتور:

عبد القادر حوبة

من إعداد الطالبة:

• ليلي حمي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
إبراهيم رحمان	أستاذ	جامعة الوادي	رئيسا
عبد القادر حوبة	أستاذ	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
محمد لطفي كينة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الوادي	ممتحنا
جمال غريسي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الوادي	ممتحنا
عيسى معيزة	أستاذ	جامعة الجلفة	ممتحنا
مسعود هلاي	أستاذ	جامعة الجلفة	ممتحنا

الموسم الجامعي: 1445/1444 هـ - 2023/2022 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ملخص الدراسة:

تبرز هذه الدراسة أهمية الاجتهاد القضائي في قضاء شؤون الأسرة، وحرصه على حمايتها وضمان استقرارها؛ فالعامل الأساسي لضمان الاستقرار الأسري هو حماية حقوق أفرادها، لذا جاءت الإشكالية المطروحة في هذه الدراسة: إلى أي مدى أسهم الاجتهاد القضائي في تحقيق الاستقرار الأسري؟ وللإجابة عنها تم التطرق إلى مفهوم الاجتهاد القضائي وعلاقته بالاستقرار الأسري، ثم الحديث عن صور فك الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو الخلع أو التطليق للضرر في اجتهادات المحكمة العليا، كما تضمنت الدراسة دور الآليات البديلة (الصلح والتحكيم) في حل النزاعات الأسرية، ثم ختمت الدراسة بالحديث عن الآثار المادية والآثار غير المادية لفك الرابطة الزوجية وأثر الاجتهاد القضائي في حمايتها. ومن أهم النتائج المتوصل إليها أن اجتهادات المحكمة العليا لعبت دورا هاما في حماية الأسرة وضمان استقرارها، حتى بعد فك الرابطة الزوجية، سواء من حيث السهر على التفسير الصحيح للنصوص أو الاجتهاد بما يتوافق وأحكام الشريعة.

الكلمات المفتاحية: الاستقرار الأسري؛ الاجتهاد القضائي؛ فك؛ الرابطة الزوجية؛

Abstract:

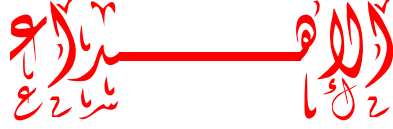
This study deals with the importance of jurisprudence in the judiciary in family affairs, and its keenness to protect it and ensure its stability. The main factor to ensure family stability is the protection of the rights of its members, so the problem posed in this study is: To what extent does jurisprudence contribute to achieving family stability ?

In order to answer that, this research shows the concept of jurisprudence and its relationship to family stability. It also shows the types divorcement, whether through **divorce**, ' **khul** ' or **Fault – based divorce** in the jurisprudence of the Supreme Court.

The research also includes the role of alternative mechanisms (conciliation and arbitration) in resolving family disputes. Finally, the research deals with the material and non-material effects of divorcement and the effect of jurisprudence in protecting it.

The research concluded that the jurisprudence of the Supreme Court played an important role in protecting the family and ensuring its stability, even after divorcement, whether in terms of ensuring the correct interpretation of the texts or jurisprudence in accordance with the provisions of Sharia.

Keywords :family stability; Diligence judicial ; decipher; marital bond;



أهدي ثمرة هذا الجهد؛

إلى روح من رحل عني ومحياه لا يفارق مخيلتي، إلى الظل الذي كنت أحتفي به؛
والذي الحنون رحمه الله رحمة واسعة وطيب ثراه.

إلى من سهرت وتعبت إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي، أمي
المباركة أطال الله بقاها ورزقها الصحة والعافية وجزاها خير ما يجزي أمًا عن
أولادها.

إلى قرة عيني ورفقاء دربي أولادي ريان، شهد، أسامة.

إلى إخوتي وأخواتي وجميع أقاربي وكل من له حق عليّ.

إلى كل من أسدى إلي معروفًا.

الطالبة: ليلى حمي

شكرًا وعرفانًا

الحمد لله الذي هداني لهذا وما كنت لأهتدي لولا أن هداني الله؛ فاللهم لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، ولك الشكر بما يوافي نعمك ويكافئ مزيديك.

كما أتقدم بالشكر والعرفان لصاحب الفضل والعطاء؛ أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور عبد القادر حوبة الذي تفضل علي بقبول الإشراف على هذه الأطروحة ومنحني توجيهاته وأنار لي دروب البحث رغم التزاماته وكثرة أعبائه، وكان له الفضل الكبير في إتمام الأطروحة في وقتها.

كما يتوجب علي أن أقدم جزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرة كل باسمه ووسمه ومقامه وعلى رأسهم رئيس لجنة المناقشة؛ على اقتطاعهم من وقتهم الثمين وقبولهم مناقشة أطروحتي، وعلى المجهودات التي يبذلونها للإثراء والتصويب والتوجيه؛ لإخراج الأطروحة في أبهى حلتها، بارك الله لهم في علمهم وجهدهم ووقتهم.

كما لا أنسى كل من مدّ لي يد المساعدة من الأساتذة الأفاضل؛ توجيهًا وإرشادًا وتدقيقًا، وأخص بالذكر الدكتور: نور الدين مناني؛ فجازاهم الله خير الجزاء ونفع بهم وزادهم فضلًا وعلمًا.

الطالبة: ليلى حمي

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه أجمعين.

قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ بِتَفْؤِ رَبِّكُمْ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِّنْ نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَفِيبًا﴾ [النساء 01] .

تعد الأسرة اللبنة الأساسية للمجتمع، لذا أوليت عناية بالغة على مرّ العصور من قبل المفكرين والفلاسفة والعلماء والباحثين في مختلف المجالات باعتبارها البوتقة التي يستمد منها المجتمع أفرادها؛ مصدر القوة والتمكين، والاستمرارية والتطور.

وقد كان لأحكام الأسرة في نصوص القرآن والسنة وافر الحظ والنصيب، وبالرغم من اختلاف الفقهاء حول تفسير بعض هذه النصوص لما يعتريها من تشابه، إلا أن الأئمة الفقهاء كان لهم قواعد يعتمدونها في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية أو استنباطها بما يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

وتعد أحكام القضاء في شؤون الأسرة في البلاد الإسلامية عامة، والتشريع الجزائري خاصة مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا أساسيا من مصادر التشريع في قانون الأسرة، وللقاضي سلطة واسعة في إعمال هذه النصوص في القضايا الخاصة بشؤون الأسرة.

ولكن أمام المستجدات التي يعيشها المجتمع الجزائري، وما يعرض من قضايا تتعلق بالأسرة أمام المحاكم، وكذا الأصوات التي تنادي بالمساواة المطلقة بين الرجل والمرأة-وهما الركيزتان الأساسيتان لقيام ونشأة كل أسرة- في جميع الميادين حتى في شؤون الأسرة، لتكون بذلك الأسرة المسلمة مستهدفة في تعاليم دينها وتقاليدها وما تعارفت عليه.

ليأتي بذلك تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. ليمس جملة من المواد؛ سواء تلكم التي تتعلق بإنشاء الرابطة الزوجية، أو بإحلالها، إلا أن المشرع الجزائري في القانون الجديد لم يحدد مذهباً معيناً اعتمده في تشريعه، بل استفاد من كل المذاهب من أجل تحقيق الاستقرار الأسري، مما يدفع بالقضاة والاجتهادات القضائية إلى اتباع أي مذهب أو التلفيق بين

المذاهب في بعض الحالات؛ من أجل الوصول إلى مقصد الشريعة والقانون، حيث أحال المشرع الجزائري القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حال غياب النص من دون أن يحدد له مذهباً معيناً؛ وذلك في نص المادة (222) من ق.أ.ج.

كما أن للاجتهادات القضائية التي استقرت عليها المحكمة العليا فيما يخص شؤون الأسرة دور فعال في ضمان التطبيق السليم للقانون وفهمه فهما مقاصديا، معتمدة في أغلب اجتهاداتها على اجتهاد الفقهاء بتنوع مذاهبهم، ليكون بذلك الاجتهاد القضائي قد سعى إلى تحقيق الاستقرار الأسري وضمان حقوق أفرادهم وساهم في إجلاء النقص والغموض الذي يعتري بعض موادها خاصة في حالات فك الرابطة الزوجية.

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري نظم إجراءات فك الرابطة الزوجية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وعليه ستكون دراستنا حول قضايا فك الرابطة الزوجية بجميع حالاتها وذلك بدراسة الموضوع من حيث حالاته الموضوعية والإجرائية والوقوف على مدى تحقيق الاجتهادات القضائية في الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا في قضايا الطلاق والتطليق والخلع، للاستقرار الأسري الذي يحوز أهمية عظمى تظهر في المكانة التي تحوزها الأسرة في المجتمع؛ باعتبارها النواة الأولى في بنائه، ولقد حرص الاجتهاد القضائي منذ نشأته إلى اليوم على حماية الأسرة، وذلك بالعمل على مراقبة الأحكام القضائية والسعي إلى جلاء الغموض ورفع الخلاف وإنزال حكم القانون على النزاع. ومن خلال العرض المذكور آنفا ارتأيت أن يكون عنوان هذه الدراسة موسوما بـ :

**أثر الاجتهاد القضائي في تحقيق الاستقرار الأسري في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة
الجزائري -دراسة مقارنة- فك الرابطة الزوجية أنموذجا-**

أولا - أهمية الموضوع:

تكمن أهمية هذه الدراسة في نقاط نذكرها في الآتي:

- أهمية موضوع الأسرة باعتبارها نواة المجتمع، وكذا مكانتها في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية.

- يعتبر الاستقرار الأسري موضوعا ذا أهمية كبيرة في نظر التشريعات والاجتهادات الفقهية والقضائية.
- جهل كثير من الأزواج المطلقين عن اجتهادات المحكمة العليا، وما تحمله من ضمانات وحقوق للطرف المتضرر.

ثانيا- إشكالية الموضوع:

- لكل دراسة جملة من الإشكالات الموضوعية؛ التي تحتاج إلى مناقشة وتحليل وفق منهجية علمية، وإحاطة متكاملة بمختلف جوانبها، والإشكالية التي تطرحها هذه الدراسة:
- إلى أي مدى أسهم الاجتهاد القضائي في تحقيق الاستقرار الأسري في قضايا فك الرابطة الزوجية ؟

وينجر عن الإشكال الرئيس تساؤلات فرعية منها:

- فيما تتمثل أهمية الاجتهاد القضائي وما علاقته بالاستقرار الأسري؟
- كيف عالج المشرع الجزائري ومنه الاجتهادات القضائية قضايا فك الرابطة الزوجية؟
- ما هو أثر الآليات البديلة في تحقيق الاستقرار الأسري؟ وما دور الاجتهاد القضائي في تفعيلها؟
- ما أثر الاجتهاد القضائي في ضمان حقوق الأسرة قبل وبعد فك الرابطة الزوجية؟

ثالثا- سبب اختيار الموضوع:

إن أصدق ما يصفه الباحث هو ما عايشه وما لمس ورآه؛ فهو بالتالي يكون أقرب للواقع؛ لذا رأيت أن أعالج موضوع انحلال الرابطة الزوجية بمختلف صورها والبحث عن دور التشريع وتطبيقات القضاء في حماية الكيان الأسري بعد فك الرابطة الزوجية، ولقد اخترت هذا الموضوع لعد أسباب؛ منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي.

1- الأسباب الذاتية:

- الميل إلى معالجة مختلف قضايا الأسرة، فهي قضايا مستجدة بصفة دورية؛ باعتبار أن الأسرة هي المنشئ الأصلي للفرد، والمكون الأساسي للمجتمع.

- الرغبة الشخصية في حل المشكلات الأسرية بين الأوساط المحيطة واقتراح الحلول.

2- الأسباب الموضوعية والعلمية:

- التعرف على الدور الذي تقوم به المحكمة العليا؛ وذلك من خلال اجتهاداتها في حل الخلافات الأسرية، خاصة في قضايا فك الرابطة الزوجية.

- تسليط الضوء على الاجتهادات القضائية الخاصة بشؤون الأسرة، وذلك من خلال الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، ومدى التزام القاضي بتطبيق النصوص التي سنّها المشرع الجزائري، والوقوف على مدى فاعليتها.

- الربط بين الاستقرار الأسري وفك الرابطة الزوجية، موضوعا يحتاج إلى تبين وتوضيح، وهو ما أردت التطرق إليه.

رابعا- أهداف الدراسة:

1- البحث في أحكام الاجتهادات القضائية في قضايا فك الرابطة الزوجية، وتثمين دورها في تحقيق الاستقرار الأسري.

2- إبراز دور الاجتهاد القضائي في تحقيق التماسك الأسري، وسعيه لأجل تطبيق العدالة في قضايا الخلافات الأسرية وخاصة بين الزوجين.

3- بيان مدى اعتماد المشرع في قانون الأسرة الجزائري وكذا الاجتهادات القضائية على أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا أساسيا من مصادر التشريع.

4- إظهار الضوابط التي يجب أن يتقيد بها القاضي في اجتهاداته، ومدى إسهامها في التوصل إلى اجتهادات تخدم الاستقرار الأسري.

خامسا- الدراسات السابقة:

1- الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، لمحمود بن الصغير، أطروحة (دكتوراه) جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم الشريعة سنة: 2008-2009.

هدفت الدراسة إلى التأصيل الشرعي الذي سعى إلى حفظ نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية وبيان مقاصدها السامية، كما سعت الدراسة إلى الكشف عن مدى الارتباط الوثيق بين أحكام الشرع الإسلامي وقانون الأسرة وتطبيقات المحكمة العليا.

وخلصت إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية وما استنبطه فقهاء الشريعة من خلال اجتهاداتهم الفقهية قد أسهم بشكل كبير في حماية الكيان الأسري والتصدي لكل ما من شأنه أن يزعزع استقرارها؛ وذلك بإيجاد الحلول لكل الإشكالات، في حين أن اجتهادات المحكمة العليا والقرارات الصادرة عنها لا ترقى في مفهومها إلى تحقيق معنى الاجتهاد القضائي الشرعي في شروطه وضوابطه، وأن توسطها بين النظرة الفقهية والقانونية جعلها لا ترقى إلى درجة الاجتهاد ولا تتعدى صلاحيتها مجرد تقليد مذهب أو رأي معين، وعملها لا يتعدى تصحيح أو تخطئة الأحكام الصادرة عن المحاكم الأدنى درجة منها.

وهذه الدراسة ترتبط بشكل كبير مع الدراسة الحالية؛ وذلك من حيث الموضوع في حد ذاته، وقد استفدت من هذه الأطروحة كثيرا، وقد ذكر الباحث في بداية بحثه أن الأحكام الفقهية أصبحت قديمة ونعتها بالقصور في مواكبة المستجدات، ودعا إلى فتح باب الاجتهاد الفقهي المقاصدي؛ مما يستوجب الاعتماد على الاجتهاد القضائي الذي غاية عمله تفسير النصوص وفق مقاصد الشريعة الإسلامية.

ويكمن التقاطع بين هذه الدراسة والدراسة الحالية؛ أن الدراسة هذه الأخيرة تسعى إلى تبيين عمل الاجتهاد القضائي في ضمان حماية الاستقرار الأسري، وذلك برجوعه في أغلب الحالات إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية نصا وتطبيقا -بالتحديد في حالات فك الرابطة الزوجية وكل ما تعلق بها من أحكام وآثار- ، وبالتالي فإن التفسير الصحيح للنصوص وتطبيقها تطبيقا سليما فإن ذلك غاية الاجتهاد.

2- الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، ل: كريمة محروق، أطروحة (دكتوراه)، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق لسنة: 2014-2015.

هدفت الدراسة إلى التأصيل للحماية القانونية لحفظ نظام الأسرة في ظل التعديل الجديد لقانون الأسرة وقانون العقوبات؛ وذلك لإدراك مدى قدرة هذه القوانين على مواكبة مستجدات الحياة

الأسرية من خلال الأحكام القضائية، كما هدفت إلى إبراز دور أحكام الشريعة الإسلامية في حماية الأسرة باعتبارها المصدر الأول للتشريع العام والخاص في قضايا شؤون الأسرة. وخلصت إلى جملة من النتائج حسب جزئيات الموضوع المتعددة. وبعد عرض ما جاء في هذه الدراسة، فهي تتقاطع مع دراستي في معالجة مسائل مختلفة، كما أنها تركز على القانون الجنائي وكذا قانون الأسرة، فالدراستان إذا لا يلتقيان إلا في بعض النقاط التي تخص الأسرة خاصة في انحلال الرابطة الزوجية والآثار الناجمة عنها. وعليه ستكون دراستنا معمقة ومحددة من خلال تحديد مجال الدراسة، بحيث سيقصر ذلك عن قضايا فك الرابطة الزوجية فحسب، بجميع صورها من خلال قانون الأسرة الجزائري وإسقاطها على الاجتهادات الفقهية أو الاكتفاء بالمذهب المالكي للحصول على الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري - دون التطرق إلى القوانين والتشريعات المقارنة- وإبراز أهم الاجتهادات القضائية ودورها في علاج هذه القضايا، وأثرها على مدى ضمان استقرار الأسرة وحمايتها من التفكك، أو رفع الظلم عن الطرف المتضرر باعتبار أن حماية الأسرة يَحْمِلُ وجوها متعددة إذ قد يكون الفصل بين الزوجين في حد ذاته حماية؛ وهذه الدراسة تعالج الاستقرار الأسري من زاوية أخرى ودور الاجتهاد القضائي في ضمان هذا الاستقرار وحمايته.

سادسا- المنهج المتبع في الدراسة:

اعتمدت في هذه الدراسة على جملة من المناهج المتكاملة في عرض مختلف جزئيات الموضوع، وهي كالآتي:

1-المنهج الاستقرائي التحليلي:

وذلك من خلال استقراء وتحليل النصوص الشرعية وكذا الاجتهادات القضائية التي أسهمت في الحفاظ على تماسك الأسرة، وحالت دون تفككها؛ أو تلك التي صانت حقوق الأسرة وإن حصل التفكك.

2-المنهج المقارن:

ويظهر ذلك من خلال المقارنة بين الأحكام الشرعية المقارنة والاجتهادات القضائية، ومدى اعتماد القاضي على الاجتهادات الفقهية.

3- المنهج الوصفي:

وذلك من خلال تتبع ووصف عوامل الاستقرار الأسري قبل الزواج وبعده.

سابعاً - خطة البحث

المقدمة: وفيها بيان لأهمية الموضوع، وطرح إشكالية الدراسة وأسباب اختيار الموضوع والأهداف المرجوة منه، والمنهج المتبع، وذكر بعض الدراسات السابقة.

الفصل الأول:

بينت فيه مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وكل ما يتعلق به من مسائل؛ ومنه الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة وأهميته؛ وفيه أيضاً أهمية الأسرة ومقومات الاستقرار الأسري.

الفصل الثاني:

تطرقت فيه إلى صور فك الرابطة الزوجية في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وأحكامها، واجتهادات المحكمة العليا، ثم بينت تغير الاجتهاد القضائي في الخلع وأثره على تعديل القانون.

الفصل الثالث:

تحدثت في هذا الفصل عن الآليات البديلة لحماية الأسرة من التفكك وإجراءات العمل بها في قضايا فك الرابطة الزوجية، وبينت أن دور الاجتهاد القضائي يكمن في مراقبة التطبيق السليم لهذه الآليات من خلال الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية وتصويبها.

الفصل الرابع:

ومن خلاله بينت أن الاستقرار الأسري لا يعني فقط قبل التفكك وإنما بعد التفكك تكون الأسرة مجموعة أفراد يتمتعون بحقوق يجب ضمانها وهي حقوق مادية وأخرى معنوية منها ما هو حق للزوج ومنها ما هو حق للزوجة ومنها ما هو حق للأبناء.

الخاتمة:

وتوصلت فيها إلى أهم النتائج المستخلصة من البحث وأهم التوصيات التي يمكن الأخذ بها مستقبلاً.

ثامناً: - ترجمة للإعلام الذين وردت أسماؤهم في اجتهادات المحكمة العليا

تاسعا: - الرموز

الرمز	دلالتة
ق أ ج	قانون الأسرة الجزائري.
ق إ م إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
ق م ج	القانون المدني الجزائري.
م ع	المحكمة العليا
ع	عدد.
م ق	مجلة القضاة.
غ أش	غرفة الأحوال الشخصية.
ج ر	الجريدة الرسمية.
غ ش أم	غرفة شؤون الأسرة والموارث

الفصل الأول:

أهمية الاجتهاد القضائي والاستقرار الأسري

ويضم المباحث الآتية:

المبحث الأول:

مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الثاني:

ماهية الاستقرار الأسري.

المبحث الثالث :

أثر التدابير الوقائية في المحافظة على الاستقرار الأسري

تمهيد:

تعتبر الإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة؛ إلزاماً للقاضي أن يجتهد رأيه حتى يصل إلى حسم النزاع المعروض عليه وحتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء، ولم يكن من المتصور إثارة مسألة تمكين القاضي من الاجتهاد لو أن التشريع كامل لا يشوبه أي نقص، إذ أنّ كل عمل بشري مشوب بالقصور¹، وإذا كانت نظرية الفصل بين السلطات تفرض على السلطة القضائية عدم التدخل في أعمال السلطة التشريعية، فإن القاضي يستطيع بحكم مهامه، وطبيعة عمله - في مواضع محددة- أن يقترح حلاً للإشكالية المعروضة عليه ليطبّقها على النزاع، ولا يعد بذلك متجاوزاً لصلاحياته لأن المشرع في نص المادة الأولى من القانون المدني² فوض هذا الأمر للقاضي وزوده بهذه الصلاحية؛ والمقصود بالاجتهاد هنا، أن يقوم القاضي ببحث علمي قصد إيجاد حل عادل للنزاع، ويرجع إلى نفس الجوهر الذي يهتدي به المشرع ذاته في وضع القواعد العامة للتشريع، فالاجتهاد فرصة للقاضي لأن يخلق في سماء العدالة ليستقي الحل مستعملاً رصيده القانوني ومعرفته بنصوص التشريع ومبادئ الشريعة وقواعد العرف فيعمد إلى إجراء القياس وربط الأحكام ببعضها سعياً منه الوصول إلى حل يحسم النزاع³، ومنه سنتطرق من خلال هذا الفصل إلى ثلاث مباحث؛ (المبحث الأول) مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وكل ما يتعلق به من مسائل، ومن المسائل التي يتناولها الاجتهاد القضائي قضايا الأسرة؛ لذا هناك ربط بين الاجتهاد القضائي والاستقرار الأسري، وبذلك نتطرق إلى أهمية الأسرة ومقومات الاستقرار

¹ - بوضياف عمار، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، منقحة وفقاً لأحدث النصوص القانونية، دار ربحانة- الجزائر، ط2، 1999، ص153.

² - " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. فإذا لم يوجد بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة" الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ، الموافق ل: 26 سبتمبر 1975.

³ - حمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، لاط ، 2012، ص216.

الأسري في (المبحث الثاني)، ثم نتطرق إلى أثر التدابير الوقائية في المحافظة على الاستقرار الأسري (المبحث الثالث).

المبحث الأول:

مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

يعتبر الاجتهاد القضائي مصدراً حيوياً كبيراً في استنباط الأحكام التشريعية وتنزيلها على الوقائع تنزيلاً يتماشى والمقاصد الشرعية من الأحكام في كل عصر، ولا يتحقق ذلك إلا إذا تحققت شروط الاجتهاد وضوابطه دون الخروج عن المجالات التي حددتها أحكام الشريعة الإسلامية في القواعد الكلية، ولدراسة الموضوع كان لا بد أولاً: تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، (المطلب الأول) ثم تبين أهمية الاجتهاد القضائي ومركزه بين مصادر التشريع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الاجتهاد القضائي.

يحتوي هذا المطلب على ثلاثة فروع، تعريف الاجتهاد القضائي فقها وقانونا (فرع أول)، ثم مشروعية الاجتهاد وحكمه (فرع ثان)، ثم مجالات الاجتهاد (فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي.

لقي الاجتهاد في الفقه الإسلامي أهمية كبرى منذ بداية التشريع، فهو مناط كثير من الأحكام؛ التي لا يمكن إدراك أدلتها والوصول إلى مبتغاها إلا بطريق الاجتهاد، أما في القانون الجزائري فإن الاجتهاد القضائي يتولى تفسير النصوص وتطبيقها على الوقائع، والسعي لإيجاد الحلول للنزاعات المطروحة، ومن خلال ما تقدم ذكره يمكن تعريف الاجتهاد القضائي، فبدأ بتعريف الاجتهاد وأنواعه (أولاً)، ثم تعريف القضاء في اللغة واصطلاح الأصوليون والفقهاء ورجال القانون (ثانياً)، ثم نتطرق إلى حجية القضاء في النظام القانوني الجزائري (ثالثاً) ثم تعريفه لفظاً مركباً (رابعاً)، ثمالفرق بين الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي (خامساً).

أولاً- تعريف الاجتهاد وأنواعه.

نعرف الاجتهاد لغة واصطلاحاً ثم ذكر أنواعه.

1- الاجتهاد لغة:

وهو لغة افتعال من الجهد وأصله المشقة، ثم يحمل عليه ما يقاربه. يقال جهدت نفسي وأجهدت والجهد الطاقة¹.

بحيث يجب أن يختص هذا الأمر بما فيه مشقة؛ وذلك بإخراج الأمور الضرورية التي يتم إدراكها من الشرع بالضرورة إذ لا مشقة ولا شك في تحصيلها².

2- الاجتهاد اصطلاحاً:

-تعريف الاجتهاد عند الأصوليين: تعرّض الأصوليون إلى تعريف الاجتهاد بتعريفات مختلفة منها: " بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط "³.

وقد جاء في البحر المحيط في أصول الفقه " فقولنا بذل أي بحيث يحس من نفسه العجز عن مزيد طلب حتى لا يقع لوم في التقصير وخرج الشرعي اللغوي والعقلي والحسي فلا يسمى عند الفقهاء مجتهداً، وكذلك الباذل وسعه في نيل حكم شرعي علمي وإن كان قد يسمى عند المتكلمين مجتهداً، وإنما قلنا بطريق الاستنباط ليخرج بذلك بذل الوسع في نيل تلك الأحكام من النصوص ظاهراً أو بحفظ المسائل واستعلامها من المعنى أو بالكشف عنها من الكتب فإنه وإن سمي اجتهداً فهو لغة لا اصطلاحاً "⁴. يتبين من خلال هذا التعريف ما يأتي:

- أن يبذل المجتهد وسعه؛ أي يستفرغ غاية جهده بحيث يحس من نفسه العجز عن المزيد عليه.

¹ - ابن فارس أحمد (ت: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، لا: ط، 1399هـ - 1979م، ج1؛ ص486.

² - ينظر: الزركشي بدر الدين (ت794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، ضبط نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد تامر، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، لا ط، 1421هـ - 2000م، ج4، ص488.

³ - محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقق، أبي حفص سامي بن العربي الأثري، دار الفضيلة، الرياض، 1421هـ - 2000م، ج1، ص1025.

⁴ - بدر الدين الزركشي، مرجع سابق، ج4، ص488.

- أن يكون الباذل جهده مجتهداً؛ أما غيره فلا عبء بما يبذله من جهد لأنه ليس من أهل الاجتهاد، والاجتهاد إنما يكون مقبولا إذا صدر من أهله.

- أن يكون نيل الحكم الشرعي عملي؛ هذا القيد يُخرج الحكم العلمي الاعتقادي، فهذا لا مجال للاجتهاد فيه.

- وأن يكون هذا الجهد لغرض التعرف على الأحكام الشرعية العملية دون غيرها، فلا يكون الجهد المبذول للتعرف على الأحكام اللغوية أو العقلية أو الحسية من نوع الاجتهاد الاصطلاحي عند الأصوليين.

- ويشترط في التعرف على الأحكام الشرعية أن يكون بطريق الاستنباط أي نيلها واستفادتها من أدلتها بالنظر والبحث فيها؛ فيخرج بهذا القيد حفظ المسائل أو استعلامها من المفتي، أو بإدراكها من كتب العلم فلا يسمى شيء من ذلك اجتهادا في الاصطلاح¹.
واختلاف الأصوليين يرجع إلى معنى واحد، هو ما قاله ابن الحاجب في مختصره، وقاربه الكمال بن الهمام في التحرير.

ولقد أدت عبارة ابن الحاجب حق التعريف باعتباره تعريفاً جامعاً مانعاً بقوله: "استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي"².

وبهذا تظهر نسبة التعريف الاصطلاحي للتعريف اللغوي والعلاقة بينهما من جهة عموم التعريف اللغوي، وخصوص التعريف الاصطلاحي في الصفة الجامعة بينهما من حيث استفراغ الوسع والطاقة لتحصيل الشيء³.

وبالنظر إلى المعنى الاصطلاحي فهو ينصب على اجتهادات فقهاء الأمة بجميع مداركها من النظر في النصوص كتاباً وسنة، وفي القياس والإجماع وغيرها من مدارك الاجتهاد⁴.
ويقع اسم الاجتهاد في الشرع على ثلاثة معان:

¹ - عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، لا: ط، لا: م، لا: س، ص 401.

² - شمس الدين الأصفهاني (ت: 749هـ)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: محمد مظهر بقا، دار المدني - السعودية، 1406هـ - 1986م، ج 3، ص 286.

³ - ينظر: عويد بن عياد بن عايد المطرقي، آيات عتاب المصطفى ﷺ في ضوء العصمة والاجتهاد، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الملك عبد العزيز - مكة المكرمة، ط 3، 1426هـ - 2005م، ص 81.

⁴ - ينظر: المرجع نفسه، ص 81.

-أحدها القياس الشرعي لأن العلة لما لم تكن موجبة الحكم لجواز وجودها خالية منه لم يوجب ذلك العلم بالمطلوب فلذلك كان طريقه الاجتهاد.

-والثاني ما يغلب في الظن من غير علة كالاكتفاء في المياه والوقت والقبلة وتقوم المتلفات وجزاء الصيد ومهر المثل والمتعة والنفقة وغير ذلك.

-والثالث الاستدلال بالأصول.¹ ويقول الشاطبي: "المكلف بأمر الشريعة لا يخلو من أحد أمور ثلاثة. أحدها: أن يكون مجتهدا فيها فحكمه ما أداه إليه اجتهاده فيها لأن اجتهاده في الأمور التي ليست دلالتها واضحة إنما يقع موقعه على فرض أن يكون ما ظهر له هو الأقرب إلى قصد الشارع والأولى بأدلة الشريعة..."²

3-تعريف الاجتهاد فقها:

"وهو است فراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع است فراغ الوسع فيه، وهذا سبيل مسائل الفروع ولذلك تسمى هذه المسائل مسائل الاجتهاد والناظر فيها مجتهدا، وليس هكذا حال الأصول"³.

4- تعريف الاجتهاد قضاءً.

أما معنى الاجتهاد في القضاء، فيطلق على المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند انعدام النص.⁴

¹ - بدر الدين الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق، ج4، ص488.

² - إبراهيم بن موسى الشاطبي (ت: 790هـ)، الاعتصام، تحقيق ودراسة: هشام بن إسماعيل الصيني، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1429 هـ - 2008 م، ج3، ص314.

³ - محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، مرجع سابق، ج1، ص1025.

⁴ - حسين فريجة، الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه "المجتهد معناه ومدلوله"، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، في مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الأول، 2004، ص2.

كما أن الاجتهاد القضائي في التشريعات الوضعية يعني مراقبة المحكمة العليا للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الأدنى درجة منها، حيث يختلف عنه في الفقه الإسلامي الذي يكون فيه الاجتهاد إضافة فقهية جديدة¹.

2-أنواع الاجتهاد: للاجتهاد أنواع ثلاث نوجزها فيما يلي:

أ-الاجتهاد في دائرة النص الشرعي: وهو أن يتأمل الفقيه في مدلولات النص؛ بأن يستنبط منها الأحكام بالاهتداء إلى مقاصد الشريعة الإسلامية التي تسعى إلى تحقيق مصالح العباد الضرورية العامة والخاصة والحفاظ على الكليات الخمس، وهذا الاجتهاد قد توصل إليه العلماء السابقون وتركوا هذا العلم ليستفيد منه من بعدهم².

ب-الاجتهاد الانتقائي أو الاصطفائي: وهو أن يختار الفقيه رأياً معيناً بدليل راجح من بين الآراء المنقولة عن الأئمة الأعلام حسب ما يحقق المصلحة المناسبة لكل عصر، ويعد هذا المنهج حديثاً اقتضته الظروف والمستجدات³.

ج-الاجتهاد الجماعي: وهو ما يتفق عليه جمع من العلماء بعد دراسة موضوع معين وتقديم الأبحاث فيه والاطلاع على ما يجدونه مقرراً لدى العلماء الأولين وإيراد أدلتهم ومناقشتها والترجيح بينها والوصول إلى رأي معين بحسب قوة الدليل ومدى تحقق المصلحة⁴. والاجتهاد الجماعي يكون في شكل مجامع فقهية كمجمع البحوث الإسلامية ومجمع الفقه الإسلامي الدولي في جدة، والمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة ومجمع فقهاء الشريعة في أمريكا وغيرها.

¹ -محمود بن صغير، "اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية"، في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، العدد 6، 2017، ص88.

² -ينظر: وهبة الزحيلي، الاجتهاد في عصرنا من حيث النظرية والتطبيق، مجلة دراسات العالم الإسلامي، مارس 2011، ص1.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - المرجع نفسه.

ثانيا: تعريف القضاء.

القضاء يعني الفصل بين الناس ويمكن أن نعرف القضاء في اللغة والاصطلاح

1:- القضاء لغة:

قضى قضيا وقضاء وقضية حكم وفصل، ويقال قضى بين الخصمين وقضى عليه وقضى له وقضى بكذا فهو قاض¹، والقاضي القاطع للأمر المحكم لها ومن يقضي بين الناس بحكم الشرع ومن تعينه الدولة للنظر في الخصومات والدعاوى وإصدار الأحكام التي يراها طبقا للقانون ومقره الرسمي إحدى دور القضاء².

والقضاء في اللغة مشترك بين معانٍ مرجعها إلى انقطاع الشيء وتماهه فيكون بمعنى فصل الشيء وإنهائه، كما في قوله تعالى: ﴿ وَلَوْلَا كَلِمَةُ الْفَصْلِ لَفُضِيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ [الشورى 21]. ويكون القضاء بمعنى الأمر كما في قوله تعالى ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴾ [الإسراء 23].

ويكون بمعنى الفعل، كما في قوله تعالى: ﴿ بَاقِضٍ مَا أَنْتَ قَاضٍ إِنْمَا تَفْضِي هَٰذِهِ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا ﴾ [طه 72]. وبمعنى الخلق ﴿ فَفَضَّلَهُمْ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ وَأَوْجَىٰ فِي كُلِّ سَمَاءٍ أَمْرَهَا وَزَيَّنَّا السَّمَاءَ الدُّنْيَا بِمَصْبِيحٍ وَحِفْظًا ذَٰلِكَ تَفْدِيرُ الْعَزِيزِ الْعَلِيمِ ﴾ [فصلت 11].

وبمعنى الموت ﴿ وَنَادَوْا يَمْلِكُ لِيَفْضِ عَلَيْنَا رَبُّكَ قَالَ إِنَّكُمْ مَّرْكُوثُونَ ﴾ [الزخرف 77].

¹ - إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، مادة (قضى)، ج 2، ص 742.

² - المرجع نفسه.

2- في الاصطلاح الشرعي:

لفقهاء الشريعة تعريفات متعددة للقضاء، نذكر أمثلة منها:

أ-عرفه علماء الحنفية بأنه: "الفصل بين الناس في الخصومات، حسماً للتداعي، وقطعاً للنزاع بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة"¹.

ب-وعرفه ابن عرفة من المالكية بأنه: "صفة حكمية، توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين"، فيخرج التحكيم وولاية الشرطة وأخواتها والإمامة².

وعرفه الدردير من علماء المالكية أيضاً بأنه: "هُوَ حُكْمٌ حَاكِمٌ أَوْ مُحْكَمٌ بِأَمْرِ ثَبَتَ عِنْدَهُ؛ كَدَيْنٍ، وَحَبْسٍ، وَقَتْلٍ، وَجَرْحٍ، وَضَرْبٍ، وَسَبٍّ، وَتَرْكِ صَلَاةٍ وَنَحْوِهَا، وَقَذْفٍ، وَشُرْبٍ، وَزِنًا، وَسَرَقَةٍ، وَعَصَبٍ، وَعَدَالَةٍ وَضِدَّهَا، وَذُكُورَةٍ، وَأُنُوثَةٍ، وَمَوْتٍ، وَحَيَاةٍ، وَجُنُونٍ، وَعَقْلٍ، وَسَفَهٍ، وَرَشْدٍ، وَصِعَرٍ، وَكِبَرٍ، وَنِكَاحٍ، وَطَلَاقٍ، وَنَحْوِ ذَلِكَ؛ لِيُرْتَّبَ عَلَى مَا ثَبَتَ عِنْدَهُ مُقْتَضَاهُ أَوْ حُكْمُهُ بِذَلِكَ الْمُقْتَضَى"³.

ومثاله: لو ثبت عنده دين أو طلاق، فالحكم تارة بالدين أو الطلاق، ليرتب على ذلك الغرم أو فراقها وعدتها أو يحكم بالغرم أو الفراق لما ثبت عنده على حسب ما يقتضيه الحال من الرفع له⁴.

¹ - زين الدين ابن نجيم الحنفي (ت 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة - بيروت، لاط، ج 6، ص 277.

² - محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله (ت: 803 هـ)، المختصر الفقهي لابن عرف تحق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، 1435 هـ - 2014 م، ج 9، ص 85. وشمس الدين أبو عبد الله الطرابلسي المغربي (الخطاب الرعياني المالكي) (ت: 954 هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط 2، 1412 هـ - 1992 م، ج 6، ص 86.

³ - أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الصاوي المالكي (ت: 1241 هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، لا ط، لا ت، ج 4، ص 186.

⁴ - المصدر نفسه.

ج- وعرفه بعض فقهاء الشافعية بأنه: "الْخُصُومَةُ بَيْنَ خَصْمَيْنِ فَأَكْثَرَ يُحْكَمُ اللَّهُ تَعَالَى"¹. وإن كان يرد على التعريف أنه غير مانع؛ لأنه شامل لرياسة الدولة ويشمل حكم المحكم أيضاً².

وعرفه بعض فقهاءهم أيضاً أنه: "الْحُكْمُ الَّذِي يَسْتَفِيدُهُ الْقَاضِي بِالْوِلَايَةِ هُوَ إِظْهَارُ حُكْمِ الشَّرْعِ فِي الْوَاقِعَةِ فِيمَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ إِمْضَاؤُهُ...."³.

د- وعرفه بعض فقهاء الحنابلة بأنه: "الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات"⁴. ومن تعاريفهم له هو "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الحكومات؛ أي الخصومات"⁵. ومن المآخذ التي تذكر في التعقيب على تعريف الحنفية والشافعية، نجد أنهما غير جامعين ولا مانعين؛ فمن الأولى كونهما يقتصران على الخصومة والمنازعة وبالتالي خرج من التعريفين القضاء بالوصية على الصغير والسفيه فليس فيهما منازعة لكن يندرجان ضمن القضاء، ومن الثانية - كونهما غير مانعين - لأنه يدخل في التعريفين معنى الصلح بين الخصمين، والصلح وظيفة من وظائف القضاء وليس هو القضاء⁶. وأيضاً تعريف الحنابلة جاء غير مانع لدخول وظائف الخلافة في التعريف والخليفة ليس دائماً هو القاضي⁷.

¹ - شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، 1415هـ، 1994م، ج6، ص257. وسليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي (ت: 1221هـ)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، لا، 1415هـ 1995م، ج4، ص378.

² - محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، ط2، 1415هـ-1994م، ص11.

³ - شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج6، ص257.

⁴ - عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (ت: 1392هـ)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، لام، 1397هـ، ج7، ص508.

⁵ - منصور إدريس البهوتي الحنبلي (ت: 1051هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات عالم الكتب، 1414هـ - 1993م، ج3، ص485.

⁶ - ينظر: إبراهيم رحمان، "الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية، مفهومه وسبل تحقيقه"، فيمجلة الحضارة الإسلامية، جامعة أحمد بن بله - وهران، مع16، ع:27، 2015م، ص18.

⁷ - ينظر: المرجع نفسه.

وبالنسبة لتعاريف الملكية للقضاء فقد جاءت شاملة لجميع أنواع القضاء.
ومن تعريف المعاصرين للقضاء نذكر تعريف عبد الكريم زيدان الذي عرّفه "الحكم بين الخصوم بالقانون الإسلامي بكيفية مخصصة"¹.

والمراد بالكيفية المخصصة: كيفية رفع الدعوى إلى القاضي والأساليب والضوابط التي يلتزم بها القاضي والخصوم في إجراء التقاضي والتراجع أمام القاضي ووسائل الإثبات للحق المدعى به ووسائل دفع الدعوى، وبذلك يصدر القاضي حكمه على أساس تلك الوسائل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية².

3- التعريف القانوني للقضاء:

يعرف القضاء بناء على نص الدستور بأنه: "سلطة مستقلة تمارس عملها في إطار القانون، وتعمل على حماية حقوق المجتمع وحرياته"³.

ويعتبر القضاء مؤسسة دستورية وسلطة من سلطات الدولة تتمتع بالاستقلالية والحياد بالمفهوم الواسع، وهناك من يضيق من هذا التعريف؛ ليعرف القضاء بأنه: جهاز من الأجهزة الدستورية مكلف بالفصل في النزاعات بين المتقاضين عن طريق الأحكام والقرارات التي يصدرها⁴.

ويرى الأستاذ الدكتور عبد القادر حوبة؛ أن هذه المفاهيم للقضاء قد ركزت على مؤسسة القضاء باعتبارها سلطة واقتصرت فقط على الجانب الإجرائي دون أن تهتم بالجانب الموضوعي منه، حيث أنه لم يتطرق إلى المعيار الوظيفي للقضاء والذي يتمثل في مجموعة الأعمال والاجتهادات القضائية الصادرة عن السلطة القضائية؛ لأن القضاء هو عبارة عن

¹ - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط2، 1409هـ-1989م، ص13.

² - المرجع نفسه.

³ - ينظر: المادة 163 من دستور الجزائر عن الجريدة الرسمية رقم 82 المؤرخ في 15 جمادي الأولى الموافق ل: 30 ديسمبر 2020م، ص36.

⁴ - ينظر: عجة الجيلاني، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقا للمعايير الدولية، ج1، منشورات بيرتي، الجزائر، 2009، ص357.

مجموعة الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن الجهات القضائية العليا المقومة لأحكام القضاء¹ - وهذا هو الاجتهاد القضائي -

أما مجلة الأحكام العدلية-المقننة للمذهب الحنفي - فقد عرفت القضاء من خلال المواد التالية:

المادة (1784) القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمة.

المادة (1785) القاضي هو الذات الذي نُصِّبَ وعُيِّنَ من قِبَلِ السلطان لأجل فَصْلِ وحَسْمِ الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لأحكامها المشروعة².

وعندما يطلق لفظ القضاء، فهو عبارة عن كلمة تفيد معنيين:

- فيقصد به السَّلاطة القضائية؛ أي الجهاز الفني الذي يشرف على مرفق العدالة الذي يتكون من مجموع المحاكم الموجودة في الدولة التي تتولى أمر الفصل في القضايا المطروحة أمامها.

- ويطلق للدلالة على مجموع المبادئ المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على إتباعها والحكم بها عند تطبيق القانون.³

ويمكننا أن نصوغ تعريفاً للقضاء باعتباره أحكاماً أولية -تصدر عن سلطة رسمية - في حق من مثَّل أمام القضاء سواء كان شخصاً أو أكثر.

وفيما يلي بيان لهذا التعريف:

-أحكام أولية؛ لأن الحكم القضائي غير إلزامي بصفة مطلقة، بحيث قد يطعن المحكوم عليه في الحكم أمام جهة قضائية أعلى، ماعدا الطلاق فإن الحكم به نهائي، ابتدائي فيما عداه.

¹ -ينظر: عبد القادر حوبة، "أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع"، في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، مج 8، عدد02، 2012، ص21.

² - مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية تحق: نجيب هوايني نور محمد، كاركخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، ص364.

³ -عجالي خالد، "دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني" في مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة تيارت، ع3، 2014، ص04.

-تصدر عن سلطة رسمية؛ لأن القضاء جهاز رسمي من أجهزة الدولة يتولى الفصل في النزاعات وحفظ الحقوق والحريات.

- تصدر في حق الماثلين أمام القضاء؛ فالقاضي لا يمكنه أن يصدر أحكاما إلا فيما بين يديه من القضايا المطروحة.

- سواء كان شخصا أو أكثر؛ لأن الحكم القضائي قد يصدر في حق فرد، أو يصدر في حق مجموعة أفراد.

ومع تعدد تعاريف الفقهاء للقضاء الشرعي، فإن القضاء الوضعي فيما يخص شؤون الأسرة لا يختلف عن التعريف الشرعي؛ ذلك أن مصدر الأحكام القانونية إنما مرده إلى الاجتهاد الفقهي وما استنبطه الفقهاء .

ثالثا: تعريف الاجتهاد القضائي باعتباره لفظا مركبا

بعد الاطلاع على كل من تعريف الاجتهاد والقضاء في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؛ فإنه يمكن التوصل إلى مفهوم للاجتهاد القضائي باعتباره مركبا إضافيا وفيما يلي بيان له:

1- تعريف الاجتهاد القضائي في الشريعة الإسلامية:

"هو است فراغ القاضي وسعه في إدراك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلا محكما يفضي إلى الفصل بين المتنازعين، وصيانة الحقوق العامة"¹.

أو هو القضاء الشرعي خارج نطاق النصوص القطعية في ثبوتها ودالاتها؛ أي فيما فيه مجال للاجتهاد سواء عند ورود النص الظني في الدلالة أو الثبوت أو عند عدم ورود النص، وهذا هو المقصود بالاجتهاد في القضاء².

2-تعريف الاجتهاد القضائي في القانون الجزائري.

يطلق الاجتهاد في القضاء؛ على المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما

¹-قطب الريسوني، الاجتهاد القضائي المعاصر، ضرورته ووسائل النهوض به، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، 2007، ص11.

²- محفوظ بن صغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث، مرجع سابق، ص90.

يتعلق بنصوص القانون¹، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند انعدام النص².

فالاجتهاد القضائي كمصدر للقانون" هو مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم في المسائل التي تفصل فيها"³ والمبادئ القانونية التي تعتبر مصدرا قانونيا هي المبادئ التي تفصل في المسائل التي لا يحكمها نص قانوني واضح ويستقر القضاء على إتباعها.

كما عرّفه أيضا محفوظ بن الصغير على أنه " بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية"⁴.

والاجتهاد القضائي من الجانب القانوني في عموميه كما ذكر عطية الجليلي " هو تلك القاعدة القانونية التي تتميز في عمومها بالتجرد والإلزام والقضائية، وهذه الخاصية الأخيرة للقاعدة القانونية هي التي يراهن عليها الفقهاء في التمييز بين القواعد القانونية المشابهة لها من القواعد الدينية والأخلاقية على حد تعبير الفقيه "jeammaud" فالقضاء هو الذي يمنح للقاعدة القانونية الحق في الحياة وإلا كنا أمام نصوص نظرية لا حياة فيها وعلى حد تعبيره حبر على ورق "⁵.

¹ - "نصوص القانون في أحكام الأسرة هو: ما يعرف بالتقنين من الفقه؛ أي أن تستمد الدولة تقنيناتها من الفقه الإسلامي بمفهومه العام بالاستناد إلى جميع المذاهب المعتمدة من آراء الفقهاء والصحابة والتابعين ومن بعدهم من المجتهدين ممن برز اختلافهم في مختلف المسائل الفقهية مما هو مدون في كتب الفقهاء ولم تدون لهم مذاهب كاملة في جميع أبواب الفقه ومعاملاته، ثم إذا لم يوجد في جميع الفقه رأيا في المسألة حكم سابق بحكم مستجدات العصر، أو أن الرأي الفقهي المدون لا يتماشى ومعطيات العصر بما لا يخرج عن الضوابط الشرعية؛ فإن ذلك يتطلب اجتهادا جديدا بما تقتضيه المصلحة، ففي هذه الحالة يلجأ المقتن إلى تخريج الأحكام المراد تقنينها في الموضوع على القواعد العامة للفقه الإسلامي، وأصول الفقه، ومقاصد الشريعة والمصالح المرسلّة". ينظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم - دمشق، ط2، 1425هـ-2004م، ج1، ص313-314.

² - حسين فريجة، الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه " المجتهد معناه ومدلوله، مرجع سابق، ص2.

³ - ينظر: محمد عبدا لجواد محمد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص163-164. ومحمد عبد المنعم البدرائي، مبادئ القانون الروماني، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الباب:ي الحلبي وأولاده- القاهرة، 1956م.

⁴ - محفوظ بن الصغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث، ص90.

⁵ - ينظر: عطية الجليلي، مدخل للعلوم القانونية، السلسلة الجامعية، يبرتي للنشر، لا.ط، ج1، ص357-358-359.

ولعله -من خلال الاستناد إلى ما ذكر من تعاريف- يمكن أن نعبر عن الاجتهاد القضائي إجمالاً بأنه " استنباط الأحكام القانونية من النصوص التشريعية المدونة، أو الرجوع إلى المصادر الاحتياطية؛ وتطبيق هذه الأحكام حسب الوقائع والأحداث".

3: الفرق بين الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي.

يختلف الاجتهاد الفقهي عن الاجتهاد القضائي على حسب المهمة المنوطة بكل من الفقيه والقاضي وحسب درجة علمه وفقهه؛ ويمكن ملاحظة الفرق بينهما من ناحيتين:

- بحسب مهمّة القاضي ذاته في النظر إلى الحكم واجتهاده فيه.

- بحسب مصادر الاجتهاد في الحكم.

فمن الناحية الأولى ترتبط مهمّة القاضي في الاجتهاد الفقهي باستفراغ جهده لتنزيل الحكم الشرعي على القضية المطروحة أمامه في حال عدم وجود النص الذي يستند إليه من الكتاب أو السنة بحيث يستدل له القاضي عن طريق القياس أو بأحد الأدلة الاجتهادية الأخرى، كما يكون عند وجود النص الظني في الثبوت أو الدلالة فيجتهد القاضي في فهم مراد النص وتحقيق مناطه. وبهذا يكون القاضي هو الفقيه المجتهد على رأي الجمهور¹.

بينما مهمة القاضي في الاجتهاد القضائي-فيما يخص شؤون الأسرة- فتختلف عنها في السابقة إذ يعد القاضي في القانون الوضعي مقلداً غايته تصحيح الحكم بنقضه أو تأكيده، وذلك بالرجوع إلى أقوال الفقهاء في القضية محل النزاع، والترجيح بينها للأخذ بما يراه مناسباً لها، وهو بذلك لا يخرج عن تقليد مذهب معين، وإن لم يجد حكم المسألة في آراء القدامى رجع إلى الفقه الإسلامي المعاصر².

ومن الناحية الثانية المتعلقة بمصادر الاجتهاد؛ فمصادر الاجتهاد بالنسبة للقاضي الشرعي هو الكتاب والسنة والقياس وباقي أدلة الأحكام الاجتهادية.

وأما مصدر اجتهاد المحكمة العليا يكون عند الانعدام النص القانوني، وفي هذه الحال يأخذ القاضي بما أقره الفقهاء قديماً وحديثاً في مسألة معينة³.

¹-ينظر: محفوظ بن الصغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث، مرجع سابق، ص92.

²-ينظر: المرجع نفسه.

³- المرجع نفسه، ص92.

بالرغم من الاختلاف الحاصل بين الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي؛ إلا أن دور الاجتهاد القضائي لا يقل أهمية عن دور المجتهد الفقيه في وجوه متعددة ومنها:

- بذل الوسع في تفسير النصوص تفسيراً يتوافق مع الوقائع والأحداث.
- قد يصادف القاضي مسألة لا نص فيها ولا اجتهاد فقهي؛ فإن القاضي في حالة الفراغ التشريعي يُعْمَلُ جهده وفكره ولا يمكنه التخلي عن المسألة بحجة انعدام التشريع وإلا يعرض نفسه إلى تهمة النكول عن القضاء.
- السهر على مراقبة الأحكام التي تصدر عن المحاكم الأقل درجة منها وتصويبها.
- يساهم الاجتهاد القضائي في تعديل التشريع؛ بحيث أن المشرع يعود في ذلك إلى الأحكام التي استقر عليها الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.
- يمارس القاضي دوراً مزدوجاً بحيث يجتهد في وضع القاعدة القانونية ويطبقها على الحالة المعروضة عليه بما يتوافق ومقاصد التشريع.

الفرع الثاني: مشروعية الاجتهاد:

بما أن الاجتهاد القضائي هو الحلول والأحكام التي تتخذها الجهة القضائية في قضية معروضة أمامها في حالي وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه، أو عدم كفايته فإنه لا يجوز للقضاء في أي حال إغفال الفصل في أحد الطلبات الأصلية، وإن كان النص القانوني غامضاً أو منعدماً، ففي الحالة الأولى يتولى القاضي تفسير الغموض الذي يشوب النص القانوني، وفي الحالة الثانية يحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو بموجب مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة¹، كما صرّحت بذلك المادة الأولى من (ق م ج)² تحت طائلة اعتباره منكراً للعدالة.

¹ -بوشير محمد أمقران، "تغير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق"، في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة- الجزائر، مج41، ع2، ص156.

² -"يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

والاجتهاد مشروع ومطلوب في كل عصر وزمان، إذ يعدّ من أصول الشريعة¹، يقول الشهرستاني في الملل والنحل²: " الاجتهاد من فروض الكفايات، لا من فروض الأعيان إذا اشتغل بتحصيله أحد سقط الفرض عن الجميع، وإن قصر فيه أهل عصر عوصوا بتركه، وأشرفوا على خطر عظيم؛ فإن الأحكام الشرعية الاجتهادية، إذا كانت مترتبة على الاجتهاد، ترتب المسبب على السبب: كانت الأحكام عاطلة، والآراء كلها فائتة. فلا بد إذن من مجتهد" فلا يجوز خلو الزمان من مجتهد مطلق أو مقيد لقوله ﷺ: ((لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق حتى يأتي أمر الله))³، قالوا ولأن الاجتهاد فرض كفاية فيستلزم انتفاؤه اتفاق المسلمين على الباطل⁴.

وفي أهمية الاجتهاد وضرورته في مواكبة المستجدات والحوادث يقول الشيخ العلامة جلال الدين السيوطي⁵: "وبالجملة نعلم قطعاً ويقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ونعلم أيضاً أنه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية وما لا يتناهي لا يضبطه ما يتناهي علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد". وقد وردت في مشروعية الاجتهاد أدلة كثيرة تدل على ضرورته إما صراحة، أو إشارة، من القرآن والسنة والإجماع والمعقول⁶. والأمثلة على ذلك كثيرة نخص منها:

¹ - وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفكر، دار الفكر المعاصر، بيروت - لبنان، 1419هـ - 1999م، ص 232.

² - أبو الفتح أحمد الشهرستاني (ت: 548هـ)، الملل والنحل، مؤسسة الحلبي، ج 2، ص 10، وينظر: عبد الرحمن السيوطي (ت 911)، تقرير الاستناد في تفسير الاجتهاد، تحقيق: فؤاد عبد المنعم، دار الدعوة، 1403هـ، ج 1، ص 33.

³ - أخرجه مسلم في صحيحه، باب: قوله ﷺ: «لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم من خالفهم» ح رقم: ، 1920، ج 3، ص 1523.

⁴ - ينظر: السيوطي، تقرير الاستناد في تفسير الاجتهاد، مرجع سابق، ج 1، ص 33.

⁵ - المرجع نفسه، ص 30.

⁶ - محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، ط 2، 1427هـ - 2006م، ج 2، ص 276.

أولاً- مشروعية الاجتهاد من القرآن:

أ- قال تعالى: ﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ بِالْحَقِّ لِنُحْكِمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَبِكَ اللَّهُ ﴾ [النساء: 105]. فهذه الآية تتضمن إقرار الاجتهاد بطريق القياس، والقياس نوع من الاجتهاد¹. واستدل علماؤنا بهذه الآية على وجوب الاجتهاد في فهم الشريعة².

ب- قال تعالى: ﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَزُودُوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾ [النساء: 58]. الأمر بطاعة الله والرسول هو بإتباع نصوص الكتاب والسنة، والمراد بالردّ إلى الله والرسول عند التنازع فيما لم يرد فيه نص هو النظر في الكتاب والسنة لمعرفة علل الأحكام، ومقاصد الشريعة، وقواعدها العامة للاستنباط والاجتهاد والاستدلال على الأحكام الشرعية، وهذا هو الاجتهاد الشرعي الذي أوجبه الله تعالى لبيان الحكم لما يحدث بين الناس من قضايا لم يرد فيها نص، فيعملون بشرع الله، ويتجنبون الهوى والباطل³.

- ومن الآيات التي جاءت لبيان توقف العمل بها وتطبيقها على الاجتهاد، قوله تعالى: ﴿ وَمَتَّعُوهُمْ عَلَىٰ أَلْمُوسِيعِ قَدْرَهُ وَعَلَىٰ أَلْمُفْتِرِ قَدْرَهُ مَتَّعًا بِأَلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: 234]، وقوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتَّعٌ بِأَلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: 239]، والمعروف يحتاج إلى اجتهاد وتقدير، وقال تعالى: ﴿ بَمَتَّعُوهُمْ وَسَرَّخُوهُمْ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ [الأحزاب: 49]، ولا يعرف مقدار المتعة إلا بالاجتهاد وغالب الظن؛ لاختلاف أحوال الناس في اليسار والإعسار⁴.

¹ - محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 277.

² - محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت: 1393هـ) التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد» الدار التونسية للنشر - تونس، لاط، 1984م، ج 5، ص 193.

³ - محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ص 276.

⁴ - محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 278.

ثانيا- مشروعية الاجتهاد من السنة:

وردت أحاديث كثيرة جداً تنص صراحة على الاجتهاد، وأحاديث أخرى قوليه وفعليه تدل عليه صراحة أو إشارة، ومن ذلك:

أ- عَنْ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ، أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: ((إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ، فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ، فَلَهُ أَجْرٌ))¹؛ وذلك لأن التكليف بقدر الوسع وإنما وسع الإنسان أن يجتهد وليس في وسعه أن يصيب الحق ألبتة².

ب - حديث معاذ بن جبل، لما أراد رسول الله ﷺ أن يبعثه إلى اليمن قال: "كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟"، قال: أقضي بكتاب الله، قال: "فإن لم تجد في كتاب الله؟"، قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: "فإن لم تجد في سنة رسول الله ﷺ، ولا في كتاب الله؟" قال: أجتهد رأيي، ولا آلو فضرب رسول الله ﷺ صدره، وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول، رسول الله لما يرضي رسول الله ((³.

ثالثا- مشروعية الاجتهاد من الإجماع⁴:

أجمع الصحابة ومن بعدهم على مشروعية الاجتهاد، فكان الخلفاء الراشدون، وسائر الصحابة - رضوان الله عليهم - إذا وقعت واقعة، أو حدثت قضية، رجعوا إلى كتاب الله، فإن لم يجدوا فيه حكماً، رجعوا إلى السنة، وسأل بعضهم الآخر، فإن لم يجدوا فيها حكم القضية، فزعموا إلى الاجتهاد حسب الأسس والأصول والقواعد والمنهج الذي دربهم عليه رسول الله ﷺ حتى

¹ - أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب: بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، حديث رقم: 1716، ج3، ص1342.

² - أحمد بن عبد الرحيم بن الشهيد وجيه الدين بن معظم بن منصور المعروف بـ «الشاه ولي الله الدهلوي» (ت: 1176هـ)، حجة الله البالغة تحقق: السيد سابق دار الجيل، بيروت - لبنان، 1426هـ - 2005م، ط1، ج2، ص257.

³ - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأفضية، باب: اجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم: 3592، تحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لاط، لاس، ج3، ص303. وقال الألباني ضعيف.

⁴ - محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص279.

تواتر ذلك عن الصحابة، ولم يخالف في ذلك أحد، فكان إجماعاً، وسار عليه سلف الأمة وخلفها حتى وقتنا الحاضر، وسيبقى كذلك حتى تقوم الساعة¹.

الفرع الثالث: مجالات الاجتهاد².

الاجتهاد من حيث هو بذل للجهد واستفراغ للوسع في طلب الحكم الشرعي، يتخذ عدة أشكال منها البيان والتفسير للنصوص، سواء كانت شرعية أم قانونية، ومنها القياس على ما وردت به النصوص عند اتخاذ العلة، ومنها الاجتهاد في استنباط الحكم حيث لا نص³.

ولقد وضع الفقهاء وعلماء الأصول قاعدة أساسية مهمة، وهي: لا اجتهاد في مورد النص، ويتبادر إلى ذهن كثير من الناس أن الاجتهاد مقابل للنص، وأنه لا اجتهاد نهائياً في النصوص وهذا غير دقيق نهائياً، وغير مقصود للعلماء؛ لأن الاجتهاد يقع بالنصوص قطعاً وبقينا بالاتفاق، وأضاف محمد مصطفى الزحيلي⁴: "ونسارع إلى القول: إن مجال الاجتهاد

¹ - برهان الدين اليعمري (ت: 799هـ): تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ - 1986م، ج2، ص56.

² - فيما ينبغي للمجتهد أن يعمل به في اجتهاده ويعتمد عليه فعليه أولاً: أن ينظر في نصوص الكتاب والسنة، فإن وجد ذلك فيهما قدمه على غيره، فإن لم يجده أخذ بالظواهر منهما، وما يستفاد بمنطوقهما ومفهومهما، فإن لم يجد نظر في أفعال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ثم في تفرقاته لبعض أمته، ثم في الإجماع، إن كان يقول بحجته، ثم في القياس، على ما يقتضيه اجتهاده من العمل بمسالك العلة، كلاً أو بعضاً.

وما أحسن ما قاله الإمام الشافعي فيما حكاه عنه الغزالي: أنها إذا وقعت الواقعة للمجتهد، فليعرضها على نصوص الكتاب، فإن أعوزه عرضها على الخبر المتواتر، ثم الآحاد، فإن أعوزه لم يخض في القياس، بل يلتفت إلى ظواهر الكتاب، فإن وجد ظاهراً نظر في المخصصات، من قياس، وخبر، فإن لم يجد مخصصاً حكم به، وإن لم يعثر على ظاهر، من كتاب ولا سنة، نظر إلى المذاهب فإن وجدها مجتمعة عليها اتبع الإجماع، وإن لم يجد إجماعاً خاض في القياس، ويلاحظ القواعد الكلية أولاً، ويقدمها على الجزئيات، كما في القتل بالمثل، فتقدم قاعدة الردع على مراعاة الاسم، فإن عدم قاعدة كلية نظر في المنصوص، ومواقع الإجماع، فإن وجدها في معنى واحد ألحق به، وإلا انحدر به إلى القياس، فإن أعوزه تمسك بالشبه، ولا يعول على طرد. محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت: 1250هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربي، 1419هـ - 1999م، ج2، ص224.

³ - عبد المهدي محمد سعيد أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني، دراسة

أصولية مقارنة، أطروحة دكتوراه في القضاء الشرعي، جامعة الأردن، كلية الدراسات العليا، 2005م، ص18.

⁴ - وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص311.

واسع جدا جدا، ويكاد يغطي معظم الأحكام الشرعية، وأنه لا يخرج عن مجال الاجتهاد إلا أمران فقط" وهما: النصوص القطعية الثبوت والدلالة، وما وقع عليه الإجماع".
والنصوص على تقسيم الأصوليين من حيث إمكانية الاجتهاد فيها من عدمه على أربعة أقسام¹:

فالأول وهو النص القطعي في الثبوت والدلالة، **والثاني** النص ظني الثبوت، **والقسم الثالث** هو النص ظني الدلالة، أما **الرابع** فهو الظني الثبوت والدلالة.

ولقد وضع الأصوليون قاعدة في مجال الاجتهاد، وهي " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص"²؛ أي النص قطعي الدلالة: ويرشد هذا إلى أن الواقعة التي دل الشرع على حكمها دلالة قطعية لا مجال للاجتهاد فيها، مثل النطق بالشهادتين ووجوب الصلوات الخمس والصيام والزكاة والحج، وكذا تحريم الجرائم كالزنا والسرقه وشرب الخمر والقتل وتحديد عقوباتها المقدرة شرعا، فكل هذه الأحكام هناك نصوص دالة عليها دلالة صريحة ولا تحمل أي معنى سواها؛ لأنها مفسرة واضحة بصيغتها في القرآن الكريم، أو ماجاءت به السنة النبوية، فلا تحتاج للاجتهاد فيها³.

أما الواقعة التي ورد بشأن حكمها ظني الثبوت والدلالة أو ظني أحدهما، والوقائع التي لم يرد بها نص ولا إجماع فهي محل للاجتهاد.

- فإذا كان النص ظني الثبوت: كان مجال الاجتهاد فيه يتمثل في البحث عن سنده وطريق وصوله إلينا ودرجة رواته من العدالة والضبط.

- أما إذا كان ظني الدلالة: كان مجال البحث فيه معرفة المعنى المراد من النص وقوة دلالاته على المعنى، فربما يكون النص عاما أو مطلق كما يمكن أن يكون بصيغة الأمر أو النهي

¹ - وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 311.

² - والمراد بالنص هو القرآن والسنة الثابتة والإجماع، عموماً، والمراد بالنص الذي لا مساغ للاجتهاد معه هو المفسر والمحكم من القرآن والسنة...". ينظر: محمد مصطفى الزحيلي. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر - دمشق، 1427هـ - 2006 م، ج 1، ص 499.

³ - ينظر: وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 232.

ويمكن أيضا أن يرشد الدليل إلى المعنى بطريق العبارة أو الإشارة أو غيرها، ويمكن أن يكون النص ظاهر المعنى أو مؤولا، وقد يبقى العام على عمومته أو يخص ببعض مدلوله، والمطلق يجري على إطلاقه أو يقيد، والأمر إما للوجوب أو لغيره كالندب والإباحة، والنهي إما للتحريم أو للكراهة، ويلجأ المجتهد للاستعانة بالقواعد اللغوية ومقاصد التشريع لترجيح رأي على آخر¹.

فإذا كانت الواقعة لا نص فيها ولا إجماع؛ فإن مجال الاجتهاد فيها هو البحث عن حكمها بأدلة عقلية كالقياس، والاستحسان، والمصالح المرسلة، والعرف والاستصحاب ونحوها. ومنه يتبين أن الاجتهاد يكون في أمرين:

1- مالا نص فيه أصلا.

2- ما فيه نص غير قطعي².

وبالتالي فإن مالا يسوغ فيه الاجتهاد مطلقا في المعلوم من الدين بالضرورة، والاجتهاد فيما ورد فيه نص، وفي مواضع الإجماع.

و كذلك في القانون فإنه لا مجال للبحث في النصوص القانونية المدونة التي تم الإقرار بها وتطبيقها، فإنه من الواجب الأخذ بها وعدم تجاوزها وإلا فإن الحكم القضائي معرض للإبطال.

¹ - وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، ص232.

² - المرجع نفسه، 233.

المطلب الثاني

أهمية الاجتهاد القضائي ومركزته بين مصادر التشريع.

كان للاجتهاد القضائي في بعض الشرائع القديمة - خاصة في التشريع الروماني - الأثر الكبير في إيجاد قدر كبير من القواعد القانونية، ولا يزال يتمتع إلى الآن بدور هام في التشريع الإنجليزي كمصدر رسمي للقواعد القانونية؛ حيث تعتبر الأحكام القضائية فيها بمثابة قواعد واجبة التطبيق في القضايا المماثلة¹. ولقد أشار أرسطو في كتابه السياسة والأخلاق لظاهرة نقص التشريع ودور القضاء في سده بقوله: "عندما يكون التشريع قد عبر بوضوح عن قصده فإنه يترك بعد ذلك لإشارة القضاة أن يحكموا وأن ينظموا الباقي وهو ما يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت"².

إلا أن أغلب النظم في العصر الحاضر ومن بينها النظام الجزائري، لا يعتبر الاجتهاد القضائي من المصادر الرسمية للقانون؛ وإنما هي عبارة عن تطبيق عملي للقواعد القانونية الموجودة، ولا تتمتع بالصفة الإلزامية إلا في القضايا التي تفصل فيها³، ومما لا شك فيه أن النظام الجزائري مستوحى من النظام اللاتيني الذي يعتبر أن الاجتهاد القضائي من المصادر التفسيرية للقواعد القانونية، وبالرغم من أنه أقل أهمية من النظم الأنجلوسكسونية إلا أن ذلك لا يمنع الاجتهاد القضائي الجزائري من الأهمية التي يحوزها، ومنه فإننا سنتطرق إلحجية الاجتهاد القضائي كمصدر للقانون في النظام القانوني الجزائري. (فرع أول)، ثم أهمية الاجتهاد القضائي (فرع ثان)، ثم مصادر التشريع في الفقه والقانون ومركز الاجتهاد القضائي منها. (فرع ثالث).

¹ محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، ص 143.

² - المرجع نفسه، ص 143.

³ - المرجع نفسه، ص 143.

الفرع الأول: حجية الاجتهاد القضائي كمصدر للقانون في النظام القانوني الجزائري.

بالنسبة إلى موقف النظام القانوني الجزائري من حجية القضاء كمصدر للقانون هناك اتجاهين: -الأول يتزعمه قضاة المحكمة العليا حيث يعتبرون أن القضاء مصدرا رسميا للقانون، بينما الاتجاه الثاني يتبناه فقهاء القانون حيث يعتبرون أن الأخذ بالاجتهاد القضائي كمصدر رسمي للقانون يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، بحجة أن القاضي لا يمكنه أن يحل محل السلطة التشريعية¹.

الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي.

على الرغم من أن الاجتهاد القضائي في الجزائر لا يعد من المصادر الرسمية للقانون، إلا أنه في الحقيقة لا يقتصر هذا الاجتهاد على مجرد تطبيق القواعد القانونية تطبيقا آليا؛ بل لا بد له من أن يلعب دورا إيجابيا هاما في إنماء القانون وتطويره؛ فالاجتهاد القضائي هو الذي يقوم بتفسير التشريع ويحدد معناه مما يؤدي هذا التفسير إلى التوسيع في تطبيقه، بل وإلى تعديل معناه الأصلي أحيانا بحيث يتلاءم أكثر مع ظروف البيئة وتطور المجتمع، وقد يتمتع هذا الاجتهاد بقوة الإلزامية من الناحية العملية بدرجة لا تكاد تقل شأنًا وأثرا عن تلك القوة التي تتمتع بها المصادر الرسمية للقانون والسبب في ذلك يعود إلى عاملين أساسيين²:

أحدهما: حرص المحاكم على أن تلتزم في القضايا المماثلة نفس الاجتهاد، وأن تتجنب تعديل هذا الاجتهاد بصورة مستمرة لئلا يفقد مصداقيته ويوصم بالتردد وعدم الاستقرار.

والآخر: وجود تسلسل بين أنواع المحاكم، ووجود محكمة عليا للنقض وهذه الأخيرة تتولى عملية توحيد الاجتهاد بين سائر المحاكم الأخرى من نفس البلد، مما يدفع هاته المحاكم على مختلف أنواعها بالالتزام بتنفيذ ما يصدر عن المحكمة العليا، وأن تتوافق معها في أحكامها في القضايا المماثلة كي لا تكون هذه الأحكام عرضة للنقض والرد وإعادة النظر.

¹ - للتفصيل ينظر: عبد القادر حوبة، أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، مرجع سابق، ص 22-23.

² - محمد سامر عاشور، مدخل إلى علم القانون، المرجع السابق، ص 144.

ولقد زادت الحاجة للاجتهاد في العصر الحالي بسبب تعقد المعاملات وانعزال الدين عن المجتمع، وطروء أنظمة جديدة للحياة لم تكن موجودة، مما يدعوا إلى مواكبة العصر وبقظة الفكر، حيث يأتي الاجتهاد لمسايرة كل هذه المستجدات وفي جميع المجالات¹.

ومن هنا تتبين لنا أهمية الاجتهاد القضائي في مسار وصيرورة القاعدة القانونية، أين يتدخل في الأصل كمطبق للقانون تماشياً مع مبدأ الفصل بين السلطات، والذي يكون من نتائجه اعتبار القاضي مطبق للقانون لا منشئ له.

بيد أن هناك استثناء بدل عن هذا الأصل، يتمثل في قدرة القضاء على صنع القاعدة القانونية وتتخذ هذه القدرة قالب الاجتهاد القضائي الذي تتباين أهميته من نظام إلى آخر².

الفرع الثالث: مصادر التشريع في الفقه والقانون ومركز الاجتهاد القضائي منها.

من المقرر شرعاً أن لكل حادثة أو واقعة في الكون حكماً شرعياً، وأن نصوص الشرع الواردة في القرآن والسنة لبيان الأحكام محدودة، ولكن فيها إعجاز بلاغي، وشمولي، وموضوعي، وكلّي لأحكام الدين عامة، قال تعالى: ﴿ وَمَا مِيسَ دَآبَّةٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا طَيْرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ إِلَّا أَمَمٌ أَمْثَالُكُمْ مَا بَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ ﴾ [الأنعام: 39]. أي في اللوح المحفوظ فإنه أثبت فيه ما يقع من الحوادث. وقيل: أي في القرآن أي ما تركنا شيئاً من أمر الدين إلا وقد دللنا عليه في القرآن، إما دلالة مبينة مشروحة، وإما مجملة يتلقى بياها من الرسول ﷺ، أو من الإجماع، أو من القياس الذي ثبت بنص الكتاب³.

وجاءت السنة النبوية بجوامع الكلم، وبيان الأحكام الواردة في القرآن، وبيان أسس التشريع ومبادئه وقواعده، وحددت مقاصد التشريع وغاياته وأهدافه، ليأتي العلماء المجتهدون من الفقهاء لمتابعة المسيرة، التي أقرها القرآن الكريم والسنة الشريفة، فقد كان الاجتهاد من أحد

¹ - ينظر: وهبة الزحيلي، تغير الاجتهاد، دار المكتبي، دمشق، 1420هـ، 2000م، ط1، ص7.

² - ينظر: عطية الجليلي، مدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص357 وما بعدها.

³ - شمس الدين القرطبي (ت: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية-القاهرة، ط2، 1384هـ-1964م، ج6، ص420.

المصادر الرئيسة الثلاث "القرآن، والسنة، والاجتهاد"¹ التي أقرها رسول الله ﷺ في حديث معاذ رضي الله عنه - السابق الذكر - لما أراد رسول الله ﷺ أن يبعثه إلى اليمن.

أولاً: مصادر التشريع في الفقه الإسلامي (مصادر أدلة الأحكام).

تنقسم الأحكام في جملتها إلى قسمين:

- القسم الأول؛ وهو الأحكام الأصلية التي تتعلق بأصول الاعتقاد.

- والقسم الثاني؛ وهو الأحكام الفرعية التي تتعلق بالتطبيق العملي وموضوع دراستنا هو القسم الثاني أي؛ الأحكام الفرعية التي تتعلق بالتطبيق العملي، والمصادر التي يُستنبط منها أدلة هذه الأحكام، ومصادر أدلة الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي في جملتها: الكتاب والسنة والاجتهاد والقياس².

1- القرآن الكريم:

وهو كتاب الله تعالى المتعبد بحفظه وتلاوته، نزل به الوحي جبريل عليه السلام على خير الأنام، جاء بالأحكام كلها حيث قال سبحانه جل من قائل ﴿ مَا بَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ﴾ [الأنعام: 39]. وقد تكفل له بحفظه حيث قال تعالى: ﴿ إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ ﴾ [الحجر: 09].

2- سنة رسول الله ﷺ وهي الأصل الثاني:

1- وتطلق في الاصطلاح الشرعي على معانٍ:

- منها: الشريعة، وبهذا المعنى جاء قولهم: الأولى بالإمامة الأعلم بالسنة ؛ أي بأحكام الشرع.
- ومنها: الطريقة المسلوكة في الدين، فتتظم المستحب والمباح، بل الواجب والفرض أيضاً.
- 2- وعند الفقهاء - تقيد بأنها الطريقة المسلوكة في الدين من غير افتراض ولا وجوب.

¹ - سبق تخرجه، ص 30.

² - عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، جامعة أم القرى، ط 1409، 1-هـ-1989م، ص 319.

- 3- وتطلق السنة عند علماء أصول الفقه: على ما صدر عن النبي -صلى الله عليه وسلم- من قول أو فعل أو تقرير فهي هنا مصدر من مصادر التشريع كالقرآن الكريم¹.
- 4- في اصطلاح المحدثين: كل ما أثر عن النبي (من قول أو فعل أو تقرير أو سيرة، والسنة بهذا المعنى مرادفة للحديث النبوي ولها منزلة عظيمة وميزات مرتبطة بميزات ومنزلة الرسول العظيم².

ج- الاجتهاد (الإجماع):

وهو في الاصطلاح الشرعي اتفاق مجتهدي الأمة بعد وفاة رسول الله ﷺ في عصر من العصور على حكم شرعي اجتهادي في واقعة من الوقائع التي لا نجد فيها حكم شرعي؛ فالاجتهاد هو الذي ضمن للفقه الإسلامي بقاءه وخلوده وتجدده وقدرته على حل المشكلات المختلفة التي تحدث باختلاف الزمان والمكان على مر العصور³.

وهو واقع - كما هو معلوم- في الدرجة الثالثة بعد كتاب الله تعالى وسنة نبيه ﷺ، كما بين لنا حديث معاذ قال: "كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟"، قال: أقضي بكتاب الله، قال: "فإن لم تجد في كتاب الله؟"، قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: "فإن لم تجد في سنة رسول الله ﷺ، ولا في كتاب الله؟" قال: أجتهد رأيي، ولا آلو فضرب رسول الله ﷺ صدره، وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله"⁴.

د- القياس:

وهو في الاصطلاح الأصولي؛ إلحاق واقعة لا نص على حكمها على واقعة ورد نص حكمها لاشتراكهما في العلة التي شرع لأجلها الحكم الشرعي. يقول ابن عقيل البغدادي:

¹ - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير باب: ن قدامة المقدسي (ت: 620هـ) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، ط2 1423هـ-2002م، ج1، ص273.

² - محمد يسري، طريق الهداية - مبادئ ومقدمات علم التوحيد عند أهل السنة والجماعة، ط2، 1427هـ-2006م، ج1، ص13.

³ - فيصل بن سعيد تلياني، مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون، جامعة الأمير عبد القادر، لاس، لاس ن. ص82.

⁴ - سبق ترجمته، ص30.

القياس: " هو الجمع بين مشتبهين لاستخراج الحكم الذي يشهد به كل واحد منهما، ولا يخلو كل واحد منهما من أن يشهد بمثل ما شهد به الآخر أو نظيره"¹.

ثانيا: مصادر التشريع في قانون الأسرة الجزائري.

المصادر الرسمية في القانون الجزائري بحسب ما نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني التي جاء فيها: " إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

فمن خلال هذا النص يتضح بأن مصادر الرسمية للقانون الجزائري هي²:

أ- التشريع:

هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة المختصة في الدولة لتنظيم علاقات أفراد المجتمع وذلك في حدود اختصاصاتها، ووفقا للإجراءات المعنية لذلك³.
أو يمكن القول بأنه: مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية، وهو عبارة عن تأطير لنصوص الشريعة في بعض الأحيان في شكل نصوص قانونية.

ب- الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص التشريعي:

حيث يلجأ القاضي إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية للفصل في القضايا المعروضة عليه، من خلال الاستناد إلى المصادر الأصلية والتبعية، بالإضافة إلى الأحكام الفقهية.

ج- العرف:

إذا لم يجد القاضي حلا للمسألة المطروحة لا في القانون ولا في مبادئ الشريعة الإسلامية؛ فإن القاضي في هذه الحالة يلجأ إلى الاستعانة بالعرف.

¹ - أبو الوفاء بن عقيل البغدادي الظفري (ت: 513هـ)، الواضح في أصول الفقه، تحق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط1، 1420هـ - 1999م، ص433.

² - ينظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2010، ص77، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية- الجزائر، 1429هـ-2008م، ص12.

³ - ينظر: محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى علم القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ج1، 2012م، ص129.

د- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

حيث أحال التقنين المدني إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كآخر مصدر رسمي احتياطي، والإحالة على هذا المصدر في الحقيقة هي تمكين القاضي من الفصل في النزاع عن طريق الاجتهاد برأيه على ضوء مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة¹.

أما المصادر التفسيرية تتمثل في الفقه والقضاء؛ حيث تحوز هذه الأخيرة أهمية بالغة خاصة في مجال تفسير النصوص القانونية الغامضة أو المتناقضة أو في حالة وجود فراغ تشريعي².

ومن خلال المصادر الرسمية التي نص عليها القانون المدني نلاحظ أن المشرع لم يُجد ترتيبها، حيث كان عليه أن يكتفي بأحكام الشريعة الإسلامية أو على الأقل أن يقدمها، كونها تعتبر في حد ذاتها منبعاً للعدالة؛ وهذا ما اعتمدته القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9-6-1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27-02-2005، أحكام الشريعة الإسلامية مصدراً أساسياً في التشريع الأسري، مغلباً بذلك المذهب المالكي على باقي المذاهب الأخرى، والتي اعتمدت بمثابة مرجعية في الوثيقة التحضيرية لهذا القانون، كما يمكن الأخذ من بعض الآراء خارج³ المذاهب الأربعة إذا دعت الحاجة لذلك⁴. المادة (222) من ق أ ج، "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" وهو المبدأ الذي قامت عليه الدساتير الجزائرية المتعاقبة التي جاءت بمبدأ تعميم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، حيث نصت في المادة الثانية منها على أن "الإسلام دين الدولة".

على الرغم من النص الواضح للدستور على أن الإسلام دين الدولة، إلا أن أحكام الشريعة الإسلامية لا تطبق إلا في قضاء شؤون الأسرة، كما عد المشرع من خلال المادة الأولى من

¹ - ينظر: حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، ص 77.

² - ينظر: عبد القادر حوبة، أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، ص 19.

³ - من الاجتهادات الفقهية خارج المذاهب الأربعة؛ مسألة التنزيل، حيث تطرق المشرع الجزائري في أحكامه في الفصل السابع في المواد (من 169 إلى 172) أخذاً بما قال به الإمام ابن حزم الظاهري.

⁴ - ينظر: رضوان زكي مختاري، أثر الشريعة الإسلامية في ترجمة القانون المدني بالجزائر، قانون الأسرة الجزائري أنموذجاً، أطروحة دكتوراه، جامعة أحمد بن بله وهران، معهد الترجمة، 2015م-2016م، ص 43.

القانون المدني أحكام الشريعة مصدر ثان بعد غياب النص التشريعي، وعلى ضوء نصوص القانون فإن التشريع في الجزائر لا ينسج نصوصه على أحكام الشريعة الإسلامية في باقي القوانين المختلفة؛ وبالتالي فإن أحكام الشريعة الإسلامية في القانون الجزائري لا تمثل منظومة التشريع بشكل كامل، والمقصود بالإسلام دين الدولة-والله أعلم- هو العقيدة السليمة.

الفرع الرابع: مركزية الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري.

إن أغلب قرارات المحكمة العليا¹؛ تصدرها أحكام الشريعة الإسلامية خاصة في اجتهاداتها المتعلقة بالأحوال الشخصية، وباستقراء مصطلح الشريعة في تلك الاجتهادات نجدده يحوز على مساحة واسعة، حيث أنه يعانق المستقر عليه قضاءً من جهة، ويتآخى مع المستقر عليه قانوناً من جهة أخرى².

ومصطلح الشريعة الإسلامية يظهر جلياً وواضحاً في ثنايا تلك القرارات وحديثاتها، ويُعتمد عليه في التوجيه والتدليل لتلك الاجتهادات، بل ويُستعمل حجة في الرد إذا ما كان هناك التباس بينه وبين المقرر قانوناً، نحو تقريره بوقوع الطلاق العرفي واحتسابه إذا تلفظ به الزوج بحضور شهود، وهذا يلتقي مع ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية من الاعتداد بتلفظ الزوج، وأنه يحتسب عليه، ثم بين؛ أي ذلك الاجتهاد لدفع الالتباس كونه يتعارض مع المادة(49) من ق أ ج، والتي تنص على: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم..." بأنها قاعدة إجرائية ليس إلا، كما رفع الاجتهاد القضائي من مكانة الشريعة الإسلامية لما قرر بصريح العبارة " لا حكم يعملوا على الشريعة، بل وأوضحت تلك الاجتهادات أن القرار الذي لا يكون معتمداً على أي

¹ - المادة 152 من دستور الجزائر، تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لعمال المجالس القضائية والمحاكم. يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لعمال الجهات القضائية الادارية. تتضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلد ويسهران على احترام القانون. تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة.

² - محمد سنيني، "حدود مفهوم الشريعة الإسلامية في الاجتهاد القضائي في قرارات المحكمة العليا"، غرفة الأحوال الشخصية، في مجلة البحث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب البليدة، ع4، 2012، ص184-185.

أساس قانوني أو شرعي يكون مشوبا بالانعدام في الأساس القانوني"¹، كما أن الاجتهاد القضائي يستند بالشرعية في تقوية وتعزيز ما هو مقرر شرعا؛ فعند ذكره للقاعدة من قواعد الحجب في الميراث ووصفها بأنها مقرر قانونا وشرعا، وهي أنه يحجب أبناء الإخوة للأب، حيث اعتبر الاجتهاد القضائي أنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يُعد مخالفة للقانون، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا في حجب أبناء الإخوة الأشقاء أبنا الإخوة لأب :

المبدأ: من المقرر قانونا وشرعا أنه: "يحجب أبناء الإخوة الأشقاء أبناء الإخوة لأب..."²
كما راعت الاجتهادات القضائية أحكام الشريعة الإسلامية في زيارة الأب لأبنائه بعد الطلاق، بأنه لا يصح تحديد ممارسة حق الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة لأنها أصبحت أجنبية عنه، وخلاف ذلك يعد مخالفة للشرع والقانون.³

¹ - محمد سنيي، المرجع السابق، ص185

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 10-06-1997، ملف رقم: 183414، المجلة القضائية: 1998م، ع01، ص115.

³ - محمد سنيي، المرجع السابق، ص185.

المبحث الثاني

ماهية الاستقرار الأسري

حثنا الشرع الحكيم على الوحدة ولمّ الشمل بين أفراد الأسر والجماعات والمجتمعات والأمة الإسلامية قاطبة حيث قال سبحانه في كتابه العزيز: ﴿وَاغْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً قَالَتْ بَيْنَ فُلُوبِكُمْ فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا﴾ [آل عمران 103]

كما نهى سبحانه وتعالى عن الفرقة والخلاف فقال: ﴿وَلَا تَنَزَعُوا فِتْنَةً تَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَاصْبِرُوا إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ﴾ [الأنفال 47].

ومنشأ استقرار المجتمعات يبدأ من الأسرة باعتبارها اللبنة الأولى والنواة الأساسية في بناء المجتمع، فاستقرار الأسرة واستمرارها ودوامها مقصد أصلي من مقاصد الشرع؛ ومما يدل على ذلك النصيب الأوفر الذي حظيت به الأسرة من الأحكام التي جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، حيث تولت هذه الأحكام الشرعية أدق التفاصيل في المسائل القطعية كالمراث والعدة، والمحرمات من النساء وغير ذلك كثير، وأجملت القواعد العامة التي تدور في فلكها المسائل الاجتهادية بما يتناسب مع النوازل في كل زمان ومكان¹.

كما عزم قانون الأسرة الجزائري على تطبيق هذه الأحكام الشرعية؛ باعتباره القانون الذي ينظم العلاقات الأسرية منذ تكوينها إلى غاية انحلالها والآثار المترتبة عن كل ذلك، بحيث يجتهد القاضي في تطبيق النص على المسألة، أو الإحالة والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إن لم يكن في المسألة نص وسنن من خلال هذا المبحث مفهوم الاستقرار الأسري وخصائصه ومقوماته (مطلب أول)، ثم أهمية الاستقرار الأسري والأسس التي يقوم عليها والمعوقات التي تواجهه (مطلب ثان).

¹ - ينظر: زبيدة إقروفة، "الاستقرار الأسري من خلال أحكام قانون الأسرة"، في مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، ع4، 1433هـ - 2012م، ص20.

المطلب الأول

مفهوم الاستقرار الأسري وخصائصه ومقوماته.

يكتسي الاستقرار الأسري أهمية كبرى باعتباره مرتكزا لباقي أنواع الاستقرار وفي شتى مجالاته، ومنه سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف الاستقرار الأسري (فرع أول) ثم خصائص الاستقرار الأسري (فرع ثان). ثم مقومات الاستقرار الأسري (فرع ثالث)

الفرع الأول: تعريف الاستقرار الأسري.

قبل التطرق إلى مفهوم الاستقرار الأسري، سنقوم بتعريف الاستقرار في اللغة والاصطلاح (أولا) ثم تعريف الأسرة لغة واصطلاحا (ثانيا)، ثم تعريف الاستقرار الأسري لفظا مركبا (ثالثا). ونبين أنواع الأسرة (رابعا).

أولا- تعريف الاستقرار:

الاستقرار أهم مطالب الحياة سواء في الأسرة أو في شتى الميادين وسنتطرق إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي لمصطلح الاستقرار.

1-تعريف الاستقرار:

أ- لغة: الاستقرار في اللغة مأخوذ من استقرّ، وهو يدل كما أورد اللغويون على معنى الثبات والتّمكن والسّكن في المكان¹.

ب-اصطلاحا:

يعرف الاستقرار "بما يفيد معنى الإبقاء على الواقع كما هو كائن، أي انتظام حركة المجتمع في أنماط معينة، والتي تضبط حركة المجتمع، وبما يتحقق من خلال المشاركة، وينتفي في حال الصراع"².

¹ - ينظر: ابن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، ط4، 1407هـ - 1987م، مادة (قَر)، ج2، ص791. وابن فارس: مقاييس اللغة، مادة (قَر)، ج5، ص7.

² - مفتاح حسين علي بالحاج، "معالم الاستقرار الأسري ومقوماته"، في مجلة كلية الآداب، كلية الآداب، جامعة مصراته - ليبيا، ع9، 2017، ص128.

ومنه قول الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم 20]. نجد في هذه الآية أن غاية الزواج (السكن والمودة والرحمة) قائما على توافر التفاعل الثنائي الإيجابي بين الزوجين، مما يؤدي إلى تحقيق الاتزان النفسي والاستقرار الاجتماعي للزوجين بشكل خاص والأسرة بشكل عام¹.

ثانيا-تعريف الأسرة:

1- لغة: (أسر) الهمزة والسين والراء أصل واحد، وقياس مطرّد، وهو الحبس، وهو الإمساك. من ذلك الأسير، وكانوا يشدّونه بالقدّ وهو الإسار، فسمي كلُّ أخيدٍ وإن لم يؤسّر أسيراً². والأسرة من الرجل: الرهط الأذنون: "و شدّدنا أسرهم" أي مفاصلهم³. فالأسرة من الناحية اللغوية هي التي ينتسب إليها الإنسان (ذكر وأنثى) وهي التي يعيش في كنفها، والأسرة هي العشيرة التي توفر لأفرادها سبل الحياة والحماية والتربية والتضامن والتآزر بين أفرادها⁴.

2- اصطلاحاً:

عرّف العلماء الأسرة بتعاريف عديدة، وقد جاءت بمحمل تصوراتهم لها واحدة، نظراً لوضوح معالم الأسرة وطبيعتها القائمة على معنى الوحدة والاجتماع، ومن التعاريف نذكر:

يقول وهبة الزحيلي: بأنها "الجماعة المعتمدة نواة المجتمع والتي تنشأ برابطة زوجية بين رجل وامرأة، ثم يتفرع عنها الأولاد، وتظل ذات صلة وثيقة بأصول الزوجين من أجداد وجدات

¹ - ينظر: مفتاح حسين علي بالحاج، المرجع السابق، ص 126.

² - ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة (أسر)، ج 1، ص 107.

³ - الطاهر أحمد الرازي، مختار القاموس مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير، الدار العربية للكتاب - تونس، لا:س، ص 20.

⁴ - عزيز أحمد صالح ناصر الحسيني، "الأمن الأسري، المفاهيم - المقومات - المعوقات"، مجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة الأندلس للعلوم والتقنية - اليمن، مج 15، ع 12، أكتوبر 2016م، ص 169.

وبالحواشي من إخوة وأخوات، وبالقرابة القريبة من الأحفاد والأسباط (أولاد البنات)، والأعمام والعمات، والأخوال والخالات وأولادهم¹.

ويذكر الشيخ أبو زهرة بما لا يختلف عن تعريف وهبة الزحيلي بأنّ: "الأسرة في الإسلام تشمل الزوجين والأولاد الذين هم ثمرة الزواج وفروعهم، كما تشمل الأصول من الآباء والأمهات، فيدخل في هذا الأجداد والجندات، وتشمل أيضا فروع الأبوين، وهم الإخوة والأخوات وأولادهم، وتشمل أيضا فروع الأجداد والجندات، فيشمل العم والعمة وفروعهما، وهكذا تشمل كلمة الأسرة الزوجين والأقارب جميعا سواء منهم الأدنون وغير الأدنين"².

ويقول في تعريفها عزيز أحمد صالح الحسيني: "هي وحدة اجتماعية تقوم على الزواج المشروع، والرجل والمرأة يكونان نواة الأسرة؛ لذا فهي تتكون من الزوجين ثم الأولاد أو من دونهم الذين يعيشون تحت سقف واحد ولكل منهما دوره في الأسرة"³.

ويعرفها مصطفى حجازي بأنها: "مؤسسة اجتماعية تتشكل من منظومة بيولوجية، تقوم على دعامتين: الأولى بيولوجية تتمثل في علاقات الزواج وعلاقات الدم بين الوالدين والأبناء وسلالة الأجيال، أما الثانية فهي اجتماعية ثقافية، حيث تنشأ علاقات المصاهرة من خلال الزواج، ويقوم الرابطة الزوجي تبعا لقوانين الأحوال الشخصية حيث يتم الاعتراف بها"⁴.

وهذا التعريف الأخير كما يلاحظ جمع بين الأسرة الطبيعية التي تتشكل بالفطرة وبين كونها لها وجود قانوني معترف به.

ويمثل كل من المعنى اللغوي والاصطلاحي؛ مفهوم الحماية والنصرة وتقوية رابطة التلاحم القائمة على أساس العرق والدم والنسب والمصاهرة والرضاع⁵.

¹ - وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر - دمشق، ط 1429هـ، 4 - 2008م، ص 22.

² - أبو زهرة محمد، قواعد تكوين البيت المسلم، أسس البناء وسبل التحصين، دار التوزيع والنشر الإسلامية - مصر 1425هـ - 2004م، ص 62.

³ - ينظر: عزيز أحمد صالح ناصر الحسيني، الأمن الأسري، المفاهيم - المقومات - المعوقات، مرجع سابق، ص 171.

⁴ - مصطفى حجازي، الأسرة وصحتها النفسية المقومات الديناميكيات العمليات، المركز الثقافي العربي - المغرب، 2015م، ص 15.

⁵ - وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، مرجع سابق، ص 20.

وتشير كل هذه التعريفات إلى البعد الفطري في الأسرة، الذي يجمع بين الرجل والمرأة في إطار منظم ومتفق عليه اجتماعيا، وذلك بهدف التعايش وإنجاب الأطفال، وتقاسم الأدوار مما يساعد على تحقيق وظيفتها تجاه أفرادها واتجاه المجتمع¹.

ولقد عرف المشرع الجزائري الأسرة بأنها: " الخلية الأساسية للمجتمع وتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة" (م 2 من ق أ ج).

ويلاحظ من خلال هذا القانون أنه أخضع العلاقات الأسرية لجميع الجزائريين مهما كانت مذاهبهم وأعرافهم لقانون واحد هو قانون الأسرة، وهو ما نصت عليه المادة (221) من ق أ ج².

ويمكننا من خلال جملة التعاريف المذكورة للأسرة الوقوف على تصور ومفهوم لها بعدها: علاقة بيولوجية بين رجل وامرأة، يُقرّها الشرع والقانون، وينجر عنها علاقات أخرى، وتثبت بوثائق شكلية، تضمن حقوق أفرادها في كل ما يعترض الأسرة من إشكالات.

فالعلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة تنجر عنها علاقات أخرى كالمصاهرة والنسب، وتثبت معها حقوق؛ ومنها حق الابن في نسبه من أبيه والاعتراف به وتسجيله في سجلات الحالة المدنية، ويثبت تسجيل الزواج -الذي يعد بداية التكوين الأسري- حقوق الزوجين في فك الرابطة الزوجية، والآثار المترتبة عنها؛ من نفقة وحضانة وعدة، كما يثبت حق الزوجين في التوارث حال موت أحدهما.

ثالثا-تعريف الاستقرار الأسري باعتباره لفظا مركبا:

يعرف الاستقرار الأسري بأنه " العلاقة الأسرية الناجحة التي تقوم على التفاعل الدائم بين أفراد الأسرة، والتي تهيئ للأبناء الحياة الاجتماعية والثقافية والدينية اللازمة لإشباع احتياجاتهم في مراحل النمو المختلفة، وتتسم هذه العلاقة بسيادة المحبة والديمقراطية والتعاون بين أفرادها

¹ -نجية مامش، "التحديات الاجتماعية والاقتصادية لتأسيس الأسرة"، المؤتمر الدولي الأول: الأمن الأسري الواقع والتحديات، تركيا- اسطنبول، 13-14 أكتوبر 2018م، ص 590.

² - " يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني".

في إدارة شؤونهم الأسرية، مما يدعم العلاقات الإنسانية بينهم، ويحقق أكبر قدر ممكن من التماسك والتقارب داخل الأسرة¹.

وعُرف أيضاً بأنه "حالة ثبات العلاقة بين أفراد الأسرة التي تتضمن زوجين شرعيين وأبنائهما (أو كفالتهم) مع وجود بعض الأقارب أو بدونهما، حيث يتحقق عموماً من خلال توفر مجموعة من العوامل منها المادية؛ كالفضاء السكني، والحاجيات الضرورية من مأكل وملبس وترفيه، ومنها الأخلاقية والعاطفية والاجتماعية الدينية كالتكافؤ، والتكامل في مقاييس اختيار معينة تحدث التجاذب، كالحب والجمال والأخلاق والتدين حسب المستوى التعليمي، المنصب والمهارة المنزلية، إلى جانب التكافل والتكافؤ في الصفات المزاجية والأخلاقية كالرزنة والتسامح، والوفاء والرحمة والتكامل في العلاقة الحميمة الجنسية، والتكافؤ في الأهداف المشتركة في الحياة كتربية الأبناء وتوجيههم"².

بالاستناد إلى هذه المفاهيم يمكننا التعبير بأن الاستقرار الأسري بأنه: عنوان للعلاقة الزوجية الناجحة التي بنيت على أسس وقواعد صحيحة أدت إلى استقرارها رغم كل ما قد يطرأ على الأسرة من متغيرات وظروف متشعبة.

ولقد أرشد الدين الحنيف إلى أسس سليمة كالتواد والتراحم والعطف والصبر والتحمل، فإن بنيت الأسرة بمراعاتها، وإن عصفت بها مختلف الظروف الاجتماعية والاقتصادية مهما كان نوعها، لا تؤدي إلى تفككها، لأن البنيان إذا بُني على قواعد متينة فإن العواصف والظروف لن تؤول به إلى الانهيار بخلاف البيت المبني على قواعد بالية وهشة.

رابعا- أنواع الأسرة:

الأسرة ثلاثة أنواع: صغرى، ووسطى، وكبرى³.

¹ - خلود بنت محمد علي يوسف صحاف، التوافق الزوجي وعلاقته بالاستقرار الأسري، رسالة ماجستير، المملكة العربية السعودية جامعة أم القرى، كلية التربية، قسم علم النفس، 1435هـ، ص44.

² - صباح عياشي، الاستقرار الأسري وعلاقته بمقاييس التكافؤ والتكامل بين الزوجين في ظل مختلف التغيرات التي عرفها المجتمع الجزائري، أطروحة دكتوراه دولة في علم الاجتماع الثقافي، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية قسم علم الاجتماع، 2007، 2008، ص18.

³ - وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، مرجع سابق، ص22.

1- الأسرة الصغرى¹:

وهي مقصورة على الزوجين والأولاد، وهذا محل بحثنا؛ وهي التي حرص الإسلام على تكوينها على دعائم متينة وراسخة. حيث اعتنى القرآن الكريم وحرص على بيان حقوق كل من الزوجين وواجباته؛ حرصاً منه على اجتناب كل ما من شأنه أن يؤثر على استقرار الأسرة، وقرر قاعدة عظيمة تتمثل في تحقيق المساواة التكاملية بينهما، أما من حيث المساواة الإنسانية فهما سواء، فهما سواء، قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّاسُ بِتَفْؤُا رَبِّكُمْ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِّنْ نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَفِيًّا﴾ [النساء:1].

فالمساواة تكون لما اتفق فيه الطرفان من قدرات، أما ما يختلفان فيه فيطلق عليه مفهوم العدل وليس المساواة المطلقة، وذلك مراعاة للفوارق بينهما وما خلُقوا عليه من اختلاف الاحتياجات التي تناسب الطبيعة البشرية لكل منهما، والخطاب في القرآن الكريم موجه إلى الرجل والمرأة على حد سواء، مع اختلاف في الدلالة التي جاء بها الخطاب؛ فإن جاء الخطاب خاص بأحدهما فهو إما لزيادة تنبيه، أو لأن الحكم يختص بمن توجه غليه الخطاب².

2- الأسرة الوسطى³:

وهي في الدرجة الثانية، وتتكون من سائر الأقارب لتشمل الآباء والأجداد والإخوة والأخوات والأعمام والأخوال، وهي المقصودة بأمر الله تعالى بصلة الرحم، ولقد أشار المولى عز وجل إلى ما يسمى بالأسرة الممتدة التي تقوم على مجموعة من القيم والمفاهيم؛ التي تعمل

¹ - وتعرف بالأسرة النووية، وهي: تلك الجماعة المكونة من الزوج والزوجة وأولادهما غير المتزوجين الذين يقيمون في مسكن واحد. ينظر: أحمد صالح ناصر الحسيني، الأمن الأسري، المفاهيم، المقومات المعوقات، ص 170.

² - ينظر: رولا محمد الحيت، المفردات القرآنية في موضوع الأسرة، ودلالاتها الفقهية وامتدادها الاجتماعي، الأسرة المسلمة في ظل التغيرات المعاصرة، المعهد الإسلامي، و م أ، ط 1، 1436هـ، 2015م، عمان الأردن، تحرير، رائد جميل عكاشة، ومنذر عرفات زيتون، دار الفتح للدراسات والنشر، ص 53.

³ - وتُعرف بالأسرة الممتدة، وهي تلك الجماعة التي تعيش في مسكن واحد وتتكون من الزوج والزوجة وأولادهما الذكور والإناث غير المتزوجين والأولاد المتزوجين وأبنائهم، وغيرهم من الأقارب كالعم والعمة الذين يقيمون في المسكن ذاته ويعيشون حياة اجتماعية تحت إشراف رئيس الأسرة. أحمد صالح ناصر الحسيني، المرجع السابق، ص 170.

على بقاء الكيان الاجتماعي حيث قال: ﴿ وَاللّٰهُ جَعَلَ لَكُمْ مِّنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا
وَجَعَلَ لَكُمْ مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَبَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَقْبِلْ بَطِل
يُؤْمِنُونَ وَيَنْعَمَتِ اللَّهُ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴾ [النحل72].

3- والأسرة الكبرى:

هي المجتمع المسلم، بما فيه الجيران والأصدقاء وغيرهم، حيث أوصى الله تعالى بهم جميعاً،
ووصف العلاقة بالأخوة، قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ
أَخَوَيْكُمْ وَأَتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾ [الحجرات10].

كما تشتمل على كافة المجتمع الإنساني، أو البشرية جمعاء، لأن الله تعالى كما أوصى
بالأرحام والأخوة أوصى أيضاً بالتعاون والتواد مع البشر بعضهم ببعض، قال تعالى:
﴿ يَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاهُمْ مِّنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاهُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ
لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ [الحجرات13].

الفرع الثاني: خصائص الاستقرار الأسري¹.

معلوم أن الأسرة المسلمة ملتزمة بنظام الشريعة الإلهية وبالأخلاق والآداب الإسلامية؛ فهي
تكدح لأجل تحقيق تعايش حذر مع المجتمع، وتحقيق الأمن و السعادة في الحال والمآل،
والناظر لعمل الأسرة يجدها تتردد بين المثالية و الواقعية (أولاً)، وبين النظرة الشمولية والجزئية
(ثانياً) مع مراعاة الثوابt والمتغيرات (ثالثاً)²:

أولاً- التردد بين المثالية والواقعية: الأسرة المسلمة تحلم بأن تعيش سعيدة ذات مردود
كاف، وتعمل لتحقيق مستقبل زاهر، ولا تتحقق هذه السعادة إلا بتطبيق شعائر الدين
وأحكامه دون تفريط بما جاء في تعاليم الكتاب والسنة، حيث تبدأ الأسرة حيلتها بداية

¹ - ينظر: وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، ص23. خلود بنت محمد علي يوسف صحاف، التوافق
الزواجي وعلاقته بالاستقرار الأسري، ص49، والطاهر العربي سركر، الاستقرار الأسري وانعكاساته على جودة الحياة
الاجتماعية، ص313، ومفتاح علي الحبيب بالحاج، معالم الاستقرار الأسري ومقوماته، ص138.

² - وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، مرجع سابق، ص22.

بالخطبة، والتفاهم على الارتباط الشرعي في جلسات صريحة تهدف إلى التوافق وتحقيق الرغبة المشروعة؛ مما يؤدي بدوره إلى تكوين أسرة متكاملة يقوم فيها كل من الزوجين بواجبه الفطري والاجتماعي، فيكتسب الزوج معاشه وترعى الزوجة شؤون بيتها وأولادها، وتكون القوامة للرجل؛ وهي وضع طبيعي سليم في كل مجتمع لاتخاذ القرارات الحاسمة، القائمة على الدراسة والشورى والتعاون والتكامل.

وتقوم العلاقة المشتركة بين الزوجين على الوسطية بين الحزم والجد والتسامح واللين والود والالتزام والاحترام المتبادل، وتقدير المخاطر والحفاظ على مرضاة الله تعالى من غير تفريط ولا تجاوز.

ثانيا- التردد بين الشمولية والجزئية: تعمل الأسرة بالتدرج وتبني حياتها شيئا فشيئا، فلا تصعد بشكل فائق ولا تنحدر لترضى باليسير، وتتسم هذه الأسرة في علاقتها بالأقارب بالجدية والرحمة والواقعية.

ثالثا- مراعاة الثوابت والمتغيرات: إن الأسرة المسلمة تقدر أصول الإسلام وتمجد مناهجه التي لا يجوز في أي حال الابتعاد عنها، ويمكن للأسرة أن تتبع أوضاع العصر ومواكبة تطوراتها، بما يتوافق والمقاصد الشرعية، وكذا الحرص من مخاطر المستقبل، فتوثق عقد الزواج الذي يجب أن يقوم على أساس صحيح بتوفر جميع أركانه وشروطه.

الفرع الثالث: مقومات الاستقرار الأسري:

لابد للأسرة أن تتوفر لها مجموعة من المقومات الأساسية كي يتسنى لها القيام بوظائفها على أكمل وجه، ويعتمد نجاح الأسرة وفشلها على تحقيق التوافق الاجتماعي بالاعتماد الكلي على مدى تكامل هذه المقومات وترابطها، وتتمثل هذه المقومات فيما يلي:

أولا- المقومات الاقتصادية:

إن أغلب المجتمعات الحديثة تقوم حول إيديولوجية اقتصادية أساسية، وأن تفسير المشكلات الاجتماعية يرتبط ارتباطا وثيقا بفشل النظم الاقتصادية في القيام بوظائفها

وعجزها عن ضبط النشاط الاقتصادي، وتوفير الخدمات الكافية لأفراد المجتمع، حيث يؤدي ذلك العجز إلى ظهور الآفات الاجتماعية كالسرقة والاختلاس وإتباع الطرق غير المشروعة للحصول على المال وإدمان المخدرات، وفي حال تحسن الوضع الاقتصادي من توفير الرعاية والسكن والوظيفة لتلاشت أغلب هاته الظواهر الاجتماعية، والتي في أصلها آفات فتاكة تؤثر سلبا على استقرار المجتمع بصفة عامة وبالتالي على الاستقرار الأسري¹.

ثانيا-الحالة الصحية:

تمثل الأسرة الأداة الطبيعية لإنجاب النسل واستمرار حياة المجتمع، وهي الوسيلة التي تنتقل من خلالها الخصائص الوراثية من جيل لآخر، فالسلامة الصحية للأبوين تؤدي إلى نسل سليم، كما أن تعرض أحد أفراد الأسرة للمرض يتسبب في اضطرابها وتزايد أعبائها وتفاقم مسؤوليتها مما قد يتسبب في زعزعة الاستقرار الأسري².

ثالثا-المقومات الاجتماعية:

تقوم الحياة الأسرية على التكيف المتبادل للأدوار بين الزوجين، بالإضافة إلى عواطف المحبة والمودة بين الشريكين، والحوار المتبادل من شأنه أن يعزز الروابط بينهما، ويؤثر هذا الترابط في العلاقة بين الأبناء ووالديهم والأبناء فيما بينهم، فصلاح العلاقة الزوجية تكون بصلاح الأبوين وصلاح الأبوين يؤدي حتما إلى صلاح الأبناء؛ فالحياة الزوجية عبارة عن بناء يشد بعضه بعضا، والحرص على سلامة الأساس يكون له أثر إيجابي كبير في دوام الحياة الزوجية واستقرارها³.

¹-ينظر: الطاهر العربي سرگز، "الاستقرار الأسري وانعكاسه على جودة الحياة الاجتماعية"، في مجلة كلية الآداب، كلية التربية، جامعة الزاوية- ليبيا، مج1، ع 29، يونيو 2020م، ص313.

²-المرجع نفسه.

³-المرجع نفسه.

المطلب الثاني

أهمية الاستقرار الأسري والأسس التي يقوم عليها والمعوقات التي تواجهه.

تتكون الأسرة ابتداء بعقد الزواج؛ وتترتب عن هذه الأسرة جملة من الحقوق والواجبات التي تقع على عاتق أفرادها، ولقد تولى الشارع الحكيم رعاية أحكام الأسرة من بداية قيامها وتكوينها ونشأتها، وحتى ما تعلق بزوالها، ولم يترك أحكامها للبشر يقيمون قواعدها وأصولها ويضعون نظمها وأحكامها ومما سبق ذكره سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى أهمية الأسرة (فرع أول) ثم أسس الاستقرار الأسري (فرع ثان) وأخيرا نبرز أهم المعوقات التي تحول دون تحقيق الاستقرار الأسري(فرع ثالث).

الفرع الأول: أهمية الأسرة

قبل الحديث عن أسس الاستقرار الأسري، ارتأيت أن أبين أهمية الأسرة (أولا) ثم أتطرق إلى أهمية الاستقرار الأسري(ثانيا).

أولا- أهمية الأسرة في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري.

1-أهمية الأسرة في الشريعة الإسلامية.

تعتبر الأسرة مظلة إنسانية ضرورية لبناء النفس، وممارسة المعيشة الهائلة في الحياة، ورغد نظام المجتمع بعناصر البناء وبقاء النوع الإنساني وتتمثل الأهمية التي يحوزها البناء الأسري فيما يلي¹ :
-بناء النفس الإنسانية المتكاملة: ويتحقق ذلك بالنمو الجسدي والعاطفي للرجل والمرأة على حد سواء عن طريق الزواج الذي يشبع النزعات الفطرية والميول الغريزية، ويلبي المطالب النفسية والروحية والعاطفية.

-ممارسة المعيشة الهائلة في الحياة: ويتحقق هذا من خلال الأسرة، التي توجد تجمعاً صغيراً، يبنى أصول حياته ومعيشته بهدوء ويحقق تعاوناً بناء وقويا في التغلب على مشكلات المعيشة والمكاسب، وتخيم فيه أجواء المحبة والود والأنس والطمأنينة والسلامة، وصد عدوان الأعداء، ومقاومة كل أوجه التعثر والضعف والمرض، والأخذ بيد الأطفال نحو النمو والاكتمال، والبر

¹ -وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، المرجع السابق، ص22.

بالكبار ورعايتهم والاهتمام بهم والإحسان إليهم مصداقا لقول الله تعالى: ﴿ وَفَضِّلْ رُبَّكَ
أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالنَّوَالِدَيْنِ إِحْسَنًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ
كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا قَوْلٌ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ۖ وَخُفِضَ
لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْنِي صَغِيرًا ۝﴾
[الإسراء: 23-24].

-رغد نظام المجتمع والإبقاء على النوع الإنساني: ويتحقق ذلك من خلال الإنجاب لحفظ
النسب ونقاء الدم، وخلو المجتمع وسلامته من الأمراض التي تتكاثر بسبب العلاقات الجنسية
غير المشروعة.

2-أهمية الأسرة في الدساتير والقوانين الجزائرية.

لقد نصت الدساتير الجزائرية على إضفاء الحماية للأسرة من قبل الدولة والمجتمع، حيث
جاء في المادة(17) من الدستور 1963"تحمي الدولة الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية
للمجتمع" وهو نفس المضمون الذي تعاقبت عليه باقي الدساتير¹.

كما اهتم المشرع بشؤون الأسرة من خلال قانون الأسرة الجزائري، إلى جانب بعض
القوانين الأخرى، واهتم المشرع الجزائري في قانون العقوبات الجزائري عن الأسرة، حيث نص
على الحماية الجنائية للأسرة، فقد ورد ذلك في المادة (330) من ق ع ج والمادة(331)
وفيها النص على عقوبة الإهمال وعدم النفقة، كما أفرد المشرع الكتاب الثالث في ق إ ج المواد
من (442)إلى(494)، واهتم القانون المدني هو الآخر بمسائل الأحوال الشخصية، -بقواعد
آمرة - حيث نص على الأهلية، والحالة المدنية بقواعد آمرة لا يمكن مخالفتها.

¹ -نصت المادة 65 من دستور1976على أنه " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وتحظى بحماية الدولة والمجتمع"
ونصت المادة 55 من دستور1989" تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع". وهو ما جاء به دستور1996 في
المادة58.

الفرع الثاني: أسس الاستقرار الأسري.

لقد تدارك المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة كل هذه المعاني، فوضع أسسا للأسرة الجزائرية تقوم عليها حيث حددت المادة الثالثة¹. من هذا القانون هذه الأسس وهي كالتالي²:

أولا- الترابط: أولا- الترابط: وأصله الشرعي في القرآن الكريم قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم20]. فالملوى عز وجل خلق الزوجات من جنس الأزواج، ليسكن الزوج إلى زوجته، ويقوم بينهما رباط المودة والرحمة، قال الله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَبَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَقْبَالُ الْبَطْلِ يُؤْمِنُونَ وَيَنْعَمَتِ اللَّهُ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾ [النحل72]. ومن حكمة الله تعالى هو النسل الذي يكون ثمار هذه العلاقة المقدسة وهم البنين والحفدة، فيتحقق في هذه الأسرة جانب التلازم والتعاون والحب.

ثانيا- التكافل:

ليكون الزوجان في سكن ومودة ورحمة، يجب أن يتحقق التكافل بينهما، والتكافل الاجتماعي ضرورة حيوية ماسة لكل مجتمع بحيث يجعله كالجسد الواحد في العيش المشترك والتراحم والتعاطف المتبادل وإشاعة روح المحبة، ويشمل معنى التكافل أيضا التعاون على تطوير الحياة الاجتماعية والوقاية من جميع أوجه التخلف، والقضاء على الثالوث الخطير؛ الجهل والفقر والمرض³.

ثالثا- حسن المعاشرة:

يجب على كل من الزوجين الإحسان إلى الآخر ومعاشرته بالمعروف؛ والمقصود بالمعاشرة هو المخالطة والمصاحبة وينبغي أن تكون هذه المعاشرة بالمعروف لقول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ

¹ - "تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية" ينظر: المادة(3) من قانون الأسرة الجزائري.

² - ينظر: أحمد نصر الجنيدي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دارالكتب القانونية - مصر، 2009م، ص9.

³ - وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، ص22.

بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا
كَثِيرًا ﴿19 النساء﴾.

وهذه حكمة عظيمة، إذ قد تكره النفوس ما في عاقبته خير فبعضه يمكن التوصل إلى معرفة
ما فيه من الخير عند غوص الرأي. وبعضه قد علم الله أن فيه خيرا لكنه لم يظهر للناس¹.

رابعا- التربية الحسنة:

فالأسرة كما جاء في المادة الثانية، هي الخلية الأساسية للمجتمع، ولذلك بينت المادة
الثالثة أن الأسرة تعتمد على التربية الحسنة في حياتها، وهذه التربية لها مقومات لكي تؤثر في
إعداد أفراد الأسرة إعدادا عقديا وخلقيا، وتعد هؤلاء الأفراد علميا ونفسيا واجتماعيا، حتى
يكونوا أفرادا صالحين في المجتمع، لأن الأسرة هي أساس المنشأ الصالح.

وجاء في البخاري عن أهمية التربية الحسنة: "عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، قال:
هلك أبي وترك سبع بنات أو تسع بنات، فتزوجت امرأة ثيبا، فقال لي رسول الله ﷺ: ((
«تزوجت يا جابر» فقلت: نعم، فقال: «بكرا أم ثيبا؟» قلت: بل ثيبا، قال: «فهلأ
جارية تلاعبها وتلاعبك، وتضاحكها وتضاحكك» قال: فقلت له: إن عبد الله
هلك، وترك بنات، وإني كرهت أن أجيئن بمثلهن، فتزوجت امرأة تقوم عليهن
وتصلهن، فقال: «بارك الله لك» أو قال: «خيرا»)).²

خامسا- حسن الخلق:

ويدخل تحته عدة عناصر، فالصدق من حسن الخلق والأمانة من حسن الخلق، وحفظ
اللسان من حسن الخلق، ومراعاة حقوق الآخرين والتأدب معهم، وكل ذلك يكون من تقوى
الله عز وجل.

¹ - محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، مرجع سابق، ج4، ص287

² - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب: عون المرأة زوجها في ولده، حديث رقم: 5367، ج7، ص66.

سادسا-نبذ الآفات الاجتماعية:

كل ما من شأنه أن يسئ للمجتمع أو يحط من قدراته يعتبر آفة اجتماعية يتوجب الإقلاع عنها ومكافحتها والحد منها؛ لأنها تخل بتقاليد المجتمع وأعرافه، مما يؤثر سلبا في استقراره. كما يمكن أن يكون الوفاء الزوجي من أهم مظاهر الحب والإخلاص وهو من أقوى الأسس التي تضمن الاستقرار الأسري.

الفرع الثالث: معوقات الاستقرار الأسري.

تَعْتَرِضُ الأسرة المسلمة في الزمن المعاصر بعض الإشكالات التي تؤدي إلى اهتزازها وتصدها، ويكون ذلك إما بسبب البيئة المحيطة سواء المحلية أو العالمية، أو بسبب ذاتي يرجع لتكوين الرجل والمرأة، أو يكون نتيجة لتدخلات بعض الأقارب، ومن بين المعوقات نذكر ما يلي:

1- جهل المرأة أو أميتها، أو أطماع الرجل، وقد يكون بسبب الفقر الذي تعاني منه الأسرة؛ مما يؤدي إلى انحراف المرأة، وقد يكون بسبب ثرى الرجل الذي يؤدي إلى الانحراف أيضا بحيث يهمل بيته وأهله، ويكون كذلك سبب انعدام الاستقرار في الأسرة سوء تكوين أحد الزوجين والبيئة التي تربّيا فيها وضعف الوازع الديني؛ وهذا السبب الأخير بالنسبة لي هو سبب رئيس في كل المشاكل التي ذكرت آنفا.

2- تدخل الأقارب يعتبر من أكبر المعوقات التي تسبب في زعزعة الاستقرار الأسري، وذلك بتدخل أحد أبوي الزوجين في شؤون الأسرة الناشئة.

3- قد يؤدي عقم أحد الزوجين إلى زعزعة الاستقرار الأسري.

4- اخفاء العيوب التي لا يصلح معها الزواج، وهي من أكثر الأسباب شيوعا في الآونة الأخيرة

المبحث الثالث:

أثر التدابير الوقائية في المحافظة على الاستقرار الأسري

تمهيد:

إن الزواج رابطة أبدية مقدسة؛ لذا وجب على كل من الولي أو الزوجين إعطاء هذا الموضوع أهميته، وعدم التسرع في إنشاء العقد إلا بعد التريث ومعرفة أصل الشريك ودينه وتربيته ونشأته، ولقد ركز الدين الإسلامي الحنيف على الجانب الديني الأخلاقي ومن ذلك شواهد كثيرة نذكر منها قول رسول الله ﷺ: ((إِذَا خَطَبَ إِلَيْكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَرَوْجُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ، وَفَسَادٌ عَرِضٌ))¹.

وقال في شأن اختيار الزوجة: ((فاظفر بذات الدين تربيت يداك))²؛ ذلك لأن حسن الخلق والتدين أساس العلاقات الناجحة بالإضافة إلى عوامل أخرى سنتطرق إليها بالتفصيل في مكانها.

ويمكننا أن نبرز العوامل الأساسية التي من شأنها أن تحافظ على استقرار الأسرة وتحفظها من كل تفكك، من خلال التركيز على أبرز المنعطفات المهمة في تكوينها انطلاقاً من الخطبة إلى ما يلحقها من المراحل. حيث نبين من خلال هذا المبحث أثر التدابير الوقائية على الاستقرار الأسري في مرحلة ما قبل الزواج (مطلب أول)، ثم التدابير الوقائية بعد الزواج لضمان الاستقرار الأسري (مطلب ثان).

¹ -رواه الترمذي في سننه، تحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الباب: ي الحلبي، مصر، باب: ماجاء إذا من جاء من ترضون دينه)، الحديث رقم: 1084، ج3، ص386 صححه الألباني.

² - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب: الأكفاء في الدين، ح رقم: 5090، ج7، ص7.

المطلب الأول:

أثر التدابير الوقائية في مرحلة ما قبل الزواج للاستقرار على الأسري

اهتم الشارع الحكيم بمقدمات الزواج وحرص أن تقوم على أمتن الأسس وأقوى المبادئ؛ لتحقيق الغاية الطيبة منه، لأن الزواج في أصله مبني على الدوام والبقاء والسعادة والاستقرار، ومنع التصدع الداخلي، وتوفير الحماية والبعد عن جميع أشكال الخلاف؛ وذلك لينشأ الأبناء في وسط سليم، ملؤه الحب والود ولا يكون ذلك إلا باطمئنان كل طرف إلى الآخر والسكن إليه، وتحقق العلاقة التكاملية، قال الله تعالى: ﴿إِجْلَلْ لَكُم لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّبُّثُ إِلَيَّ نِسَاءِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ [البقرة 187].

ومنه سنتطرق في هذا المطلب إلى أهم التدابير الوقائية التي تسبق الزواج ويكون لها أثرا كبيرا في تحقيق الاستقرار الأسري؛ وهي: حسن اختيار الزوج (فرع أول)، ثم الالتزام بأركان وشروط عقد الزواج (فرع ثان).

الفرع الأول: حسن اختيار الزوجين.

جعل الله سبحانه وتعالى الزواج سكنا للنفس ولباسا يدرأ عن صاحبه المفاسد ويعين على نوائب الدهر؛ وبما أن عقد الزواج في الإسلام يجري على سبيل التأييد كان لابد من أن يقوم هذا العقد على أسس قوية تضمن له الاستقرار، ويأتي على قمة تلك الأسس حسن اختيار شريك الحياة، إذ يتوجب على الرجل أن يبحث عن المرأة الصالحة التي تلائم طباعه، وتنسجم مع أفكاره، ونفس الشيء بالنسبة للمرأة¹ بحيث يتوجب عليها وعلى وليها التأكد من هوية الخاطب وخلقه ودينه وأن لا تغتر بالمظاهر التي قد تكون في بعض الأحيان تخفي حقيقة مرة ولا تُكتشف إلا بعد فوات الأوان، ولكن في بعض الأحيان تكون تلك المظاهر معالم توحى بصلاح الشخص وذلك بشهادة الناس عليه وأخلاقه الظاهرة وسلوكياته الجلية التي تكشف

¹ - محمد فخر شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود: دراسة فقهية قانونية مقارنة في ضوء الاجتهاد القضائي، مؤسسة النوري - دمشق، لا ط، 1997م، ص 111.

مدى صلاحه وتخلقه وكفاءته؛ لأن يكون زوجا يتحمل أعباء المسؤولية قادر على تكوين أسرة متكاملة من جميع جوانبها.

وبالتالي كان على الزوج أن يبين إن كانت به علة تمنعه من الاستمتاع، كيلا يغر المرأة من نفسه. ولا يجوز له أيضا أن يدعي نسب غير نسبه ولأن يدعي كذبا بأنه صاحب صنعة ومال، وكذلك يجب على المرأة إذا علمت من نفسها العجز عن قيامها بحقوق الزوج، أو كان بها علة تمنع الاستمتاع، من جنون، أو جذام، أو برص، أو داء في الفرج، لم يجز لها أن تغره، وعليها أن تبين له ما بها في ذلك.

فللرجل والمرأة معالم يمكن من خلالها معرفة الشريك ومدى أهليته للزواج فمتى علم الزوج أنه يعجز عن نفقة زوجته، أو صداقها أو شيء من حقوقها الواجبة عليه، فلا يحل له أن يتزوجها حتى يبين لها، أو يعلم من نفسه القدرة على أداء حقوقه¹.

أولاً-معالم الزوج الصالح: لقد حث الدين الحنيف على أهمية التحلي بالأخلاق الحميدة واعتبرها من أهم معالم الصلاح والخير، فعن أبي هريرة قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إِذَا خَطَبَ إِلَيْكُمْ مَنْ تَرَضُّونَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَرَوْجُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةً فِي الْأَرْضِ، وَفَسَادٌ عَرِيضٌ))².

كما يتوجب على الولي التريث والتثبت في بت الموافقة، وإلا يغلب عليه الطمع فيختار لابنته دميم الخلقة وإن كان ذا مال، وكذلك من استشير في خاطب أو مخطوبة أن يذكر ما فيه بكل أمانة؛ وذلك بقصد النصيحة لا الغيبة³ أو الإفساد على الخاطب.

ثانياً- معالم الزوجة الصالحة: أن تكون ذات خلق ودين، بالإضافة إلى جمالها وغير ذلك عن جابر، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: ((إِنَّ الْمَرْأَةَ تُنْكَحُ عَلَى دِينِهَا، وَمَالِهَا، وَجَمَالِهَا، فَعَلَيْكَ

¹ - ينظر: سيد سابق (ت 1420هـ)، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان، ط3، 1397 هـ - 1977م ج2، ص17.

² - سبق تخريجه.

³ -محمد فهر شفقة، شرح أحكام الأحوال الشخصية، ص113.

بَذَاتِ الدِّينِ، تَرِبْتُ يَدَاكَ¹، أي أن الذي يرغب في الزواج ويدعو الرجال إليه عادة أحد هذه الخصال الأربع، وآخرها عندهم ذات الدين، فأمرهم النبي ﷺ بأنه إذا وجدوا ذات الدين، فلا يعدلوا عنها، وإلا أصيب الرجل بالإفلاس والفقر².

كما أن من صفات المرأة الحسنة هو جملة من الصفات الحميدة حيث قال النبي الكريم: ((خير النساء من إذا نظرت إليها أسرتك، وإذا أمرتها أطاعتك، وإذا أقسمت عليها أبرتك، وإذا غبت عنها حفظتك في نفسك ومالك))³. وقال ﷺ: ((تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم))⁴.

ولذلك أباحت الشريعة الإسلامية أن ينظر الرجل إلى مخطوبته في معرض الزواج ليتعرف على جمالها الجسدي والخلقي، ويتبين فيها الصفات التي تدعوه إلى نكاحها⁵، قال رسول الله ﷺ: ((إذا خطب أحدكم المرأة، إن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل))⁶، وعن أنس بن مالك، أن المغيرة بن شعبة أراد أن يتزوج امرأة، فقال له النبي ﷺ: ((اذهب فانظر إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما))، ففعل، فتزوجها، فذكر من موافقتها))⁷.

¹ - رواه الترمذي في سننه، باب: ما جاء أن المرأة تنكح على ثلاث خصال، حديث رقم: 1086، ج3، ص388. وقال الألباني صحيح.

² - وَهَبَةُ الرُّحَيْلِيِّ، الْفَقْهُ الْإِسْلَامِيُّ وَأَدْلَتُهُ، دار الفكر، سورّيّة - دمشق، ط: 12، لا س، ج9، ص6495.

³ - رواه البزار في مسنده، تحقيق: عادل بن سعد، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، بدأت 1988م، وانتهت 2009م، حديث رقم: 8537، ج15، ص175.

⁴ - رواه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب: النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، حديث رقم: 2050، ج2، ص220. وقال الألباني حسن صحيح.

⁵ - محمد فخر شقفة، المرجع السابق، ص114.

⁶ - أخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين، كتاب النكاح، حديث رقم: 2696، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، 1411 هـ - 1990م، ج2، ص179.

⁷ - رواه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب: النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، حديث رقم: 1865، ج1، ص599، 599، والترمذي، باب: ما جاء في النظر إلى المخطوبة، حديث رقم: 1087، ج3، ص389. صححه الألباني.

ولقد نظم قانون الأسرة الجزائري أحكام الخطبة في المادة (5) و (6) ومن خلاهما بين المشرع الطبيعة القانونية للخطبة، ثم لحكم الضرر المترتب عن العدول، ومسألة الهدايا، وفي المقام الأخير تعرض إلى مسألة اقتران الخطبة بالفاقة.

الفرع الثاني: الالتزام بأركان وشروط عقد الزواج الصحيح.

يعد عقد الزواج من المسائل المهمة في مصير كل أسرة ، فمتى كان العقد صحيحا ملتزما بكل شروط الزواج، كانت الحياة الأسرية أيضا مبنية على أساس سوي ومبدأ واضح بين الطرفين، ولذلك وضع الشارع الحكيم أركانا للعقد لابد من الالتزام بها، وإلا صار الزواج فاسدا؛ وهذه الأركان بالإجمال هي: العاقدان "الزوجان" والصيغة "الإيجاب والقبول والولي والصداق والإشهاد"¹.

كما أنّ هناك شروطا جعلية زائدة على مقتضى العقد قد تتبعه من أحد العاقدين أو من كليهما على كل واحد أن يكون على بينة منهما للالتزام بها، حتى لا يحصل بينهما نزاع بعد الزواج يهدد استقرار الأسرة، وهذه الشروط عند العلماء على ثلاثة أنواع:

أولا- شروط يقتضيها العقد وموافقة لمقصود الشارع:

اتفق العلماء على صحة هذا النوع، ومن الشروط التي هي من مقتضيات النكاح ومقاصده: كشرطها عليه العشرة بالمعروف والإنفاق والكسوة والسكنى وأن لا يقصر في شيء من حقها من قسمة ونحوها، وشرطه عليها أن لا تخرج إلا بإذنه ولا تمنعه نفسها ولا تتصرف في متاعه إلا برضاه².

ثانيا- شروط لا يقتضيها العقد وتنافي مقصود الشارع:

اتفق الفقهاء على بطلان الشروط التي لا يقتضيها العقد وتنافي مقصود الشارع؛ كأن تشترط عليه أن تخرج من غير إذنه أو ألا يقسم لضرائرها أو يمنعها النفقة .

¹ - بالحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد: وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 1433هـ- 2012م، ج1، ص153.

² - محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق: عصام الدين الصباب: طي، دار الحديث-مصر، 1413هـ - 1993م، ج6، ص170.

ويرى المالكية أن النكاح المقترن بشرط ينافي مقصود الشارع يفسخ العقد قبل الدخول ويلغى بعده ولها المهر المسمى¹.

ثالثا-الشروط الجائزة: وهي شروط لا يقتضيها العقد ولا تناقض مقتضاه، وهي شروط لا تخل بالمقصود الأصلي، واختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة أو لا لزومها، مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها، أو لا يتسرى، أو لا ينقلها من بلدها².

رابعا-شروط عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 19 من ق أ ج بعد التعديل بالأمر 02-05: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". من خلال تحليل المادة (19) من القانون نجد أنه قد أعطى قاعدة عامة للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها سواء كانت الشروط تحقق مصلحة مشتركة أو مصلحة خاصة لأحدهما؛ وتكون الشروط في عقد الزواج أو أي عقد لاحق على عقد الزواج، وبالتالي فإن المشرع بنصه عن العقد اللاحق جعل هذا النوع من الشروط ليست من العناصر المكونة للرضا، بخلاف ما قال به الفقهاء؛ إذ جعلوا خيار الطلاق إذا لم يوفي أحد الزوجين بالشروط التي التزم بها وتدخل هذه الشروط في حقيقة الرضا³، لكن المشرع الجزائري رتب أثر عدم الوفاء بالشروط في العقد اللاحق، وذلك ماجاء في المادة (9/53) "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية.....مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج..."

وكأن المشرع لا يعترف بحق الزوج في طلب الوفاء بالشروط أو طلب الطلاق رغم أن المادة (19) من نفس القانون تعترف بحق الزوجين في اشتراط ما يريانه ضروريا، وبعدها تنص في

¹ - ابن جزى الكلبي الغرناطي (ت، 741هـ)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، لاط، لام، لاس، ص145.

² - ابن رشد (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث-القاهرة، لا ط، 1425هـ - 2004م، ج3، ص81.

³ - ينظر: خليل عمروا، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة-لاط، دار الجامعة الجديدة، 2015م، ص139.

المادة (53) بحق الزوجة دون الزوج، وبالتالي على المشرع أن يقر بحق الزوج في طلب الوفاء بالشروط أو حقه في طلب الطلاق.

وبالرغم من الإرادة الواسعة التي تخول للزوج الطلاق بإرادته المنفردة، إلا أنّ هذا الأمر يمكن أن يعدّ تعسفا في حق الزوج، لأنه تحمل أعباء الزواج من مهر وما إلى ذلك من المصاريف ليتحمل بعدها أعباء الطلاق وما له من مصاريف.

الفرع الثالث: إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج.

يعد موضوع الفحوصات الطبية قبل الزواج من المستجدات التي يعالجها الفقه والقانون، وهذا الموضوع من الأهمية بمكان خاصة مع تطور التكنولوجيا واكتشاف الأمراض المختلفة وأسبابها وطرق علاجها أو تفادي حدوثها؛ وكثير من الأمراض التي قد تعتري أحد الزوجين تكون - حال عدم الإقرار والتصريح بها - سببا في تقويض أواصر الأسر، لما قد ينجر عنها من تكاليف وأعباء كبيرة قد لا يتحملها الزوج أو حتى الزوجة في بعض الأحيان، ومنه سنبين موقف الفقه الإسلامي من إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج (أولا)، ثم موقف المشرع الجزائري من إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج (ثانيا).

أولا: موقف الفقه الإسلامي من إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج.

لم تنص أحكام الشريعة الإسلامية عن إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج بشكل مباشر باعتباره من النوازل المستجدة التي لا يوجد نص بتأكيد لها ولا بإلغائها، ولعل هذه المسألة باعتمادها قد تزيل كثير من الإشكالات الأسرية، وتدفع كل ما قد يشوبها من اضطرابات، ورغم اتفاق الفقهاء وعدم اعتراضهم على إجراء الفحص الطبي إلا أنه هناك من يرى بضرورة هذا الإجراء فيما يرى فريق آخرون أن الفحص الطبي الذي يسبق الزواج غير ضروري.

1-الرأي القائل بجواز الفحص الطبي قبل الزواج:

حيث يرى أصحاب هذا القول؛ أنه لا مانع شرعي من أن يصدر ولي الأمر تشريعا أو قانونا يلزم بالفحص الطبي قبل الزواج¹؛ ومنهم محمد شبير² والصابوني³ والشيخ أبو زهرة⁴ وآخرون، واستدلوا بجملة من الأدلة منها قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُلْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة 194]. وإجراء الفحص الطبي لاكتشاف المرضلا يتعارض مع الشريعة الإسلامية ولا مع مقاصد الزواج فيالإسلام، ولأن زواج الأصحاء يدوم ويستمر أكثر من زواج المرضى، ويمكن تنظيمه بحيث لا يترتب عليهإجرائه ضرر بالرجل أو المرأة عملا بالقاعدة الشرعية "الضرر يزال"⁵.

2-الرأي القائل بعدم ضرورة الفحص الطبي قبل الزواج:

ويرى أصحاب هذا القول بعدم إجبارية إجراء الفحص الطبي قبل الزواج و على المتقدمين للزواج إحسان الظن بالله ومنهم الشيخ ابن باز⁶، وغيره من الفقهاء المعاصرين مستدلين بجملة من الأدلة منها؛ أن أدلة النكاح وشروطه جاءت محددة وليس منها وجوب إجراء الاختبار الوراثي أو الفحص الطبي إيجاب أمر على الناس وإضافته كشرط للنكاح تزيد على الشرع وهذا باطل، بالإضافة إلى تحميل الشباب أعباء إضافية تثقل كاهلهم وترخي عزيمتهم على الزواج..⁷

¹ - ينظر: محمود خالد البشارات، "الفحص الطبي قبل الزواج، مفهومه، أهميته، حكمه من الأدلة الكلية لمقاصد الشريعة"، في مجلة الدراسات العربية، دار العلوم، جامعة المنيا- مصر، المجلد 40، العدد 1، ص 256.

² - ينظر: شبير محمد عثمان، "موقف الإسلام من الأمراض الوراثية"، مجلة الحكمة (محكمة)، تصدر عن نخبة من علماء الدول الإسلامية- السعودية، العدد 6، 1416هـ، ص 210.

³ - عبد الرحمان الصابوني، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، بيروت ط1، 2008، ص 237.

⁴ - ينظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، لا ت ن، لادن، ص 34.

⁵ - ينظر: محمد محمد عزب موسى، "مدى تأثير الجينات الوراثية في اختيار المكلف-دراسة في ضوء القواعد الأصولية-" مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر دمنهور، مصر، عدد 36، أبريل 1442هـ، 2021م، ص 467.

⁶ - ينظر: أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، ط1، 1420هـ، 2000م، ص 92.

⁷ ينظر: محمود خالد البشارات، المرجع السابق، ص 259.

رغم أن الصحة والمرض بيد الله وقد يصيب أحد الزوجين مرض بعد الزواج، أضيف إلى ذلك هناك أمراض نفسية وعقلية ربما هي أشد خطورة من الأمراض العضوية ولا يمكن اكتشافها إلا بعد المعاشرة؛ ولكن مادام أن الفحص الطبي للزوجين لا يشكل أي ضرر، بل قد يمنع من حصول ضرر مستقبلي ومن مقاصد الشريعة الإسلامية جلب المصالح وتكثيرها ودفع المفاسد وتقليلها نقول أن هذا الإجراء يخدم الأسرة صحيا قبل البناء ويضمن استمرارها بعده.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج.

لقد نص المشرع الجزائري على ضرورة إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج؛ من أجل إثبات خلو أحد الزوجين من بعض الأمراض التي قد تكون معدية و فتاكة حيث نجد المادة (07 مكرر) من ق أ ج تنص على وجوبية إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج " يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.... " .

وهذه الوثيقة الطبية لا تخص العذرية بالنسبة للمرأة؛ لأن العذرية أو البكارة غير مشترطة في الزواج، وإنما تخص الشهادة الطبية للأمراض التي تشكل خطرا مع الزواج ولتطبيق نص المادة (7 مكرر)¹ صدر المرسوم التنفيذي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة².

إن ضرورة إجراء الفحوصات الطبية كشرط لإبرام عقد الزواج أحد الدعائم الأساسية لتحقيق السعادة الزوجية؛ فظهور بعض الأوبئة و الأمراض الوراثية والأمراض المعدية التي أصبحت تشكل خطرا على الاستقرار الأسري، وتتعارض مع الأهداف المرجوة من الزواج؛ جعلت المشرع الجزائري يسعى جاهدا للاستفادة من التطور العلمي الذي طال جميع المجالات بما فيها الطبي، ونخص بالذكر علم الوراثة وهندسة الجينات التي يمكن من خلالها الكشف المبكر عن الأمراض المعدية والخطيرة والتي من شأنها أن تؤثر على أحد الزوجين وبالتالي الأبناء، ومنه فإن إجراء هذه الفحوصات يحمي النسل من التشوهات الخلقية والإعاقات العقلية والجسدية، مما جعل المشرع

¹ - ينظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، دار هومة - الجزائر، ط3، 2014م، ص35.

² - صدر المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 11 مايو 2006.

يشترط على المقبلين على الزواج شهادة طبية تثبت خلوها من أي مرض قد يشكل خطرا يتعارض مع أهداف الزواج¹.

ويعد الفحص الطبي إجراء وقائي يصب في صالح الأسرة واستمرارها وكذا يضمن سلامة الأولاد من الأمراض المعدية والتي تؤثر سلبا على حياتهم، كما أنه من حق كل طرف من أطراف العقد أن يطمئن على سلامة الطرف الآخر وخلوه من الأمراض المعدية، وإذا كان أحد الطرفين على علم بمرض الطرف الآخر فلا يحق له الفسخ². ولقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 06-154 شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة³.

¹ - ينظر: معمرى إيمان، ميدون مفيدة، "اشتراط الشهادة الطبية وأثرها في عقد الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تندوف- الجزائر، معهد الحقوق والعلوم السياسية، مج03، ع01، 2019م، ص44.

² - ينظر: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع- الجزائر، 2010م، ص90.

³ ينظر: المرسوم التنفيذي رقم: 06-154 المؤرخ في 11 ماي 2006، ص149-150.

المطلب الثاني

التدابير الوقائية بعد الزواج لضمان الاستقرار الأسري.

إن الزواج رابطة أبدية مقدسة، تربط بين الرجل والمرأة وما ينتج عنهما من أولاد، وللحفاظ على هذه الرابطة يجب على كل فرد من أفرادها القيام بواجباته وبالتالي اكتساب حقوقه، فعلى كل من الزوجين معرفة ماله وما عليه، ولقد اهتمت أحكام الشريعة الإسلامية بحقوق المرأة في الوقت ذاته بينت واجباتها تجاه زوجها وأسرته؛ فالعلاقة الزوجية مبنية على التكامل والتوافق بين الزوجين ولا يكون ذلك إلا باحترام كل منهما للآخر.

وسنعالج في هذا المطلب ضمن فرعين؛ الحقوق والواجبات الزوجية في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (فرع أول)، ثم الصلح بين الزوجين (فرع ثان).

الفرع الأول: احترام الحقوق والواجبات الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

الجزائري.

أولاً: الحقوق الزوجية في الفقه الإسلامي.

إذا وقع العقد صحيحاً نافذا فإنه تترتب عليه آثاره وتنشأ به حقوقاً وهذه الحقوق على ثلاثة أقسام حقوق مشتركة بين الزوجين وحقوق للزوج على زوجته وحقوق للزوجة على زوجها.

1- الحقوق المشتركة بين الزوجين: أوصى رسول الله ﷺ في حجة الوداع على حقوق كل من الزوجين على الآخر، حيث جاء في الحديث أنه ﷺ حمد الله وأثنى عليه، وذكر ووعظ، ثم قال: ((استوصوا بالنساء خيراً، فإنهن عندكم عوان، ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً، إن لكم من نساءكم حقاً، ولنساءكم عليكم حقاً، فأما حقكم على نساءكم: فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن))¹.

¹ - رواه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب: حق المرأة على الزوج، الحديث رقم: 1851، ج1، ص 594، تأليف: محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر - بيروت لا س. قال الألباني حسن.

والحقوق المشتركة بين الزوجين هي¹:

أ- حلُّ العشرة الزوجية:

بحيث يستمتع كل منهما بالآخر، وهو الحق الأصلي المشترك بين الزوجين، فقضاء الشهوة بين الزوجين يعد أساس العلاقة الزوجية وقد وصفها الله تعالى بالإفضاء حيث قال: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِّثْلًا

غَلِيظًا ﴾ [النساء: 21].

ب- المصاهرة:

يحرم على الزوج أصول الزوجة وفروعها، كما يحرم على الزوجة أصول الزوج وفروعه.

ج- التوارث:

بمجرد انعقاد الزواج الصحيح أو المختلف فيه، يثبت التوارث بين الزوجين، فإذا مات أحدهما، ورث الحي منهما الميراث بسبب الزوجية القائمة بينهما.

2- حقوق الزوج على زوجته²:

أ- وجوب الطاعة:

فقد جعل الله الرجل قواماً على المرأة، بالأمر والتوجيه والرعاية، كما يقوم الولاية على الرعاية، وذلك بما خص الله به الرجل من خصائص جسمية وعقلية تختلف عن المرأة، وبما أوجب الله به الرجل من أعباء مالية، قال الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [سورة النساء: 34]

¹ - ينظر: محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، ط 1 1430 هـ - 2009 م، ج 4، ص 137، عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 182. السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج 2، ص 153.

² - ينظر: الموسوعة الفقهية، ج 24، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، دار الصفوة للطباعة والنشر - الكويت، 1412 هـ - 1992 م، ص 56.

ب- تمكين الزوج من الاستمتاع:

إن من حق الزوج على الزوجة تمكينه من الاستمتاع بها؛ فإذا تزوج الرجل امرأة وكانت أهلاً للجماع وجب تسليم نفسها إليه بالعقد إذا طلب، وعليه أن يسلمها مهرها المعجل وتمهل المرأة مدة معينة لتجهيز نفسها حسب ما جرى عليه العرف والعادة.

ج- عدم الإذن لمن يكره الزوج دخوله: فمن حق الزوج على زوجته ألا يدخل بيته شخص يكرهه لحديث: أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: ((لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه، وما أنفقت من نفقة عن غير أمره فإنه يؤدي إليه شطره))¹.

د- عدم الخروج من البيت إلا بإذن من الزوج: استئذان الزوجة للخروج من البيت لا يجوز من غير إذن زوجها؛ إلا لضرورة قصوى كخطر داهم يهددها أو طارئ يستوجب خروجها على الفور، ومن ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنه أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله: ((ما حق الزوج على الزوجة؟ فقال: حقه عليها ألا تخرج من بيتها إلا بإذنه فإن فعلت لعنتها ملائكة السماء وملائكة الرحمة وملائكة العذاب حتى ترجع))².

هـ- التأديب:

للزوج حق تأديب زوجته عند عصيائها أمره بالمعروف وقد تدرج الشارع الحكيم في أساليب التأديب وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الموالي.

و- كما من حق الزوج فض العشرة الزوجية وإنهاؤها إذا استحکم الشقاق ونفذت جميع المساعي للإصلاح والتوفيق.

¹ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب: لا تأذن المرأة في بيت زوجها لأحد إلا بإذنه، حديث رقم: 5195، ج 7، ص 30.

² - رواها بن أبي شيبة في مصنفه، باب: حق الزوج على إمرأته، ح رقم: 17124، ج 3، ص 537. تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، 1409هـ. ضعفه الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، ح رقم: 3515، ج 8، ص 14.

3- حقوق الزوجة على زوجها:

تتجلى حقوق المرأة في الإسلام، الذي جاء بأحكام ومبادئ سامية من خلال نصوص وتوجيهات الآيات القرآنية والأحاديث النبوية؛ التي أرست قواعد هذه الحقوق من رعاية ورحمة واحترام وعطف ومعاشرة بالمعروف¹.

قال تعالى ﴿بِالْمَعْرُوفِ وَعَاشِرِوهُنَّ﴾ [النساء:19]. والمعاشرة بالمعروف تشمل أمور الحياة ومتطلباتها، وفي ذات السياق أكدت السنة النبوية على حسن معاملة المرأة والإحسان إليها، وفي الحديث أن رجلاً سأل النبي ﷺ ما حق المرأة على الزوج؟ قال: ((أن يطعمها إذا طعم، وأن يكسوها إذا اكتسى، ولا يضرب الوجه، ولا يقبح، ولا يهجر إلا في البيت))².

وحقوق المرأة متعددة منها ما هو معنوي ومنها ما هو مادي، وسنتطرق فيما يلي إلى أهم الحقوق التي أقرها الإسلام للمرأة باعتبارها زوجة.

أ-الحقوق المعنوية للزوجة:

إن تمتع الزوجة بحقوقها المعنوية ينعكس إيجاباً على نفسياتها ومدى تجاوبها مع الزوج بشكل لا يقل أهمية عما يجب أن تحظى به من حقوق مادية، وتتمثل الحقوق المعنوية فيما يأتي ذكره:

- العدل بين الزوجات:

اتفق الفقهاء على أن من حقوق الزوجات العدل بينهن في القسم لما ثبت من قسمه ﷺ أزواجه³، فعن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: ((مَنْ كَانَ لَهُ امْرَأَتَانِ يَمِيلُ لِأَحَدَاهُمَا عَلَى الْآخَرَى جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَحَدُ شَقِيهِ مَائِلٌ))⁴.

¹ - ينظر: محمد علي الصليبي، حقوق المرأة بين الفقه والقانون، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية نابلس - فلسطين، مج 02، ع 01، ص 26.

² - رواه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب: حق الزوجة على زوجها، حديث رقم: 1850، ج 1، ص 593. وقال الألباني صحيح.

³ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3، ص 73.

⁴ - أخرجه النسائي في سننه، كتاب عشرة النساء، باب: حب النساء، حديث رقم: 3942، السنن، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط 2، ج 7، ص 63، صححه الألباني.

—حسن المعاشرة بالمعروف:

فيجب على الزوج حسن معاشرة زوجته، وإكرامها، والتلطف معها، ومداعبتها، والرفق بها، وتأديبها، وتعليمها ما ينفعها، ورحمتها، وتطبيب خاطرها، وكف الأذى عنها ونحو ذلك مما يؤلف قلبها، ويجلب المحبة والمودة¹، قال الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً﴾ [النساء 19]. كما قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة 226].

وعن ابن عباس، عن النبي ﷺ، قال: ((خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي))².

ب-الحقوق المادية للزوجة:

تعتبر الحقوق المادية للزوجة؛ التزام للزوج يجب عليه الوفاء به، لأن عدم الوفاء يسبب ضرراً جسيماً للزوجة يمكنها من خلاله رفع أمرها إلى القضاء للمطالبة بحقوقها ومن بين هاته الحقوق ما يلي:

—**النفقة والكسوة:** وهي حق من حقوق المرأة على زوجها وقد أجمع الفقهاء على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن؛ والحكمة منها أن المرأة محبوسة على الزوج بمقتضى عقد الزواج ممنوعة من الخروج من بيت الزوجية للاكتساب، فكان عليه أن ينفق عليها، ومنه فإن النفقة مقابل الاحتباس³.

والنفقة على قسمين: نفقة تجب للإنسان على نفسه إذا قدر عليها وعليه أن يقدمها على نفقة غيره، ونفقة تجب على الإنسان لغيره وأسباب وجوبها ثلاثة: النكاح والقرابة والملك⁴.

¹ — محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري موسوعة الفقه الإسلامي بيت الأفكار الدولية الناشر: ط 1 1430 هـ - 2009م، ج4، ص142.

² — أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب النكاح، باب: حسن معاشرة النساء، الحديث رقم: 1977، ج1، ص636، وقال الألباني صحيح.

³ — ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج24، ص64.

⁴ — سليمان بن محمد بن عمر البجيري المصري الشافعي (ت 1221هـ)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، حاشية البجيري على الخطيب، دار الفكر، لا:ط، 1415هـ - 1995م، ج4، ص86، وشهاب الدين القرافي، الذخيرة، تحق: محمد حجي، دار الغرب-بيروت، 1994م، ج4، ص465.

والذي يهمننا بالدراسة هو النفقة الزوجية وأسباب استحقاقها ومتى يسقط حق الزوجة في النفقة، والمراد بالنفقة الزوجية ما يصرفه الرجل على زوجته فيما تحتاج إليه من طعام وكسوة وسكن وعلاج وخدمة وأثاث لقوله تعالى: **﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾** [البقرة: 233].

ولما ثبت في الحديث أن رجلاً سأل النبي ﷺ ما حق المرأة على الزوج؟ قال: ((أن يطعمها إذا طعم، وأن يكسوها إذا اكتسى، ولا يضرب الوجه، ولا يقبح، ولا يهجر إلا في البيت))¹. وغيرها من لوازم الحياة ومتطلباتها الضرورية منها والحاجية والتحسينية، وترك تفصيلها وتحديدتها إلى حالة الزوج من عسر أو يسر، وما تعارف عليه المجتمعات في عاداتها².

ويرى الفقهاء سبب وجوب النفقة، هو استحقاق الاحتباس الثابت بالزواج للزوج عليها، فلا نفقة لمسلم في زواج فاسد، ولا لناشر، وتجب النفقة أثناء الزوجية وفي العدة مطلقاً؛ إلا إذا كانت الفرقة من قبلها. ولذلك فالنكاح هو أول الأسباب لوجوب النفقة، بشرط التمكن وبلوغ الزوج وإطاقة المرأة الوطء³، ولا يشترط بلوغها وقيل لا يشترط احتلام الزوج إذا بلغ الوطء⁴، وكل امرأة ذات زوج فإن جميع نفقاتها إنما تجب على زوجها، فهو المكلف بتوفيرها لها بمقتضى الزوجية بغض النظر عن الحالة المالية للمرأة من فقر أو غنى إلا أن تتبرع⁵.

يقول ابن حزم في المحلى⁶: "وينفق الرجل على امرأته من حين يعقد نكاحها دعي إلى البناء البناء أو لم يدع - ولو أنها في المهد - ناشزا كانت أو غير ناشز، غنية كانت أو فقيرة، ذات أب كانت أو يتيمة، بكر أو ثيباً، حرة كانت أو أمة على قدر ماله. فالموسر: خبز الحواري، واللحموفاكهة الوقت على حسب مقداره والمتوسط على قدر طاقته، والمقل أيضاً على حسب طاقته".

¹ - سبق تخريجه، ص 69.

² - ينظر: عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 169.

³ - شهاب الدين القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 4، ص 465.

⁴ - بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة، الألفية للنشر والتوزيع - الجزائر، 2015م، ص 385.

⁵ - عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 170.

⁶ - ابن حزم الأندلسي (ت: 456هـ)، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت، لاط، لاس، ج 9، ص 249.

والنفقة تكون واجبة على الزوج بالشروط الآتية:

- 1- أن يكون عقد الزواج صحيحا.
 - 2- أن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها بأن تكون كبيرة بالغة أو صغيرة يمكن الدخول بها وتصلح للمعاشرة الزوجية.
 - 3- انتقالها لبيت الزوجية أو استعدادها للانتقال إليه¹.
- المهر: الصداق هو من الحقوق المادية للمرأة، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء فالمرأة في الإسلام إذن لها حقوقها كما عليها واجبات مثلها مثل الرجل، قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة 226].

ثانيا: الحقوق الزوجية في قانون الأسرة الجزائري.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه لا يفرق بين الزوجين في الحقوق والواجبات، فقبل التعديل كان هناك تمييز وتقسيم بين واجبات الزوج وبين حقوق وواجبات الزوجة، إلا أنه تم إلغاء هذا التقسيم بمقتضى التعديلات التي جاء بها الأمر 05-02، وذلك بإلغاء المادتين (38) و(39) من ق أ، وجعل المادة(36) من هذا القانون، للواجبات المشتركة للزوجين، حيث جعل المشرع الزوجين على قدم المساواة من جهة الواجبات، والمشرع الجزائري قسم هذه الواجبات على فئات ثلاث؛ منها ما يتعلق بالعلاقة الزوجية، ومنها ما يتعلق بفروعهما ومنها ما يتعلق بأصولهما².

وتتمثل هذه الحقوق والواجبات في الآثار القانونية والشرعية لعقد الزواج الصحيح، وهي حقوق وواجبات لازمة لا يجوز لأحد الزوجين أو كلاهما إسقاطها أو التملص منها، وقد أحصاها المشرع من خلال المادة(36) والتي تنص على ما يلي:

¹ - ينظر: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: 520هـ)، مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)، تحقيق: محمد الحبيب التحكاني: دار الجيل، بيروت - دار الآفاق الجديدة، المغرب، ط2، 1414هـ - 1993م، ج1، ص271.

² - ينظر: حسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص86.

يجب على الزوجين¹:

1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة: وذلك بالقيام بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى تدعيم العلاقات الزوجية واستمرارها بتفاهم واحترام، فلكل واحد من الزوجين الحق في الاستمتاع بالآخر، بما في ذلك النكاح ومقدماته لتحقيق المقاصد من الزواج والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة (04) من هذا القانون² فلاستمتاع بين الزوجين حق مشترك بينهما، للإحصان، وعدم الامتناع عن ذلك إلا لعذر شرعي كحيض أو نفاس أو مرض، حيث قال الله تعالى: ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ بَاتُوا حَرْثَكُمْ أَتَى شَيْئُكُمْ وَقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُّكَلَّفُونَ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ [البقرة: 223].

وهذا الحق ليس من نصيب الزوج وحده وإنما هو حق للزوجة مثلما هم حق للزوج؛ والدليل على ذلك أن الهجر في المضجع من أهم الأسباب التي تحول للمرأة الحق في طلب التطلاق المادة 03/53، وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا من أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة وتربية الأولاد³.

2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة: بين القانون واجب الزوجين نحو بعضهما، وذلك بالمعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة⁴، قال تعالى: ﴿ وَمِنْ-آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [الروم: 20].

¹ - بالحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ص 396.

² - " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". المادة 04 من ق أ ج.

³ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 192/12/22، ملف رقم: 87301. العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 399.

⁴ - ينظر: أحمد نصر الجنيدي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 80.

3-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم: إن توجيه الأطفال توجيهها صحيحا ورعايتهم جسميا وفكريا وخلقيا، هي مسؤولية مشتركة بين الزوجين، فالرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها، وعليه فإن قانون الأسرة الجزائري يحمل كلا الزوجين مسؤولية تسيير شؤون البيت والأولاد في المواد:(4-36-61-72و78)¹. مما يستوجب على الزوجة أنها ملزمة بالإقامة في بيت الزوجية، لتنظيم شؤون البيت ورعاية الأطفال، وأن لا تغادر بيتها إلا بإذن زوجها، أو بعذر شرعي للخروج فإذا غادرت بيتها من غير إذن زوجها في ناشز، وعليه فإنه من حق الزوج أن يطالب قضائيا بنشوزها²، وفقا للمواد: (55، 74، 222 من ق أ ج)³.

4-التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات: يعتبر التشاور الأسري من الحقوق المشتركة بين الزوجين، وهذا تبعا للأساس الذي قام عليه قانون الأسرة الجزائري من حيث المساواة بين الزوجين في الشراكة بينهما على رعاية الأسرة وتنظيم النسل لما فيه مصلحة الأسرة والمجتمع؛ حيث أكدت الدراسات الاجتماعية والنفسية في الجزائر، أن عدم التوافق الجنسي بين الأزواج، وكذا انعدام الحوار داخل الأسرة، ساهم في تفاقم المشاكل وتدمير الأسر بقرابة 05 ألف أسرة جزائرية خلال سنة 2008 جراء ازدياد حالات فك الرابطة الزوجية بجميع حالاتها، في حين أنه كان يمكن تدارك هذا التشتت الأسري الرهيب باتخاذ أساليب الحوار والمشاورة والتفاهم⁴.

5-حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم: من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين احترام كل منهما لأبوي الآخر والإحسان إليه⁵، وهذا الواجب يجب أن يكون أصالة استنادا إلى ديننا الحنيف وما يحث عليه من الرأفة بال كبير بصفة

¹ - المحكمة العليا، غ أ ش، بتاريخ: 1998/05/17، ملف رقم: 167835، مق، العدد2، ص77.

1997/12/23، ملف رقم: 187692، م.ق، 1997، العدد1، ص53

² -بالحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ص402-403.

³ -المحكمة العليا غ أ ش، بتاريخ: 2008/11/12، ملف رقم، 466390، م م ع، 2008، العدد 02، ص317.

⁴ - ينظر: بالحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص403-404.

⁵ - المرجع نفسه، ص404.

عامة والإحسان للوالدين بصفة خاصة، حيث قال تعالى ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ [الإسراء: 23].

والمحافظة على روابط القرابة تنصرف أيضا إلى ضرورة خلق التعاطف والتآلف، في إطار المجتمع المتماسك القوي؛ بما يتضمن المودة والرحمة بين الزوجين ويكفل لهما الانسجام ولأسرتهم التضامن والاستقرار. واحترام كل من الزوجين لأبوي الآخر لم ينص عليه القانون القديم إذ اكتفى فقط بحث الزوجة على الإحسان لأبوي زوجها المادة (3/39 الملغاة).

ومنه فإن تعامل الزوج مع والدي الزوجة وأقاربها بالإحسان، طبقا لما نص لأحكام الشرع والعرف؛ وكذا تقدير كل من الزوجين لوالدي وأهل زوجه، إنما هو سلوك مطلوب؛ من شأنه أن يؤدي إلى تقوية أواصر المحبة والسعادة والاستقرار الأسري؛ لأن إساءة أحد الزوجين لوالدي الطرف الآخر خاصة وأقاربه عامة يخلق جفوة بين الزوجين مما تتسبب غالبا في حدوث الفرقة والتنازع والشقاق وبالتالي التفكك الأسري، وهذا ما يعد من أكثر أسباب الطلاق بالجزائر¹.

6- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف:

وهو من الحقوق المتبادلة بين الزوجين طبقا لنص المادة 7/36 من ق أ الجزائري، وذلك بزيارة الأهل واستضافتهم بالمعروف، ويحق للزوجة زيارة أهلها من غير تعسف في استعمال هذا الحق، ويبقى حق التزاور بين الأهل لكل من الزوجين في حدود وبضوابط معينة حيث تمنع من حدوث المشاكل الأسرية والتي تفضي غالبا إلى الشقاق والنزاع وبالتالي غياب الاستقرار الأسري².

ومن خلال مجمل هذه الواجبات والحقوق الزوجية التي أقرها قانون الأسرة، تتجلى لنا فلسفة التكافؤ الأحادية للمشرع القائمة على مبدأ المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات.

¹ - بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 406.

² - المرجع نفسه.

وبالمقارنة مع ماجاءت به أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص حقوق الزوجين، نجد أن المشرع الجزائري ألغى كل من المادة (38) والمادة (39) ليجمعهما معا في المادة (36) متأثرا بما جاءت به اتفاقية (CEDAW)¹ وهي منظمة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة حيث صادقت الجزائر على الاتفاقية سنة 1996 رغم تحفظها عن بعض المواد، من بينها المادة (16)² التي تكرس مبدأ المساواة التامة بين الزوجين في إدارة شؤون الأسرة، إلا أن إلغاء كل من المادتين المذكورتين آنفا؛ يوحي بتأثر المشرع ببنود الاتفاقية التي تشكل خطرا واضحا على استقرار الأسرة، ليكون بذلك المشرع قد ابتعد كل البعد عن أحكام الشريعة الإسلامية في إبراز وتحديد الدور الأساسي لكل من الرجل والمرأة في الأسرة وهي من الأسباب الكافية لتشتت الأسرة وزعزعة استقرارها؛ ذلك إذا رجعنا إلى الطبيعة التي يختص بها كل من الطرفين، نرى بأنها تستدعي بأن يكون لكل واحد منهما واجبات - على وجه الخصوص - تتساوق وتراعي كلاً بحسب طبيعته، والشارع الحكيم خص الرجل بالقوامة لأنه الأقدر على التحمل

¹ -اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وثيقة من وثائق حقوق الإنسان التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 180/34 الصادر في 18 ديسمبر كانون الأول، 1979 وقد أصبحت سارية المفعول في 3 سبتمبر 1981. وبحلول شهر يونيو 1990 بلغ عدد البلدان التي انضمت إلى الاتفاقية، أو صادقت عليها، 103 بلداً. وفي شهر مارس 2005 ارتفع هذا العدد إلى 180 بلداً. ينظر: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الخطوط التوجيهية لإعداد التقارير بشأن المادة 14، منظمة الأغذية والزراعة للأمم المتحدة، روما 2005، ص 2.

² -حيث جاء في هذه المادة:- "1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص:- نفس الحق في عقد الزواج- نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل- نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه- نفس الحقوق والمسؤوليات كالوالدة، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالها؛ وفي جميع الأحوال، تكون مصالح الأطفال هي الراجحة- نفس الحقوق في أن تقرر بحرية ويشعور من المسؤولية عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق- نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأنظمة المؤسسية الاجتماعية، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني؛ وفي جميع الأحوال تكون مصالح الأطفال هي الراجحة- نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة، والمهنة، والوظيفة- نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات، والإشراف عليها، وإدارتها، والتمتع بها، والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض ذي قيمة. 2- لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما فيها التشريع، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً. الأمم المتحدة، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ص 17.

وإدارة شؤون الأسرة وما المساواة التي تنادي بها هذه المنظمات إلا لتشتيت الأسرة المسلمة ومسح معالمها¹.

الفرع الثاني: الصلح بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

كثيرا ما يقع النزاع وسوء التفاهم بين الزوجين، لا سيما في السنوات الأولى من الزواج، وطريق إزالة الخلاف تقريب وجهات النظر والإصلاح بين الزوجين من قبل أنفسهما أو غيرها بالحكمة والحق والعدل دون إلحاق جور بأحدهما أو ميل له، فإن العدل أساس السلامة والطمأنينة، وبه دوام العشرة الزوجية دون نزاع أو خصام يذكر².

أولا- آلية الصلح في الفقه الإسلامي:

عرّف الفقهاء في الشريعة الإسلامية الصلح بعدة تعريفات، تفيد في عمومها أن الصلح عقد وضعه الشارع لإنهاء النزاع القائم بين المتخاصمين، وسواء إذا انتهى هذا النزاع بمقابل أم دون مقابل، ومن تعريفاتهم له:

- عرف الحنفية الصلح بأنه: "هو عقد يرفع النزاع"³.
- وعرفه المالكية بأنه: "انتقال من حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه"⁴.
- أما الشافعية عندهم: "عقد يتحقق فيه قطع النزاع"⁵.
- وعند الحنابلة هو: "معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين متخاصمين"⁶.

¹- ينظر: عيسى معيزة، " حقوق المرأة في الاتفاقيات الدولية (أ نموذج اتفاقية سيداو) وتأثيراتها على تشريعات الدول الإسلامية": دراسة نقدية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، (مقال منشور)، على الشبكة العنكبوتية، https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/03/1551773626.pdf، ص 14.

²- وهبة بن مصطفى الزحيلي، التفسير الوسيط، دار الفكر - دمشق، 1422هـ، ج 1، ص 388.

³- زين الدين ابن نجيم الحنفي (ت 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة - بيروت، لاط، ج 7، ص 255.

⁴- أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي (ت: 1397 هـ)، أسهل المدارك، شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط 2، لا ت، ج 3 ص 15.

⁵- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر - بيروت، ج 2، ص 177.

⁶- منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (ت: 1051 هـ)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، ص 379.

فتعاريفالفقهاء للصلح تشترك في معناها ومقصدها وغايتها، فترمي جميعها إلى رفع الخلاف وإزالة النزاع، وذلك بالتوفيقبين الخصمين، بطريقة وبأسلوب يرضيهما لإبقاء الود والعلاقة الطيبة والحسنة¹.

الصلح عموماً - كما هو معلوم - في الشريعة مشروع ومندوب بين الناس، دلت عليه كثير من النصوص في القرآن² والسنة³ وبالإجماع لكونه من أكثر العقود فائدة، لما فيه من قطع النزاع والشقاق. ولا يقع الصلح في الغالب إلا من رتبة لما هو دونها، على سبيل الإدارة للوصول إلى بعض الحق⁴.

ولا بأس بأن يشير الحاكم بالصلح على الخصوم، ولا يجبرهم عليه، ولا يلح فيه إلحاحاً يشبه الإلزام، وإنما يندبهم إلى الصلح ما لم يتبين له أن الحقلأحدهما، فإن تبين له أنفذ الحكم لصاحب الحق⁵.

وقد وصف الله تعالى ﷻ جنس الصلح بالخيرية في قوله: ﴿وَإِنْ إِمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَصْلَحَا بَيْنَهُمَا صَلَاحًا وَصُلُحًا

¹ - أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013م - 2014م، ص 95.

² - ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾. [النساء: 35]. وقول تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ [الحجرات: 10]. وقال تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نُّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [النساء: 114]. قال القاضي بن رشد: " وهذا عام في الدماء والأموال والأعراض ، وفي كل شيء يقع التداعي والاختلاف فيه بين المسلمين". ابن رشد الجدل القرطبي (ت: 520هـ)، المقدمات المهمات، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1408هـ - 1988م، ج2، ص515.

³ - ومنه ما ورد عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً". أخرجه الترمذي في سننه، باب: ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، ح رقم: 1352، ج3، ص626. وقال: هذا حديث حسن صحيح.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج6، ص170.

⁵ - المرجع نفسه.

خَيْرٌ ﴿ [النساء:127]. ومعلوم أن الباطل لا يوصف بالخيرية، فكان كل صلح مشروعاً بظاهر هذا النص إلا ما خص بدليل، وعن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: ((ردوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث الضغائن))¹.

أمر رضي الله عنه برد الخصوم إلى الصلح مطلقاً، وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام - رضي الله عنهم - ولم ينكر عليه أحد فيكون إجماعاً من الصحابة وهو حجة قاطعة². فالصلح رافع لفساد واقع، أو متوقع بين المؤمنين، إذ أكثر ما يكون الصلح عند النزاع. والنزاع سبب الفساد، والصلح يهدمه ويرفعه، ولهذا كان من أجل المحاسن³.

ثانياً- آلية الصلح في القانون الجزائري.

لم تختلف تعريفات فقهاء القانون من حيث المفهوم العام، للصلح حيث:

- عرفه حسن بوسقيعة بأنه " تسوية لنزاع بطريقة ودية"⁴.

- وعرف إبراهيم نجار بأنه: " اتفاق المتنازعين على فض النزاعات الناشئة بينهم ودياً"⁵.

والملاحظ أن التعريفان وإن اختلفا في اللفظ أو الصياغة، إلا أنها تتفق تقريباً في اعتبار الصلح عبارة عن آلية وإجراء لحل المشاكل بصورة ودية بين الطرفين. وهو الموقف ذاته الذي نحاه المشرع الجزائري في قانون الأسرة حين عدّه إجراءً قضائياً⁶، وإن لم يعرفه في قانون الأسرة، ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة (49) التي جاء فيها ما

¹ - ابن فرحون برهان الدين اليعمرى (ت: 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ - 1986م، ج2، ص48.

² - علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج6، ص40.

³ - الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج27، ص326.

⁴ - أحسن بوسقيعة، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام في المادة الجمركية بوجه خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، لاط، لا ب، 2001م، ص45.

⁵ - عبد الحكيم بن هبري، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2014م - 2015م، ص13.

⁶ - المرجع نفسه، ص14.

يلي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي بعد عدة محاولات صلح، يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة شهور ابتداء من تاريخ رفع الدعوى" ونصت الفقرة الثانية منها على: "أنه يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين"

كما عدّ المشرع الجزائري الصلح بمثابة العقد بين الطرفين¹، وذلك من خلال أحكام المادة (459)، التي جاء فيها ما يلي: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزعا محتملا، بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"².

وجاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية المادة (431) ".... يستمع إلى الزوجين على انفراد، ثم مجتمعين ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا..."³.

ثالثا- آلية الصلح في اجتهادات المحكمة العليا:

استقر اجتهاد المحكمة العليا على وجوب حضور رافع الدعوى إلى جلسة الصلح لسماع طلباته وإلا ترفض دعواه، ولا تتم جلسة الصلح إلا بحضور الطرفان ولا يقبل في ذلك النيابة، واجتهادات المحكمة كثيرة في هذا الصدد حيث نجد في القرار الصادر بتاريخ: 14-01-2009 "حيث بالفعل من المقرر قانونا أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي طبقا للمادة (49) من قانون الأسرة، وأن هذا الإجراء هو محاولة الصلح بين الطرفين وكاستثناء لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعين ولا تصح فيه النيابة..."⁴.

¹ - عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص 13.

2- المادة 459 من قانون رقم 05-07 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق 13 مايو سنة 2007، المعدل والمتمم الأمر 58 / 75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 م، المتضمن القانون المدني الجزائري، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 44، 2007 م.

3- المادة (431) من قانون رقم 08-09 المؤرخ في: 18 صفر 1429 هـ الموافق ل: 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008 م.

⁴ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ 16-01-2008، ملف رقم: 417622، مجلة المحكمة العليا عدد 01، سنة 2009 م، 01، سنة 2009 م، ص 304.

الفرع الثالث: المسالك العملية لإجراء الصلح بين الزوجين.

أرشد الشارع الحكيم إلى العلاقة الزوجية المبنية على التواد والتحاب والتراحم، ولكن قد ينشب بين الزوجين ما يعكر صفو هذه الحياة الزوجية، إذ قد تخرج الزوجة عن طاعة زوجها وهو ما يسمى بالنشوز الذي بين الله تعالى في كتابه العلاجات الشافية لنشوز الزوجة، وذلك بالتدرج في إصلاحها من خلال زوجها.

أولاً- المسلك الأسري الداخلي:

من أنجع الحلول للمشاكل الأسرية تلك التي تعالج داخلياً؛ أي بين الزوجين وكثيراً ما تزداد المشاكل تعقيداً إذا ما تدخل طرف خارجي واطلع على ما بين الزوجين من خلافات، فما هي الطرق والمسالك الداخلية التي يمكن من خلالها الإصلاح بين الزوجين؟

1- إصلاح الزوجة:

لقد الشارع الحكيم أرشد إلى وسائل علاجية يمكن للزوج أن يصلح بها زوجته¹، ومن ذلك:

أ- الوعظ:

قال تعالى: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾ [النساء: 34]. ويتم الوعظ من خلال التذكير بالله في الترغيب لما عنده من ثواب، والتخويف لما لديه من عقاب، إلى ما يتبع ذلك مما يعرفها به من حسن الأدب في إجمال العشرة، والوفاء بالصحبة، والقيام بحقوق الطاعة للزوج، والاعتراف بالدرجة التي له عليها، ووعظها برفق، وتذكيرها بما يقتضيه جوعها عما ارتكبهته، نحو: اتقي الله واحذري عقابه فإن الرجل له حق على المرأة ونحو ذلك.

¹- ينظر: يونس محمود صادق ياسين، الإصلاح الأسري من منظور قرآني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، قسم أصول الدين كلية الدراسات العليا- فلسطين، 2006م، ص 176.

ب-الهجر:

فإن استمرت الزوجة على النشوز هجرها الزوج في مضجعها؛ أي تجنبها في المضجع فلا ينام معها في فرش¹ ولا يباشرها،² بحيث يخوفها بالهجر أولاً، والاعتزال عنها، وترك الجماع والمضاجعة، فإن تركت وإلا هجرها لعل نفسها لا تحمل الهجر³.

وأجمع العلماء على أن مدة هجر الكلام أقصاها ثلاثة أيام وإن زاد عليها أثم⁴، أمادة الهجر الأخرى اختلف فيها العلماء، فمنهم من قال شهرا بناء على فعل النبي ﷺ حينما هجر زوجاته، ومنهم من قال أقصاها أربعة أشهر⁵.

ج-الضرب:

إذا لم يفد الهجر جاز للزوج ضرب زوجته ضرباً غير مبرح وهو؛ الذي لا يكسر عظماً ولا يشين جارحة ولا يجوز الضرب المبرح ولو علم أنها لا تترك النشوز إلا به؛ فإن وقع فلها التطليق عليه والقصاص ولا ينتقل لحالة حتى يظن أن التي قبلها لا تفيد⁶.

2-اصلاح الزوج:

إذا خافت الزوجة نشوز زوجها وأعراضه عنها لرغبته في غيرها؛ إما لمرض بها أو كبر أو دمامة، فلا بأس أن تتنازل على بعض حقوقها تسترضيه بذلك.⁷ لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَصْلَحَا بَيْنَهُمَا صَلَاحًا وَصَلَحًا خَيْرٌ﴾ [النساء:127].

¹ -محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، لاط، لا. ت. ط، ج2، ص343.

² -أبو بكر بن عبد الله الكشناوي (ت: 1397 هـ)، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط2، لا ت، ج 2، ص131.

³ -علاء الدين، أبو بكر الكاساني الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية- بيروت، ط2، 1406هـ- 1986م، ج2، ص343.

⁴ -ابن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 343.

⁵ -ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 318.

⁶ -ابن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص343.

⁷ -ابن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 318.

وهذه الآية حكم من الله تعالى في أمر المرأة التي تكون متقدمة في السن أو دميمة أو نحو ذلك مما يرغب زوجها عنها، فإذا أرادت المرأة الصبر والبقاء في عصمة الزوج، ولا تتضرر بذلك، فلها أن تتصالح مع الرجل على أمر ما، لإبقاء رابطة الزواج المقدسة¹.

وعليه فإن هذا النوع أو المسلك من الإصلاح هو الأصل في حل المشاكل والخلافات الزوجية لأنه يكون داخل كنف الأسرة وبين الزوجين فقط، ولا يقحم أي طرف أجنبي في المشكل الخاص إلا استثناء؛ إذ الأسرار الزوجية ينبغي ألا تتجاوزهما، وكلما كثرت الأطراف ازداد المشكل تعقيدا واستعصت سبل الحل، ومن هنا وجب على الزوجين المبادرة إلى إصلاح أمرهما سرا فيما بينهما ولا يبديان أمرهما لغيرهما إلا بعد عجزهما عن الوصول إلى حل يحفظ الأسرة من التفكك².

3- علاج النشوز في قانون الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي.

نص المشرع الجزائري على النشوز ضمن المادة (55) من ق أ ج: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

من خلال النص المذكور أعلاه يتبين أن المشرع الجزائري لم يفرق بين نشوز الزوج أو الزوجة وأن التعويض مقرر لدى الطرفين، وقد أحسن المشرع بإقرار حق كلا الزوجين في التعويض؛ وهو المنفذ الوحيد الذي يخدم الزوج المتضرر من زوجته والحكم بخلاف ذلك يعرضه للنقض وهو ما قالت به المحكمة العليا في اجتهاداتها: "متى كان من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر، عند نشوز أحد الزوجين، فإن القضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون.

ومن ثم فإن عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة- في قضية الحال- تلجأ إلى طلب التطليق بعد نشوزها فإن ذلك يعد سببا كافيا لاعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق، وعليه

¹ - وهبة الزحيلي، التفسير الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص389

² - ينظر: عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص218.

فإن قضاة الموضوع قد أخطأوا حين قرروا أن الضرر والتعويض يكون للزوجة وحدها- مما يستوجب نقض قرارهم جزئياً وبدون إحالة-¹

ثانياً-المسلك الخارجي (إجراء التحكيم).

الإصلاح الداخلي له أهميته الكبرى في المحافظة على كيان الأسرة، ولكن قد لا تُطَوَّق الخلافات بين الزوجين ويوصد باب الإصلاح بينهما ويفضي إلى نزاع يمتد إلى خارج الأسرة، وقد يستدعي هذا الخلاف إلى تدخل خارجي ليقوم بدور الوسيط كما أرشد لهذا² المولى تبارك وتعالى في محكم تنزيله

1-تعريف التحكيم في اللغة والاصطلاح

- تعريف التحكيم لغة:

الحُكْمُ القضاء وقد حَكَمَ بينهم يحكم بالضم حُكْمًا و حَكَمَ له وحكم عليه.³

-الحُكْمُ أيضا الحكمة من العلم والحكيم العالم وصاحب الحكمة والحكيم أيضا المتقن للأمور وقد حَكَمَ من باب ظُرْف أي صار حكيما و أَحْكَمَهُ فَاسْتَحْكَمَ أي صار مُحْكَمًا.⁴

- الحَكَمُ بفتحين الحاكم وحَكَمَهُ في ماله تحكيماً إذا جعل إليه الحكم فيه فاحتَكَمَ عليه في ذلك واحتكموا إلى الحاكم و تَحَاكَمُوا بمعنى و المحَاكَمَةُ المخاصمة إلى الحاكم.⁵

-والحاكِمُ: منفذ الحكم بين الناس.⁶

-تعريف التحكيم اصطلاحاً:

للتحكيم عند فقهاء الشريعة الإسلامية تعريفات كثيرة نورد منها ما يلي:

¹ -قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 27-04-1993، م ق، عدد02، 1994، ص71.

² ينظر:يونس محمود صادق ياسين، مرجع سابق، ص182.

³ -محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت ، طبعة جديدة، 1415 - 1995، ج1، ص167.

⁴ -المرجع نفسه.

⁵ -المرجع نفسه.

⁶ -محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج31، ص 510.

-تعريف الحنفية للتحكيم بأنه: "تولية الخصمين حاكمًا يحكم بينهما، وركنه الدال على اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر"¹.

وعرفه ابن فرحون من المالكية: "بأن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما"².

أما عند الشافعية فقد عرفه الماوردي بقوله: "التحكيم أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا"³.

وعرفه الحنابلة بأنه: "إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماهما بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما"⁴.

ويتضح أن عبارات الفقهاء وإن اختلفت بعض ألفاظها إلا أنها متحدة المعنى والمضمون في اعتبار أن التحكيم اتفاق بين طرفين على تولية طرف ثالث ليفصل في خصومتهم بحكم الشرع.⁵

وعند ابن عباس: الآية في الولاية خاصة في أن يعطوا النساء في النشوز ونحوه ويردوهن إلى الأزواج. والأظهر في الآية أنها عامة في جميع الناس فهي تتناول الولاية فيما إليهم من الأمانات في قسمة الأموال ورد الظلمات والعدل في الحكومات. وهذا اختيار الطبري. وتتناول من

1- محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1997م، ج7، ص 41.

2- برهان الدين أبي الوفا إبراهيم، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقق: جمال عثلي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع- الرياض، لا س، ج1، ص 50.

3- أبو الحسن علي الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه المذهب الإمام الشافعي، تحقق: علي محمد معوض - عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1414هـ - 1994م، ج 16، ص 325.

4- محمد بن صالح العثيمين (ت: 1421هـ)، الشرح الممتع على زاد المستنقع، تحقق: أبو أيوب السليمان، دار ابن الجوزي-الرياض، 1428هـ، ج 15، ص 284.

5- قدرى محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار الصميعي للنشر والتوزيع- الرياض، 2009م، ص 21.

دونهم من الناس في حفظ الودائع والتحرز في الشهادات وغير ذلك، كالرجل يحكم في نازلة ما ونحوه، والصلاة والزكاة وسائر العبادات أمانة الله تعالى¹.

2- مشروعية التحكيم.

التحكيم إجراء مشروع في الشريعة الإسلامية حيث دلت عليه من خلال القرآن والسنة والإجماع.

أ- مشروعية التحكيم من القرآن الكريم:

أرشد الذكر الحكيم إلى تفعيل التحكيم للإصلاح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما.

- قال الله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّي اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ [النساء: 35]. أي؛ إن علمتم خلاقاً بين الزوجين، والجمهور من العلماء على أن المخاطب بقوله: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ ﴾ الحكم والأمراء². فابعثوا إليهما برضاها حكماً رجلاً عدلاً من أقاربه وحكماً من أهلها ويوكل الزوج حكمه في طلاق وقبول عوض عليه وتوكل هي حكمها في الاختلاع فيجتهدان ويأمران الظالم بالرجوع أو يفرقان إن رأياه. قال تعالى: (إِنْ يُرِيدَا) أي الحكمان ﴿ إِصْلَاحًا يُوَفِّي اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾ بين الزوجين أي؛ يقدرهما على ما هو الطاعة من إصلاح أو فراق ﴿ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ بكل شيء خبيراً أي؛ بالبواطن والظواهر³.

والآية عموماً تبرز الدور الفعال الذي يمكن أن يقوم به التحكيم في ضبط وتسوية النزاعات الأسرية قبل استفحال الشقاق وخروجه عن السيطرة، ولذلك دل عليه الشرع الحكيم للحفاظ على الروابط الأسرية بشكل عام والرابطة الزوجية بشكل خاص.

¹ - شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، ص256.

² - المرجع نفسه، ج5، ص175.

³ - جلال الدين محمد بن أحمد المحلي (ت: 864هـ) وجمال الدين السيوطي (ت: 911هـ)، تفسير الجلالين، دار الحديث - القاهرة، ط1، لاس، ص107.

- وأيضا قوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً ﴾ [النساء: 57].

ب- مشروعية التحكيم من السنة:

ومما جاء في السنة عن مشروعيته، بيان استحسانه وأهميته في فض النزاع والخلاف بين الناس ما روي عن شريح، عن أبيه هانئ: ((أنه لما وفد إلى رسول الله، أتى المدينة فسمعهم يكتونه بأبي الحكم فدعاه رسول الله فقال: « إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلم تكني أبا الحكم؟ » فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فيرضي كلا الفريقين، فقال رسول الله: « ما أحسن هذا! فما لك من الولد؟ » قال: شريح ومسلم وعبد الله قال: « فمن أكبرهم؟ » قال: قلت: شريح. قال: « فأنت أبو شريح » فدعا له ولولده))¹.

ج- مشروعية التحكيم من الإجماع:

أجمع جمهور الفقهاء على أنّ بعث الحكمين واجب، وبه قال الحنفية² والمالكية³ والشافعية⁴ والحنابلة⁵ وعند الشافعي: "الأمر للوجوب لأنه من باب رفع الظلمات، وهو من الفروض العامة والمتأكدة على القاضي، وهو ظاهر الأمر"⁶.

¹ - أخرجه النسائي (ت: 303هـ)، في سننه، تحق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، 1406هـ - 1986م، حديث رقم: 5387، باب: إذا حكم رجلا قضى بينهم، ج 8، ص 226. وحكم الألباني بأنه صحيح.

² - فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت 743 هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، 1313هـ، ج 4، ص 193.

³ - القاضي أبو بكر بن العربي المعافري (ت: 543هـ)، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 3، 1424هـ - 2003م، ج 1، ص 543.

⁴ - شمس الدين، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 4، ص 428.

⁵ - ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 321.

⁶ - وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر المعاصر - دمشق، ط 2، 1418هـ، ج 5، ص 59.

واستدلوا بالآية [35] من سورة النساء السابقة ، مبرزين أنّ وجه دلالتها على الوجوب مدرك من ظاهرها من غير قرينة صارفة. وقد جاء في تفسير المنار: "وظاهر الأمر أن هذا التحكيم واجب، لكنهم اختلفوا فيه فقال بعضهم: إنه واجب، وبعضهم: إنه مندوب، واشتغلوا بالخلاف فيه عن العمل به؛ لأن عنايتنا بالدين صارت محصورة في الخلاف والجدل، وتعصب كل طائفة من المسلمين لقول واحد من المختلفين، مع عدم العناية بالعمل به، فهذا هم أولاء قد أهملوا هذه الوصية الجليلة لا يعمل بها أحد على أنها واجبة، ولا على أنها مندوبة، والبيوت يدبُ فيها الفساد، فيفتك بالأخلاق والآداب، ويسري من الوالدين على الأولاد"¹.

ج- مشروعية التحكيم في قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة(56) من قانون الأسرة الجزائري إلى أنّه " إذ اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما".

ويعين القاضي حكّمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعليهما أن

يقدمتا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين².

ويُعَدُّ التَحْكِيمُ إجراءً إجباريًا في مسائل الأحوال الشخصية في حالة عدم معرفة الضرر؛ وبالتالي فإنه يجب على القاضي قبل الشروع في القضية ومباشرة الفصل؛ أن يعمل على الإصلاح بين الزوجين عن طريق التحكيم، إلا أن المشرع لم يوضح الوقت الذي يقوم فيه القاضي بتفعيل التحكيم؛ هل قبل جلسة الصلح المشار إليها في المادة (49) أو بعدها.

ومع ذلك يمكن القول بأن التحكيم إجراء موالٍ لمحاولات الصلح التي يقوم بها القاضي في

¹ -محمد رشيد رضا (ت: 1354هـ)، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة، لا ط، 1990م، ج5، ص65.

² -المادة 56 الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، المعدل والمتمم للقانون 84-11 مؤرخ في 90 رمضان 1404هـ الموافق ل: 09 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد3، السنة 2005م.

حال عدم ثبوت الضرر¹. جاء في نصّ المادة (446) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"².

وفي ذات السياق نجد أن المادة (448) من نفس القانون أيضا نصت على: "يعاين الصلح إذا تم من طرف الحكمين بواسطة محضر، ويقوم القاضي بالمصادقة على اتفاق الطرفين بموجب أمر غير قابل لأي طعن"³، كما نصت المادة (449) من نفس القانون على ما يلي: "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا، إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة"⁴.

الفرع الرابع: الصلح القضائي.

خلص بعض فقهاء القانون إلى أن الصلح في شؤون الأسرة هو إجراء قضائي وأطلقوا عليه أيضا بالصلح القضائي، حيث عرفوه على أنه: "الإجراءات التي تفرضها بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم للحضور أمام القاضي ومحاولة تقريب وجهات نظرهم بعد إقامة الدعوى وخصوصا في مسائل الطلاق"⁵. وبالتعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية رقم: 08-09 المؤرخ في 25/02/2008م، حيث نص على الصلح في المواد من (439 إلى 339) من قانون الإجراءات المدنية، ونص على أن إجراءات الصلح في مادة الأحوال الشخصية وجوبي وإلزامي⁶.

¹ - ينظر: خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2015م، ص 131.

² - المادة (442) من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق 25 فبراير 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنشور في الجريدة الرسمية العدد 21، ص 38.

³ - المادة (448) من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق 25 فبراير 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنشور في الجريدة الرسمية العدد 21، ص 38.

⁴ - المادة (449) من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق 25 فبراير 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنشور في الجريدة الرسمية العدد 21، ص 38.

⁵ - أحمد زكي بدوي إبراهيم، القاموس القانوني فرنسي-عربي، مكتبة لبنان، ص 67-69، نقلا عن: عبد الحكيم بن هيري، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، ص 14.

⁶ - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، ص 268.

ومن هنا يمكن القول بأن إجراء الصلح في مادة الطلاق هو أن يقوم القاضي بجمع الزوجين في جلسة حضورية شخصية أمامه، لمحاولة إقناع الزوج للتراجع عن طلبه في الطلاق، لكون أن محاولة الصلح تعد عنصرا من العناصر الشكلية لممارسة الحق الإداري، وإذا لم يحضر طالب الطلاق للجلسة الصلحية، حكم بإبطال الإجراء¹.

وهذا ما أكد عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة (49) والتي جاء فيها ما يلي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى..".

أما المادة (442) من ق إ م إ فجاءت تنص على ما يلي: "يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة الضرورية بموجب أمر غير قابل لأي طعن"².

وكذلك كان قضاء المحكمة العليا مستقرا بخصوص إجبارية محاولة الصلح، و المجلس الأعلى هو أيضا استقر على إلزامية محاولات الصلح، ومن خلال كل هذا نرى أن القيام بإجراء محاولات الصلح بين الزوجين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون³. حيث نجد المحكمة العليا في قرار صادر لها: "إن الحكم بفك الرابطة الزوجية، لا يصدر إلا بعد اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين عملا بأحكام المادة 49 من ق أ"⁴

وستنطلق إلى آليات حماية الاستقرار الأسري وأثر الاجتهادات القضائية في تفعيلها؛ وهذا ما تسعى الدراسة إلى إثباته وسيأتي بشكل مفصل في مكانه.

¹ - ينظر: أحمد شامي، المرجع السابق، ص 268.

² - المادة (442) من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق 25 فبراير 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنشور في الجريدة الرسمية العدد 21، ص 37.

³ - ينظر: عبد الحكيم بن هبري، مرجع سابق، ص 47.

⁴ - قرار المحكمة العليا: بتاريخ: 18/01/1994، القرار رقم: 96688، المؤرخ سنة 1997، نشرة القضاة، عدد 50، ص 80.

الفصل الثاني

صور فك الرابطة الزوجية في الفقه
الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
وتطبيقاتها في اجتهادات المحكمة
العليا

ويضم المباحث الآتية:

المبحث الأول:

فك الرابطة الزوجية عن طريق الإرادة المنفردة.

المبحث الثاني:

الطلاق بالتراضي والطلاق التعسفي.

المبحث الثالث:

الخلع وأثر تغير الاجتهاد القضائي في تعديل التشريع

المبحث الرابع:

التطبيق بطلب من الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة
الجزائري.

تمهيد:

أولت الشريعة الإسلامية الأسرة مكانة عظيمة، حيث شرعت الأحكام التي تنظم العلاقات الأسرية؛ سواء كان ذلك من جهة تكوينها وفرقتها أو من جهة وظيفتها في المجتمع، أو من جهة كل ما يتعلق بها من الحقوق والواجبات.

كما حض الإسلام على الزواج ورغب فيه وأمر بإزالة كل العوائق التي تحول دونه، ثم حض كل من الزوجين على المعاشرة بالمعروف والمحافظة على العلاقات الزوجية، وذلك بصبر كل منهما على الطرف الآخر إذا رأى منه ما يكره؛ تحصيلاً لمصالح الزواج وللمحافظة على أواصره وروابطه، وفي حال استنكر أحد الزوجين العلاقة الزوجية وطراً طارئاً يوجب الفرقة بينهما فقد نظمت الشريعة الإسلامية أحكاماً للطلاق، سواء كان بإرادة الزوج أو بخلع من الزوجة، أو بتفريق قضائي¹. لإزالة الضرر عن الزوجة ورفع الغبن عنها، وهو ما سنعالجه في أربعة مباحث: (المبحث الأول) فك الرابطة الزوجية عن طريق الإرادة المنفردة، (المبحث الثاني) الطلاق بالتراضي والطلاق التعسفي أما (المبحث الثالث) سنخصصه للحديث عن طبيعة الخلع وأثر تغير الاجتهاد القضائي على تعديل القانون، ثم نتطرق إلى التطبيق بطلب من الزوجة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري (المبحث الرابع).

¹ - ينظر: عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، عضو هيئة كبار العلماء، الخلع بطلب من الزوجة لعدم الوثام مع زوجها، الدورة الثامنة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة، 1427هـ، 2006م، ص6.

المبحث الأول

فك الرابطة الزوجية عن طريق الإرادة المنفردة

شرع الله النكاح لإقامة الحياة الزوجية المستقرة، المبنية على المحبة والمودة بين الزوجين، وإعفاف كل منهما للآخر، وتحصيل النسل، وقضاء الوطر.

فإذا اختلت هذه المصالح، وفسدت النوايا، وتنافرت الطباع، وساءت العشرة بين الزوجين واستنفذت جميع وسائل الإصلاح بين الزوجين، وتعذر التوفيق بينهما وازدادت مشاعر الكراهية؛ فإن الحل الوحيد هو اللجوء إلى الطلاق الذي شرعه الله عز وجل فرجاً ورحمة بالزوجين¹.

حيث سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى أحكام الطلاق بالإرادة المنفردة؛ في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتطبيقاته من خلال الاجتهادات القضائية (المطلب الأول)، ثم الحديث عن أركان الطلاق وشروطه وأنواعه (المطلب الثاني)

المطلب الأول

الطلاق بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

الطلاق بالإرادة المنفردة من إحدى صور فك الرابطة الزوجية، ويعد هذا النوع أصلاً؛ فإذا أطلق اسم الطلاق فإنما يعبر عن الطلاق بالإرادة المنفردة، على اعتبار أن العصمة بيد الزوج، وفي هذا المطلب سنتطرق إلى تعريف الطلاق في اللغة والاصطلاح وعند الفقهاء وما نص عليه المشرع الجزائري (الفرع الأول)؛ ومشروعية الطلاق والحكمة منه وحكمه (الفرع الثاني)

¹ - ينظر: محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ط1، بيت الأفكار الدولية، 1430 هـ

- 2009 م، ج4، ص.178

الفرع الأول: تعريف الطلاق.

في معنى انحلال الرابطة الزوجية هو إنهاؤها باختيار الزوج، أو بحكم قضائي، والفرقة لغة بمعنى الافتراق وجمعها فرق¹. والفرقة نوعان:

أولاً:- التعريف اللغوي والاصطلاحي للطلاق.

الطلاق بمفهومه العام هو فك الرابطة الزوجية، ومنه نشع في تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً وعند الفقهاء وفي التطبيقات القضائية.

1-تعريف الطلاق لغة:

يقول ابن فارس: " الطاء واللام والقاف أصلٌ صحيحٌ مطّرد واحد، وهو يدلُّ على التَّحْلِيَةِ والإرسال.

وامرأة طالق: طَلَّقَهَا زَوْجُهَا، وَطالِقَةٌ غداً. وَأَطْلَقْتُ النّاقَةَ من عِقَالِها وَطَلَّقْتُها فَطَلَّقَتْ² ".

2-تعريف الطلاق اصطلاحاً:

عرف الفقهاء، الطلاق بتعريفات شتى بعضها متباينة تبعا لتصورهم للنكاح المنعقد وللشروط المعتمدة في الطلاق، ومن بين هذه التعريفات ما يلي:

الطلاق عند الحنفية هو: " رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص"³.

فخرج بقيد النكاح الحسي والعق وبالفظة المخصوص الفسخ لأن المراد به ما اشتمل على مادة الطلاق صريحاً وكناية وسائر الكنايات الرجعية والبائنة⁴.

¹ - الجوهري، الصحاح في اللغة، مرجع سابق، ج2، ص42.

² - أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة تحق: عبد السلام محمد هارون دار الفكر 1399هـ - 1979م، ج3، ص421.

³ - زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (ت970هـ)، ج3، دار المعرفة، بيروت، ص252.

⁴ - المرجع نفسه.

والمراد برفع قيد النكاح في الحال الطلاق البائن؛ لأن الفرقة فيه منجزة وقت إيقاعه، وأما رفعه في المآل، فهو الطلاق الرجعي؛ لأن الفرقة لا تكون فيه إلا بانتهاء عدة المرأة¹ وقد أخذ بهذا التعريف الشيخ أبو زهرة².

عرف ابن عرفة من المالكية الطلاق بأنه: "صفة حكومية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج"³.

وفي شرح خليل اعتراض على هذا التعريف؛ "... لأنه يخرج منه ما إذا كان بلفظ الخلع من غير عوض فإنه خلع أيضا مع انتفاء العوض فيه وبالتالي فإن هذا التعريف لفظي أو تعريف لأحد نوعي الخلع، وترك تعريف النوع الآخر لكونه بديهيا..."⁴. وقد جعل ابن عرفة الطلاق هو الصفة الحكمية التي ترفع حلية المتعة الزوجية باعتبار المتعة هي أهم آثار عقد النكاح، وذلك من خلال التعريف الذي جعل العقد منصبا على المتعة بالدرجة الأولى، لكن هذا التعريف يبقى قاصرا عن استيعاب جميع حالات الطلاق؛ لأن ليس بالضرورة أن كل طلاق يرفع حلية المتعة الزوجية مثل ما هو الحال في الطلاق الرجعي⁵.

¹ - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، لاط، دار البصائر، الجزائر، لا س، ص 226.

² - الطلاق رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في معناها، وهو على هذا التعريف قسمان؛ قسم يرفع النكاح في الحال وقسم يرفعه في المآل.
- أما القسم الأول فهو الطلاق البائن: فبمجرد صدوره يرفع النكاح في الحال، فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين، سواء انتهت العدة أم لم تنته.

وأما القسم الثاني: فهو الطلاق الرجعي؛ فالنكاح لا يرتفع في الطلاق الرجعي بمجرد صدور ما يدل عليه، بل لا يرتفع إلا بانتهاء عدة المطلقة، وفي أثناء العدة لا يرتفع النكاح وله أن يراجعها، رضيت أو لم ترضى، ولكن تحتسب طلاق من الطلاقات التي يملكها الرجل على زوجته وهي ثلاث، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، لا ب، لا س، ط 2، ص 279.

³ - محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله (ت: 803 هـ)، المختصر الفقهي لابن عرفة، تحق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط 1، 1435 هـ - 2014 م، ج 4، ص 86.

⁴ - محمد بن عبد الله الحرشي المالكي أبو عبد الله (ت: 1101 هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، ج 4، لاط، دار الفكر للطباعة، بيروت لا س، ص 12.

⁵ - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 226.

وعرف الشافعية الطلاق: "حَلُّ قَيْدِ النِّكَاحِ"¹

وعرف أيضا ابن قدامة من الحنابلة الطلاق بأنه "حل قيد النكاح"².

الطلاق هو انقطاع العلاقة الزوجية بين الزوجين بإزالة النكاح أو نقصان حله بلفظ مخصوص؛ ومعنى إزالة النكاح رفع العقد بحيث لا تحل له الزوجة بعد ذلك وهذا فيما لو طلقها ثلاثاً³.

وكل هذه التعريفات المختلفة للطلاق تتفق على أنه رفع ما تم ربطه في عقد الزواج وتفريق لما تم جمعه، وإنهاء جميع الآثار المترتبة على ذلك الميثاق الغليظ ونقض ما تعاهد عليه الطرفان⁴.

3-تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري والاجتهادات القضائية.

- تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

لم يتطرق المشرع إلى تعريف قانوني للطلاق، كما أنه لم يبين أركانه وشروطه، ولعله اكتفى بما جاء به الفقه الإسلامي بناء على نص المادة (222) من هذا القانون.

ولكنه أشار في المادة (47) من ق أ ج إلى طرق فك الرابطة الزوجية: " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"، حيث عالج أحكام الطلاق في المواد (49-50-51-52).

واكتفى المشرع من خلال المادة بالنص عن الطلاق والوفاة فحسب؛ في حين أن طرق فك الرابطة الزوجية أوسع من ذلك، وكان الأجدر بالمشرع أن يضيف الفسخ⁵ والتفريق القضائي

¹ - أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (ت: 974 هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لاط، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، 1357 هـ - 1983 م، ج 8، ص 2.

² - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: 620 هـ)، المغني، ج 7، لا ط، القاهرة، 1388 هـ - 1968 م، ص 363.

³ - ينظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (ت: 1360 هـ) الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ط 2، ج 4، ص 248.

⁴ - ينظر: عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 228.

⁵ - ينظر محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، ص 518. نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى - الجزائر، لا ط، لا س، ص 145.

كأحد أسباب انحلال الرابطة الزوجية، ويكون النص على النحو التالي: " تنحل الرابطة الزوجية بوفاة أحد الزوجين أو الطلاق بإرادة الزوج، أو التفريق القضائي، أو الفسخ".
كما نصت المادة (48) المعدلة من ق أ ج بأنه: " مع مراعاة أحكام المادة (49) أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53) و (54) من هذا القانون¹.

- الطلاق في الاجتهاد القضائي.

حاولت المحكمة العليا في اجتهاداتها تحديد طبيعة الطلاق؛ حيث جاء في قرار صادر لها " من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره...."².

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق والحكمة منه وحكمه.

يعد لفظ الطلاق؛ لفظ جاهلي جاء الشرع بتقريره، فهو ليس من خصائص هذه الأمة، وكان الجاهلية يستعملونه في حل العصمة الزوجية لكن لا يحصرونه في الثلاث، حيث كان الناس في الابتداء يطلقون من غير حصر ولا عدد وكان الرجل يطلق امرأته فإذا قاربت انقضاء عدتها راجعها ثم طلقها كذلك ثم راجعها بقصد إلحاق الضرر بها³. فنزلت هذه الآية ﴿إِطْلُقْ مَرَّتَيْنِ﴾ [البقرة 227]. ومنه فإن الله تعالى شرع الطلاق لرفع الضرر عن المرأة وإنهاء الخلافات الحاصلة بين الزوجين، ومن هنا فإن الطلاق مشروع بالقرآن والسنة والإجماع وتتناول فيما يلي مشروعية الطلاق (أولاً)، ثم نبين الحكمة من تشريع الطلاق (ثانياً).
أولاً: مشروعية الطلاق.

يُعتبر الطلاق حلاً من الحلول التي جاء بها الإسلام، حيث وردت آيات كثيرة تُبيِّن أحكام الطلاق وهي الآيات التي نستشهد بها في مشروعية الطلاق نذكر منها:

¹ - المادة (48) من قانون الأسرة الجزائري.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ 03-12-1984 ملف رقم 35026، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 4، ص 86.

³ - ينظر: سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرِيّ المصري الشافعي (ت: 1221هـ) تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)، ج 3 لاط، دار الفكر، 1415 هـ - 1995م، ص 487.

1-مشروعية الطلاق من القرآن:

أ- قال الله تعالى: ﴿إِطْلَقُوا مَرَّتَيْنِ فِيمَا سَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنِ﴾ [البقرة 227]. هذه الآية الكريمة رافعة لما كان عليه الأمر في ابتداء الإسلام من أن الرجل كان أحق برجعة امرأته وإن طلقها مائة مرة ما دامت في العدة، فلما كان هذا فيه ضرر على الزوجات قصرهم الله إلى ثلاث طلاقات، وأباح الرجعة في المرة والثنتين، وأبأنها بالكلية في الثالثة¹.

ب- كما قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَهْرُضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ فَذَرَهُنَّ عَلَى الْمَفْتَرِ فَذَرَهُنَّ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَفًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة 234].

الشاهد أن الله تبارك وتعالى أباح طلاق المرأة بعد العقد عليها، وقبل الدخول بها.

ج- وقال سبحانه: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّفُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَلْحَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق 1].

والشاهد من الآية وهو أن يطلق الرجل زوجته وهي طاهر من غير جماع، أو حبل يستبين حملها².

د- وقال الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجَلَهُنَّ بِأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ

¹ - أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري (ت: 774هـ)، تفسير ابن كثير للقرآن العظيم تحقق: محمد حسين شمس الدين، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت 1419 هـ، ص 460.

² - محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، (ت: 310هـ) تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان لا م، ط1، 1422 هـ - 2001 م، ج23، ص25.

عَلَيْكُمْ مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ، وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿البقرة 229﴾. والشاهد أن الخطاب في الآية للرجال؛ وهو نهي الرجل أن يطول العدة مضارة بالزوجة المطلقة؛ بأن يرتجع قرب انقضاءها ثم يطلق بعد ذلك¹.

2- مشروعية الطلاق من السنة:

أ- عن ابن عمر عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ « أَبْغَضَ الْحَالِلِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلَاق »².
ب- عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: « مَا أَحَلَّ اللَّهُ شَيْئًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنَ الطَّلَاقِ »³

ج- عن نافع عن عبد الله بن عمر: أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن ذلك؟! فقال ﷺ: « مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك، وإن شاء طلق قبل أن يمس؛ فتلك العدة التي أمر الله سبحانه أن تطلق لها النساء »⁴.

د- عن ابن عباس، عن عمر: "أن رسول الله ﷺ طلق حفصة، ثم راجعها"⁵.

3- مشروعية الطلاق من الإجماع:

أجمع علماء الأمة الإسلامية من أيام رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اليوم؛ على أن للزوج أن يطلق زوجته، ولم ينكر أحد هذا الأمر إلا إذا كان الطلاق لغير سبب شرعي⁶.

¹ - أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف الثعالبي (ت: 875هـ)، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، تحقق: الشيخ محمد علي معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ج1، ص464.

² - سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب: في كراهية الطلاق، حديث رقم: 2180، ج2، ص، 220، ضعفه الألباني.

³ - المستدرک علی الصحیحین، أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني النيسابوري (ت: 405هـ) تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1411 - 1990، كتاب الطلاق حديث رقم: 2794، ج2، ص214. هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحُ الْإِسْنَادِ، وَلَمْ يُجَرَّحْهُ.

⁴ - مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت: 261هـ) المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، كتاب الطلاق، باب: تحريم تطليق الحائض بغير رضاها وأنه لو خالف يقع الطلاق ويؤمر برجعتها، حديث رقم: 1471، ج2، ص1094.

⁵ - سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب: في المراجعة، حديث رقم: 2283، ج2، ص285، وصححه الألباني.

⁶ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص173.

4- مشروعية الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:

تنص المادة (48) من قانون الأسرة: " مع مراعاة أحكام المادة (49) أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53) و(54) من هذا القانون.

حيث جاء في هذه المادة أن إحدى صور الطلاق تتم بإرادة الزوج، فالطلاق حق شرعي وقانوني يمكن للزوج إيقاعه متى وجد في ذلك مصلحة أو ضرورة.

5- مشروعية الطلاق من الاجتهاد القضائي.

أقرت المحكمة العليا في اجتهاداتها بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق من زوجته من دون أن يبرر الأسباب التي دفعته إلى الطلاق، على شرط أن يتحمل مسؤوليته؛ حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: " من المقرر أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله.

ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنباً للخرج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون مبررات لإبعاد المسؤولية عنهم.

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون"¹

فدور القاضي هو مجرد مسجل لإرادة الزوج وليس له الحق في فض هذه الرغبة، وهذه الإرادة على اعتبار أنها غير مبررة ولا مؤسسة ما دام الزوج لم يطرح أي سبب أو عذر لهذا الطلاق مفضلاً هكذا تحميله كامل المسؤولية في ذلك طبقاً للمادة (52) من قانون الأسرة..."².

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 15-06-1999، سنة 2001، عدد خاص، ص104.

² - ينظر: لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص235.

ثانيا: الحكمة من مشروعية الطلاق.

شرع الله الزواج لتحقيق الألفة والأنس وإعمار الأرض بإكثار النسل، ولا يتم هذا الزواج إلا بعقد كما أمرت الشريعة الإسلامية؛ ولا ينعقد العقد على وجه التأقيت، فهو عقد يحمل طابع الديمومة والاستمرار.

لكن قد يصيب الأسرة ما يثير القلاقل والشقاق، كمرض أحدهما أو عجزه وربما كان ذلك بسبب عناصر خارجة عن الزوجين أصلا، كالأهل والجيران وما إلى ذلك، وربما كان سبب ذلك انصراف القلب وتغيره، فيبدأ بنصح الزوجين وإرشادهما إلى الصبر والاحتمال، وبخاصة إذا كان التقصير من الزوجة¹، قال تعالى ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَبَعْضِي أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً﴾ [19 النساء]. والشاهد أن على الأزواج مصاحبة زوجاتهن بما أمر به الله من طيب القول والمعاملة بالإحسان، فإن كرهوا صحبتتهن فقد حث المولى عز وجل بالصبر عليهن والاستمرار في الإحسان إليهن فعسى أن يرزق الله منهن ولداً صالحاً تَقَرُّ به الأعين، وعسى أن يكون في الشيء المكروه الخير الكثير² لذا قال النبي ﷺ فيما أخرجه مسلم عن أبي هريرة، قال: ﷺ: «لا يفرك مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقا رضي منها آخر» أو قال: «غيره»³.

إلا أن مثل هذا الصبر قد لا يتيسر للزوجين أو لا يستطيعانه، فرما كانت أسباب الشقاق فوق الاحتمال، أو كانا في حالة نفسية لا تساعدتهما على الصبر وفي هذه الحال لا بد من اختيار واحد من ثلاثة أمور⁴:

1- البقاء مع النفرة فيعيشان معا وبينهما حقد وضغينة وبغض، وهذا الوضع ليس في صالح الأسرة بأي حال من الأحوال.

¹ - الموسوعة الفقهية الكويتية، صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت الطبعة: (من 1404 - 1427 هـ) ط2، ج29، ص11.

² - ينظر: محمد علي الصابوني صفوة التفاسير دار الصابوني، للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة ط1، 1417 هـ - 1997 م، ص2440، ووهبة بن مصطفى الزحيلي، التفسير الوسيط، دار الفكر - دمشق، ط:1، 1422 هـ، ج1، ص301

³ - صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب: الوصية بالنساء، حديث رقم: 1469، ج2، ص1091.

⁴ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص280.

2- الفراق الجسدي والزوجية قائمة، فتصير المرأة كالمعلقة لاهي زوجة ولاهي مسرحة، فيغنيها الله من سعته.

3- الطلاق برفع قيد الزواج بعد أن صار غلا ونقمة وهو في أصله مودة ورحمة. ولا شك أن المنطق السليم يوجب أن يسلك في هذه الحال طريق الطلاق، والطلاق حينئذ ضرورة لا بد منها.

وأيضاً قد يكون العقم وعدم النسل بسبب من الزوج والمرأة قد تتطلع إلى الذرية والنسل فتطلب الطلاق من زوجها على عوض، أو من دون عوض لتجرب حضنها مع زوج آخر، فيكون الطلاق في هذه الحالة هو الحل المقترح المحقق للمصلحة¹.

ثالثاً: حكم الطلاق.

اتفق فقهاء الأمة الإسلامية على أن الطلاق حق للرجل، واتفقوا على أنه لا يكون إلا عند الحاجة إليه، لكنهم اختلفوا في أصل الطلاق هل هو الحظر أم الإباحة؟ وقد قال المحققون من الفقهاء أن الأصل في الطلاق المنع ولا يكون إلا عند الحاجة إليه؛ لأن الزواج نعمة ولا يجوز قطع النعمة إلا إذا زالت صفتها والزواج عقد أبدي لازم، والقياس يوجب ألا ينهيه أحد العاقلين بإرادته المنفردة؛ ولكن أجزى للحاجة فقط، فإذا لم تكن حاجة يبقى القياس هو المنع².

والأصل فيه الكراهة أو أنه خلاف الأولى³؛ وهو ما لا نهي فيه مخصوص كترك سنة الظهر فالنهي عنه ليس بمخصوص ورد فيه؛ بل من عموم أن الأمر بالشيء نهي عن ضده أو مستلزم للنهي عن ضده⁴.

و يمكن أن تعرض له الأحكام الخمسة بحسب حال الرجل والمرأة مثل النكاح⁵.

¹ - ينظر: نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقهاً وتطبيقاً، مرجع سابق، ص 115.

² ينظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 284.

³ - حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج 4، ص 264.

⁴ - تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي، الأشباه والنظائر. للإمام تاج الدين السبكي، دار الكتب العلمية ط 1، 1411 هـ - 1991 م، ج 2، ص 80.

⁵ - الطلاق له خمسة أحكام:

أ - مباح: إذا احتاج الزوج إليه لسوء خلق المرأة، أو كراهته لها.

المطلب الثاني: أركان الطلاق وشروطه وأنواعه.

لكي يكون الطلاق صحيحا ويرتب آثاره لابد أن يقوم على شروط وأركان وهو ما سنتطرق إليه في هذا الفرع؛ حيث نبين أركان الطلاق (فرع أول)، ثم شروطه (فرع ثان)، ثم أنواع الطلاق وأقسامه (فرع ثالث).

الفرع الأول: أركان الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة.

وستتطرق فيما يلي إلى أركان الطلاق في الفقه الإسلامي (أولا)، ثم في قانون الأسرة الجزائري (ثانيا).

أولا- أركان الطلاق في الفقه الإسلامي.

- 1- أركان الطلاق عند الحنفية: للحنفية ركن واحد هو "اللفظ" أو ما يقوم مقامه¹.
- 2- أركان الطلاق عند المالكية: وهي ثلاثة؛ المطلق والمطلقة والصيغة؛ وهي اللفظ وما في معناه².
- 3- أركان الطلاق عند الشافعية والحنابلة: وهي خمسة؛ "المطلق"، "واللفظ" أو الأفعال التي تقوم مقامه أو تفويض الطلاق إلى الزوجة، و"القصد" و"المحل" وهو المرأة، والركن الخامس "الولاية على المحل" بحيث لو قال لمطلقة الرجعية أنت طالق طلقت³.

= ب- مستحب: إذا احتاجت الزوجة إليه لسوء خلق الرجل، أو إذا فرطت المرأة في حقوق الله الواجبة كالصلاة ولا يمكنه إجبارها، أو إذا تضررت الزوجة ببقاء النكاح لبغض أو غيره ونحو ذلك.

ج - واجب: إذا تعذرت العشرة بين الزوجين، ولم يمكن الإصلاح بينهما، وتضرر كل منهما ببقاء الزوجية، وإذا آلى الزوج من زوجته، ومضت المدة ولم يرجع ونحو ذلك.

د - مكروه: إذا لم تكن حاجة ماسة إليه، وحال استقامة الزوجين، وعدم القدرة على الصبر وتحمل الأذى من الزوجة.

هـ - محرم: إذا كان الطلاق بدعياً، كأن يطلق الزوجة في حيض أو نفاس، أو في طهر جامعها فيه، أو يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة أو كلمات، أو يطلق زوجته من غير حاجة، أو إذا كان الطلاق سبباً لوقوعه في الحرام من زنا ونحوه. ينظر: محمد بن إبراهيم بن عبد الله التوبجيري، موسوعة الفقه الإسلامي، ط1، بيت الأفكار الدولية، 1430هـ - 2009م، ج4، ص179. وعبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ص264. ومحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي، ج1، ص2.

¹ - بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص68.

² - ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص151.

³ - ينظر: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ص468-475، وأبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، مرجع سابق، ج8، ص22.

ويلاحظ أن الولاية أدخلها المالكية في الركن الأول وهو أهلية المطلق وزاد الشافعية والحنابلة على المالكية ركن المحل¹.

ثانيا- أركان الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى أركان الطلاق بنص صريح ومنه يمكن للقاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بناء على نص المادة(222) من ق أ ج. وبتحليل المادة (48) نستنتج أن أركان الطلاق في ق أ ج الإرادة²، "...ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..." ولم يتكلم المشرع عن محلية الطلاق ولكنه أشار في المادة المذكورة أعلاه أن الطلاق يحدث بناءً على زواج صحيح. مع صدور حكم قضائي يثبت رغبة طالب الفرقة في الطلاق مع وجوب تسجيله في سجلات الحالة المدنية المادة (49).

الفرع الثاني: شروط الطلاق:

وشروط الطلاق وتتمثل في المطلق وهو الرجل صاحب العصمة ثم المرأة التي يقع عليها الطلاق ثم الصيغة التي يقع بها الطلاق.

1- فأما المطلق فله أربعة شروط: الإسلام والعقل والبلوغ والطوع، فلا ينفذ طلاق مجنون ولا كافر اتفاقا ولا صبي غير بالغ³ وإن كان مميزا لأن الطلاق شرع حيث تكون المصلحة في إيقاعه ولا يدرك المصلحة إلا من يكون بالغاً⁴ ويكون الزوج قاصدا للطلاق؛ أي مريدا للتلفظ به ولو من غير نية، فالطلاق لا يقع في التعلم أو الحكاية، كما لا يقع طلاق الأعجمي الذي لا يفهم معناه ولا طلاق النائم لحديث النبي ﷺ قال: " رفع القلم عن

¹ -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج9، ص6879.

² - حيث نص المشرع الجزائري من خلال المادة 58 عن أهلية التصرف "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته" والأهلية المطلوبة هي أن يكون الزوج المطلق متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه.

³ - الشرييني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص455.

⁴ - ينظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص288.

ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل، أو يفيق¹. وفي حديث أبي بكر: "وعن المبتلى حتى يبرأ"².

ولا يقع طلاق المخطئ أو من يسبق لسانه؛ كالذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق، فيزل لسانه وينطق بالطلاق من غير قصد، ويقع طلاق الهازل؛ وهو من قصد اللفظ دون معناه، لحديث أبي هريرة أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ -ﷺ- قَالَ: "ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدُّ النَّكَاحِ وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ"³. كما وروي عن علي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي الدرداء كلهم قالوا: "ثلاث لا لعب فيهن واللاعب فيهن جاد: النكاح والطلاق والعتاق"⁴.

2- المطلقة: وهي الزوجة سواء كانت في العصمة أو في عدة من طلاق رجعي فينفذ طلاقها اتفاقا ولا ينفذ طلاق الأجنبية⁵. فالزوجية يجب أن تكون قائمة لفظا أو حكما؛ لأن الأجنبية لا يقع طلاقها، كما لا يقع طلاق المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى، ولا على المطلقة قبل الدخول لانقطاع الزوجية⁶.

¹ - ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، وماجة اسم أبيه يزيد (ت: 273هـ) سنن ابن ماجه تحق: محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء الكتب العربية- فيصل عيسى البابي الحلبي، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، حديث رقم 2041، ج 1، ص 658 وقال الألباني صحيح.

² - سنن ابن ماجه، ج 1، ص 658.

³ - أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، باب: الطلاق على الهزل، حديث رقم: 2196، دار الكتاب العربي، بيروت، ج 2، ص 225. قال الألباني: حسن.

⁴ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج 3، ص 157.

⁵ - ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 152.

⁶ - ينظر: وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، دار الفكر دمشق، 1427هـ - 2006م، ط 2، ج 3 ص 132. ص 132.

3-الصيغة: أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع إذا كان بنية ولفظ صريح، واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح، أو بالنية دون اللفظ، أو باللفظ دون النية¹. وألفاظ الطلاق أربعة أنواع:

أ-الصريح: وهو ما فيه لفظ الطلاق كقوله طالق أو طالقة أو مطلقة أو قد طلقتك أو طلقت مني لزمه الطلاق بهذا كله، ولا يفتقر إلى نية، وإن ادعى أنه لم يرد الطلاق لم يقبل منه ذلك إلا إن اقترنت بقرينة تدل على صدق دعواه، مثل أن تسأله أن يطلقها من وثاق فيقول أنت طالق. وألحق الشافعي بالصريح لفظ التسريح والفراق²، وقد جاء في معني المحتاج "فصريحه الطلاق وكذا الفراق والسراح على المشهور كطلقتك وأنت طالق ومطلقة ويا طالق، لا أنت طالق والطلاق في الأصح"³.

ب- الكناية الظاهرة: وهي التي جرت العادة أن يطلق بها في الشرع أو في اللغة كلفظ التسريح والفراق وكقوله أنت بائن أو بنة أو بتلة وما أشبه ذلك فحكم هذا كحكم الصريح وعند الشافعي يرجع إلى ما نواه ويصدق في نيته⁴. وعند المالكية تعد هذه الألفاظ صريحة ولا تحتاج إلى النية إلى المعنى الذي ذكرت فيه في القرآن الكريم تفيد معنى الفراق والتسريح.

ج- الكناية الخفية: كقوله الحق بأهلك واذهي وابعدي عني وغير ذلك من الألفاظ التي بها كنايات محتملة، فالزوج لا يلزمه الطلاق إلا إذا نواه، أما إذا لم ينو الطلاق وقال بأنه لم يكن ينويه فقولته مقبول⁵.

¹ -ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص95، ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص152.

² - ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، ص152.

³ - الشريبي، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ص466، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه تحق: عوض قاسم أحمد عوض، ط1، دار الفكر، 1425هـ-2005م، ص230.

⁴ - ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص152.

⁵ - ينظر: ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص365، وأبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت: 319هـ)، الإشراف على مذاهب العلماء، تحق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، 1425هـ - 2004، ط1، ج5، ص195.

د- ما عدا التصريح والكناية من الألفاظ التي لا تدل على الطلاق: إن لم ينو به الطلاق لم يقع به شيء بالإجماع، وإن نوى به الطلاق وقع الطلاق به عند المالكية على المشهور¹، ولا يقع به شيء على مذهب الجمهور، وهو قول ثان للمالكية².

ثانيا : شروط الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى شروط الطلاق بنص صريح، ومع ذلك فيمكن الاستناد إلى ما جاءت به الأحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص شروط صحة الطلاق؛ والتي يمكن استنتاجها من خلال المادة (49) من ق أ ج، وبالتالي فإن شرط وقوع الطلاق:

1- إجراء محاولات صلح قبل صدور الحكم بالطلاق.

2- يعد المحرر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق.

الفرع الثالث: أقسام الطلاق وأنواعه.

تقسم أحكام الشريعة الإسلامية الطلاق إلى أقسام وفق معايير متعددة، وستتطرق فيما يلي إلى أقسام الطلاق (أولا)، ثم أنواعه (ثانيا).

أولا- أقسام الطلاق:

ينقسم الطلاق إلى سني وبدعي وسنعرض فيما يلي آثار كل قسم من أقسام هذا الطلاق.

1- الطلاق السني:

هو الواقع على الوجه الذي ندب إليه الشرع، وهو أن يطلق الزوج المدخول بها طلقة واحدة، في طهر لم يمسه فيها، لقول الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ فَإِنْ مَسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنِ﴾ [البقرة 227]؛ أي أن الطلاق المشروع يكون مرة يعقبها رجعة، ثم مرة ثانية يعقبها رجعة كذلك، ثم إن المطلق بعد ذلك له الخيار، بين أن يمسخها بمعروف، أو يفارقها بإحسان³.

¹ - ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص96

² - الموسوعة الفقهية الكويتية وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت مطابع دار الصفوة - مصر (من 1404 - 1427 هـ) ط1، ج29، ص24.

³ - سيد سابق (ت: 1420 هـ)، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان ط2، 1397 هـ - 1977 م، ج2، ص263.

والطلاق السني على وجهين حسن وأحسن؛ فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة فإن هذا أفضل عندهم من أن يطلقها الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ولأنه أبعد من الندامة وأقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لأحد في الكراهة.

"والحسن هو طلاق السنة وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة أطهار" بالواحدة¹. وعند فقهاء المالكية، تطلق التي لم تبلغ، واليائسة متى شاء، لا ينتظر بها الأهلة، ويطلق الحامل متى شاء، ولا يجوز ابن القاسم أن يطلق ذات الحيض في كل طهر طلقة². وبحسب المذهب المالكي³؛ فإن الطلاق السني هو ما توفرت فيه أربعة شروط وهي⁴: أن تكون المرأة طاهرا من الحيض والنفاس حين الطلاق اتفاقا وأن يكون زوجها لم يمسه في ذلك الطهر اتفاقا وأن تكون الطلقة واحدة خلافا للشافعي⁵ وأن لا يتبعها طلاقا آخر حتى تنقضي العدة خلافا لأبي حنيفة⁶.

2- الطلاق البدعي.

الطلاق البدعي وهو خلاف الطلاق السني، وأما طلاق الصغير والآيسة والمختلعة والتي

¹ - علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، لاط، لا س، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، ج1، ص221.

² - أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (ت: 386هـ)، التّوادر والزّيادات على ما في المدوّنة من غيرها من الأمّهات، تحقيق: محمد عبد العزيز الدباغ، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999م، ج5، ص88.

³ - الخرشي، شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج4، ص28.

⁴ - ينظر: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (ت: 1360هـ) الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424 هـ - 2003 م، ج4، ص265.

⁵ - أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، لاط، 1357 هـ - 1983 م، ج8، ص47.

⁶ - أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي، بدر الدين العيني (ت: 855هـ)، شرح الهداية ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1420 هـ - 2000 م، ص284.

استبان حملها منه وغير المدخول بها لا سنة فيه ولا بدعة¹.

وهو ضربان: طلاق في حيض ممسوسة، وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا²؛ وطلاق الثلاث في كلمة واحدة بدعة أي محدثة، وفي حكم الكلمة لو طلقها ثلاثا في كلمات نسقا كأنت طالق أنت طالق أنت طالق، أو طالق طالق طالق من غير قصد تأكيد وإنما كان ذلك بدعة، لأن الله تعالى قال: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة 227] واختلف في حكم تلك البدعة فقليل الكراهة وقليل التحريم وعلى كل من القولين يلزم إن وقع³.

ثانيا- أنواع الطلاق.

اتفق جمهور الفقهاء، على أن الطلاق نوعان: بائن، ورجعي. وأن الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها، وأن من شرطه أن يكون في مدخول بها⁴، واتفقوا على هذا لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَفْتُمْ النِّسَاءَ فَطَلِّفُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْضُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِعَهِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق 1].

وللحديث الثابت أيضا من حديث ابن عمر: " أنه - ﷺ - أمره أن يراجع زوجته لما طلقها حائضا» ولا خلاف في هذا⁵ وأما الطلاق البائن فإنهم اتفقوا على أن البينة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول، ومن قبل عدد التطليقات، ومن قبل العوض في الخلع، على اختلاف بينهم؛ هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتي في مبحث الخلع.

¹ - الشريبي، مغني المحتاج، ج 4، ص 496.

² - أبو محمد بن حسين الغيتابي الحنفي، بدر الدين العيني، شرح الهداية، المرجع السابق، ص 221.

³ - ينظر: أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي (ت: 1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لاط، دار الفكر 1415هـ - 1995م، ج 2، ص 31.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 9، ص 401.

⁵ - ابن جزى الكلبي، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 150.

1- الطلاق الرجعي:

من سعة الشريعة الإسلامية أن جعلت في الطلاق رجعة؛ ذلك أن الزوج قد يتلفظ بالطلاق في حالة غضب وهو غير راغب في فراق زوجته، والرجعة هنا تكون بمثابة تأديب للزوج إذا أدرك أن تلفظه بالطلاق إذا كان متكررا فإنه سيفقد زوجته ولا يمكنه مراجعتها إلا بشروط، وستتطرق فيما يلي إلى أحكام الرجعة.

أ- تعريف الرجعة ومشروعيتها وحكمها.

هناك فترة بعد الطلاق الرجعي تسمى العدة يمكن فيها للزوج أن يراجع زوجته، فما تعريف الرجعة، وما مشروعيتها، وما حكمها؟

- تعريف الرجعة:

عرف الحنفية الرجعة بأنها: " استدامة الملك القائم بلا عوض ما دامت في العدة"¹؛ أي استدامة الزواج في أثناء عدة الطلاق الرجعي، والطلاق الرجعي كما تقدم: تطليق المدخول بها ما دون الثلاث بلا مال، بصريح الطلاق غير المقترن بعدد الثلاث، أو بعض الكنايات المخصوصة (وهي: اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة) وهذا يعني أن الرجعة تدل على بقاء الزواج بعد الطلاق الرجعي وأنها استدامة له، وليست إنشاء لعقد جديد، ولا إعادة للزواج السابق بعد زواله، وهذا يتفق مع مبدأ بقاء أحكام الزواج بعد الطلاق الرجعي، بدليل قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة:226]. سماه بعلاً، وهذا يقتضي بقاء الزوجية بينهما².

وعرف المالكية الرجعة بأنها: "رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها"³.

وأيضاً: "عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تحديد عقد"⁴.

¹ - الهداية في شرح بداية المبتدي، مرجع سابق، ج2، 254.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص434.

³ - أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي (ت: 1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لاط، دار الفكر 1415هـ - 1995م، ج2، ص31.

⁴ - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: 1230هـ) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لاط، ، لاس، دار الفكر، ج2، ص415.

وعرفها الشافعية: "رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص"¹.

وأما الحنابلة عرفوها بأنها: "إعادة مطلقة طلاقاً غير بائن إلى ما كانت عليه قبل الطلاق بغير عقد"²؛ أي نكاح.

وعند جمهور الفقهاء عموماً: "إعادة المطلقة طلاقاً غير بائن إلى الزواج في العدة بغير عقد"³.

والرجعة على نوعين؛ رجعة من طلاق رجعي ورجعة من طلاق بائن أما الرجعة من الطلاق الرجعي فتكون بالقول كقوله ارتفعتك أو ما أشبه ذلك. وتكون بالفعل وهو أن يستمتع منها بالوطء فما دونه. وقال الشافعي لا رجعة إلا بالقول ولا بد أن ينوي الارتجاع مع القول أو مع الفعل خلافاً لأبي حنيفة⁴.

والرجعي؛ هو الذي يملك فيه الزوج حق رجعة زوجته في العدة من غير اختيارها وبكامل إرادته سواء كان ذلك برضا الزوجة أو دون رضاها ومن دون عقد جديد.

وركن الرجعة عند الحنفية: الصيغة أو الفعل فقط، وعند الجمهور: أركانها ثلاثة: مرتجع، وزوجة، وصيغة فقط عند الشافعية⁵ وكذا وطء عند الحنابلة، أو فعل أو نية عند المالكية⁶.

ب- مشروعية الرجعة:

الرجعة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع وفي قانون الأسرة الجزائري.

¹ - سليمان بن محمد بن عمر البُخَيْرِيُّ المصري الشافعي (ت 1221هـ) تحفة الحبيب على شرح الخطيب حاشية البجيرمي على الخطيب، لاط، دار الفكر، 1415هـ - 1995م، ج3، ص517.

² - منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: 1051هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ط1، دار عالم الكتب 1414هـ - 1993م، ج3، ص147.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج9، ص434.

⁴ - ابن جزري، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص155.

⁵ - "يكفي لإرجاعها إلى عصمة نكاحه أن يقول: أرجعتك إلى عصمتي، وعقد نكاحي"، ينظر: مُصطفى الحنّ، مُصطفى البُغا، علي الشَّرْبجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط4، 1413هـ - 1992م، ج4، ص139.

⁶ - محمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج4، ص179.

- مشروعية الرجعة من القرآن:

وردت آيات في القرآن الكريم تتحدث عن الرجعة ومنها:

قوله تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ [البقرة: 226].

جاء في تفسير المنار لهذه الآية الكريمة: " هذا لطف كبير من الله سبحانه وتعالى وحرص من الشارع على بقاء العصمة الأولى، فإن المرأة إذا طلقت لأمر من الأمور سواء كان بالإيلاء أو غيره فقلما يرغب فيها الرجال، وأما بعلمها المطلق فقد يندم على طلاقها، ويرى أن ما طلقها لأجله لا يقتضي مفارقتها دائما، فيرغب في مراجعتها ولا سيما إذا كانت العشرة السابقة بينهما جرت على طريقتها الفطرية، فأفضى كل منهما إلى الآخر بسره حتى عرف عجره وبجره، وتمكنت الألفة بينهما على علاقتهما؛... لهذا حكم الله تعالى لطفاً منه بعباده بأن بعل المطلقة، أي زوجها أحق بردها في ذلك، أي في زمن التبرص وهي العدة"¹.

وقال تعالى: ﴿ اَلطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَنٍ ﴾ [البقرة: 227]. "والمعروف حسن العشرة والتزام حقوق الزوجية، والإحسان ألا يظلمها شيئا من حقها؛ فيقتضي الإعطاء وبذل المال وهو أشق على النفوس من حسن العشرة"².

وقال أيضا: ﴿ وَاِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْهُنَّ أَجَلَهُنَّ فَاِمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ اَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [البقرة: 229]. أي؛ إمساك المرأة بالمراجعة أو إطلاق سبيلها³.

¹ - محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني (ت: 135هـ)، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1990م، ج2، ص297.

² - محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله (ت: 803هـ) تفسير الإمام ابن عرفة، تحقق: حسن المناعي، ط1، مركز البحوث بالكلية الزيتونية - تونس، 1986م، ج2، ص658.

³ - تفسير المنار، مرجع سابق، ج2، ص315.

- الرجعة من السنة:

- عن ابن عباس رضي الله عنه قال: طلق عبدُ يزيد - أبو زَكَاةَ وإخوته - أمَّ ركانة، ونكح امرأة من مُزَيْنَةَ، فجاءت النبي ﷺ - فقالت: ما يُغْنِي عَنِّي إلا كما تُغْنِي هذه الشعرة، لِشَعْرَةٍ أخذتها من رأسها، ففرَّق بيني وبينه، فأخذت النبي - صَلَّى الله عليه وسلم - حَمِيَّةً، فدعا بُرْكانة وإخوته، ثم قال: لجلسائِه: "أَتَرُونَ فلاناً يُشبه منه كذا وكذا، من عبد يزيد، وفلاناً منه كذا وكذا؟" قالوا: نعم، قال النبي ﷺ - لعبد يزيد "طلقها" ففعل، قال: "راجع امرأتك أمَّ ركانة وإخوته" فقال: إني طلقْتُها ثلاثاً يا رسولَ الله، قال: "قد عَلِمْتُ، راجعها"¹.

- عن ابن عباس رضي الله عنه قال: ﴿وَالْمُطَلَّغَتُ يَتَرَبَّصُّ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: 226] الآية، "وذلك أن الرجل كان إذا طلق امرأته، فهو أحق برجعته، وإن طلقها ثلاثاً، فنسخ ذلك، وقال: ﴿إِلَّا طَلَّقُوا مَرَّتَيْنِ﴾ [البقرة: 227]².

- مشروعية الرجعة من الإجماع:

أجمع أئمة الدين على أن الحر إذا طلق دون الثلاث، والعبد إذا طلق دون اثنتين لهما حق الرجعة في العدة ولم يخالف في ذلك أحد³.

- مشروعية الرجعة في قانون الأسرة الجزائري:

نصّ المشرع الجزائري على الرجعة في المواد (50 - 51) من ق أ ج. حيث جاء في المادة (50): "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

¹ - سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب: نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، حديث رقم: 2196، ج2، ص225، حسنه الألباني.

² - سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب: نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث، حديث رقم: 2195، ج2، ص259. حسنه الألباني.

³ - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، مرجع سابق، ج4، ص379.

وفي المادة (51): " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تنزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

فإذا طلق زوجته بإرادته المنفردة في غير مجلس القضاء، أو أمام القاضي خلال الجلسة الأولى، فإن ذلك الطلاق يعتبر رجعياً، وفي مقدوره أن يرجع زوجته من خلال مهلة ثلاثة أشهر تبدأ من الجلسة الأولى، والمتعلقة بجلسة الصلح، وأنذاك لا يحتاج إلى عقد جديد، وقد لا تستمر محاولة الصلح ثلاثة أشهر ويحصل أن يحكم القاضي بالطلاق أو تنتهي تلك المهلة دون أن يرجع الزوج زوجته، فيكون الطلاق في هذه الحالة بائناً، والزوج لا يمكنه إرجاع زوجته إلا بعقد جديد، يتوفر على كامل أركان عقد الزواج ومن بينها ركن الرضا¹. حيث نجد أن القانون نص على الحد الأقصى لمدة محاولة الصلح التي يجريها القاضي، لكنه لم ينص على الحد الأدنى لها، وبالتالي فإنه للقاضي أن يصلح بين الزوجين قبل مرور تلك المدة ويصدر حكماً بانقضاء الدعوى بالصلح.

يلاحظ من خلال المادة (49) أن محاولات الصلح، تكون فترة قيام العدة وقد تكون بعدها إذا كان اللجوء إلى القضاء لإثبات الطلاق؛ ففي هذه الحالة، تكون المطلقة قد بانت من زوجها ولا تصح الرجعة؛ لأن المعتدات نوعان، إما بالحيض أم بالأشهر، فإن كن بالحيض فثلاث حيضات كاملات وقد يكون أجلها أقل من فترة الصلح التي حددها المشرع الجزائري بثلاثة أشهر، وقد تكون المعتدة من اليائسات من الحيض أو ممن لم يحضن أصلاً وعدتّن ثلاثة أشهر، وهذا معناه أن الصلح الذي يقوم به القاضي يكون فترة انتهاء العدة، ومن المعلوم أن الطلاق يقع من قبل الزوج بتاريخ سابق لرفع الدعوى، وبالتالي لا تصح الرجعة، وهي مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية؛ إلا إذا كان الطلاق متزامناً مع رفع الدعوى².

¹ - ينظر: لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 234-235.

² - ينظر: أحمد نصر الجنيدي، شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 108.

ج- الحكمة من مشروعية الرجعة وحكمها.

-الحكمة من مشروعية الرجعة.

تبرز الحكمة من الرجعة في تمكين النادم على الطلاق من إعادة الزوجة، وإصلاح سبب الخلاف، في فترة قريبة وهي العدة، فتكون العدة لإعطاء فرصة للزوج للنظر في أمر الزوجة، والتفكير في مصيرها، فهل من الخير والمصلحة عودة الحياة الزوجية، فراجعها قبل انقضاء عدتها، أم أن الخير في الطلاق، فيتركها حتى تنتهي عدتها وتبين منه.

والرجعة هي حق للرجل مادامت المطلقة في العدة لقول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [البقرة 226].

ولذلك فإن الرجعة حق لا يمكن إسقاطه ولا التنازل عنه، فإذا قال الزوج لزوجته: أُسْقِطُ حقِّي في المراجعة فإن حقه لا يسقط؛ لأن المراجعة حكم من أحكام الطلاق وإسقاطها مخالف لما شرعه الله تعالى، كما أنه ليس للمرأة أن تعترض على ارتجاعها على اعتبار أن الرجعة في الطلاق الرجعي لا تحتاج إلى الرضا ولا إلى عقد جديد بل هي إبقاء للعقد السابق ولا تستحق المرأة بها مهرا جديدا¹.

- حكم الرجعة : الأصل في الرجعة الإباحة وتعتريها أحكام النكاح.

ثانيا: شروط صحة الرجعة

1- ما يشترط لصحة الرجعة²:

أ- أن تكون الفرقة بطلاق.

¹ - إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج والفرقة وحقوق الأقارب، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان-الأردن، 1999، ص172.

² - محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، ج4، ص 220. وعبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مج4، ص381.

ب- أن يكون النكاح صحيحاً.

ج- أن يكون الطلاق دون ما يملك، وهو واحدة أو اثنتين.

د- أن يكون الطلاق بلا عوض.

هـ- أن يكون الطلاق بعد الدخول.

و- أن تكون الرجعة قبل نهاية العدة. فإن اختلف شرط من هذه الشروط لم تصح الرجعة.

2- ما لا يشترط في الطلاق الرجعي¹:

- رضا المرأة؛ لأن الرجعة إمساك للزوجة بحكم الزوجية، فلم يعتبر رضاها.

- الولي والصدّاق، فلا يشترط في الرجعة ولي ولا صدّاق؛ لأن الرجعية في حكم الزوجة، والرجعة استبقاء لزواجها.

- الإشهاد على الرجعة؛ لأن الرجعة حق للزوج لا يتوقف على رضا المرأة، فلا يحتاج إلى الإشهاد عليه كسائر الحقوق، واستحب الإمام مالك الإشهاد على الرجعة حيث قال في المدونة: "إذا وطئها في العدة وهو يريد بذلك الرجعة وجهل أن يشهد فهي رجعة وإلا فليست برجعة له"².

وقد قال مالك في امرأة طلقها زوجها ثم راجعها ولم يشهد فأراد أن يدخل بها فقالت المرأة: لا تدخل بي حتى تشهد على رجعتي، فقال مالك: "قد أحسنت وأصابت حين منعه نفسها حتى يشهد على رجعتها"³.

وفي قول للشافعية⁴ أنه يشترط لا لكونها بمنزلة ابتداء النكاح، بل لظاهر قوله تعالى: ﴿بِإِذَا بَلَغَ أَجْلَهُنَّ بِأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ بَارِفُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ

¹ - محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، مرجع سابق، ج4 ص 220-221.

² - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ - 1994م، ج2، ص232.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - وفي قول للشافعية "وتفارق الرجعة عقد النكاح في سبع مسائل؛ منها: أنها تصح بلا ولي ولا شهود"، ينظر: أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، أبو الحسن ابن المحاملي الشافعي (ت: 415هـ)، اللباب في الفقه الشافعي،

عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَفِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَمُ يُوعِظُ بِهِ مَن كَانَ يَوْمٍ بِاللَّهِ
وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَى اللَّهَ يَعْمَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴿ [الطلاق: 2].

أي على الإمساك الذي هو بمعنى الرجعة¹.

فالإشهاد؛ شرط لا تصح الرجعة إلا به في أحد قولي الشافعي وعند المالكية والحنابلة؛ لأن
الرجعة تجري مجرى استبقاء النكاح، واستبقاؤه واجب؛ بدليل تحريم الطلاق، ولأن الرجعة
إمساك للزوجة، فوجب ذلك كإمساكها قبل الطلاق².

وهي مستحبة عند الحنفية، حيث جاء في المبسوط: "وإذا أراد أن يراجعها قبل انقضاء
العدة فأحسن ذلك أن لا يغشاها حتى يشهد شاهدين على رجعتها والإشهاد على الرجعة
مستحب عندنا"³.

ويرى الظاهرية؛ أن الشهادة شرط لصحة المراجعة؛ لأن الشهادة شرط لصحة إنشاء
العقد فتكون شرطاً لصحة استدامته، ولأن الأمر بالإشهاد في قول الله تعالى ﴿ وَأَشْهَدُوا
ذَوْنِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَفِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَمُ يُوعِظُ بِهِ مَن كَانَ يَوْمٍ بِاللَّهِ
وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾ [الطلاق: 2]. للوجوب والأصل، وهو أحد قولي الشافعي ومالك كما
تقدم.

واستدل الظاهرية بما يلي:

1- إذا وطئ الرجل زوجته من دون أن يتلفظ بالرجعة ولم يشهد ويعلم الزوجة بذلك قبل
تمام عدتها فإنه وطئها فليس مراجعاً لقول الله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغَ أَجَلَها فَامْسِكُوهُنَّ
بِمَعْرُوفٍ أَوْ بَارِفُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوْنِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾ [الطلاق: 2].

تحق: عبد الكريم بن صنيان العمري، دار البخاري، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1416هـ، ج1،
ص، 332.

1- شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ
المنهاج، ط1، دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م، ج5، ص5.

²- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج7، ص367.

³- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: 483هـ)، المبسوط، دار المعرفة - بيروت لا ط1414هـ -
1993م، ج6، ص19.

2- فرق عز وجل بين المراجعة، والطلاق والإشهاد، فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض، وكان من طلق ولم يشهد ذوي عدل، أو راجع ولم يشهد ذوي عدل، متعديا لحدود الله تعالى¹.

وهو ما قال به ابن تيمية، حيث جاء في مجموع الفتاوى: " لا تصلح الرجعة مع الكتمان بحال، وذكره أبو بكر في الشافعي، وروي عن أبي طالب قال: سألت أحمد عن رجل طلق امرأته وراجعها واستكتم الشهود حتى انقضت العدة؟ قال: يفرق بينهما ولا رجعة له عليها"².

3- مندوبات الرجعة:

ندب الشارع الحكيم إلى الإصلاح بين الزوجين، لقول الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: 226]. وبالتالي فإن من مندوبات الرجعة؛ الإصلاح الذي هو حق للزوج في المطلقة الرجعية؛ وعليه إعلام المرأة بالرجعة؛ لأن الرجعة حق خالص للزوج لا يتوقف على رضا الزوجة كالطلاق، لكن يحسن إعلامها حتى لا تتزوج غيره بعد انقضاء العدة وله أن يشهد على إرجاعها لحديث رسول الله ﷺ: "عَنْ مُطَرِّفِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ عِمْرَانَ بْنَ حُصَيْنٍ سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ثُمَّ يَقَعُ بِهَا وَلَمْ يُشْهَدْ عَلَى طَلَاقِهَا وَلَا عَلَى رَجْعَتِهَا فَقَالَ طَلَّقْتَ لِغَيْرِ سُنَّةٍ. وَرَاجَعْتَ لِغَيْرِ سُنَّةٍ أَشْهَدْ عَلَى طَلَاقِهَا وَعَلَى رَجْعَتِهَا وَلَا تَعُدُّ"³.

ثالثا: آثار الطلاق الرجعي:

رغم أن الطلاق الرجعي يمكن فيه للزوج أن يراجع زوجته؛ إلا أنه يخلف آثارا تجعل حرية الزوج في الطلاق مقيدة بما تبقى من عدد الطلقات ومن بين آثار الطلاق، نذكر:

¹- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المحلى بالآثار، لاط، لاس، دار الفكر - بيروت، ج 10، ص 20.

²- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت: 728هـ) المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام جمعه ورتبه وطبعه على نفقته: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم (ت: 1421هـ)، ط 1، ج 5، 1418هـ، ص 43.

³- سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب: الرجل يراجع ولا يشهد، حديث رقم: 2188، ج 2، ص 223، صححه الألباني.

1- ينقص عدد الطلقات، فإذا وقع للمرة الأولى حسبت طلقة أولى، وإذا تكرر للمرة الثانية حسبت ثانية، وبها ينتهي الطلاق الرجعي في هذه المسألة.

2- لا يرفع قيد الزوجية كاملاً في الحال، وإنما بعد انتهاء العدة، ويترتب عن كونه لا يرفع قيد الزوجية في الحال أمور:

- نفقة الزوجة في العدة على زوجها.

- الصداق المؤجل لأحد الأجلين: الموت أو الطلاق لا يحل بحصول الطلاق الرجعي، وإنما بانقضاء العدة.

- إذا مات أحد الزوجين في العدة ورثه الآخر.

2- الطلاق البائن: وهو قسمان.

أ- طلاق بائن بما دون الثلاث، وهو البائن بينونة صغرى؛ ويقع إما بما دون الثلاث وذلك في غير المدخول بها بلا خلاف، وفي المختلعة باختلاف، وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح ويجب فيه اشتراط الصداق والولي والرضا؛ فلا رجعة في هذا الطلاق، وإنما فيه زواج جديد بشروطه المعروفة من الصداق والولي والرضا، وغيرها¹.

وله صورتان: الطلاق الذي تم بتطليقة واحدة وانقضت فيه عدتها.

- الصورة الأولى: الطلاق قبل الدخول.

- الصورة الثانية: الخلع وسنيينه لاحقاً في المبحث الموالي.

ب- طلاق بائن بالثلاث، وهو البائن بينونة كبرى.

فإن العلماء كلهم اتفقوا على أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها الأول إلا بعد الوطء، لحديث رفاعة بن سموءل: "أنه طلق امرأته تميمه بنت وهب في عهد رسول الله ﷺ ثلاثاً، فنكحت عبد الرحمن بن الزبير، فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها، فأراد رفاعة زوجها الأول أن ينكحها، فذكر ذلك لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - فنهاه عن تزويجها² وقال: "لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته"³.

¹ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص106.

² - المصدر نفسه، ج3، ص106. وابن حزم، المحلى، ج9، ص414.

³ - صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، حديث رقم: 4960، ج5، ص2014.

و لهذا الطلاق صورتان:

- الصورة الأولى: الطلاق المكمل للثلاث.

- الصورة الثانية: الطلاق الذي ذكر فيه لفظ الطلاق بالثلاث مرة واحدة¹.

3- في قانون الأسرة الجزائري:

المادة (50) تحدثت عن الطلاق البائن بينونة صغرى، وفي المادة (51) من ق أ ج فقد نصت على أنه: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء". ولقد عدّ المشرع الجزائري اللفظ المقترن بعدد الثلاث لا يقع إلا طلاقاً واحدة، ولا يثبت من الناحية القانونية إلا بصدر حكم قضائي². أما إذا طلقت الزوجة ثلاث طلاقات متتاليات بحيث تعدد المرأة عقب كل طلاق؛ فإنها في هذه الحال تحرم على زوجها ولا يمكنه مراجعتها إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره وهو ما يتماشى وحكمة التشريع الإسلامي.

4- تطبيقات الرجعة من الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

تعددت اجتهادات المحكمة العليا فيما يخص الرجعة حسب ما تقتضيه أحكام الشريعة والقانون ونذكر جملة منها:

" حيث ثبت بالرجوع إلى أوراق الملف والحكم المعاد والقرار المنتقد في 23 أوت 1980، بأن محكمة تبسة صرحت في مواد الأحوال الشخصية حضوريا بالطلاق رضائياً بين الزوجين وفي 15 أكتوبر أي بعد مضي أكثر من ثلاثة أعوام من التصريح بالطلاق بين الطرفين الواقع برضا الزوج وبعد انقضاء العدة منذ عدة أعوام، قدم المطعون ضده عريضة استئناف ضد الحكم المعاد، وفي 23 فيفري 1984 ألغى مجلس قضاء تبسة الحكم المستأنف وحكم من جديد برجوع الزوجة إلى محل الزوجية، وبهذا خرق القرار المنتقد الشريعة الإسلامية إذ وقع الطلاق على مستوى المحكمة برضا الزوج وانتهت مدة العدة

¹- للتفصيل ينظر: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (ت: 1392هـ)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، لام، لات، ط1، 1397هـ، ج6، ص525، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، ص84.

² - ينظر: بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص178.

بالنسبة للزوجة منذ عدة أعوام، وعليه لا يمكن للزوج أن يتراجع عن طلاق قبله أمام القاضي وبعد مضي مدة العدة، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا: "حيث أن قانون الأسرة قد صدر بعد الحكم في القضية من المحكمة الدرجة الأولى مما يتعين القول باستبعاد الاعتماد على هذا النص والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي كانت هي القواعد واجبة التطبيق بالرغم من عدم وجود تناقض بين هذه وتلك ولكن طبقا لأحكام المادة الأولى من القانون المدني يعني اعتماد قواعد الشريعة الإسلامية وحدها في الأحوال الشخصية قبل صدور قانون 09 جوان 1984.

حيث وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فإن الطلاق الذي يقع صحيحا بين الطرفين كما هو الحال في هذه القضية التي تم الطلاق فيها باتفاق الطرفين وأمام المحكمة وصدر الحكم بصحته والإشهاد به، فإن المراجعة لا تتم إلا برضا وطلب من الزوج وضمن أحكام الشريعة الإسلامية وفي المدة المقررة للمراجعة².

كما جاء في قرار آخر: "....حيث أن المطعون ضده لم يثبت في جميع مراحل التقاضي، كونه أرجع زوجته خلال مدة العدة رغم أن الطاعنة تنكر ادعاءه وتدعي أنها أعيدت لمنزل الزوجية بعد خمسة أشهر من طلاقها في المرة الأولى ولما كان حكم الطلاق نهائي؛ فكان على المطعون ضده لما أعاد الطاعنة لعصمته أن يكون هذا الرجوع بعقد جديد إما رسمي أو عرفي غير أن المطعون ضده لم يثبت ذلك³.

وأيضاً: "حيث أن القرار المطعون فيه جاء معللاً ومؤسساً بما فيه الكفاية وذلك لأن المطعون ضده (الزوج) تمسك بالرجوع مادامت العصمة بيده وأن الطلاق الذي صدر منه رجعي، مادام أنه تراجع عن ذلك وسعى إلى إرجاعها في خلال مدة عشرين يوماً قبل فوات مدة العدة شرعاً.

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 21-24-1986 غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم: 41100، م ق عدد رقم، 04، لسنة 1993، ص 67-68.

² - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 01-06-1987، المجلة القضائية لسنة 1992 العدد 4، ص 54.

³ - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 12-10-2005، مجلة المحكمة العليا، لسنة 2005، العدد 2 ص 419.

حيث أن قضاة الاستئناف طبقوا القانون تطبيقا سليما لما قضوا باستئناف الحياة الزوجية لأن العصمة بيد الزوج وأن الطلاق لم يقع مما يجعل الأوجه المثارة من الطاعنة غير مؤسسة يتعين معها رفض الطعن"¹.

و في اجتهاد آخر لها: "حيث أنه بالرجوع إلى ديباجة الحكم المطعون فيه يتبين بأن القاضي الأول لم يغفل عملية إجراء الصلح، بل استدعى المدعى عليه وحدد جلسة للقيام بالإجراء المذكور، وأجلت القضية مع تحديد جلسة خاصة لإصلاح ذات البين غير أن المدعي عليه تغيب عمدا عن جلسة الصلح، وبذلك تكون المحكمة قد قامت بمحاولة إجراء الصلح، ومن جهة أخرى فإن الصلح الواقع بعد مرور أكثر من ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى وهي فترة المراجعة يصبح لا معنى له شرعا ولا قانونا، وهذا ما يجعل الوجه غير مؤسس"².

يبدوا أن موقف المحكمة العليا من خلال الاجتهادات في الرجعة كان واضحا وثابتا معتمدة في اجتهاداتها على القيود الواردة على العدة وارتباطها بالأحكام الشريعة التي لا يسوغ أحد الخروج عليها وإلا فإن الحكم بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

وجاء في المادة (52): "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". وستتطرق إلى مسألة الطلاق التعسفي بشيء من التحليل في المبحث الموالي.

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 09-05-2007، مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد 2، ص299.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 16-03-1999 رقم: 217179، عدد خاص، لسنة 2001، ص123.

المبحث الثاني

الطلاق بالتراضي والطلاق التعسفي.

فك الرابطة الزوجية بين الزوجين تكون أحيانا ضرورة لا بد منها بعد اقتناع الزوجين بإرادتهما المشتركة في إنهاء هذه الرابطة، لكن هناك صورة يكون فيها الزوج متعسفا في طلاق زوجته إذا لم تكن هناك أسباب تدعو إليه، وسنتطرق إلى هاتين الصورتين، حيث سنبين أحكام الطلاق بالتراضي (مطلب أول)، ثم أحكام الطلاق التعسفي (مطلب ثان). ثم الفرق بين الطلاق والفسخ (مطلب ثالث).

المطلب الأول: الطلاق بالتراضي.

لما كان الزواج بالتراضي يُمكن لفك الرابطة الزوجية أيضا أن تكون في بعض حالاتها بالتراضي، ومنه فإننا سنتطرق في هذا المطلب إلى بيان مفهوم الطلاق بالتراضي في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (فرع أول)، ثم الأحكام المتعلقة بهذه الصورة من الطلاق (فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي.

يعتبر الطلاق باتفاق الزوجين أحد أنواع فك الرابطة الزوجية وفي ما يلي مفهوم الطلاق بالتراضي في الفقه الإسلامي (أولا)، ثم في القانون (ثانيا) وفي القضاء (ثالثا).

أولا- الطلاق بالتراضي في الفقه الإسلامي.

أباححت أحكام الشريعة الإسلامية للزوجين أن يفتقا برضاها؛ حيث قال الله تعالى:

﴿يَتَّبَرَّعَا يُغْنِي اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ [النساء

129]. إشارة إلى أن الفراق قد يكون خيرا لهما لأن الفراق خير من سوء المعاشرة¹ بأن

يتفرق الزوجان اللذان قد يخاف أحدهما أو كلاهما ألا يقيما حدود الله، كالذي يكره امرأته لدمايتها أو كبرها ويريد أن يتزوج غيرها ولم يتصلح معها على شيء يرضيان به².

¹ - محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت : 1393هـ)، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر - تونس 1984 هـ، ج5، ص219.

² - تفسير المنار، المرجع السابق، ج5، ص367.

وقال أيضا: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة 225].

والطلاق بالتراضي من شأنه أن يرفع الحرج عن الزوجين معا. ومعنى طلاق التراضي: اقتناع أن كل من الزوجين على ضرورة فك الرابطة الزوجية؛ لاستحالة استمرار العلاقة بينهما لسبب من الأسباب، فتتحد بذلك إرادة الطرفين من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق¹.

ثانيا- الطلاق بالتراضي في قانون الأسرة الجزائري.

الطلاق بالتراضي أحد أنواع الفرقة التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة (48): "... أو بتراضي الزوجين.." ولكنه يختلف عن بقية الفرق لأنه يخلو من النزاع والتناوش؛ بحيث يكون الطلاق بالاتفاق والرضا الكامل للزوجين. أشار المشرع الجزائري للطلاق بالتراضي في المادة (48) دون أن يعرفه، ولكن عرفته المادة (427) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة".

حيث يعبر الزوجان عن إرادتهما في حل الرابطة الزوجية بموجب طلب مشترك يتضمن شروط الاتفاق على توابع الطلاق، يصدر القاضي حكما بالمصادقة عليه والتصريح بالطلاق.

يلاحظ أن المشرع من خلال نص المادة (427) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اعتمد على الترجمة الحرفية لتعريف الطلاق بالتراضي مستعملا التسمية التي تبناها المشرع الفرنسي² "الطلاق بالرضا المتبادل". وهذا نصه باللغة الفرنسية:

le divorce par consentement mutuel est la procédure tendant à la dissolution du mariage par la volonté commune des époux.

¹ - ينظر: على هاشم يوسفات، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2008، 2009، ص50.

² - ينظر: حنان عبد الحق، نواره العشي، "إشكالية ترجمة المصطلح المستمد من الشريعة الإسلامية، في قانون الأسرة الجزائري-الخلال الزواج أمودجا- " في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد: 57، عدد5، 2020، ص55-77.

ثالثا: الطلاق بالتراضي في العمل القضائي.

يحتفظ القاضي بدورة الإيجابي حتى في طلاق التراضي، بحيث يجب عليه أن يقوم بعملية الصلح إذا كان ذلك ممكنا وللقاضي سلطة واسعة في تعديل أو إلغاء الشروط التي اتفق عليها الطرفان إذا كانت لا تخدم مصلحة الأولاد، أو مخالفة للنظام العام، ثم يثبت القاضي إرادة الطرفين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق¹.

الفرع الثاني: طبيعة الطلاق بالتراضي.

يتميز الطلاق بالتراضي عن غيره من صور فك الرابطة الزوجية على اعتبار أن الرضا يقلل من التجاذب في العقود والمعاملات؛ ومنه فإن لطلاق التراضي طبيعته وذلك في الفقه الإسلامي (أولا)، ثم في قانون الأسرة الجزائري (ثانيا)، ثم في اجتهادات المحكمة العليا (ثالثا).

أولا: طبيعة الطلاق بالتراضي في الفقه الإسلامي.

لم يتطرق الفقه الإسلامي إلى هذه الصورة من الطلاق بشكل مباشر، والطلاق بتراضي الطرفين يوقعه القاضي، ولكن من خلال آيات الصلح نرى بأن الرضا ركن مهم في العلاقة المبنية بين الزوجين سواء في ابتداءها أو أثناءها أو انتهاءها، ونستشهد لذلك بقول الله تعالى حيث جاء في الذكر الحكيم ما يدل على إمكانية الصلح والاتفاق بين الزوجين حيث قال تعالى: ﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَصْلَحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [النساء: 127]. فلا جناح عليها ولا عليه في الصلح الذي يتفقان عليه بينهما، كأن تسمح له ببعض حقها عليه في النفقة أو المبيت

¹ -ينظر: عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغداددي، 29، الجزائر، ص332.

معها أو بحقها كلها فيهما أو في أحدهما لتبقى في عصمته مكرمة أو تسمح له ببعض المهر ومتمعة الطلاق أو بكل ذلك ليطلقها¹.

وهذه الآية تكون في المرأة تكون عند الرجل قد خلا من سنّها، فيتزوج المرأة الشابة يلتمس ولدها، فما اصطالحا عليه من شيء فهو جائز².

ثانيا: طبيعة الطلاق بالتراضي في قانون الأسرة الجزائري.

يدخل الطلاق بالتراضي ضمن صور فك الرابطة الزوجية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة(48): " مع مراعاة أحكام المادة (49) أدناه، ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53) و(54) من هذا القانون".

ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى إجراءات الطلاق بالتراضي في ق إ م إ في المواد: (427-428-429-430-431-432-433-434-435).

ثالثا: طبيعة الطلاق بالتراضي في الاجتهاد القضائي.

اعتبرت المحكمة العليا في اجتهاداتها طلاق التراضي مجرد إظهار وليس بحكم وذلك في قرار لها: " حيث أن الحكم القاضي بالطلاق بالتراضي لا يعتبر حكما، لأنه صدر حسب رغبة الطرفين فهو مجرد إظهار من المحكمة، ولا يوصف بالابتدائية، لذلك لا يحق لأي من الزوجين مراجعته أو الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير، الأمر الذي يتعين معه عدم قبول الطعن شكلا³".

كما جاء في قرار آخر لها: " حيث أن المادة (433) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص صراحة على أن: " أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف"، مما يعني

¹ - تفسير المنار، مرجع سابق، ج5، ص363.

² - محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ط1، مؤسسة الرسالة، 1420 هـ - 2000 م، ج9، ص271.

³ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 23-05-200، ملف رقم 243943، عدد خاص، لسنة 2001، ص 113.

أن جميع مقتضيات تلك الأحكام غير قابلة للاستئناف بما فيها تلك الفاصلة في الجوانب المادية، وتبقى خاضعة فقط للطعن بالنقض، ومن ثم فإن القضاء من طرف قضاة المجلس بعدم قبول الاستئناف المرفوع من قبل الطاعن ضد الحكم الصادر عن محكمة متليلى بتاريخ: 11-05-2009، القاضي بالطلاق بالتراضي بين الطرفين وبالحضانة والنفقة والسكن أو بدل الإيجار، استنادا إلى أحكام المادة المذكورة، ويعد من جانبهم تطبيقا سليما للقانون، الأمر الذي يجعل الأوجه المثارة غير مؤسسة، ويتعين عدم الاعتداد بها، والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن...".¹.

يعتبر الرضا أهم ركن في بناء الرابطة الزوجية، ومنه فإن انحلال هذه الرابطة إذا توافر عليه رضا الزوجين بإرادتهما الكاملة بإنهاء هذه الرابطة فإن القضاء في شؤون الأسرة ما عليه إلا تحقيق رغبة الطرفين، وهو ما عملت به المحكمة العليا في اجتهاداتها تطبيقا لما نص عليه القانون.

ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى آثار طلاق التراضي، لكن المحكمة العليا في اجتهاداتها بينت أن له أحكاما خاصة وهو ما جاء في اجتهاداتها: "للطلاق بالتراضي أحكام خاصة، يجب مراعاتها من طرف القاضي....."² وطلاق التراضي طلاق بائن بينونة صغرى لأنه صدر بحكم المحكمة ولم يوقعه الزوج.

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 14 يونيو 2012، ملف رقم: 692661، العدد رقم 02، لسنة 2012، ص 267.

² - قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، بتاريخ: 08-12-2011، ملف رقم: 676898، مع مح العليا، عدد 1، لسنة 2012، ص 321.

المطلب الثاني

الطلاق التعسفي وحق الزوجة في المتعة.

من المعلوم أن الطلاق والفرقة بين الزوجين لها أسباب تدفع إليها ولا يكون ذلك إلا بعد استنفاد جميع الوسائل والآليات لتوقيفه؛ ولكن قد يلجأ الزوج إلى الطلاق من دون توفر سبب شرعي، أو مبرر قانوني؛ ومع ذلك يبقى تصرف الزوج حق إرادي ينتج عنه واقعة قانونية يترتب عليها آثارها.

وإن كان هذا التصرف حق إلا أنه في الوقت ذاته خروجاً عن الحدود الشرعية فهو بذلك وقع تحت طائلة التعسف في استعمال الحق.

وقد قسمت المطلب إلى فرعين، حيث سنتطرق في (الفرع الأول) إلى بيان معنى الطلاق التعسفي، ثم حق المتعة في الطلاق التعسفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطلاق التعسفي.

إن الشارع لما أعطى الزوج حق الطلاق، فقد جعل من ضميره الحي رقيباً على تصرفاته فالزوج لا يطلق إلا لحاجة وإلا كان كفراناً لنعمة الزواج المقدسة، وهذه الرقابة التي بثها الإسلام في قلب وضمير كل مؤمن كفيلة بأن تمنع الزوج من إيقاع الطلاق إلا حين يعتقد أن المصلحة تقتضي ذلك؛ لكن بعد الناس عن دينهم لم تعد تلك الرقابة لما جُعِلَتْ له، فلا نجد مناصاً إذا من أن يتدخل القضاء في تصرفات المكلفين فإذا أساء الزوج استعمال حقه كان للقاضي أن يحوّل بينه وبين آثار حقه الذي استخدمه في طريق غير صحيح، وإذا لم يكن ذلك من حق القاضي فلم يحجر عن السفه، وأيهما أشد خطراً على المجتمع الأسرة أم المال¹ حيث يظهر الدور الكبير الذي يمثله الاجتهاد القضائي في رفع الضرر عن المرأة وحماية حقوقها، بل إن العمل الاجتهادي يظهر في مختلف صور فك الرابطة الزوجية؛ لحمايته حقوق الأسرة وضمان استقرارها.

¹ - ينظر: عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في طلب الطلاق في الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة، تقدم: محمد أبو زهرة، مصطفى السباعي، دار الفكر، لا ب، ط2، 1968، ص118.

أولاً- تعريف الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي:

رتبت أحكام الشريعة الإسلامية عن الطلاق التعسفي أثراً يهدف إلى رفع الضرر عن المطلقة وذلك بالتعويض الذي فرضته للزوج على مطلقتها وهو ما اصطلاح عليه في القرآن الكريم بالمتعة مصداقاً لقول الله تعالى: ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَّعاً بِالْمَعْرُوفِ حَفّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ [البقرة: 234].

وقال أيضاً: ﴿ وَلِلْمُطَلَّغَتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَفّاً عَلَى الْمُتَّفِئِ ﴾ [البقرة: 239]،

والتعسف: هو إساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي إلى الضرر بالغير¹.

ولكن أغلب كتب الفقهاء القدامى والمعاصرين لم تتعرض إلى إطلاق تعريف خاص للطلاق التعسفي، وبما أنه حق مخول للزوج إيقاعه بإرادته المنفردة وإن لم تتوفر الأسباب الداعية إليه؛ وتم تعريفه على أنه: "مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص"².

أو هو: أن يطلق الزوج زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي ويكون آثم عند الله؛ لأنه أساء استعمال الحق الذي جعله الله بيده³.

ومن هنا يمكن تعريف الطلاق التعسفي بأنه: فك قيد العصمة الزوجية بغير وجه حق، ولا يكون ذلك إلا لصاحب العصمة وهو الزوج.

وله حالتان؛ الطلاق في مرض الموت (طلاق الفار) والطلاق بغير سبب معقول.

فالطلاق التعسفي إذن هو أن يسيء الزوج استخدام حقه في إيقاع الطلاق الموكل إليه شرعاً، وأن يقوم بذلك دون سبب معقول، أو حاجة تدعو إليه فيكون مناقضاً لقصد الشارع

¹ -وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1428هـ، 2006م، ص170.

² -جميل فخري محمد غانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، ط:1، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2009، ص144.

³ أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية، (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، دار الميسرة الأردن، 2009، ص162.

ومثال ذلك: الطلاق في مرض الموت أو طلاق الفرار وطلاق الفار هو؛ طلاق الزوج زوجته بئنا في حال مرض موته، وقد ذهب الفقهاء إلى صحة طلاق الزوج زوجته إذا كان مريضاً مرض موت، كصحة الطلاق الصادر من الزوج غير المريض ما دام كامل الأهلية ولها أن ترثه في عدة الطلاق الرجعي، أما إذا كان الطلاق بئنا ومات وهي في العدة التي طلقها زوجها وهو في صحته لم ترثه بالاتفاق¹.

وقال الحنفية: " إذ طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بئنا فمات وهي في العدة ورثته وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها "² وعند الحنابلة ما لم تتزوج³، وجاء في موطأ مالك: " أخبرنا عبد الله بن الفضل، عن الأعرج، عن عثمان بن عفان، أنه "ورث نساء ابن مكمل منه، كان طلق نساءه وهو مريض" ، وفي الموطأ: " يرثه ما دمن في العدة فإذا انقضت العدة قبل أن يموت، فلا ميراث لهن "⁴ وذهب الحنفية⁵، والحنابلة⁶ في الأصح، وهو المذهب القديم للشافعية، إلى أنها ترث منه معاملة له بنقيض قصده، وتعتد بأبعد

¹ - ينظر: مسائل حرب الكرمان، أبو محمد حرب بن إسماعيل بن خلف الكرمانى الحنبلي (ت: 280 هـ) إعداد: فايز بن أحمد بن حامد حابس، إشراف: حسين بن خلف الجبوري، جامعة أم القرى 1422 هـ، ج1، ص444. والموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، ط1، مطابع دار الصفوة، مصر، ج29، ص49.

² - علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت: 593 هـ) تحق: طلال يوسف، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، لاس، لاط، ج2، ص251.

³ ينظر: أبو محمد الكرمانى الحنبلي، مسائل حرب الكرمانى، ج1، ص445.

⁴ - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179 هـ) موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني تعليق وتحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، ط2 مَزِيْدَة منقحة، باب: طلاق المريض، حديث رقم: 576، ج1، ص194.

⁵ - "إذا طلق المريض امرأته طلاقاً رجعيّاً ورثت ما دامت في العدة، ولو طلقها طلاقاً بئناً أو ثلاثاً ثمّ مات وهي في العدة، فلو طلقها فكذلك عندنا ترث، ولو انقضت عدتها ثمّ مات لم ترث" أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي (ت: 616 هـ) المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه المحقق: عبد الكريم سامي الجندي الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ج3، ص411، والهداية في شرح بداية المبتدي، ص251.

⁶ - ينظر: أبو محمد الكرمانى الحنبلي، مسائل حرب الكرمانى، ج1، ص445.

الأجلين، ويعد فارا بهذا الطلاق من إرثها، واسمه طلاق الفرار¹، أما إذا طلقها، وهو مريض قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق، ولا ميراث لها، ولا عدة عليها².

ويشترط في ثبوت ميراث المطلقة في مرض الموت ثلاثة شروط:

- أن لا يصح من ذلك المرض وإن مات منه بعد مدة.
- أن يكون المرض مخوفا يحجر عليه فيه.
- أن يكون الطلاق منه لا منها ولا بسببها كالتمليك والتخيير والخلع³.

ثانيا: الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري.

نص المشرع الجزائري في المادة(52) من ق. أ. ج: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

ولقد عرفت المادة (41) من القانون المدني التعسف في استعمال الحق: "يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد وحيد وهو الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة ذات أهمية قليلة بالنظر إلى الضرر اللاحق بالغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

حيث نجد أن نص المادة (52) من ق أ ج أعطى السلطة التقديرية للقاضي في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له بأن الزوج قد تعسف في الطلاق، ولم يقم الزوج بتقديم المبررات التي دعت به إلى إيقاع الطلاق، أو يتبين للقاضي بأن الزوج كان من وراء طلاقه هو الإضرار بها، فهنا لا بد من حفظ حقوق الزوجة بالكامل كالصداق والمتاع والأموال

¹ - ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، ص49، ينظر: وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي ، ص170.

² - ينظر: أبو محمد الكرمانى الحنبلي، مسائل حرب الكرمانى، ص450.

³ - أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي (ت: 741هـ) القوانين الفقهية، لاط، لام ، لات، ص152.

الخاصة بها، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي¹. ومن خلال موقف المشرع الجزائري في المسألة نستنتج ما يلي²:

- 1- أن التعسف قد يكون في حالتين: وهما الطلاق قبل الدخول وبعده؛ ففي كليهما استخدم الزوج إرادته بغير سبب، فتسبب في بؤس الزوجة والإضرار بها.
- 2- أن المشرع استوجب سببا معقولا، وحاجة شرعية تؤدي إلى الطلاق.
- 3- لقد نص المشرع الجزائري في المادة (52) من ق أ ج أن مسألة التعسف يُحكم فيها إلى القضاء وللقاضي سلطة واسعة في تقدير الطلاق إذا كان تعسفيا أو لا.
- 4- لقد خطى المشرع خطوة جريئة حيث أوجب التعويض في الطلاق التعسفي، إذا توفرت شروطه.

فالزوج عند إيقاعه الطلاق دون أي مبرر شرعي، فإنه يكون متعسفا؛ لأن الفائدة التي سيحصل عليها قليلة، وهي تفرغه للزوج بأخرى، مقابل الضرر الذي سيلحقه بالزوجة والتي يصعب عليها الزواج مرة أخرى، وذلك لقلّة الفرص المتاحة للزواج، وهذا ما يجعل الضرر الحاصل بالمرأة أكبر من الفائدة التي سيحنيها الزوج، وهذا ما تنطبق عليه الحالة الثانية من المادة (41) من القانون المدني الجزائري³.

ثالثا: الطلاق التعسفي في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

صدر عن محكمة قالمة بتاريخ 1998/11/30، حيث أصدرت حكما بالطلاق بين الزوجين المتخاصمين بإرادة الزوج المنفردة طبقا للمادة (48) من قانون الأسرة الجزائري، وهذا بعد فشلها في الإصلاح بينهما.

رفعت الزوجة المسماة (ع.ف) طعنا بالنقض أمام المحكمة العليا ضد الحكم أعلاه، وانتقدته لكونه قضى بالطلاق دون أي تبرير مقنع. فرفضت المحكمة العليا الطعن، لكون المادة (48) أعلاه أعطت الحق للزوج لإيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ورتبت على ذلك نتيجتان:

¹ - ينظر: بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 187.

² - عبد الفتاح تقيّة، مرجع سابق، ص 222.

³ - ينظر: لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنقّى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 219.

النتيجة الأولى: تتمثل في حق الزوج بعدم الإفصاح عن الأسباب التي دعت للطلاق، كما أن العصمة بيده وهو حق أقره المشرع من غير أي شرط أو التزام، وما على القاضي إلا الاستجابة لرغبة الزوج ويصدر حكمه بالطلاق، ولا يعتبر الحكم خلقا للطلاق، وإنما منبثق عن إرادة الزوج.

- الحالة الثانية: الطلاق الذي يوقعه الزوج دون مبرر شرعي، يسمح للزوجة بطلب التعويض عن الضرر اللاحق بها، وبالرغم من أن الزوج استعمل حقه في الطلاق؛ إلا أنه تعسف في استعمال هذا الحق¹.

سارت الاجتهادات القضائية كما جاء في الفقه والقانون، فالطلاق حق للزوج ولا يشترط عليه الإفصاح عن الأسباب التي دعت للطلاق، ويكون هذا إما لحرص الزوج في المحافظة على أسرار الزوجية وستر عيوب الزوجة ويعد تصرف الزوج في مثل هذه الحال تصرف نبيل وراق، أما إذا طلق الزوج زوجته وليس له أسباب داعية فهو متعسف في استعمال حقه، لهذا أقرت المحكمة العليا بحق الزوجة المتعسف في طلاقها بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

الفرع الثاني: حق المتعة في الطلاق التعسفي.

يؤثر الطلاق على نفسية المرأة وإن كان برضاها، ومنه فإن الطلاق التعسفي أكثر تأثيرا على نفسياتها؛ لأن فيه ظلم وتعسف يتمثل في حرمان الزوجة من البقاء في العلاقة الزوجية والزَّج بها في غيابات الطلاق، وبالتالي جعل الشارع الحكيم لها متعة تعويضها عما لحق بها من ضرر جراء التعسف الذي لحقها.

وستتطرق من خلال هذا الفرع إلى حق المطلقة في المتعة في كل من الفقه (أولا) والقانون (ثانيا) والعمل القضائي (ثالثا).

أولا- حق المطلقة في المتعة في الفقه الإسلامي:

تكون المتعة على قدر حال الزوج وتكون بعد العدة الرجعية لكل مطلقة في نكاح لازم. والمتعة في اللغة: المتاعُ السلعة وهو أيضا المنفعة وما تمتعت به وقد مَتَعَ به و تَمَتَّعَ بكذا واستَمَتَعَ به بمعنى والاسم المَتَعَةُ ومنه متعة الحج لأنها انتفاع و أَمَتَعَهُ الله بكذا و مَتَعُهُ تَمَتِّعاً²

¹ - لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 219.

² - أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ج 1، ص 642.

وشرعا: ما يعطيه الزوج لزوجته عند الفراق تسلية لها لما يحصل لها من ألم الفراق، وتكون على قدر حال الزوج فقط ولو كان عبدا، وتدفع للرجعية بعد انقضاء عدتها، وللبائن إثر طلاقها؛ لأن الوحشة إنما تحصل بعد البينونة، وإن ماتت قبل أن تمتع فتدفع لورثتها حيث ماتت بعد العدة في الرجعية، بخلاف لو مات الزوج قبل أن يمتعها أو ردها لعصمته قبل دفعها لها فإنها تسقط ولو كان الطلاق بائنا¹.

وقال أبو عمر -رحمه الله- لم يختلف العلماء أن المتعة التي ذكر الله - عز وجل - في كتابه بقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّفِينَ﴾ [البقرة: 239]، وقوله - عز وجل -: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ، وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ، مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة 234]. أمَّا غير مقدرة ولا محدودة ولا معلوم مبلغها ولا معروف قدرها معرفة وجوب لا يتجاوزها، بل هي على الموسع بقدره وعلى المقتِر أيضا بقدره متاعا بالمعروف كما قال الله عز وجل وهي لكل امرأة اختار الزوج طلاقها ولا خيار لها فيه لأن المختارة لا تحتاج جبرا وليست للمطلقة قبل الدخول وقد فرض لها لمجرها بنصف الصداق ولا لمن كان الطلاق بسببها كالمتخلعة والملاعنة².

ولم يختلف العلماء في إقرارها وإنما اختلفوا في وجوبها وهل تجب على كل مطلق أو على بعض المطلقين³.

وجاء في الحديث: "أَخْبَرَنَا مَالِكٌ، حَدَّثَنَا نَافِعٌ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: «لِكُلِّ مُطَلَّقةٍ مُتَعَةٌ إِلَّا الَّتِي تُطَلَّقُ، وَقَدْ فُرِضَ لَهَا صَدَاقٌ، وَلَمْ تُمَسَّ فَحَسْبُهَا نِصْفُ مَا فُرِضَ لَهَا»⁴

¹ - أحمد بن غانم، الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج2، ص36.

² - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراقي (ت: 684هـ)، الذخيرة، تحق: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م، ج 4، ص 494.

³ - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي (ت463هـ)، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحق سالم محمد عطا-محمد علي معوض دار الكتب العلمية بيروت، 2000 م. ج6، ص118.

⁴ - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ)، موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني، تحق: عبد الوهاب عبد اللطيف، ط2، المكتبة العلمية، حديث رقم588، باب متعة المطلقة، ج1، ص199.

وهي مستحبة عند المالكية، وقالوا بوجوبها لقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ وقوله تعالى أيضا: ﴿وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّفِينِ﴾ [البقرة: 239]، وظاهر الأمر الوجوب ولأنها بدل عن نصف الصداق في غير المفروض لها والصداق واجب فتجب والجواب على الأول أن قوله تعالى فيه ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّفِينِ﴾ الوجوب لأن الواجب يعم المحسن وغيره فلما خصصها دل على أنها من باب الإحسان¹.

ثانيا- حق المطلقة في المتعة في قانون الأسرة الجزائري:

إن الطلاق التعسفي الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة بغير أسباب تدعو إليه؛ ضرر بالمطلقة ووجب جبرها، وذلك بأن يتدخل القاضي لإلزام الزوج بتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها، كما أن ليس للزوجة حق في معاتبة الحكم المطعون فيه على أنه لم يبرر أسباب الطلاق، أما إذا كان طلاق الزوج مبررا كأن يثبت نشوز الزوجة، فإنه لا يعتبر متعسفا في الطلاق وهو غير ملزم بالتعويض قضائيا².

فالزوج المصر على الطلاق لا يلزمه القانون بتبرير طلاقه، غير أن انعدام المبرر الشرعي يفتح الحق للمطلقة في التعويض الذي يحكم به القاضي، وتبعا لذلك فإن الحكم بالطلاق بإرادة الزوج مجرد تقرير لإرادة الزوج وليس بالحكم المنشئ للطلاق³.

وقد نص المشرع الجزائري من خلال المادة (52) من ق أ ج على ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". فالمرأة التي تعرضت إلى الطلاق التعسفي يكون مصيرها مجهول بعد الطلاق خصوصا إذا لم يكن لها من الأهل من يؤويها وأولادها إن كان لها أولاد⁴.

¹ - أبو العباس القرافي المالكي، الذخيرة، مرجع سابق، ج 4، ص 494.

² - ينظر: لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 220.

³ - المرجع نفسه، ص 216.

⁴ - ينظر: بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 187-188.

وأما التعويضات التي يحكم بها القاضي قد لا تغطي احتياجات المرأة وفي ذلك يقول الأستاذ بن شويخ الرشيد: "وهنا في رأينا لابد من تحديد مدة معينة كافية للزوجة لتحمل الزوج المسؤولية اتجاهها بسبب تعسفه في الطلاق، ويقضي لها بتعويض يغطي نفقة سنتين على الأقل، ولو تدفع بالتقسيط حسب حال الزوج، كما أن هذه المدة تمنح فرصة للزوجة للخروج من وضعيتها. وليس هذا بدعة من المشرع إذا عدل النص بهذا الشكل"¹.

لقد أحسن الأستاذ باقتراحه هذا التعديل؛ ذلك لأنه يتماشى مع الواقع وما تعانيه المرأة المتعسف في طلاقها وخاصة إذا لم تكن هناك أسباب ومقدمات تجعل المرأة تحتاط لنفسها وتستعد للانفصال، والطلاق التعسفي غالبا ما يكون مفاجئا، وبالتالي لابد من منفذ يضمن للمرأة حقوقها كاملة؛ لأنها تعرضت إلى تعسف لا ذنب لها فيه.

ثالثا- حق المطلقة في المتعة في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

قامت المحكمة العليا في اجتهاداتها باحتساب متعة الطلاق هو نفسه المبلغ الذي يعتبر تعويضا، ونقضت كل قرار يخالف هذا الأمر حيث نجد ذلك في القرار رقم: 35912، الصادر بتاريخ: 08-04-1985 " إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"².

لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض".

حيث يتبين من خلال هذا الاجتهاد أن المحكمة أسست لاجتهادها بناء على أحكام الشريعة الإسلامية وما يخالف ذلك يعرض حكمه للنقض.

واعترفت المحكمة العليا في اجتهاداتها أن التعويض في الطلاق للزوجة التي طلقها زوجها وليس للتي طلبت تطليقا وأبطل كل حكم يخالف هذا المبدأ، حيث نجد ذلك في القرار

¹ - المرجع نفسه.

² جمال سايس، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، منشورات كليك، ط1، 2014، ج1، ص166

رقم:43860" من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى التطلق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وجده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية...¹.

والمحكمة العليا في اجتهاداتها أقرت بالمنحة التي تعطى للزوجة تعويضا عن الضرر اللاحق بها جراء الطلاق التعسفي، حيث نجد ملف القضية رقم 35912 قرار 1985/04/08: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من الطلاق غير المبرر ويستقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه.

ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة.

ومتى كان كذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة".

ولقد اعتمدت المحكمة العليا القرار رقم 75029 بتاريخ 1991/06/18 القاضي بنفس الحكم، على اعتبار أن الزوجة غير المتضررة بالطلاق لا يجوز الحكم لها بالمتعة، وهذا فقها وقضاء كما هو مصرح في اجتهادات المحكمة العليا².

أما إذا كانت المرأة متضررة وثبت الضرر؛ فإن للقاضي تطليقها من زوجها مع الاحتفاظ بحقوقها في التعويض وهم ما بنت عليه المحكمة العليا اجتهادها، وذلك في المبدأ الذي أقرت به المحكمة العليا بتاريخ 1998-07-21 "من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب

¹ - المجلة القضائية، بتاريخ: 1986-12-29، القرار رقم: 43860، العدد رقم 02، ص 41.

² ينظر: لحسن بن الشيخ آث ملويا، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 220.

التطبيق والتعويض معا لثبوت تضررها وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطبيق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون"¹.

كما أن المحكمة العليا في قضية الحال قضت بأحقية الزوجة المطلقة قبل الدخول للتعويض إذا تبين أن الزوج تعسف في طلاقها، وقالت بأنه لا يمكن احتساب نصف التعويض من نصف الصداق المقرر شرعا وقانونا من التعويض لاختلاف طبيعتهما وهو ما جاء في قرار لها: "..... حيث أن ما تنعاه الطاعنة صحيح ذلك أن الصداق هو يدفع نحلة للزوجة وهو ملك لها تستحقه كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول فلا يمكن اعتباره تعويضا، أو أنه يقوم مقام التعويض لاختلاف طبيعتهما من حيث الحكم؛ فالتعويض هو جبر الضرر الذي لحق المطلقة بعد طلاقها إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في ذلك"²

وفي اجتهاد آخر للمحكمة العليا يقضي للمطلقة بالتعويض بعد ما تم الحكم لها بالحرمان من المحكمة الابتدائية، وذلك في القرار الصادر بتاريخ 04-09-2019: "..... أن قضاة الموضوع أخطأوا في تطبيق القانون مادام لم يثبت نشوزها ومادام أن الطلاق وقع بالإرادة المنفردة للزوج ولأنه لا ينكر واقعة الزواج من امرأة ثانية أجنبية، فكان على قضاة الموضوع تمكينها من التعويض عن الطلاق التعسفي غير أنهم رفضوا مخالفين بذلك أحكام المادة (52) من قانون الأسرة، حيث أن المادة (52) من قانون الأسرة تنص على أنه إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها....."³.

من خلال اجتهادات المحكمة العليا في السنوات المختلفة يبدو استقرارها على حق الزوجة المتعسف في طلاقها في التعويض، بالإضافة إلى ذلك فإن اجتهادات المحكمة العليا أقرت أيضا بحق الزوجة في التطبيق و التعويض إذا ثبت تضررها؛ فلها حق التعويض عن الضرر والتطبيق معا

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 21-07-1998، ملف رقم: 192665، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001، ص114.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 04-12-2019، ملف رقم: 1333125، مجلة المحكمة العليا، عدد02، 2019، ص94.

³ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 04-09-2019، ملف رقم: 1307605، مجلة المحكمة العليا، عدد02، 2019، ص98.

المادة: (52) و(53) من ق أ ج، كما أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا عمل على ضمان حق الزوجة وإن كان غير مدخول بها وفرق بين ما تستحقه من صدادق وبين التعويض الذي يجبرها.

المطلب الثالث

الفرق بين الطلاق والفسخ

ذكر المالكية خمسة عشر وجها، من وجوه التفريق بينهما، وهي: الطلاق على اختلاف أنواعه، والإيلاء إن لم يفئ الزوج عن يمينه، واللعان والردة وملك أحد الزوجين الآخر، والإضرار بالزوجة، وتفریق الحكمين بين الزوجين، والإعسار بالنفقة، أو الصدادق، والتغيرير والفقد.¹ ومنه سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى بيان معنى الفسخ والفرق بينه وبين الطلاق (فرع أول)، ثم الطبيعة الشرعية والقانونية للطلاق والفسخ (فرع ثان) الآثار المترتبة عن كل منهما (فرع ثالث).

الفرع الأول: التمييز بين الطلاق والفسخ.

يختلف الطلاق عن الفسخ باختلاف طبيعة كل منها، وهو ما سيتم تبينه وذلك ببيان تعريف الفسخ (أولا)، ثم الفرق بين الطلاق والفسخ (ثانيا).

أولا-تعريف الفسخ:

- 1-الفسخ في اللغة: الفَسْخُ النقص وبابه قطع يقال فَسَخَ البيع والعزم فأنْفَسَخَ أي نقضه فانتقض.²
- 2- وفي الاصطلاح: فسخ العقد رفعه، وجعله كأن لم يكن³؛ لأن الفسخ رفع العقد من الأصل.⁴

¹ ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1405هـ - 1985م، ج7، ص348.

² أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ج1، ص517.

³ علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، 1406هـ - 1986م، ج2، ص336.

⁴ عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت: 743هـ) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي حاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (ت: 1021هـ)، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، 1313هـ، ج4، ص197.

ثانيا: الفرق بين الطلاق والفسخ.

غالبا ما تكون أسباب الطلاق من جراء الحياة الزوجية وما يتراكم فيها من خلافات، من غير أن يكون لهذه الخلافات تأثيرٌ على العقد فالزواج يكون صحيحا والطلاق لا ينتج إلا عن زواج صحيح، والأسباب المؤدية للطلاق كثيرة ومتجددة وبالتالي يصعب حصرها، أما الفسخ؛ فإن الأسباب المؤدية إليه، إما أن تكون تداركا لأمر اقترن بإنشاء العقد، وإما أن تكون لعارض طارئ يمنع معه دوام الرابطة الزوجية، والفرق بين الفسخ والطلاق يكون على أوجه منها¹:

1- حقيقة كل منهما: فالفسخ نقض للعقد من أساسه، وإزالة للحل الذي يترتب على العقد إن لم يكن صحيحا، أما الطلاق فهو إنهاء للعقد مع بقاء الحل إلا بعد البينونة الكبرى. وبه تتهدم آثار العقد وأحكامه التي نشأت عنه وبهذا يقارب الطلاق، إلا أنه يخالفه في أن الفسخ نقض للعقد المنشئ لهذه الآثار، أما الطلاق فلا ينقض العقد، ولكن ينهي آثاره فقط.

2- أسباب كل منهما: فالفسخ يكون إما بأسباب طارئة على العقد تنافي الزواج، مثل ردة أحد الزوجين، أو حالات مقارنة للعقد تقتضي عدم لزومه من الأصل، ومثاله: خيار أولياء المرأة التي تزوجت من غير كفاء، أو تزوجت بغير مهر المثل ففي هذه الحال يكون العقد غير لازما أما الطلاق فلا يكون إلا بناء على عقد صحيح لازم، وهو من حق الزوج لأنه ليس فيه ما يتنافى مع عقد الزواج، أو يكون بسبب لزومه.

الفرع الثاني: الطبيعة الشرعية والقانونية للفسخ.

اختلف الفقهاء في التفريق بين الطلاق والفسخ، وبناء على هذا الاختلاف تباينت آراؤهم في التفريق بين حالات الفسخ وحالات الطلاق، وفيما يلي تفصيل:

أولا: طبيعة الفسخ في الفقه الإسلامي.

تعددت آراء الفقهاء في تحديد طبيعة الفسخ على أقوال نوردها كالاتي:

¹ -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص3148.

1-الرأي الأول:

يرى الحنفية أن فرقة الزوجين حين إباء الإسلام أو الردة؛ فإن الرجل وإن ناب القاضي يكون طلاقاً، وأما المرأة فالذي إليها عند قدرتها على الفرقة شرعاً الفسخ فإذا أبت ناب القاضي منابها فيما إليها التفريق به فلا تكون الفرقة إلا فسخاً فالقاضي ناب منابهما¹.

2-الرأي الثاني:

يرى المالكية أن الفرقة إذا كانت من زواج صحيح؛ فإنها تكون طلاقاً إلا إذا كانت الفرقة بسبب أمر طارئ يوجب التحريم المؤبد، سواء من أحد الزوجين أو من القاضي، وأما إذا كانت الفرقة من زواج فاسد فهناك تفصيل².

3- الرأي الثالث:

ذهب الشافعية إلى أنّ الطلاق أنواع، ومنه الطلاق المعهود صراحة أو كناية، الخلع، فرقة الإيلاء، والحكمين، والفسخ سبعة عشر نوعاً، وهي: فرقة إعسار مهر، وإعسار نفقة أو كسوة أو مسكن بعد إهمال الزوج مدة ثلاثة أيام وفرقة لعان، وفرقة عيوب بعد رفع الأمر إلى الحاكم وثبت العيب، وفرقة غرور، ووطء الشبهة كوطء أم الزوجة أو ابنتها، وعدم كفاءة الزوج، والانتقال من دين إلى دين آخر، وفرقة الرضاع، على شرط أن تكون خمس رضعات مشبعات متفرقات وقبل مضي الحولين³.

4- الرأي الرابع:

ويرى الحنابلة أن الفسخ يكون في الحالات التالية⁴:

¹ -ينظر: فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلِّي، مرجع سابق، ج2، ص147.

² -ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد، ج3، ص92، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص3179.

³ -أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه تحق: عوض قاسم أحمد عوض، ط1، دار الفكر، 1425هـ-2005م، ص230.

⁴ - ينظر: عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحارثي، أبو البركات، مجد الدين (ت: 652هـ)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف - الرياض، ط2، 1404هـ - 1984م، ج2، ص24.

- الخلع إذا كان بغير لفظ الطلاق ولا بنية الطلاق.
- ردة أحد الزوجين أو إسلامه
- التفريق للعيوب المشتركة، أو التي بأحد الزوجين ولا يكون التفريق إلا عن طريق الحاكم.
- فرقة الإيلاء بعد انقضاء مدته ولم يفىء الزوج، ولم يطلق بعد أمر القاضي له بالطلاق، فإنه يفرق بينهما.
- الفرقة بسبب اللعان، وهي توجب الحرمة على التأيد ولو من غير حكم قضائي.
- إذا عتقت الأمة تحت حر أو عبد أو عتقا معا فالنكاح باقٍ ولها الفسخ بغير حاكم على التراخي ما لم ترض به وعنه ولا يحق لها الفسخ إلا تحت عبد لم يعتق فإن عتق قبل فسخها أو مكنته من وطئها سقط خيارها.

ثانيا: طبيعة الفسخ في قانون الأسرة الجزائري.

كيّف قانون الأسرة الجزائري طبيعة التفريق الذي تطالب به الزوجة طلاقا، حيث ذكر في المادة (48): " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53) و (54) من هذا القانون". ومنه فإن المشرع أخذ بما قال به المالكية ويظهر هذا في فصل المشرع لمواد الطلاق على مواد الفسخ، حيث تطرق إلى مسألة الفسخ في المواد (32-33-34-35) وبين من خلالها الزواج الفاسد والزواج الباطل¹، وجانب المشرع المذاهب الأخرى في النقاط التالية²:

أ- فرق الحنفية بين الفرقة الحاصلة من الزوج والفرقة الحاصلة من الزوجة؛ فإن كانت من الزوج عدت طلاقا، وإذا كانت من الزوجة تعد فسخا، أما المشرع الجزائري جعل فرقة كلا الزوجين في باب الطلاق لا الفسخ.

¹ - هناك فرق بين الفسخ والبطان من الناحية القانونية، فالفسخ يكون أثرا لعلاقة تعاقدية صحيحة، بينما البطان لا يعترف بهذه العلاقة أصلا ما عدا في حالة عيوب الإرادة التي يعتبر العقد فيها صحيحا، ويتقرر البطان بحكم من القضاء. والمشرع الجزائري أحلط بين البطان والفسخ في المواد المذكورة أعلاه، ينظر: بن الشويخ الرشيد شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص 100.

² - ينظر: هشام ذبيح، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشرعة الإسلامية أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2019-2020، ص 37.

- ب- أما الحنابلة فقد جعلوا الفرقة التي سببها العيوب والإعسار وفرقة الخلع من باب الفسخ، بينما المشرع الجزائري أدخل هذه الأسباب في المادة (53) تحت باب الطلاق.
- ج- اعتبر الشافعية التفريق للإعسار بالنفقة فسخا في حين أنها في التشريع الجزائري تطليقا.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن الفسخ.

تترتب عن الطلاق آثار منها عدد الطلقات والعدة وغيرها، فما هذه الآثار المترتبة عليه؟
أولا- في الفقه الإسلامي.

تختلف الفرقة الحاصلة بالفسخ، عن الفرقة الحاصلة بالطلاق؛ إذ إن الطلاق ينقسم إلى طلاق رجعي وطلاق بائن، والرجعي لا يُنهي الحياة الزوجية في الحال، والبائن ينهيها في الحال وتتمثل آثار الفسخ في:

- 1- ينهي الطلاق العلاقة الزوجية في الحال سواء أكان بسبب طارئ على العقد، أم بسبب خلل فيه. وأما الفسخ؛ فإنه يُنهي العلاقة الزوجية في الحال.
- 2- الفرقة بالطلاق تَنْقُص عدد الطلقات، فإذا طَلَّق الرجل زوجته طَلقة رجعية، ثم راجعها، وهي في عدتها، أو عقد عليها بعد انقضاء العدة عقداً جديداً، فإنه تحسب عليه تلك الطلقة، ولا يملك عليهما بعد ذلك إلا طلقتين وأما الفرقة بسبب الفسخ؛ فلا ينقص بها عدد الطلقات، فلو فُسخ العقد بسبب خيار البلوغ، ثم عاد الزوجان وتزوجا، ملك عليها ثلاث طلقات.
- 3- الفرقة بالفسخ لا يقع في عدتها طلاق، إلا إذا كانت بسبب الردة؛ فإنه يقع فيها طلاق آخر إذا كان الفسخ قبل الدخول؛ فإنه لا يترتب عليه أي حق للمرأة، أما الطلاق قبل الدخول فإن المرأة تستحق نصفه إذا كان مسمى والمتعة في غير المسمى¹.

¹ - ينظر: حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة، المكتبة الإسلامية (عمان - الأردن)، ط 1 من 1423 - 1429 هـ، ج 5، ص 265.

ثانيا- في قانون الأسرة الجزائري:

عالج المشرع الجزائري أحكام الفسخ في الزواج الفاسد والباطل؛ بحيث لم يدرجه ضمن طرق فك الرابطة الزوجية، وقد نص عليه في المواد (32-33-34-35).

حيث جاء في نص المادة (32): "يطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد". والبطالان المنصوص عليه في النص المعدل يعد من النظام العام، ومثال الشروط الذي يتنافى ومقتضيات العقد؛ كأن يكون عقد الزواج محدد بمدة معينة، أو أن يشترط فيه حظر طلبات التفريق المختلفة إذا كان هناك داعيا يستوجب تفعيل هذا الحق؛ وذلك لأن الزواج كما هو غير محدد بمدة زمنية معينة هو كذلك ليس مؤبدا، والبطالان هنا من النظام العام ويجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، وكذا بطلب من النيابة العامة أو من أحد الطرفين في أي مرحلة بما فيها النقض أمام المحكمة العليا في المرة الأولى¹.

كما نصت المادة (33) من نفس القانون: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل". فإذا توفر ركن الرضا فإن العقد يكون صحيحا حيث نصت المادة الرابعة من ق أ ج: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". كما أن المادة (9) من ق أ ج جاءت في هذا السياق حيث اعتبرت أنه يبرم عقد الزواج بتوفر الرضا بين الزوجين.

ونصت المادة (34): "كل الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء".

ثالثا: الفسخ في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا:

فيما يتعلق بقضايا الزواج الفاسد والباطل جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أن المادة (33) من قانون الأسرة: (إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويطل إذا اختل أكثر من ركن واحد)، فالمادة صريحة في فقرتها الثانية أنه إذا اختل ركنان فالزواج يطل،

¹ - لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة المعدل، مرجع سابق، ص 82.

والشاهد الأول صرح أنه لم يوجد ولي ولا صداق، وأركان الزواج المذكورة في الشيخ خليل¹ وكذا في المادة (9) من قانون الأسرة ولذلك فإن قضاة المجلس طبقوا القانون تطبيقاً سليماً، ونتيجة لذلك يتعين رفض الطعن..²

من خلال اجتهاد المحكمة العليا يبدو أنها جمعت بين ما جاء في أحكام الشريعة الإسلامية في أركان العقد وما قال به المشرع الجزائري في اعتبار الرضا الركن الوحيد في صحة عقد الزواج المادة (9)، وبالتالي يبدو أن المحكمة العليا في اجتهادها هذا أبقت على الولي ركناً في صحة العقد مع العلم أن التعديل الجديد بالأمر 02-05 جعل من الولي مجرد شرط ولا يرقى لأن يكون ركناً لتكون المحكمة العليا في اجتهادها عملت بما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي فإن المشرع الجزائري في تعديله للمادة (11)³ من قانون الأسرة الجزائري جانب الصواب وخرج عن الشرع والعرف معاً.

وبالتالي فإن المحكمة العليا أبقت على الأركان التي جاءت بها أحكام الشريعة الإسلامية من قبل التعديل بالأمر 02-05 وبعده؛ حيث جاء في قرار لها: "من المقرر شرعاً أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعاً يكون باطلاً، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجاً ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية"⁴.

¹ - خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي، ويلقب ضياء الدين، فقيه مالكي، كان صدراً من علماء القاهرة. كان يلبس زي الجند ولم يغيره، وكان صينياً عفيفاً. تعلم في القاهرة، وولي الإفتاء على مذهب مالك. له (المختصر في الفقه)، يعرف بمختصر خليل، قصد فيه بيان المشهور مجرداً عن الخلاف، وجمع فيه فروعاً كثيرة مع الإيجاز البليغ وقد شرحه كثيرون، و (التوضيح شرح به مختصر ابن الحاجب)، واختلف في وفاته سنة 767 هـ و 769 هـ و 776 هـ، ورجح بعضهم الرواية الأخيرة. ينظر: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: 825)، الأعيان الكامنة في أعيان المائة الثامنة، تحقق: محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية- الهند، ط2، 1392 هـ - 1972 م، ج2، ص207. إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت: 799)، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، تحقق: محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر - القاهرة، ج1، ص358.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 12-01-1989، رقم الملف: 51107 سنة 1992، عدد 03، ص56، نقلاً عن: حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص83-84.

³ - "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره..⁴

⁴ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 08-10-1984، ملف رقم 34137، منشورات بيرتي، 2006-2009، ص11، نقلاً عن قانون الأسرة مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، 2018، 2019، ص14.

المبحث الثالث

الخلع وأثر تغير الاجتهاد القضائي في تعديل التشريع.

قبل أن نتحدث عن أثر الاجتهاد القضائي في تعديل مادة الخلع لابد أولاً التطرق إلى مفهوم الخلع في اللغة والاصطلاح وعند الفقهاء وما نص عليه المشرع الجزائري ومشروعيته وحكمه والحكمة منه وأركان الخلع وشروطه، وأنواعه (مطلب أول)؛ ثم التكييف الفقهي والقانوني للخلع (مطلب ثانٍ)، ثم نتطرق إلى أثر تغير الاجتهاد القضائي في تعديل مادة الخلع (مطلب ثالث).

المطلب الأول: أحكام الخلع

كما أن الطلاق حق للزوج يوقعه إذا كره البقاء مع زوجته، فإن الشريعة الإسلامية أقرت الخلع حق للمرأة مقابل ما تمتع به الزوج من حق في إيقاع الطلاق، ونتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الخلع (فرع أول)، ثم حكم الخلع ومشروعيته وأنواعه والحكمة منه (فرع ثانٍ)، ثم أركان الخلع وشروطه (فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف الخلع.

لتوضيح معنى الخلع، سنتطرق إلى تعريفه لغة (أولاً) ثم تعريفه اصطلاحاً عند الفقهاء وفي قانون الأسرة الجزائري (ثانياً).

أولاً: تعريف الخلع لغة.

الخلع بفتح الحاء مصدر خلع كقطع، يقال خلع الرجل ثوبه خلعاً أزاله عن بدنه ونزعه عنه ويقال: خلعت النعل خلعاً نزعته ويقال: خلع الرجل امرأته وخالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه.

والاسم (الخُلْع) بالضم وهو استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد منهما لباس للآخر فإذا فعلاً ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه¹.

¹ - أحمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية - بيروت، ج1، ص178.

ثانيا- اصطلاحا:

سننتظر إلى المعنى الاصطلاحي للخلع في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

1- تعريف الخلع في الفقه الإسلامي.

أما معناه اصطلاحاً فله تعاريف في اصطلاح كل مذهب.

أ- الحنفية قالوا بأنه: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو في ما معناه"¹؛ جاء في بدائع الصنائع: "فمعنى قولنا خلعتها أي: أخرجها من النكاح وذلك بإخراجها من سائر الأحكام بالنكاح، وذلك إنما يكون بسقوط الأحكام الثابتة بالنكاح، وهو معنى البراءة فكان الخلع في معنى البراءة"².

والخلع عند الحنفية سواء كان بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبرأة أو البيع بأن يقول خلعتك على ألف درهم أو طلقتك على ألف أو بارأتك أو بعت نفسك أو طلاقك على ألف درهم وفي الوجهه كلها لا يقع الطلاق إلا بقبولها في المجلس؛ لأنها معاوضة والمعاوضة لا تتم إلا بالإيجاب والقبول³.

ب- وعرف المالكية الخلع بأنه: طلاق بعوض تبذله هي أو غيرها فيلزم ويجب دفع العوض إلا أن تبذله لتتخلص من شره فيحرم رده، ويصح على صداق وأكثر وأقل⁴؛ أي يكون في نظير عوض، والخلع عندهم نوعان: ما كان في نظير عوض وهو الأصل، وما لم يكن في نظير عوض ولكن كان بلفظ الخلع؛ كأن يقول لها خالعتك أو أنت مخالعة وبنوعيه هو طلاق بائن، وعلى ذلك فإن الخلع عند المالكية لا يختلف عن الطلاق على مال، كما أن كل الألفاظ الصريحة والكنائية للطلاق يصح بها الخلع⁵.

¹ - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: 1252هـ)، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر-بيروت ط 2، 1412هـ - 1992م، ج 3، ص 439.

² - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط 2، 1406هـ - 1986م، ج 3، ص 152.

³ - فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج 2، ص 267.

⁴ - عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي (ت: 732هـ) إرشاد السائل إلى أشرف المسائل في فقه الإمام مالك، ط 3، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ص 68.

⁵ - ينظر: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير دار الفكر، لاط، لا س، ج 2، ص 347.

ج- وعند الشافعية: " هو الفرقة بعوض يأخذه الزوج"¹.

د- وفي تعريف الحنابلة: " وهو فراق الزوجة بعوض بألفاظ مخصوصة"²

وهذه التعريفات عند المذاهب الأربعة تشترك في الأوصاف التالية:

1- أن الخلع لا بد فيه من العوض؛ لأنه مفارقة بين الزوجين على عوض يأخذه الزوج من المرأة أو من غيرها وبهذا يفرق عن الطلاق الذي يحصل بانحلال عقد الزوجية من غير عوض.

2- الخلع لا بد فيه من الصيغة؛ فالخلع عند الجمهور يكون بلفظ الخلع أو ما كان بمعناه مما يدل على فراق الزوج وزوجته على بدل.

3- أن الخلع عقد رضائي من طرفين: فلا بد فيه من الاتفاق بين الزوج وملتمزم العوض من زوجة أو غيرها، فلا يجبر الزوج عليه كما لا تجبر الزوجة على دفع العوض فيه، قال ابن القيم: "وفي تسميته سبحانه الخلع فدية، دليل على أن فيه معنى المعاوضة".³

"ولهذا اعتبر فيه رضا الزوجين". فهو بذلك كسائر العقود الرضائية التي لا تتم إلا بالإيجاب والقبول الرضائي، لكن لو التزم بالعوض أجنبي وخلعها الزوج عليه صح، وبانت الزوجة ولزم الأجنبي العوض؛ لأنه يجوز للزوج طلاق المرأة ابتداء بغير عوض، فجازت مفارقتها بعوض يبذله الأجنبي.⁴

من خلال التعريف اللغوي والاصطلاحي للخلع، يتبين أن هناك ارتباطا وثيقا بين المعنيين، وإن اختلفت تعريفات الفقهاء للخلع إلا أنها تحمل معنى واحد وهو: إزالة الرابطة الزوجية وإنهاؤها.

ولما كان المعنى اللغوي للإزالة والنزع، والاصطلاحي إزالة ملك النكاح كان بينهما علاقة

¹ - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين تحق: زهير الشاويش، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، 1412هـ، 1991م، ج7، ص374.

² - عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (ت: 1392هـ)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، ط1، لا دن - 1397هـ، ج6، ص459.

³ - ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط27، 1415هـ-1994م، ج5، ص178.

⁴ - عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الخلع بطلب من الزوجة لعدم الوثام مع زوجها، رابطة العالم الإسلامي، الجمع الفقهي الإسلامي، دورة18، مكة المكرمة، 1428هـ-2006م، ص14-16.

عموم وخصوص، فكل خلع بالمعنى الاصطلاحي هو خلع بالمعنى اللغوي، وليس كل خلع بالمعنى اللغوي هو خلع بالمعنى الاصطلاحي؛ ذلك لأن الأخص يستلزم الأعم دائما¹.

2- تعريف الخلع في قانون الأسرة الجزائري:

الخلع قانوناً عبارة عن دعوى ترفعها الزوجة ضد زوجها إذا بغضت الحياة معه ولم يكن من سبيل لاستمرار الحياة الزوجية وخشيت بسبب هذا البغض ألا تقيم حدود الله، والخلع يقتضي افتداء الزوجة لنفسها برد مهرها وتنازلها عن جميع حقوقها المالية الشرعية².

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يتطرق إلى تعريف الخلع وأفرد له مادة واحدة بموجب التعديل بالأمر 02-05 حيث نصت المادة (54) من ق أ ج: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للمبلغ يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

ويتضح من خلال نص المادة ما يلي³:

أ- لا بد من حصول اتفاق بين الزوجين على الطلاق بواسطة الخلع، وهذا هو الأصل، لكن المشكلة تكمن فيما لو أن الزوج لم يقبل الفرقة ففي هذه الحال يتحتم على الزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب المخالعة.

ب- لا بد في الخلع من عوض، وهو المقابل الذي يحصل به الاتفاق، وفي حالة عدم الاتفاق يتدخل القاضي بفرض قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

الفرع الثاني: حكم الخلع ومشروعيته وأنواعه والحكمة منه.

بعد تعريف الخلع سنتطرق في هذا الفرع إلى حكم الخلع (أولا) ثم مشروعيته (ثانيا) وتبين أنواعه (ثالثا) والحكمة منه (رابعا).

¹ - ينظر: عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار بن حزم، بيروت، ط1، 1997، ص52-53، نقلا عن أحمد محمود أبو هشيش، "الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية"، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، فلسطين، 1431هـ - 2010م، ص148.

² - العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص263. باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية، ص59-60.

³ - ينظر: بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص210.

أولاً- حكم الخلع:

أجمع الجمهور على أن الخلع جائز بين الزوجين في قطع العصمة بينهما، وأن كل ما أعطته على ذلك حلال له إذا كان مقدار الصداق فما دونه، وكان ذلك من غير إضرار منه بها ولا إساءة إليها¹.

فالخلع جائز؛ أي يجوز للمرأة أن تقدم مالا تفتدي به نفسها من زوجها، ويجوز للزوج قبول ذلك المال الذي بذلته المرأة نظير الطلاق؛ في حال ما إذا خافا من التقصير في حقوق الزوجية².

ثانياً- أدلة مشروعية الخلع:

لقد وردت أدلة كثيرة تدل على مشروعية الخلع سواء في الكتاب أو في السنة ونذكر منها:
أ- مشروعية الخلع من القرآن.

قال تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُفْهِمَا حَدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُفْهِمَا حَدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 227].

عدم إقامة حدود الله التي حدها للزوجين، وأوجب عليهما الوفاء بها، من حسن العشرة والطاعة، فإن خافا ذلك فلا جناح عليهما فيما افتدت به أي: لا جناح على الرجل في الأخذ، وعلى المرأة في الإعطاء، بأن تفتدي نفسها من ذلك النكاح ببذل شيء من المال يرضى به الزوج، فيطلقها لأجله، وهذا هو الخلع³.

والأصل أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ شيئاً من مهر زوجته الذي أعطاها إياه دون رضاها

¹ - أبو عمر يوسف القرطبي، الاستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، مرجع سابق، ج6، ص76.

² - ينظر: عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص316.

³ - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: 1250هـ) فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، ط1- 1414 هـ، ج1، ص274.

لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ [البقرة: 227]. ولكن قد لا تطيق المرأة البقاء مع زوجها ولا تقوم بواجباتها نحوه، أو ساءت عشرتها معه، فيجوز لها أن تعطيه كل مهرها أو بعضه، ويجوز للزوج أخذه مقابل تسريحها¹.

ب- مشروعيته من السنة:

عن حبيبة بنت سهل الأنصارية، أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من هذه؟"، فقالت: أنا حبيبة بنت سهل، قال: "ما شأنك؟"، قالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها، فلما جاء ثابت بن قيس، قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "هذه حبيبة بنت سهل"، وذكرت ما شاء الله أن تذكر، وقالت حبيبة: يا رسول الله، كل ما أعطاني عندي، فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس: "خذ منها"، فأخذ منها، وجلست هي في أهلها².

ثالثا- أنواع الخلع.

أما نوع الخلع فجمهور الفقهاء على أنه طلاق وبه قال مالك³، وأما أبو حنيفة⁴ فقد سوى بين الطلاق والفسخ، ويرى الشافعية⁵ وقد روي عن الشافعي أنه كناية⁶، فإن أراد به الطلاق كان طلاقا وإلا كان فسخا، وقد قيل عن قوله في الجديد هو طلاق⁷.

¹ ينظر: عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 316.

² -أبو داود: كتاب الطلاق، باب الخلع، حديث رقم: 2227، سنن أبي داود تعليق، محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، لاط، لاس، ج 2، ص 268. وقال الألباني صحيح.

³ - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 3، ص 91.

⁴ - "أما الخلع فقوله - عليه الصلاة والسلام - الخلع تطليقة بائنة، ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات، والواقع بالكناية بائن، وفي الخلاصة، ولو قضى بكون الخلع فسخا قيل ينفذ، وقيل لا والظاهر الأول لأنه قضى في فصل مجتهد فيه، ومذهبنا قول الجمهور" ينظر: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 4، ص 77.

⁵ - الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت: 204هـ)، لاط، ج 5، ص 128.

⁶ - سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرِي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ج 3، ص 486.

⁷ - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3، ص 91.

رابعاً: الحكمة من مشروعية الخلع.

إذا عُدمت المحبة بين الزوجين، وحلّ محلها الكراهة والبغضاء، ووجدت المشاكل، وظهرت العيوب من الزوجين أو من أحدهما، فإن الله عز وجل جعل للخروج من ذلك سبيلاً ومخرجاً. فإن كان ذلك من قبل الزوج فقد جعل الله بيده الطلاق، وإن كان من قبل المرأة فقد أباح الله لها الخلع، بأن تعطي الزوج ما أخذت منه، أو أقل، أو أكثر؛ ليفارقها، والخلع قد يكون بطلب من الزوج أو الزوجة أو وليها¹.

الفرع الثالث: أركان الخلع وشروطه.

للخلع أركان وشروط يجب توافرها وهو ما سنتطرق إليه، أركان الخلع (أولاً) ثم شروط الخلع (ثانياً).

أولاً- أركان الخلع: للخلع أركان خمسة²:

- أ- ملتزم العوض، والمراد به الشخص يلتزم المال، سواء كانت الزوجة أو غيرها.
- ب- البضع الذي يملك الزوج الاستمتاع به، وهو بضع الزوجة، فإذا طلقها طليقة بائنة زال ملكه فلا يصح الخلع.
- ج- العوض، وهو المال الذي يبذل للزوج في مقابل العصمة.
- د- الزوج؛ يجب أن يكون أهلاً للطلاق، وهو العاقل المكلف الرشيد.
- هـ- العصمة.

ثانياً- شروط الخلع.

لكي يكون الخلع صحيحاً ويرتب آثاره، لابد أن تتوفر فيه جملة من الشروط، ولقد حدد المالكية ثلاثة شروط³ وبالتالي لا يجوز الخلع إلا بتوفرها.

¹ - محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، دار أصدقاء المجتمع، المملكة العربية السعودية، ط11، 1431 هـ - 2010 م، ص843.

² - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج4، ص352.

³ - الأول: أن يكون المبدول للرجل مما يصح تملكه وبيعه تحزراً من الخمر والخنزير ونحوهما. ويصح عندهم بالجهول والغرر، كما أوضحت والثاني: ألا يجر إلى ما لا يجوز كالخلع على السلف أو التأخير بدين أو الوضع على التعجيل، وشبه ذلك من أنواع الربا المذكورة في بحث الربا، فلا يصح الخلع مقابل التأخير في وفاء دين عليه، وقد حل أجله؛ فإنه لا شيء له عليها؛ لأن تأخير الحال سلف، وقد جر لها نفعاً، وهو خلاص عصمتها منه، وتأخذ الدين منه حالاً.

أما المشرع الجزائري لم ينصّ على شروط الخلع، وإنما اكتفى فقط بالإشارة إلى جواز الطلاق بواسطة الخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان، ودون موافقة الزوج لها وبموجب السلطة التقديرية للقاضي، والحكم لها بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وهذا إعمالاً لما جاء في المادة (54) وعملاً بما جاء في المادة (222) من ق أ ج التي تنص على إعمال القواعد العامة في الفقه الإسلامي¹.

المطلب الثاني

التكييف الفقهي والقانوني للخلع

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حقيقة الخلع، فهل يعتبر هذا النوع من الفرقة يمينا أو معاوضة؟

وستكلم في هذا المطلب على تكييف الفقهاء -على اختلاف مذاهبهم- لمسألة الخلع هل هو طلاق أم فسخ، وما أخذ به المشرع الجزائري واجتهادات القضاء (الفرع الأول)، ثم هل الخلع يمينا أو معاوضة وموقف المشرع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: على اعتبار الخلع طلاقاً أو فسخاً

اختلف علماء الفقه الإسلامي حول الخلع هل يعتبر طلاقاً أو فسخاً للعقد، وفي المسألة موقفين؛ حيث تبني الرأي الأول جمهور العلماء، والرأي الثاني قال به بعض الحنابلة وهو قول للشافعية² ولكل من الفريقين أدلتهم، وستطرق فيما يلي إلى المسألة بشيء من التفصيل وما أخذ به المشرع الجزائري.

=ولا يصح أيضاً الخلع مقابل تعجيل دين مؤجل لها من بيع، ويبقى إلى أجله، وبانت منه؛ لأن التعجيل مقابل حل العصمة. فإن كان الدين من قرض، وجب عليها قبول التعجيل قبل الأجل، مثل الشيء المعين (العين) لأن الأجل في العين حق لمن هي عليه.

الثالث: أن يكون خلع المرأة اختياراً منها وحباً في فراق الزوج من غير إكراه ولا ضرر منه بها. فإن انخرم أحد هذين الشرطين نفذ الطلاق ولم ينفذ الخلع، ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 9، ص 7025.

¹ - ينظر: عبد الفتاح تقيّة، مرجع سابق، ص 217.

² - وفي أحد قولي الشافعي: إن نوى بالخلع طلاقاً وسماه فهو طلاق، وإن لم ينو طلاقاً ولا سمى لم تقع فرقة، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت: 671 هـ) الجامع لأحكام القرآن، تحقق: هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423 هـ - 2003 م، ج 3، ص 143.

أولاً- في الفقه الإسلامي:

- 1-القول الأول: يرى جمهور الفقهاء من الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³؛ أن الخلع طلاق بائن فهو يقع طلاقاً بائناً ودليلهم؛ ما روي عن عمر وعلي وابن مسعود - رضي الله عنهم - موقوفاً عليهم ومرفوعاً إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "الخلع تطليقة بائنة".
- حيث جاء في المبسوط: "والمعنى فيه أن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه، ألا ترى أنه لا يفسخ بالهلاك قبل التسليم، فإن الملك الثابت به ضروري لا يظهر إلا في حق الاستيفاء، وقد قررنا هذا في النكاح، وبيننا أن الفسخ بسبب عدم الكفاءة فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الإتمام، وكذلك في خيار البلوغ، والعقد، فأما الخلع يكون بعد تمام العقد، والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه، ولكن يحتمل القطع في الحال فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال مجازاً، وذلك إنما يكون بالطلاق"⁴
- 2-القول الثاني: يرى الحنابلة في إحدى الروايتين، وفي أحد قولي الشافعية⁵، على أنه فسخ واستندوا على جملة من الأدلة، ومنها:

¹ - " وإذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به " لقوله تعالى: (فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ) [البقرة: 229] " فإذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال "، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت: 593هـ) الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، لاس ج2، ص261.

² - عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي (ت: 732هـ) إرشاد السائل إلى أشرف المسائل في فقه الإمام مالك، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط3، لاس، ص68.

³ - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج7، ص374.

⁴ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: 483هـ) المبسوط، دار المعرفة - بيروت لاط، 1414م - 1993م، ج6، ص172.

⁵ - والخلع فسخ، في إحدى الروايتين، والأخرى أنه تطليقة بائنة. اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع؛ ففي إحدى الروايتين أنه فسخ. وهذا اختيار أبي بكر و قول ابن عباس وطاووس وعكرمة وإسحاق وأبي ثور وأحد قولي الشافعي والرواية الثانية، أنه طلاقاً بائناً. روي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقبيصة، وشريح ومجاهد وأبي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والزهري ومكحول وابن أبي نجيح، ومالك والأوزاعي وأصحاب الرأي. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ)، المغني، لاط، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م، ج7، ص328.

- روي عن ابن عباس واحتج بقوله تعالى (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ) ثم قال (فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ) ثم قال (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ) فذكر تطليقتين والخلع، وتطليقة بعدهما، فلو كان الخلع طلاقا لكان رابعا.¹ ولا خلاف في تحريمها بثلاث ولأنه ليس بصريح في الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يكن طلاقا كغيره من الكنايات فإذا قلنا: هو طلاق نقص به عدد طلاقها ومتى خالعهما ثلاثا لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وإن قلنا: هو فسخ لم ينقص به عدد طلاقها وحلت له من غير نكاح زوج ثان ولو خالعهما مرارا².

ويرى الحنابلة أن كنايات الخلع: مثل باريك، وأبرأتك، وأبتك؛ لا يقع الخلع بها إلا إذا اقترنت هذه الكنايات بنية أو قرينة، كسؤال، وبذل عوض ويصح بكل لغة من أهلها لا معلقا³.

ثانيا- الخلع طلاق أم فسخ في قانون الأسرة الجزائري.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري في اعتبار الخلع فسخ أم طلاق؛ فإن موقفه كان واضحا في اعتبار الخلع طلاقا لا فسخا، حيث جعل الفسخ في الباب الأول الفصل الثالث وأفرد له المواد من المادة (32) إلى المادة (35)، بينما أورد الطلاق في الباب الثاني تحت عنوان "انحلال الزواج" وذلك من خلال نص المادة (47) من ق أ ج التي تنص على أن انحلال الرابطة الزوجية يكون بالطلاق أو الوفاة، وبعد ذلك نص على طرق فك الرابطة الزوجية في المادة (48) من نفس القانون على أن: "ينحل عقد الزواج بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53) و(54) من هذا القانون"⁴.

¹- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (ت: 1392هـ)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، لام، ط1، 1397هـ، ج6، ص467.

²- عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد، الكافي في فقه الإمام المبحل أحمد بن حنبل، لاط، م ط، لاس، ج3، ص95.

³- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي، المصدر السابق، ص467.

⁴- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص221.

ومن خلال تقسيم المشرع لمواد الفسخ والطلاق يتبين الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري للرأي القائل بأن الخلع طلاق لا فسخ؛ لأن الفسخ في مفهوم المشرع الجزائري وجود عيب بالعقد كاختلال أحد أركانه، أو اشتماله على شرط أو مانع يتنافى ومقتضيات العقد، بينما الخلع يكون نتيجة لعلاقة زوجية صحيحة ولم يعترها أي عارض يعيب العقد¹، وإنما الخلع هو مسلك شرعه الله للزوجة لتفتدي نفسها.

ثالثا- الخلع طلاق أم فسخ في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

اعتبرت المحكمة العليا في اجتهاداتها الخلع وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية، ويشترط قبل الفصل في قضايا الخلع اللجوء إلى الصلح ولا يكون الحكم نافذا إذا صدر من دون الصلح، وهو ما نصت عليه المادة (49) من هذا القانون: "... ويفهم من خلال ذلك أن الخلع في اجتهادات المحكمة العليا طلاقا لا فسخا؛ لأن الفسخ ينتهي به العقد ولا جدوى من الصلح في مسألة الفسخ، وهو ما عملت به المحكمة في اجتهاداتها حيث جاء في قرار صادر لها: " حيث أن الخلع وسيلة من وسائل الطلاق وفك الرابطة الزوجية، وبالتالي يتعين إصدار حكم بشأنه وقبل ذلك يتوجب على القاضي إجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين. ولما قضى القاضي أول درجة بمحكمة الأغواط بالتطبيق خلعا في قضية الحال دون إجراء محاولات صلح بين طرفي النزاع، فإن قضائه جاء مخالفا للمادة (49) من قانون الأسرة، مما يستلزم معه نقض الحكم محل الطعن مع الإحالة.."²

الفرع الثاني: على اعتبار الخلع يمينا أو معاوضة.

اختلف الفقهاء في اعتبار الخلع، هل هو يمين أو معاوضة؟ على قولين؛ قول الحنفية، وقول الجمهور، وهو ما سنبينه بالتفصيل في هذا الفرع، مع ذكر موقف المشرع الجزائري.

أولا- في الفقه الإسلامي.

1- يرى الحنفية أن الخلع يمين من جانب الزوج، معاوضة من جانب الزوجة³ فهو تعليق

¹ - أحمد شامي، مرجع سابق، ص 222.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 14 يناير 2009، ملف رقم: 477546، مجلة المحكمة العليا، لسنة، 2009 عدد2، ص281.

³ - سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت 1005هـ)، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقق: أحمد عزو عناية دار الكتب العلمية، 1422هـ - 2002م، ط1، ج2، ص435.

الطلاق من الزوج مقابل المال؛ لأن الزوج الذي يقول لزوجته "خالعتك على مائة درهم" يكون هذا القول تعليقا للطلاق على قبوله دفع مائة درهم، والتعليق يسمى يمينا في اصطلاح الفقهاء، لذلك يأخذ الخلع أحكام اليمين بالنسبة للزوج، أما بالنسبة للزوجة فيعتبر معاوضة، لأنها بقبولها دفع المبلغ المالي تكون قد التزمت بما أوجبه الزوج، مقابل افتداء نفسها من قيود الزوجية وكأنها قالت له "رضيت أن أشتري عصمتي منك بهذا البدل"¹، ورتب الحنفية على ذلك ما يلي²:

أ- يصح إيجاب الزوج بالخلع، حتى إذا كانت الزوجة غائبة عن مجلس الخلع، فإذا بلغها إيجاب الزوج وقبلت في نفس المجلس الذي علمت فيه تم العقد على الخلع، أما إذا قامت من مجلسها من دون أن تصرح بقبولها بطل إيجاب الزوج؛ ومنه فإن انعقاد الخلع لا يتم.

ب- إذا كان الزوج هو المبادر للخلع، فلا يبطل إيجابه برجوعه عنه، ولا بقيامه من مجلسه قبل أن تبدي الزوجة موافقتها؛ وذلك لأن إيجاب الزوج يمين، واليمين لا يجوز الرجوع عنها لا صراحة ولا دلالة، فإذا قامت الزوجة من المجلس دون أن تقبل يبطل الإيجاب الصادر من الزوج بالخلع، وذلك لأن الخلع معاوضة من جانب الزوجة المعاوضة تبطل بالفرقة بين المتعاقدين بعد الإيجاب وقبل القبول.

ج- إيجاب الزوج في الخلع يجوز تعليقا على شرط، كما يجوز إضافته إلى زمن المستقبل فإن قبلت الزوجة عند وجود الشرط المعلق عليه، أو عند حلول الوقت المضاف إليه وقع الخلع ويرتب الخلع آثاره ولزم الزوجة المال، أما الزوجة فلا يمكنها أن تعلق إيجابها على أمر من الأمور؛ لأن عقود التمليك لا يجوز تعليقها ولا تكون إلا بصيغة منجزة³.

2- بينما يرى جمهور الفقهاء ومنهم المالكية على أن الخلع حق أصيل للزوجة؛ بحيث يتم اللجوء إليه متى شاءت الزوجة ذلك، إذا لم تعد تحتل العيش مع زوجها من دون أن تحتاج

¹ - أحمد شامي، مرجع سابق، ص 217.

² - ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 488.

³ - أحمد شامي، ص 217، وأحمد نصر الجنيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، الجزائر، لاط، 2014، ص 128.

إلى مجلس عقد ولا إيجاب من الزوج ويشترط الإمام مالك محاولة الإصلاح¹، ويقول ابن رشد في البداية: "والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"².

والخلع يكون بتراضي الزوج والزوجة، فإذا لم يتم بالتراضي منهما فللقاضي إلزام الزوج بالخلع، لأن ثابتاً وزوجته رفعاً أمرهما للنبي ﷺ، وألزمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن يقبل الحديقة، ويطلق.³ وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

ثانياً:- في قانون الأسرة الجزائري.

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل إلى مسألة الخلع هل هو يمين أم معاوضة، واكتفى في المادة (54) بالنص على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه..."

والمادة في عمومها يشوبها نقص أو غموض مما أدى بشرح القانون للقول بأن أساس الخلع عقد، وبالتالي تبنا ما جاء به الحنفية واعتبروا أن الخلع طلاق على مال، وهو يمين من جانب الزوج؛ لأنه علّق الطلاق على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبيهة التبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغاً من المال مقابل تخليصها من زوجها.⁴

¹ - مالك بن أنس المدني (ت: 179هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ - 1994م، ج2، ص241.

² - ابن رشد الحفيد (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، لاط، 1425هـ - 2004م، ج3، ص90.

³ - السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، لاط، ج2، ص195.

⁴ - ينظر: بالحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة، ص263، وأحمد شامي، مرجع سابق، ص218-219.

المطلب الثالث

تغير الاجتهاد القضائي وأثره على تعديل الخلع.

يعتبر التطبيق العملي للقضاء أمر هام في كل تشريع؛ لأن توسع القضاء ومرونته في بعض الأمور يدفع بالتشريع إلى التعديل طبقا لما سار عليه الاتجاه العملي¹، وستتطرق من خلال هذا المطلب إلى مشروعية تغير الاجتهاد القضائي (الفرع الأول)، ثم ضوابط تغير هذا الاجتهاد (الفرع الثاني). ثم مراحل تغير الاجتهاد القضائي (الفرع الثالث)، ثم الحديث عن أثر تغير الاجتهاد القضائي على مادة الخلع (الفرع الرابع).

الفرع الأول: مشروعية تغير الاجتهاد القضائي.

أجاز الأصوليون للمجتهد تغيير اجتهاده، فيرجع عن قول قاله سابقا؛ لأن مناط الاجتهاد هو الدليل، فمتى تحصل المجتهد على الدليل وجب عليه الأخذ بموجبه، وذلك لأولوية الأخذ بالرأي الثاني، لأنه أقرب للحق والصواب².

والدليل على مشروعية تغير الاجتهاد ما جاء في رسالة عمر لأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما: "ولا يمنعك قضاء قضيتته اليوم، فراجعت فيه نفسك، وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التماسي في الباطل"³.

فإنه يجب على القاضي أن يحكم بما تغير اجتهاده إليه، ولا يجوز له أن يحكم باجتهاده الأول؛ لأنه إذا حكم باجتهاده الأول فقد حكم بما يعتقد أو يغلب على ظنه أنه باطل⁴.

وقال العلماء: إنه إذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصا، ولا إجماعا أو خالف اجتهاده اجتهاد من كان قبله في هذا المنصب لم ينقضه لمخالفته، وقد استدلل العلماء على هذا بأن الصحابة - رضي الله عنهم - أجمعوا على هذا، فقد نقل عن أبي بكر رضي الله عنه أنه حكم في مسائل باجتهاده، وخالفه عمر رضي الله عنه، ولم ينقض أحكامه، وعلي بن أبي طالب رضي الله عنه خالف عمر في

¹ - ينظر: عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في طلب الطلاق في الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة، تقديم: محمد أبو زهرة، مصطفى السباعي، دار الفكر، لا ب، ط2، 1968، ص20.

² - وهبة الزحيلي، تغير الاجتهاد، دار المكتبي، دمشق، ط1، 1420هـ-2000م، ص11.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، ط2، 1415هـ-1994م، ص550.

اجتهاده، فلم ينقض أحكامه¹. وقد صح وثبت عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه رجع عن قوله في مسألة كان حكم فيها بحكم ثم تكررت فتبدل نظره فيها فحكم بخلافه وقال: "تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي"².

وتغير الاجتهاد أمر ممكن جائز؛ سواء في المسائل الجزئية أو في مذهب كامل تام برمته؛ لأن إعادة النظر والتمحيص والتحقيق والتدقيق والتنقيح أمور احتمالية قائمة في جميع الأحوال وتقتضيها طبيعة الترجيح بين الواقع والمستجدات وأبرز مثال لتغير الاجتهاد وجود مذهبين للشافعي؛ قديم وجديد³.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري فإن استقرار المحكمة العليا ومجلس الدولة على الاجتهادات التي توصلوا إليها يكسب هاته الاجتهادات القوة مما يؤدي إلى اعتمادها من الجهات القضائية الأدنى درجة منها، كما يمكن لهما التراجع عن اجتهاداتهم إذا رأوا في ذلك مصلحة أكبر، وعليه فإنه لا يوجد تناقض بين تكليف هاتين الجهتين القضائيتين بتوحيد الاجتهاد القضائي والترخيص لهما في الوقت ذاته بالتراجع عنه وإقرار اجتهاد مغاير، فإذا كانت المهمة الأساسية لهاتين الجهتين ؛ توحيد الاجتهادات القضائية وذلك ما نصت عليه المادة 2/171 من دستور⁴ 2016، وكذا المادة 254 من ق م ج، والفصل في الطعون الخاصة بقضايا معينة، فإن ذلك يجعل من القرارات التي تصدر عنها لا ترقى إلى مستوى القانون الذي يتضمن قواعد عامة، مجردة وملزمة، وهو ما يخول لهما الحرية في التقيد بالاجتهاد الذي تقرر عنهما أو التراجع عنه، وإقرار اجتهاد آخر، وذلك بشرط اتباع الإجراءات المقررة قانونا⁵.

¹ - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 550.

² - ابن مَلا فَرُوخ (ت: 1061هـ)، القول السديد في بعض مسائل الاجتهاد والتقليد، تحقق، جاسم مهلهل الياسين، عدنان سالم الرومي، دار الدعوة، الكويت، ط 1، 1988، ص 121.

³ - وهبة الزحيلي، تغير الاجتهاد، المرجع السابق، ص 11.

⁴ - " تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون". دستور 2016.

⁵ - القانون رقم: 89-22 المؤرخ في 14 جمادي الأول عام 1410 الموافق ل: 12 ديسمبر سنة 1989 والمتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: ضوابط تغير الاجتهاد القضائي

لا يمكن لأحد أن ينكر أن من أسباب تغير الأحكام الاجتهادية اختلاف الأوضاع والأحوال ووسائل الحياة وما قذفت به التطورات الحضارية التي تقتضي التصدي لها باجتهادات حديثة؛ بحيث:

1- لا تتصادم هذه الاجتهادات بالنصوص الشرعية الثابتة، ولا تخرج عن روح التشريع والمقاصد العامة للشريعة الإسلامية، وهذا المبدأ كان مقررا لدى العلماء القدامى الذين ابتكروا مصادر اجتهادية تتجاوب مع مستجدات الحياة.

2- لا تصطدم هذه الاجتهادات مع أصول الشريعة، كالأستصلاح، والاستصحاب وسد الذرائع، والعرف¹.

وأضف إلى ذلك القواعد الفقهية الكبرى، حيث أردف العلماء قاعدة أخرى لا تقل أهمية عن سابقتها وهي قاعدة " الاجتهاد لا ينقض بمثله " ولقد وضع العلماء لهذه القاعدة أيضا ضوابط متعددة وهي²:

أ- الاجتهاد لا ينقض بمثله إجماعا في المسائل التي يسوغ فيها الاجتهاد؛ لأنه لو نقض الأول بالثاني، لجاز أن ينقض الثاني بـالثالث، لأنه ما من اجتهاد إلا ويجوز أن يتغير وذلك يؤدي إلى عدم الاستقرار.

ب- يعمل بهذه القاعدة في المستقبل لا في الماضي، فلو كان القاضي قد قضى في حادثة باجتهاده ثم تبدل اجتهاده فرفع إليه نظيرها فقضى فيها باجتهاده الثاني، لا ينقض الأول، وذلك لقول عمر رضي الله عنه: " تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضي ".

ج- ينفذ القاضي قضاء القاضي السابق فيما فيه محل النزاع الذي ورد عليه القضاء، أما فيما هو من توابعه فلا يتقيد بمذهب الأول، ومثاله، إذا قضى شافعي بنفاذ بيع عقار من غير إعطاء حق الشفعة للجار فللقاضي الحنفي أن يقضي فيه بالشفعة للجار.

¹ - وهبة الزحيلي، تغير الاجتهاد، مرجع سابق، ص 11.

² - ينظر: المرجع نفسه، ص 25-26.

د- لا يعمل بهذه القاعدة في حالة الخطأ البين، أو في حال الجور، فينقض قضاء القاضي إذا خالف نصا أو إجماعا أو قياسا جليا، أو خالف القواعد الكلية، فإذا قضى القاضي بالجور ثم ظهر الحق، فينقض الحكم السابق.

الفرع الثالث: مراحل تغير الاجتهاد القضائي.

قد يتغير الاجتهاد القضائي بتغير الظروف أو بظهور مستجدات يستلزم معها تغيير الاجتهاد أو قد يظهر للمجتهد دليل جديد يستند إليه، ولكن في جميع الحالات يجب أن يمر هذا التغير على مراحل ونذكرها فيما يلي:

أولاً- الحالة الأولى: عند البت في القضايا التي تطرح إشكاليات قانونية من شأنها أن تؤدي إلى تناقض في الاجتهاد القضائي، حيث يمكن أن تنظر في الدعوى على مرحلتين:

1- تكون الغرفة مختلطة من غرفتين، ولا يبت بصفة قانونية إلا بحضور (09) أعضاء على الأقل (م 22 ق م ع).

2- إذا رأت الغرفتان أن الإشكال القانوني يمكن أن يؤدي إلى تغير في الاجتهاد القضائي، تحيل القضية إلى هيئة الغرفة المجتمعة، والمؤلفة من الرئيس، ونائبه، ورؤساء الغرف، رؤساء الأقسام، وعميد المستشارين في كل غرفة، ولا يصح البت في القضية إلا بحضور (25) عضوا على الأقل (م 24 ق م ع).

ثانياً- الحالة الثانية: عندما تكون المحكمة العليا مدعوة للفصل في موضوع القضية على إثر طعن ثان، حيث تشكل الغرفة المختلطة من ثلاث غرف يعينها الرئيس الأول للمحكمة العليا (م 21 ق م ع)، والتي لا تبت في الدعوى إلا بصفة قانونية إلا بحضور (15) عضوا على الأقل (م 22 ق م ع). وفي كل الحالات، تتخذ القرارات بموافقة الأغلبية مع ترجيح رأي الرئيس في حالة تعادل الأصوات (م 22 ق م ع).¹

¹ - ينظر: محمد أمقلان، النظام القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص 229-230.

ولكن الواقع الذي عليه المحكمة العليا؛ يستخلص منه أن هذه الإجراءات المنصوص عليها قانونا لأجل تغييرات في الاجتهاد القضائي، غير معمول بها في الغالب، كما أنها غير ملزمة لقضاة المحكمة العليا، فهي إذن على سبيل الاختيار¹.

الفرع الرابع: أثر تغير الاجتهاد القضائي على تشريع الخلع.

بالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا في مسألة الخلع نجد أنفسنا أمام نوعين متضاربين من الاجتهاد أحدهما يقر بحق الزوج في الرضى قبل الحكم بالخلع، واجتهاد آخر يقول بأن الخلع حق أصيل للزوجة بإرادتها المنفردة ولا يشترط إرادة الزوج، ونتطرق فيما يلي إلى الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، حيث جاءت قرارات متعددة ومتباينة للمحكمة لها فيما يخص مسألة الخلع، ومن ذلك قرار صادر لها بتاريخ: 11-06-1984 والذي يقضي: "من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقد رضائي ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم فيه من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع"².

وكذا في القرار الصادر بتاريخ 21-11-1988 والذي يقضي: "أن من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه"³.

وفي قرار آخر لها تحت رقم: 73885 من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون.

¹- ينظر: أحمد سعود، ياسين بن عمر، "تغير الاجتهاد وأثره على النص القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية"، في الملتقى الدولي العاشر القضاء والدستور، 08-09 ديسمبر 2019، ص9.

²- قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 11-06-1984، ملف رقم: 33652، المجلة القضائية، 1989، العدد رقم 03، ص38.

³- قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 21-11-1988، ملف رقم: 51728، المجلة القضائية، 1990، العدد رقم 03، ص72.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه¹.

إن المتتبع لقرارات المحكمة العليا، وقبله المجلس الأعلى يرى بوضوح تمسك القضاة بمبدأ رضائية الخلع، وأنه ليس حقا للزوجة تطلبه متى شاءت، ويتضح جليا من خلال قرارات المحكمة العليا أن رضا الزوج وجوبي في الخلع وأن سلطة القاضي محدودة في إيقاعه ، مستندة في قراراتها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وأن مخالفة هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولكن هذا المبدأ تحول إلى خلاف ذلك، واعتد القضاة في اجتهاداتهم بالإقرار بحق الزوجة في مخالعة نفسها، وظهر هذا التحول سنة 1992 في قرار صادر عن المحكمة العليا: " حيث جاء في قرار لها: " إن المادة (54) من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، وأنه في حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز صدادق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع وأن قضاة الموضوع لما قاموا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون"².

ومن هناك ظهرت اجتهادات أخرى تقضي بعدم موافقة الزوج، ومنها القرار الصادر للمحكمة العليا " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدادق المثل وقت الحكم وأن المادة المذكورة عن قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره في حال عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز ذلك قيمة صدادق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة،

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 23-04-1991، ملف رقم: 738850، المجلة القضائية، 1993 العدد رقم 02، ص55.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1992/07/21 ملف رقم: 83603، المجلة القضائية، 1992، ص134.

لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون¹.

ومنه فإن المحكمة العليا في اجتهاداتها في الإقرار بحق الزوجة في المخالعة من زوجها على مال مبينة في ذلك أن الخلع رخصة للزوجة يحق لها استعماله، وهو ما لم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية وهو ما تضمنته المادة (54) روحا ونصا، وذلك في القرار الصادر بتاريخ: 16-03-1999: " الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه. ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون².

لقد حكمت المحكمة العليا بهذا القرار بعد أن وجه الطاعن الطعن بالنقض إلى المحكمة العليا مدعيا بتناقض الأحكام، وكذا مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية؛ أما فيما يخص مخالفة أحكام الشريعة فإن الوجه الذي استند عليه الطاعن أنه: من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وليس للقاضي سلطة مخالفة رأي الزوجين ولا يمكن الحكم بالخلع دون رضا الزوج به، والقضاء بغير ذلك يخالف الشريعة وأحكام القضاء، وفي قضية الحال فإن الزوج الطاعن لم يوافق على الخلع والحكم المطعون فيه قضى بما يخالف رضا الزوج مما يعرضه إلى النقض.

لكن المحكمة العليا استندت في اجتهادها على المادة (54) من ق أ ج، حيث أنه وبالرجوع إلى المادة المذكورة يتبين أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي وهو ما عرضه المطلقة على الزوج بأن يكون هذا المبلغ كصداق المثل - مما يجعل ما قضى به قاضي الدرجة الأولى مطابقا نصا وروحا للمادة (54) من قانون الأسرة الواجب التطبيق على قضية الحال ويجعل الوجه غير مؤسس.

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 21-07-1992 ملف رقم: 83603، عدد خاص، 2001، ص 134.

² - قرار محكمة العليا، بتاريخ: 16-03-1999، ملف رقم: 216239، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001، ص 136.

كما أكدت المحكمة العليا هذا الاجتهاد بقولها: "إن الخلع ليس بعقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه، وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي. أما عدم مناقشة لقيمة المبلغ المعروض فإنه لا يشكل مانعا للحكم بالخلع"¹.

من خلال اجتهادات المحكمة العليا يتبين تغير الاجتهاد القضائي من اعتبار الخلع مجرد رخصة للزوجة إلى حق أصيل لها يمكنها طلبه متى شاءت ليكون الاجتهاد القضائي قد سعى إلى تطبيق المقصد الأصلي الذي جاء به الإسلام من أجل إعطاء المرأة الحق في إنهاء العلاقة الزوجية إذا توفرت الأسباب الداعية إلى إنهاؤها؛ مع التشديد أن طلب المرأة الخلع من دون بأس تعد آثمة ومتعسفة في استعمال حقها. لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا طَلَاقًا مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ"².

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 13-07-2005 ملف رقم: 336380، نشرة القضاة، 2006، عدد 61، ص328.

² - محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت: 279هـ)، سنن الترمذي، تحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ط2، مصر 1395هـ-1975م باب: ما جاء في المختلعات، حديث رقم: 1187، ج3ص، 485، صححه الألباني.

المبحث الرابع

التطليق بطلب من الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

لما كان الطلاق ملكا للزوج دون الزوجة؛ فإن الفقه الإسلامي وتشريع الأسرة الجزائري قد مكّنا المرأة أيضا من حقها في التعبير عن إرادتها المنفردة في طلب التطليق إذا لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية، بأن ترفع أمرها إلى القضاء لطلب التفريق بينها وبين زوجها، وقد نص المشرع على ذلك في المواد (53،53،48 مكرر، 54، 55 من ق أ ج).

وعليه فإن هذا المبحث سيكون حول التفريق بطلب من الزوجة، حيث نخصص (المطلب الأول) للحديث عن مفهوم التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. وأسباب التطليق بناءً على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (المطلب الثاني)

المطلب الأول

مفهوم التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

يعد موضوع انحلال الرابطة الزوجية من أهم المواضيع التي خصها المشرع الجزائري بالتعديل، سواء في جوانبه الموضوعية أو الإجرائية، أما بالنسبة للجانب الموضوعي فكان التفريق القضائي من أهم مواضيع هذا التعديل؛ حيث أضاف المشرع أسبابا جديدة يحق بموجبها للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها حال الإضرار بها، وهو ما نصت عليه المادة (53) في فقراتها 08-10-09، وأما من الناحية الإجرائية فقد قام المشرع باستحداث مواد جديدة لم تكن موجودة في القانون 84-11 كتفعيل دور النيابة العامة وكذا من خلال التدابير الاستعجالية المتعلقة بطبيعة الأحكام الصادرة في مثل هذه القضايا، وفقا لما نصت عليه المادة (57) مكررة من هذا القانون، وسنتطرق من خلال هذا المطلب إلى مفهوم التفريق (فرع أول)، ثم نتطرق إلى مشروعية التفريق القضائي والحكمة منه (فرع ثان).

الفرع الأول: مفهوم التفريق:

لم يضع فقهاء الشريعة الإسلامية ولا المشرع الجزائري للتفريق تعريفا اصطلاحيا، ولكنهم ركزوا على الأسباب التي يحق بموجبها للمرأة أن ترفع أمرها للقضاء وتطلب التطليق من زوجها.

أولا- تعريف التفريق في الفقه الإسلامي.

1- التفريق في اللغة: مصدر فرق، وفعله الثلاثي فرق، يقال: بين الشيئين فرقا وفرقانا فصل وميز أحدهما من الآخر وبين الخصوم حكم وفصل¹.

2- التفريق اصطلاحا: إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق أو بدون طلب من أحد حفظا لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين².

ثانيا: تعريف التفريق في قانون الأسرة الجزائري.

بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري هو الآخر لم يضع تعريفا للتطليق، وسعى فقط إلى تحديد الأسباب التي تعطي للمرأة حقها في رفع الضرر عنها.

وهو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة، ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أن الزوجة متضررة ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف³.

ثالثا: التفريق في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا:

جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: " من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة

¹ - إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، من إصدارات: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، ج2، ص685.

² - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (الكويت)، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار الصفوة، مصر، ط1، من 1404-1427هـ، ج29، ص7.

³ - العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، لاط، لاس، ج1، ص273.

المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية"¹.

اعتبرت المحكمة العليا في اجتهاداتها أن طلب التطلق حق للزوجة، والحكم بخلاف ذلك هو خرق لأحكام الشريعة الإسلامية، حيث أحسنت المحكمة العليا في اجتهادها بضمان حق المرأة في التمتع بحقوقها على غرار الرجل؛ وذلك إبراز لدور الاجتهادات القضائية في حماية الأسرة وضمان حقوق أفرادها.

الفرع الثاني: مشروعية التفريق القضائي والحكمة منه.

أولاً-مشروعية التطلق:

التطلق حق من حقوق الزوجة حوله لها الشرع والقانون؛ لدفع الضرر اللاحق بها، بحيث إذا انتفت المقاصد الشرعية للزواج من أن تعيش المرأة تحت رعاية زوجها في حياة زوجية مستقرة أساسها المودة والتراحم؛ فإن للطرف المتضرر دفع الضرر عن نفسه، فإذا كان الزوج يملك الحق في الطلاق بإرادته المنفردة، فإن الفقه الإسلامي أعطى للمرأة الحق في طلب التطلق وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة.

1- في الفقه الإسلامي.

يدخل التطلق في أحكام الشريعة الإسلامية ضمن آيات الطلاق التي تنهى عن الإضرار بالزوجة، كما بينت السنة المطهرة أن للمرأة أن تطلب التطلق وهذا الحق ليس مطلقاً وإنما مقيد بقدر حاجة المرأة لهذا النوع من التفريق.

أ- من القرآن الكريم:

بالنسبة لمشروعية التطلق في القرآن الكريم، فإن النص لم يكن مباشراً ولكنه ضمناً يوحى بحق الزوجة في طلب الطلاق ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [البقرة 229].

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 03-12-1984 ملف رقم: 35026، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 4، ص 86.

وقال أيضا: ﴿وَإِنْ يَتَّبِعَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعاً حَكِيمًا﴾
[النساء 129].

ب- من السنة:

عَنْ ثَوْبَانَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا طَلَاقًا مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ"¹؛ ولعل ما يمكن أن يدرك من خلال ما يعرف بمفهوم المخالفة عند الأصوليين والفقهاء أن المرأة التي تتوفر لها أسباب الطلاق، وتدفعها إليه، فإن طلبها له يكون مشروعاً .

ج- في قانون الأسرة الجزائري:

نص المشرع الجزائري على طلب التطليق بناء على رغبة الزوجة المنفردة حيث قيد هذا الحق في حالات عدها المشرع ضمن المادة (53) من ق أ ج على سبيل المثال.

¹ - سبق تخريجه، ينظر: ص 166.

المطلب الثاني

أسباب التطلاق بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة

الجزائري:

نص المشرع الجزائري من خلال المادة (53) على حق الزوجة في المطالبة بفك الرابطة الزوجية بطريق التطلاق ولا يكون هذا الحق؛ إلا إذا استند على مبرر شرعي مبني على قاعدة الضرر¹، حيث ذكرت هذه الأخيرة عشرة أسباب يمكن للزوجة من خلالها أن تطالب بالتطلاق من زوجها، ويحكم لها القضاء بذلك إذا أثبتت دعواها.

وجاء في نص المادة (53)² من ق.أ.ج ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

- 1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد78-79-80 من هذا القانون.
- 2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 3-الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
- 4-الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
- 5-الغيبه بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
- 6-مخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) أعلاه.
- 7-ارتكاب فاحشة مبينة.
- 8-الشقاق المستمر بين الزوجين
- 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

¹ - ينظر: هشام ذبيح، مرجع سابق، ص33.

2- المادة (53) من القانون رقم84-11 المؤرخ في رمضان عام: 1404 الموافق: 9 يونيو 1984 المعدل والمتم للأمر رقم 02-05 المؤرخ في: 18 محرم عام 1426هـ، الموافق ل: 27 فيفري 2005، (الجريدة الرسمية، العدد 43، 22 يونيو 2005م).

10- كل ضرر معتبر شرعا".

وهذه الأسباب ذكرت هي على سبيل الحصر، ولو نتصور سببا آخر فيدرج في هذه الأسباب، وحتى يكون التشريع مستوعبا للمستجدات فقد أدرجها المشرع الجزائري في السبب 10 وهو كل ضرر معتبر شرعا¹.

وستنطرق في هذا المطلب إلى الأسباب التي عدها المشرع الجزائري حقا للمرأة في طلب التفريق، وما أصل هذا الحق هل هو مكفول شرعا للزوجة بما استنبطه الفقهاء من أحكام الشريعة الإسلامية أم هو من نسج المشرع الجزائري وما عملت به الاجتهادات القضائية من خلال المحكمة العليا؟

ولقد عدد الفقه الإسلامي جملة من الأسباب التي تخول للزوجة حقها في التفريق، بينما حددتها المشرع الجزائري بعشرة أسباب كما تقدم ذكره، ومنه فإنه سيتم تقسيم هذه الأسباب للاعتبارات معينة؛ وستنطرق فيما يلي إلى ذكر هذه الأسباب فقها وقانونا وقضاءً

الفرع الأول: الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والعائلية.

أولاً: التطبيق لعدم الانفاق.

عدّ الفقه الإسلامي الأسباب التي تعطي للمرأة حقها في التطبيق للضرر في واحد من الأسباب التالية: عدم الإنفاق على الزوجة².

فمن أهم آثار الزواج النفقة الزوجية التي حثت عليها أحكام الشريعة الإسلامية وحرص المشرع الجزائري عليها ورتب لها جزاء حال تخلفها كما أن التخلي عن هذا الحق يخول للمرأة الحق أن ترفع أمرها إلى القاضي وتطالب بالتطبيق.

1- في الفقه الإسلامي:

سنناقش هاته الآراء وما أخذ به المشرع الجزائري والتطبيقات القضائية في المسألة.

1- عدلان مطروح، "سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين دراسة مقارنة بين الشريعة والتشريع الجزائري والاجتهادات القضائية"، المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة". في الملتقى الدولي الثاني، جامعة الوادي، معهد العلوم الإسلامية، 29/28 أكتوبر 2018. مطبعة الرمال - الوادي، ط1، 2019م، ج2، ص819.

²- محمد الصادق الغرياني، الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ص12.

أ- الرأي الأول: القائل بجواز التفريق للإعسار.

وهو رأي جمهور الفقهاء من المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³، وأكثر الفقهاء، مع اختلافهم في بعض التفصيلات، وعند الإمام الشافعي وأصحابه: "النفقة مقدرة محددة، ولا اجتهاد لحاكم ولا لمفت فيها. وتقديرها هو بحال الزوج وحده من يسره وعسره، ولا يعتبر بحالها وكفايتها"⁴. ولقد استدل الجمهور في رأيهم على جملة من الأدلة منها:

- من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتِيَهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا ءَاتَيْهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق7].
وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِّن حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارَّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق6]. والأمر بالإسكان أمر بالإنفاق لأنها لا تمكن من الخروج للكسب لكونها عاجزة بأصل الحلقة لضعف بنيتها⁵.

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سِرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا ءَايَتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا أَنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [البقرة229].

¹ - أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (ت: 1189هـ)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت 1414هـ - 1994م، لاط، ج2، ص133.

² - قال الشافعي رحمه الله تعالى: " ويشبه أنه سنة النبي صلى الله عليه وسلم ولأنها إذا فسخت بالجب والعنة فبالعجز عن النفقة أولى لأن البدن لا يقوم بدونها بخلاف الوطء"، محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، دار الفكر بيروت، لا، س ص442.

³ - ابن قدامة، المغني، ج8، ص204.

⁴ - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت: 671هـ) الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، تحقق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2، دار الكتب المصرية - القاهرة 1384هـ - 1964م، ج18، ص170.

⁵ - علاء الدين الكاساني ت587، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت. 1982

الإمساك بالمعروف هو القيام بما يجب لها من حق على زوجها، ولذلك قال جماعة من العلماء: إن من الإمساك بالمعروف أن الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها، فإن لم يفعل خرج عن حد المعروف، فيطلق عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق لها من بقائها عند من لا يقدر على نفقتها، والجوع لا صبر عليه¹.

- ومن السنة:

أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت-أو اكتسبت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت.²

وفي ذلك ما روي عن عائشة، أَنَّ هِنْدَ بِنْتَ عُتْبَةَ، قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَقَالَ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ، بِالْمَعْرُوفِ»³.

- إن عدم الإنفاق أشد ضرراً على المرأة من سبب العجز عن الاتصال الجنسي، فيكون لها الحق في طلب التفريق بسبب الإعسار أو العجز عن الإنفاق من باب أولى.

ب- الرأي الثاني: القائل بعدم الحق للمرأة في طلب التفريق للإعسار.

حيث ذهب الحنفية⁴ والظاهرية⁵، خلافا لما قال به الجمهور، ولم يعترفوا بحق الزوجة في التفريق لعدم الإنفاق، حتى لو أعلنت الزوجة عدم الرضا، فليس في مذهبهم ما يجيز التفريق للإعسار حتى لو لم يكن له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه، ويبقى دين في ذمته عند الظاهرية إن

¹ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ص155.

² - أخرجه الترمذي، أبواب الرضاع عن رسول الله، باب: ما جاء في حق المرأة على زوجها، برقم: 1162، ج3، ص458، وصححه الألباني، في السلسلة الصحيحة، برقم: 284، ج1، ص573.

³ - صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل للمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، حديث رقم: 5364، ج7، ص65.

⁴ - "ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه " علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت: 593هـ) الهداية في شرح بداية المبتدي تحق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، لاس، ج2، ص287.

⁵ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المحلى بالآثار، لاط، دار الفكر، لاس، بيروت، ج9، ص253.

امتنع عن الإنفاق مع القدرة عليه حيث جاء في المحلى: " ومن منع النفقة والكسوة وهو قادر عليها فسواء كان غائبا أو حاضرا هو دين في ذمته، يؤخذ منه أبدا ويقضي لها به في حياته وبعد موته، ومن رأس ماله يضرب به مع الغرماء، لأنه حق لها فهو دين قبله".¹

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

- من القرآن:

قول الله تعالى: ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا ءَاتَيْهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ [الطلاق7].

المعنى: لينفق الزوج على زوجته وعلى ولده الصغير، على قدر وسعة وطاقته؛ وهو أمرٌ بأن ينفق كل واحد على مقدار حاله، فلا يكلف الزوج ما لا يطيق، ولا تُضَيِّع الزوجة بل يكون الحال معتدلاً، وفي الآية دليلٌ على أن النفقة تختلف باختلاف أحوال الناس يسراً وعسراً كل حسب طاقته واستطاعته، فلا يكلف الفقير مثل ما يكلف الغني.²

- من السنة:

لم يؤثر عن النبي ﷺ أنه مكن امرأة قط من الفسخ بسبب إعسار زوجها، ولا أعلمها بأن الفسخ حق لها ويجب بأن التفريق بسبب الإعسار مرهون بطلب المرأة، ولم تطلب الصحابييات التفريق.³

- من المعقول

إذا لم يكن الزوج ظالماً فلا ن ظلمه بإيقاع الطلاق عليه أما إن كان موسراً فهو ظالم بعدم الإنفاق، ولكن دفع ظلمه لا يتعين بالتفريق، بل بوسائل أخرى كبيع ماله جبراً عنه للإنفاق على زوجته، وحبسه لإرغامه على الإنفاق، ويجب بأنه قد يتعين التفريق لعدم الإنفاق لدفع الضرر عن الزوجة.⁴

¹ - بن حزم، المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج9، ص253.

² - محمد علي الصابوني صفوة التفاسير، دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة، ط1، 1417هـ - 1997م، ج3، ص378.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج9، ص7044.

⁴ - المرجع نفسه.

2- في قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة (53) من ق أ ج: " يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية:

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون.

حيث نصت هذه المادة صراحة في حق الزوجة طلب التطلاق على زوجها ولكن وضعت جملة من الشروط والضوابط وهي كالتالي¹:

- أن تلجأ الزوجة إلى القضاء طالبة الحكم لها بالنفقة على زوجها الممتنع عن الإنفاق، وحصولها على الحكم بوجوب بالنفقة.

- ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج؛ لأن علم الزوجة بالإعسار تعتبر راضية على هذا الوضع وبالتالي لا يحق لها أن تطلب التطلاق بناء على ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (53) من ق أ ج. بحيث إذا استطاع الزوج أن يثبت بأن زوجته كانت عالمة بإعساره وقت الزواج ورضيت بالحال الذي هو عليه، وعبء إثبات ذلك يقع على الزوج بكل وسائل الإثبات، أما إذا غرر بها بأنه ميسورا وظهر بعد ذلك بأنه معدما فلها الحق أن تطلب الزوجة التطلاق. أما إذا أعسر بعد الزواج فإن حقها في طلب التفريق يبقى قائما.

- إذا كان عدم الإنفاق هو السبب الرئيسي للتطلاق، فإن الزوجة إذا حصلت على النفقة من وليها أو أي متبرع يسقط هذا السبب بناء على ما جاء في سياق نص المادة سالفه الذكر.

- أن ترفع الزوجة دعوى تطلاق لعدم الإنفاق و أن يراعي القاضي أحكام المواد (78-79-80) من هذا القانون في شأن نفقة الزوجية وكل ما يتعلق بها، ومؤدى هذا أن استصدار حكم بالنفقة وعدم تنفيذه بالإنفاق غير كاف لطلب التطلاق؛ وإنما يشترط أن ترفع الزوجة دعوى تطلاق قائمة بذاتها.

فإذا ما توفرت هذه الشروط الثلاثة مشتملة فإنه يجوز للمرأة أن ترفع أمرها إلى القضاء وطلب التطلاق، وعلى القاضي أن يسمع دعواها وإصدار حكم التطلاق لعدم الإنفاق.

¹-ينظر: أحمد نصر الجنيدي، شرح قانون الأسرة الجزائري، لاط، دار الكتب القانونية، الجزائر، 2014، ص112-113. وخليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص39.

وليس لعدم الإنفاق حكما بالتطليق فحسب؛ بل رتب المشرع الجزائري جزاء للامتناع عن النفقة وهو ما أقره في المادة (331) من ق ع ج¹.

وينطبق هذا الأمر نفسه على المسكن؛ لأنه من مشتملات النفقة، والزوجة لا يمكنها طلب التطليق لانعدام المسكن إلا بعد استصدار حكم قضائي بذلك².

ولقد أخذ المشرع الجزائري في التطليق لعدم الإنفاق برأي جمهور الفقهاء، ولكنه في الوقت ذاته بالغ في تقييد هذا الحق؛ لأن النفقة واجبة على الزوج بمجرد تمام العقد وتحقق الدخول، ويبقى هذا الواجب على عاتق الزوج مادامت العلاقة الزوجية قائمة وقيام الزوجة بواجباتها تجاه زوجها، وليس هناك عذر ما يمنع الزوج من الإنفاق وبالتالي فإنه لا ضرورة لهذا الحكم لأن النفقة واجبة في الأصل وبحكم الشرع والقانون، فكان من المفروض أنه عندما تثبت الزوجة قيام الزوجية وكذا امتناع الزوج عن النفقة يقوم القاضي مباشرة بتوجيه إعدار للزوج ينذره فيه بأن ينفق على زوجته فوراً أو يحدد له أجلاً إن كان معسراً، وإلا تعرض للمتابعة بإجباره على الإنفاق وبإمكان الزوجة أن تطلب التطليق إذا لم ينفق³.

3- في اجتهادات المحكمة العليا:

أما ما سار عليه الاجتهاد القضائي في مسألة التفريق للنفقة، فقد جاء في قرار لها: " من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة شهرين متتاليين يكون مبرراً لطلبها التطليق عن زوجها وذلك وفقاً لما نص عليه الفقيه ابن عاصم⁴

¹ -المادة (331) من قانون العقوبات الجزائري.

² -ينظر: شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، مرجع سابق، ص131.

³ -بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص189.

⁴ - ابن عاصم (760 - 829 هـ = 1359 - 1426م): محمد بن محمد بن محمد، أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي: قاض، من فقهاء المالكية بالأندلس. مولده ووفاته بغرناطة. كان يجلد الكتب في صباه، وتقدم حتى ولي قضاء القضاة ببلده، له كتب منها، (تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام أرجوزة في الفقه المالكي تعرف بالعاصمية، شرحها جماعة من العلماء)، و (حدائق الأزاهر في مستحسن الأجوبة والمضحكات والحكم والأمثال والحكايات والنوادر)، (وأراجيز) في الأصول) و (النحو) و (القراءات)، ينظر: خير الدين بن محمود الزركلي الدمشقي(ت: 1396هـ)، الأعلام، دار العلم للملايين، ط15، 2002م، ج7، ص45.

الزوج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق... فإن القضاء بما يخالف أحكام هاته المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية"¹.

من خلال عرض الآراء الفقهية وما أخذ به المشرع الجزائري وتطبيقات الاجتهاد القضائي نرى بأن النفقة واجبة على الزوج وهي حق للزوجة لا يمكن التنازل عنها أو إسقاطها؛ وبالتالي فإنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق إذا تخلى الزوج عن النفقات الزوجية، وقد أخذ المشرع الجزائري والاجتهادات القضائية برأي جمهور الفقهاء والإقرار بحق الزوجة في طلب التفريق لعدم النفقة.

ولكن قد يكون الزوج في بعض الأحيان عاجز عن الإنفاق لعذر ما فإنه في هاته الحالة يمكن الأخذ برأي الحنفية والظاهرية بحيث تصبر المرأة على زوجها أو تساعد على الإنفاق إذا كانت ميسورة الحال.

4- نوع الفرقة لعدم الإنفاق:

اختلف الفقهاء في تصنيفهم لنوع الفرقة بحيث نرى أن المالكية قالوا بأن التفريق لعدم الإنفاق طلاق رجعي، حيث جاء في حاشية الدسوقي²: " وله الرجعة في المدخول بها إن وجد في العدة يسارا يقوم بواجب مثلها عادة لا دونه فليس له الرجعة بل لا تصح " وقاسوا الفرقة بالإيلاء؛ لأن كليهما منع للمضارة، ولأن الإيلاء عنده طلاق رجعي، فالفرقة لعدم الإنفاق طلاق رجعي.³

وجاء أيضا في المختصر الفقهي لابن عرفة: " ولمن طلق عليه لعسر نفقة أو عيب الرجعة إن أيسر في العدة، أو ذهب عيبه، وإلا فلا إن لم ترض ويختلف إن رضيت فيهما"⁴.

¹ - قرار لمحكمة العليا، بتاريخ: 19-11-1984، ملف رقم: 34791، المجلة القضائية 1989، العدد 4، نقلا عن خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 43.

² - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لاط، دار الفكر لاس، ج 2، ص 519.

³ ينظر: نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006، ص 16.

⁴ - أبو عبد الله، محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي (ت: 803 هـ) المختصر الفقهي لابن عرف، تحق: حافظ عبد الرحمن محمد خير مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ج 4، ص 280.

ويرى الحنابلة والشافعية أنه فسخ ولا ينقص من عدد الطلقات مادام أن الطلاق لم يكن بإرادته ولم يتلفظه بلسانه، ولهذا فإنه لا يمكن احتسابه من عدد الطلقات؛ لأنه فسخ للنكاح وليس طلاقاً.¹

والفرقة التي تكون بسبب عدم الإنفاق طلاق رجعي في كل الأحوال، لكن الرجعة لا تثبت بمجرد قوله راجعت امرأتي، بل لابد أن يزول السبب الذي كان من أجله التفريق، فإن كان معسراً، فلا بد من ثبوت يساره، وإن كان ممتنعاً فلا بد من ثبوت استعداده لأداء النفقة الواجبة عليه.²

5- نوع الفرقة للإنفاق في قانون الأسرة الجزائري:

اعتبر التطليق للإنفاق طلاقاً وليس فسخاً، ويظهر ذلك من خلال نص المادة (48) من ق أ ج: " مع مراعاة أحكام المادة (49) أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53) و (54) من هذا القانون".

كما أن المشرع لم يشر إلى نوع الطلاق الذي يحكم به القاضي لعدم الإنفاق أو لأي سبب آخر من الأسباب الواردة في المادة (53)، ولكنه أطلق حكماً عاماً شاملاً لجميع أنواع الفرق الزوجية³، حيث جاء في نص المادة (50) من ق أ ج: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

ومن هنا يتبين لنا أن الحكم بالتطليق لعدم الإنفاق يقع طلاقاً بائناً؛ لأن الزوج إذا أراد الرجعة بعد صدور الحكم بالطلاق لا بد له من عقد جديد، ومنه فإن المشرع الجزائري خالف جمهور الفقهاء الذين اعتبروا أن الطلاق للإعسار طلاقاً رجعياً، يمكن فيه للزوج أن يراجع زوجته إذا تيسر حاله وأبدى استعداده الفعلي للنفقة.

¹ - ينظر: شمس الدين، الشريبي الشافعي، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 3، ص 442.

² - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 351.

³ - ينظر: شاوش دليلة، مرجع سابق، ص 135.

ثانيا: طلب التطلاق بسبب الهجر في المضجع.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم الإيلاء وهل يعد طلاقاً بائناً إذا انقضت الفترة ولم يفئ الزوج، أم يمكن للزوج أن يراجع زوجته بعد انقضاء المدة التي قسم بها ولا شيء عليه.

وستتطرق فيما يلي إلى عرض آراء الفقهاء في المسألة وما أخذ به المشرع الجزائري وما عملت به المحكمة العليا في اجتهاداتها.

1- التطلاق بسبب الهجر في الفقه الإسلامي:

أ- معنى الإيلاء: تباينت الآراء الفقهية في حق المرأة في التفريق للهجر، وفي ذلك تفصيل ويعود لاختلافهم في تفسير معنى الإيلاء من حيث مدته والفيء ونوع الطلاق الحاصل به، وذلك بين الحنفية وجمهور الفقهاء.

حيث عرفه الحنفية¹: "هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعداً بالله أو بتعليق ما يستشقه على القربان"²؛ بأن يحلف على أن لا يقرب زوجته، سواء أطلق بأن قال: والله لا أطأ زوجتي، أو قيد بلفظ أبداً، بأن قال: والله لا أقربها أبداً، أو قيد بمدة أربعة أشهر فما فوق، بأن قال: والله لا أقرب زوجتي مدة خمسة أشهر، أو مدة سنة، أو طول عمرها، أو ما دامت السموات والأرض أو نحو ذلك فإن قال ذلك كان مولياً بذلك، أما إذا قيد بشهرين، أو ثلاثة، أو أربعة بدون زيادة على الأربعة ولو يوماً، فإنه لا يعتبر مولياً"³.

¹ - فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، مرجع سابق، ج2، ص261
² - يقع الإيلاء بكل يمين عند المالكية. أما الشافعية فإنه لا يقع إلا بالأيمان المباحة في الشرع، وهي اليمين بالله، أو بصفة من صفاته، فمالك اعتمد عموم قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: 226] والشافعي يشبه الإيلاء بيمين الكفارة، وذلك أن كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعي، فوجب أن تكون اليمين التي تترتب عليها حكم الإيلاء هي اليمين التي يترتب عليها الحكم الذي هو الكفارة، ينظر: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت: 595هـ) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، 1425هـ - 2004م، لاط، ج3، ص119.

³ - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (ت: 1360هـ)، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط2، 1424هـ، 2003م، ج4، ص407.

و عرفه المالكية بأنه: " حلف زوج على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه"¹.

ب- حكم الإيلاء:

اختلف الفقهاء في طبيعة الإيلاء وحكمه كالآتي:

- الرأي الأول: وقال به الحنفية.

يعتري يمين الإيلاء عند الحنفية حكم أخروي، وحكم دنيوي، ويتعلق بالإيلاء في الحكم الدنيوي حُكمان: حكم الحنث، وحكم البر.

أما حكم الحنث؛ أن الزوج إذا حلف على عدم قربان زوجته؛ فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة².

وإن كان الحلف بالشرط والجزاء يلزم المحلوف به كسائر الأيمان بالشروط والأجزاء فإن لم يفئ الزوج قبل انقضاء المدة فإن زوجته تطلق عليه³.

وأما حكم البر؛ " فالكلام فيه في مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان وصفه وفي بيان وقته وفي بيان قدره أما أصل الحكم فهو وقوع الطلاق بعد مضي المدة من غير فيء لأنه بالإيلاء عزم على منع نفسه من إيفاء حقها في الجماع في المدة فقد حقق العزم المؤكد باليمين بالفعل فتأكد الظلم في حقها فتبين منه عقوبة عليه جزاء على ظلمة ومرحمة عليها ونظرا لها بتخليصها عن حباله لتتوصل إلى إيفاء حقها من زوج آخر"⁴.

¹ - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (ت: 954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط2، 1412هـ - 1992م، ج4، ص106.

² - محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي، العناية شرح الهداية، ج4، ص190. وينظر: وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص7081.

³ - علاء الدين الكاساني(ت587)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لاط، دار الكتاب العربي - بيروت، 1982، ج3، ص175.

⁴ - جمال الدين الرومي البابري، العناية شرح الهداية، مرجع سابق، ج4، ص191.

فإذا مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة؛ لأن معنى الإيلاء عند الحنفية: إن مضت أربعة أشهر ولم أجامعك فأنت طالق تطليقة بائنة¹.

- الرأي الثاني: قال به جمهور الفقهاء

أما جمهور الفقهاء في حكم الإيلاء، فإنهم يرون بأن الزوج إذا آلى من زوجته؛ فإن حصل الفیء قبل مضي الأشهر الأربعة فإنه تجب كفارة اليمين أو ما التزم به وهو الحكم نفسه الذي قال به الحنفية. لقوله عز وجل: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّونَ مِّنْ نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنِ بَآءُوا بَعْلًا مِّنْهُمُ فَلَهُنَّ مَتْرُكُنَّ مِمَّا كَانَتْ يَلْزِمُهُنَّ الْكُفْرَةُ إِذْ يَبْآؤُونَ بَعْلَهُنَّ وَالْكُفْرَةُ أَشَدُّ مِمَّا كَانَتْ يَلْزِمُهُنَّ﴾ [البقرة: 224].

وإن حصل الفیء بعد مضي المدة فإن أجل الإيلاء انتهى ولا شيء على المولي حيث بالفیء يكون قد أوفاهما حقها وخرج من الإيلاء بفعله ما حلف عليه.

جاء في مغني المحتاج: "الأظهر، أنه إذا وطئ في مدة الإيلاء بعد مطالبة له بالفیء لزمه كفارة يمين إن كانت، يمينه بالله تعالى أو صفة من صفاته لحنثه، والثاني: لا يلزمه لقوله تعالى: ﴿بِأَن يَبْآؤُوا بَعْلًا مِّنْهُمُ فَلَهُنَّ مَتْرُكُنَّ مِمَّا كَانَتْ يَلْزِمُهُنَّ الْكُفْرَةُ إِذْ يَبْآؤُونَ بَعْلَهُنَّ وَالْكُفْرَةُ أَشَدُّ مِمَّا كَانَتْ يَلْزِمُهُنَّ﴾ [البقرة: 224] ؛ أي يغفر الحنث بأن لا يؤاخذ بكفارته لدفعه ضرر الزوجة"².

وعن مالك: "وهو ضرر للزوجة القيام به تطلق عليه إذا بان ضرره، ولو كان قبل أجل الإيلاء بعد الإعذار إليه إن كان يرجى ذلك منه، وإن لم يرج طلق عليه؛ لأن حسن العشرة من حقوق الزوجية كالنفقة"³.

فإن مضت مدة الإيلاء، ولم يفیء الزوج لا في خلالها ولا بعدها، يجوز للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي، حينئذ يأمر القاضي بالفیء إلى الوطاء فإن لم يطاء، طلق القاضي عليه⁴.

¹ - المرجع نفسه.

² - شمس الدين، الشريبي الشافعي، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 5، ص 28.

³ - محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله (ت: 803 هـ)، المختصر الفقهي، تحق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط 1، 1435 هـ - 2014 م، ج 4، ص 296.

⁴ - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي (ت: 954 هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط 2، 1412 هـ - 1992 م، ج 4، ص 106.

ويقع الطلاق رجعيًا؛ لأن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع أنه يحمل على أنه رجعي، إلى أن يدل الدليل على أنه بائن¹، وسواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه؛ لأنه طلاق لامرأة مدخول بها من غير عوض، ولا استيفاء عدد، فكان رجعيًا كالطلاق في غير الإيلاء، بخلاف فرقة العنة فإنها فسخ لعيب².

وقد استدلووا في ذلك:

– أن الله تعالى من خلال صياغة آية الإيلاء، خير المولى بين أمرين وهما؛ الفيء والعزم على الطلاق بعد أربعة أشهر.

– كما استدلووا بقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾

[البقرة 225].

هذا يقتضي وقوع الطلاق على وجه يسمع، وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة³، إذ لو وقع بمجرد انتهاء المدة ودون وقاع للزوجة ومن دون نطق الزوج به أو لم يصدر من القاضي؛ فإن صوت الطلاق لم يتحقق وعلى ذلك فالطلاق لا يكون إلا من الزوج أو القاضي⁴.

2- التطبيق بسبب الهجر في قانون الأسرة الجزائري:

نص المشرع في الفقرة الثالثة من المادة (53) على ما يلي: "...الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.."

ونوعي الهجر نصّ عليهما في القرآن الكريم، بحيث جاء الأول: بغرض التأديب لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ تَخَافُونَ نُشُوزَهُمْ فَعِظُوهُمْ وَاهْجُرُوهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُمْ فَإِنَّ اللَّهَ يَتَعَبَّ عَنْكُمْ فَلَا تَبَغُّوا عَلَيْهِمْ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ [النساء: 34]. ولم يحدد هذا النوع من الهجر بمدة معينة.

¹ – ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج3، ص120.

² – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 7085.

³ – ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج3، ص119.

⁴ – ينظر: خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص95.

وأما الثاني: جاء بغرض الإيلاء، وهو الهجر المصحوب بالقسم، بمعنى أن يقسم الرجل على هجر زوجته في الفراش مدة من الزمن، وهو الهجر المشار إليه في قول الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّونَ مِّنْ نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنِ قَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة:224].

بمعنى أن الهجر المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري يقصد به الإيلاء؛ أي الهجر المصحوب بالقسم والذي إذا طالت مدته فإنه يؤدي بالإضرار بالزوجة، لهذا السبب تم تحديد فترة الهجر بأربعة أشهر، وهو ما نص عليه الله تعالى في كتابه العزيز، وهو ما قال به المشرع الجزائري¹.

ولكي يتسنى للزوجة طلب التفريق للهجر في المضجع يُشترط ما يلي²:
أ- أن يهجرها، بحيث يدير ظهره لها ولا يعطيها حقها في الفراش كما يفعل الأزواج في المعاشرة الزوجية.

ب- أن يدوم الهجر أكثر من أربعة أشهر بصفة مستمرة.
ج- ألا يكون للهجر أي عذر شرعي، بحيث يتعمد الزوج هجر زوجته قصد الإضرار بها استنادا لما جاءت به الشريعة الإسلامية.

3- التفريق للهجر في اجتهادات المحكمة العليا:

بالنسبة لمسألة الهجر في المضجع فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أن القاضي الأول أبرز في حيثياته بأن الطاعن تزوج ثانية بدون علم المدعية التي تضررت من زواجه الثاني، إذ يتبين من وقائع الدعوى بأن الطاعن لم يعدل بين الزوجتين لكونه هجر المطعون ضدها في المضجع لمدة تفوق السنة، وهو من جملة الأضرار المعتبرة شرعا طبقا للمادة (53) فقرة 10

¹ - ينظر: بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 197.

² - ينظر: خليل عمرو، مرجع سابق، ص 81.

من قانون الأسرة الأمر الذي يتعين معه تعويض المدعية، فضلا عن أن الضرر مسألة وقائع وهي من الأمور التي يرجع تقديرها لقضاة الموضوع ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا¹.

من خلال ما تقدم ذكره، فإن إيلاء الزوج المصحوب بقسم فيه ضرر للزوجة إذا انتهى أجل الإيلاء ولم يفىء الزوج فإن للزوجة الحق في رفع أمرها إلى القاضي؛ لأنه معاشرة الزوجة حق على زوجها، ويجب عليه إحصائها ومعاشرتها بالمعروف، ولكن قد يحصل بعض النفور بين الزوجين لأسباب أو لأخرى؛ مما تؤدي بالزوج إلى هجر زوجته في مضجعها، فإن كان هذا الهجر للتأديب ويكون بضوابطه فلا إشكال فيه، أما إذا كان الهجر للإضرار بالزوجة فقد أجاز المالكية، ومنه قانون الأسرة الجزائري حق المرأة في طلب التفريق للهجر.

ثالثا- التفريق للغيبة بعد مرور سنة من دون عذر ولا نفقة:

1- التفريق للغيبة في الفقه الإسلامي:

تباينت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في التفريق بين الزوجين إذا غاب الزوج عن زوجته، وتضررت من غيبته وخشيت على نفسها الفتنة، والاختلاف في حكم الفرقة بين الزوجين بسبب الغيبة بناء على اختلافهم في حكم استدامة الوطء هل حق للزوجة كالزوج، أو لا ؟

أ- الرأي الأول: وقال به الحنفية² والشافعية³؛ أنه ليس من حق الزوجة أن تطلب التطليق بسبب غيبة زوجها، وإن طالت غيبته وذلك لعدم قيام الدليل الشرعي على الحكم بالتطليق، وذلك لأن سبب التفريق لم يتحقق، فإذا علم مكان الزوج بعث الحاكم ببلد الزوجة إلى الحاكم ببلد الزوج؛ لإلزامه بدفع نفقة زوجته.

¹ - الحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص164.

² - علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت: 593هـ) الهداية في شرح بداية المبتدي، تحق: طلال يوسف دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، لاط، لاس، ج2، ص424.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج9، ص 7066.

ب- الرأي الثاني: يرى المالكية¹ والحنابلة² أنه يجوز للمرأة أن تطلب التطليق من زوجها إذا طالت مدة غيبته وتضررت الزوجة، وإن ترك الزوج لها مالا تنفق منه، لأن تضرر الزوجة بغياب زوجها لا يترتب عنه ضرر مادي فحسب بل قد يكون الضرر المعنوي أشد أثرا على المرأة، واستندوا على ما رواه أبو حفص بإسناده عن يزيد بن أسلم قال: بينما عمر بن الخطاب يحرس المدينة، فمرَّ بامرأة وهي تقول:

تطاول هذا الليل واسودَّ جانبه *** وطال علي أن لا خليل لأعبه

فو الله لولا خشية الله والحيا *** لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها، فقيل له: زوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة تكون معها، وبعث إلى زوجها، فأقفلته، ثم دخل على حفصة فقال: بُنَيَّة، كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: سبحان الله، مثلك يسأل مثلي عن هذا؟ فقال: لولا أي أريد النظر للمسلمين، ما سألتك، فقالت: خمسة أشهر، ستة أشهر، فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر، يسرون شهراً، ويقيمون أربعة أشهر، ويرجعون في شهر³.

ولكن اختلف أصحاب هذا القول في نوع الغيبة ومدتها، وفي التفريق حالا وفي نوع الفرقة. فالتطليق لغيبة الزوج إذن هو مذهب مالك وأحمد؛ دفعا للضرر عن المرأة، فللمرأة أن تطلب التفريق إذا غاب عنها زوجها، لكن بشروط:

1 - أن يكون غياب الزوج عن زوجته لغير عذر مقبول.

¹ - "ويكتب له إن كانت تبلغه الكتابة إما أن يقدم أو ينقل زوجته إليه أو تطلق عليه، فإن امتنع من ذلك تلوم له بالاجتهاد، ثم إن شاءت طلق عليه واعتدت، فإن لم تبلغه المكاتبه طلق عليه لضررها بترك وطفها وهي مصدقة فيه، وفي خوفها زناها، وهذا إن دامت نفقتها حقيقة أو حكما من ماله بأن ترك ما تنفق منه، وإن لم يعينه لها وإلا طلق عليه لعدم النفقة". منح الجليل شرح مختصر خليل محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي (ت: 1299هـ) دار الفكر - بيروت، لاط، 1409هـ-1989م، ج4، ص205.

² - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: 620هـ) المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، لاط، 1388هـ - 1968م، ج7، ص563.

³ - سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرِمِيّ المصري الشافعي (ت: 1221هـ) تحفة الحبيب على شرح الخطيب حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، لاط، 1415هـ - 1995م، ج4، ص3، وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص6845.

2 - أن تتضرر بغيابه.

3 - أن تكون الغيبة في بلد غير الذي تقيم فيه.

4 - أن تمر ستة أشهر على قول الحنابلة أو سنة تتضرر فيها الزوجة على قول المالكية¹.

وزاد المالكية أنه لا فرق في نوع الغيبة بين أن تكون بعذر كطلب العلم والتجارة، أم بغير عذر، وحددوا الغيبة الطويلة بمدة سنة فأكثر على المعتمد في المذهب، وفي قول ثلاث سنوات²، وقيل أربع سنوات وهو ما جاء في كتاب إرشاد السالك³ : " إذا غاب الزوج غيبة منقطعة فلم تعلم حياته فلها رفع أمرها إلى الحاكم فيؤجلها أربع سنين فإن علم موضعه كاتبه بالحيء أو نقلها أو الطلاق وإلا أمرها بعدة الوفاة.

وفي حديث عن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، أنه قال: أيما امرأة فقدت زوجها لم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرًا، ثم تحل⁴.

فإذا طلبت الزوجة التفريق فإن القاضي يطلقها عليه في الحال إن كان الزوج في مكان مجهول على أن ينذر الزوج إما بالحضور أو الطلاق، أو إرسال النفقة، والطلاق في هذه الحال يكون بائنا، لأن كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقا بائنا إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق.

¹ - سيد سابق، (ت 1420هـ)، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، ط3، 1397هـ - 1977م، ج2، ص292.

² - "لا يطلق على من ترك الوطء لغيته إلا إذا طالت مدة الغيبة، وذلك كسنة فأكثر عند أبي الحسن وهو المعتمد وقال الغرياني وابن عرفة: السنتان والثلاثة ليست بطول بل لا بد من الزيادة عليها، ولا بد أن تخشى الزنا على نفسها، ويعلم ذلك منها، وتصديق في دعواه حيث طالت مدة الغيبة، وأما مجرد شهوتها للجماع فلا يوجب طلاقها، ويزاد على هذين الشرطين شرط ثالث وهو الإرسال إليه إن علم محله، وأمكن الوصول إليه، وإلا فلا يعتبر هذا الشرط، وهذا كله إذا كانت نفقتها دائمة، وإلا طلق عليه حالا لعدم النفقة"، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لاط، دار الفكر، ج2، ص431.

³ - عبد الرحمن شهاب الدين البغدادي، إرشاد السالك، دار الشركة الإفريقية للطباعة، لاط، ج1، ص118.

⁴ - أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي (ت: 1397هـ)، أسهل المدارك، شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط2، ج2، ص132.

وفي رأي الحنابلة، لا تجوز الفرقة للغيبة إلا أن تكون بعذر، وحددوا مدة الغيبة بستة أشهر فأكثر، ويفرق القاضي في الحال متى أثبتت الزوجة دعواها، والفرقة هنا تكون فسخا لا طلاقا، ولا تنقص من عدد الطلقات؛ لأنها فرقة من جهة الزوجة، بحيث لا يمكن للقاضي التفريق بينهما إلا بناء على طلب الزوجة¹.

2- التفريق للغيبة في قانون الأسرة الجزائري:

إذا غاب الزوج عن بيت الزوجية لمدة سنة دون عذر ولا نفقة؛ فإن المشرع الجزائري أجاز للمرأة أن ترفع أمرها للقضاء وطلب التطلاق.

والتفريق لغياب الزوج هو تفريق لدفع الضرر عن الزوجة، ويأخذ الزوج الغائب حكم المفقود، حيث يسبب الفقد ضررا للزوجة؛ إذ يفوت عليها أغراض الزواج، لكن المشرع الجزائري نص في الفقرة الخامسة من المادة (53) على ما يلي: ".... الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة" واشترط القانون مرور سنة قبل رفع الدعوى بطلب التطلاق على الزوج للغيبة، وإذا رفعت الزوجة دعواها قبل مضي سنة من الغيبة فالدعوى غير مقبولة؛ لأنها مشروطة بمدة معينة مع انعدام النفقة².

ومن جملة الشروط التي اشترطها المشرع الجزائري لقبول الدعوى ما يلي:

- أ- أن يمر على غياب الزوج سنة كاملة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى.
- ب- أن يكون هذا الغياب بدون عذر مقبول؛ بحيث إذا غاب الزوج لعذر ما يراه القاضي مقبولا، فإن كان العذر كافيا فإن الزوجة ترد دعواها.
- ج- ألا يترك الزوج الغائب مالا كافيا للزوجة تنفق منه فترة غيابه، فإن غاب الزوج ولكنه ترك مالا للزوجة فإن حقها في طلب التفريق للغيبة يسقط³.

أما نوع الفرقة الواقعة بالتطلاق للغيبة في قانون الأسرة الجزائري؛ طلاق بائن. ومن خلال عرض آراء الفقهاء وما قال به المشرع الجزائري، فإنه يتبين لنا أن المشرع وإن كان في مبدأ التفريق للغيبة أخذ بقول المالكية والحنابلة، إلا أنه اختلف عنهما في الشروط، بحيث لم يشترط المالكية وجود عذر ويمكن للقاضي أن يطلق على الزوج إذا فاقت مدة غيابه

¹-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص532.

²-ينظر: أحمد نصر الجنيدي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 118.

³- شاوش دليلة، مرجع سابق، ص144.

السنة سواء بعذر أو من غير عذر، كما أنه اختلف مع الحنابلة في المدة التي يجوز فيها للمرأة طلب التفريق وهي ستة أشهر بينما حددها المشرع الجزائري بسنة كاملة، واتفق المذهبان على أن سبب التفريق هو الحالة النفسية للمرأة واحتياجها لزوجها، كما يخاف عليها الافتتان والوقوع في الحرام، بينما المشرع الجزائري لم يأبه لهذه العلة متجاوزا إياها ومكتفيا فقط بتوفير النفقة طيلة فترة الغياب، ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري خالف كل من المالكية والحنابلة في المقصد الحقيقي الذي شرع من أجله طلب التفريق؛ وهي تفويت الاستمتاع¹.

ولو أصّلنا لموقف المشرع الجزائري لوجدناه أخذ برأي عند الحنفية، وهو مخالف للقول السائد عندهم؛ القاضي بعدم التطليق للغياب، بحيث نرى أن الرأي الشاذ للحنفية يقضي بجواز طلب التفريق للغيبة إذا اقترنت بعدم الإنفاق، ويكون التفريق بذلك ليس على أساس الغياب وإنما على أساس عدم الإنفاق وهو ما قال به الشافعية؛ بأنه لا يفسخ الزواج للغيبة مادام الزوج موسرا، ومن هنا يمكن القول أن المشرع الجزائري أخذ برأي الشافعية وقول للحنفية؛ لأنه لا يمكن للزوجة أن تطلب التفريق مادام أن الزوج ترك لها مالا تنفق منه².

ولكني أرى -والله أعلم- أنه وبالرجوع إلى طبيعة المجتمع الجزائري والغالبية العامة فيه، بحيث كان آباؤنا وأجدادنا يغتربون بالسنة والسنتين والثلاث لأجل توفير لقمة العيش، وأن الزوج طالما كان غيابه لعذر مشروع وفي مكان معلوم، بحيث لو أن كل زوجة غاب عنها زوجها، سواء لطلب العلم أو الرزق رفعت أمرها إلى القضاء، لصارت الكارثة كارثتين، انحلال أسري وبالتالي انحلال اجتماعي وخلقي، والمشرع في صياغته للفقرة الخامسة من المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري كان يدرك طبيعة المجتمع الجزائري لهذا ربط الغياب بالنفقة؛ لأن غياب الزوج عن زوجته بلا عذر ولا نفقة سببا كافيا جدا للزوجة أن تطلب التفريق إن لم تستطع الصبر على هذا الحال.

أما إذا كان الزوج مفقودا ولا يعلم مكانه ولم يظهر عليه أي خبر؛ فإنه يحق للزوجة أن تطلب التفريق بناء على ما نصت عليه المادة (112) من هذا القانون³.

¹ -ينظر: شاوش دليّة، مرجع سابق، 144.

² -ينظر: أحمد نصر الجندي الزواج والطلاق وآثارهما، مرجع سابق، ص 333.

³ ونصت على ما يلي: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

3- التفريق للغيبة في اجتهادات المحكمة العليا:

جاء في قرارات المحكمة العليا: " حيث أنه يتبين بالرجوع فعلا إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة أسست حكم التطلاق على أنه ثبت لديها من خلال الحضور الشخصي وتصريحات الطرفين، أنهما في حالة شقاق مستمر، وغيبة الطاعن المستمرة، مما يجعل طلب التطلاق مؤسسا قانونيا.

وحيث أن هذا التسيب قاصر ولا يفيد احترام نص المادة (53)... وحيث أنه فيما يخص الغيبة المعتبرة كما جاء في الحكم المطعون فيه، لم تبين المحكمة ذلك ولا كيفية معاينة الغيبة.....¹.

الفرع الثاني: التطلاق بسبب العيوب والشقاق المستمر بين الزوجين.

من أجل بناء علاقة زوجية تهدف إلى إنشاء أسرة متكاملة؛ لا بد من خلو الزوجين من العيوب والموانع التي تحول دون هذا الهدف، ومن المعلوم أن بعض العيوب الزوجية تؤثر سلبا على استقرار الأسرة، وبالتالي استمرار الشقاق والتوتر بسبب هاته العيوب أو لأسباب أخرى، لذا أجاز الفقهاء ومنه المشرع الجزائري التطلاق القضائي لرفع الضرر عن الطرف المتضرر، وبالتالي فإن التفريق للعيوب والتفريق للشقاق من الأسباب التي تستدعي طلب التطلاق، وسنتطرق فيما يلي إلى الحق في طلب التطلاق للعيوب (أولا)، ثم التطلاق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين (ثانيا).

أولا- التطلاق بسبب العيوب:

تُبنى الرابطة الزوجية في الأصل على الدوام، إلا أنه قد يحل طارئ بهذه العلاقة يؤثر على رابط الألفة بين الزوجين، بحيث قد يصاب أحدهما بمرض أو عيب يززع استقرار الحياة الزوجية، ولذلك يكاد يجمع كل علماء الأمة على حق الزوج في طلب الفرقة من الزوج المعيب أو المريض، وسنتطرق فيما يلي إلى التفريق للعيوب في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 14 يوليو 2011، ملف رقم: 624622، مجلة المحكمة العليا لسنة 2012، عدد 02، ص 229.

1- التطلاق بسبب العيوب في الفقه الإسلامي.

إذا وجد بأحد الزوجين عيب أو مرض يحول دون تحقيق أهداف الزواج ومقاصده السامية من إيجاد جيل سليم عقليا وبدنيا وأخلاقيا، وتوفير المودة والسكينة والألفة بين الزوجين، فإنه من العدل أن يطالب الطرف المعافى فراق الآخر؛ إن لم يتمكن من الصبر عليه، حيث لا يمكن مطالبة بالصبر أو إجباره عليه، وإن كان من المروءة ومكارم الأخلاق أن يبقى الوفاء والصبر بين الزوجين تحت أي ظروف¹.

ولقد اختلف الفقهاء في حكم التفريق أو طلب التطلاق للعيوب ونتج عن هذا الاختلاف ثلاث آراء؛ منهم من يرى بأنه لا يجوز لأي من الزوجين طلب التفريق للعيوب أيا كانت الأسباب، وهناك رأي آخر يقول بأن حق التفريق للعيوب لا يكون إلا للزوجة لأنه السبيل الوحيد لخلاصها، ورأي ثالث يرى بأن طلب التفريق للعيوب هو حق مشروع لكلا الزوجين، ومنه فإننا سنعرض آراء الفقهاء في هذه المسألة والأدلة التي اعتمدها كل فريق.

أ- الرأي الأول:

ينفي هذا الرأي حق التفريق بالعيوب للزوجين: وهذا ما أخذ به الظاهرية، حيث يرى ابن حزم الظاهري أن العيوب لا أثر لها على عقد الزواج حيث يقول: "ومن تزوج امرأة لا يقدر على وطئها وطأها مرة أو مرارا أو لم يطأها قط فلا يجوز للحاكم أو لغيره أن يفرق بينهما أصلا ولا أن يؤجل له أجلا، وهي امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك"². وفي ذات الصدد يقول ابن حزم في موضع آخر: " لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حاد ولا بمرض ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب ولا بأن تجده هي كذلك، ولا بعنانة ولا بداء فرج ولا بشيء من العيوب..."³.

حيث يرى وابن حزم ومن وافقه أنه: لا يفسخ النكاح بعيوب البتة⁴.

¹ - ينظر: عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 309-310.

² - ابن حزم، المحلى، ج 9، ص 202.

³ - المرجع نفسه، ج 9، ص، 279.

⁴ - صدر الدين علي بن علي ابن أبي العز الحنفي (ت 792 هـ)، التنبيه على مشكلات الهداية، تحق: عبد الحكيم بن محمد شاكر، مكتبة الرشد ناشرون، المملكة العربية السعودية، 1424 هـ - 2003 م، ج 3، ص 1412.

ومما تقدم عرضه فإنه يتبين لنا بأن الظاهرية وعلى رأسهم ابن حزم الظاهري لا يقولون بالتطليق للعيوب، وأنه لا خيار لأحد الزوجين إذا وجد بالآخر عيبا سواء كان حادثا قبل العقد أو بعده، والنكاح الصحيح لا يمكن فسخه إذا ظهرت هذه العيوب سواء في الزوج أو الزوجة.

ب- الرأي الثاني:

قال به الحنفية¹: لا يعتبر من العيوب في الزوج إلا الجبّ والعنة والخصي، فإذا وجدت المرأة زوجها محبوبا، أو مقطوع الذكر فقط أو صغير جدا كالزّر، ولو قصيرا لا يمكنه إدخاله داخل الفرج فليس لها الفرقة. والمحبوب كالعينين إلا في مسألتين؛ التأجيل، ومجيء الولد، ويفرق الحاكم بينهما في الحال بطلبها لو حرة بالغة غير رتقاء وقرناء وغير عاملة بحاله قبل النكاح وغير راضية به بعده ولو المحبوب صغيرا لعدم فائدة التأجيل، ويفرق الحاكم في ذلك بعد التأجيل سنة في حق العينين والخصي، وفي حق الجنون من غير تأجيل، ويكون التفريق طلاقا بئنة وهناك من زاد عليهما: الجنون والجدام، والبرص، ولا ترد الزوجة بعيب البتة²، وذهب جمهور الفقهاء إلى ما ذهب إليه الشيخان من جواز التفريق للعيوب حيث اقتصر الشيخان على العيوب التناسلية³، كالقرن، والجب، والعنة، وفي بعضها تفصيل⁴.

والأساس الذي بنى عليه الشيخان الاقتصار على العيوب التناسلية أن عقد الزواج لا يدخله خيار العيب، ولكن لما كان العيب التناسلي في الرجل يخل بالمقصود من عقد الزواج كان العقد غير صالح للبقاء فيطلق مختارا أو غير مختار، وغير هذه العيوب التي يمكن أن يتحقق معها المقصود من الزواج في الجملة فلا يصح إلا ممن ملكه بالأصالة وهو الزوج، وذكر محمد أبو زهرة في التفريق للعيوب التناسلية كالعنة والجب والخصاء ثلاثة شروط وهي⁵:

– ألا تكون عاملة بذلك، فإذا علمت به عند العقد ورضيت به فليس لها الحق طلب التفريق بسببه.

¹ – محمد بن علي بن محمد الحنفي المعروف بعلاء الدين الحصكفي الحنفي (ت: 1088هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تج: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية ط1، 1423هـ – 2002م، ص244.

² – صدر الدين علي بن علي ابن أبي العز الحنفي، التنبيه على مشكلات الهداية، ص1412.

³ – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص351.

⁴ – صدر الدين علي بن علي ابن أبي العز الحنفي، المرجع السابق، ص1412.

⁵ – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص352.

- أن تطلب التفريق من القاضي، ويثبت لديه تلك الأحوال المانعة.
- أن يحكم القاضي بالتفريق فلا تتم الفرقة إلا بحكم القاضي بالطلاق وقبلها لا يقع.
- والتفريق لهذه العيوب يكون طلاقه بائنة، وتستحق المرأة المهر كاملا إن خلا بها الزوج.

2- التطلق للعيوب في قانون الأسرة الجزائري.

أباح المشرع الجزائري للزوجة طلب التطلق للعيوب، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة(53) من ق أ ج: "...العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج..." إلا أن هذه الفقرة جاءت غامضة؛ بحيث لم يتم فيها تعريف المقصود من العيب ولا بيان نوعه، ولكن وصفته بأنه كل عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والملاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد بذلك عبارة فضفاضة وعامة من دون ذكر أي عيب من العيوب، واكتفى باعتماد معيار موضوعي لتحديد لها؛ وهو أن تحول هذه العيوب دون تحقيق المقصد من الزواج، كما أن المشرع لما أحال القاضي على أحكام الشريعة الإسلامية لم يقيد بمذهب معين يحتكم إليه، ولكن يظهر أن المشرع الجزائري حين صياغته لنص المادة احتكم إلى ما أقره ابن القيم الجوزية وما ذهب إليه شريح القاضي وابن شهاب الزهري في إعطاء مفهوم عام للعيب، بحيث يرون أن كل عيب لا يحصل معه المقصود من الزواج بالتناسل أو عدم توافر المودة والرحمة بين الزوجين يوجب الخيار.

ولكن يبقى من اللازم تحديد ضوابط ومعايير يمكن على أساسها تحديد العيب ووضع شروط تحدد وقت الخيار في التفريق؛ وذلك كي لا يبقى الأمر على إطلاقه.

وعليه فإنه على المشرع الجزائري أن يعيد صياغة الموضوع بشكل مضبوط، ويكون فيه تفصيل بقدر ما يزيل الغموض والإبهام¹.

تختلف قدرة التحمل على العيوب الزوجية أيا كان نوعها إلى اختلاف طبيعة الأشخاص، والمقصد من وراء إباحة التطلق للزوج المتضرر من العيب إنما هو لرفع الحرج، ولكن الواقع الذي نحن عليه الآن لسانه حاله يقول: أن الصبر على الحال الذي عليه الزوجان وخاصة في

¹ - ينظر: خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 68 وما بعدها.

وجود الأبناء أهون من التفريق؛ لأن الزوجة قد تطلب التفريق لعيب ما ثم تصطدم بعد ذلك بنزوح أشد عيبا، أو لا تجد أصلا من يتزوجها، وبالتالي فإن مسألة التفريق للعيوب هي مسألة نسبية ترجع للأشخاص وطبيعتهم.

3- التطلاق للعيوب في اجتهادات المحكمة العليا:

وفي الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 1999/02/16: " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينجب طيلة هذه المدة، مما أدى بالزوجة أن تطلب التطلاق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطلاق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن¹."

وجاء في القرار رقم: 36414 " من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق الزوجة من ذلك ضررا بين واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو تناقض في الأسباب ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله يستوجب رفضه.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن النزاع بين الطرفين طال أمده وبقي كل منهما مصرا على موقفه، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بالتفريق بين الزوجين كان قرارهم سليما وغير مشوب بالقصور أو التناقض في الأسباب وغير مخالفين أحكام الشريعة الإسلامية أو لمبدأ حجية الشيء المقضي فيه.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن².

لقد اعتبرت المحكمة العليا في اجتهادها التطلاق للعيوب من الضرر المعتبر شرعا؛ وبالتالي تركت المجال واسعا ليشمل العيوب المختلفة التي تشكل ضررا، وتبقى سلطة القاضي واسعة

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 16-02-1999، ملف رقم: 213571، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، ص117.

² - قرار لمحكمة العليا، بتاريخ: 20-02-1985، ملف رقم 36414، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 02، ص58.

ليقدر ما يعد ضرر وما لا يعد كذلك؛ مستندة في ذلك لما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية.

وبالتالي فإن الاجتهاد القضائي في شتى الحالات يعمل على مراقبة الأحكام القضائية والحكم عليها إما بتأييدها أو ردها لإعادة النظر.

ثانيا- التطلق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.

المقصود بالشقاق هنا: هو النزاع بين الزوجين، سواء أكان بسبب من أحد الزوجين، أو بسببهما معا، أو بسبب أمر خارج عنهما، فإذا وقع الشقاق بين الزوجين، وتعذر عليهما الإصلاح، فقد شرع بعث حكمين من أهلهما للعمل على الإصلاح بينهما وإزالة أسباب النزاع والشقاق، بالوعظ وما إليه، قال تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّي اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ [النساء35]. ومهمة الحكمين هنا الإصلاح بين الزوجين بحكمة وروية.

فإذا استمر الشقاق بين الزوجين أصبحت العلاقة الزوجية تسبب ضررا لأحدهما، وفشلت جميع مساعي الصلح الداخلي والتحكيم فإن الزوجة ترفع أمرها إلى القضاء للفصل في الدعوى ومعرفة الظالم من المظلوم، وإذا تبين للقضاء وقوع الضرر على الزوجة بالأدلة الكافية فإنه لا مفر إلا بالتطلاق.

ولفقهاء الشريعة الإسلامية رأيان في مسألة التفريق للشقاق، حيث سنتطرق فيما يلي إلى ما قال به كل فريق وأدلتهم التي استندوا إليها، والوقوف على ما أخذ به المشرع الجزائري وما عملت به المحكمة العليا في اجتهاداتها.

1- التطلاق للشقاق في الفقه الإسلامي:

إن استمرار الشقاق والتنازع بين الزوجين يؤدي إلى حياة أسرية مضطربة؛ لذا شرع بعض الفقهاء للزوجة طلب التطلاق حال الشقاق المستمر، في حين يرى آخرون أنه لا ضرورة للتفريق ويمكن للقاضي أن يلجأ إلى حلول أخرى دون التطلاق وستتطرق إلى ما يلي إلا الآراء الفقهية حول مسألة التفريق للشقاق المستمر.

أ- القول الأول: قال بعض العلماء ومنهم الشافعية¹ أن التفريق للشقاق أو للضرر مهما كان شديداً؛ لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق، عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها². واستدل أصحاب هذا القول بما يلي:

قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَبَاعِثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ أَوْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّي إِلَهُهُمَا بِبَيْنِهِمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء35].

ب- القول الثاني: يرى المالكية³ أنه يجوز التطلاق للشقاق أو الضرر، وذلك للحد من الشقاق القائم بين الزوجين، وحتى لا تنقلب الحياة الزوجية إلى جحيم، حيث ترفع الزوجة أمرها للقاضي⁴.

والطلاق الذي يوقعه القاضي للشقاق طلاق بائن؛ لأن الضرر لا يزول إلا به؛ لأنه إذا كان الطلاق رجعياً تمكن الزوج من مراجعة المرأة في العدة، والعودة إلى الضرر⁵.

¹- شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ - 1994م، ج4، ص427.

²- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج9، ص7060.

³- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، الاستذكار، تحق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1421هـ - 2000م، ج6، ص183.

⁴- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج9، ص7060.

⁵- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج9، ص7060.

2- التطبيق للشقاق في قانون الأسرة الجزائري:

عدّ المشرع الجزائري؛ الشقاق المستمر بين الزوجين سببا من الأسباب التي تخول للمرأة طلب التفريق من زوجها، وذلك ما جاء في الفقرة 9 من المادة (53) من ق أ ج. ولقد كان للاجتهاد القضائي أثر في اعتبار المشرع حق الزوجة التفريق للشقاق.

ونلاحظ أن المادة (56) من قانون الأسرة الجزائري تركت حق تقرير الدليل للقاضي، إذ لم يستطع الإصلاح بين الزوجين وفقا للمادة (50).¹

فبمجرد رفع دعوى الشقاق ينطق القاضي بالتطليق بين الزوجين، وهو المستفاد من موقف قضاء الأسرة الذي يعتبر أن مجرد رفع دعوى التطليق بسبب الشقاق، في حد ذاته، يؤدي آليا إلى الفرقة بين الزوجين، خاصة متى ظل مستمسكا بموقفه.²

وهذا ما أخذ به القضاء الجزائري في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 2011/04/14، رقم: 620084، الذي جاء فيه ما يلي: " القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين، في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين، وثبوت الضرر، وانتهى إلى أن إضرار الزوج بزوجه ثابت".³ وبالتالي فمن غير الملزم في هذه الحالة إجراء التحكيم المنصوص عليه في المادة (56) من قانون الأسرة التي تشترط عدم ثبوت الضرر خلافا لما قرره قاضي الموضوع في قضية الحال، وعلى القاضي وإعمالا بسلطته التقديرية، أن يجتهد أولا في الإصلاح بينهما، فإذا فشل في الإصلاح، حكم القاضي بالتطليق بطلقة بائنة.⁴

إن التحقيق بشأن وجود أو عدم وجود الضرر، ومدى جسامته متروك للسلطة التقديرية للقاضي الذي يفصل في موضوع الدعوى، ويشترط في الضرر وقيامه وحصوله قبول رفع الدعوى، وقبل تسجيلها لدى كتابة الضبط بالمحكمة، ومع ذلك فإن أقامت الزوجة دعوى طلب التطليق للضرر، ولم تتمكن من إثبات الضرر، حكمت المحكمة برفض دعواها.

¹ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، مرجع سابق، ص 359.

² - شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 178.

³ - جمال سايس، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، مرجع سابق، ج 3، ص 1600.

⁴ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، مرجع سابق، ص 360.

2- التطبيق للشقاق في الاجتهاد القضائي:

ومن اجتهادات المحكمة العليا في لشقاق المستمر بين الزوجين حيث قضت في قرار صادر عنها: " من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين لاعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون "1.

وفي قرار آخر لها: " حيث أن قضاة الموضوع قالوا في حيثياتهم بأن طلب المطعون ضدها مبرر نظرا للضرر الذي لحقها من طرف الطاعن لتقاعسه في العدل بينها وبين ضررها والاعتداء عليها، وهو ما يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة السادسة من المادة (53) من قانون الأسرة، زيادة على استمرار الشقاق بينهما بالرغم من صدور حكم بالرجوع يوم 26-11-2002، وتمادي الطاعن في إيذائها بالضرب هذا من جهة ومن جهة أخرى لم يثبت لقضاة الموضوع نشوز الزوجة المطلقة طبقا للقانون، ومن ثم حكموا للمطعون ضدها بالتعويض، وبالتالي يكون ما ينعيه الطاعن بهذه الأوجه غير سديد يتعين رفضها وتبعا لذلك رفض الطعن...2

ولقد اعتنى المشرع الجزائري بهذا الاجتهاد وأدرجه ضمن الأسباب التي تخول المرأة حقها في التفريق، حيث أجاز المشرع للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الشقاق المستمر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة، فإذا أثبتت الزوجة صحة دعواها طلقها القاضي طلاقة بائنة؛ لأن استمرار العلاقة الزوجية بالنشوز والشقاق مجلبة للأضرار، أما إذا تكررت دعاوى الزوجة وعجزت الزوجة عن إثبات دعواها فإن القاضي يعين حكمين للتوفيق والإصلاح بين الزوجين ليتعرفا حقيقة الشقاق وما إذا كان سبب النشوز من الزوجة أو الزوج، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة (55) من ق أ ج : " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق

¹ - قرار المحكمة العليا: بتاريخ: 15-06-1999، ملف رقم: 224655، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، ص127.

² - قرار المحكمة العليا: بتاريخ: 12 يوليو مجلة المحكمة لسنة 2006، ملف رقم: 356997، العدد 02، ص446.

وبالتعويض للطرف المتضرر¹.

ومن خلال عرضنا لأحكام كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة وما عملت به المحكمة العليا في اجتهاداتها في أسباب التطليق للشقاق والضرر؛ لا نكاد نجد فرقا بين الفقه والقانون إلا من حيث التفصيل للأسباب في التشريع خلافا للفقه، وإن كانت الأسباب كلها تندرج في سبب واحد وهو الضرر المعتبر شرعا، لأن عدم الإنفاق ضرر، والشقاق ضرر، والغيبة ضرر وهكذا².

- ومن تطبيقات القضاء في شأن الشقاق والضرر الذي يجيز للزوجة طلب التطليق بسببه³:
- الزوج الذي يقوم بإفشاء السر الخاص بينه وبين زوجته، هذا الفعل يكون سببا من أسباب الشقاق بين الزوجين
 - طمع الزوج في مال زوجته سبب من أسباب الشقاق.
 - التراخي في الدخول بالزوجة عمدا واستطالة المدة، والزواج بأخرى سبب من أسباب الشقاق.
 - طعن الزوجة في عقلها وأهليتها وجرح عواطفها بالقول في حضور أجنب عن الزوجين سبب من أسباب الشقاق.
 - إتيان الزوجة في غير مكان الحرث والنسل ضرر يكون سببا للشقاق بينهما.
 - طول الخصومات القضائية بين الزوجين سبب من أسباب الشقاق.
 - فسق الزوج إذا تعدى إلى الزوجة يكون سببا من أسباب الشقاق.
- فالتنافر والشقاق بين الزوجين اللازم غير قابل للزوال والذي لا تستطيع معه الزوجة دوام العشرة يعتبر ضرر يجيز للزوجة طلب التطليق⁴.

¹ - ينظر: أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص، أحمد نصر الجنيدي، قانون الأسرة الجزائري، ص131، وخليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، ص127.

² - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق، ص360.

³ - أحمد نصر الجنيدي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مطابع شتات، مصر، 2004، ص 120-123.

⁴ - المرجع نفسه.

الفرع الثالث: الأسباب المتعلقة بمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد.

اعتبر المولى عز وجل عقد النكاح من أقدس العقود وأشرفها، حيث وصفه بالميثاق الغليظ؛ لذلك فإن الشروط التي يتفق عليها أثناء إبرام العقد فهي شروط لازمة ما لم تؤثر على مصلحة أحد الزوجين ولا تتنافى مع المقاصد الشرعية للزواج.

والاشتراط في العقود بشكل عام جائز حيث أباح الشرع والقانون للزوجين أن يشترطا ما بدا لهما من الشروط الجائزة شرعا؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوفَى بِهَا مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ"¹.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة (19) من ق أ ج: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورة ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون" ولقد تطرقنا إلى مسألة الشروط في العقد في الفصل الأول، وقد عد المشرع الجزائري أن مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من ق أ ج مبررا يمكن من خلاله للزوجة أن تطلب التطليق، ، ومنه فإننا سنتطرق فيما يلي إلى التعدد وأحكامه في كل من الفقه الإسلامي (أولا) وقانون الأسرة الجزائري (ثانيا)، ثم اجتهادات المحكمة العليا في التعدد (ثالثا).

أولا- التعدد في الفقه الإسلامي.

كان تعدد الزوجات سائدا منذ القدم، بحيث مارسه جل الأديان والحضارات، ولم تأت به الشريعة الإسلامية وإنما قامت بتنظيمه وفق أسس وضوابط، وذلك لأهمية الأسرة وما يشملها من مسائل وأحكام، ولقد كان للفقه الإسلامي في مسألة التعدد تفصيل.

1- مشروعية التعدد.

أحلت الشريعة الإسلامية في أحكامها بحق الزوج في الزواج بأكثر من واحدة؛ إذا كانت لديه القدرة على ذلك، ومنه فإن تعدد الزوجات مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

¹- محمد بن عيسى بن سَورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت: 279هـ) سنن الترمذي تحقيق وتعليق: محمد فؤاد عبد، باب: ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح، حديث رقم: 1127، ج3، ص426، قال الألباني صحيح.

- من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَبْنِيٍّ وَتِلْكَ وَرَبْعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكُمْ أَذْنَبٌ أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء 3]. فلمعنى فانكحوا الطيب من النساء أي الحلال ، وما حرمه الله فليس بطيب¹.

وقال أيضا: ﴿وَلَسْتَ تَسْتَطِيعُونَ أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّفَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [النساء 128]. أخبر تعالى بنفي الاستطاعة في العدل بين النساء، وذلك في ميل الطبع بالحب والجماع والخط من القلب. فوصف الله تعالى حالة البشر وأنهم بحكم الحلقة لا يملكون ميل قلوبهم إلى بعض دون بعض؛ ولهذا كان عليه السلام يقول: " اللهم إن هذه قسمتي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك "².

- من السنة:

دلت السنة العملية والتقريرية على جواز جمع أكثر من امرأة حيث تزوج النبي ﷺ وجمع عددا من النساء ولقد خصه الله تعالى بأكثر من أربع، كما تزوج أصحابه وعدادوا في الزوجات بما لا يتعدى ما هو مقرر شرعا³.

فَعَنْ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّ غَيْلَانَ بْنَ سَلَمَةَ الثَّقَفِيَّ أَسْلَمَ وَلَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَأَسْلَمَ مَعَهُ، «فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَتَخَيَّرَ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ»⁴

¹- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت 671 هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق، هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط3، 1423هـ-2003م، ج 5، ص12.

²- المرجع نفسه، ج5، ص407.

³- ينظر: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص174.

⁴- محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذي، أبو عيسى (ت: 279هـ) سنن الترمذي تحقيق وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، باب: ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشرة نسوة، حديث رقم: 1128، ج3، ص427، صححه الألباني.

وَعَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: مَا رَأَيْتُ امْرَأَةً أَحَبَّ إِلَيَّ أَنْ أَكُونَ فِي مَسْلَاحِهَا مِنْ سَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ، مِنْ امْرَأَةٍ فِيهَا حِدَّةٌ، قَالَتْ: فَلَمَّا كَبِرْتُ، جَعَلْتُ يَوْمَهَا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِعَائِشَةَ، قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَدْ جَعَلْتُ يَوْمِي مِنْكَ لِعَائِشَةَ، «فَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، يَقْسِمُ لِعَائِشَةَ يَوْمَيْنِ، يَوْمَهَا وَيَوْمَ سَوْدَةَ»¹.

- من الإجماع:

أجمع الصحابة والتابعون من لدن عهد رسول الله ﷺ على جواز تعدد الزواج وذلك في حدود الشريعة الإسلامية وضوابطها، وهو ما أقره فقهاء الأمة الإسلامية. وستتطرق فيما يلي إلى ضوابط تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي.

ب- مسوغات ودواعي تعدد الزوجات في الإسلام:

جاءت الشريعة الإسلامية؛ لمصالح العباد والتيسير ورفع الحرج عنهم، وما من حكم من أحكام الشريعة الإسلامية إلا وله مصلحة وإن كان في ظاهرها غير ذلك، ومن هذه الأحكام مسألة تعدد الزوجات، وكما هو معروف أن أشد ما على المرأة زواج زوجها عليها وبناءه بامرأة أخرى، وما يصيب المرأة من الغيرة أهون من وقوع زوجها في محظورات شرعية إذا كان من الذين لا يكتفون بزوجة واحدة، وستتطرق فيما يلي إلى ذكر بعض المسوغات التي شرع التعدد لأجلها²:

1- دواعي اجتماعية:

ومنها كثرة العوانس والأرامل والمطلقات، مما جعل نساء كثيرات يفتقدن إلى وجود زوج يؤنسهن ويساعدهن على نوائب الحياة.

2- دواعي شخصية:

من مجموعة من الأسباب التي من شأنها أن تجعل حق الزوج في التعدد مشروعاً:

¹ - صحيح مسلم، باب جواز نوبتها لضرتها، حديث رقم: 1463، ج2، ص1085.

² - ينظر: عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص177-178.

- **مرض الزوجة؛** بحيث قد تصاب الزوجة بمرض تجعل الرجل ينفر ومنها ولا يستطيع معاشرتها، وبالتالي له في هذه الحالة خياران إما أن يطلقها وهو لا يتناسب مع العشرة والوفاء بين الزوجين، أو يقيها تحت ذمته ورعاية على أن يتزوج بأخرى وهذا الأخير أخف الضررين.
- **عقم الزوجة؛** قد تكون الزوجة عقيما ولا تستطيع أن تنجب أطفالا، مع رغبة الزوج في حصوله على الذرية، فلا يعقل أن تحرمه من الحصول على رغبته إن كان الخلل من جهتها، وإن كان سبب العلة مجهولا فيمكن للزوجين أن يتفقا ليغني الله كل من سعته.
- **شدة الكره والبغض؛** قد يبغض الزوج زوجته وتنقطع أواصر الحب بينهما؛ ففي هذه الحال إما أن يطلقها أو يتزوج عليها.
- **الغربة والبعد عن الأهل؛** قد يجد الرجل نفسه مضطرا للإقامة في مكان بعيد ولا يتمكن من اصطحاب زوجته معه، ولا يصبر على الوحدة ويخاف على نفسه الوقوع في المحرمات، وبالتالي فإن أفضل حل له في هاته الحال هو زواجه بامرأة أخرى على شرع الله.
- **عدم الاكتفاء بامرأة واحدة؛** قد يكون الرجل ممن له رغبة زائدة في معاشرة النساء وبالتالي قد لا تكفيه معاشرة زوجة واحدة مع وجود الأيام التي يمنع معها إتيان الزوجة، وبالتالي يكون الرجل في صراع مع نفسه بين اللجوء إلى الحرام وإشباع رغبته، أو الزواج بثانية أو ثالثة أو رابعة في حدود ما ورد في أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانيا- تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري.

أجاز المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب التطليق على زوجها عند مخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) أعلاه، وقد نصت هذه المادة المعدلة بالأمر 02-05 على أنه " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر الشرعي، وتوفرت شروط ونية العدل".

" ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والزوجة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية".

" ويمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهم، وأثبت الزوج المبرر الشرعي، وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

ومنه فإنه على القضاة حال التطبيق الالتزام بالمادة المذكورة دون سواها؛ وإلا كان هناك خطأ في تطبيق القانون.¹

ومما يلاحظ عن القيود التي أوردتها المشرع الجزائري في المسألة ما يلي²:

- ربط السماح بالتعدد، ضرورة وجود مبرر شرعي دون تحديد هذا المبرر وما هيته، مع العلم أن أحكام الشريعة الإسلامية لم تربط الرغبة في التعدد بوجود مبرر يجب إثباته. إلا أن هناك من فسره بالعقم والمرض المزمن.

- توفر شروط ونية العدل، ولكن من المعلوم أن النية محلها القلب فكيف يتسنى للقاضي الاطلاع على نية الزوج.

وعليه كان على المشرع الجزائري أن يكتفي بالشروط المتفق عليها في الفقه الإسلامي، مما يجعل النص يسمح بالتعدد بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية.

- جعل أمر الترخيص بتعدد الزوجات بيد رئيس المحكمة حتى في حالة موافقة الزوجة السابقة واللاحقة، إذ أن المسوغ للزواج لم يكتمل بحجة عدم توفر وجود المبرر الشرعي ونية العدل.

ويقول عبد القادر داودي في هذه المسألة: "وفي ذلك تغليب للنظرة السلبية للتعدد على أنه ضرر محض بالأسرة الجزائرية وإغفال جملة من الفوائد والحلول التي يقدمها للمجتمع عند تطبيقه تطبيقاً حسناً؛ إذ المقرر أنه ليس كل النساء ضده، بل هناك فئة من الجنسين يكون التعدد في صالحها، فلا ينبغي حرمانها بمثل هذه القيود التعجيزية التي تجعل كثيراً من الرجال أو النساء يتحايلون عليها يتوسلون إلى تحقيق أغراضهم بتحقيق الزواج بمختلف السبل، كما لا يمكن إغفال ملايين العوانس اللاتي ترضى كثيراً منهن بمشاركة أختها في الحياة الزوجية بدل إكمال مشوار حياتها في العزوبة أو في الرذيلة والانحراف".³

ولكن يبقى الإشكال مطروحاً؛ في أن المرأة السابقة، والتي يدور حولها التساؤل، بحيث إذا لم ترض بإدخال ضرة عليها، ففي هذه الحال إما أن تطلب الطلاق وتخسر حياتها الزوجية، أو

¹ - ينظر: أحمد نصر الجنيدي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 119.

² - ينظر: عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 176، وخليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 116.

³ - عبد القادر داودي، المرجع نفسه، ص 176.

يتزوج بثانية دون علمها وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (8) مكرر: " في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق" وبالتالي فليس للزوجة حلا سوى طلب التطليق. وهو ما جاءت به الفقرة السادسة من المادة (53) من هذا القانون.

في حين أن المشرع الجزائري لم يقرر جزاءً لمخالفة أحكام هذه المادة واكتفى بالنص في المادة (8) مكرر 1: " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيص من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة (8) أعلاه " يفهم من صياغة المادة أنه إذا تم الدخول فإن الزواج يكون صحيحا وما على الزوج إلا إثباته، وهو ما استقر الاجتهاد القضائي لغرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا¹.

وبالتالي فإن الزوجة السابقة تكون أمام الأمر الواقع ولها خياران؛ إما أن تطالب بحقوقها الزوجية؛ أو تطلب التطليق²، ومنه فإني أرى أن المشرع بهذا النص لم يحل المشكلة البتة وإنما زادها تعقيدا، من ناحية أنه أعطى حق الزوجة الأولى في طلب التطليق في الوقت ذاته لم يرتب جزاءً يردع الأزواج من التعدد، والضحية في الأمر هي الزوجة الأولى وبدلا أن نمتص من عدد المطلقات والعوانس بجواز التعدد فقد تم بناء أسرة على حساب أسرة مستقرة، ومنه فإن على المشرع التخفيف من القيود والحد من مدى حق الزوجة الأولى في الموافقة أو الرفض إلا لأسباب ظاهرة وحقيقية والرجوع إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مسألة التعدد؛ ألا وهي العدل بين الزوجات في الحقوق ومنع الضرر لا بالزوجة السابقة ولا باللاحقة .

ثالثا- تعدد الزوجات في الاجتهاد القضائي.

ومن بين الاجتهادات القضائية في مسألة التعدد: " حيث أن الحكم محل الطعن جاء معللا ومؤسسا بما فيه الكفاية وذلك لأن الطاعنة طلبت حل الرابطة الزوجية بينها وبين الطاعن لتضررها من زواجه من امرأة ثانية دون علمها ودون رضاها وأنها تضررت من ذلك، وحيث أن قاضي أولى درجة أصدر حكمه بناء على المواد (57) و(08) و(37) من قانون الأسرة

¹ - المحكمة العليا: " المبدأ: جواز إثبات القضاة الزواج الثاني حتى لو كان عرفيا بجميع طرق الإثبات.... " غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 0881943، بتاريخ: 16-01-2014، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، ص 332.

² - خليل عمرو، مرجع سابق، ص 118.

لأنه ثبت لديه فعلا بأن الطاعن قد تزوج بامرأة ثانية، ولأنه لم ينف ذلك بجلسة الصلح ... لكن حيث أن الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضدها بهذا الزواج لأنه العلم به شيء والرضا به شيء آخر والمادة (08) من قانون الأسرة سمحت للزوجة سواء السابقة أو اللاحقة برفع دعوى قضائية ضد الزوج تطلب فيها التطليق في حالة عدم الرضا بزواجه الثاني¹.

وفي اجتهاد آخر للمحكمة العليا "حيث أن القاضي الأول أبرز في حيثياته بأن الطاعن تزوج ثانية بدون علم المدعية التي تضررت من زواجه الثاني، إذ يتبين من وقائع الدعوى بأن الطاعن لم يعدل بين الزوجتين لكونه هجر المطعون ضدها في المضجع لمدة تفوق السنة، وهو من جملة الأضرار المعتبرة شرعا...

وحيث أنه فيما يخص القانون الواجب التطبيق، فإن القانون القديم يوجب في مادته الثامنة وجوب موافقة الزوجة الأولى حتى يتسنى للزوج الاقتران بامرأة ثانية، ومن ثم يكون ما ينعيه الطاعن بهذه الأوجه غير قائما على أساس ويتعين رفضها ورفض الطعن معه"².

والطلاق الذي يقع قضائيا يعد طلاقا بائنا وتطبق عليه أحكام المادة (50) من ق أ ج وهو ما عملت به المحكمة العليا في اجتهاداتها في القرار الصادر بتاريخ: 22-02-2000: "من المقرر قانونا أنه بعد صدور الحكم بالطلاق فإن المراجعة لا تتم إلا بعقد جديد ومتى تبين من قضية الحال أن الزوجة طُلقَت بسبب الضرر الحاصل من الزوج طبقا للمادة 6/53 ق أ ج.

فإن القضاة بقضائهم بطلاق الزوجة طبقوا صحيح القانون، وفي هذه الحالة تكون مراجعة الزوجة بعقد جديد"³.

لقد سار الاجتهاد القضائي بناءً على ما نص عليه المشرع الجزائري، النص الذي أعطى للزوجة الأولى الحق في طلب التطليق لعدم علمها ولا موافقتها على الزواج من أخرى، وبالتالي فإن الاجتهادات القضائية عملت بالنص من دون أن ترجع إلى روح النص وما جاءت به

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 19-01-2005، ملف رقم: 334060، عدد 1، 2005، ص 325.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 11-02-2009، ملف رقم: 480240، مجلة المحكمة العليا، لسنة 2009، العدد 01، ص 281-282.

³ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 22-02-2000، ملف رقم: 239349، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001، ص 105.

أحكام الشريعة الإسلامية في جواز التعدد؛ وأنه حق للزوج إذا لم يثبت تضرر الزوجة، وأن عدم علمها أو عدم موافقتها لا يشكل ضررا بقدر الضرر الذي سيلحقها بعد الطلاق.

الفرع الرابع: التطلق لأسباب متعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها قانونا.

إن من أسباب طلب التطلق كذلك؛ التطلق بالحكم على الزوج بارتكاب جريمة تمس بشرف الأسرة واستقرارها (أولا)، أو التطلق لارتكاب فاحشة مبينة (ثانيا).

- أولا: التطلق بالحكم على الزوج بارتكاب جريمة تمس بشرف الأسرة واستقرارها.

ليس هناك ما يمكن معه للزوجة أن تطلب الطلاق بناء على الحكم على جريمة تمس بشرف الأسرة في أحكام الفقه الإسلامي، ولا في التشريعات العربية، وبالتالي فإن هذا السبب مستحدث في التشريع الجزائري، بالإضافة إلى عدم وضوحه¹، وبالرجوع إلى الفقرة الرابعة من المادة (53) نجد ما يلي:

للزوجة أن تطلب التطلق على زوجها؛ إذا حكم عليه في جريمة تمس بشرف الأسرة ويستحيل معها استمرار المعاشرة الزوجية، ولقد بيّن المشرع شروط، وهي²:

أ- أن تكون ماسة بشرف الأسرة.

ب- أن يستحيل مع هذه الجريمة مواصلة العشرة الزوجية.

ج- أن يصدر من القاضي حكم يجرم هذا الفعل مع تحديد العقوبة المقررة قانونا.

- ثانيا: التطلق لارتكاب فاحشة مبينة.

يعد ارتكاب الفاحشة المبينة من أحد الأسباب التي حولها المشرع للمرأة بأن تطلب تطلقها من القضاء، ولكنه لم يحدد نوع الفاحشة، ولا درجتها؛ والفاحشة تم التّهي عنها في القرآن الكريم في مواضع كثيرة، ومواقع ورودها في القرآن الكريم للنهي والزجر بصفة عامة، بينما من خلال نص المادة فإنه يتبين أنه من حق الزوجة اللجوء إلى القضاء حال ارتكاب زوجها فاحشة مبينة³.

¹ - ينظر: خليل عمرو، مرجع سابق، ص154.

² - ينظر: أحمد نصر الجنيدى، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص117.

³ - المرجع نفسه، ص120.

1- التطبيق لارتكاب فاحشة مبينة في الفقه الإسلامي:

وتطلق الفاحشة بإطلاقات كثيرة، أهمها: الزنا كما تطلق بمعنى القبيح والتعدي في القول والفعل¹.

وفي اصطلاح الفقه الإسلامي هي ارتكاب معصية الزنا وكل ما يشتد قبحه من الذنوب، ولقد جاء لفظ الفاحشة في مواضع متعددة من القرآن الكريم نذكر منها:

قول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ بَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ [الإسراء32]؛ أي إن الزنا كان فعلة قبيحة متناهية في القبح².

وقال أيضا: ﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ ﴾ [الأعراف33]؛ أي قل لهم يا محمد ما حرم الله إلا القبائح من الأشياء التي تفاحش قبحها وتناهى ضررها، سواء ما كان منها في السر أو في العلن³.

وعلى ذلك ففي نظر الدين يعتبر من الفاحشة كل فعل كان من الكبائر كالشرك بالله وعصيان الوالدين وفعل الزنا سواء ما كان ظاهرا من هذه الفواحش أو باطنا⁴.

وفي الحديث قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: "مَهْ يَا عَائِشَةُ، فَإِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْفَحْشَ وَالْتَفَحْشَ"⁵.

¹ - إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، ج2، ص675.

² - محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير ، دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع- القاهرة ط1، 1417هـ - 1997م، ج2، ص146.

³ - المرجع نفسه، ج1، ص412.

⁴ - خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص157.

⁵ - صحيح مسلم، كتاب السلام، باب النهي عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام وكيف يرد عليهم، حديث رقم:2165، ج4، ص1707.

2- التطليق لارتكاب فاحشة مبينة في قانون الأسرة الجزائري:

لم يحدد المشرع الجزائري ما المقصود بالفاحشة المبينة في الفقرة السابعة من المادة (53) والتي جاء فيها.. " ارتكاب فاحشة مبينة.." ومنه فإنه المشرع الجزائري لم يبين، ما المقصود بالفاحشة ، أو ما هو المعيار الذي يستند عليه القاضي لتحديد المقصود منها¹. ولعل المشرع يقصد بها الخيانة الزوجية أو الجرائم الأخلاقية²، وهناك من الشارحين لهاته الفقرة من فسر الفاحشة المبينة على أنها تلك العلاقات الجنسية التي تكون بين المحارم والمنصوص عليها في (337) مكرر من ق ع ج.

تنص المادة (337) مكرر من قانون العقوبات على أنه تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم والعلاقات الجنسية التي ترتكب بين الأقارب:

- 1- الأقارب من الفروع والأصول.
- 2- الإخوة والأخوات الأشقاء، من الأب أو الأم.
- 3- بين شخص وابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروعهم.
- 4- الأم أو الأب والزوج أو الزوجة ولأرمل أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروعهم.
- 5- والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر.
- 6- من أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو أخت.

بحيث تكون العقوبة بالسجن من سنة إلى عشرين سنة، في الحالتين الأولى والثانية، وبالحبس من خمس إلى عشر سنوات في الحالات الثالثة والرابعة والخامسة، وبالسجن من سنتين إلى خمس سنوات في الحالة الأخيرة، وفي جميع الأحوال إذا كانت الجريمة صدرت من شخص راشد على شخص قاصر، والعقوبة التي تفرض على الراشد أشد من التي تفرض على القاصر، وأما بالنسبة للحكم المقضي فيه بالنسبة للأم أو الأب، يتضمن فقدان حق الأبوة أو الوصاية الشرعية.³

¹ - خليل عمرو، مرجع سابق، ص158.

² - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص205

³ - ينظر: خليل عمرو، مرجع سابق، ص159-160.

وهذا الحق في طلب الطلاق لا تنفرد به الزوجة، بل للزوج أيضا الحق في طلب الطلاق، إذا ثبتت خيانة الزوجة، رغم حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته الكاملة¹.

3- التطليق لارتكاب فاحشة مبينة في اجتهادات المحكمة العليا:

يمكن إدراج الفاحشة المبينة ضمن كل ضرر معتبر شرعا، وأي كان نوع هاته الفاحشة إذا تحقق ضررها فإنه يحق للزوجة أن ترفع أمرها للقضاء لطلب التطليق، ومن قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن ما صدر عن غرفة الأحوال الشخصية: "حيث يتبين أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون أن المطعون ضدها أسست طلب التطليق على أساس أن الطاعن يتعاطى الخمر والسهرات الليلية، وله علاقة غير شرعية مع إحدى الفتيات، وأنه تخلى عن كل واجباته الزوجية ومنها المهجر في المضجع، بينما أنكر الطاعن ذلك، إلا أن المحكمة العليا قدرت أن المطعون ضدها تضررت من العشرة الزوجية استنادا إلى أن الطاعن لم يحضر جلسة الصلح لتنفيذ مزاعمها وتأكيد دفعه، وأنه لذلك يتعين الاستجابة لطلبها والتصريح بالتطليق للضرر المعترف شرعا.

حيث أن هذا التسبب فيه خرق لقواعد الإثبات التي تقضي من المطعون ضدها بصفتها مدعية، تقدم الدليل على ما نسبته للطاعن وخصوصا أن النزاع يدور حول إنهاء علاقة زواج شرعية نتج عنها ولدان، ولذلك كان على المحكمة التقيد بقواعد الإثبات وعدم اعتبار تغيب الطاعن عن جلسة الصلح دليلا على ما نسب إليه، مادام أنكر ما نسب إليه في جوابه على دعوى المطعون ضدها، لأن جلسة الصلح لا علاقة لها بقواعد الإثبات ويقتصر دورها على ما تصالح عليه الطرفان وما اختلفا بشأنه أو أقر به.

وعليه فإن هذين الوجهين مؤسسان وينجر عنهما نقض الحكم المطعون فيه دون الحاجة لمناقشة بقية الوجهين.²

¹ - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 205.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 15-29-2011، قسم الوثائق، لسنة 2011، العدد 2، ص 294.

يتبين من خلال القرار المذكور أعلاه أن المحكمة العليا قامت بنقض الحكم المطعون فيه لغياب لعنصر الإثبات وكذا مراعاة مصلحة الولدين وبالتالي الحكم بعدم التطليق؛ فالاجتهاد القضائي حرص على استقرار الرابطة الزوجية لافتقار الأسباب التي تدعو إلى التطليق.

الفرع الخامس: التطليق لكل ضرر معتبر شرعا.

بعد أن عدد المشرع الجزائري جملة من الأسباب التي يمكن فيها للزوجة طلب التطليق، ولكن يبدو أنه لم يكتفي بذلك حيث أردف فقرة أخرى حصر فيها جميع أنواع الضرر المبررة التي تستوجب التدخل القضائي وحماية الزوجة من تجبر الزوج وظلمه، وستكلم في هذه الجزئية عن التطليق للضرر المعتبر شرعا في الفقه الإسلامي (أولا) ثم في قانون الأسرة (ثانيا) وفي الاجتهاد القضائي (ثالثا).

أولا- التطليق لكل ضرر معتبر شرعا في الفقه الإسلامي:

ذهب الإمام مالك؛ أن للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق إذا ادعت إضرار الزوج بها إضرارا لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، مثل: ضربها، أو سبها، أو إيذاؤها بأي نوع من أنواع الإيذاء الذي لا يطاق، أو إكراهها على منكر من القول أو الفعل¹.
ويثبت الضرر بواحد من أمرين:

1- شاهدا عدل يشهدان أن الزوج يضر بزوجه بوجه من وجوه الضرر المتقدمة، وأنه مستمر لم يقلع عن ذلك، وأنه لا يعلم لضرره سبب مشروع².

2- شهادة سماع شائعة بأن يشهد اثنان أو أكثر، أنهم لا يزالون يسمعون من الداخل والخارج والأقارب والخدام أن الزوج يضر بزوجه من غير سبب مشروع. ولا بد مع شهادة السماع هذه أن تحلف هذه المرأة على وقوع الضرر لضعف شهادة السماع عن شهادة العدول بمعاينة الضرر³

¹ - سيد سابق (ت 1420هـ)، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، ط3، 1397هـ - 1977م، ج2، ص289.

² - الصادق الغرياني، المدونة، مرجع سابق، ص 11.

³ - المرجع نفسه، ص 12.

فإذا تكررت دعوى الزوجة بالضرر وفي كل مرة يفند الزوج دعواها، أسكنها القاضي وسط أناس صالحين، يراقبون حالهما ليشهدوا له بما يرون وما يسمعون فإن لم يتضح الأمر مع ذلك عين القاضي حكمين للإصلاح والتوفيق¹

ثانيا: التطليق لكل ضرر معتبر شرعا في قانون الأسرة الجزائري:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الضرر، ومنه فإنه لمعرفة معنى الضرر يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وبالتحديد المذهب المالكي؛ الذي يرى بأن ضرر الزوج بزوجه هو كل إيذاء سواء كان فعلى أو قولي، أما المشرع الجزائري فقد نص عن الضرر في الفقرة العاشرة من المادة (53) قائلا: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق كل ضرر معتبر شرعا".

وهي العبارة التي نص عليها المشرع في الفقرة السادسة من المادة (53) في قانون 11-84 والتي أصبحت العاشرة بموجب الأمر 02-05، والملاحظ في هذه الفقرة أنها جاءت واسعة المعنى، ولقد أحسن المشرع الجزائري حينما لم يحصر الضرر في حالات معينة وإلا وقعت المرأة في حرج شديد لانعدام النص القانوني الواجب التطبيق، وخاصة أن الفقه الإسلامي هو الآخر حالات الضرر، وبالتالي فإن سلطة القاضي واسعة في تكييف الفعل بأنه ضار أو غير ذلك. ولقد اعتبرت الفقرة العاشرة من المادة (53) الملجأ المحذ لدى القضاة سواء في المحاكم الابتدائية أو المحكمة العليا، ذلك لأن أشكال الضرر متنوعة ومتعددة، ومنه فإن أغلب قرارات المحكمة العليا تؤسس للتطليق للضرر المعتبر شرعا².

كما نجد نص المادة (53) مكرر من هذا القانون بأنه، يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

أجازت المادة (53) من قانون أ ج للزوجة الحق في طلب التطليق بتوافر جملة من الأسباب، وذلك لاعتبارات منها؛ أن الطلاق من حق الزوج، ويملك إيقاعه بنفسه؛ لأنه صاحب العصمة ولكن سماحة الشريعة الإسلامية وعدلها، راعت جانب الزوجة في حقها برفع

¹ - الصادق الغرياني، مرجع سابق، ص 14.

² - ينظر: باديس ذيايي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة -الجزائر، لاط، 2012، ص 51.

الغبن عنها من غير مال، ففتحت بابا الخلاص للزوجة من غير رضا الزوج، كما أوجبت على القاضي الاستجابة لطلب الزوجة متى توفرت الأسباب التي تقتضي إيقاع الفرقة بين الزوجين¹.

ثالثا: التطليق لكل ضرر معتبر شرعا في الاجتهاد القضائي:

إن المحكمة العليا راعت في اجتهاداتها مصلحة المرأة ورفع الضرر عنها سواء كان مدخولا بها أو غير مدخول بها، حيث نجد في قضية الحال قضاء المحكمة العليا بالتطليق قبل الدخول وذلك في القرار رقم: 217119 " من المقرر أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا ومتى يبين في قضية الحال أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقيم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة (53) من ق أ ج، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون"².

أما بالنسبة لاجتهادات المحكمة العليا نجد أنها لا تقبل دعاوى التطليق إلا بناء على طلب من الزوجة المتضررة مع وجود الأدلة الكافية لصحة دعواها وما كان خلاف ذلك فإن المحكمة ترفض الطعن في قراراتها ويظهر ذلك من خلال القضية رقم: 51906.

وفي اجتهاد آخر: " من المستقر عليه قضاء أن الشخص لا يقوم بإجراء لينتفع به غيره وأن القاضي ملزم بالاعتماد في حكمه على الأدلة الواضحة الثابتة التي تقدم إليه، ويمنع عليه افتراض وجودها كما عليه معاملة الخصم بما قد يكون في نيته وإلا كان حكمه قد بناه على أمر غبي وغير شرعي، ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد انتهاكا صريحا للقانون. ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعن أقام دعواه طالبا فيها الحكم على زوجته الرجوع إلى بيت الزوجية، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بتأييد الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض دعوى الطاعن وقبول طلب زوجته المتعلق بالتطليق والحكم بتطليقها فإنهم كما فعلوا إلا في

¹ - محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 636

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 16-03-1999 رقم 2117179، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، لسنة 2001، ص 120.

مسألة التعويض إذا كانت ظالمة منتهكا بذلك قواعد التقاضي وخرج من العلم بالظاهر ودخل إلى علم الغيب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

والذي يتبين من خلال هذا الاجتهاد أنه على القاضي أن يحكم لصالح رافع الدعوى ولا يجوز أن تنقلب ضده دعواه، في حين أن الاجتهاد يتطلب البحث في حقيقة الدعوى لإنصاف المظلوم على حساب الظالم، خاصة إذا قدمت الزوجة دفعوها المرفقة بالأدلة التي تثبت تضررها بأي شكل من أشكال الضرر كما هو مبين من خلال نص المادة (53) من ق أ ، ورفع الزوج دعواه طالبا الرجوع هذا لا يعني أن الزوجة ناشزا، ومن المعلوم أن كثيرا من الزوجات يتحملن وطأة الظلم ولا يتمكن من رفع دعواهن لأسباب كثيرة منها الحاجة، والجهل بطرق التقاضي، وعليه فإن النظر في الدعاوى المطروحة لدى المحكمة ليس بالضرورة أن يكون الحكم فيها لصالح رافع الدعوى في جميع الحالات.

¹ -محمد لمين لوعيل، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، لاط، لام، الجزائر، 2020، ص76.

الفصل الثالث:

الآليات الشرعية والقانونية لضمان الاستقرار الأسري

ويضم المباحث الآتية:

المبحث الأول:

إجراءات الصلح وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي.

المبحث الثاني:

**إجراءات التحكيم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.**

تمهيد:

تعد العلاقات الأسرية من أكثر العلاقات حساسية وتعقيدا، وخاصة ما يكون بين الأزواج منها، والعلاقة الزوجية لها أهمية كبرى باعتبارها الحجر الأساس لباقي العلاقات الاجتماعية الأخرى؛ وهي اللبنة الأساسية في تكوين المجتمع، ولقد اعتنى الشارع الحكيم بالأسرة وأحكامها وشرع لها كل ما يحوطها ويحفظ كيانها، ومن ذلك الآليات البديلة لحماية الأسرة في حال ما إذا تعرضت إلى تصدع أو شقاق، ومن هذه الآليات الصلح والتحكيم؛ وهما آليتين أساسيتين في معالجة مشاكل الأسرة بنصوص صريحة وواضحة.

حيث يتضمن هذا الفصل مبحثين حاولت من خلالهما إبراز دور الآليات البديلة في حل النزاعات الأسرية في كل حالات فك الرابطة الزوجية، وسنتطرق إلى الصلح وإجراءاته وتطبيقاته في الاجتهادات القضائية (المبحث الأول)، ثم نتطرق إلى التحكيم وإجراءات تفعيله ومدى تطبيقه في الاجتهاد القضائي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

إجراءات الصلح وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي.

سنتطرق إلى دراسة موضوع إجراءات الصلح في ثلاثة مطالب: إجراءات الصلح في القانون الجزائري باعتباره أول إجراء يقوم به القاضي بعد رفع الدعوى في حدود المنصوص عليه في الفقه والقانون، وكذا تطبيقاته من خلال اجتهادات المحكمة العليا (مطلب أول)، ثم تطبيقات الصلح في حالات فك الرابطة الزوجية وآثاره (مطلب ثان)، ثم عوارض الخصومة وآثار ونتائج محاولات الصلح (مطلب ثالث).

المطلب الأول

إجراءات الصلح في قانون الأسرة الجزائري وتطبيقاته.

نص المشرع الجزائري على وجوبية إجراء الصلح من طرف القاضي وذلك لمحاولة الحفاظ على الكيان الأسري، بحيث لو صدر الحكم القاضي بالطلاق من دون إجراءات الصلح؛ فإن الحكم باطل ولا يعتد به، وهو ما سعت الأجهزة القضائية إلى تطبيقه على أكمل وجه، وأي إخلال بهذا الإجراء فإنه يعرض الأحكام الابتدائية إلى الاستئناف وآخر مرحلة هي

الطعن بالنقض لدى المحكمة العليا التي بدورها تسعى إلى تعديل تلك الأحكام بما تراه مناسباً، وسنتطرق فيما يلي إلى مسألة الصلح القضائي وإجراءاته في قانون الأسرة الجزائري. (فرع أول)، ثم نبرز مدى وجوبية إجراءات الصلح في اجتهادات المحكمة العليا (فرع ثان).

الفرع الأول: الصلح القضائي وإجراءاته في قانون الأسرة الجزائري.

يمثل القاضي دوراً هاماً في الإصلاح بين الزوجين؛ حيث يسعى جاهداً إلى تقريب وجهات النظر وإقناع الطرفين أو طالب فك الرابطة الزوجية بالتراجع عن دعواه سعياً منه للمحافظة على الأسرة وحمايتها من التفكك، وقبل التطرق إلى إجراء الصلح رأيت أن أتكلم على مراحل رفع الدعوى القضائية (أولاً) وبالتالي نكون أمام دعوى قضائية كاملة الجوانب، والشروط التي تستوجب إجراءات صلح قضائية (ثانياً)، ثم مباشرة القاضي للصلح بين الزوجين (ثالثاً).

أولاً- مراحل رفع الدعوى القضائية¹

1- رفع الدعوى:

ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين بتقديم عريضة² مكتوبة وموقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله بحسب المادة (14) من ق إ م إ، وتكون حسب الأشكال

¹ - ينظر: حسن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغداد لل نشر والطباعة والتوزيع، الرويبة، الجزائر، ط2، 2009، ص334-335. و نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، لاط، 2008، ص79-80.

² - حددت المادة (15) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، شروط العريضة والبيانات التي يجب أن تتضمنها العريضة تحت طائلة عدم قبولها شكلاً وهي كالاتي:- 1- الجهة القضائية المرفوعة أمامها الدعوى والغرض من ذلك أن يلتقي الخصمان في محكمة واحدة ولا يتحقق الغرض إلا إذا حدد المدعي للمدعي عليه المحكمة المطلوب الحضور أمامها تحديداً دقيقاً ولا يكفي دعوته الحضور إلى محكمة مختصة فقد تختص بالدعوى أكثر من محكمة، كما هو الحال في دعاوى النفقة حيث يعقد الاختصاص بها أمام المحكمة الكائن بدائرتها المسكن الزوجي، فضلاً عن أن بعض قواعد الاختصاص تنسم بالدقة الأمر الذي يعرض المدعي عليه للخطأ، وعبء الخطأ يتحمله المدعي لأنه يعلم المحكمة التي رفع دعواه فيه، وبالتالي عليه تبصرة الخصم في أي محكمة أودع دعواه. 2- اسم المدعي ولقبه ومهنته أو وظيفته وموطنه واسم من يمثله ولقبه ومهنته ووظيفته ومهنته. 3- بيان موطن مختار للمدعي في البلدة التي بها مقر المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى إن لم يكن له موطن فيها؛ والغرض من ذلك هو إعلان المدعي بالوثائق المتعلقة

المقررة لرفع الدعوى، وإذا كان الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة (المادة 436-437) من نفس القانون.

2- التبليغ¹:

حيث يجب على المدعي في دعوى الطلاق تبليغ المدعى عليه رسمياً؛ وذلك بإرسال نسخة من العريضة عن طريق المحضر القضائي، كما يستوجب تبليغ النيابة العامة² عن طريق أمانة الضبط باعتبارها طرفاً أصلياً في الدعوى بناء على المادة (3 مكرر)³ "تعد النيابة العامة

=بالدعوى في هذا الموطن، أما البيانات الأخرى التي في المادة المذكورة على اشتغال عريضة الدعوى عليها فهي بيانات خاصة بها وتمثل في:- وقائع الدعوى وطلبات المدعي وأسانيدها، وذلك حتى يقف المدعى عليه على المطلوب منه فيتهياً قبل المثول أمام المحكمة، كما يتيح هذا البيان للقاضي تكوين فكرة عن الدعوى المطلوب منه النظر والفصل فيها وما إذا كان مختصاً بها أم غير مختص، فضلاً عما يحققه هذا البيان من جدية الدعوى. - تقديم عدد من صور العريضة بقدر الخصومة بالإضافة إلى نسخة أمانة الضبط.

وتعد المستندات المؤدية للدعوى أو صور منها تحت مسؤولية المدعي وما يحوزه من أدلة تثبت دعواه، مع تقديم مذكرة شارحة للدعوى وتحديد تاريخ تقديم العريضة لتكون بذلك الدعوى مرفوعة رسمياً وتنتج أثارها القانونية، كما تتمثل أهمية التاريخ في معرفة الدعوى ما إذا كانت في الميعاد أم بعد فواته. ينظر: نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 79-80.

¹ -المادة(407) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يجب أن يتضمن محضر التبليغ الرسمي في أصله ونسخه البيانات الآتية: 1- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وتوقيعه وختمه، 2- تاريخ التبليغ بالحروف وساعته، 3- اسم ولقب طالب التبليغ وموطنه. 4- إذا كان طالب التبليغ شخصاً معنوياً تذكر تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي وصفة مثله القانوني أو الاتفاقي 5- اسم ولقب وموطن الشخص الذي تلقى التبليغ... 6- توقيع الشخص الذي تلقى التبليغ وبيان طبيعة الوثيقة التي تثبت هويته ورقمها وتاريخ إصدارها وإذا تعذر على المبلغ له التوقيع على المحضر يجب عليه وضع بصمته، 7- الإشارة إلى تسليم الوثيقة موضوع التبليغ الرسمي إلى المبلغ له وإذا لم يتضمن محضر التبليغ الرسمي البيانات المشار إليها أعلاه يجوز للمطلوب تبليغه الدفع ببطالانه قبل إثارته لأي دفع أو دفاع ".
² -تطلق النيابة العامة على مجموعة من القضاة في جهة قضائية تكون مهمتهم الدفاع عن مصالح المجتمع، وهم يشكلون القضاء الواقف وذلك لأنهم يكونون واقفين في المرافعة أثناء سير الجلسات التي يحضرونها بخلاف قضاة الحكم الذين يكونون جالسين، والنيابة العامة هي الأمانة على مصالح المجتمع، وهي الهيئة التي تعمل على الدفاع على المصلحة العامة والتي تسهر على تطبيق القانون، وتتولى رفع الدعوى المرتبطة بالمصلحة العامة باسم المجتمع في حدود القانون، ينظر: أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، ص 233-247.

³ - "إن دور النيابة العامة كما ورد في نص المادة جوهرية يجعل منها طرفاً في دعاوى منازعات شؤون الأسرة والموارث، حيث يجب على قاضي شؤون الأسرة أن يقوم بتبليغ جميع قضايا الأسرة التي يفصل فيها إلى ممثل النيابة العامة (وكيل

طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون" وهي المادة التي استحدثها المشرع الجزائري بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

ومعنى هذا أن النيابة تكون حاضرة في جميع جلسات شؤون الأسرة وتبلغ إليها مذكرات الطرفين، وتقدم التماساتها كتابة أم شفاهة، ولها حق الطعن ضد الأحكام والقرارات القضائية، ولها أن تتابع تنفيذها عند اللزوم، ولا يعني اعتبار النيابة العامة طرفاً في الخصومة أن الأحكام ترفع ضدها كمدعى عليها أو متدخلة في الخصام، بل ترفع الدعوى بشكل عادي ضد خصمين كدعوى التطلاق التي تطلبها الزوجة ضد زوجها، وبالتالي فإن الحكم الصادر في هذه الخصومة يجب أن يشار في ديباجته بأنه صدر بحضور ممثل النيابة العامة سواء أمام المحكمة أو المجلس القضائي أو حتى المحكمة العليا¹.

ولكن يبقى هذا النص يشوبه بعض التناقض حيث أن المشرع من خلال المادة (3) مكرر) جعل تبليغ النيابة العامة وبالتالي هي طرف أصيل في الدعوى في حين أنه لم يرتب جزاء على تخلف هذا الإجراء.

وبما أن نص المادة مستنبط حرفياً من المادة الثالثة من مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004 حيث لاقت هذه المادة إشكالات في تطبيقها؛ لكن الباحثين في هذا المجال توصلوا في نهاية المطاف إلى أهمية النيابة العامة في حضورها جلسات الأسرة، وفي الوقت ذاته تكتفي المحكمة بالتماساتها الكتابية إذا تعذر حضورها؛ لأن المشرع لم يرتب البطلان على عدم حضورها في غير الجلسات الجنائية، وبالتالي يسقط تكليف تبليغ عريضة افتتاح الدعوى من طرف المدعي إلى النيابة العامة؛ وذلك لحضورها الجلسات وتمكنها من الإطلاع على الملفات أمام كتابة الضبط، ولها تقديم طلبات مكتوبة أو شفاهة بالجلسة².

= الجمهورية) لإبداء رأيها حتى يكون حكم القاضي صحيحاً، علماً أن النيابة العامة لها أن تتدخل من تلقاء نفسها في قضايا الحجر والفقدان وتعيين مقدم لتصفية التركة عملاً بأحكام المواد 144، 182، 102 من هذا القانون". قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، ص 5.

¹- ينظر: حسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص 21، وأحمد نصر الجنيدي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 12.

²- ينظر: حسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص 21-22، وأحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، ص 261.

ونص المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية على اعتبار النيابة العامة طرفاً أصيلاً في الدعوى في المادة (260)، وهي طرف بقوة القانون، وبالتالي يجب ذكرها في عريضة افتتاح الدعوى ويجب على المدعي تبليغها بها.

ومن هنا كانت قضايا الأحوال الشخصية من القضايا التي يجب أن تبلغ والنيابة العامة طرفاً منظماً وتدخلها وجوبي وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ: 12-02-2001 من المقرر أن اطلاع النيابة العامة على القضايا المتعلقة بحالة الأشخاص من القواعد القانونية الجوهرية المتعلقة بالنظام العام التي أوجبتها المادة (141) من ق إ م القديم أي المادة (260) من القانون الجديد رقم 08-09، ومن ثم يستوجب نقض وإبطال القرار الذي لم يرد فيه رأي النيابة العامة حسب طلباتها المكتوبة¹.

وفي اجتهاد آخر للمحكمة العليا: "... عن الوجه الأول بدعوى أن قانون الأسرة المعدل يقضي بضرورة إحالة ملفات الأحوال الشخصية على النيابة للإطلاع عليها وإعطاء رأيه فيها، غير أن قاضي أولى درجة لم يحترم هذا الإجراء مما يعد خرقاً للإجراءات الجوهرية كما أنه خالف المادة (49) من قانون الأسرة لكون إجراء محاولة الصلح لم تجر في قضية الحال مما يعرض الحكم المنتقد للإبطال....

دون التعرض للوجه الثاني، وذلك لأن الحكم المطعون فيه فعلاً قد خالف القانون وأساء تطبيقه وخاصة المادتين (49) و(3 مكرر) من قانون الأسرة لكونه مشوباً بالتناقض بين أسبابه ومنطوقه، فبالإطلاع على الحكم المطعون فيه نلاحظ أن قاضي أولى درجة قضى بالطلاق بين طرفي قضية الحال دون أن يجري الصلح بينهما ولم يدعوهما له، كما أن النيابة العامة لم تطلع على ملف القضية الحال باعتبارها طرفاً أصلياً... الأمر الذي يجعل الحكم محل الطعن عرضة للنقض والإبطال².

أما محضر التبليغ شكلاً؛ فإنه يجب أن يكون مستوفياً لشروطه بناءً على ما هو منصوص عليه قانوناً، وتخلف أي شرط من شروط دعوى التبليغ فإنه يعرضها للرفض، وهو ما قالت

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 12-02-2001 ملف رقم: 256629، المجلة القضائية 2002، عدد 02، ص422.

² - قرار المحكمة العليا، 11-10-2006، ملف رقم 401317، مجلة المحكمة العليا 2007، عدد 02، ص489.

به المحكمة العليا في اجتهاداتها: " من المقرر قانونا أن محضر التبليغ يجب أن يتضمن البيانات الجوهرية المتمثلة في تاريخ التبليغ وإمضاء الموظف الذي قام به وختم الجهة القضائية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان من الثابت في - قضية الحال - أن قضاة المجلس بعدم قبولهم شكلا لرفعه خارج المهلة المحددة في المادة (102) من ق إ م إ معتبرين أن محضر تبليغ الحكم الابتدائي صحيح بالرغم من عدم ذكر تاريخ التبليغ وخلوه من ختم الجهة القضائية فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون.."¹

3- الصلح:

يعد الصلح إجراء واجب التطبيق نص عليه المشرع الجزائري في المادة (49) من قانون الأسرة، بحيث يتعين على القاضي إجراء عدة محاولات صلح حسب الحال، ويحرر إثرها محضر يبين فيه نتائج ومسااعي محاولات الصلح؛ وهو ما سنحاول تبينه فيما يأتي.

ثانيا- إجراءات الصلح في القانون الجزائري.

أوجب المشرع الجزائري أن يمر النزاع بين الزوجين بمرحلة أولية قبل النطق بالحكم؛ وهي الإصلاح بين الزوجين، ويعد هذا الإجراء ضروريا حيث صدر سنة 1959 الأمر رقم: 59-274 المؤرخ بتاريخ 04 فيفري 1959 الخاص بعقود الزواج وانحلالها حيث نص في المادة الثامنة منه على وجوب حضور الزوجين شخصا إلى الجلسة أثناء إجراءات دعوى الطلاق دون الاكتفاء بمذكراتها ودون الاكتفاء بمرافعات ومذكرات محاميها، وصدر في نفس السنة أيضا صدر مرسوم تطبيقي للأمر السابق تحت رقم 59-1082 تضمن النص على الصلح كإجراء وجوبي في مادة الأحوال الشخصية، حيث ورد في المادة (13) منه على ضرورة انفراد القاضي بالزوجين المتنازعين لمحاولة الصلح بينهما في مهلة لا تتجاوز شهرا واحدا ابتداء من تاريخ تسجيل عريضة افتتاح الدعوى، كما نص في المادة (14) منه على أنه في حالة فشل محاولة الصلح أو غياب المدعى عليه دون ذكر المبرر؛ فإن القاضي يثبت

¹ - قرار المحكمة العليا بتاريخ: 08-01-1989 ملف رقم: 53790، نقلا عن نبيل صقر، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص92.

ذلك في محضر ويستدعي الزوجين إلى جلسة علنية للفصل في موضوع الدعوى دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر على الأكثر من بداية تاريخ إثبات فشل محاولة الصلح¹.

ولقد تأكد مضمون ما جاء في المرسوم التطبيقي ضمن الإصلاح القضائي الشامل لسنة 1966 بموجب الأمر 66-154² والذي نص في المادة (17) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وجوب القيام بمحاولة الصلح أمام المحكمة، ثم صدر الأمر رقم 77 - 69 حيث نص في مادته الرابعة على الكيفية التي تتم بها المصالحة، وهي المرة الأولى التي أتى فيها بهذا التفصيل، وأكد من خلاله على إجبارية إجراء المصالحة في الدعاوى الخاصة بالطلاق والمراجعة الزوجية والحضانة مع استثناء القضايا الاستعجالية وعندما يكون أحد أطراف الخصومة خارج التراب الوطني³.

كما اعتمد المشرع الجزائري مبدأ جوازية الصلح بموجب تعديل المادة (17) بمقتضى الأمر رقم 71-80 من قانون الإجراءات المدنية بالأمر المؤرخ في 29-12-1971 حيث جاء في المادة (17) منه: يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أي مادة كانت" وتم تشكيل المادة من جديد لتحفظ بمبدأ المصالحة مع تعميمه على كافة الدعاوى المدنية، وبذلك أصبحت إجراءات الصلح شاملة لجميع الدعاوى المدنية ومن ضمنها دعاوى الطلاق، وتحولت بذلك إجراءات الصلح من الإجماع إلى الاختيار، وبالتالي لم يعد الصلح إجراءً قانونياً يترتب أثره بل أصبح يتعلق بالسلطة التقديرية للقاضي⁴.

¹- ينظر: عبد العزيز سعد: نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة- الجزائر، ط2، 2004، ص22-23. وأحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري-طبقاً لأحدث التعديلات، ص267-268، وكريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، أطروحة دكتوراه، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 214-2015، ص192.

² - المتضمن قانون الإجراءات المدنية الوطني المؤرخ في: 08 جوان 1966، الجريدة الرسمية، عدد 47.

³ - ينظر: سعد عبد العزيز، قانون الأسرة وعلاقته بقانون الإجراءات المدنية، مقال منشور بمجلة نشرة القضاة، عدد01، جانفي 1986، وزارة العدل، ص21-22.

⁴- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، ص267-268، وردة بوزيد، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية، ص22.

وفي التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 نص على الصلح في سلسلة من المواد وذلك في مايلي¹:

المادة (439): "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية".

فقد بين المشرع في ق إ م إ كيفية إشراف القاضي على عملية الصلح، وهي مهمة موكلة للقاضي ولا يجوز فيها النيابة، حيث يقوم القاضي المكلف بالنظر في الدعوى بتبسيط الخلاف بين الطرفين والسعي إلى حله بالتراضي معتمدا في ذلك على كفاية في إدارة الحوار وفهم ملابسات النزاع بخبرته وفطنته، وعليه يتم الصلح بواسطة القاضي في جلسة سرية مع تمتعه بالحرية في تحديد التاريخ المناسب لإجراء عملية الصلح²؛ وهو ما وضحته المادة (440): "في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد، ثم معا ويمكن بناء على طلب الزوجين، حضور أحد أفراد الأسرة والمشاركة في محاولة الصلح".

والهدف من منح القاضي مثل هذه السلطة التقديرية هو أن الفرصة المناسبة لإجراء الصلح تختلف من خصومة إلى أخرى حسب وقائع وظروف كل قضية³.

وفي المادة (141) "فيما إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حصل له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية.

غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرم القاضي محضرا بذلك".

¹ - المواد: 439 - 445 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ: 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008م.

² - ينظر: سفيان سولم، "الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق صعوبات تطبيقه وآليات تفعيله"، في الملتقى الوطني الثامن حول حماية الأسرة في التشريع الجزائري، يومي 04 و 05 نوفمبر 2015، ص 07.

³ - ينظر: المرجع نفسه، ص 07.

وجاء في المادة (442) "ويمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازماً من التدابير المؤقتة الضرورية بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

وفي جميع الحالات يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع دعوى الطلاق"، وبالتالي فإن النتائج التي ستسفر عن محاولات الصلح التي يقوم بها القاضي لا تخرج من أمرين¹:

- إما فشل محاولة الصلح بسبب تخلف أحد الزوجين، أو عدم اتفاق الزوجين.

- وإما نجاح محاولات الصلح واتفاق الزوجين وبالتالي حسم النزاع.

ففي الحالة الأولى يشرع القاضي المختص في مناقشة الدعوى، أما في الحالة الثانية يقوم القاضي طبقاً للمادة (443) من ق إ م إ في فقرتها الأولى بإثبات ما اتفق عليه الطرفان في محضر الجلسة الذي يحرره أمين الضبط بحضور الزوجين، ثم يقوم القاضي بتوقيعه ويوقع الطرفان وأمين الضبط.

ويجب أن يثبت الصلح بموجب محضر قضائي، وهو ما قالت به المادة (443): يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت رقابة القاضي.

يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط.

يعتبر محضر الصلح سنداً تنفيذياً.

في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى.

المادة (444): يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة.

المادة (445): يجوز للقاضي في حالة ظهور واقعة جديدة، وحسب الظروف، أن يحدف أو يعدل أو يتمم التدابير المؤقتة التي أمر بها، ما لم يتم الفصل في الموضوع.

¹ - ينظر: سفيان سولم، المرجع السابق، ص 08.

وهذا الأمر غير قابل لأي طعن.

وتسجل أحكام الطلاق في الحالة المدنية وجوبا، وتسعى النيابة العامة في ذلك لكون الأمر يتعلق بالنظام العام.

ومما تقدم فإن إجراء الصلح في مادة الطلاق هو أن يقوم القاضي بجمع الزوجين في مجلسه لمحاولة إقناع طالب فك الرابطة الزوجية بالتراجع عن دعواه، ومحاولة الصلح القضائي تعد عنصرا من العناصر الشكلية لممارسة الحق الإداري، وتبطل إجراءات الصلح إذا تخلف طالب الطلاق عن جلسة الصلح.

ثالثا- الصلح الأسري في قانون الأسرة الجزائري.

جاء في المادة (49)¹ من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ودون أن يتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر".

حيث أن المشرع من خلال المادة اكتفى بالنص عن إجراء الصلح في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر دون أن يبين الخطوة التي تكون بعد هذا الإجراء وهل يحضر القاضي محضر بما توصلت إليه المحاولة من نجاح أو فشل، ثم إن المادة مشوبة بالغموض فيما يتعلق بسريان تاريخ الصلح هل يحتسب ابتداء من تلفظ الزوج أو من تاريخ طرح الدعوى لدى القضاء.

أما في ظل قانون الأسرة المعدل بالأمر 02-05 فإن المادة (49) من قانون الأسرة كانت أكثر وضوحا وأزلت اللبس على ما تقدم من تساؤلات، ومن أهم التعديلات المدرجة في المادة:

1- تعدد جلسات الصلح بعد أن كان القاضي يقوم بجلسة صلح واحدة.

2- إظهار الخطوات الموالية بعد إجراء الصلح.

3- تحديد سريان بداية الصلح وذلك ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

وتعدد جلسات الصلح تبين حرص المشرع على الإصلاح بين الزوجين والسماع منهما إذ قد يتعذر على أحدهما حضور الجلسة بقصد أو عن غير قصد، أو قد يتردد طالب فك

¹ - المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، 1984.

الرابطة الزوجية ويتراجع عن دعواه، وهي فرصة أيضا لصفاء النفوس وحدد المشرع المدة الزمنية للمصالحة بأن لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى القضائية لطالب فك الرابطة الزوجية.

ويحرر القاضي محضرا يبين فيه مساعي محاولات الصلح، فإذا لم يتفق الزوجان وفشلت محاولات الصلح فإن القاضي يذكر ذلك في المحضر ويحكم بالطلاق إذا كان بإرادة الزوج أو التطليق القضائي إذا استوفى شروطه أو يحكم بالطلاق خلعا.

وأما المادة (49) المعدلة لم تنص على وجوب إلزام إجراء محاولات الصلح، في حين أن المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية التي أكدت على وجوب إجراءات الصلح في مادة الأحوال الشخصية¹.

وقد حدد المشرع جلسات الصلح بثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى قاصدا بذلك جملة من الأمور أهمها:

1- استدراك الوضع وبسط مشاكل الزوجين على طاولة الحوار، وذلك قبل استفحال الشقاق وتفاقم الخلافات؛ لأنها قد تصل إلى أهالي الزوجين مما يزيد الأمر تعقيدا.

2- إن تكرار جلسات الصلح يعمل على توعية الزوجين بأهمية استمرار الحياة الزوجية، وعواقب تشتت الأسرة وماله من آثار على الزوجين والأبناء والأهل.

3- السعي إلى ترجيح كفة التصالح بين الزوجين مما يغذي فكرة التسامح والتنازل عن بعض الحق من أجل المحافظة على الكيان الأسري.

4: مراجعة كل طرف لأخطائه بعد أن تهدأ النفوس؛ لأن الغضب يعمي البصيرة، وقد يكون سبب الخلاف بسيطا، وبالتالي يدرك كل منها عظم ما كانا سيقدمان عليه².

5- إن من طبيعة الإنسان أنه لا يدرك النعمة التي لديه إلا بعد فقدانها، ومن المعلوم أن الرجل بطبيعته لا يستطيع البقاء بدون زوجة لمدة كبيرة، ثم إن تكاليف الزواج ثم الطلاق قد

¹ - ينظر: أحمد شامي، مرجع سابق، ص 272.

² - ينظر: زبيدة إقروفة، "الاستقرار الأسري من خلال أحكام قانون الأسرة"، في مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، عدد 04، جامعة بجاية، 1433هـ-2012م، ص 497-499.

تُعجز بعض الرجال عن الولوج في رابطة زوجية جديدة، وفترة المصالحة بثلاث أشهر هي كافية لأن يتراجع الزوج عن الطلاق، وبالتالي تعود الحياة الزوجية لطبيعتها.

6- إزالة الغموض الوارد في المادة (50) في اختلافها بأحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص احتساب العدة؛ فالمشرع ربط حلية المراجعة بدون عقد بجلسة الصلح وشرعا هي مرتبطة بانقضاء العدة من عدمها؛ حيث تحتسب العدة ابتداء من لحظة تلفظ الزوج بالطلاق لا من وقت النطق بالحكم، والمصالحة القضائية تتم فقط في الفترة المحددة قانون في حال ما إذا توافقت مع الفترة المحددة شرعا؛ أي قبل أن تبين المطلقة عن زوجها.

أما إذا كان الزوج قد طلق زوجته بأشهر قبل رفع الدعوى القضائية فإن المدة المحدد للصلح القضائي المادة (49) من قانون الأسرة لا عبرة بها، وبالتالي هي لا تتوافق مع ما هو مقرر شرعا، ومنه فإن الحكم الذي يصدره القاضي هو حكم كاشف لطلاق واقع فعلا¹.

ولتفادي الإشكال فيما يخص تضارب نصوص القوانين الوضعية فيما بينها وبالتالي مخالفة الشريعة الإسلامية الثابتة أحكامها خاصة فيما يخص مسائل الأسرة؛ فإن الحلول المقترحة لهذا الإشكال نلخصها فيما يلي:

أ- عند نطق الزوج بالطلاق يتوجب على الزوج رفع دعوى قضائية طالبا فيها فك الرابطة الزوجية مصرحا بتلفظه الطلاق في الزمن الذي رمى فيه يمين الطلاق على زوجته، وبالتالي تتخذ المحكمة الإجراءات المناسبة، ومنه فإن الزوجة لا تزال في عصمة زوجها وله أن يراجعها في أي وقت بدون أي شرط ما لم تنقضي عدتها، أما إذا تم تطبيق إجراء الصلح بعد انقضاء العدة فإن ذلك يفضي إلى تحليل ما حرم الله وذلك بأن يحكم القاضي باستئناف الحياة الزوجية إذا نجحت محاولات الصلح لكن دون تحديد العقد، وهو ما يوجب على المشرع الجزائري ضبط هذه المسألة بما يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية نصا وتطبيقا.

ب- أن يطلق الزوج أمام شهود ويكونون بينة لدى القضاء²، وهو من الصعوبة بمكان لأن الزوج في الغالب يتلفظ بالطلاق في حالات غضب وبالتالي يصعب إحضار الشهود.

¹- ينظر: زبيدة إقروفة، المرجع السابق، ص 467.

²- ينظر: المرجع نفسه، ص 498.

الفرع الثاني: تطبيقات إجراء الصلح في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا

من خلال استقراء اجتهادات المحكمة العليا، نلاحظ تذبذباً في قراراتها حول وجوبية إجراء الصلح قبل النطق بالطلاق، فأحياناً تقول بأن الصلح إجراء يجب على القاضي العمل به وأن الحكم ما يخالف ذلك معرض للنقض، في حين نجد اجتهادات أخرى ترى بخلاف ذلك وأن إجراء الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية مجرد إجراء شكلي وغير جوهري.

وستتناول هذه الاجتهادات المتباينة؛ وجوب إجراء الصلح قبل النطق بالحكم (أولاً)، ثم عدم وجوب تطبيق إجراءات الصلح (ثانياً).

أولاً- وجوب إجراء الصلح قبل النطق بالحكم

يعد الصلح إجراءً قانونياً أوجبه المشرع الجزائري على القاضي، وفي حال تخلف هذا الإجراء فإن الحكم القضائي باطل ولا يعتد به وفي هذا الصدد جملة من الاجتهادات القضائية ومنها: "حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة (49) من قانون الأسرة التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه وإحالة على نفس المحكمة"¹.

وعليه فإن استقرار الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، في هذا الصدد والمتمثل؛ في أن عدم مراعاة إجراء الصلح يعد خرقاً للقانون².

كما أن حضور طالب فك الرابطة الزوجية وجوبي في جلسة الصلح، ولا يغني عن ذلك حضور محامية وهو ما أكدته المحكمة العليا في اجتهادات مختلفة ومنها:

ما جاء في قرار للمحكمة العليا: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح من طرف القاضي" طبقاً للمادة (49) من ق أ ج، وأن هذا الإجراء هو محاولة الصلح بين الطرفين، وكاستثناء لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعين ولا تصح فيه النيابة، ومتى تبين أن

¹ - قرار المحكمة العليا، تاريخ: 18-01-1994، ملف رقم: 96688، نشرة القضاة، عدد 50، 1997، ص 83.

² - عبد الفتاح تقيّة، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية- قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط 1، 1433هـ، 2012م، ص 157.

هذا الإجراء قام به شخصا آخر غير الزوج، فإنه يشكل مخالفة للمبدأ المذكور ويُعدُّ خطأً في تطبيق القانون، لا سيما المادة (49) من قانون الأسرة، الأمر الذي يتعين معه الاستجابة للوجه المثار نظرا لوجهته"¹.

وفي قرار لها: "وحيث أن اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والموارث بالمحكمة العليا قد استقر على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسات محاولة الصلح، وإلا أصبح الوجوب المنصوص عليه في المادة (49) من قانون الأسرة بدون جدوى..²".

تتمثل مهمة المحكمة العليا في مراقبة مدى احترام تطبيق القانون الذي يشتمل على قواعد موضوعية وقواعد إجرائية، ومن خلال الاجتهادات السابقة ذكرها يتبين أن المحكمة العليا اهتمت فقط بالسهر على تطبيق القواعد الإجرائية بدعوى ضرورة إجراء الصلح حيث نجدها تنقض أحكاما قضائية قضت بفك الرابطة الزوجية في حين أهملت الجانب الموضوعي وهي بذلك لا تولي اهتماما للقواعد الموضوعية والآثار الوخيمة التي تنجر على إهمالها؛ ذلك لأن المركز القانوني للزوجين ينقضي إما بتلفظ الزوج بالطلاق أو بصدر حكم قضائي، وبذلك تكون المحكمة العليا في اجتهاداتها في تناقض بين القاعدتين الموضوعية الإجرائية والأصل أن القاعدة الإجرائية تخدم القاعدة الموضوعية³.

ثانيا- عدم وجوب تطبيق إجراءات الصلح.

ومن الاجتهادات القضائية التي ترى بعدم وجوبية إجراء الصلح قبل الطلاق قرار صادر بتاريخ: 1989-07-21: " محاولة الصلح بين الطرفين الزوجين في دعوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية..⁴".

¹ -قرار المحكمة العليا، تاريخ: 16 يناير 2008، ملف رقم 417622، مجلة المحكمة العليا، عدد 01 لسنة 2009، ص 304.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 09-05-2013، ملف رقم: 0798882، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، لسنة 2013، ص 286.

³ -ينظر:عبد الحكيم بن هبري، "إجراءات محاولات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية وأثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي"، في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 5، كلية الحقوق جامعة الجزائر، لاس، ص 127.

⁴ -قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 1989-07-21، ملف رقم: 200198، مجلة القضاة، عدد 56، ص 40.

وفي قرار آخر: " محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق إنما محاولة الصلح المذكورة بالمادة (49) من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس"¹.

إن التباين في اجتهادات المحكمة العليا فيما يخص وجوبية إجراء الصلح القضائي من عدم وجوبيته إنما يعود إلى كل خصومة وما يحيطها من ملابسات؛ فالاجتهاد القضائي يلزم بوجوب إجراء الصلح في الحالات التي يمكن فيها للصلح أن ينتج أثره - مع التقيد بالضوابط الشرعية - فيكون إجراء الصلح جوهريا، أما إذا تبين للقاضي أن تعدد إجراءات الصلح ما ينتج عنه إلا تأزم الوضع واستحالة الإصلاح بين الزوجين فإن محاولات الصلح في هذه الحال لا فائدة منها، وهو ما قالت به المحكمة العليا؛ حيث جاء في اجتهاد لها " حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، تبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة الصلح بين الزوجين وعقد لذلك جلسة بتاريخ 30-11-2008، تمسك فيها الزوجان بمطالبهما، وبالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة (49) من قانون الأسرة تم استنفاذه ولا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى، مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض..²

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 16-02-1999 ملف رقم: 216850، المجلة القضائية، عدد خاص، ص100.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 14-04-2012 ملف رقم: 620084، عدد 01، لسنة 2012، ص301

المطلب الثاني

تطبيقات الصلح في حالات فك الرابطة الزوجية

قد تختلف صور فك الرابطة الزوجية، إلا أن الصلح إجراء وجوبي في جميع حالاتها سواء كانت طلاقاً بالإرادة المنفردة للزوج أو تطليقاً أو خلعا، وستتطرق فيما يلي إلى إجراءات الصلح في الطلاق بإرادة الزوج ودور الاجتهاد القضائي في تفعيله (فرع أول)، ثم إجراءات الصلح في الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري والاجتهادات القضائية (فرع ثان) وأخيرا إجراءات الصلح في الطلاق بطلب من الزوجة ودور الاجتهاد القضائي في تفعيله (فرع ثالث).

الفرع الأول: الصلح في الطلاق بإرادة الزوج ودور الاجتهاد القضائي في تفعيله.

من محاسن الشريعة أن جعلت العصمة الزوجية بيد الزوج لمقاصد جليلة، أهمها قدرة الزوج على التحكم في عواطفه واجتناب التسرع في الطلاق، لكن لا يعني ذلك أن يتمتع الزوج تماما عن استخدام حقه في الطلاق إذا استحالت العشرة الزوجية؛ وسنبين من خلال هذا المطلب الطبيعة القانونية للحكم بالطلاق بإرادة الزوج (أولا)، ثم الطلاق بالإرادة المنفردة في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا (ثانيا).

أولا- الطبيعة القانونية للحكم بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة وعلاقته بالصلح.

اختلف الفقهاء والباحثون حول طبيعة الحكم القضائي الذي يكون بإرادة الزوج هل كاشف للطلاق أو منشئ له إلى ثلاث اتجاهات وسبب الاختلاف هو الغموض الوارد في المادة (49) من ق أ ج.

1- الحكم القاضي بالطلاق بإرادة الزوج حكم كاشف:

يقول بعض شراح القانون؛ بأن الطلاق حق مطلق للزوج، و بالتالي لا يحق لأحد رد هذا الحق سواء كان القاضي أو الزوجة وإن كان الزوج متعسفا فإنه لا يفقد هذا الحق لكنه مطالب بالتعويض، والحكم الصادر في مثل هذا النوع من الطلاق هو حكم من الأحكام التقريرية الكاشفة، وعلى هذا فإن المادة (49) من ق أ ج أوجبت على القاضي قبل الحكم

بإثبات الطلاق أن يجري محاولات الصلح عدة مرات، ومؤدى هذا أن الطلاق الذي حصل من الزوج لم يحل الرابطة الزوجية كما نصت المادة (47) من نفس القانون وهو أيضا ينفي مضمون المادة (48) بحق الزوج حل عقد الزواج بإرادته، وهو ما يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية والقاعدة الشرعية العامة التي تقر بأن العصمة بيد الزوج¹.

ولقد نظم المشرع الجزائري طلبات فك الرابطة الزوجية من أحد الزوجين في المواد من (436-452) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث بين فيها الإجراءات القضائية حيال هذه الدعاوى؛ فالزوج هنا يرفع دعوى إثبات الطلاق الذي أوقعه، حيث يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، ويأمر باتخاذ التدابير التي يراها مناسبة بناءً على ما نصت عليه المادة (450) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم منشئ.

يُعتبرُ جانبا آخر من الفقه أن الطلاق من الحقوق الإرادية التي يملكها الزوج، وبمجرد ما يعبر الزوج عن إرادته يحدث الأثر القانوني؛ وهو انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج؛ أي انتهاء الرابطة الزوجية². وخروجا عن القاعدة العامة أصبح يخضع استعمال حق الزوج في الطلاق إلى الشكل القانوني بناءً على ما أشارت إليه المادة (49) من ق أ ج، وبالتالي فإن إرادة الزوج وحدها لا تكفي لاستيفاء الشكل القانوني، وليس ذلك لخلل في إرادة الزوج وإنما بناء على إرادة المشرع، وبالتالي فإن القاضي ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة صلح، ولا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء، بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه الإرادي بصدور محضر من القاضي يثبت استيفاء إجراء الصلح، ومن ثم يعد المحرر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق ولا يعد وسيلة لإثباته، وعليه لا يمكن قبول إدعاء الزوج بوقوع الطلاق ما لم يقدم محررا رسميا صادرا عن القاضي³.

¹ - ينظر: أحمد نصر الجنيدي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 104.

² - ينظر: بن هيري عبد الحكيم، إجراءات محاولات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية، ص 84.

³ - ينظر: المرجع نفسه.

3- حكم الطلاق كاشف ومنشئ.

يذهب رأي آخر إلى أنّ حكم القاضي في الطلاق هو منشئ وكاشف، فهو منشئ لوجود فترة الصلح بحيث يرفع الزوج دعواه لتأتي المرحلة الثانية وهي محاولات الصلح القضائي، وعلى هذا الأساس يصدر القاضي حكمه بالطلاق إذا استحال الصلح. كما يمكن أن يكون حكم القاضي كاشفاً للطلاق إذا كان الزوج تلفظ به ولجأ إلى القضاء للإثبات القانوني والقضائي لهذا الطلاق¹.

والصواب أن الطلاق بالإرادة المطلقة للزوج هو طلاق واقع، إذا فهي إرادة منشئة ويترتب على ذلك كل الأحكام الشرعية ابتداء من احتساب العدة وكل ما يتعلق بهذا النوع من الطلاق من مسائل؛ لأن الطلاق حق مطلق للزوج ولا يتوقف على إجازة أحد وله إيقاعه في أي وقت شاء وبالتالي فإن الحكم القاضي بالطلاق ما هو إلا إثبات لإرادة الزوج في شكل محضر محرر من طرف القاضي، وهو إجراء قانوني تنظيمي يهدف إلى حماية حقوق الزوجين والأبناء.

وبالتالي فإن تطبيق إجراء الصلح لا يكون وجوباً إلا في حالة واحدة وهي إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً رجعياً ولم تنته العدة وهي فترة الشقاق فإن القاضي يحاول في جلسات متتالية محاولة إقناع الزوج بالرجوع عن طلبه إذا رأى في ذلك ضرورة، أما إذا تبين للقاضي استحالة الإصلاح بين الزوجين لتقدم الشقاق، فلا داعي لتمديد جلسات الصلح التي لا جدوى منها، وبالتالي يحرم محضراً بما توصلت إليه نتائج محاولات الصلح المادة (49) من ق أ ج.

ويعتبر حكم القاضي في حالة الطلاق بإرادة الزوج المنفردة كاشفاً عن الطلاق ودوره هو إثبات الطلاق، في حين أنه يعتبر منشئاً للطلاق في حالة التطليق بطلب من الزوجة أو الخلع والطلاق الذي ينطق به القاضي يعتبر بائناً، سواء كان بناء على طلب الزوج أو الزوجة. ومنه فإن الحكم القضائي يكون منشئاً للطلاق إلا في ثلاث حالات:

- إذا رفع الزوج دعوى طلاق من غير أن يتلفظ به وأبدى رغبته باستحالة مواصلة الحياة الزوجية وعجز القاضي عن الإصلاح.

- في حالتي التفريق القضائي سواء الخلع أو التطليق القضائي.

¹ - ينظر: بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 84.

ثانيا- طلاق الزوج بالإرادة المنفردة في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

طلاق الزوج بإرادته المنفردة حق ثابت نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية وأقره المشرع الجزائري المادة (48) من قانون الأسرة، وهو ما عملت به المحكمة العليا في اجتهاداتها ولكن اختلفت اجتهادات المحكمة العليا باختلاف ملابسات كل قضية وطبيعتها، وبالتالي فإن إجراء الصلح ليس بالضرورة أن يكون في جلسات متعددة فقد تكفي جلسة واحدة فقط ويحكم القاضي إثرها بما يراه مناسبا وستتطرق إلى اجتهادات المحكمة العليا في حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة، حيث جاء في قرار المحكمة العليا من " المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب¹ ليس في محله.

ومتى تبين- في قضية الحال - أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنباً للحرَج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم.

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون².

و هذا الحق ليس مقررا قانونا فحسب بل حق مقرر شرعا وقانونا وقضاءً، ومنه فإن قضاة المحكمة العليا قاموا بإزالة اللبس والغموض الحاصل في المادة (49) من هذا القانون.

وبالتالي فإن الزوج هو منشئ للطلاق لأنه الوحيد المخول له هذا الحق وما على المحكمة إلا الاعتراف به وتبنيته والذي يرى خلاف ذلك هو لم يطبق القانون تطبيقاً صحيحاً.

¹ - تسبب الحكم القضائي يقصد به إيراد الحجج الواقعية والقانونية التي بني عليها والمتجهة له والتي أقيمت القاضي للقضاء بما قضى بها وجعلته يتجه في حكمه الاتجاه الذي اطمئن إليه، ويجوز تسبب الأحكام القانونية جملة من الشروط وهي:- أن يكون تسبب الحكم القضائي كافياً- أن تبرز المحكمة رأيها بالنسبة لكل قضاء.- يجب أن يستمد الحكم القضائي أسبابه من واقع الدعوى القضائية وأدلة لإثبات الدعوى المطروحة عليه، ينظر: طاهري حسين، تسبب الأحكام القضائية مدعماً باجتهادات القضاء المقارن(الجزائر، مصر، الكويت، الأردن)، لاط، دار هومة الجزائر 2014، ص17.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 15-06-1999، عدد خاص، لسنة 2001، ص104.

الفرع الثاني: الصلح في الطلاق بالتراضي في النصوص القانونية والاجتهادات القضائية.

قد تسوء العشرة بين الزوجين وتستحيل مواصلة الحياة الزوجية، لكن في الوقت ذاته يسعى الزوجان للحفاظ على أسرار كل منها واحترام الروابط التي كانت بينهما، وربما يكون أحد الزوجين صاحب فضل على الآخر أو بينهما أفضالا متبادلة وقد قال الله تعالى في محكم تنزيله: ﴿ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ [البقرة 235]، كما أن الروابط الزوجية ينجر عنها علاقات نسب ومصاهرة والأهم من ذلك كله ما بينهما من أولاد، كما يمكن أن تكون الفرقة بغية الحصول على الخليفة، وبالتالي يلجأ الزوجان إلى القضاء ويقدمان تنازلات متبادلة، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يحدد العناصر التي يتم الاتفاق عليها بدءاً من إرادة الزوجين في الطلاق إلى كل الآثار المترتبة عليه، ولقد عد المشرع الجزائري الطلاق بالتراضي من ضمن صور فك الرابطة الزوجية المادة (48) من ق أ ج.

وتفريعا عن كل ما سلف ذكره سنتكلم فيما يأتي على أحكام الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري، ثم سنعرض تطبيقاته في اجتهادات المحكمة العليا .

أولاً- الطلاق بالتراضي في القانون الجزائري.

لم ينص المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة على أحكام الطلاق بالتراضي في مادة مستقلة، واكتفى فقط بنص المادة (48): " مع مراعاة أحكام المادة (49) أدناه، ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53 و 54) من هذا القانون".

وبناءً على نص المادة (48) فإن الرابطة الزوجية تنحل بالوفاة أو الطلاق، ويتم هذا الأخير بموجب إحدى الطرق الثلاث:

- 1- إما بالإرادة المنفردة للزوج.
- 2- بتراضي أو اتفاق الزوجين على ذلك.
- 3- بطلب من الزوجة (التطليق والخلع).

و لقد تطرق المشرع إلى طلاق التراضي من خلال ق إ م إ الجزائري كما سلف ذكره، ولكن يجب أن تسبق إثبات الطلاق محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي، كما هو منوه عنه في المادة (49) أدناه¹، وبالتالي فإن إجراءات الصلح وجوبية في جميع حالات فك الرابطة الزوجية بما فيها الطلاق بالتراضي بين الزوجين.

ويختلف إجراء طلب الطلاق بالتراضي عن غيره من الطلبات وبالتالي ليكون الطلب صحيحا ويعتد به قضائيا يجب أن يمر بالمراحل التالية:

1- تقديم طلب مشترك:

حيث يقدم الزوجان طلبا مشتركا في شكل عريضة وحيدة موقعة من طرفيهما، ولا تطبق أحكام المادتين (16) و(21) من القانون الجديد المتعلقين بتبليغ عريضة افتتاح الدعوى والمستندات للخصوم²، المادة (428) من ق إ م إ: "في حالة الطلاق بالتراضي، يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين، تودع بأمانة الضبط".

وتتضمن العريضة حسب المادة (429)³ من ق إ م إ شكل ومضمون العريضة المشتركة بين الزوجين وكذا ذكر البيانات الضرورية التي يجب أن يوقع عليها الزوجان مع إرفاقها بشهادة عائلية ومستخرج من عقد الزواج.

ويتم تحديد الجلسة بناء على ماجاءت به المادة (430)⁴: "يخطر أمين الضبط الطرفين في الحال بتاريخ حضورهما أمام القاضي، ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض".

2- دور القاضي في الطلاق بالتراضي.

يبقى القاضي في قضايا الطلاق بالتراضي محتفظا بدوره الإيجابي في تفعيل محاولات الصلح بين الزوجين إذا كان ذلك ممكنا ويتأكد من رضاها كما له أن يلغي بعض الشروط

¹ - ينظر: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص 120.

² - ينظر: عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادية للطباعة والنشر والتوزيع، الرويبة، الجزائر، ط2، 2009، ص 331.

³ - المادة 429: "يجب أن يتضمن العريضة الوحيدة ما يأتي: 1- بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب. 2- اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما. 3- تاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء عدد الأولاد القصر. 4- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق.

⁴ - المادة 430 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، 2008.

أو يعدل منها إذا كانت لا تخدم مصلحة الأولاد أو مخالفة للنظام العام، ثم يثبت إرادة الزوجين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح القاضي بالطلاق بناء على نص المادة (431)¹.

3- الطعن في أحكام الطلاق بالتراضي.

أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف² حتى في جوانبه المادية³؛ أي أن الطلاق يقع بئنا وفقاً للمادة (57) من قانون الأسرة، لكنها قابلة للطعن بالنقض لدى أجهزة المحكمة العليا لمراقبة مدى التطبيق الصحيح للقانون في ممارسة هذا الطعن، ويسري أجل النقض من تاريخ النطق بالحكم⁴، بدلا عما هو مقرر في المادة (354) من ق إ م إ من القانون الجديد حيث يبدأ سريان الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه⁵.

أما مضمون المادة (435) أدناه هو تأكيد لقاعدة عامة تضمنتها المادة (348)⁶ من القانون الجديد التي تقضي بأنه ليس لطرق الطعن غير العادية ولا لآجال ممارسته أثر موقف.

¹ - المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 2008: "يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور، من قبوله العريضة، ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكناً".

² - المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف".

³ - في اجتهاد للمحكمة العليا "لكن حيث أن المادة 433 من ق إ م إ تنص صراحة على أن أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف بما فيها تلك الفاصلة في الجوانب المادية وتبقى خاضعة فقط للطعن بالنقض، ومن ثم فإن القضاء من قبل قضاة المجلس بعدم قبول الاستئناف المرفوع من طرف الطاعن ضد الحكم الصادر عن محكمة متليلى بتاريخ 11-05-2009 القاضي بالطلاق بالتراضي بين الطرفين وبالحضانة والنفقة والسكن أو بدل الإيجار استنادا إلى أحكام المادة المذكورة، يعد من جانبهم تطبيقا سليما للقانون، الأمر الذي يجعل الأوجه المثارة غير مؤسسة ويتعين عدم الاعتداد بها والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن"، قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 14-06-2012، ملف رقم: 692661، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2012، ص 265.

⁴ - المادة 434 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، 2008: "يسري أجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم".

⁵ - ينظر: عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الرويبة، الجزائر، ط2، 2009، ص 333.

⁶ - المادة 348: "ليس لطرق الطعن غير العادية ولا لآجال ممارسته أثر موقف ما لم ينص القانون بخلاف ذلك".

ثانيا- طبيعة الطلاق بالتراضي في اجتهادات المحكمة العليا وتطبيقاته.

لقد تباينت المحكمة العليا في اجتهاداتها حول طبيعة الطلاق بالتراضي، وهل هذا النوع من الطلاق تنطبق عليه أحكام عقد الصلح بناء على نصوص القانون المدني؟ وما موقف الاجتهادات القضائية في الأحكام محل النقض المعروضة لديها؟

1- طبيعة الطلاق بالتراضي في الاجتهاد القضائي.

جاء في قرار للمحكمة العليا: " من المقرر قانونا أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه. " ومن المقرر أيضا أن الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها ويترتب عليه إسقاط الحقوق والإدعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية ".¹

ومتى تبين في -قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قبلوا استئناف الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين والذي شهدت عليه المحكمة العليا أخطأوا في تطبيق القانون؛ لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدا للنزاع، وأن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح؛ لأن الصلح ينهي به الأطراف نزاعا قائما طبقا لأحكام المادتين (459) و (462) من القانون المدني ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹.

من خلال الاجتهاد المذكور يتبين أن المحكمة العليا قضت بنقض القرار المطعون فيه؛ لأن قضاة المجلس قبلوا استئناف الحكم القاضي بالصلح بين الطرفين، وفي معرض تأسيسها أكدت المحكمة العليا بشأن هذا القرار أن الاستئناف لا يُرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدا للنزاع، وأن

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 19-04-1994، ملف رقم: 103637، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص 2001، ص 94.

دور المحكمة العليا ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح فهو عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً كما ينهي النزاعات التي يتناولها المادة (459 و 462) من ق م، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

ومنه فإن المحكمة العليا في هذا الاجتهاد اعتبرت الطلاق بالتراضي¹:

- عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً.

- سلطة القاضي في تجسيد الصلح في طلاق التراضي يكون بمراقبة صحته وسلامته.

- الطلاق بالتراضي غير قابل للاستئناف.

ومن خلال القرار المذكور آنفاً يبدو أن الاجتهادات القضائية جانبت الصواب في تحديد طبيعة طلاق التراضي وذلك للاعتبارات التالية²:

- أنها اعتبر الطلاق بالتراضي عقد صلح ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً بناءً على نص المادة (459) من القانون المدني، لكن هذا الأمر لا يتلاءم ونص المادة؛ لأن المادة المذكورة تتحدث عن الصلح الذي يسبق اللجوء إلى الحماية القضائية لينهي نزاعاً لم يطرح أمام القضاء، وبالتالي فإن إسقاط طلاق التراضي على المادة (459) يصلح فقط من جانب التنازل بين الطرفين عن وجه التبادل عن حقوقهما، مع بقاء النزاع قائماً لأنه مطروح فعلاً لدى القضاء.

- حدد هذا القرار مهمة القاضي وهي مراقبة صحة وسلامة ما تراضى عليه الطرفان، في حين أكدت المحكمة في ذات القرار على أن الحكم الصادر غير قابل للاستئناف، إذ كيف تعطى للقاضي صلاحية مراقبة صحة ما تراضى عليه الطرفان ثم يجعل مراقبته هاته غير قابلة للمراجعة من طرف المجلس القضائي.

لكن المحكمة العليا سرعان ما تفتنت للثغرات الموجودة في اجتهادها المذكور آنفاً لتصدر قراراً آخر بتاريخ 23-05-2000 حيث جاء فيه: " من المقرر قانوناً أن الطلاق بالتراضي

¹ - ينظر: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، ص 607.

² - المرجع نفسه، ص 608-609.

هو مجرد إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير¹.

وبالتالي فإن هذا القرار جاء أكثر دقة وسلامة وهو تأكيد لمبدأ التراضي في إحداث الأثر القانوني وهو مختلف عن عقد الصلح المنصوص عليه في القانون المدني ومنه فإن هذا القرار أعطى للطلاق بالتراضي صورة مستقلة ذات طابع خاص واستندت المحكمة العليا في اجتهاداتها إلى المادة (48) من ق أ ج وبالتالي فإن الطلاق بالتراضي يتمثل فيما يلي²:

- إشهاد للقاضي باتفاق الطرفان على فك الرابطة الزوجية وليس عقد صلح ينهي نزاعاً قائماً.

- تنحصر سلطة القاضي في هذا النوع من الطلاق في توثيق إرادة الطرفين في إحداث الأثر القانوني ولا تتعداه إلى مراقبة صحة وسلامة ما اتفقا عليه.

- الطلاق بالتراضي لا يوصف بالابتدائية ولا النهائية وهو بذلك مختلف عن باقي الأحكام في جعله مجرد إشهاد.

2- تطبيقات الطلاق بالتراضي في الاجتهاد القضائي محكمة العليا.

يخضع الطلاق بالتراضي إلى جملة من الأحكام الخاصة نص عليها المشرع الجزائري من خلال ق إ م إ مما يجعل مخالفتها أو إهمالها خطأ في تطبيق القانون، ولقد استندت المحكمة العليا في الحكم محل الطعن بالنقض على الوجه الوحيد وهو مخالفة القاعدة الجوهرية في الإجراءات وهو ما جاء في اجتهاد المحكمة العليا: " أن الحكم محل الطعن بالنقض يتضمن الطلاق بالتراضي والطاعنة تصرح أن القاضي الدرجة الأولى قد خالف كل الإجراءات القانونية المتعلقة بالطلاق بالتراضي ولا سيما نص المادة (431) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص صراحة على أنه يتأكد على القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضاهما و يحاول

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 23-05-2000، ملف رقم: 243943، مجلة القضاة، عدد خاص 2001، ص112.

² - ينظر: محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، ص109-110.

الصلح بينهما إذا كان ممكنا...

وأضافت الطاعنة أنه يتبين من حيثيات الحكم المطعون فيه أن قاضي الدرجة الأولى قد أجرى جلسة صلح واحدة دون حضور الطاعنة ودون التأكد من موافقتها أو رضاها ودون سماعها، وهذا ما يعد مخالفا لنص المادة السالفة الذكر التي ألزمت القاضي بالتأكد من رضا الطرفين منفردين ثم مجتمعين، حيث أن المادة (428) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أنه في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين بأمانة الضبط والمادة (430) من نفس القانون تنص بأن أمين الضبط يخطر الطرفين في الحال بتاريخ حضورهما أمام القاضي ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض، وحيث أن المادة (431) من نفس القانون تنص بأن القاضي يتأكد في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضاها ويحاول الصلح بينهما إذا كان ممكنا...

وحيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم محل الطعن بالنقض أن المحكمة لم تتأكد من كل ذلك، وأشارت إلى أنها سعت لإصلاح ذات البين بين الطرفين في جلسة بتاريخ 21-10-2009، إلا أن محاولاتها باءت بالفشل بسبب تمسك المطعون ضده بفك الرابطة الزوجية بالتراضي لاستحالة العشرة الزوجية وغياب الطاعنة عن الصلح، ومع ذلك قضت المحكمة بالإشهاد بفك الرابطة الزوجية بالتراضي بين المطعون ضده وبين الطاعنة مخالفا بذلك نص المادة (431) المذكورة والتي جاءت بأحكام خاصة في الدعوى الرامية إلى الطلاق بالتراضي في المواد من (427 - 435) من ق إ م إ والتي رفعت في ضله الدعوى التي أسفرت عن الحكم محل الطعن بالنقض¹.

وأیضا فیما يخص إجراءات الطلاق بالتراضي مما يعرض الحكم القضائي للإبطال وهو ما صدر عن المحكمة العليا في قضية الحال وذلك في القرار بتاريخ: 11-07-2013: "حيث أن المحكمة اعتبرت موافقة الطاعنة على طلب المطعون ضده للطلاق بمثابة طلاق بالتراضي، مع أن أحكام الطلاق بالتراضي تنظمه المواد من (427-435) من قانون الإجراءات

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 08-12-2011، ملف رقم: 676898، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، لسنة 2012، ص 321.

المدنية والإدارية؛ وهي أحكام خاصة تبتدئ بعريضة وحيدة موقعة من الطرفين تودع بأمانة ضبط المحكمة ويتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويستمع للزوجين على انفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضاها ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكناً، ثم ينظر مع الزوجين أو وكلاهما في الاتفاق وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام...¹.

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الطلاق بالتراضي مما ييسر على القضاة تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً، كما أن المحكمة العليا في اجتهاداتها سعت إلى ذات الغرض.

يوحي الطلاق بالتراضي إلى الرضائية والتفاهم والانسجام، في حين أن الأمر خلاف ذلك فقد يكون الشقاق بين الزوجين في طلاق التراضي أشد حدة من باقي الفرق الزوجية، وقد لا يلتقي الزوجان أصلاً لمدة طويلة تحت تأثير الخلاف بحيث يكلفان وكيلاً يصيغ عريضة ويوقعها الزوجان وتودع لدى المحكمة.

وطلاق التراضي قد يصحبه تنازل الزوج عن البدل وعدم رغبة الزوجة في المتعة ومنه يتراضى الزوجان على إنهاء الرابطة التي بينهما ولا يتم ذلك إلا بصدر حكم قضائي.

الفرع الثالث: إجراءات الصلح في الطلاق بطلب من الزوجة في القانون الجزائري وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي.

راعى الشارع حق في الزوجة في التخلي عن زوجها؛ فشرع لها الافتداء بالمال إذا كرهت زوجها ولم تعد تطيق العيش معه، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري واعتمدت عليه المحكمة العليا في أغلب اجتهاداتها قبل التعديل وما استقر عليه قضاؤها بعده.

كما فتح الشارع الحكيم المجال للزوجة بأن تطلب التطليق بسبب الضرر اللاحق بها، وللقاضي أن يتأكد من نوع الضرر إذا استطاعت الزوجة أن تثبته، ويبقى إجراء الصلح لازم كما نصت المادة (49) من ق أ ج في جميع الفرق الزوجية، وسنتطرق إلى محاولات الصلح في الخلع (أولاً)، ثم محاولات الصلح في التطليق بطلب من الزوجة (ثانياً).

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 11-07-2013، ملف رقم: 0900166، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2014، ص 314.

أولاً- إجراءات الصلح القضائي في قضايا الخلع

نظم المشرع الجزائري في حالات فك الرابطة الزوجية مجموعة من المواد سواء في قانون الأسرة أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويعد الصلح إجراء وجوبي يُفترض على القاضي أن يقوم به في مدة محددة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وهي مدة العدة الشرعية.

1- إجراءات الصلح القضائي للخلع في القانون الجزائري.

إن مرجعية الخلع في القانون الجزائري هو ما جاء في النصوص الشرعية حيث قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ابْتَغَيْتُمْ بَيْنَهُمَا مِنْ نِكَاحٍ ذَلِكَ خَيْرٌ لِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ ﴾ [البقرة 228].

ومن ذلك جاء نص المشرع في المادة (54) من ق أ ج " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

- إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم".

حيث جاءت المادة المعدلة بالأمر 02-05 مفسرة للنص قبل تعديله، بأن أوضحت بأن الحكم بالخلع لا يتوقف على موافقة الزوج، فإذا طلبت الزوجة الخلع فإن القاضي يحكم به من غير البحث عن الأسباب التي دفعت الزوجة لهذا الطلب، والقاضي لا يتدخل إلا بخصوص المقابل المالي للخلع إذا اختلف الزوجان على مقداره، ففي هذه الحال يتدخل القاضي لتحديده على ألا يتجاوز صداق المثل المعتمد وقت صدور الحكم¹.

ويشترط لصحة الخلع مايلي²:

أ- أن يكون الخلع بطلب من الزوجة ولا يشترط في ذلك موافقة الزوج، وإذا تخلف هذا الشرط فإن الحكم معرض للطعن بالاستئناف المادة (54) من قانون الأسرة.

¹ - ينظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص 169.

² - ينظر: جيلالي تشوار، "محاضرات في قانون الأسرة الجزائري"، (السنة الثالثة قانون خاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص 102-103.

ب- أن يكون الزواج صحيحا لأنه إذا كان غير ذلك، يفسخ لبطالانه ولا يصح فيه الخلع.

ج- أن يكون كلا الزوجين راشدين ولهما أهلية التصرف، بحيث يشترط في الزوجة أهلية التبرع، أما إذا كانت الزوجة محجور عليها لسبب من أسباب الحجر ووافقت على الخلع فإن الطلاق يقع لكن دون مقابل، لكن بناء على نص المادة (107) من قانون الأسرة الجزائري التي اعتبرت تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطله، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما؛ وبالتالي فإن الطلاق باطل والبدل باطل ويتم الطعن أمام المحكمة العليا.

د- أن يكون الخلع نابع من إرادة الزوجة إذا بغضت زوجها ولم تعد تطبيق العيش معه، أما إذا دفع الزوج زوجته لطلب الخلع ؛ فإن الخلع باطل ولا يجوز للزوج أن يأخذ منها شيئا. هـ- لا يقع الطلاق إذا لم تسبقه محاولات صلح يجريها القاضي لا تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى المادة (49) من قانون الأسرة.

2- إجراءات الصلح القضائي للخلع في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

تعددت قرارات المحكمة العليا في مسألة الخلع وأن محاولات الصلح في الخلع إجراء جوهرى ولا يجوز مخالفته وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا: "عن الوجه الوحيد المأخوذ من مخالفة وإغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات، والذي جاء فيه أن المادة (49) من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة اشترطت على قاضي شؤون الأسرة إجراء عدة محاولات صلح بين الطرفين، وفي دعوى الحال فإن قاضي الدرجة الأولى أغفل ذلك.

لكن حيث يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة قامت بمحاولة صلح وعينت أن المطعون ضدها أصرت على طلب الخلع، وبالتالي قدرت أن ذلك كاف للتعرف على نية الطرفين وخصوصا أن الدعوى التي أسفرت عن الحكم المطعون فيه هي دعوى خلع، والتي لا تكون إلا بعدما ترى الزوجة المطعون ضدها أنها أصبحت غير راغبة في استمرار الحياة الزوجية مع الطعن، وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه"¹.

¹ - قرار المحكمة العليا، قرار غير منشور، بتاريخ: 11-03-2009، تحت رقم: 302، نقلا عن الحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص 175-176.

من خلال اجتهادات المحكمة العليا فإنها تسعى دائما إلى إزالة الضرر عن المتضرر وحمايته سواء كان بإقرار حق المرأة في الخلع إذا تضررت من حياتها الزوجية وكذا حماية رافع الدعوى إذا تضرر من حكم قضائي جائر ونجد في ذلك اجتهاد للمحكمة العليا حيث جاء في قرار لها: " حيث يتبين بالفعل من خلال وقائع الدعوى أن الطاعن هو الذي أقام الدعوى من أجل رجوع المطعون ضدها إلى بيت الزوجية بغية لم الشمل، إلا أنها قابلت طلبه بالرفض وطالبت بخلعها مقابل عشرة آلاف دينار على أساس الحجر في المضجع وعدم الإنفاق التي تدخل ضمن حالات التطليق المحدد بالمادة (53) من قانون الأسرة.

وحيث أنه وبالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن المحكمة العليا سارت على اجتهاد مفاده عدم إضرار أي شخص من دعواه وإذا كانت المدعي ضدها تدعي ضررا أو تروم إلى طلب الخلع أن تستخدم ما تراه مناسبا.

ومن ثم يكون القاضي الأول لما استجاب لطلب المطعون ضدها الخلع بمقابل قد أضر بالطاعن وخالف القانون مما يجعل هذين الوجهين مؤسسين مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه ¹.

ثانيا- إجراءات الصلح القضائي في التفريق بطلب من الزوجة.

التفريق للشقاق والضرر قال به المالكية ² وهو أصح القولين عند الحنابلة ³ وهو أغلب ما قالت به القوانين العربية في مسائل الأحوال الشخصية، ومن ذلك ما نص عليه القانون الجزائري وعمل به الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا؛ ولكن لا بد أن يخضع هذا النوع من التفريق إلى إجراءات الصلح باعتباره إجراء قانوني وجوبي يقوم به القاضي قبل النطق بالحكم في جميع حالات فك الرابطة الزوجية.

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 28-04-2004، ملف رقم: 353851، مجلة المحكمة العليا، العدد 02 لسنة 2006، ص 430.

² - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: 520هـ) المقدمات المهمات، تحقق: الدكتور محمد حجي دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط 1، 1408هـ - 1988م، ج 1، ص 528.

³ - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: 620هـ) المغني، مكتبة القاهرة، لاط، 1388هـ - 1968م، ج 8، ص 204.

1- إجراءات الصلح القضائي في التفريق بطلب من الزوجة في القانون الجزائري.
نص المشرع الجزائري عن الأسباب التي تخول للمرأة طلب التطلق إذا تضررت وذلك في المادة (53) حيث وضع المشرع هذا النص تحت تصرف الزوجة عدة حالات تعطي للمرأة الحق في طلب التفريق من القاضي، حيث عددها المشرع بعشر حالات على سبيل المثال وهي مجملة جميعها في الفقرة العاشرة من المادة (53): "كل ضرر معتبر شرعا".
ويعد الشقاق المستمر بين الزوجين من الضرر المعتبر شرعا، ذلك أنه ينغص العيش المستقر للزوجين وكل من يحيط بهما من الأولاد أو من باقي أفراد العائلة، فإن القاضي في هذه الحالة لا يمكنه أن يحكم بالتطلق إلا بعد استفتاء محاولات الصلح على اعتبارها إجراء قانوني بنص المادة (49) من ق أ ج. ومنه فإن هذا النوع من التفريق لا بد له من إجراءات¹:

- 1- يجب على القاضي أن يكلف طالب التفريق للضرر ما يثبت دعواه، وأن يفصل في الوقائع؛ فإذا كانت من الجسامة بحيث لا يمكن معها استمرار الحياة الزوجية، كلفه بإثبات دعواه بالأدلة والبيّنات، أما إذا كان الضرر مما يمكن معه استمرار الحياة الزوجية، أولا يوجد أدلة كافية لإثباته أجل القاضي الدعوى أملا في التصالح في مدة يحددها القاضي.
 - 2- إذا مضت المدة المحددة ولم يتم الصلح، بذل القاضي جهده في إصلاح ذات البين وإقناع طالب التفريق بالرجوع عن دعواه.
 - 3- إذا عجز القاضي عن الصلح بين الزوجين، فإنه يكلف حكّمين من أهل الزوجين، فإذا تعذر ممن يصلح للتحكيم من أهلهم عين القاضي حكّمين من أهل الحكمة والصلاح للسعي للإصلاح بين الزوجين ما استطاعا إلى ذلك سبيلا.
- فإذا تبين للقاضي وجود شقاق مستمر بين الزوجين، وأن الحياة أصبحت جحيما، وأنه لا أمل في الصلح، فإن الفقرة الثامنة من النص أعلاه تسمح بالنطق بالتطلق ولا يكون ذلك إلا بعد فشل مساعي الصلح، ويمكن أن نبين بأن القاضي في حالة ما إذا كان الضرر بينا واضحا فإن جلسات الصلح الثلاث لا تكون وجوبية حيث يكتفي القاضي بجلسة صلح واحدة ثم يصدر حكمه.

¹ - ينظر: محمد الشماع، المفيد من الأبحاث في الطلاق، الزواج والطلاق والميراث، دار القلم، ط1، 1416هـ- 1995م، ص141.

2- الصلح القضائي في التفريق بطلب في اجتهادات المحكمة العليا.

على الزوجة المتضررة أن تثبت الضرر الذي يُحوّل لها الحق في طلب التفريق بطلب من القاضي، وأن نفورها من زوجها من دون أدلة إثبات فإن القاضي يرد دعواها، وهذا ما قالت به المحكمة العليا في اجتهاداتها في القرار رقم 33275 بتاريخ 14-05-1984 أنه: " من المقرر شرعا أنه لا يسوغ الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية.

ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنهم لما قضوا بالتطبيق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه؛ فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية¹.

وباستقراء الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا؛ نجد أن للقضاة حرية في تقدير وسائل الإثبات التي خولها القانون لاجتهاداتهم المطلقة، وهذا هو المبدأ الذي استند عليه المجلس الأعلى في القرار الصادر بتاريخ: 17-02-1971، والمبدأ الذي اعتمده المجلس الأعلى آنذاك هو حرية القضاء في تقدير وسائل الإثبات التي أوكلها القانون لاجتهادهم المطلق بشرط أن يكون مركزا على عناصر تأخذ من تجميع من تلك المسائل².

بناءً على هذا القرار نجد أن المجلس الأعلى أيّد الحكم المطعون فيه الصادر من مجلس قضاء الأصنام بتاريخ 17-12-1969 الذي وافق على الحكم الابتدائي المؤرخ في 6 يناير 1969 من محكمة مليانة، والذي قضى بالطلاق بينه وبين زوجته وإسناد الحضانة للأولاد مع الحكم على الزوج بنفقة الأولاد والإهمال والعدة، حيث قدم الزوج طعن لنقض هذا القرار، ولكن بما أن للقضاة سلطة مطلقة في تكييف الوقائع، ولما ثبت أن الزوجة

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 14-05-1984، قرار رقم: 33275، المجلة القضائية، عدد 2، 1990، ص 75.

² - جمال سايس، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، منشورات كليك، الجزائر، ط 1، 2014، ج 1، ص 78.

متضررة بالأدلة الكافية، و تؤكد بأن الشقاق مستمر بدليل أنه كان طلاق بينهما في قضية سابقة، وعليه فإن المجلس الأعلى قام بقبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا.

ومن خلال تحليل لهذا الحكم والذي كان قبل القانون 11-84 يتبين لنا أن القضاة لهم سلطة واسعة في الاجتهاد ولم يعتمد القضاة في حكمهم هذا على نص واضح، بما يدل على أنهم استندوا ضمنيا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث أقرَّ الفقهاء على أن المرأة إذا تضررت من زوجها فإنها ترفع أمرها للقاضي للتفريق بينها وبين زوجها و الحفاظ على جميع حقوقها.

وهذا ما بنت عليه المحكمة العليا في اجتهاد آخر لها حيث استندت على نص المادة (53) و(55) من ق أ ج: " من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا " ومن المقرر أيضا أنه " في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر " ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة (55) قد طبقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن¹.

ومن خلال حيثيات هذه القضية يتبين لنا براعة الاجتهاد القضائي في حماية حق الزوجة المتضررة وليس بتطليقها فحسب، وإنما قرر لها حق التعويض من الطلاق التعسفي المتبوع بالضرر المبالغ عليها، حيث أحسن القضاة النظر في القضية وسببوا تسببا كافيا للحكم الصادر في القضية المذكورة.

وعليه فإن الأصل في أحكام التفريق للضرر والشقاق مذهب الإمام مالك، ولا بد من مراعاة ما جاء فيه من حيث ثبوت كون الضرر من الزوج أو الزوجة أو كليهما، وأثر ذلك على الحقوق المادية الزوجية فإن كان الضرر من قبل الزوج كان التطليق من غير غرم تغرم المرأة، وإن كان الضرر من قبل الزوجة كان التطليق بمثابة الخلع، فيكون مقابل حقوقها الزوجية، وأن الضرر من كليهما كان التطليق بينهما بغرم بعض الصداق².

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 18-06-1996، رقم: 137571، العدد 2، ص 93

² - محمد الشماخ، المرجع السابق، ص 145.

المطلب الثالث

عوارض الخصومة وآثار ونتائج محاولات الصلح:

قد تتفق إرادة القاضي مع إرادة الزوجين في الإصلاح فتؤدي محاولات الصلح ثمارها، وقد تبوء بالفشل عند اختلاف الإرادتين، لكن هناك عوارض طارئة قد لا يكون لأحد الطرفين دخل فيها؛ منها ما يكون خارجاً عن إرادة القاضي والطرفان ومنها ما يكون موافقاً لها، وهو ما يشمل هذا المطلب؛ من خلال الحديث عن عوارض الخصومة التي تطرأ على محاولات الصلح (فرع أول)، ثم آثار ونتائج محاولات الصلح (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: عوارض الخصومة الطارئة على إجراءات الصلح.

قد تطرأ في بعض الأحيان على الحياة مستجدات تقلب موازينها، وهذه الطوارئ غالباً ما تكون مفاجئة وغير متوقعة وإلا لأحجم الكثير من الناس على تصرفاتهم وأعادوا ترتيب حساباتهم، وقد تتناحر الناس وتتخاصم على أسباب واهية، ومن العوارض التي نود الحديث عنها تلك التي تطرأ أثناء الخصومة بين الزوجين، وسنرى فيما يلي عوارض الخصومة في جانبها الموضوعي (أولاً) ثم عوارض الخصومة في جانبها الإجرائي (ثانياً).

أولاً- عوارض الخصومة في الجانب الموضوعي للصلح.

1- وفاة أحد الزوجين.

أ- وفاة أحد الزوجين في الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.

قد يتوفى الزوج أثناء الخصومة وقبل الفصل في الحكم، وبالتالي فإن القاضي يقع في حيرة ما بين انقضاء الخصومة أو سقوطها، وهل يمكن للقاضي أن يثبت الطلاق إذا ذكره الزوج المتوفى في عريضته، أما إذا لم يذكر الزوج الطلاق فيما يحكم القاضي؟

وأمام كل هذه التساؤلات يأتي اجتهاد المحكمة العليا لحسم المسألة وإزالة اللبس حيث جاء في قرار لها: "حيث أنه لما كانت الدعوى التي أقامها الزوج المتوفى استهدفت الحكم بالطلاق، ولم تتعلق بإثبات الطلاق كواقعة بأثر رجعي وكان الطلاق أحد الحقوق الشخصية غير قابلة للانتقال، فإن الخصومة بذلك تكون قد انقضت بوفاة المدعي، وأن المحكمة قد

جانب الصواب حينما اعتبرت الخصومة في حالة انقطاع مما يتعين نقض القرار مع تمديد النقض إلى الحكم المستأنف، وبدون إحالة إعادة الأوضاع إلى الحالة التي كانت عليها قبل رفع دعوى الطلاق؛ لأن قرار المحكمة العليا بما فصل فيه من نقاط قانونية لم يترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه".

والمبدأ الذي استندت عليه المحكمة العليا في قرارها: "تؤدي وفاة الزوج بعد رفع دعوى الطلاق إلى انقضاء الخصومة، لا يحق للورثة ولا للقاضي تغيير موضوع دعوى الزوج من إيقاع الطلاق إلى تثبيته بأثر رجعي"¹.

فإذا ثبت أن الزوج لم يدع وقوع الطلاق ولم يطالب بإثباته وإنما طالب بإيقاعه، مما يفيد أنه لم يتلفظ به، لأن العبرة التي يعتد بها القاضي في حكمه هي الدعوى التي أقامها الزوج المتوفى أثناء إجراءات الصلح والتي كانت بغرض الرغبة في الطلاق وليس إثباته بأثر رجعي، والطلاق حق إرادي للزوج وحده ولا يقبل الانتقال وبوفاة صاحب هذا الحق تنقضي الخصومة وهو ما نصته المادة (220) من ق م "تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى....

يمكن أن تنقضي الخصومة بوفاة أحد الخصوم ما لم تكن الدعوى قابلة للانتقال"².

أما إذا صرح الزوج بالطلاق في أحد جلسات الصلح أمام القاضي وبعدها توفي الزوج ولم تنقضي مدة الصلح؛ فإنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بانقضاء الدعوى على أساس الوفاة لأن الرابطة الزوجية انفكت بالطلاق بإرادة الزوج قبل وفاته، وبالتالي فإن هذا الطلاق ينتج آثاره من عدة وميراث ونسب وغيرها³.

ب- وفاة أحد الزوجين خلال فترة الصلح في التطليق بطلب من الزوجة.

في حال وفاة أحد الزوجين خلال المدة القانونية للصلح في التطليق القضائي الذي تطلبه الزوجة، أو اتفاق الطرفين على الطلاق؛ ففي هذه الحال لا تُطرح مسألة وقوع الطلاق حقيقة من عدمه؛ لأن الحكم متعلق بالقاضي ولا يمكن للقاضي أن يصدر حكمه إلا بعد

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 10-11-2011، ملف رقم: 653324، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، لسنة 2012، ص 238.

² - ينظر: بن هيري عبد الحكيم، إجراءات محاولات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية، ص 252.

³ - ينظر: المرجع نفسه.

استيفاء جلسات الصلح القانونية، ومنه فإن العلاقة الزوجية لا تزال قائمة، وبالتالي فإن الإشكالات المتعلقة بآثار الطلاق غير مطروحة، حيث يتوارث الزوجان والعدة الشرعية واجبة على المرأة وهي من النظام العام¹.

ثانيا- عوارض الخصومة في جانبها الإجرائي.

تعتري الخصومة القضائية عوارض الشطب وعوارض التنازل عنها، فإذا تخلفت أحد الإجراءات القانونية فأن الدعوى معرضة إلى الشطب، كما أنه يمكن لرافع الدعوى أن يتنازل عن دعواه.

1- شطب دعاوى فك العصمة لعدم حضور المدعي جلسات الصلح.

المقصود بالشطب هو حذف القضية من جملة القضايا المسجلة بجدول القضايا مما يؤدي إلى توقيف الخصومة حسب ما نصت عليه المادة (213)² من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، حيث يمكن لقاضي شؤون الأسرة أن يأمر بشطب القضية إذا تخلف أحد إجراءاتها الشكلية المنصوص عليها قانونا، أو بناءً على طلب مشترك من الخصوم المادة (216)³ من نفس القانون.

وقضت المادة (218) ق أ ج تطبيق القواعد المتعلقة بسقوط الخصومة على الأمر القضائي بالشطب، ومن بين هذه القواعد:

- تخلف الخصوم عن القيام بالإجراءات اللازمة المادة (222) من ق إ م إ.
- كما تسقط الخصومة بمرور سنتين تحتسب من تاريخ صدور الحكم المادة (223) من نفس القانون.

وسقوط الخصومة لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة وتنقضي هذه الأخير تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح أو القبول بالحكم أو التنازل عن الدعوى المادة (220).

¹- ينظر: بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 253.

²- "توقف الخصومة بإرجاء الفصل فيها أو شطبها من الجدول"

³- "يمكن للقاضي أن يأمر بشطب القضية بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون أو تلك التي يأمر بها. كما يمكن له الأمر بشطب القضية بناءً على طلب مشترك من الخصوم."

والأمر في مسألة الشطب يختلف فيما إذا كانت الدعوى هي دعوى طلاق بإرادة الزوج منفردة، أو بطلب من الزوجة وعادة أن إشكالات الطلاق تكون في إثبات وقوعه من عدمه؛ لذا فإن شطب دعاوى الطلاق بإرادة الزوج منفردة تكون إذا تغيب طالب فك الرابطة الزوجية عن جلسات الصلح بقصد أو بغير قصد.

ولقد تباينت الاجتهادات القضائية، منها من يرى بجواز شطب الدعوى القضائية التي يطرحها الزوج طبقا للمادة (116) من ق إ م إ على أساس أن محور الدعوى هو فك الرابطة الزوجية وأن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لجلسة الصلح المحددة قانونا، فإن للقاضي أن يمدد الأجل من دون أن يتجاوز المدة المحددة شرعا وقانونا وهي فترة العدة الشرعية، فإذا استمر غياب رافع الدعوى عن جلسات الصلح فإنه يقع تحت طائلة رفض دعواه وهو ما استقرت عليه المحكمة العليا في اجتهاداتها.

حيث جاء في قرار لها بتاريخ 14-01-2009: "... حيث أن الحكم المنتقد فعلا خالف القانون وأخطأ تطبيقه وذلك لأن المادة (49) من قانون الأسرة تجبر القاضي على إجراء عدة محاولات لإصلاح ذات البين بين الزوجين قبل إصدار حكمه بالطلاق.

وحيث يتبين من الاطلاع على الحكم محل الطعن أن الطاعن لم يحضر جلسة الصلح بل أتاب عليه محاميه ليمثله أمام محكمة الدرجة الأولى ليصرح أمامها بأنه يرفض الصلح الذي دعت إليه المحكمة عملا بأحكام المادة (49) من قانون الأسرة الجزائري، لكن حيث أن اجتهاد المحكمة العليا استقر على وجوب حضور الزوج شخصيا الذي طالب بفك الرابطة الزوجية جلسة الصلح وإبداء طلباته وفي حالة غيابه ترفض دعواه، مما يستلزم معه وللأسباب المشار إليها أعلاه القضاء بنقض الحكم محل الطعن.

حيث أن القرار الذي سوف يصدر في قضية الحال فيما فصل فيه من نقاط قانونية لا يترك من النزاع ما يتطلب الحكم فيه لذا يتعين القضاء بالنقض وبدون إحالة وفق المادة (268) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وكذا المادة (269) من نفس القانون¹.

¹ - المحكمة العليا، بتاريخ: 14-1-2009، ملف رقم: 474956، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، لسنة 2009، ص271.

ومن ذلك ماجاء في القرار الصادر بتاريخ: 14-01-2009 " حيث بالفعل من المقرر قانونا أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي طبقا للمادة (49) من قانون الأسرة، وأن هذا الإجراء هو محاولة الصلح بين الطرفين وكاستثناء لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعان ولا تصح فيه النيابة..."¹.

غير أنه هناك قضاء آخر في المحكمة العليا، وهو عدم اللجوء إلى شطب القضايا إذا لم يحضر المدعي عليه ويعتبر ذلك رفضا ضمنيا للصلح، وأنه بمجرد استيفاء القاضي لجميع جلسات الصلح المقررة قانونا ويثبت ذلك في المحضر وهو ما جاء في اجتهاد المحكمة العليا بتاريخ 16-03-1999: " لكن حيث أن الحكم المطعون فيه القاضي الأول لم يغفل محاولة إجراء الصلح بل استدعى المدعى عليه وحدد جلسة خاصة للإصلاح ذات البين، غير أن المدعي تغيب عمدا عن جلسة الصلح، وبذلك تكون المحكمة قد قامت بمحاولة إجراء الصلح وغياب المدعي عليه جلسة المصالحة مما يفند عدم رغبته في الصلح"².

إن تطبيق المادة (216) من ق إ م إ التي تنص على شطب الدعوى القضائية التي اختلت إجراءاتها الشكلية، دون الالتفات إلى الطلاق الذي أوقعه الزوج وما ينجر عنه من سريان العدة وكل ما يتعلق بالطلاق من آثار، ومن جهة أخرى فإن الأمر بشطب القضية قد يفوت فرصة للصلح بين الزوجين قبل فوات الأوان وانقضاء العدة³.

ومنه فإن شطب قضايا فك الرابطة الزوجية بسبب تخلف إجراءاتها أمر جوازي، ويمكن للقاضي الاستغناء عنه واللجوء إلى حلول بديلة.

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 16-01-2008، ملف رقم: 417622، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، لسنة 2009، ص 304.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 16-03-1999 ملف رقم: 217179، المجلة القضائية، عدد خاص، لسنة 2001، ص 123.

³ - ينظر: بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 84.

ومن الإجراءات البديلة ماجاء به المشرع في المادة (441) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " فإذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حصل مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية. غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يحضر القاضي محضرا بذلك".

أما التطبيق القضائي؛ فإنه لا تثار فيه مسألة الشطب لأن تخلف الإجراءات لا يؤثر على سير الدعوى بشكل كبير، حيث يمكن للقاضي أن يفصل في دعوى التطليق أو الخلع بما يراه مناسباً.

2- انقضاء الدعوى بالتنازل عنها.

المقصود بالتنازل هنا هو تنازل المدعي عن حقه في إقامة دعوى جديدة، بحيث يفقد حقه الموضوعي من أية حماية قضائية، فلا يجوز له رفع الدعوى مجدداً مما يؤدي إلى حسم النزاع¹، ولقد تطرق المشرع الجزائي إلى مسألة التنازل عن الدعوى القضائية في الفصل السادس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من (231-236).

حيث عرف التنازل على أنه: " إمكانية مخولة للمدعي لإنهاء الخصومة ولا يترتب عليه التخلي عن الحق في الدعوى"².

ويتم التعبير عن هذا التنازل إما كتابياً وإما بتصريح يثبت بمحضر يحرره رئيس أمناء الضبط³.

ويعتبر التنازل عن الدعوى القضائية أمر مستحب ومطلوب، لكنه لا يصلح في جميع الدعاوى المطروحة لدى الجهاز القضائي؛ لأن قضايا الصلح في الطلاق بإرادة الزوج المنفردة تختلف في طبيعتها عن الصلح في قضايا التطليق القضائي، وذلك كما أسلفنا القول أن

¹ - ينظر: ورده بوزيد، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية، ص 93.

² - ينظر: المادة (231) من ق إ م إ.

³ - ينظر: المادة (232) من ق إ م إ.

العبرة في الاختلاف هو وقوع الطلاق من عدمه، ففي طلاق الزوج بإرادته المنفردة لا يمكن إعمال المادة (221) من ق إ م إ المتعلقة بالتنازل عن الخصومة دائماً، لأن القاضي لا يمكنه أن يصدر حكم يقضي بالإشهاد للزوج المدعي بالتنازل عن الخصومة دون الالتفات إلى الطلاق الذي أوقعه، أما إذا لم يوقع الزوج الطلاق ورفع دعوى طالبا فيها فك الرابطة الزوجية ثم تنازل عنها فإن التنازل صحيح وينتج أثره.

أما إذا كان التنازل عن الدعوى القضائية التي ترفعها الزوجة إلى القضاء طالبة فك الرابطة الزوجية، فإنه يمكن التنازل عنها وهو أمر مرغوب فيه وهو من أهداف فترة الصلح المقررة شرعا وقانونا وقضاءً.

الفرع الثاني: آثار ونتائج محاولات الصلح.

لا تخرج محاولات الصلح عن أمرين؛ إما نجاح محاولات الصلح القضائي، وبالتالي يتمكن القاضي من إقناع الزوجين بأهمية الصلح وتفادي حل عقدة النكاح ومالها من آثار (أولاً)، وإما فشل مساعي ومحاولات الصلح القضائي وتنقضي العلاقة الزوجية بالطلاق أو التطليق (ثانياً).

أولاً - نجاح محاولات الصلح القضائي:

إن الصلح القضائي بالمعنى الحقيقي؛ هو ذلك الذي يبذل فيه القاضي قصارى جهده للإصلاح بين الزوجين بإقناعهما بالتنازل عن بعض حقوقهما من أجل استمرار عجلة الحياة، حيث يدعوهما إلى صبر كل واحد منهما على الآخر، ويذكرهما بعواقب الطلاق الوخيمة على الأسرة (الزوجين والأبناء) والمجتمع، فإذا قام القاضي بهذا الجهد النبيل وأدت محاولاته إلى نتائج إيجابية أدت إلى تراجع كل منهما على الطلب الأساسي في دعوى الطلاق كأن يتراجع الزوج عن طلبه إذا كان الطلاق بإرادته، أو بتراجع من الزوجة إذا كان طلب التفريق صادر منها سواء أكان ذلك في تطليق أو خلع، كما يمكن للزوجين معا التراجع عن الطلب إن كان بناء على رغبتهما المشتركة.

فإذا تصالح الزوجان تصبح دعوى الطلاق بدون موضوع، وما يبقى على القاضي في هذه الحالة سوى تحرير محضر وفقا للشكل القانوني يدون فيه نتائج محاولات الصلح، ثم يستدعي الزوجين في جلسة رسمية ليؤكد لهما ما تصالحا عليه ليصدر حكمه في الموضوع وبالتالي فإن آثار نجاح محاولات الصلح تتمثل فيما يلي¹:

1- تقوية العلاقات الزوجية وإحلال المحبة والوئام بين الزوجين واستقرار الحياة الزوجية، ولا يمكن للحياة الزوجية أن تستقر إلا بالصلح ونبد الشقاق.

2- ترابط المجتمع وتماسكه؛ لأن التفاهم والانسجام الذي يكون في الأسرة ينعكس إيجابا على المجتمع بأكمله.

3- التقليل من الطلاق؛ بحيث إذا تم حسم الشقاق القائم بين الزوجين صلحا.

4- نشر الأمن والسلام بين أفراد المجتمع؛ لأن الصلح يستأصل الخصومة ويجمع القلوب المتنافرة ويقضي على الضغائن والأحقاد.

5- الحد من انحراف الأولاد؛ لأن المشاكل الأسرية تؤثر سلبا على شخصية الطفل وبالتالي ينشأ منحرفا على خلاف ما إذا كان الطفل في أسرة مترابطة ومبنية على أسس سليمة وأخلاق سامية؛ -لأن انحراف الأولاد لا يرتبط بالأسرة المنفكة بقدر ما يرتبط بالأسرة المنحرفة-، وبالتالي فإن الفكرة التي انطلقت منها خلال هذه الأطروحة أن حماية الأسرة من التفكك يكون بتطبيق القواعد الصحيحة سواء تلك التي تسبق العقد أو التي تليه، وعرفنا الاستقرار الأسري كذلك بأنه بؤادر الأسس السليمة التي بنت عليها الأسرة قواعدها وإن عصفت بها ظروف الحياة، وينجر كل هذا على تنشئة الأبناء وتربيتهم تربية سليمة حتى وإن شاءت الأقدار وتفرق شمل الأسرة.

¹ - ينظر: العروسي الأشرف ولبلى حمي، دور الصلح والتحكيم في تسوية النزعات الأسرية-دراسة مقارنة بيه الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- (مذكرة ماستر)، قسم الشريعة، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، 2018/2019، ص58.

ثانيا- فشل مساعي ومحاولات الصلح.

يجتهد القاضي في الإصلاح بين الزوجين لكن قد تبوء محاولاته بالفشل وبالتالي تبقى المنازعة بين الزوجين قائمة، فإذا كان الضرر ثابتا للقاضي فإنه يحكم بما يراه مناسبا وذلك بالحكم بالطلاق إذا أوقعه الزوج ابتداءً أو يحكم بالتطليق أو الخلع بناء على ما لديه من حثيات في الدعوى القضائية، أما إذا كان الضرر مجهولا فإن القاضي يلجأ إلى الإجراء الموالي وهو التحكيم بناء على ما قالت به أحكام الشريعة الإسلامية وما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (56) دون غيرها، وما اجتهدت المحكمة العليا في قراراتها، وهو ما سنتطرق إليه في المبحث الموالي.

إن مدى نجاح القاضي في مساعيه من فشلها لا يعود أبدا إلى القاضي¹، وإنما يعود إلى مدى رغبة الزوجين في التصالح، ومادام أن القضية وصلت إلى مرحلة القضاء فإن نسبة النجاح فيها ضئيلة جدا وما دور القاضي إلا إجراء شكلي، ويختلف تفعيل هذا الإجراء من قاضي إلى آخر، فقد تصادف القضية قاض مستعد للجدال والحوار وإقناع الزوجين، كما قد تصادف قاضيا يكتفي فقط بما اطلع عليه في الدعوى لي طرح سؤالا عابرا ثم يؤجل الجلسة إذا كان الأجل سانحا أو يصدر حكمه بالطلاق، وعليه فإنه لا نغيب القضاة في هذه المرحلة لأن القضايا كثيرة ومتعددة ولا يمكن أن يفتح القاضي مجالا للحوار مع كل متخاصمين، وبالتالي أرى أن هذا الإجراء هو مجرد إجراء شكلي أوجبه المشرع على القاضي وكأنه مرحلة يائسة قد تؤدي إلى الصلح ولا يكون ذلك إلا نادرا.

¹ - ينظر: ليلي حمي، الأشراف العروسي، المرجع السابق، ص 94.

المبحث الثاني:

إجراءات التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

إذا كان الصلح أحد الوسائل التي يتخذها القاضي لإعادة اللحمة بين العلاقة الزوجية فهناك آلية أو وسيلة أخرى لذلك لا تقل أهمية عن الصلح؛ أو شكل من أشكال الصلح ألا وهي التحكيم، حيث سنبين إجراءات التحكيم وتفعيله وطبيعته في الفقه والقانون والعمل القضائي (مطلب أول)، ثم نتطرق إلّاثر التحكيم وطرق انقضاءه (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول

إجراءات التحكيم وطبيعته في الفقه والقانون والقضاء.

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى التحكيم إلا في المادة (56) من قانون الأسرة الجزائري وهي مادة وحيدة تنم عن عدم اهتمام المشرع بتفعيلها واعتبارها إجراء استثنائيا وليس أصلا بالرغم من أهميته ودوره في حماية الأسرة من التفكك وهو من الآليات التي أرشدت إليها أحكام الشريعة الإسلامية بالنصوص والدلائل القاطعة، وتعلق مسألة التحكيم بجملة من الأحكام والتي سنعالجها خلال هذا المطلب، ومن ذلك مهمة الحكمين وشروطهما (فرع أول)، ثم إجراءات التحكيم في القانون الجزائري واجتهادات المحكمة العليا (فرع ثانٍ)، ثم نتطرق إلى طبيعة التحكيم وأهميته (فرع ثالث).

الفرع الأول: مهمة الحكمين وشروطهما في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

أولا- مهمة الحكمين.

إذا نسب كل واحد من الزوجين الآخر إلى التعدي وقبح السيرة، وسوء الخلق، وأشكل الأمر على الحاكم، فلم يعرف المتعدي منهما؛ يعرف حالهما من ثقة في جوارهما خبير بشأهما، فإن لم يكن أسكنهما بجنب ثقة يتفحص عن حالهما وينهيه إليه، فإذا تبين له الظالم منهما منعه من الظلم، وإذا اشتد الشقاق بينهما، وداما على التّساب الفاحش،

والتضارب، بعث القاضي حكما من أهل الزوج وحكما من أهلها لينظرا في أمرهما ليصلحا بينهما أو يفرقا إذا لم يريا ما بينهما قابلا للإصلاح¹.

قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّي اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء 35]. والآية للوجوب وقيل للاستحباب².

وينبغي للحكمين أن يخلصا في نيتهما عند الإصلاح قال تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّي اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ [النساء 35]. والضميران للزوجين أي إن أرادا إصلاح ما بينهما من الشقاق أوقع الله تعالى بينهما الألفة والوفاق وأن يكون الأول للحكمين والثاني للزوجين أي إن قصدا إصلاح ذات البين وكانت نيتهما صحيحة وقلوبهما ناصحة لوجه الله تعالى أوقع الله سبحانه بين الزوجين الألفة والمحبة وألقى في نفوسهما الموافقة والصحبة وأن يكون الأول للزوجين والثاني للحكمين أي إن يريد الزوجان إصلاحا واتفاقا يوفق الله تعالى شأنه بين الحكمين حتى يعملوا بالإصلاح ويتحريا إن الله كان عليما خبيرا أي؛ يعلم بالظواهر والبواطن فيعلم إرادة العباد ومصالحهم وسائر أحوالهم³ وفي الآية تنبيه على أن من أصلح نيته فيما يتحراه أصلح الله مبتغاه⁴.

وعلى الحكمين أن يلطفوا القول وأن ينصفا ويُرْعَبَا وَيُخَوَّفَا، ولا يخصا بذلك أحد الزوجين دون الآخر، ليكون أقرب للتوفيق بينهما⁵ ومن صور التحكيم يخلوا حكمُ الزوج به ويقول

¹ -عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرفاعي القزويني (ت: 623هـ)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1417هـ - 1997م، ج8، ص390.

² -ينظر: المصدر نفسه.

³ - شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (ت: 1270هـ)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، لا ط، لا س، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ج5، ص27.

⁴ - سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرِمِي المصري الشافعي (ت: 1221هـ)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، لا ط، 1415هـ - 1995م، ج3، ص480.

⁵ - عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشية الروض المربع في شرح زاد المستقنع، ص458.

له: أخبرني بما في نفسك أتعوها أم لا؟ حتى أعلم مرادك؛ فإن قال: لا حاجة لي فيها خذ لي منها ما استطعت وفرق بيني وبينها، فيعرف أن من قلبه النشوز وإن قال: إني أهواها فأرضها من مالي بما شئت، ولا تفرق بيني وبينها، فيعلم أنه ليس بناشر، ويخلو حَكَمُ المرأة بالمرأة ويقول لها: هل تهوي زوجك أم لا؟ فإن قالت فرق بيني وبينه، وأعطه من مالي ما أراد فيعلم أن النشوز من قلبها. وإن قالت: لا تفرق بيننا ولكن حثه على أن يزيد في نفقتي ويحسن إلي، علم أن النشوز ليس من قلبها، فإذا ظهر لهما الذي كان النشوز من قلبه يقبلان عليه بالعظة والزجر والنهي¹ بعد ذلك يجلس الحكمان مع بعضهما ولا يخفي حَكَمُ عن حَكَمٍ شيئاً ويطلع كل منهما الآخر عما حدث بينه وبين أحد الزوجين² فإن رأيا للجمع وجها جمعا وإن وجداهما قد أنابا تركاهما.

وقد اختلف السلف والخلف في الحكمين هل هما حكمان أو وكيلان على قولين:

- أحدهما: أنهما وكيلان، وهو قول أبي حنيفة³ والشافعي⁴ وفي قول أحمد⁵ في رواية.

حيث أن المهمة المنوطة بالحكمين هي الإصلاح بين الزوجين ولا يملكان الحق في التفريق؛ لأن مهمة الحكمين هي الإصلاح وليس التفريق إلا إذا وكلهما الزوجين فهما لا يحق لهما التفريق إلا بإذنهما لأن البضع حقه والمال حقها وهما (الزوجان) رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف إلا بوكالة أو ولاية.

1- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5 ص176

2- الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج3 ص261

3- أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني (ت: 855هـ) البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1420 هـ - 2000 م، ج9، ص60.

4- "فإن اشتد الشقاق بينهما بعث القاضي حكما من أهله وحكما من أهلها لينظرا في أمرهما، والبعث واجب ومن أهلها سنة، وهما وكيلان لهما لا حكمان من جهة الحاكم، فيوكل هو حكمه بطلاق أو خلع وتوكل هي حكمها ببذل عوض وقبول طلاق به، ويفرقا بينهما إن رأياه صوابا"، سليمان بن محمد بن عمر البُخَيْرَمِيّ المصري الشافعي (ت: 1221هـ)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، لاط، 1415هـ - 1995م، ج3، ص480، وأبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ص488.

5- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (ت: 1392هـ)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ط1، 1397 هـ، ج6، ص457.

– القول الثاني: وفيه رأيان:

أ- أنهما حاكمان، وهذا قول أهل المدينة ومالك¹ والشافعي² في القول الآخر، وذلك بأن يحكم الحكمان بما يريانه مناسبا من جمع أو تفريق، وليس بحاجة إلى وكالة من الزوجين ولا حتى رضاهما، وإذا حكم الحكمان بالطلاق فإنها تقع طلاقه بئنه.

ب- الثاني: أنهما شاهدان، يرفعان الأمر إلى السلطان ويشهدان بما ظهر إليهما³، وهو قول للشافعية⁴ وقول للمالكية⁵، فليس لهما إلا معرفة الظالم من المظلوم ورفع أمرهما إلى الحاكم ويشهدا بما ظهر لهما ليؤدب الظالم منهما، وليس لهما التفريق بين الزوجين إلا إذا رضي به الحاكم ونفذه⁶.

والواجب على الحكّمين أن لا يدخرا جهدا في الإصلاح بين الزوجين والجمع بينهما، ولهما أيضا أن يفرقا بينهما على الراجح من أهل العلم فإذا استعصى النزاع واستحال التفاهم ولم تبد بادرة أمل في الصلح بين الطرفين فلا بد في هذه الحالة من فصم عرى الزوجية والتفريق بينهما كي لا يزداد الأمر سوء ويزداد تعقيدا، والتفريق في هذه الحال هو المطلوب لحماية ما تبقى من الروابط الأسرية بما فيها الأهل والأولاد⁷.

1- يُنظر: الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة دار المعارف، بيروت- لبنان، ط5، 1428هـ-2007م، ج3، ص336، عبد الله بن عبد الرحمن البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام مكتبة الأسد، مكة المكرمة، ط5، 1423هـ-2003م، ج5، ص465. ابن عبد البر القرطبي، الاستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، ج6، ص182.

2- أبو القاسم الرافعي القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج8، ص390.

3- شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي (ت684هـ)، الذخيرة في فروع المالكية. تحقق وتعليق: أبي سليمان أحمد عبد الرحمن، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1422هـ-2001م، ج8، ص350.

4- أن يكونا كالشاهدين إذا رفعا شيئا إلى الإمام أنفذه عليهما أو يقول ابعثوا حكّمين أي دلوني منكم على حكّمين صالحين كما تدلوني على تعديل الشهود" ينظر: الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس القرشي المكي (ت: 204هـ)، الأم لا، ط، دار المعرفة - بيروت، 1410هـ-1990م، ج5، ص124.

5- ابن العربي، أحكام القرآن، ج1: ص540.

6- الجصاص، أحكام القرآن، ص273.

7- صالح بن غانم السدّان، النشوز ضوابطه-حالاته أسبابه طرق الوقاية منه، وسائل علاجية في ضوء القرآن دار للنسبة للنشر والتوزيع، ط4، 1417، ص59.

والرأي الراجح في المسألة هو قول أهل المدينة ومالك ومن ذهب مذهبه، قال ابن القيم: "وهذا هو الصحيح"؛ أي أن الحكمان المكلفان للصلح بين الزوجين هما حكمان وليسا وكيلان، وأضاف قائلا: "والعجب كل العجب ممن يقول هما وكيلان لا حاكمان، والله تعالى قد نصبهما حكمين، وجعل نصبهما إلى غير الزوجين، ولو كانا وكيلين، لقال: فليبعث وكيلًا من أهله ولتبعث وكيلًا من أهلها، وأيضا فلو كانا وكيلين لم يختصا بأن يكونا من الأهل"¹.

ثانيا- شروط الحكمين:

لكي يكون التحكيم صحيحا وينتج أثره لابد من توفر الحكمين على جملة من الشروط نذكر أهمها:

أ- التكليف: يشترط أن يكون الحكمان مسلمين بالغين عاقلين حرين ذكرين عدلين، فيبطل حكم الصبي والمجنون، والكافر، والفاسق، والسفيه، والمرأة، وغير الفقيه بباب أحكام النشوز لأن كل من ولي أمرا يشترط معرفته بما ولي عليه فقط.

واختلف الفقهاء في الذكورية واشترطها المالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴.

بينما ذهب الحنفية⁵ وبعض الشافعية⁶ إلى جواز تحكيم المرأة واشترطوا الذكورة إلا فيما لا تقبل فيه شهادة المرأة.

¹- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، زاد المعاد فيهدي خير العباد، ، بيروت مؤسسة الرسالة، ط27، 1415هـ -1994م، ج5، ص 172.

²- الصادق الغرياني، المدونة، ص367.

³- أبي القاسم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي (ت 623)، العزيز شرح الوجيز، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1417هـ -1996م، ج8، ص 390.

⁴- ابن قدامة، المغني، ج10، ص36.

⁵- ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، لاط، دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت، 1421هـ - 2000م، ص428.

⁶- الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، ج3، ص261.

ب- أن يكونا من أهل الزوجين: اختلف الفقهاء في وجوب التحكيم من جوازه، حيث قال المالكية¹ بوجوب أن يكون الحكمان من أهل الزوجين.

فيما يرى الشافعية² والحنابلة³ أن القرابة ليست شرطاً في الحاكم ولا الوكيل⁴ ويندب أن يكون أحدهما من أهل الزوج، والآخر من أهل الزوجة، وهذان الحكمان وكيلان للزوجين، فيشترط رضا كل من الزوجين بوكيله. فيشرع الحكمان في الصلح بين الزوجين، ويبدلان وسعهما للوصول إليه، فإن أفلحا فبها ونعمت، وإن أخفقوا، وكل الزوج حكمه بطلاقها، وقبول عَوْضِ الخلع منها⁵.

ويرى به ابن الحاجب من المالكية "يتعين كونهما أجنبيين"⁶.

وقال ابن العربي المالكي: "الأصل في الحكمين أن يكونا من الأهل؛ والحكمة من ذلك أن الأهل أعرف بأحوال الزوجين وأقرب إلى أن يرجعا الزوجان إليهما فأحكم الله سبحانه الأمر بأهله"⁷.

والأقرب للصواب وجوب أن يكون الحكمان من أهل الزوجين لأنهما أعلم بالباطن وأحفظ لأسرار الزوجين، و هو ما نص عليه الله تعالى في محكم تنزيله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَبَاعِثُوهُمَا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِيهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء 35].

¹ -محمد بن أحمد بن محمد أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ط6، 1402هـ/1982م، ج2، ص98، موسوعة شروح الموطأ، ص433. وأبو الضياء سيدي خليل، شرح الخرشي على مختصر خليل، مطبعة بولاق- مصر، ط2، 1417هـ، ج4، ص8.

² - أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت505هـ)، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض وعادل عبد المجود، لام، دار الأرقم بن أبي الأرقم، ط1، 1418هـ-1994م، ج2، ص46.

³ - ابن قدامة، المغني، ص265.

⁴ - عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، الشؤون الدينية-قطر، ط1، د.ت، ج3، ص333.

⁵ -مُصْطَفَى الْخَيْرِ، مُصْطَفَى الْبُغَا، عَلِي الشَّرِيجِي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط4، 1413 هـ - 1992 م، ج4، ص108.

⁶ - صالح عبد السميع الآبي، شرح مختصر خليل، ص461.

⁷ - أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العملية، بيروت، لا ط، د ت، ج1، ص542.

لكن أحيانا يكون الخلاف بين الزوجين نابع من اختلاف أهلهم؛ فإنه في هذه الحال الواجب أن يكون الحكماء من غير أهل الزوجين، وذلك للمحافظة على الروابط الأسرية سواء كانت بين الزوجين أو أهلهم.

ثالثا- شروط التحكيم ومهمة المحكمين في القانون الجزائري:

يعتبر التحكيم إجراء يقوم به القاضي حال فشل مساعي الصلح القضائي، ولكن ليكون التحكيم صحيحا وينتج أثره لا بد له من شروط ونذكرها فيما يلي¹:

1- وجوب تعيين الحكمين عند اشتداد الخصومة وعدم ثبوت الضرر، ويفضل أن يكون التحكيم في أول النزاع وذلك لتفادي اشتداد الشقاق، وبالتالي صعوبة مهمة الحكمين في التوفيق بين الزوجين.

2- إن المهمة الأساسية للمحكمين هي التوفيق وأن يكونا من أهل الزوجين أحدهما من أهل الزوجة كأن يكون عمها أو جدها أو خالها، الآخر من أهل الزوج كأن يكون جده أو عمه أو أخوه، ولا يجوز أن يكون المحكم رجلا أجنبيا إلا إذا تعذر وجود القريب أو كان لا يصلح لمهمة التحكيم، وهذا ما جاء به الفقه بينما المشرع الجزائري لم يفصل في المادة وبالتالي فإنه يتحتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بناء على نص المادة (222) من ق أ ج.

3- إذا تبين الضرر وجهته وعرف الظالم من المظلوم، أجبر الظالم على إزالة الضرر.

4- إن مهمة تعيين الحكمين من صلاحيات القاضي.

5- يقدم الحكماء تقريرا مفصلا عن مهمتهما التوفيقية أو الإصلاحية للقاضي في أجل لا يتعدى الشهرين.

6- إن المهمة المنوطة بالحكمين هي الجمع والتوفيق بين الزوجين والإصلاح بينهما.

7- الإسراع في فض النزاع، لأن الحكمين يكونون عادة متفرغين للفصل في خصومة واحدة، فيتيسر لهم حسمها في وقت أقرب مما يلزم عادة للمحاكم. ولأن القضاء لا يحكم

¹ -عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص220-221، وأحمد نصر الجنيدي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص132-133. وخليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري- دراسة مقارنة، لاط، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص132.

في قضية إلا إذا جاء دورها، وبعد أن تنال من التآجيلات ما لا يتسع معه صدر الخصوم، وما لا يتفق مع مصلحتهم في كثير من الأحوال.¹

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم في قانون الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

نص المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية عن التحكيم وإجراءاته، باعتباره إجراء لا يقل أهمية عن الصلح، إلا أن التحكيم لا يحوز القوة التنفيذية التي أقرها المشرع في الصلح؛ وهو ما أثر سلبا على الاجتهادات القضائية في مراجعة القضايا محل التحكيم لندرتها، فما هي الإجراءات التي نص عليها المشرع؟ وهل كان للاجتهاد القضائي دور في تطبيقه؟

أولاً- إجراءات التحكيم في قانون الأسرة الجزائري.

أشار المشرع الجزائري إلى التخليق للشقاق بين الزوجين في القانون 11-84 المادة (56): " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيم للتوفيق بينهما.."، حيث يظهر أن المشرع جعل المساواة بين الزوجين في الحق في طلب التخليق للشقاق والخضوع للتحكيم عند عدم ثبوت الضرر ومعرفة الظالم من المظلوم، وما يعزز هذا الموقف ما جاءت به المادة (55) التي أشارت إلى حق كل من الزوجين في طلب التفريق عند نشوز أحدهما، وهي المادة السابقة للمادة (56)، والمادتان منفصلتان عن المادة (53) من نفس القانون التي طالها التعديل بالأمر 02-05 على أن طلب التخليق حق للزوجة فقط.² لقد نصت المادة (56) من ق أ ج على أنه: " إذ اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبتالضرروجب تعيين حكيم للتوفيق بينهما "

1- قحطان عبد الرحمان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص 33.

2- ينظر: دليلة شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، رسالة ماجستير في القانون، جامعة تبزي وزو، 2014، ص251.

وأشار المشرع الجزائري إلى مهمة الحكّمين في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في كل من المواد التالية¹.

المادة (446): " إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة ".
المادة (447): " يطلع الحكّمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة".

المادة (448): " إذا تم الصلح من طرف الحكّمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن ".
المادة (449) من نفس القانون على ما يلي: " يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكّمين تلقائيا، إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة".

لقد تطرقت هذه المواد إلى إجراءات التحكيم في التشريع الجزائري، منها ما توافّق مع ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام كاعتبار كون الحكّمين من أهل الزوجين، لكن في الوقت ذاته خالف ما قال به الفقهاء بحيث لم يأخذ المشرع الجزائري بحجية التحكيم ولم يعتبره سندا تنفيذيا بخلاف الصلح الذي يشرف عليه القاضي².

والأهم من ذلك كله أن سلطة الحكّمين في الجمع والتفريق بين الزوجين مقصورة فقط على الإصلاح دون التفريق - مخالفين بذلك المذهب المالكي الذي جوّز قول الحكّمين في التفريق والاجتماع بغير توكيل من الزوجين ولا إذن منهما - فإذا نجح الحكّمان في الإصلاح يدونان ما توصلا إليه من نتائج وإن فشلت مساعيهم يحيلان القضية على القاضي ليفصل فيها بما يراه مناسبا.

1- المادة (446-449) من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق 25 فبراير 2008م،

المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنشور في الجريدة الرسمية العدد 21 ، ص38.

²- ينظر: شاوش دليّة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، ص256.

ثانيا- التحكيم في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

لم يحظ التحكيم باجتهادات المحكمة العليا، ولم يطبق حتى في الأحكام الابتدائية؛ مما سبب ندرة في الطعن بالنقض لدى المحكمة العليا فيما يخص التحكيم في الشقاق بين الزوجين، وكأن القضاة في استغناء على تفعيله رغم أنه من أنجع وأيسر سبل الإصلاح، مما جعله في حركة جامدة، ومن بعض اجتهادات المحكمة العليا نجدها تارة تنعي القرار الصادر من المحكمة لتخلف التحكيم، وتارة أخرى ترى بالاستغناء عنه إذا كان الضرر ظاهرا.

جاء في قرار المحكمة.... " من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الشقاق بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان ثابتا في - قضية الحال - أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية: (49)، (55)، (56) من ق أج يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ¹.

وفي اجتهاد مغاير للمحكمة العليا ترى بعدم لزوم تفعيل التحكيم لسقوط سببه، وهو الضرر الثابت ولا يكون التحكيم إلا في الشقاق الذي لا يُعلم المتضرر فيه.

حيث جاء في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 2011/04/14، رقم: 620084، الذي جاء فيه ما يلي: " لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين وأن قاضي الدرجة الأولى اعتمد في قضائه بالتطليق على اشتداد الخصام والشقاق المستمر وانتهى إلى أن إضرار الزوج بزوجه ثابت وبالتالي إنه غير ملزم بتعيين الحكيمين، في

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 25-12-1989، ملف رقم: 57812، مجلة القضاة، عدد3، 1991.

حالة اشتداد الخصام بين الزوجين، وثبوت الضرر، وانتهى إلى أن إضرار الزوج بزوجته ثابت¹.

وبالتالي فمن غير الملزم في هذه الحالة إجراء التحكيم المنصوص عليه في المادة (56) من قانون الأسرة التي تشترط عدم ثبوت الضرر خلافا لما قرره قاضي الموضوع في قضية الحال، وعلى القاضي وإعمالا بسلطته التقديرية، أن يجتهد أولا في الإصلاح بينهما، فإذا فشل في الإصلاح، حكم القاضي بالتطليق بطلقة بائنة².

بنت المحكمة العليا اجتهاداتها على مدى تحقق الضرر من عدمه؛ فإذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب التحكيم؛ حيث نقضت المحكمة العليا الحكم الأول؛ لأنه لم يستجب إلى تفعيل التحكيم للتأكد من صحة ادعاء الزوجة، في حين أيدت الحكم الثاني، بدعوى أن الشقاق بين الزوجي بيّن أثره مما يجعل من التحكيم بلا نتيجة ولا فائدة.

الفرع الثالث: طبيعة التحكيم وأهميته.

يساهم التحكيم في ضمان الحقوق وتحقيق العدالة لما له من رفع للنزاع والشقاق، وقد شرعه الله تعالى لمجرد خوف وقوع النزاع؛ لما له من دور في إصلاح ذات البين، في المقابل نص المشرع الجزائري في المادة (56) من قانون الأسرة أن بعث الحكّمين يكون في حال ما إذا اشتد الشقاق ولم يثبت الضرر، ومن هنا نطرح التساؤل الآتي: ما طبيعة التحكيم في القانون الجزائري، وما الأهمية التي يحوزها؟

أولا- طبيعة التحكيم:

إن الطبيعة القانونية للتحكيم تتمثل في كونه مزدوج الطبيعة، فهو قضاء من جهة وتعاهد من جهة أخرى، وعادة كل ما هو تعاقدى ليس قضائيا، وكل ما هو قضائي ليس تعاقدى،

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 14-04-2011، ملف رقم: 620084، مجلة المحكمة العليا، عدد 01 لسنة 2012، ص 299.

² - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، مرجع سابق، ص 360.

ولكن التحكيم يجمع الصفتين¹ وباستقراء نص المادة (56) من ق أ ج نجد أن التحكيم إجراء وجوبي، حيث يقوم القاضي بتعيين حكمين في حالة عدم معرفة الظالم من المظلوم، لكن المشرع لم يبين لنا متى يكون التحكيم هل سابق للصلح القضائي المادة (49) من ق أ ج أم هو إجراء لاحق له.

إلا أنه يمكن القول أن التحكيم يكون بعد إجراء جلسة الصلح القضائي؛ لأن هذه جلسات إما أن تسفر على الصلح ولا داعي إلى التحكيم، أو يكون الضرر واضحاً لدى القاضي وبالتالي هو ليس بحاجة إلى شهادة الحكمين لمعرفة المتضرر من المتسبب في الضرر؛ وإنما التحكيم يكون إذا أشكل على القاضي ولم يعرف الظالم من المظلوم.

ثانياً- أهمية التحكيم.

تظهر أهمية التحكيم فيما يحققه من نتائج وآثار وما يحققه من مصالح وما يدرأه من مفسدات ومن ذلك نذكر مايلي:

- تلافي الحقد بين المتخاصمين: وذلك أن حسم النزاع يكون بعد التراضي بطيب خاطر بين الطرفين بواسطة من يثقون فيهم ثقة تامة؛ مما يجعل الحكم كأنه صادر من مجلس عائلي، بخلاف لو أن الحكم جراء المشاحنات وتصاعد النفور والعداء مما يزيد الأمر تعقيداً.²
- الإسراع في فض النزاع، لأن المحكمين يكونان عادة متفرغين للفصل في خصومة واحدة، فيتيسر لهما حسمها في وقت أقرب مما يلزم عادة للمحاكم.
- ولأن القضاء لا يحكم في قضية إلا إذا جاء دورها، وبعد أن تنال من التأجيلات ما لا يتسع معه صدر الخصوم، وما لا يتفق مع مصلحتهم في كثير من الأحوال.³

1- شامي أحمد، مرجع سابق، ص 116.

2- قدرى محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1430هـ، 2009م، ص23.

3- قحطان عبد الرحمان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع السابق، ص 33.

- الاقتصاد في المصروفات يجنب الخصوم كثيرا من النفقات التي تتمثل في رسوم التقاضي وأتعاب المحامين وما شابه ذلك¹.
- قد يلجأ أطراف النزاع إلى التحكيم حفاظا على الخصوصية التي تسود علاقاتهم، ولا يرغبون في عرضها علنا أمام القضاء.
- يستخدم الحكمان من الأساليب ما لا يستعمله القاضي للإصلاح بين المتخاصمين، ومن ذلك:
- ترغيب المتخاصمين في فضائل فض النزاع.
- ترهيبهما من عدم فض النزاع، وأن النزاع من تدخل الشيطان بينهما
- تذكيرهما بالآخرة وأحوالها وأهوالها، لدفعهم للتصالح².

¹ - محمد جبر الألفي، التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية، مجمع فقهاء الشريعة، الرياض، 2010م، ص 10.

² - شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، ص 116.

المطلب الثاني:

آثار التحكيم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وطرق انقضاؤه.

لكي ينتج التحكيم أثره لا بد من توافر أركانه العامة كافة، بوصفه عقد ككل العقود، وأن يستوفي كل الشروط القانونية اللازمة لصحته، والتي من أبرزها الكتابة والأهلية اللازمة للشخص الذي يبرم هذا الاتفاق من أجل أن يؤثر إيجاباً على سير إجراءات التحكيم وإصدار الحكم وعلى تصديقه من قبل المحكمة المختصة من أجل منحه القوة التنفيذية¹.

وستنطلق فيما يلي إلى آثار التحكيم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (فرع أول)، وطرق انقضاؤه (فرع ثان)

الفرع الأول: آثار التحكيم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

يعدّ التحكيم كغيره من الآليات البديلة في حل النزاعات بصفة عامة والأسرية بصفة خاصة، وبالتالي فإن له آثار تنجر عنه؛ حيث سنبين آثار التحكيم في الفقه الإسلامي (أولاً)، ثم آثاره في قانون الأسرة الجزائري (ثانياً).

أولاً- آثار التحكيم في الفقه الإسلامي.

1- الإلزام بحكم الحكّمين².

يعتبر حكم المحكم في الفقه الإسلامي حكماً نافذاً، ولا يملك أحد الخصمين الحق في فسخه بعد صدوره، وهو ما اتفق عليه جمهور الفقهاء، فمتى صدر الحكم باتفاق الحكّمين صار الحكم ملزماً للخصمين³، وهذا ما أكدّه القرطبي بقوله: "فإن اختلف الحكماء لم ينفذ قولهما ولم يلزم من ذلك شيء إلا ما اجتمعوا عليه"⁴.

1- محمد سامر القطان، "اتفاق التحكيم في ضوء القانون الإماراتي". في مجلة العلوم القانونية، الإمارات: جامعة عجمان، كلية الحقوق، ع03 ربيع الأول، 1436هـ-2014م، ص89.

2- ينظر: الأشراف العروسي، ليلي حمي، دور الصلح والتحكيم في تسوية النزاعات الأسرية، ص81-84.

3 - أحمد محمود أبو هشيش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، فلسطين، 1431هـ، 2010، ص152.

4 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ص177.

إن إلزام الخصمين بتطبيق الحكم الصادر هو الهدف من التحكيم؛ لذا لا بد من تطبيق الحكم الصادر من الحكم حتى تكون هناك نتيجة للتحكيم، فلو لم يطبق الحكم لانتفت الفائدة من التحكيم¹. فحكم الحكم لازم باق لا يتغير، فلو غاب الحكم، أو أغمي عليه وبرئ منه، أو قدم من سفره، أو حبس كان على حكمه. لأن هذه الأشياء لا تبطل الشهادة، فلا تبطل الحكومة².

وفي شرح مختصر خليل: "إن لم يقدر على الصلح فرقا بشيء من الزوجة له أو إسقاطه عنه أو على المتاركة دون أخذ وإسقاط، ولا ينبغي أن يؤخذ لها منه شيء، وأتيا الحاكم فأخبراه بما حكما من الإصلاح أو التطليق فنفذ حكمهما وجوبا وإن لم يرضه الزوجان والحاكم وخالف مذهبه³."

وقال ابن قدامة: "وإن تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه، وكان ممن يصلح للقضاء، فحكم بينهما، جاز ذلك، ونفذ حكمه عليهما"⁴.

2- الترافع إلى القاضي بعد التحكيم

قد يرضى الخصمان بالحكم، فيعملان على تنفيذه، وقد يرى أحدهما رفعه إلى القضاء لمصلحة يراها، والفقهاء في هذا على مذاهب:

- عند الحنفية⁵ إذا رفع حكم المحكم إلى القاضي نظر فيه فإن وافق مذهبه أمضاه وإلا أبطله وفائدة إمضائه ها هنا أنه لو رفع إلى قاض آخر يخالف مذهبه ليس لذلك القاضي ولاية النقض فيم أمضاه هذا القاضي.

¹ - هبة أحمد محمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2014، ص70.

² - قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص716.

³ - عبد السميع الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ص464. وأبو الضياء سيدي خليل، شرح الخرشي على مختصر خليل، ص9.

⁴ - ابن قدامة، المغني، ج10، ص94.

⁵ - ابن عابدين حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، دار الفكر للطباعة والنشر. بيروت. لا ط، 1421هـ - 2000م، ج، ص428.

- وأما الملكية¹ فعندهم أن القاضي لا ينقض حكم المحكم؛ فالحكم إن رأيا أن يفرقا فرقا، وإن رأيا أن يجمعا جمعا وتفريقهما جائز على الزوجين وسواء وافق حكم قاضي البلد أو خالفه.

ثانيا- آثار التحكيم في القانون الجزائري:

يعدّ التحكيم عقدا رضائيا يتم برضا الخصمين، حيث يملك كل واحد من الخصمين الحق في فسخ العقد أو عزل المحكم قبل صدور الحكم، وإذا صدر قراره في التحكيم صار حكما لازما غير قابل للفسخ².

وتترتب عن عمل الحكّمين آثار بعد انتدابهما للإصلاح بين الزوجين من طرف القاضي، وتبدأ مدة انتداب الحكّمين من يوم تبليغهما الحكم القضائي وتكون بذلك أمام حالتين:

الحالة الأولى: في حالة توصل الحكّمين إلى الإصلاح بين الزوجين يرفعا تقريرهما إلى القاضي ويجوز أن يقدماه كتابة أو شفاهة قبل انقضاء مدة الشهرين ويقضي القاضي بالمصادقة على التقرير مع الإشهاد للزوجين بالمصالحة³.

فيكون الإشهاد في تحديد مصدر الخصام والشقاق والمتسبب فيه وبيان المسيء من الزوجين للآخر مع تقدير نية الإساءة، وهكذا يستطيع القاضي أن يفصل في موضوع الدعوى وينصف بينهما، فالشهادة دليل إثبات للقاضي، فليس من المانع على الحكّمين اقتراح الفرقة في التقرير الذي ينجزانه ويقدمانه للقاضي، إذا كان هو الحل الوحيد للشقاق والخصام⁴.

¹ - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1400هـ، 1980م، ج2، ص596.

2 - أحمد محمود أبو هشيش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، ص148.

3 - الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ص353.

4 - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، لاط، 1986، ص298.

الحالة الثانية: أن تنقضي الفترة التي حددها المشرع الجزائري دون أن يتوصل الحكمن إلى الإصلاح بين الزوجين ويثبت تنافرها، بحيث يقدم الحكمن تقريرهما إلى القاضي ويذكران ما توصلا إليه، ويصدر القاضي حكمه بناء على تقرير الحكمن¹.

والتحكيم فرع من القضاء، وحكم الحكمن أقل درجة من حكم القاضي، لاقتصار حكمه على من رضي به حكما، ولعموم ولاية القاضي².

وعليه فإن التفريق بين الزوجين لا يقع شرعا ولا قانونا بمجرد رفع الحكمن تقريرهما إلى القاضي، ولذلك فلا أثر لهذا التقرير إلا بعد أن يضمن القاضي نتيجة في الحكم الذي يفصل بموجبه في الدعوى المعروضة أمامه بحكم قضائي مستوف لجميع شروطه³.

الفرع الثاني: طرق انقضاء التحكيم.

لا خلاف بين الفقهاء في أن للطرفين الاتفاق على عزل الحكم قبل أن يصدر حكمه كما أن للحكم أن يعزل نفسه في أي وقت شاء وعليه أن يعلم الموكل بعزل نفسه على الوكالة⁴ وأجمعوا على أن ولاية المحكم تنتهي بأحد الأسباب التالية؛ التي سنوضحها فيما يأتي: إذا تم عزل المحكم (أولا)، وإذا انتهت مهمته (ثانيا)، وإذا زالت أهلية المحكم (ثالثا).

أولا: عزل المُحَكَّم.

إذا عزل المحكم زالت ولايته وأصبح كأحد الناس، شأنه شأن القاضي المولى بعد العزل، ولكن اختلف الفقهاء في أنه هل يحق لأحد الخصوم عزل الحكم بإرادته المنفردة، بعد الاتفاق على تحكيمه؟ ولهم في ذلك أقوال⁵:

¹ - الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ص 354.

² - أحمد محمود أبو هشيش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، ص 148.

³ - هبة أحمد محمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، ص 73.

⁴ - المرجع نفسه.

⁵ - المرجع نفسه.

1- القول الأول: يرى بعض الشافعية¹ وبعض الحنفية² وبعض المالكية³ إلى أنه يحق لأحد الخصوم أن يعزل المحكم قبل صدور الحكم، فالحكم الصادر من المحكم بعد عزله يصبح لا قيمة له، واستدل أصحاب هذا الرأي بأن التحكيم كقعود الشركة والمضاربة ويحق لأي طرف فسخه بإرادته المنفردة لأنه من العقود الجائزة غير الملزمة.

2- القول الثاني: يرى الحنابلة⁴ أن الخصم ينقطع حقه في عزل المحكم بالرجوع عن التحكيم بشروع المحكم في الحكم وقبل تمامه إذا ترفع الخصوم أمام المحكم، ثم قال أحدها، وقبل أن يشرع في إصدار الحكم عزلتك امتنع عليه نظم الخصيمه، وإذا قضى بعد ذلك، لا ينفذ قضاؤه، أما أن يصدر حكمه بغض النظر عن إباء من أبي أو يلزمهم حكمه .

3- القول الثالث: يرى بعض الحنفية⁵ والشافعية وبعض المالكية⁶، أن للخصم حق عزل المحكم ما لم يصدر الحكم، فإذا ما صدر لزم ولا عبرة برجوع من رجع، وإذا عزله قبل الحكم امتنع عليه الحكم لعدم الولاية، لأن الرضا هو المثبت للولاية واستدلوا بأن التحكيم من العقود الجائزة غير اللازمة يعني لأي من طرفيه فسخه بإرادته كما في عقد الشركة والمضاربة وأن التحكيم ولاية كولاية القضاء وإن كان أدنى مرتبة منه، فكما أنّ للوالي عزل المولى فإن للخصم عزل المحكم⁷.

4- القول الرابع: يرى بعض المالكية أنه ليس لأحد الخصوم عزل المحكم بعد الاتفاق على

¹ - الماوردي، الأحكام السلطانية، ص450.

² - أبو بكر الرازي الجصاص، شرح مختصر الطحاوي في الفقه الحنفي، ص 456.

³ - الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ص406.

⁴ - ابن قدامة، المغني، ص 266. وقدرى محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، ص281.

⁵ - مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ج9، ص1873.

⁶ - الباجي، المنتقى، ص406.

⁷ - قدرى محمد محمود، المرجع السابق، ص 282.

التحكيم وحتى صدور الحكم، وبه استدلو بأن إرادة كلا الخصمين هي المنشئة لولاية الحكم فلا تستبد أحدهما بعزله بل لابد من اتفاق إرادتهما على عزله¹.

ثانيا: انتهاء مهمة المحكم.

ذلك بأن كان الحكم مؤقتا فمضى الوقت أو انتهاء الحكومة بإعطاء الحكم أو نطق بالحكم بعد المجلس لأنه بقيامه من المجلس يعزل القاضي بعد العزل فلا يقبل قوله،² أو بمرور الوقت إذا كان تحكيم مؤقتا دون صدوره³. فإذا حُكِّم الخصوم رجلا على أن يقضي بينهم في شهر كذا أو يوم كذا، فإذا مضى الشهر أو اليوم المحدد دون أن يصدر حكمه انتهت ولايته ولا يكون نظر النزاع إلا بتجديد التولية⁴ وللزوجين الإقلاع والرجوع عن تحكيم الحكمين ما لم يستوعبا الكشف عن حال الزوجين، ويعزما على الحكم بينهما فإن استوعبا الكشف وعزما عن الحكم فليس لهما الإقلاع⁵.

ويجوز أن تكون ولاية القاضي مقصورة على حكومة معينة بين خصمين فلا يجوز أن ينفذ النظر بينهما إلى غيرهما من الخصوم، وتكون ولايته على النظر بينهما باقية ما كان التشاجر باقيا، فإذا بت الحكم بينهم زالت ولايته، وإن تجددت بينهما مشاجرة أخرى لم ينظر بينهما، إلا بإذن مستجد.⁶

ثالثا: زوال أهلية المحكم.

تنتهي ولاية الحكم بسقوط أهليته للحكم، بأن تخلفت أحد شروط صلاحيته للحكم، فإذا ارتد أو عمى أو جُنَّ انعزل، فإذا أسلم بعد ردّته أو أبصر أو زال عنه الجنون، وحكم لا يصح حكمه إلا بتجديد التحكيم ثانية.⁷

¹ - الباجي، المنتقى، ج5، ص 405.

² - قحطان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص750.

³ - قدرى محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، ص 282.

⁴ - المرجع نفسه، ص 283.

⁵ - عبد السميع الآبي، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل، ج1، ص 462.

⁶ - الماوردى، الأحكام السلطانية، ص98.

⁷ - قدرى محمد محمود، المرجع السابق، ص 285.

لو تم اشتراط رضا الزوجين بالبعث فإن الحكمين ينعزلان بما ينعزل به الوكيل، فلو جُرَّ أحد الزوجين أو أغمي عليه ولو بعد استعلام الحكمين لهما انعزل حكمه. لا إن غاب لأنهما إن جُعلا وكيلين فالوكيل ينعزل بالجنون أو حكمين فيعتبر دوام الخصومة وبعد الجنون لا يعرف دواهما.¹

من خلال عرض التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري نجد أن التحكيم في الشقاق بين الزوجين لا يُلجأ إليه رغم أهميته؛ حيث نص عليه الله تعالى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّي اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء35].

يقول ابن العربي مبينا أهمية التحكيم والحاجة الماسة إليه لرأب الشقاق بين الزوجين: "وهي من الآيات الأصول في الشريعة، ولم نجد لها في بلادنا أثرا؛ بل ليتهم يرسلون إلى الأمانة، فلا بكتاب الله تعالى ائتمروا، ولا بالأقيسة اجتزوا، وقد ندبت إلى ذلك فما أجابني إلى بعث الحكمين عند الشقاق إلا قاض واحد، ولا إلى القضاء باليمين مع الشاهد إلا قاض آخر، فلما ولاني الله الأمر أجريت السنة كما ينبغي، وأرسلت الحكمين، وقمت في مسائل الشريعة كما علمني الله سبحانه من الحكمة والأدب لأهل بلدنا لما غمرهم من الجهالة... فلما أمر فيمن خفنا الشقاق بينهما بالحكمين دل ذلك على أن حكمهما غير حكم الأزواج، فلما كان كذلك بعث حكما من أهله وحكما من أهلها، ولا يبعث الحكمين إلا مأمونين برضا الزوجين وتوكيلهما للحكمين بأن يجمعا أو يفرقا إذا رأيا ذلك"².

ومما سبق ذكره نجد أن المشرع الجزائري نص على التحكيم ولكنه لم يجعله وجوبيا كما فعل في الصلح القضائي بدعوى أن التحكيم لا يكون إلا إذا اشتد الشقاق وجهل الظالم من المظلوم؛ والتحكيم في حقيقة الأمر لا يقل أهمية على الصلح القضائي بل أهميته أكبر

¹ - سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، حاشية الشيخ سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، ص258.

² - أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، ج1، ص537.

كونه صلح عائلي يجنب الأهل والزوجين الكثير من المتاعب والتردد على أروقة القضاء مما يتسبب في ضياع المال والجهد بالإضافة إلى الأحقاد والضغائن لأن المحاكم ودور القضاء في وظيفتها الفصل في النزاع وإنصاف المظلوم على حساب الظالم، والصلح ما هو إلا وظيفة من وظائف القضاء ولا يتناسب مع العلاقات الأسرية لما له من كشف للأسرار وتراشق الاتهامات؛ ولأن الصلح يتطلب صفاء النفوس، وولوج النزاعات الزوجية الحساسة إلى القضاء ما يزيدها إلا سوءًا.

وخلاصة القول في هذا الفصل أن الصلح والتحكيم، هما أهم آليتين بديلتين في تسوية النزاعات الأسرية؛ ، بهما يكون الاستقرار الأسري ويقلص الخلافات الزوجية ويزيل الشقاق بينهما. فوجب على المشرع الجزائري وكذا قضاة المحاكم إعطاء مزيد من الاهتمام لهما.

الفصل الرابع:

**أثر الاجتهاد القضائي في حماية الأسرة بعد
التفكك وضمان استقرارها.**

ويضم المبحثين الآتيين:

المبحث الأول:

الآثار المادية لفك الرابطة الزوجية وأثر الاجتهاد القضائي في حمايتها.

المبحث الثاني:

**الآثار غير المادية لفك الرابطة الزوجية وأثر الاجتهاد القضائي في
حمايتها**

تمهيد:

تتعدد آليات حماية الأسرة، بتعدد الاجتهادات القضائية في تفعيل بعض هذه الآليات والسعي إلى تطبيقها، حيث لاحظنا دور المحكمة العليا في حماية الأسرة والسهر على التطبيق الصحيح للقانون، سواء من جوانبه الموضوعية أو الإجرائية؛ لمحاولة التصدي للتفكك والانشقاق، ومع ذلك فإن الأسرة تبقى بحاجة إلى الحماية القانونية لضمان أمنها واستقرارها حتى وإن انفصمت عرى الزوجية، حيث تصبح الأسرة عبارة عن مجموعة أفراد لكل منهم حق يجب حمايته، وهو ما سنتطرق إليه خلال هذا الفصل لبيان أثر الاجتهاد القضائي في ضمان حقوق أفراد الأسرة بعد التفكك؛ وذلك من خلال مبحثين: الآثار المادية لفك الرابطة الزوجية وأثر الاجتهاد القضائي في حمايتها (مبحث أول)، والآثار غير المادية لفك الرابطة الزوجية، وأثر الاجتهاد القضائي في حمايتها (مبحث ثان).

المبحث الأول

الآثار المادية لفك الرابطة الزوجية وأثر الاجتهاد القضائي في حمايتها.

تكمن أهمية عقد الزوجية بالإضافة إلى المقصد الأصلي -وهو حلُّ العلاقة الزوجية- إلى الحقوق التي تثبت لأفراد الأسرة بعد انحلال العقد؛ وهو ما نود الحديث عنه خلال هذا المطلب، الآثار المادية منها النفقة ومشتملاتها (مطلب أول)، والنزاع حول متاع البيت (مطلب ثان).

المطلب الأول: النفقة ومشتملاتها.

المعتدة من النساء تكون إما من طلاق رجعي أو بائن، فإذا كانت معتدة من طلاق رجعي؛ فإنها تبقى في بيت الزوجية وتنتفع بنفقة زوجها عليها، وتقيم في كنف زوجها بشكل عادي ما لم تنتهي عدتها، أما إذا كانت المعتدة مبتوتة من غير حمل ففي ذلك تفصيل، وسنتطرق فيما يلي إلى آراء الفقهاء في مسألة النفقة على المرأة المطلقة وما أخذ به المشرع الجزائري وما عملت به المحكمة العليا في اجتهاداتها حيث سنتطرق من خلال (الفرع الأول) إلى النفقة والسكنى للمطلقة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ومن ثم التدابير

الاستعجالية في دعاوى فك الرابطة الزوجية (الفرع الثاني)، ثم اجتهادات المحكمة العليا في حماية حق النفقة والسكنى (الفرع الثالث).

الفرع الأول: حق النفقة والسكنى للمطلقة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

إن حق المرأة في النفقة والسكنى حتى بعد طلاقها هو من باب الشفقة على المطلقة ومراعاة الوضع الجديد الذي ستكون عليه لذا فقد أقر لها بعض فقهاء الشريعة الإسلامية هذا الحق ونص عليه المشرع الجزائري من خلال ق أ ج، ومنه سنتطرق إلى حق النفقة والسكنى للمطلقة في الفقه الإسلامي (أولا)، ثم حق النفقة والسكنى للمطلقة في قانون الأسرة الجزائري (ثانيا).

أولاً: حق النفقة والسكنى للمطلقة في الفقه الإسلامي.

اتفق الفقهاء على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى، وكذلك الحامل، لقوله تعالى في الرجعات: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارَّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولِي حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق6].

ووجه الدلالة من الآية المذكورة أنه يأمر الرجال بإسكان النساء المطلقات في المواضع التي يسكنون فيها على حسب السعة والاستطاعة وأمر الرجال أن يعطوهن مسكناً يسكنه مما يجدونه، حتى يقضين عددهن¹.

واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملاً على ثلاثة أقوال:

1-القول الأول:

أن لها السكنى والنفقة، وهو قول الحنفية، جاء في العناية شرح الهداية: "ولنا أن النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا، والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد إذ

¹ - محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، أبو جعفر الطبري (ت: 310هـ)، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط: 1، 1422هـ - 2001م، ج 23، ص 59.

العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالإجماع وصار كما إذا كانت حاملا. وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر - رضي الله عنه - فإنه قال: لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت، سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة» ورده أيضا زيد بن ثابت وأسامه بن زيد وجابر وعائشة - رضي الله عنهم¹.

فصار أصحاب هذا القول إلى وجوب السكنى لها بعموم قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق6]. وأن النفقة تابعة لوجوب الإسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية، وقالوا بأنه كلما وجبت السكنى وجبت النفقة².

وقد جاء من حديث عائشة رضي الله عنها: "عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّهَا قَالَتْ: «مَا لِفَاطِمَةَ إِلَّا تَتَّقِيَ اللَّهَ» يَغْنِي فِي قَوْلِهَا: لَا سُكْنَى وَلَا نَفَقَةَ"³.

2- القول الثاني:

أنه لا سكنى لها ولا نفقة، حيث يرى الحنابلة⁴ أن النفقة إذا كانت المبتوتة حاملا لها النفقة والكسوة والسكنى، فإذا استبان عدم حملها رجع، ومن ترك النفقة واستبان حمل المرأة يلزمه ما مضى، والنفقة إنما تكون للبائن الحامل (للحمل) لا لها؛ لأنها تجب بوجوبه وتسقط بعدمه.

¹ - محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي الباري (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية، لاط، لاس، دار الفكر، ج4، ص405.

² - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج3، ص114.

³ - محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري (الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه)، كتاب الطلاق، باب: قصة فاطمة بنت قيس، حديث رقم: 5323، تحق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط: 1، دار طوق النجاة، 1422هـ، ج7، ص57.

⁴ - منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: 1051هـ)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، لاط، لاس، دار المؤيد-مؤسسة الرسالة، ص619.

ودليلهم:

- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْ أَتُؤْتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾
[الطلاق6]. فدل على أنها إذا كانت حائلاً فلا نفقة لها¹.

- عن أبي سلمه، عن فاطمة بنت قيس، أنه طلقها زوجها في عهد النبي صلى الله عليه وسلم، وكان أنفق عليها نفقة دون ولا سكنى، فلما رأت ذلك، قالت: والله لأعلمن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن كان لي نفقة أخذت الذي يصلحني، وإن لم تكن لي نفقة لم آخذ منه شيئاً، قالت: فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: «لا نفقة لك، ولا سكنى»².

- وفي رواية: " عن فاطمة بنت قيس، أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة، وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير، فسخطته، فقال: والله ما لك علينا من شيء، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فذكرت ذلك له، فقال: «ليس لك عليه نفقة»³.

- وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس: «لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً» ولأن الحمل ولده، فيلزمه الإنفاق عليه، ولا يمكنه النفقة عليه، إلا بالإنفاق عليها فوجب كما وجبت أجره الرضاع وإن كانت حائلاً، فلا نفقة لها⁴.

3- القول الثالث: أن لها السكنى، ولا نفقة لها، وهو قول مالك⁵ والشافعي⁶.

سكنى المعتدة واجبة كما كانت في حال الزوجية، وسواء في عدة طلاق رجعي أو بائن أو وفاة؛ لأن ذلك حق للزوج وحفظ لنسبه وحق لها وحق لله سبحانه عليها والأصل في السكنى

¹-ينظر: عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (ت: 624هـ)، العدة شرح العمدة دار الحديث، القاهرة، 1424هـ 2003 م، لاط، ص464.

² - صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب: المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، حديث رقم: 1480، ج2، ص 1114

³ - صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب: المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، حديث رقم: 1480، ج2، ص1114.

⁴ - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج8، ص232.

⁵ - عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو زيد أو أبو محمد، شهاب الدين المالكي (ت: 732هـ)، إرشاد السائل إلى أشرف المسائل في فقه الإمام مالك، ط3، ج1، ص73.

⁶ - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق، 1412هـ / 1991م، ج8، ص417.

لها في الطلاق الرجعي¹.

واستدل أصحاب هذا الرأي:

- قول الله سبحانه: ﴿وَلَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق 1].

- وفي وجوبه عليها قوله تعالى: ﴿وَلَا يَخْرُجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِقِلْحَشَةٍ مَبَيِّنَةٍ﴾

[الطلاق 1]. ووجب لها في الطلاق البائن بقوله - عز وجل -: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ

سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارَّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق 6]. - أما النفقة

تجب للمعتدة من الطلاق في موضعين: في الطلاق الرجعي وفي البائن إذا كانت حاملاً لقوله

تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ هَوَّلَتْ حَمْلٍ بِأَنِفُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾

[الطلاق 6].

- حديث فاطمة المذكورة، وفيه: " فقال رسول الله - ﷺ -: "ليس لك عليه نفقة"،

وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم" ولم يذكر فيها إسقاط السكنى²، فبقي على عمومته

في قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق 6].

وسبب اختلاف الفقهاء حول مسألة نفقة البائنة غير الحامل وسكنائها اختلاف الرواية في

حديث فاطمة بنت قيس، ومعارضة الحديث لظاهر الكتاب.

ثانيا: حق النفقة والسكنى للمطلقة في قانون الأسرة الجزائري.

راعى المشرع الجزائري مصلحة المرأة المطلقة المعتدة وذلك بضمان نفقتها وسكنائها إلى غاية

انتهاء فترة العدة المحددة شرعا وقانونا حيث جاء في المادة (61) من ق أ ج: " لا تخرج

الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من مسكن الزوجية مادامت في عدة طلاقها أو وفاة

زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة أثناء العدة".

كما نصت المادة (72) من ق أ ج: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة

¹ - أبو الحسن، علي بن محمد الربيعي، المعروف بالرخمي (ت: 478 هـ)، التبصرة، الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب،
وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط: 1، 1432 هـ - 2011 م، ج 5، ص 2256

² - صحيح مسلم، باب: المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، حديث رقم 1480، ج 2، ص 1114.

الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن واعتبره المشرع حقا على الزوج وأدرجه ضمن مشتملات النفقة كما ورد ذلك في المادة (78) وفيها: " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ". فالزوجة لها حق النفقة في فترة العدة إطلاقا، فالمشرع لم يفرق بين المطلقة رجعا أو المبتوتة. ومنه فإن المشرع الجزائري أخذ بالرأي الأول وهو ما قال به الأحناف القائل بحق المطلقة مطلقا في النفقة والسكنى.

الفرع الثاني: التدابير الاستعجالية في دعاوى فك الرابطة الزوجية.

استحدث المشرع الجزائري مادة جديدة تخص الإجراءات والتدابير الاستعجالية المتعلقة بالنفقة وحضانة الأولاد والسكن، ومما دفعه لاستحداثها هي المشاكل الاجتماعية الناتجة عن طول إجراءات التقاضي؛ مما يؤدي إلى تشرد الأولاد وإهمالهم من غير نفقة ولا إيواء¹، ومن هنا جاء تدخل المشرع الجزائري في التعديل الأخير لحل هذه الإشكالية ورعاية حقوق الأولاد في المادة (57) مكرر التي تجيز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال في مسألة حق السكن واعتبره من التدابير المؤقتة التي يفصل فيها بموجب أمر على عريضة²: " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن".

حيث يكون الأمر الصادر مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون طبقاً للمادة (1/131) من ق إ م إ: " يجب أن يكون الأمر على عريضة مسببا، ويكون قابلا للتنفيذ بناء على النسخة الأصلية ".

ويزول مفعول الحكم المستعجل بصدور الحكم النهائي في الموضوع، مما يستوجب تنفيذه خلال أجل ثلاثة أشهر من يوم صدوره تحت طائلة السقوط³، وهذا بناء على ما نصت عليه

¹ - ينظر: أحمد شامي، مرجع سابق، ص 276-277.

² - ينظر: عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط: 1، 1433هـ/2012م، ص 245.

³ - ينظر: حسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص 196.

المادة (3/311) من نفس القانون حيث جاء فيها: "كل أمر على عريضة لم ينفذ خلال أجل ثلاثة أشهر (3) من تاريخ صدوره، يسقط ولا يرتب أي أثر".

بإستطاعة القاضي التراجع عن الحكم المستعجل وتعديله، وهذا بواسطة تقديم عريضة تظلم ضده من طرف الشخص الذي له مصلحة، والتراجع عن الأمر هو الإلغاء، المادة (312) من ق إ م إ: "في حالة الاستجابة إلى الطلب، يمكن الرجوع إلى القاضي الذي أصدر الأمر للتراجع عنه أو تعديله.....".

وفي قرار للمحكمة العليا فيما يخص الأحكام المستعجلة حيث استندت في حكمها على مبدأ: "لا يكتسب الحكم الصادر إلا حجية مؤقتة".

حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ: 15 أفريل 2010 "... كما أن النفقة ومشتملاتها تعد طبقا لأحكام المادة (57) مكرر من قانون الأسرة، من التدابير المؤقتة التي يمكن المطالبة بها في أي وقت وفي أي مرحلة من مراحل التقاضي، وبالتالي فإن الأحكام الصادرة بشأنها لا تكتسب إلا حجية مؤقتة، الأمر الذي يجعل الوجه المثار في هذا الشأن غير مؤسس ويتعين عدم الاعتداد به والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن"¹.

الفرع الثالث: الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في حماية حق النفقة والسكنى.

إن النفقة والسكنى المراد الحديث عنها هي المتعلقة بفترة العدة، وليس المنصوص عنها في (78) من هذا القانون، وهو ما اجتهدت المحكمة العليا في توضيحه حيث جاء في قرار لها: "لكن حيث أن نفقة العدة والمسكن التي منحها الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه المقصود منها أن المطلقة أثناء فترة العدة تقيم في مسكن الزوجية إلى انتهاء عدتها كما تنص أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام المادة (61) من قانون الأسرة وليس المقصود من عبارة السكن ما هو منصوص عليه في المادة (72) من قانون الأسرة التي تنص على أنه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضنة وأن تعذر عليه دفع بدل الإيجار"².

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 15-04-2010، ملف رقم: 554808، مجلة المحكمة العليا، العدد 01 لسنة 2010، ص 243.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 11-04-2007، العدد 01، لسنة 2008، ص 245، نقلا عن بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، الألفية للنشر والتوزيع-الجزائر، 2015م، ص 342.

وفي قرار للمحكمة العليا: "وحيث أن نفقة الزوجة المطلقة في العدة واجبة على الزوج حتى في حالة نشوز الزوجة، لأنها فترة براءة الرحم كما أن مصاريف وضع الحمل واجبة على المطلق كذلك، مما يجعل هذا الوجه المثار مؤسسا ويتعين معه نقض القرار جزئيا فيما يتعلق بالتعويض فقط وبدون إحالة...".¹

وفي قرار آخر يقضي بما يلي: "حيث أن قاضي أول درجة ارتكب خطأ آخر عندما قضى بالطلاق في قضية الحال دون منح المطلقة نفقة العدة، لأنه يجب على المطلقة أن تعتد من كل طلاق، وبالتالي فالنفقة واجبة على الزوج في قضية الحال وعلى الزوجة أن تعتد لأن العدة من النظام العام"².

ولقد رفضت المحكمة العليا الطعن بالنقض في قضية الحال وحكمت للمطلقة بوجوب نفقات العلاج والنفقة الغذائية، وذلك في القرار الصادر بتاريخ: 09-05-2018 وحيث أنه فيما يتعلق بالنفقة ومصاريف العلاج فقد ثبت أن القضاة قد احترمو القانون كما ينبغي أن يحترموه، فالنفقة الغذائية شيء ومصاريف العلاج شيء آخر فلا يمكن الدمج بينهما وهو ما يجعل الوجه غير سديد ويتعين رفضه..."³

يظهر من خلال اجتهادات المحكمة العليا في حماية حق النفقة والسكنى للمطلقة هو استقرار أسري؛ سواء كانت رجعية أو مبتوتة، وهو حماية للأبناء واجتماعهم مع حاضنهم ذلك أن المرأة بعد طلاقها مباشرة يصعب عليها العيش في الأمان وخاصة إذا كانت لا تملك مكانا تلجأ إليه أو مصدر إعالة، كما يعتبر إقرار المحكمة العليا بحق المرأة في نفقات العلاج بشكل مستقل عن النفقة الغذائية، له من الأهمية الكبرى في حماية حق المطلقة.

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 27-04-1993، ملف رقم: 90947، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1994، ص75-74.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 12 يوليو 2006، قرار رقم: 358348، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، لسنة 2006، ص453.

³ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 09-05-2018، قرار رقم: 1185134، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، لسنة 2018، ص86.

المطلب الثاني:

النزاع حول متاع البيت في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

يعتبر النزاع حول متاع البيت من المشاكل التابعة للطلاق والصليقة به، فكلما وقع الانفصال بين الزوجين إلا وأثيرت مسألة المتاع في مجلس القضاء، ويعد هذا الأخير من أهم آثار الطلاق المادية وهو ما يحتم على القاضي الاحتكام إلى العرف وما جرت عليه العادة. ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى مسألة النزاع حول متاع البيت بين الزوجين أو أحدهما مع الورثة؛ ومنه سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى مسألة النزاع حول متاع البيت في الفقه الإسلامي (فرع أول)، وموقف المشرع الجزائري من مسألة المتاع (فرع ثان)، واجتهادات المحكمة العليا حول متاع البيت (فرع ثالث).

الفرع الأول: النزاع حول متاع البيت في الفقه الإسلامي.

يعتبر الاختلاف حول متاع البيت من بين المسائل التي لها علاقة بالحياة الزوجية وما تتطلبه من ماديّات والاختلاف في متاع البيت إما أن يكون بين الزوجين في حال حياتهما، وإما أن يكون بين ورثتهما بعد وفاتهما، وفيما يلي آراء الفقهاء في المسألة:

أولاً- في حياة الزوجين.

إن كان النزاع حول المتاع في حياة الزوجين والعلاقة الزوجية لازالت قائمة؛ اتفق الفقهاء على أنهما كان يصلح للرجال، فالقول فيه قول الزوج؛ لأن الظاهر شاهد له، وما يصلح للنساء فالقول فيه قول الزوجة؛ لأن الظاهر شاهد لها¹.

ثانياً- أما إذا اختلف الزوجان وقد افترقا أو مات أحدهما.

¹ - ينظر: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ص309، وأحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت: 370 هـ)، شرح مختصر الطحاوي، تحقق: سائد بكداش وآخرون، دار البشائر الإسلامية، ط: 1، 1431هـ 2010م، ج5، ص335. اللخمي، التبصرة، ج5، ص2043.

فعند الشافعية؛ أنه إذا اختلف الرجل والمرأة في متاع البيت الذي يسكنانه وقد افترقا أو لم يفترقا أو ماتا أو مات أحدهما فاختلف ورثتهما أو ورثة أحدهما بعد موته فذلك كله سواء فيحلف كل واحد منهما لصاحبه على دعواه فإن حلفا جميعا فالمتاع عند الشافعية؛ بينهما نصفان؛ لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث والمرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث¹.

وأما المالكية؛ فإن مات الزوجان أو مات أحدهما فعندهم؛ أن ما كان الحكم فيه أنه للرجل فالقول فيه قول ورثته مع أيماهم إن ادعوا العلم، أما إذا صرحوا بعدم علمهم فهو لهم بغير يمين، وما كان للمرأة فالقول قول ورثتها فيه مع أيماهم إن ادعوا العلم، وإن قالوا بعدم علمهم فهو لهم بغير يمين، وما كانت العادة أنه للرجل فأقامت المرأة البينة أنها اشتريته فهو لها، وما كانت العادة أنه للزوجة فأقام البينة أنه اشتراه أو أقرت له بذلك، فالقول قوله².

الفرع الثاني: النزاع حول متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري.

تطرق المشرع الجزائري إلى مسألة النزاع حول متاع البيت بين الزوجين أو أحدهما مع الورثة استنادا إلى مبدأ القاعدة العامة في الفقه الإسلامي والقانون المدني: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وبما أن مسألة النزاع حول متاع البيت لا يحكمها معيار محدد وجميع عليه، وأن مسألة النزاع مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية، وجب على قاضي الموضوع أثناء الفصل في قضية النزاع حول متاع البيت أن يتأكد من معرفة ما هو للنساء عادة وما هو للرجال عادة، ولا يجوز له أن يعتمد اعتمادا كلياً على مضمون القائمة المقدمة إليه من الزوجة أو من الزوج من دون حجة أو دليل ويكتفي القاضي بتوجيه اليمين طبقاً للمادة (73) من قانون الأسرة ثم يعطي الحق للحالف ويمنعه عن المنكر³.

حيث جاء في نص المادة (73) من ق أ ج " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت ، وليس لأحدهما بينة ، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء

¹ - محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله (ت 204)، الأم، دار المعرفة - بيروت، 1393هـ، ج 5، ص 95.

² - اللخمي، التبصرة، ج 5، ص 2043.

³ - ينظر: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، دار هومة، الجزائر، ط 4، 2013، ص 149.

والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشاركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".
من خلال النص تبين أن المشرع الجزائري عمل بما قال به الملكية والحنفية في مسألة المتاع،
وقد افترض المشرع وقوع النزاع حول المتاع من غير دليل إثبات لأحدهما أو للورثة، وبالتالي
استند على الإثبات باليمين وذلك على النحو التالي¹:

- إذا كانت الزوجة أو ورثتها هي المدعية فالقول قولها مع اليمين في كل شيء معتاد للنساء.
 - إذا كان المدعي هو الزوج أو ورثته فالقول قوله مع اليمين في المعتاد من الأشياء للرجال.
 - إذا كان النزاع حول المتاع المشترك فإن هذا المتاع يقسم بين المتنازعين بشرط أداء اليمين.
- أما إذا أقام أحد الزوجين الإثبات على ملكية المتاع، فإن القاضي يحكم لصالحه سواء كان
المتاع ممن يصلح للرجال فقط أو للنساء فقط أو لهما معا².

الفرع الثالث: النزاع حول متاع البيت في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

صدر في هذا الصدد قرار للمحكمة العليا، ينص على أنه: " حيث يظهر من القائمة التي
قدمتها الزوجة أن أغلبية الأثاث ينسب للزوج الذي اشتراه كزب أسرة.

- حيث حقا نجد أن قضاة الموضوع لم يفرقوا بين ما هو ملك للزوج وما هو ملك للزوجة
إذ نجد ضمن قائمة الأثاث غرفة النوم ودراوات وأنه كان عليهم أن يفرقوا بين ما هو ملك
للزوج ويطبقوا أحكام المادة (73)، ولما قضوا للزوجة بكل ما في القائمة مع يمينها يكون
قرارهم غير مسبب"³.

وفي اجتهاد آخر للمحكمة العليا " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت
وليس لأحدهما بينة، فالقول قول الزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج

¹- ينظر: أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، لاط، دار الكتب القانونية، مصر 2014، ص 160-161.

²- ينظر: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص 255.

³- قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 04-01-1988، ملف رقم: 47456، المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1991، ص 54.

أو ورثته في المعتاد للرجال، عملاً بأحكام المادة (73) من ق أ ج، وهو ما ينبغي تطبيقه في قضية الحال، فكان على قضاة الموضوع أن يوجهوا اليمين إلى الزوجة فيما يخص مصوغها على أنها تركته في بيت الزوجية"¹.

وعليه يمكن القول أنه لا يمكن تطبيق المادة (73) من قانون الأسرة فيما يخص النزاع حول متاع البيت إلا إذا توفرت ثلاث شروط مجتمعة هي:²

- 1- أن يكون النزاع القائم بين الزوجين شيء من أغراض البيت حقيقة.
 - 2- أن يكون سبب النزاع منصبا على حق أحدهما في ملكية ما يدعيه ملكية خالصة له.
 - 3- لا يجوز المدعي من الزوجين دليلاً كتابياً أو شفهيّاً يثبت ما يدعيه.
- أما إذا تخلف أحد هذه الشروط وتبين مثلاً أن النزاع متعلق بمتاع البيت إلا أنه منصب على وجود أو عدم وجود المتاع في بيت الزوجية، كأن يدعي الزوج أن ما تطالب به الزوجة قد أخذته من محل الزوجية وتدعي هي عكس ذلك، أو ظهر للمدعي منهما حجة كتابية أو شفوية أو قرينة قوية فإنه في مثل هذه الحالات لا داعي لتطبيق المادة (73) من ق أ ج، بل يتوجب حينها تطبيق قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني، وفي هذا الصدد ظهر في قرار للمحكمة العليا أن محور النزاع إذا كان يتعلق بمتاع البيت ويدور حول من هو أحق بملكيته وليس لأحدهما حجة وجب تطبيق المادة (73) بشرط أن يكون متاع البيت موجوداً في بيت الزوجية وغير مختلف ولا متنازع على وجوده، فإن لم يكن كذلك بأن يدعي الزوج أن الزوجة التي ستطلق قد أخذت أشياءها وهي تنفي ذلك فإنه لا سبيل للفصل في النزاع إلا باللجوء إلى تطبيق القاعدة العامة "البينة على المدعي واليمين على المنكر".

ولما كان الزوج يدعي أن زوجته قد أخذت مصوغاتها وأثاثها الموجود في القائمة إلى القضاء فإنه سيكون مكلفاً بإثبات ذلك بالحجة والدليل، وإن عجز تخلف الزوجة اليمين المتممة

¹ - جمال سايس، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، ج2، ص470.

² - ينظر: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص150.

ويحكم لها بما طلبت¹.

من خلال الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا نجد أنها احتزرت في تطبيق المادة (73) من قانون الأسرة وذلك حماية لصاحب الحق من الزوجين، بحيث إذا كان لأحدها بيئة أو قرينة فإن القاضي يطبق القاعدة المذكورة آنفا ولا تطبق المادة (73) من ق أ إلا بتوفر جملة من الشروط مجتمعة.

الفرع الرابع: اليمين حول المتاع والجهة المخول لها تفعيله في العمل القضائي.

من المعلوم أن متاع البيت أو الأغراض المستعملة أنه ما للنساء للنساء وما للرجال للرجال؛ إلا أن الأمر قد يشكل على القاضي ولا يمكنه تحديد صاحب الحق ففي هذه الحال يلجأ إلى القاعدة العامة للإثبات كما أسلفنا الذكر.

أولاً- على من يجب اليمين.

يعد تحديد الطرف الواجب عليه أداء اليمين وهو المنكر بحسب القاعدة العامة² البيئة على المدعي واليمين على المنكر، إلا أن بعض القضاة قد يخطئون في تعيين الحالف، حيث في كثير من القضايا المتعلقة بهذا المجال يكون النزاع حول الأمتعة الخاصة بالزوجة وتوجه اليمين للزوج وهذا خطأ شائع؛ ذلك أنه عندما يتعلق الأمر بأثاث وأغراض مما يصلح عادة للنساء فإنها تسلم للزوجة بعد توجيه اليمين لها وليس للزوج.³

وفي قرار للمجلس الأعلى: "من المعروف فقها حول اختلاف الزوجين في متاع البيت، أن ما يخص النساء للنساء و ما يخص الرجال للرجال، و لما كان موضوع النزاع خاصاً بالنساء

¹ - ينظر قرار المحكمة العليا بتاريخ: 18-07-1988، ملف رقم: 50075، نقلا عن عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 151.

² - أصل هذه القاعدة هو حديث النبي ﷺ: "عن ابن عباس، أن النبي ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب: اليمين على المدعى عليه، حديث رقم: 1711، ج 3، ص 1336.

³ - ينظر: عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 253.

كانت اليمين على الزوجة، وهذا خرق لقاعدة الإثبات في الشريعة الإسلامية...¹ وجاء في طيات أحد قرارات المحكمة العليا فيما يخص صيغة اليمين للمدعى عليه: "... وتمهيدا وقبل الفصل في الموضوع بتوجيه اليمين القانونية للمدعى عليها حول الأمتعة يؤديها لها أمام أحد المساجد التابعة لدائرة اختصاص محكمة الحال بالصيغة التالية: (أقسم بالله العلي العظيم أنني تركت بالمسكن الزوجي محتويات قائمة الأمتعة المرفقة بملف القضية والمؤشر عليها من المحكمة؛ وذلك نوعا وعددا وبحضور المدعي والمحضر القضائي المختص قانونا، وعلى هذا الأخير تحرير محضر تأدية اليمين خلال شهر من توصله بنسخة من هذا الحكم...²

وفي قرار آخر لها: " حيث أنه بالفعل فرغم إنكار الطاعن لغالبية الأمتعة المدعى بها، ومن ذلك قضى الحكم المستأنف للمطعون ضدها بتأدية اليمين بالمسجد الكبير على الأمتعة محل الإنكار، مع أن اليمين في حالة الإنكار توجه للمدعى عليه وهو الطاعن، وتسمى يمين النفي طبقا للقاعدة العامة "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، وهي يمين حاسمة لأنها تحسم النزاع وتوجه من طرف القضاء مثل اليمين المتممة والتي يؤديها والمنصوص عليها في المادة (73) من قانون الأسرة.

ثانيا- مكان تأدية اليمين والجهة المخول لها تفعيله.

لم يحدد المشرع الجزائري صراحة مكان تأدية اليمين فيما يخص النزاع حول متاع البيت إلا أنه وفي كل الحالات تؤدي أمام القضاء الذي هو مكان تحقيق العدالة والسهر على تطبيقها، وكذلك ضمان سير الإجراءات بكيفية أسرع دون تأجيل القضية لمدة طويلة، أو اللجوء إلى

¹ - قرار المجلس الأعلى، بتاريخ: 27 يناير 1986، ملف رقم: 41752، المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 1989، ص 93.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 28-04-2004، ملف رقم: 353851، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، لسنة 2006، ص 427.

إصدار حكم تحضيري قبل صدور الحكم النهائي، وفي الوقت ذاته تقلص من مصاريف التقاضي، وذلك بالاستغناء عن دفع المبالغ الباهظة في حال تم أداء اليمين لدى محضر قضائي¹.

وهو ما عملت به المحكمة العليا في اجتهاداتها حيث جاء في قرار لها: "..... حيث أن المادتان (433) و (434) من قانون الإجراءات المدنية تنصان على أن مكان تأدية اليمين، يكون بالجلسة، مع أن القاضي الأول قد حدد مكانها بالمسجد الكبير، وهو ما جعل المطعون ضدها تتراجع في طور الاستئناف عن طلب الأمتعة محل الإنكار، الأمر الذي لم يناقشه القرار المنتقد وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين عليه نقض القرار جزئيا فيما يخص اليمين وإحالة لنفس المجلس².

وفي قرار آخر للمحكمة العليا: " حيث أن الأصل في أداء اليمين (بخصوص الأثاث والمتاع) أنها تُؤدى أمام الهيئة القضائية، ومادام قضاة الاستئناف درجة ثانية تُحوَّل لهم تحويل مكان اليمين أو إلغائها حسب ما يراه القضاة ضمنا لبلوغ نتيجة الأحكام القضائية..."³

¹ - ينظر: عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص253.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 10 يونيو 1997، ملف رقم: 163381، عدد خاص، لسنة 2001، ص240-241.

³ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 23-05-2000، ملف رقم: 245065، العدد 01، لسنة 2002، ص299.

المبحث الثاني:

الآثار غير المادية لفك الرابطة الزوجية وأثر الاجتهاد القضائي في حمايتها

كما تنتج عن الطلاق آثار مادية؛ فإنه تنتج عنه أيضا آثار معنوية لا تقل أهمية عن الأولى؛ لأنها تتعلق بحقوق الزوج في العدة وحقوق الزوجة والأبناء في الحضانة، وسنتطرق فيما يلي إلى أحكام العدة (مطلب أول)، ثم الحضانة وأحكامها (مطلب ثان).

المطلب الأول: أحكام العدة

تظهر قدسية الرابطة الزوجية أثناء العلاقة وتستمر بعدها؛ فالعدة الشرعية من أهم آثار الزواج وهي حق للزوج وبراءة للرحم، حيث سيكون الحديث خلال هذا مطلب عن أحكام العدة في فرعين: تعريف العدة وحكمتها وسبب مشروعيتها (فرع أول)، ثم عدة الطلاق في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف العدة وحكمتها وسبب مشروعيتها.

تبنى الحياة الزوجية في الأصل على التواد والتراحم والاستمرارية؛ ولكن قد لا يجد الزوجان من الألفة والعشرة ما قد كانا يطمحان إليه؛ فجعل الله سبحانه وتعالى الطلاق للانحلال من عقدة الزوجية، ولكنه فرض عدة الطلاق وسنّ لها أحكاما، وذلك لما تلك العلاقة من قداسة وما يتصل بها حقوق الزوجين وبراءة رحم وثبوت نسب، وسنسى من خلال هذا الفرع إلى تعريف العدة ومشروعيتها (أولا)، وسببها والحكمة من تشريعها (ثانيا).

أولا- تعريف العدة ومشروعيتها.

من المعلوم أن العدة تكون للمرأة المدخول بها، وأما غير المدخول بها فلا عدة عليها بإجماع لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِمَّن قَبْلَ أَنْ تَمْسُوهُنَّ بِمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمِنْ غَوْهُنَّ وَسِرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب 49] .

1- التعريف اللغوي والاصطلاحي للعدة.

أ- العدة لغة:

يقال عَدَدَتِ الشَّيْءَ عَدًّا أَي: (حَسَبْتُهُ وَأَخَصَيْتُهُ) قال عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ إِنَّمَا نَعُدُّ لَهُمْ عَدًّا ﴾ [مريم 85]. يَعْني أَنَّ الأنفاس تُحْصَى إِحْصَاءً وَلَهَا عَدَدٌ مَعْلُوم. وفلان في عِدَادِ الصَّالِحِينَ أَي يُعَدُّ فِيهِمْ وَعِدَادُهُ فِي بَنِي فُلَانٍ : إِذَا كَانَ دِيْوَانُهُ مَعَهُمْ. وَعِدَّةُ الْمَرْأَةِ : أَيَّامُ قُرُوءِهَا¹.

ب- العدة اصطلاحاً:

اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها².

أو: هي المدة التي تنتظر فيها المرأة وتمتنع عن التزويج بعد وفاة زوجها، أو فراقه لها.³

ج- العدة في قانون الأسرة الجزائري.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف العدة، واكتفى بالنص على نوع المطلقات ومدة عدتهن، حيث جاء في المادة (58) من قانون الأسرة الجزائري: "تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء واليائس من الحيض بثلاث أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

2- الحكمة من تشريع العدة.

شُرِعت العدة صيانة للأنساب وتحسيناً لها من الاختلاط رعاية لحق الزوجين والولد والنكاح الثاني، والمغلب فيها التعبد بدليل أنها لا تنقضي بقرء واحد مع حصول البراءة به⁴.

فالدين الحنيف شرع العدة لما لها من أهمية وما لها من حفظ لحق الزوجين وبراءة الرحم، ومن جِغَم تشريع العدة نذكر ما يلي⁵:

¹- أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي(ت: 170هـ)، كتاب العين، تحق: د.مهدي المخزومي ود. إبراهيم

السامرائي، دار ومكتبة الهلال، لاط، ج1، ص79.

²- الشرييني، مغني المحتاج، ج5، ص78.

³- السيد سابق، فقه السنة، ص341.

⁴- الشرييني، المصدر السابق، ج5، ص78.

⁵- السيد سابق، المرجع السابق، ص341.

- أ- معرفة براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب بعضها مع بعض.
- ب- تهيئة فرصة للزوجين لتحديد الحياة الزوجية بما فيه مصلحتهما.
- ج- عظمة الرابطة الزوجية؛ بحيث لم تكن أمراً ينتظم إلا بجمع من الرجال، ولا ينفك إلا بانتظار طويل، ولولا حكمة العدة لكان ذلك بمنزلة لعب الصبيان ينظم ثم يفك في الساعة
- د- تطويل زمان الرجعة للمطلق؛ لعله يندم ويفيء فتكون له فرصة لمراجعة زوجته.
- حيث رتب الشارع على كل واحد من هذه الحقوق ما يناسبه من الأحكام؛ فرتب على رعاية حقه هو لزوم المنزل فلا تخرج المرأة ولا يتم إخراجها، وهذا بنص القرآن الكريم، ورتب على حق المطلق تمكينه من الرجعة مادامت المرأة في عدتها، وحق المرأة في استحقاق النفقة والسكنى، وعلى حق الولد ثبوت نسبه وإحاقه بأبيه دون غيره، وعلى حق الزوج الثاني دخوله على بصيرة وبراءة رحم¹.

3- مشروعية العدة.

العدة واجبة على كل امرأة مات عنها زوجها قبل الدخول أو بعده، أو فارقها زوجها بعد الدخول بطلاق، أو خلع، أو فسخ².

لقد أجمع علماء الأمة الإسلامية على وجوب العدة، فهي مشروعة في القرآن الكريم والسنة والإجماع.

أ- مشروعية العدة من القرآن الكريم:

ذكر الله سبحانه وتعالى العدة في مواضع مختلفة لاختلاف حال المطلقات ومنها ما يلي:

- قوله تعالى في المتوفى عنها زوجها: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغَ أَجَلُهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ [البقرة 232].

¹ - ينظر: بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 338.

² - محمد بن إبراهيم بن عبد الله التوجيهي، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، الرياض، ط: 1، 1430هـ - 2009م، ج 4، ص 241.

- وقال الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ بِهِ أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [البقرة 226].

- وقال الله تعالى في عدة الصغيرة واليايسة والحامل: ﴿وَالْحَبْءُ يَبْسُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ إِرْتَبْتُمْ بَعْدَتْهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالْحَبْءُ لَمْ يَحْضُ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَيَّ اللَّهُ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾ [الطلاق 4].

ب- مشروعية العدة من السنة.

- قال رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحَدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا»¹

- عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ، زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ: أَنَّ امْرَأَةً مِنْ أَسْلَمَ يُقَالُ لَهَا سُبَيْعَةُ، كَانَتْ تَحْتَ زَوْجِهَا، تُؤْفَى عَنْهَا وَهِيَ حُبْلَى، فَخَطَبَهَا أَبُو السَّنَابِلِ بْنُ بَعْكُكٍ، فَأَبَتْ أَنْ تَنْكِحَهُ، فَقَالَ: «وَاللَّهِ مَا يَصْلُحُ أَنْ تَنْكِحِيهِ حَتَّى تَعْتَدِي آخِرَ الْأَجَلَيْنِ»، فَمَكَثَتْ قَرِيبًا مِنْ عَشْرِ لَيَالٍ، ثُمَّ جَاءَتِ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ: "انكِحي".²

- وأمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تعتد عند ابن أم مكتوم³.

ج- مشروعية العدة من الإجماع :

أجمعت الأمة على وجوب العدة على المطلقة المدخول بها عموما والمتوفى عنها زوجها⁴

¹ - صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب: تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا، حديث رقم: 5334، ج 7، ص 59.

² - صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب: أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن، حديث رقم: 5318، ج 7، ص 56.

³ - سبق تخريجه.

⁴ - فيصل بن عبد العزيز بن فيصل بن حمد المبارك الحرملبي النجدي (ت: 1376هـ)، خلاصة الكلام شرح عمدة الأحكام، ط 2، 1412هـ - 1992م، ص 299.

4- أنواع العدة.

العدة ثلاثة أنواع: عدة بالإقراء، وعدة بالأشهر، وعدة بوضع الحمل. والمعتدات ستة أنواع الحامل، والمتوفى عنها زوجها، وذات الإقراء المفارقة في الحياة، ومن لم تحض لصغر أو إياس وكانت المفارقة في الحياة، ومن ارتفع حيضها ولم تدر سببه، وامرأة المفقود¹.

أ- المعتدات بالقروء: لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة 226]. والقرء لفظ مشترك بين الحيض والطمهر، ولا يتحقق إلا في المرأة الحائض التي تعتريها العادة الشهرية.²

واختلف الفقهاء في معنى القرء بين الطهر والحيض، حيث يرى الحنفية³ والحنابلة⁴ أن معنى القرء هو الحيض، بينما يرى المالكية⁵ والشافعية⁶ أن القرء في العدة هو الطهر.

ب- المعتدات بالشهور: العدة بالأشهر؛ هي بدل الحيض الذي هو أصل في العدة، وتبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق⁷، وتكون عدة الأشهر بدل الحيض لصنفان من النساء، وهما:

- المطلقات اليائسات من الحيض، واللاتي لا يحضن سواء كن صغيرات، أو في سن الحيض ولكنهن لا يحضن لموانع.

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ص7172.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص224.

³ - ينظر: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان، لا س، ج2، ص274.

⁴ - ينظر: ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم (ت: 1353هـ)، منار السبيل في شرح الدليل، تحقق: زهير الشاويش، دار المكتب الإسلامي - بيروت، ط7، 1409هـ - 1989م، ج2، ص280.

⁵ - ينظر: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: 520هـ)، المقدمات المهمات، تحقق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط1، 1408هـ - 1988م، ج1، ص517.

⁶ - ينظر: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت: 505هـ)، الوسيط في المذهب، تحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام - القاهرة، ط1، 1417هـ، ج5، ص463.

⁷ - أحمد نصر الجنيدي، قانون الأسرة الجزائري، ص143.

قال تعالى: ﴿ وَالْجَّ يَيسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ إِرْتَبْتُمْ بَعْدَتْهُنَّ ثَلَاثُ أَشْهُرٍ وَالْجَّ لَمْ يَحِضْنَ ﴾ [الطلاق 4]. وعدد الأشهر التي يعتد بها هذا الصنف من النسوة ثلاثة.

- المتوفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملاً بقطع النظر عن وضعها بالنسبة للحيض. وعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة، قال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَقَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ [البقرة 232].

- المعتدة بوضع الحمل: كل امرأة حامل من زوج إذا فارقت زوجها بموت، أو طلاق، أو فسخ، فعدها وضع الحمل ولو بعد ساعة لقوله تعالى: ﴿ وَكَوَلْتُ الْأَحْمَالِ أَجَلَهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق 4]. ومتى وضعت حملها انقضت عدتها. والحمل الذي تنقضي به العدة ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان¹.

الفرع الثاني: عدة الطلاق في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا.

أولاً- عدة الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

تطرق المشرع الجزائري إلى أنواع المعتدات في المواد من (58) إلى (61) من قانون الأسرة الجزائري، حيث نص عن أحكام العدة سواء العدة من طلاق وعدة الوفاة أو الفقد ولكن الذي يعنينا بالتحليل والدراسة هو العدة من طلاق، حيث نصت المادة (58) من ق أ ج "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

فالمطلقة المدخول بها وليست حاملاً؛ عدتها ثلاث قروء، أما غير المدخول بها فلا عدة عليها، وذكر المشرع اليائس من المحيض، وهذا يدل على أن النص فرق بين المرأة من ذوات الحيض وبين المرأة من اللاقي يئسن من المحيض؛ بما مؤداه أن المشرع اعتبر القرء حيضاً وليس طهرًا².

¹- ينظر: ابن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، ج2، ص280.

²- ينظر: أحمد نصر الجنيدي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص142.

وأفرد المشرع للحامل من المطلقات نص المادة (60) "... عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر (10) من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

ثانيا- عدة الطلاق في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

لا تجب العدة إلا على المدخول بها أما غير المدخول بها فلا عدة عليها، ولها أن تفعل في نفسها ما تشاء بالمعروف وهو ما عملت به المحكمة العليا في اجتهادها: "... حيث أن هذا الوجه في غير محله، ذلك أن العدة لا تجب على المطعون ضدها التي طلقت قبل الدخول من زوجها الأول، وتتزوج من ساعة طلاقها إن شاءت..."¹.

ومن قرارات المحكمة العليا فيما يخص العدة: "من المقرر شرعا" أنه تستوجب العدة للمرأة المطلقة والمتوفى عنها زوجها ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها".

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها طلقت من زوجها الأول قبل الدخول وأعادت الزواج ثانية في الأسبوع الأول من طلاقها، فإن القضاة برفضهم لطلب الطاعن بفسخ الزواج لعدم إتمام العدة من الزواج الأول والحكم بصحة الزواج ورجوع الزوجة إلى البيت الزوجي طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"².

فمن خلال اجتهادات المحكمة العليا في تطبيقها لأحكام العدة تكون أسهمت في الحفاظ على العلاقات الزوجية المبنية على الطريقة الشرعية؛ سواء في حق المطلقة ببناء حياة زوجية ثانية، أو ابقائها على العلاقة الزوجية القائمة؛ لأن فترة العدة هي أحد أسباب الاستقرار الأسري.

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 16 يونيو 1996، ملف رقم: 137571، مجلة القضاة، عدد رقم 02، لسنة 1997، ص 94.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 18-06-1996، ملف رقم: 137571، مجلة القضاة، عدد رقم 02، لسنة 1997، ص 93.

المطلب الثاني:

مفهوم الحضانة وأثر الاجتهاد القضائي في حماية حق المحضون

ضمنت أحكام الشريعة الإسلامية حقوق الأبناء من بداية الانفصال إلى غاية بلوغهم السن المحددة، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري، وستتطرق خلال هذا المطلب للحديث عن مسألة الحضانة، وذلك في أربعة فروع: مفهوم الحضانة وحكمها وأدلة مشروعيتها (فرع أول)، ثم ترتيب الحواضن (فرع ثان)، وللحضانة شروط كما تسقط لأسباب معينة (فرع ثالث)، ثم إجراءات الحضانة وأثر الاجتهاد القضائي في حماية حق المحضون (فرع رابع).

الفرع الأول: مفهوم الحضانة وحكمها وأدلة مشروعيتها.

أهم ما يحتاجه الطفل هو توفير ظروف ملائمة ينشأ ويتزعرع فيها، وبالتالي تعد الحضانة هي المسألة التي تمس الطفل بعد تفكك الرابطة الزوجية، والحضانة مشروعة كما ورد في السنة وما أجمع عليه علماء الأمة، وبالتالي لا بد من تعريف الحضانة (أولاً)، وبيان دليل مشروعيتها (ثانياً)، ثم حكمها والحكمة من تشريعها (ثالثاً).

أولاً- التعريف اللغوي والاصطلاحي للحضانة.

1- لغة: حَضَنَ الطائر بيضه حَضْنًا، أَحَضَنْتُ الطائر البيض إذا جثم عليه ورجل (حاضِنٌ) وامرأة (حاضِنَةٌ) لأنه وصف مشترك و (الحَضَانَةُ) بالفتح والكسر اسم منه والحضن ما دون الإبط إلى الكشح و احْتَضَنْتُ الشيء جعلته في (حَضْنِي)¹.

(الحاضنة) الداية التي تقوم على تربية الصغير والتي تقوم مقام الأم في تربية الولد بعد وفاتها. ومن النخيل التي قصرت عراجينها وجمعها حواضن. و(الحضانة) الولاية على الطفل لتربيته وتدريب شعونه، ودور الحضانة مدارس ينشأ فيها صغار الأطفال².

2- اصطلاحاً: وهو الجنب لضم الحاضنة الطفل إليها³.

¹ - الرافي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المصباح المنير، ج4، 140. وإبراهيم مصطفى . وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، ص182

² - ينظر: المرجع نفسه.

³ - سليمان بن محمد بن عمر البُحَيْرِيُّ المصْرِي الشافعي (ت: 1221هـ)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، لاط، 1415هـ - 1995م، ج4، ص104.

3- شرعا: عرّف فقهاء الشريعة الحضانة عدة تعريفات منها: "هي حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه"¹.

وجاء في المغني هي: "حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون (وتربيته) أي تنمية المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك..."².

والحضانة نوع ولاية وسلطنة، لكن الإناث أليق بها لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد ملازمة للأطفال³ فإذا بلغ الطفل سنا معينة، كان الحق في تربيته للرجل؛ لأنه أقدر على حمايته وصيانتته وتربيته من النساء⁴.

4- عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة (62) من ق أ ج بأنها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك".

وتخضع إجراءات دعوى الحضانة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية القانون رقم 09/08، وقد نص المشرع بموجب المادة (423) من أن شؤون الأسرة ينظر وعلى الخصوص في دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة ومنه نص في المادة (426) ما تعلق بالاختصاص الإقليمي أين تكون المحكمة المختصة إقليميا في موضوع الحضانة وحق الزيارة والرخص الإدارية المسلمة للقاصر المحضون بمكان ممارسة الحضانة⁵ ومنه فإن للمطالبة بحضانة المحضون لا بد من القيام بالإجراءات التالية⁶:

¹ - أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع (ت: 894هـ)، شرح حدود ابن عرفة، الهداية الكافية الشافية، لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقق: محمد أبو الأجفان، القسم الأول، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط1، 1993، ص324.

² - الشريبي مغني المحتاج، ج5 ص191.

³ - المرجع نفسه.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص718.

⁵ - ينظر: عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية-دراسة مقارنة، ص248.

⁶ - ينظر: المرجع نفسه.

-رفع دعوى الحضانة أمام الجهة القضائية المختصة وهذا برفع عريضة موقعة من طالب الحضانة مبينة لصفته والأسباب بدفع الطلب، وهذا إعمالا وتكريسا للمواد التالية: (14-15-16-18-19-21-22-23-27-28-29) من ق إ م و إ.

- في حالة الاستعجال وخشية الأم من إبعادها عن ابنها من طرف طليقها؛ فإنه في هذه الحالة يكرس العمل بالمادة (57) مكرر من قانون الأسرة: " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة، ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة، والحضانة والزيارة والمسكن.

لقد تناول المشرع الجزائري مسألة الحضانة من المادة (62) إلى المادة (72) وذلك لأهمية هذا الموضوع وحساسيته، باعتباره يتعلق بثمرة الزواج وإن كان فاشلا، ولقد جاء في التعديل الجديد بالأمر 02-05، والذي أتى بمصطلح جديد أو بالأحرى معيار جديد؛ وهو الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون التي وردت في أغلب المواد المدرجة تحت عنوان الحضانة، واستنادا إلى التطبيقات القضائية، أنه عند اللجوء إلى القضاء تثار إشكالات تمس بمصلحة المحضون الأمر الذي يدعو القاضي إلى التصدي لها من خلال الدعاوى التي تعرض عليه، فالقاضي يجد نفسه مطالب بالاجتهاد في المسألة والنظر في مصلحة المحضون والعمل على تحقيقها¹.

ثانيا- دليل مشروعية الحضانة:

حضانة الطفل مشروعة كما ورد في السنة، وما أجمع عليه علماء الأمة.

1- من السنة:

- عن أبي هريرة فقال: إن امرأة جاءت رسول الله ﷺ فقالت: فداك أبي وأمي إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد نفعتني وسقاني من بئر أبي عتبة فجاء زوجها وقال من

¹ - ينظر: قانون الأسرة، مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا إلى غاية 2018 مع بعض التعليقات والنصوص القانونية ذات الصلة، ط: جديدة بيرتي للنشر، 2018-2019، ص58.

يخاصمني في ابني فقال يا غلام هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به¹.

- عن عبد الحميد بن سلمة الأنصاري عن أبيه عن جده : أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فجاء بن لهما صغير لم يبلغ الحلم فأجلس النبي ﷺ الأب ها هنا والأم ها هنا ثم خيره فقال اللهم اهده فذهب إلى أبيه².

- عن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ وَتُدْبِي لَهُ سِقَاءً وَحَجْرِي لَهُ حِوَاءٌ وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ « أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي »³.

ب- من الإجماع:

روي عن عمر ابن الخطاب كان قد طلق امرأته من الأنصار بعد أن أعقب منها ولده عاصما فرآه في الطريق وأخذه فذهبت جدته أم أمه وراءه، وتنازعا بين يدي أبي بكر الصديق فأعطاه إياه، وقال لعمر الفاروق: " ربحها ومسها ومسحها وربقها خير له من الشهد عندك⁴ .

ثالثا- حكم الحضانة والحكمة من تشريعها.

الحضانة واجبة؛ لأن المحضون يهلك بتركها، ولذلك يتطلب في الحضانة الحكمة واليقظة والانتباه والصبر، فكان النساء أليق بها في حالة صغر المحضون، فإذا بلغ سنا معينة، كان أقدر على تربية الرجال⁵.

¹ - أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، المجتبى من السنن، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، ط2، 1406 - 1986، كتاب الطلاق، باب: إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، حديث رقم: 3496، ج6، ص185، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب: من أحق بالولد، حديث رقم: 2279، ج2، ص251. صححه الألباني.

: إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، حديث رقم: 3495، صححه الألباني.

³ - أبو داود سليمان، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب: من أحق بالولد، حديث رقم: 2278، ج2، ص251. قال الألباني حديث حسن.

⁴ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص405.

⁵ - أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي (ت: 780هـ)، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، تحقيق، علي الشربجي، قاسم النوري، مؤسسة الرسالة، ط: 1، 1414هـ، 1994م، ص458.

الفرع الثاني: ترتيب الحواضن في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفي الاجتهاد القضائي.

تكون الحضانة للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت والأصل فيها للنساء؛ لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار ثم تصرف إلى الرجال؛ لأنهم أقدر على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار وفي ما يلي: ترتيب الحواضن في الفقه الإسلامي (أولاً)، ثم ترتيب الحواضن في قانون الأسرة الجزائري (ثانياً)، ثم ترتيب الحواضن في الاجتهاد القضائي (ثالثاً).

أولاً: ترتيب الحواضن في الفقه الإسلامي.

اختلف الفقهاء في من الأحق بالحضانة على النحو التالي:

1- يرى الحنفية¹:

أن أحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الأم؛ لأنه لا أقرب منها ثم أم الأم ثم أم الأب؛ لأن الجدتين وإن استويتا في القرب لكن إحدهما من قبل الأم أولى.

2- عند المالكية²:

تكون الحضانة للأم ثم للجددة للأم ثم الخالة ثم الجدة للأب وإن علت ثم الأخت ثم العمة ثم ابنة الأخ ثم للأفضل من العصبية، وهذا الترتيب إن كان الأول مستحقاً للحضانة فإن لم يكن انتقلت إلى الذي يليه وكذلك إن سقطت حضانته أو كان معدوماً.

3- وعند الشافعية:

مستحقي الحضانة على ثلاثة أقسام³:

إما إناث فقط، وإما ذكور فقط، وإما الفريقان، وقد بدأ بالقسم الأول، فقال (وأولاهن) أي الإناث عند اجتماعهن وتنازعهن في طلبها (أم) لوفور شفقتها.

- والإناث أليق بها ، وأولاهن أم ثم أمهات يدلين بإناث يقدم أقربهن ، والجديد تقدم

¹ - علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، ص41.

² - محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي (ت 741)، القوانين الفقهية، لا ط، لا م، لا س، ص149.

³ - الشريبي، مغني المحتاج، ج5، ص191.

بعدهن أم أب ثم أمهاتها المدليات بإناث ثم أم أبي أب كذلك، ثم أم أبي جد كذلك، ويقدم الأخوات والخالات عليهن، وتقدم أخت على خالة وخالة على بنت أخ وأخت، وبنت أخ وأخت على عمّة، وأخت من أبوين على أخت أحدهما، والأصح تقديم أخت من أب على أخت من أم وخالة وعمّة لأب عليهما لأم، وسقوط كل جدة لا ترث دون أنثى غير محرم كبنت خالة¹.

- وإن اجتمع ذكور وإناث فالأم ثم أمهاتها ثم الأب، وقيل تقدم عليه الخالة والأخت من الأم، ويقدم الأصل على الحاشية، فإن فقد فالأصح الأقرب، وإلا فالأنثى، وإلا فيقرع².
وتثبت لكل ذكر محرم وارث على ترتيب الإرث، وكذا غير محرم كابن عم على الصحيح، ولا تسلم إليه مشتهة بل إلى ثقة يعينها³.

4- ويرى الحنابلة⁴:

أن الأحق بالحضانة أم ثم أمهاتها القربى فالقربى ثم أب ثم أمهاته كذلك ثم جد ثم أمهاته كذلك ثم أخت لأبوين ثم لأم ثم لأب ثم خالة لأبوين ثم لأم ثم لأب ثم عمات كذلك " ثم خالات ثم خالات أبيه ثم عمات أبيه ثم بنات إخوته وأخواته ثم بنات أعمامه وعماته ثم بنات أعمام أبيه وبنات عمات أبيه " ثم لباقي العصبة الأقرب فالأقرب " فإن كانت أنثى فمن محارمها " ثم لذوي أرحامه " ثم للحاكم " وإن امتنع من له الحضانة " أو كان غير أهل " انتقلت إلى من بعده.

ثانيا- ترتيب الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

حق الطفل في الحضانة من أهم الحقوق التي أقرتها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، وذلك لأن الطفل في حاجة ماسة إلى من يرعاه ويقوم بأمره ويحفظ حياته ويحقق

¹ - الشريبي، مغني المحتاج، ج5، ص191.

² - المصدر نفسه.

³ - المصدر نفسه.

⁴ - موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي، شرف الدين، أبو النجا: (ت: 968هـ)، زاد المستقنع في اختصار المقنع، تحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسّكر، لاط، دار الوطن للنشر - الرياض، ص206.

مصلحه، وتعتبر الأم أولى بالحضانة لأنها أدرى بمصالح طفلها والأكفأ في الرعاية والعناية، ثم يليها أقربائها من النساء وصولاً إلى الأب¹، وتدخل إجراءات الحضانة ضمن آثار الطلاق، حيث يحدد القاضي بناء على سلطته التقديرية إلى من تؤول الحضانة مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون.

ولقد كانت المادة (64) من ق أ ج تنص: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

ولكن أعاد المشرع الجزائري في التعديل الجديد بالأمر 02-05 ترتيب مسألة الحواضن على النحو التالي²: "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".

وملاحظ أن النص الجديد أوجد ترتيب المستحقين للحضانة؛ بأن جعل الأب في المرتبة الثانية بعد الأم مباشرة، ثم تأتي الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة وبعدها العمة، ولا يلزم القاضي بهذا الترتيب إذا رأى في ذلك مصلحة المحضون؛ لأنه في النهاية المصلحة هي التي تحدد من هو أولى بحضانة المحضون.

من خلال المادة يتضح أن المشرع الجزائري قدم حضانة الأب على (الجدة لأم) والخالة في استحقاقه لحضانة ابنه وبذلك يكون المشرع قد خالف ما جاء به الفقهاء الأربعة.

لكن بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن ترتيب الحواضن بالأولوية لم يلق إجماعاً، ومن ثم يمكن القول أن المشرع أخذ بالرأي الذي يقدم الأب على جميع النسوة بعد الأم³.

وترى الباحثة أنه إذا كان النص غير ملزم للقاضي، بالتالي فهو يحكم بما يراه مناسباً لمصلحة المحضون فما الداعي إلى تعديل المادة؟ التي تقضي بانتقال الحضانة مباشرة إلى لأب

¹ - أحمد شامي، المرجع السابق، ص 300.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 255.

³ - ينظر: أحمد شامي، المرجع السابق، ص 308.

بعد الأم إذا تزوجت من غير ذي محرم، في حين أن المحضون في الغالب صغير وقاصر ولا يستطيع القيام على شؤونه الخاصة من أكل ولبس وتنظيف، والأب حتى في الحالات العادية لا يقوم بهذا العمل لأنه ليس من مهامه، أضف إلى ذلك أن الأب - وكما هو معروف - مشغول بالعمل والسفر وغير ذلك، فهل كان المشرع يقصد بأن يترك الأب الحاضن ابنه لدى أمه (الجددة لأب) أو إلى زوجته؟ ومنذ متى تعتني زوجة الأب بأبناء زوجها إلا في حالات نادرة، وبالتالي فإن أصلح شخص لحضانة الابن بعد الأم مباشرة هو (الجددة لأم)؛ لأن في ذلك مصلحة المحضون من شتى النواحي؛ ذلك أن الأم تتردد كثيرا على بيت أهلها، ومنه فإن الصغير لا يحرم من أمه، والأم لا تحرم من حقها الشرعي وهو الزواج والأب يمكنه زيارة المحضون في الأوقات التي يحددها القاضي، وهذا أسلم طريق لحماية حق المحضون ورعايته رعاية جيدة.

وبالتالي لو أن المشرع أبقى على النص القديم هو أضمن وأحوط لمصلحة المحضون مع بقاء السلطة التقديرية للقاضي في عدم التمسك بالنص إذا ما رأى في ذلك مصلحة أو ضرورة.

ثالثا- ترتيب الحواضن في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

جاء في قرار المحكمة العليا " حيث قررت الشريعة الإسلامية بأن الحضانة تسند للأم من باب أولى مادامت شروطها متوفرة فيها ولا تسقط عنها ما يجردها من ذلك مانع شرعي. وحيث أن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي هو أن الحضانة لا يجوز تجزئتها دون مبرر كما في قضية الحال، فإن الأولاد الأربعة هم صغار السن وضمهم لأهمهم أولى وأحق وهذا ملائم للمصلحة التي يراعيها الشرع في هذا الباب.

وحيث من جهة أخرى، أنه ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد بأن قضاة الاستئناف اعتمدوا في حكمهم على رفض التحاق المحضونين بأمهما وعلى رغبتهما في البقاء عند جدتهما للأب، فهذا مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية وقواعد القانون الوضعي"¹.

¹ - قرار المجلس الأعلى، بتاريخ: 02-04-1989، ملف رقم: 32594، مجلة القضاة، عدد 01، لسنة 1989، ص78. نقلا عن: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص 206.

وفي سنة 1991 صدر قرار عن المحكمة العليا تقضي بالحق الشرعي والقانوني للأُم في حضانة الأبناء مع الحرص على تواجد الأب في حياة الأبناء وذلك بزيارتهم ومراقبتهم وحمايتهم: " حيث أن المعلوم أن المادة (64) من قانون الأسرة أوجبت على القاضي حين يقضي بإسناد حضانة الأبناء إلى أمهم أن يمنح للأب حق الزيارة بأن يتفقد أبنائه ويراقبهم ويحميهم من أي خطر يراه محققاً بهم، وتتطلب تلك الحماية أن يكون قريباً منهم، وكان على القاضي أن يرتب زيارة مرنة تقتضيها حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه مرة في الأسبوع على الأقل لتعهدهم بما يحتاجون والتعاطف معهم، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس ويتعين معه نقض القرار المطعون فيه ¹ .

بالرغم من حرص المحكمة العليا على مراعاة مصلحة المحضون وبضرورة قرب الوالد من أبنائه بعد انفصاله عن أمهم، إلا أن تطبيق ذلك على أرض الواقع صعب جداً إن لم نقل مستحيل؛ لأن طبيعة الطلاق تقتضي الافتراق والتباعد وإن كانوا في نفس المنطقة أو كانت الزوجة من ولاية غير ولاية الزوج أو قرية بعيدة عن مقر مسكن الزوج، أضف إلى ذلك إذا كان من أحد أسباب الطلاق هو الإهمال الأسري وامتناع الزوج عن النفقة والزوجية قائمة فكيف سيرعى هذا الأب أولاده بعد الانفصال، لكن المحكمة العليا في اجتهاداتها أحسنت بما أقرت وقضت به فيما يخص حق الزيارة، وهو ما تطرقت إليه المحكمة العليا وبلهجة شديدة ملحة على عدم تقييد الحريات والتضييق على أحد الوالدين في زيارة المحضونين وذلك في القرار الصادر بتاريخ: 30-04-1990 " حق الشخص لا يقيد إلا ما قيده به القانون، فزيارة الأم أو الأب للولد حق لكل منهما، وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعمالها على النحو الذي يراه دون تضييق أو تقييد أو مراقبة، فالشرع أو القانون لا يبيح الأشياء على التخوف بل على الحق وحده، والقاضي ملزم في حكمه بهذا المبدأ بأن يحكم بالحق ولا ينظر ما بعد ذلك من أمور مفترضة، إذا فالزيارة في القضية حُكِمَ بها للطاعنة وقُيِّدَتْ بأن تكون في بيت مطلقها ولا تخرج بالبنت من مدينة تازمالت، وفي هذا تضييق وتقييد لحق، وذلك يُخْرِجُ الزيارة من معناها الشرعي.. ويتعلق الطاعن بتغيير مكان

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 16-04-1991، قرار رقم: 59784، مجلة القضاة، عدد 04، لسنة 1991، ص 128. نقلا عن حسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص 207.

الزيارة والأم فيه على حق تأخذ ابنتها مدة الزيارة أينما تريد في أي بلد تختارها... فإذا كانت الحضانة نفسها قابلة للمراجعة، فمن الضروري أن تتقدم عليها الزيارة في التعديل وتغيير مكان مباشرتها...¹

وهو النهج الذي استقرت عليه المحكمة العليا في كل اجتهاداتها قبل تعديل المادة (64) من قانون الأسرة وبعده: " حيث من المستقر عليه قانونا أن الأم أحق بالحضانة ما لم يقع لها مانع، كما لها الصبر والوقت والحنان والعطف والراحة ما لا يمكن أن يتوفر لدى غيرها من أقارب الطفل، وأن قضاة الموضوع لما راعوا في إسناد حضانة الطفل "أرزقي" لأمه العناصر المشار إليها، فإنهم أقاموا قضاءهم على أساس قانوني الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن...²

"حيث من المقرر قانونا وفقا للمادتين (62-64) من قانون الأسرة، الأم أولى بحضانة ولدها، كما لا تسقط الحضانة إلا باختلال أحد الشروط الوارد بنص المادة (62) من القانون المذكور، ولما تبين وأن الطاعنة حاضنة فعليا للبنت منذ ولادتها والطاعن لم يعارض في هذه الحضانة وباكتفائه بطلب سقوط النفقة المرتبطة أساسا بالحضانة، يكون قضاة المجلس في قرارهم المنتقد بإسناد الحضانة وأن الطاعنة لم تطالب بها لمدة أكثر من سنة وأن الحكم الصادر بتاريخ 29-06-2016، أصبح حائزا لقوة الشيء المقضي فيه يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون باعتبار وأن مسائل الحالة لا تطبق في شأنها القواعد الخاصة المتعلقة بقوة الشيء المقضي فيه، ويتعين بالتالي نقض القرار المطعون فيه دون الحاجة للرد عن باقي الأوجه مادام هذا الوجه وحده كاف للنقد"³.

وتبقى الاجتهادات القضائية تقضي بما تراه مصلحة للمحضون: " حيث أن المادة (64) من قانون الأسرة ترتب درجات استحقاق الحضانة، لكن وفي كل الأحوال توصي هذه المادة

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 30-04-1990، قرار رقم: 79891، عدد 01، لسنة 1992، ص 57.

² - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 14 يونيو 2006، قرار رقم: 540، قرار غير منشور، نقلا عن الحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص 213.

³ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 03-07-2019، ملف رقم: 1302053، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2019، ص 87.

بمراعاة مصلحة المحضون ، وبعبارة أوضح تُسند الولد للحاضن الذي تتوفر لديه مصلحة المحضون، ولما قضى قضاة مجلس باتنة في قضية الحال برفض طلب الطاعنة بإسناد حضانة(ن ع) ابن ابنتها لها دون الرد على دفعها المتعلق بإقامة الولد محل الخلاف بعيدا عن والده الحاضن ودون مراعاة مصلحة هذا الأخير، فإن قضائهم مشوبا بالقصور ومخالفا للقانون، مما يجعله عرضة للنقض والإبطال"¹.

ومن اجتهادات المحكمة العليا في ضمان مصلحة المحضون، والسعي وراء التطبيق الصحيح للقانون وذلك ما جاء في أحد قراراتها: "وباعتبار وأن قضاة المجلس في قرارهم المنتقد قضوا للمطعون ضده بالحضانة على أساس وأن الطاعنة حرمته من ممارسة سلطته الأبوية دون الاعتماد على محضر يفيد ذلك فضلا وأن الطاعنة أولى بممارسة الحضانة طبقا للمادة (64) من قانون الأسرة.

الفرع الثالث: شروط الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي.

للحضانة جملة من الشروط أقرها الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وهي شروط يجب أن تتوفر في الحاضن، وغياب شرط منها يعرض حق الحاضن للسقوط، ومنه نتطرق إلى شروط الحضانة في الفقه الإسلامي (أولا)، ثم شروط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري (ثانيا)، ثم شروط الحضانة في الاجتهاد القضائي (ثالثا).

أولا- شروط الحضانة في الفقه الإسلامي.

جاء في مختصر العلامة خليل: " وشرط الحاضن العقل والكفاية لا: كمسنة وحرز المكان في البنت يخاف عليها والأمانة وأثبتها وعدم كجذام مضر ورشد لا إسلام وضمت إن خيف لمسلمين وإن مجوسية أسلم زوجها وللذكر من يحضن وللاثنى الخلو عن زوج دخل إلا أن يعلم ويسكت العام أو يكون محرما وإن لا حضانة له: كالخال أو وليا كابن العم أو لا يقبل

¹ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 18-05-2005، قرار رقم: 330566، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، لسنة 2005، ص301.

الولد غير أمه أو لم ترضعه المرضعة عند أمه أو لا يكون للولد حاضن أو غير مأمون أو عاجزا أو كان الأب عبدا وهي حرة¹.

ومن شروط الحضانة أن تكون المرأة ذات رحم محرم من الصغار لأن مبنى الحضانة على الشفقة، والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة ثم يتقدم فيها الأقرب فالأقرب فأحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الأم؛ لأنه لا أقرب منها ثم أم الأم ثم أم الأب؛ لأن الجدتين وإن استويتا في القرب لكن إحدهما من قبل الأم أولى².

ويجب أن تتوفر في الحاضن جملة شروط؛ وهي شروط عامة للرجال والنساء أو شروط خاصة بأحدهما، والبعض منها متفق عليه كالحرية والعقل والبلوغ والقدرة والأمانة وعدم كون الأنثى متزوجة بأجنبي عن الصغير وكون الحاضن ذات رحم من الصغير، وبعض هذه الشروط مختلف فيها كالرشد والإسلام³

ثانيا- شروط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

جاء في نص المادة (62)⁴ من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثانية شرط الأهلية؛ وهي القدرة على حفظ الطفل وصيانتته والقيام على مصالحه وحمايته، وعلى ذلك يجب أن يكون بالغا وعاقلا وحسن السلوك، وقادرا على تربية المحضون وصيانتته والسلامة من كل مرض أو إعاقة يحولان دون قيامه بالواجب، وللقاضي معانة توفر تلك الشروط عند النطق بحكم الحضانة، وفي الغالب ما ينبه الطرف الآخر في الدعوى⁵.

¹ - خليل بن إسحاق الجندي (ت: 776هـ)، مختصر العلامة خليل، تحق أحمد جاد، دار الحديث-القاهرة، ط1، 1426هـ-2005م، ج1، ص139.

² - علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، ص41.

³ - للتفصيل ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، ص7304.

⁴ - " الحضانة هي رعاية الولد، وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وحلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك" المادة 62 من ق أ ج.

⁵ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص.202

ومن جملة الشروط التي أقرها المشرع الجزائري¹:

- القدرة على الحضانة ورعاية المحضون وتعليمه والقيام على تربيته، لأن عدم القدرة فيها ضياع وإهمال للطفل المحضون.

- أن تكون الحاضنة متوفر فيها شروط تربية المحضون على دين أبيه.

- القدرة على السهر لحماية المحضون وحفظه صحة وخلقا.

- يسقط استحقاق الجدة الحاضنة أو الخالة إذا سكنت بالمحضون مع أمه المتزوجة بغير قريب محرم من المحضون.

والإخلال بأي شرط من هذه الشروط فإنه يعرض الحاضن إلى فقدان حقه في الحضانة، وهو ما نص عليه المشرع في المادة (67) من القانون 11-84، والتي جاء فيها: " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المرعية شرعا في المادة (62) أعلاه، غير أنه يجب مراعاة مصلحة المحضون في الحكم المتعلق بالفقرة أعلاه".

لكن يصعب على القاضي تقدير المصلحة كونها شيئا معنويا ولا يمكن إثباته، ولكن هناك أسباب يمكن اعتبارها لا تخدم مصلحة المحضون مثل عمل المرأة وخروجها من البيت مما يؤثر على مصلحة المحضون، وهناك من لجأ إلى هذا السبب طالبا بذلك إسقاط حق الحضانة عن الأم أو الحاضنة العاملة، غير أن الاجتهادات القضائية لم تعتبر عمر المرأة الحاضنة سببا لإسقاط الحضانة²، ومن هنا تدخل المشرع الجزائري وحسم المسألة بالأمر 02-05، ومنه فإن صياغة المادة (67): " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة (62) أعلاه. ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون ".

ثالثا- شروط الحضانة في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

من المعلوم أن الصبي المحضون بحاجة إلى اهتمام ورعاية، ولا يمكن أن نتصور ذلك من عجوز طاعن أو شخص عاطل، وهو ما ركزت المحكمة العليا بالتشديد عليه مستندة في ذلك

¹ - نبيل صقر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية- مصر، لاط، 2014، ص156.

² - ينظر: أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، ص315.

على أحكام الشريعة الإسلامية، حيث جاء في اجتهادات المحكمة العليا جملة من القرارات بهذا الشأن نذكر منها:

" وحول الوجه المتخذ كوسيلة للنقض لقد اشترط الشارع في الحاضنة عدة شروط الكفاية والصحة، فلا حضانة لعاجز ذكر أو أنثى أو لكبر سن أو مرض لا يقدر معه على القيام بشؤون المحضون لأنه هو نفسه في حاجة إلى من يأخذ بيده ".

وإلى مثل هذا المعنى أشار الشيخ خليل في قوله السابق في باب الحضانة، عندما ذكر أن من شرط الحاضن ذكر أو أنثى العقل والكفاية، والمسنة والعمى والصَّمم والخرس والمرض والإقعاد والمرض المعدي فهؤلاء لا حضانة لهم " ¹.

وفي هذا المعنى يقول ابن عاصم أيضا في باب الحضانة كذلك: " وشروطها الصحة والحرز والتكليف والديانة " ².

فالمريض الضعيف القوة لا حضانة له وكذا الأعمى والأصم والأخرس والمقعّد، والحاضنة هنا فاقدة للبصر ومن ثم فلا حضانة لها لعجزها عن القيام بشؤون أبنائها، وبإسناد قضاة القرار المطعون فيه حضانة الأولاد إليها، وهي على تلك الحال قد حادوا عن الصواب، وخالفوا القواعد الشرعية مخالفة يتعين معها نقض قرارهم فيها وحدها دون سواها.. " ³.

وفي اجتهاد آخر للمحكمة العليا تمسك القاضي بالشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن لكي يصلح للحاضنة وحماية المحضون حيث جاء في قرار لها: "..... حيث جاء في قول خليل ج2، ص474 من شروط الحضانة أي أمانة الحاضن ولو أباً، وأما في الدين فلا

¹ - خليل بن إسحاق الجندي، مختصر العلامة خليل، ج1، ص139.

² - علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (ت: 1258هـ)، البهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الحكام)، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية - بيروت، ط:1، 1418هـ - 1998م، ج1، ص651.

³ - قرار المحكمة العليا، بتاريخ: 09 يوليو 1984، قرار رقم: 33921، المجلة القضائية، عدد04، لسنة 1984، ص78.

حضانة لفساق كشرِب ومشتهر بزنا ولهوٍ محرم، كما أن المادة (62) من قانون الأسرة تنص: "على الحاضن القيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، ومادامت الأم فاسدة في أخلاقها، لذلك يتعين نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة..."¹

لقد ركزت المحكمة العليا في اجتهاداتها على جملة من الشروط التي يجب أن تتوفر في الحاضن سواء كانت في صحة الحاضن وقدرته على حماية المحضون أو في أخلاقه، واعتمد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على أحكام الشريعة الإسلامية من خلال استنباط الفقهاء للشروط الواجب توفرها في الحاضن؛ وذلك حرصا منها على حماية المحضون من كل ما قد يشكل خطرا على تربيته ورعايته.

الفرع الرابع: مدة الحضانة وأسباب سقوطها:

حدد فقهاء الشريعة الإسلامية الحضانة بمدة معينة، وهي التي يكبر فيها الصغير ويعتمد على نفسه، وقد يسقط حق الحضانة من الحاضن إذا استجد في حياته ما يشكل خطرا على حياة المحضون، كأن تتزوج المرأة بغير محرم أو يكون الحاضن لا يصلح أخلاقيا لمثل هذه المهمة الحساسة، وفي ما يلي: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (أولا)، وأسباب سقوط حق الحاضن في الحضانة (ثانيا).

أولا- مدة الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

هناك من الفقهاء من اعتبر مدة الحضانة تنتهي ببلوغ الفتاة وبقدرة الصبي في الاعتماد عن نفسه، وهناك من حددها بسبع سنين ومنهم من قال ثمانية كما أن هناك من حددها للصبي إلى غاية البلوغ ولا تسقط حضانة الفتاة إلا بالدخول.

¹ - قرار المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 53578، بتاريخ: 22-05-1991، مجلة القضاة، عدد 04، لسنة 1991، ص 101.

1- مدة الحضانة في الفقه الإسلامي.

أ- مدة الحضانة عند الحنفية¹:

إذا كانت من قبل النساء فالأم والجدتان أحق بالغلام حتى يستغني عنهن فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويتوضأ وحده يريد به (الاستنجا)؛ أي ويستنجي وحده ولم يقدر في ذلك تقديرا .

ومنهم من حددها سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك، وللأنثى حد البلوغ لأن؛ والذكر إذا استغنى ويحتاج إلى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم والأب على ذلك أقوم وأقدر مع ما أنه لو ترك في يدها لتخلق بأخلاق النساء وتعود بشمائلهن وفيه ضرر.

أما الفتاة فتترك في يد الأم بل تمس الحاجة إلى الترك في يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك إلا وأن تكون عند الأم ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الأم حد الشهوة؛ تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها عمن يطمع فيها فلا بد من رعاية الأب لأن الرجال أقدر على توفير الحماية.

ب- مدة الحضانة عند المالكية:

حضانة الذكر² في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه، وتنظيف جسمه، إلى غاية البلوغ؛ بشرط السلامة من الجنون والزمانة، والمشهور في الذكر من غير شرط، ولا تسقط حضانة الأنثى إلا بالدخول³.

ج- مدة الحضانة عند الشافعية:

سبع سنوات ولا تثبت إلا على الطفل أو المعتوه ، فأما البالغ الرشيد ، فلا حضانة عليه ،

¹ - علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، ص42.

² - خليل بن إسحاق الجندي، مختصر العلامة خليل، ج1، ص139.

³ - ينظر: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوقي، الشهير بالصاوي المالكي (ت: 1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، لاط، ج2، ص755.

وإليه الخيرة في الإقامة عند من شاء من أبويه، فإن كان رجلاً، فله الانفراد بنفسه، لاستغنائه عنهما وإن كانت جارية لم يكن لها الانفراد ولأبيها منعها منه؛ لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها، ويلحق العار بها وبأهلها، وإن لم يكن لها أب، فلوليها وأهلها منعها من ذلك¹.

فإذا تجاوز الصبي المحضون سبع سنوات وغير معتوه وتنازع عليه أبواه يخير الصبي مع أيهما يبقى، فمن اختار منهما فهو أولى به².

وتبقى الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه ولو خير الصبي، فاختار أباه، ثم زال عقله، رد إلى الأم، وبطل اختياره؛ لأنه إنما خير حين استقل بنفسه، فإذا زال استقلاله بنفسه، كانت الأم أولى؛ لأنها أشفق عليه، وأقوم بمصالحه، كما في حال طفولته³.

د- مدة الحضانة عند الحنابلة:

إذا بلغ الذكر سبع سنين وكان عاقلاً، خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما، ولا يقر بيد من لا يصونه ويصلحه، والأنثى أبوها أحق بها بعد السبع، ويكون الذكر بعد رشده حيث شاء والأنثى عند أبيها حتى يتسلمها زوجها⁴.

2- مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

حدّدت في المادة (65) من قانون الأسرة الجزائري، واتضح أن الهدف الأسمى من الحضانة هو رعاية الطفل والقيام على شؤونه على الوجه المطلوب؛ إلا أن هذا الأمر ليس على الدوام، لأن الحضانة قد تنتهي ببلوغ الطفل سناً معينة وقد تسقط لأسباب أخرى نص عليها القانون، ويمكن أن تعود مرة أخرى بزوال أسباب سقوطها⁵.

¹ - ابن قدامة، المغني، ج8، ص241.

² - ينظر: المرجع نفسه.

³ - ينظر: المرجع نفسه.

⁴ - شرف الدين المقدسي، زاد المستقنع، ص206.

⁵ - ينظر: بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص260-261.

وتنقضي الحضانة لأسباب حددها المشرع الجزائري بالسّن القانونية لانتهااء الحضانة في المادة (65) حيث جاء فيها " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن (16) سنة، إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهاائها مصلحة المحضون ".¹

وبعد انتهاء الحضانة في حالة الذكر يعود الطفل المحضون لحضانة والده: غير أنه في بعض الحالات يرفض الطفل العودة إلى حضانة أبيه، ولقد تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه المسألة كما تقدم ذكره، بينما المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة وبالتالي الرجوع إلى المادة (222) من ق أ ج.

ومن خلال نص المادة نلاحظ أن القانون أجاز للقاضي تمديد حضانة الصغير إلى ستة عشر سنة بشرط أن تكون الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، وإن لم يكن الزواج قائما فإن هذا السبب كاف لعدم تمديد الحضانة للسّن المذكورة آنفاً؛ وهو الرأي الراجح عند المالكية إذ يقولون: " لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق، أو موت زوجها أو بعد فسخ النكاح الفاسد ".²

ومن هنا يتبين أن المشرع الجزائري أخذ برأي المذهب المالكي في بقاء المنع من رجوع الحضانة للأم وإن زال المانع.

ثانيا: أسباب سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

يمكن أن يسقط حق الحاضن في الحضانة لسبب أو لآخر وقد تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة الجزائري لهذه المسألة.

1- سقوط الحضانة في الفقه الإسلامي.

قد يفقد الحاضن حقه في الحضانة في حالات معينة، ومنه فإن الحضانة تسقط بأربعة أشياء:¹

- سفر الحاضن إلى مكان بعيد فليل بريد وقيل ستة برد وقيل مسافة يوم.

¹ - ابن جزري الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ص 149.

- ضرر في بدن الحاضن كالجنون والجذام والبرص.

- قلة دينه وصونه.

- تزوج الحاضنة ودخولها، إلا أن تكون جدة للطفل زوجها لجده: لم تسقط، وإذا تزوجت ثم طلقت لا تعود حضانتها في المشهور وقيل تعود.

واتفق الفقهاء على أن الحضانة تثبت للأم ما لم تتزوج، وإذا تزوجت، ودخل بها الزوج سقطت حضانتها، ثم اختلفوا فيما إذا طلقت طلاقاً بائناً: هل تعود حضانتها؟¹
ففي المسألة رأيان:

-الرأي الأول:

يرى الحنفية² والشافعية³ والحنابلة⁴، أن حضانة الأم تعود إذا زال سبب المنع.

-الرأي الثاني:

قال المالكية⁵ أن الحضانة لا تعود ولو طلقت الأم طلاقاً بائناً بخلاف لو سقطت حضانتها لعذر كمرض وخوف مكان أو سفر ولي بالمحزون سفر نقلة، وزال ذلك العذر فلها الرجوع

¹ - أبو عبد الله الدمشقي العثماني الشافعي، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ص 458.

² - "...ولو تزوجت بذی رحم محرم من الصبي لا يسقط حقها في الحضانة كالجدة إذا تزوجت بجدة الصبي أو الأم تزوجت بعم الصبي أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة، ولو مات عنها زوجها أو أبانها عاد حقها في الحضانة؛ لأن المانع قد زال فيزول المنع ويعود حقها وتكون هي أولى ممن هي أبعد منها كما كانت، ومنها: عدم ردّها حتى لو ارتدت عن الإسلام بطل حقها في الحضانة؛ لأن المرتدة تحبس فيتضرر به الصبي، ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع"، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 4، دار الكتب العلمية، ط 2، 1406هـ - 1986م، ص 42.

³ - سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرِيّ المصري الشافعي (ت: 1221هـ)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب حاشية البحري على الخطيب، لاط، دار الفكر - دمشق، ج 4، 1415هـ - 1995م، ص 112.

⁴ - عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل، ج 3، ص 244.

⁵ - ينظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج 2، ص 763.

فيها، واتفق الفقهاء جميعاً على أن الزوج القريب لا تسقط معه حق الحاضنة في الحضانة، بخلاف لو كان أجنبي فإن الحضانة تسقط بالاتفاق.

وللظاهرة رأي آخر في المسألة، حيث يقول ابن حزم؛ أن مستحقة الحضانة لا يسقط حقها بالزواج؛ لأن الأم أحق بحضانة الولد الصغير والابنة الصغيرة حتى يبلغا تزوجت أو لم تتزوج، متى كانت الأم مأمونة ومن تزوجها مأمونا¹.

2- سقوط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري:

حدد المشرع أسبابها في المادة (66) من ق أ ج: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ".

ومنه فإن حق الحضانة يسقط إذا وجد مانع من استحقاقها والقانون حدد موانع وأسباب سقوط استحقاق الحضانة بما يلي:²

- التزوج بغير قريب محرم؛ لأن من شروط الحضانة ألا تكون متزوجة من أجنبي.
- التنازل عن الحضانة ما لم يضر هذا التنازل بمصلحة المحضون.
- يسقط حق الحاضن في الحضانة إذا اختلت أحد الشروط المنصوص عليها في المادة (62).
- يسقط حق استحقاق الحضانة إذا سكت الحاضن عن طلبها لمدة تزيد عن سنة بدون عذر؛ ذلك بأن الحضانة إذا كانت مستحقة وسكت صاحبها عن طلبها؛ فإن حقه فيها يسقط.

وتبقى سلطة القاضي واسعة في مدى تحديد صلاحية الحاضن للقيام بمهمة الحضانة، ويمكن للقاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد في شأنه نص استناداً إلى المادة (222) هذا القانون.

¹ - ابن حزم، المحلى، ج 10، ص 143.

² - أحمد نصر الجنيدي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 154.

ومن خلال ما تم عرضه من أحكام الحضانة، فإن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي خاصة في أسباب سقوط الحضانة والتشديد في الرجوع عنها ولو زال السبب.

وترى الباحثة أن الأم وإن تزوجت فإن شفقتها عن ابنها لا تتغير بالضرورة، بالإضافة إلى أنها قد طلقت بعد زواجها، فلم يعد هناك سبب مقنع للمنع وما ذهب إليه فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة أقرب لمصلحة المحضون وما ذهب إليه الظاهرية من وجهة نظري أقرب وأقرب..

وبالتالي فإنني أميل إلى رأي الظاهرية بعدم سقوط حضانة الأم المتزوجة إلى غاية البلوغ للفتى والزواج للفتاة؛ ذلك لأن الأم في جميع الحالات أرحم وأكثر حرصا على أبنائها من غيرها مهما كانت قرابتهم، مع بقاء شرط أن يكون الزوج مأمونا.

3- سقوط الحضانة في اجتهادات المحكمة العليا والتنازل عنها.

أ- سقوط الحضانة: حيث جاء في اجتهاد المحكمة العليا بإسقاط الحضانة عن الحاضنة لفساد أخلاقها وأسقطت حق الجدة لأم أيضا بدعوى أنها عجزت عن تربية ابنتها تربية صالحة فكيف لها أن تربي المحضون، حيث جاء في قرار لها: " كما أن إسقاط حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها وسوء تصرفها يسقط حق أمها (الجدة لأم) في الحضانة، لأن الأم التي لا تقدر على كبح جماح ابنتها لا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون ومراقبته وتربيته النظيفة، وعليه فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها، كذلك من ناحية الشرع لفقدان الثقة والأمانة فيهما معا"¹.

ب- التنازل عن الحضانة: جاء الاجتهاد القاضي للمحكمة العليا الرامي إلى رفض تنازل الأم عن حضانة ابنتها المريضة التي تحتاج إلى عناية، حيث ورد في قرار لها: " إن القضاء بإسقاط حضانة البنت عن أمها لتنازلها عنها وإسنادها لأبيها رغم أن الشهادات

¹ - لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، ص202.

الطبية تثبت أن البنت مريضة مرضا يحتاج إلى رعاية الأم أكثر من رعاية الأب، يشكل خرقا للأحكام الشرعية الخاصة بالحضانة"¹.

وجاء في قرار آخر حيث راعت فيه اجتهادات المحكمة العليا مصلحة المحضون " من المقرر شرعا وقانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا وتعامل معاملة نقيض قصدها ومن ثم القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة"².

من خلال تتبع الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا فيما يخص مسألة الحضانة؛ يتبين لنا الحرص الشديد في مراعاة مصلحة المحضون في كل اجتهاد، بدء من شروط الحاضن وما يجب توافره فيه، كما لا حظنا اهتمام اجتهادات المحكمة العليا بسقوط الحضانة عن من يعرض المحضون للخطر حتى ولو كانت أمه، وكذا إلزام الحاضن الأصلي بالحضانة في حال إيراد التخلي عنها مع عدم وجود غيره؛ لأنه الأصلح، وهذا يعبر عن مدى حرص اجتهادات المحكمة العليا على تثبيت استقرار الأسرة من خلال الحفاظ على الأبناء من الإهمال والضياع.

¹ - قانون الأسرة، مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا إلى غاية، 2018 مع بعض التعليقات والنصوص القانونية ذات الصلة، ص64.

² - المرجع نفسه.

خاتمة

أتممت هذه الأطروحة بفضل الله وتوفيقه ومنه وإحسانه، رغم أن عنوانها يجسد طموحا أكبر مما تمكنت من تحصيله، لكن ذلك لا يمنع من الوقوف على أهم النتائج التي تسهم في إثراء الموضوع، ومن أهم النتائج ما يلي:

1- لا يعد الاجتهاد القضائي من المصادر الرسمية في التشريع الجزائري، إلا أنه له دورا إيجابيا ومهما في إنماء القانون وتطويره.

2- بما أن التشريع يسعى إلى تلبية مصالح المجتمع؛ فإن الاجتهاد القضائي يضمن استمرار تلك القواعد من خلال ملاءمتها مع الوقائع والأحداث.

3- الاستقرار الأسري هو تلك العلاقة الناجحة التي تقوم على جملة من العوامل والخصائص والأسس؛ لتحقيق التفاعل الدائم بين أفرادها بما يلي احتياجاتها الاجتماعية والاقتصادية والثقافية.

4- تعتبر عوامل التدابير الوقائية والتي منها ما يكون قبل الزواج ومنها ما يكون بعده، عاملا أساسيا في تحقيق الاستقرار الأسري بشكل كبير.

5- الصلح القضائي إجراء أوجبه المشرع الجزائري على القاضي للإصلاح بين الزوجين، وهو مبدأ حرصت اجتهادات المحكمة العليا على حمايته حتى وإن كان الطلاق بالتراضي بين الزوجين. كما استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على أن عدم مراعاة إجراء الصلح يعد خرقا للقانون. وهو دعامة من دعائم الاستقرار الأسري.

6- يُرى من خلال اجتهادات المحكمة العليا أن وجوب إجراء الصلح لا يكون إلا في الحالات التي يمكن فيها للصلح أن ينتج أثره أما إذا تبين للقاضي أن تعدد إجراءات الصلح ما ينتج عنه إلا تأزم الوضع واستحالة الإصلاح بين الزوجين، فإنه في هذه الحال إجراءات الصلح غير جوهريّة وأن عدم تطبيقها لا يعد خرقا للقانون.

7- لقد أدى تغير الاجتهاد القضائي في مسألة الخلع، إلى تعديل النص القانوني بما يتماشى وروح التشريع، وذلك في اعتبار الخلع حق أصيل للزوجة، ولا يشترط فيه رضا الزوج، وهو ما رمت إليه الشريعة الإسلامية في أحكامها.

8- تسعى اجتهادات المحكمة العليا فيما يخص مسألة الخلع دائما إلى إزالة الضرر عن المتضرر وحمايته سواء كان بإقرار حق المرأة في الخلع إذا تضررت من حياتها الزوجية وكذا حماية رافع الدعوى إذا تضرر من حكم قضائي جائر.

9- توظيف التحكيم في الشريعة الإسلامية يكون عند مخافة وقوع الشقاق، بينما جعله المشرع الجزائي عند اشتداد الشقاق وعد ثبوت الضرر، وأسقطه إذا كان الضرر بينا، وهو ما يظهر من خلال اجتهادات المحكمة العليا.

10- إن الاجتهادات القضائية فيما يخص التحكيم نادرة جدا وشحيحة، ويعود ذلك إلى افتقار الطعن بالنقد لدى أجهزتها.

11- من أهم ما تسعى إليه الاجتهادات القضائية هو حماية الأسرة؛ ذلك لأن الاستقرار الأسري أهم دعامة لاستقرار المجتمع.

12- تختلف طبيعة الفرق الزوجية في وقوع الطلاق بحيث يكون حكم القاضي طلاق الزوج بإرادته المفردة طلاقا كاشفا، وبالتالي فإن الطلاق واقع فعلا ويجب مراعاة ما تبقى من مدة العدة الشرعية. وهو ما قالت به المحكمة العليا في اجتهاداتها وأن الحكم المخالف لهذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

13- يلاحظ استخدام القضاة في اجتهاداتهم الفقه المالكي كأحد المراجع الأساسية في تفسيرهم للنصوص، والأخذ بأقوالهم.

14- تسعى المحكمة العليا في اجتهاداتها إلى حماية حقوق الأسرة حتى بعد التفكك والانحلال.

15- تبين حرص المشرع الجزائري، وكذا المحكمة العليا من خلال اجتهاداتها في حماية حقوق أفراد الأسرة بعد التفكك في كل ما يتعلق في انحلال تلك الرابطة من آثار. -

وفي ختام هذه النتائج، توصي هذه الدراسة بما يلي:

1- على قضاة المحاكم الابتدائية الرجوع إلى الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا كمصدر مساعد لتفسير النصوص القانونية _ خاصة فيما يتعلق بشؤون الأسرة منها _ حتى يتسنى لهم تطبيقها بالشكل الصحيح الذي يضمن لكافة المتحاكمين أحكاما دقيقة وسليمة، تراعى فيها كل حيثيات القضية من ناحية، وتراعى فيها كل الضوابط الشرعية والقانونية من ناحية أخرى.

2- تكوين قضاة شؤون الأسرة تكوينا مزدوجا؛ خاصة من الناحية الشرعية مما يسهل على القاضي تطبيق المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري .

3- نشر الثقافة الشرعية والقانونية في شؤون الأسرة خلال مرحلة التعليم الثانوي والجامعي؛ لأن بناء أسرة سليمة مستقرة يقتضي العلم بجزء كاف من أحكامها.

- القيام بدورات تكوينية للشباب المقبلين على الزواج، وتأهيلهم لبناء أسرة متكاملة يتحقق من خلالها المقاصد العظيمة المرجوة من الزواج.

وفي الأخير أسأل الله أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم، وأن يوفقنا لما فيه الصلاح والسداد، فهو نعم المولى ونعم النصير.

الفهارس العامة:

*** فهرس الآيات**

*** فهرس الأحاديث والآثار**

*** فهرس الأعلام**

*** فهرس المصادر والمراجع**

*** فهرس الموضوعات**

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقم الآية	طرف الآية
سورة البقرة		
57	187	﴿ اِحْلِلْ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّبُّثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ... ﴾
73	223	﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنْبَى شَيْئُمْ وَقَدِّمُوا لِنَفْسِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُكْلَفُونَ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾
184/182	224	﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ بَاءَ وَفَإِنْ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾
183/124	225	﴿ وَإِنْ عَزَمُوا فَالْيَقِ بِلِ اللَّهِ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾
/111/110/72/70 /118/114/112 299/298	226	﴿ وَالْمُكَلَّفَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ... ﴾
/109/107/98/97 150/113/112	227	﴿ اَللَّيْلُ مَرَّتَيْنِ فِإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا ... ﴾
243	228	﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ابْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ... ﴾
173/169/112/98	229	﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا... ﴾
300/297	232	﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَقَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا... ﴾
134/129/98/27	234	﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾

فهرس الآيات القرآنية

235	235	﴿ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾
135/134/129/29	239	﴿ وَلِلْمَلَأَلَفَتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَفًّا عَلَى الْمُتَفِينِ ﴾
سورة آل عمران		
41	103	﴿ وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا ۚ وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ ۚ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً بآلَفَ بَيْنٍ فُلُو بَعْضُكُمْ ... ﴾
سورة النساء		
47	01	﴿ يَتَأْتِيهَا النَّاسُ بِتُفُوهٍ رَبِّكُمْ إِلَيْهِ خَلَفَكُمْ مِّنْ نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ... ﴾
201	03	﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِدُوا فِي الْيَتَامَىٰ قَانِكُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعَ ... ﴾
101/70/69/54	19	﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾
67	21	﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِّيثَاقًا عَلَيْهِمْ ﴾
183/81/67	34	﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْعَمُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ... ﴾
196/195/86 277/263/259	35	﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَبَاعِعُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِيهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِيهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّي اللَّهُ بَيْنَهُمَا ... ﴾
87	57	﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ... ﴾
27	58	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأَطِيعُوا أَوْلِيَ الْأَمْرِ ﴾

فهرس الآيات القرآنية

		مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَزَّعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ... ﴿
28	105	﴿ إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَىٰكَ اللَّهُ ... ﴾
125/82/79/78	127	﴿ وَإِنْ إِمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ... ﴾
201	128	﴿ وَلَسْتَ تَصْلِيهًا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوا كَالْمِغَلَّةِ ... ﴾
170/123	129	﴿ وَإِنْ يَتَّبِعْهَا يُضَيِّ اللَّهُ كَلًّا مِّنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ﴾
سورة الأنعام		
36/35	39	﴿ وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا طَيْرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ إِلَّا أُنْمِئَ أَمْثَالُكُمْ مَا قَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ... ﴾
سورة الأعراف		
208	33	﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ ... ﴾
سورة الأنفال		
41	47	﴿ وَلَا تَنَزَّغُوا فَتَبْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَاصْبِرُوا ... ﴾
سورة الحجر		
36	09	﴿ إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِيُونَ ﴾
سورة النحل		
54/48	72	﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَقَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ اللَّائِيَّتِ ... ﴾

فهرس الآيات القرآنية

سورة الإسراء

75/52/17	24-23	﴿ وَفَضِي رَبِّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَنًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا وَلا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴿٢٣﴾ وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْنِي صَغِيرًا ﴾
208	32	﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ بَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾

سورة مريم

296	85	﴿ إِنَّمَا نَعُدُّ لَهُمْ عَدًّا ﴾
-----	----	------------------------------------

سورة طه

17	72	﴿ قَافُضٍ مَا أَنْتَ قَافُضٍ إِنَّمَا تَفْضِي هَذِهِ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا ﴾
----	----	--

سورة الروم

74/53/43	20	﴿ وَمِنَ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً... ﴾
----------	----	--

سورة الأحزاب

295/29	49	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا... ﴾
--------	----	--

سورة فصلت

17	11	﴿ فَفَضِيلُهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ وَأَوْجَىٰ فِي كُلِّ سَمَاءٍ أَمْرَهَا وَزَيْنَا السَّمَاءِ الدُّنْيَا بِمَصْبِيحٍ وَحِفْظٍ... ﴾
----	----	---

سورة الشورى

17		﴿ وَلَوْ لَا كَلِمَةُ الْفَصْلِ لَفُضِيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾
----	--	--

فهرس الآيات القرآنية

سورة الزخرف		
17	77	﴿ وَنَادَوْا يَمْلِكُ لِيَفْضِ عَلَيْنَا رَبُّكَ قَالَ إِنَّكُمْ مَكِثُونَ ﴾
سورة الحجرات		
53/48	10	﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ... ﴾
48	13	﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ... ﴾
سورة الطلاق		
284/98	01	﴿ يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّفُوهُنَّ لِعِذَّتِهِنَّ وَأَخْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ... ﴾
117/116	02	﴿ فَإِذَا بَلَغَ أَجَلَهاً فَمَسْكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ بِأَرْفُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ... ﴾
300/298	04	﴿ وَالْجِ يَيْسَسَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ إِرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالْجِ لَمْ يَحِضْنَ ... ﴾
/281/173 284/283	06	﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارَّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ... ﴾
173	07	﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ... ﴾

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

الرقم	طرف الحديث	الصفحة
01	((إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ، فَلَهُ أَجْرَانِ، ...))	28
02	((إِذَا خُطِبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ، إِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ مِنْهَا مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ))	59
03	((إِذَا خُطِبَ إِلَيْكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَرُوجُوهُ، ...))	58
04	((أَذْهَبْ فَانْظُرْ إِلَيْهَا، فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يُوَدِّمَ بَيْنَكُمَا"، ففعل، فتزوجها، فذكر من موافقتها))	59
05	((الخلع تطليقة بئنة "))	154
06	((أَنْ أَبَا عَمْرٍو بِنِ حَفْصِ طَلَّقَهَا الْبَتَّةَ، وَهُوَ غَائِبٌ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَكَيْلَهُ بِشَعِيرٍ ..))	283/298
07	((إِنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوفَى بِهَا مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ "))	200
08	((إِنَّ الْمَرْأَةَ تُنْكَحُ عَلَى دِينِهَا، وَمَالِهَا، وَجَمَالِهَا، فَعَلَيْكَ بِذَاتِ الدِّينِ، تَرَبَّتْ يَدَاكَ))	59
09	((إِنْ امْرَأَةٌ جَاءَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ فِدَاكَ أَبِي وَأُمِّي إِنْ زَوْجِي يَرِيدُ أَنْ يَذْهَبَ بَابَنِي . (("))	203
10	((أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ ... "))	204
11	((أَنَّ امْرَأَةً مِنْ أَسْلَمَ يُقَالُ لَهَا سُبَيْعَةُ، كَانَتْ تَحْتَ زَوْجِهَا ... "))	298
12	((أَنَّ غِيلَانَ بْنَ سَلَمَةَ الثَّقَفِيَّ أَسْلَمَ وَلَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَأَسْلَمْنَ مَعَهُ، «فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَتَخَيَّرَ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ»))	201
13	((أَنْ يَطْعَمَهَا إِذَا طَعِمَ، وَأَنْ يَكْسُوَهَا إِذَا اكْتَسَى، وَلَا يَضْرِبَ الْوَجْهَ ...))	71/69 174
14	((أَنَّهُ أَسْلَمَ وَأَبَتْ امْرَأَتُهُ أَنْ تَسْلَمَ فَجَاءَ بِنِ لَهَا صَغِيرٌ لَمْ يَبْلُغِ الْحُلُمَ ... "))	204

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

119	((أنه طلق امرأته تميمية بنت وهب في عهد رسول الله ﷺ ثلاثاً، فنكحت عبد الرحمن بن الزبير، فاعترض عنها ... فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فنهاه عن تزويجها وقال: "لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته"))	15
99	((أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسأل عمر بن الخطاب ﷺ عن ذلك؟! فقال ﷺ: « مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر... »))	16
283	((أنه طلقها زوجها في عهد النبي ﷺ، وكان أنفق عليها نفقة دون، فلما رأت ذلك، قالت: والله لأعلمن رسول الله ﷺ...«))	17
166 170	((أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتُ زَوْجَهَا طَلَاقًا مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ))	18
55	((تزوجت يا جابر» فقلت: نعم، فقال: «بكرا أم ثيبا؟» قلت: بل ثيبا، قال: «فهلا جارية تلعبها وتلاعبك، وتضاحكها وتضاحكك» قال: فقلت له: ...))	19
105	((ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدُّ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ))	20
60	((خير النساء من إذا نظرت إليها أسرتك، وإذا أمرتها أطاعتك، ...))	21
70	((خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي))	22
105	((رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، ...))	23
112	((طلق عبدُ يزيد أبو زُكَّانَةَ وإخوته أُمَّ رُكَانَةَ، ونكحَ امرأةً مِنْ مُرِينَةَ، فجاءت النبي ﷺ فقالت: ...))	24
112	((طلقَ عبدُ يزيد - أبو زُكَّانَةَ وإخوته- أُمَّ رُكَانَةَ، ... قال النبي ﷺ لعبد يزيد "طلقها" ففعل، قال: "راجع امرأتك أُمَّ رُكَانَةَ وإخوته " فقال: ...))	25
99	((عَنِ ابْنِ عُمَرَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ « أَبْغَضُ الْحَلَائِلِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلَاقُ »))	26
151	((عن حبيبة بنت سهل الأنصارية، أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه	27
57	((فاظفر بذات الدين تربيت يداك))	28
27	((لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق حتى يأتي أمر الله))	29

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

298	((لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ...))	30
68	((لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه...))	31
101	((لا يفرك مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقا رضي منها آخر«	32
282	((للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة«))	33
29	((لما أراد رسول الله أن يبعثه إلى اليمن قال: "كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟"، قال: أقضي بكتاب الله،))	34
87	((لما وفد إلى رسول الله، أتى المدينة فسمعهم يكتفون بأبي الحكم فدعاه رسول الله فقال: « إن الله هو الحكم، وإليه الحكم، فلم تكني أبا الحكم؟...))	35
99	((مَا أَحَلَّ اللَّهُ شَيْئًا أَبْغَضَ إِلَيْهِ مِنَ الطَّلَاقِ))	36
68	((ما حق الزوج على الزوجة؟ فقال: حقه عليها ألا تخرج من بيتها إلا بإذنه ...))	37
202	((مَا رَأَيْتُ امْرَأَةً أَحَبَّ إِلَيَّ أَنْ أَكُونَ فِي مَسَاحِهَا مِنْ سَوْدَةٍ بِنْتِ زَمْعَةَ، مِنْ امْرَأَةٍ فِيهَا حَدَّةٌ، قَالَتْ: فَلَمَّا كَبُرْتُ،))	38
282	((مَا لِفَاطِمَةَ إِلَّا تَتَّقِيَ اللَّهَ» يَعْنِي فِي قَوْلِهَا: لَا سُكْنَى وَلَا نَفَقَةَ))	39
69	((مَنْ كَانَ لَهُ امْرَأَتَانِ يَمِيلُ لِأَحَدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَحَدُ شِقَائِهِ))	40
208	((مَهْ يَا عَائِشَةُ، فَإِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْفُحْشَ وَالْتَّفَحُّشَ))	41
174	((يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدٌ ...))	42
66	((استوصوا بالنساء خيرا، فإنهن عندكم عوان، ليس تملكون منهن شيئا...))	43

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

الرقم	طرف الأثر	الراوي	الصفحة
01	((أن ﷺ أمره أن يراجع زوجته لما طلقها حائضا»	ابن عمر	109
02	((أن رسول الله ﷺ طلق حفصة، ثم راجعها"	ابن عباس	99
03	((ثلاث لا لعب فيهن واللاعب فيهن جاد: النكاح والطلاق والعتاق))	علي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي الدرداء	105
04	((ردوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث الضغائن))	عمر بن الخطاب	79
05	((سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ثُمَّ يَقَعُ بِهَا وَلَمْ يُشْهَدْ عَلَى طَلْقِهَا وَلَا عَلَى رَجْعَتِهَا فَقَالَ: ...))	عِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ	118
06	((لِكُلِّ مُطَلَّقةٍ مُنْعَةٌ إِلَّا الَّتِي تُطَلَّقُ، وَقَدْ فُرِضَ لَهَا صَدَاقٌ، وَلَمْ تُمَسَّ فَحَسْبُهَا نِصْفُ مَا فُرِضَ لَهَا))	ابنِ عُمَرَ	134

الرقم	اسم العلم	الصفحة
1	خليل	145
2	ابن عاصم	177

- القرآن الكريم (برواية ورش).

أولا - كتب علوم القرآن.

- أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري (ت: 774هـ)، تفسير ابن كثير للقرآن العظيم تحق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية - بيروت، ط 1419، 1هـ.
- أبو بكر بن العربي المعافري (ت: 543هـ)، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 3، 1424 هـ - 2003 م.
- أبو حيان محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان أثير الدين الأندلسي: (ت 745هـ) البحر المحيط في التفسير، تحقيق: صدقي محمد جميل، دار الفكر - بيروت، لاط، 1420 هـ .
- أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف الثعالبي (ت: 875هـ)، الجواهر الحسان في تفسير القرآن تحق: الشيخ محمد علي معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت: 671 هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب - الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423 هـ - 2003 م.
- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (ت: 671 هـ)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط 2، 1384 هـ - 1964 م.
- جلال الدين محمد بن أحمد المحلي (ت: 864هـ)، وجمال الدين السيوطي (ت: 911هـ)، تفسير الجلالين، دار الحديث - القاهرة، ط 1، لاس.
- شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي (ت: 1270هـ)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي - بيروت، لاط، لا س.
- عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (ت: 911هـ)، تقرير الاستناد في تفسير الاجتهاد، تحق: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة، الاسكندرية - مصر، ط 1، 1403هـ.

- محمد الطاهر بن عاشور (ت : 1393هـ)، التحرير والتنوير «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد»، الدار التونسية للنشر - تونس، لاط، 1984م.
- محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري (ت: 310هـ)، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان- القاهرة، ط1، 1422 هـ - 2001 م.
- محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط1، 1420 هـ - 2000 م.
- محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (ت: 543هـ)، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط3، 1424 هـ - 2003 م.
- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: 1250هـ) فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، ط1، 1414 هـ.
- محمد رشيد بن علي رضا(ت: 1354هـ)، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة للكتاب- مصر، لاط، 1990م.
- محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله (ت: 803هـ) تفسير الإمام ابن عرفة، تحق: حسن المناعي، مركز البحوث بالكلية الزيتونية - تونس، ط1، 1986 م.
- محمد علي الصابوني(ت: 1443هـ) صفوة التفاسير دار الصابوني للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة، ط1، 1417 هـ - 1997م.
- وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر المعاصر- دمشق، ط2، 1418هـ.
- وهبة الزحيلي، التفسير الوسيط، دار الفكر - دمشق، ط1، 1422 هـ.

ثانيا- كتب السنن وشروحها

- أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خلاد بن عبيد الله العتكي المعروف بالبخاري (ت: 292هـ)، مسند البزار تحقيق: عادل بن سعد، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، ط1، 1988م - 2009م.

- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (ت: 275هـ)، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لا ط، لا س.

- أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري (ت: 405هـ)، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1411 هـ - 1990م.

- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (ت: 458هـ)، سنن البيهقي - السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ط2، 1424 هـ - 2003م.

- أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي (ت: 303هـ)، سنن النسائي - المجتبى من السنن، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب، ط2، 1406 - 1986.

- عبد الله بن عبد الرحمن البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، مكتبة الأسد - مكة المكرمة، ط5، 1423 هـ - 2003م.

- فيصل بن عبد العزيز بن فيصل ابن حمد المبارك الحرمللي النجدي (ت: 1376هـ)، خلاصة الكلام شرح عمدة الأحكام، لا ن، ط2، 1412 هـ - 1992 م.

- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ)، موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني، تعليق وتحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، ط2.

- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (ت: 256هـ)، صحيح البخاري (الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة، 1422هـ.

- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (ت: 1250هـ)، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث - مصر، ط1، 1413هـ - 1993م .
- محمد بن يزيد الربيعي القزويني، أبو عبد الله ابن ماجه (ت: 273هـ)، سنن ابن ماجه، تحق: شعيب الأرناؤوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية - بيروت، 1430هـ، 2009م .
- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت: 261هـ)، صحيح مسلم (المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم)، تحق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي الكوفي (ت: 235هـ)، مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، 1409هـ.

ثالثا- كتب الفقه وأصوله

- إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت: 799هـ)، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، تحق: محمد الأحدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر - القاهرة، لاس.
- إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت: 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحق: جمال عثلي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع - الرياض، لاس.
- إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (ت: 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية - مصر، 1406هـ - 1986م .
- إبراهيم بن موسى الشاطبي (ت: 790هـ)، الاعتصام، تحقيق ودراسة: هشام بن إسماعيل الصيني، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1429هـ - 2008م .
- ابن حزم الأندلسي (ت: 456هـ)، المحلى بالآثار، دار الفكر - بيروت، لاط، لات.
- ابن حماد الجوهري (ت: 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، ط4، 1407هـ - 1987م .
- ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم (ت: 1353هـ)، منار السبيل في شرح الدليل، تحق: زهير الشاويش، دار المكتب الإسلامي ط7، 1409هـ - 1989م .

- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: 1252هـ)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، لاط، دار الفكر للطباعة والنشر. بيروت. 1421هـ - 2000م.
- ابن فرحون برهان الدين اليعمرى (ت: 799هـ)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ - 1986م.
- أبو الحسن علي الماوردي البصري (ت: 450هـ)، الحاوي الكبير في فقه المذهب الإمام الشافعي، تحقق: علي محمد معوض - عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1414هـ - 1994م.
- أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (ت: 1189هـ)، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت، لاط، 1414هـ - 1994م.
- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراقي (ت: 684هـ)، الذخيرة، تحقق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط 1، 1994م.
- أبو الفتح أحمد الشهرستاني (ت: 548هـ)، الملل والنحل، مؤسسة الحلبي، لاط، 1387هـ - 1968م.
- أبو القاسم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي (ت: 623)، العزيز شرح الوجيز، دار الكتب العلمية - بيروت، ط 1، 1417هـ - 1997م.
- أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي (ت: 741هـ)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، لاط، لاس.
- أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي (ت: 616هـ) المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 1، 1424هـ - 2004م.
- أبو الوفاء بن عقيل البغدادي الظفري (ت: 513هـ)، الواضح في أصول الفقه، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، 1420هـ - 1999م.

- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: 520هـ)، مسائل أبي الوليد ابن رشد (الجد)، تحقيق: محمد الحبيب التجكاني: دار الجليل، بيروت - دار الآفاق الجديدة، المغرب، ط2، 1414هـ - 1993م.
- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المشهور بابن رشد الجد(ت: 520هـ)، المقدمات الممهدات، تحقيق: الدكتور محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، 1408هـ - 1988م.
- أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي (ت: 1397هـ)، أسهل المدارك "شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك"، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط2، لاس.
- أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت: 319هـ)، الإشراف على مذاهب العلماء تحق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، ط1، 1425هـ - 2004م.
- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت: 505هـ)، الوسيط في المذهب، تحق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام - القاهرة، ط1، 1417هـ.
- أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي (ت: 505هـ)، الوجيز في فقه الإمام الشافعي. تحقيق: علي معوض وعادل عبد المجود، دار الأرقم بن أبي الأرقم - بيروت، ط1، 1418هـ - 1994م.
- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ) روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، ط3، 1412هـ - 1991م.
- أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي (ت: 794هـ)، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق: محمد تامر، دار الكتب العلمية، لبنان - بيروت، لاط، 1421هـ - 2000م.
- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المكي (ت: 204هـ)، الأم، دار المعرفة - بيروت، لاط، 1410هـ - 1990م.
- أبو عبد الله، محمد بن قاسم الأنصاري، الرصاع التونسي المالكي (ت: 894هـ)، الهداية الكافية الشافية، لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة)، تحق: محمد أبو الأجفان، القسم الأول، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط1، 1993م.

- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي (ت: 463هـ)، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقق: سالم محمد عطا-محمد علي معوض، دار الكتب العلمية- بيروت، لاط، 2000م.
- أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفري، القيرواني، المالكي (ت: 386هـ)، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقق: محمد عبد العزيز الدباغ، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1، 1999م.
- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، المحلى بالآثار، دار الفكر-بيروت، لاط، لاس.
- أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتالي الحنفي بدر الدين العيني (ت: 855هـ)، البناء شرح الهداية، دار الكتب العلمية-بيروت، 1420هـ - 2000م.
- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي الحنبلي، الشهير بابن قدامة، (ت: 620هـ)، المغني، مكتبة القاهرة المقدسي، لاط، 1388هـ - 1968م.
- أحمد بن عبد الرحيم بن الشهيد وجيه الدين بن معظم بن منصور المعروف بـ «الشاه ولي الله الدهلوي» (ت: 1176هـ)، حجة الله البالغة، تحقق: السيد سابق، دار الجيل، بيروت - لبنان، ط1، 1426هـ - 2005م.
- أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت: 370هـ)، شرح مختصر الطحاوي، تحقق: سائد بكداش وآخرون، دار البشائر الإسلامية-بيروت، ط1، 1431هـ - 2010م.
- أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (ت: 1126هـ) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر- دمشق، لاط، 1415هـ - 1995م.
- أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، أبو الحسن ابن المحاملي الشافعي (ت: 415هـ)، اللباب في الفقه الشافعي، تحقق: عبد الكريم بن صنيان العمري، دار البخاري، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1416هـ.
- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري (ت: 974هـ)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لاط، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، 1357هـ - 1983م.
- أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس - الأردن،

- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة دار المعارف، بيروت- لبنان، ط5، 1428هـ- 2007،
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: 1252هـ)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، ط2 دار الفكر-بيروت، ط2، 1412هـ - 1992م.
- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، (الصاوي المالكي) (ت: 1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، لا ط، لا ت.
- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الحفيد) (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة- بيروت، ط6، 1402هـ-1982م.
- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، لا ط، 1425هـ - 2004م.
- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقق: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة- الرياض، المملكة العربية السعودية، لا ط، 1400هـ، 1980م.
- أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي (ت: 422هـ)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقق: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط1، 1420هـ - 1999م.
- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت: 728هـ) المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام، جمع ورتبه وطبع: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم (ت: 1421هـ)، ط1، 1418هـ.
- جميل فخري محمد غانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2009م.
- خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت: 776هـ)، مختصر العلامة خليل، تحقق أحمد جاد، دار الحديث-القاهرة، ط1، 1426هـ-2005م.
- زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت: 666هـ)، مختار الصحاح، تحقق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، طبعة جديدة، 1415هـ - 1995م.

- سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت: 1005هـ)، النهر الفائق شرح كنز الدقائق
تحق: أحمد عزو عناية دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، 1422هـ - 2002م.
- سليمان بن محمد بن عمر البُخَيْرَمِيّ المصري الشافعي (ت 1221هـ) تحفة الحبيب على شرح
الخطيب حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، لاط، 1415هـ - 1995م.
- سيد سابق (ت: 1420هـ)، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان ط3، 1397 هـ -
1977م.
- شمس الدين أبو عبد الله الطرابلسي المغربي (الخطاب الرُعيني المالكي) (ت: 954هـ)، مواهب
الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط2، 1412هـ - 1992م.
- شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة
معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، 1415هـ - 1994م.
- شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة
معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر-بيروت، لاط، لاس.
- شهاب الدين أبي العباس احمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي (ت684هـ)، الذخيرة في
فروع المالكية، تحق وتعليق: أبي سليمان أحمد عبد الرحمان، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1،
1422هـ-2001م.
- صالح عبد السميع الآبي الأزهري (ت: 1335هـ)، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ
خليل، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1، 1417هـ-1997م.
- صدر الدين عليّ بن عليّ ابن أبي العز الحنفي (ت: 792 هـ)، التنبيه على مشكلات الهداية، تحق:
عبد الحكيم بن محمد شاكر، مكتبة الرشد ناشرون- المملكة العربية السعودية، لاط، 1424هـ -
2003 م.
- عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (ت: 624هـ) العدة شرح العمدة
دار الحديث، القاهرة، لاط، 1424هـ-2003 م.
- عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي، أبو محمد، شهاب الدين المالكي (ت: 732هـ)
إِرْشَادُ السَّالِكِ إِلَى أَشْرَفِ الْمَسَالِكِ فِي فِقْهِ الْإِمَامِ مَالِكٍ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي
وأولاده- مصر، ط3، لاس.

- عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني، أبو البركات، مجد الدين (ت: 652هـ)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف - الرياض، ط2، 1404هـ - 1984م.
- عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني (ت: 623هـ)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقق: علي محمد عوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1417هـ - 1997م.
- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه؛ مؤسسة قرطبة، لاط، لام، لاس.
- عبد الله بن الشيخ حسن الحسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري؛ وزارة الشؤون الدينية - قطر، ط1، لاس.
- عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد الكافي (ت: 620)، في فقه الإمام المجلل أحمد بن حنبل ابن قدامة، لاط، م ط، لاس.
- عبد الوهاب خلاف (ت: 1375هـ) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية - القاهرة، ط2، 1357هـ - 1938م.
- عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت: 743هـ) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط1، 1313هـ.
- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية - بيروت، ط2، 1406هـ - 1986م.
- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت: 593هـ) تحقق: طلال يوسف، الهداية في شرح بداية المبتدي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، لاط، لاس.
- علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (ت: 1258هـ)، البهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الحكام)، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين الناشر، دار الكتب العلمية - لبنان، ط1، 1418هـ - 1998م.
- تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت: 771هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية - بيروت، ط1، 1411هـ - 1991م.

- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت: 970هـ) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة - بيروت، لاط، لا س. ط1، 1420هـ، 2000م.
- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (ت: 1392هـ) حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، لان، ط1، 1397هـ.
- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (ت: 1360هـ)، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، ط2، 1424 هـ - 2003 م.
- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ)، المدونة، دار الكتب العلمية ط1، 1415هـ - 1994م.
- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: 483هـ)، المبسوط، دار المعرفة - بيروت، لاط، 1414هـ - 1993م.
- محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله المالكي (ت: 1299هـ)، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر - بيروت، لاط، 1409هـ-1989م.
- محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي (ت: 1138 هـ)، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية- بيروت ، 1997م.
- محمد بن صالح العثيمين (ت: 1421هـ)، الشرح الممتع على زاد المستنقع، تحق: أبو أيوب السليمان، دار ابن الجوزي- الرياض، ط1، 1428هـ.
- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (ت 1101هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي؛ دار الفكر للطباعة- بيروت، لاط، لا س.
- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (ت: 1101هـ)، شرح الخرشي على مختصر خليل، مطبعة بولاق- مصر، ط2، 1417هـ.
- محمد بن علي الشوكاني (ت: 1250هـ)، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحق: أبي حفص سامي بن العربي الأثري، دار الفضيلة- الرياض، 1421هـ-2000م.

- محمد بن علي بن محمد الحِصْنِي المعروف بعلاء الدين الحِصْكْفِي الحنفي (ت: 1088هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تج: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، 1423هـ- 2002م.
- محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله (ت: 803 هـ)، المختصر الفقهي لابن عرفة، تحق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية ط1، 1435هـ - 2014 م.
- محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابري (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر-دمشق ، لاط، لاس .،
- محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع- سوريا، ط2، 1427هـ- 2006م.
- محمد بن أحمد الخطيب الشرييني الشافعي (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية- بيروت، ط1، 1415هـ - 1994م.
- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر - دمشق، لاط، لاس.
- محمود بن عبد الرحمن ، أبو الثناء، شمس الدين الأصفهاني(ت: 749هـ)، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، ط1، 1406هـ - 1986م.
- محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت: 676هـ)، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه تحق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، ط1، 1425هـ- 2005م.
- مُصطَفَى الحِزْن، مُصطَفَى البُغَا، علي الشَّرْبِجِي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع- دمشق، ط4، 1413 هـ - 1992 م.
- منصور بن يونس البهوتي الحنبلي (ت: 1051هـ)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، لاط، لاس.

- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (ت: 1051هـ) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، دار عالم الكتب، ط1، 1414هـ-1993م.

- موسى بن أحمد بن موسى بن سالم الحجاوي المقدسي، شرف الدين، أبو النجا (ت: 968هـ) زاد المستقنع في اختصار المقنع تحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسّكر، دار الوطن للنشر-الرياض، لا ط، لا س.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر- دمشق، ط2، 1405هـ-1985م.

- وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر المعاصر- بيروت، 1419هـ-1999م.

- وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، دار الفكر- دمشق، ط2، 1427هـ-2006م.

رابعا- كتب القانون

- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج والفرقة وحقوق الأقارب، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان-الأردن، ط1، 1999م.

- أحسن بوسقيعة، المصالح في المواد الجزائية بوجه عام في المادة الجمركية بوجه خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية- الجزائر، لا ط، لا ب، 2001م.

- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة- مصر، 2010م.

- أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية، (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، دار الميسرة-الأردن، لا ط، 2009م.

- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما الطلاق والتطليق وآثارهما، مطابع شتات- مصر، لا ط، 2004م.

- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية- الجزائر، لا ط، 2014م.

- الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة-الجزائر، ط2، 2006م.

- باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، لاط، 2012 م.
- بالحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، لاط، لاس.
- بالحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد: وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 1433هـ- 2012م.
- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية- الجزائر، ط1، 1429هـ- 2008م.
- بوضياف عمار ، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، منقحة وفقا لأحدث النصوص القانونية، دار ربحانة- الجزائر، ط2، 1999م.
- بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة، الأملية للنشر والتوزيع-الجزائر، 2015م.
- جمال سايس، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، منشورات كليك- الجزائر، ط1، 2014م.
- جيلالي تشوار، "محاضرات في قانون الأسرة الجزائري"، موجهة السنة الثالثة قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014م - 2015م.
- حسن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغداد للنشر والطباعة والتوزيع، الرويبة، الجزائر، ط2، 2009م.
- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري- دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2015م.
- طاهري حسين، تسبيب الأحكام القضائية مدعما باجتهادات القضاء المقارن(الجزائر، مصر، الكويت، الأردن)، دار هومة-الجزائر، لاط، 2014م.
- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغداد للنشر والطباعة والتوزيع، الرويبة، الجزائر، ط2، 2009م.

- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، دار هومة- الجزائر، ط4، 2013م.
- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة- الجزائر ط2، 2004م.
- عبد الفتاح تقية، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية-قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ط1، 1433هـ- 2012م.
- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع- الجزائر، لاط، 2010م.
- عجة الجيلاني، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة طبقا للمعايير الدولية، منشورات بيرتي- الجزائر، لاط، 2009م.
- عطية الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، السلسلة الجامعية، بيرتي للنشر- الجزائر، لاط، لاس.
- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب-الجزائر، لاط، 1986م.
- لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مدعم باجتهادات المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014، دار هومة- الجزائر، لاط، لاس.
- محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، لاط ، 2012م.
- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى علم القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع- الجزائر، 2012.
- محمد فهرشفقة، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود: دراسة فقهية قانونية مقارنة في ضوء الاجتهاد القضائي، مؤسسة النوري -دمشق، لاط، 1997م.
- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى عين مليلة- الجزائر، لاط، 2008.
- نبيل صقر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، لاط، 2014.

- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى- الجزائر، لاط، لات.
- رقيقة حجايلية، قانون الأسرة، مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا إلى غاية 2018 مع بعض التعليقات والنصوص القانونية ذات الصلة، ط، جديدة بيرتي للنشر 2018-2019.
- محمد لمن لوغيل، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، لا د-الجزائر، لاط، 2020م.

خامسا- كتب أخرى.

- أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان الدمشقي العثماني الشافعي (ت: 780هـ)، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، تحق، علي الشرجي، قاسم النوري، مؤسسة الرسالة، ط1، 1414هـ، 1994م.
- رولا محمد الحيت، المفردات القرآنية في موضوع الأسرة، ودلالاتها الفقهية وامتدادها الاجتماعي، الأسرة المسلمة في ظل التغيرات المعاصرة، المعهد الإسلامي، و م أ، ط1، 1436هـ، 2015م.
- صالح بن غانم السدلان، النشوز (ضوابطه-حالاته أسبابه طرق الوقاية منه، وسائل علاجية في ضوء القرآن)، دار بلنسية للنشر والتوزيع-الرياض، ط4، 1417هـ.
- عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار بن حزم، بيروت، ط1، 1997.
- عبد الرحمان إبراهيم عبد العزيز، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، جامعة أم القرى-السعودية، ط1، 1409هـ-1989.
- عبد الرحمان الصابوني، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، لاد، بيروت، ط1، 2008م.
- عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط2، 1409هـ-1989م.
- عويد بن عياد بن عايد المطرني، آيات عتاب المصطفى ﷺ في ضوء العصمة والاجتهاد، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الملك عبد العزيز- مكة المكرمة، ط3، 1426هـ- 2005م.
- فَرُوخ بن مُلّا (ت: 1061هـ)، القول السديد في بعض مسائل الاجتهاد والتقليد، تحق، جاسم مهلهل الياسين، عدنان سالم الروميدار الدعوة-الكويت، ط1، 1988م.
- فيصل بن سعيد تليلاني، مقارنة بين أصول الفقه وأصول القانون، جامعة الأمير عبد القادر، لاط، لاس .

- قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار الصميعة للنشر والتوزيع، ط1، 1430هـ، 2009م.
- قطب الريسوي، الاجتهاد القضائي المعاصر، ضرورته ووسائل النهوض به، دار ابن حزم- بيروت، لا ط، 2007م.
- محمد أبو زهرة (ت: 1379هـ)، قواعد تكوين البيت المسلم، أسس البناء وسبل التحصين، دار التوزيع والنشر الإسلامية- مصر، 1425هـ- 2004م.
- محمد الشماع، المفيد من الأبحاث في الطلاق، الزواج والطلاق والميراث، دار القلم- دمشق، ط1، 1416هـ- 1995م.
- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، دار أصداء المجتمع- المملكة العربية السعودية، ط11، 1431هـ - 2010م.
- محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، ابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، طريق المهجرتين وباب السعادتين، دار ابن القيم - الدمام، 1414 - 1994، ط2.
- محمد أبو زهرة (ت: 1379هـ)، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي- لا ب، ط2، لا س.
- محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر - دمشق، 1427هـ - 2006م.
- محمد عبد المنعم البدر اوي، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده- القاهرة، لا ط، 1956م.
- محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، ط2، 1415هـ- 1994م.
- محمد جبر الألفي، التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية، مجمع فقهاء الشريعة-الرياض، 2010م.
- مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية تحقق: نجيب هواويني نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي.
- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط15، 1427هـ- 1994م.

- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم - دمشق، ط2، 1425هـ - 2004م.
- مصطفى حجازي، الأسرة وصحتها النفسية المقومات الديناميكيات العمليات، المركز الثقافي العربي - المغرب، 2015م.
- وهبة الزحيلي، تغير الاجتهاد، دار المكتبي - دمشق، ط1، 1420هـ - 2000م.
- وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر - دمشق، ط4، 1429هـ - 2008م.

سادسا- المعاجم والموسوعات

- إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقق: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، لاط، لات.
- أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي (ت: 170هـ) كتاب العين، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال - القاهرة، لاط، لا س.
- أحمد ابن فارس بن زكريا أبو الحسين (ت: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، لاط، 1399هـ - 1979م.
- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (ت: 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية - بيروت، لاط، لا س.
- أحمد زكي بدوي إبراهيم، القاموس القانوني (فرنسي-عربي)، مكتبة لبنان - لبنان، 2002م.
- الطاهر أحمد الرازي، مختار القاموس مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير، الدار العربية للكتاب - تونس، لا س.
- محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية - الرياض، ط1، 1430هـ - 2009م.
- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية - الكويت مطابع دار الصفوة - مصر، ط1 (من 1404 - 1427هـ).

سابعا- كتب التراجم

- أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت: 825هـ)، الأعيان الكامنة في أعيان المائة الثامنة، تحقق: محمد عبد المعيد ضان، مجلس دائرة المعارف العثمانية- الهند، ط2، 1392هـ - 1972م.
- خير الدين بن محمود الزركلي الدمشقي (ت: 1396هـ)، الأعلام، دار العلم للملايين، ط15، 2002م.

ثامنا- الرسائل الجامعية

- أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013م - 2014م.
- أحمد محمود أبو هشيش، "الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية"، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، فلسطين، 1431هـ - 2010م.
- العروسي الأشرف وليلى حمي، دور الصلح والتحكيم في تسوية النزاعات الأسرية-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري-، مذكرة الماستر، معهد العلوم الإسلامية - جامعة الوادي- الجزائر، 2018/2019،
- خلود بنت محمد علي يوسف صحاف، التوافق الزوجي وعلاقته بالاستقرار الأسري، مطلب تكميلي للحصول على شهادة الماجستير، كلية التربية، قسم علم النفس، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1435هـ-1436هـ.
- شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة تيزي وزو، 2013م-2014م.
- صباح عياشي، الاستقرار الأسري وعلاقته بمقاييس التكافؤ والتكامل بين الزوجين في ظل مختلف التغيرات التي عرفها المجتمع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في علم الاجتماع الثقافي، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية قسم علم الاجتماع، جامعة الجزائر، 2007، 2008م.

- عبد الحكيم بن هبري، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة لنيل درجة الماجستير ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014م، 2015م.
- عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة وهران، 1427هـ-2006م.
- عبد المهدي محمد سعيد أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني، دراسة أصولية مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الأردن، 2005م.
- كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص واجتهادات القضاء، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الإخوة منتوري-قسنطينة، كلية الحقوق، 2014م-2015م
- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة، 1430هـ-2009م.
- مختاري رضوان زكي، أثر الشريعة الإسلامية في ترجمة القانون المدني بالجزائر، قانون الأسرة الجزائري أنموذجاً، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، معهد الترجمة، جامعة أحمد بن بله - وهران، 2015م-2016م.
- نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006م.
- هبة أحمد محمد منصور، "التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي"، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2014م.
- هشام ذبيح، "حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية" أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، 2019م-2020م.

- وردة بوزيد ، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي-أم البواقي، 2010م-2011م.
- يوسفات على هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة تلمسان، 2008م-2009م.
- يونس محمود صادق ياسين، الإصلاح الأسري من منظور قرآني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم أصول الدين كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2006م.

تاسعا: المقالات والمجلات العلمية:

- إبراهيم رحمان، الأمن القضائي في الشريعة الإسلامية، مفهومه وسبل تحقيقه، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة أحمد بن بله- وهران، مج16، ع:27، 2015م.
- بوبشير محمد أمقران، تغير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة- الجزائر، مج41، ع2.
- حسين فريجة، الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه " المجتهد معناه ومدلوله "، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الأول، 2004م.
- حنان عبد الحق، نواره العشي، "إشكالية ترجمة المصطلح المستمد من الشريعة الإسلامية، في قانون الأسرة الجزائري-انحلال الزواج أنموذجا- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية مجلد:57، عدد5، 2020م.
- زبيدة إقروفة، "الاستقرار الأسري من خلال أحكام قانون الأسرة"، في مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية- جامعة بجاية، عدد04، 1433هـ-2012م.
- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة وعلاقته بقانون الإجراءات المدنية، مقال منشور بمجلة نشرة القضاة، العدد الأول، جانفي 1986، وزارة العدل.
- شبير محمد عثمان، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، مجلة الحكمة (محكمة)، تصدر عن نخبة من علماء الدول الإسلامية- السعودية، العدد 6، 1416هـ.

- عبد الحكيم بن هبري ، "إجراءات محاولات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية وأثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي"، في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الخامس، كلية الحقوق -جامعة الجزائر، جوان، 2017.
- عجالي خالد، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والسياسية- جامعة تيارت، ع3، 2014م.
- عزيز أحمد صالح ناصر الحسيني، الأمن الأسري، المفاهيم- المقومات- المعوقات، مجلة الأندلس للعلوم الإنسانية والاجتماعية-اليمن، مج15، ع12، أكتوبر2016م.
- الطاهر العربي سرگز، الاستقرار الأسري وانعكاسه على جودة الحياة الاجتماعية، كلية التربية، مجلة كلية الآداب، جامعة الزاوية- ليبيا، مج1، ع29، يونيو2020م.
- محفوظ بن صغير، "اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية"، في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، العدد 6، 2017م.
- محمد سامر القطان، "اتفاق التحكيم في ضوء القانون الإماراتي". مجلة العلوم القانونية، الإمارات: كلية الحقوق- جامعة عجمان، ع03 ربيع الأول، 1436هـ، 2014م.
- محمد سنيي، حدود مفهوم الشريعة الإسلامية في الاجتهاد القضائي في قرارات المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب البلدية، ع4، 2012م.
- محمد علي الصليبي، حقوق المرأة بين الفقه والقانون، كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية نابلس- فلسطين، مج 02، ع01، 1425هـ-2005م.
- محمد محمد عزب موسى، مدى تأثير الجينات الوراثية في اختيار المكلف-دراسة في ضوء القواعد الأصولية-مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر دمنهور، مصر، عدد36، أبريل1442هـ- 2021م.

- محمود خالد البشارات، الفحص الطبي قبل الزواج، مفهومه ، أهميته، حكمه من الأدلة الكلية لمقاصد الشريعة، كلية الشريعة والقانون جامعة الجوف ، مجلة الدراسات العربية كلية العلوم جامعة المنيا، مج 40، ع1، 2019م.
- معمري إيمان، ميدون مفيدة، اشتراط الشهادة الطبية وأثرها في عقد الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تندوف-الجزائر، مج03، ع 01، 2019م.
- مفتاح حسين علي بالحاج، معالم الاستقرار الأسري ومقوماته"، مجلة كلية الآداب، كلية الآداب جامعة مصراته- ليبيا، ع9، 2017م.
- وهبة الزحيلي، الاجتهاد في عصرنا من حيث النظرية والتطبيق، مجلة دراسات العالم الإسلامي، مج 4، ع1، مارس 2011م.

عاشرا-المداخلات العلمية:

- أحمد سعود، ياسين بن عمر، تغير الاجتهاد وأثره على النص القانوني، الملتقى الدولي العاشر القضاء والدستور، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة الوادي، 08-09 ديسمبر 2019م.
- سفيان سوا لم، "الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق صعوبات تطبيقه وآليات تفعيله"، في الملتقى الوطني الثامن حول حماية الأسرة في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المدية- ، يومي 04-05 نوفمبر 2015.
- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، الخلع بطلب من الزوجة لعدم الوئام مع زوجها، رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، دورة18، مكة المكرمة، 1428هـ- 2006م.
- عدلان مطروح، "سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين دراسة مقارنة بين الشريعة والتشريع الجزائري والاجتهادات القضائية"، الملتقى الدولي الثاني: المستجدات الفقهية في

أحكام الأسرة": معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي - الجزائر، 28-29 أكتوبر 2018.

- نجية مامش، التحديات الاجتماعية والاقتصادية لتأسيس الأسرة، المؤتمر الدولي الأول: الأمن الأسري الواقع والتحديات، تركيا اسطنبول، 13-14 أكتوبر 2018م.

حادي عشر-القرارات والقوانين والأوامر

- الدستور لسنة 2020 (الجريدة الرسمية رقم 82 المؤرخ في 15 جمادي الأولى الموافق ل: 30 ديسمبر 2020م)

- القانون رقم: 84-11 المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 هـ، الموافق 27 فيفري 2005 (الجريدة الرسمية، العدد 43، المؤرخة 22 يونيو 2005م).

- القانون رقم 89-22 المؤرخ في 14 جمادي الأول عام 1410 الموافق ل 12 ديسمبر سنة 1989 والمتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها المعدل والمتمم.

- المرسوم التنفيذي رقم: 06-154 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 هـ، الموافق ل: 11 ماي 2006 (الجريدة الرسمية العدد 31، المؤرخة 11 ماي 2006).

- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ، الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 (الجريدة الرسمية ع 21، 23 أبريل 2008)

- قانون رقم: 05-07 مؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق 13 مايو سنة 2007، المعدل والمتمم الأمر 75 / 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني الجزائري، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 44، 2007م.

- مجلة المحكمة العليا (المجلة القضائية):

العدد: (01-02-03-04-20-50-56-61- خاص)

لسنوات: (1984-1986-1989-1990-1991-1992-1993-1994-
1996-1997-1998-1999-2001-2002-2005-2006-2007-
2008-2009-2010-2011-2012-2013-2014-2018-2019).

اثنا عشر-المواقع الإلكترونية

- عيسى معيزة، "حقوق المرأة في الاتفاقيات الدولية (نموذج اتفاقية سيداو) وتأثيراتها على
تشريعات الدول الإسلامية": دراسة نقدية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مقال منشور
على الانترنت.

https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/03/1551773626.pdf

الصفحة	الموضوع
أ - ج	المقدمة.
11	الفصل الأول: أهمية الاجتهاد القضائي والاستقرار الأسري.
12	المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.
12	المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي.
12	الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي.
25	الفرع الثاني: مشروعية الاجتهاد.
29	الفرع الثالث: مجالات الاجتهاد.
32	المطلب الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي ومركزيته بين مصادر التشريع.
33	الفرع الأول: حجية الاجتهاد القضائي كمصدر للقانون في النظام القانوني الجزائري.
33	الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي.
34	الفرع الثالث: مصادر التشريع في الفقه والقانون ومركز الاجتهاد القضائي منها.
39	الفرع الرابع: مركزية الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري.
41	المبحث الثاني : ماهية الاستقرار الأسري.
42	المطلب الأول: مفهوم الاستقرار الأسري وخصائصه ومقوماته
42	الفرع الأول: تعريف الاستقرار الأسري
48	الفرع الثاني: خصائص الاستقرار الأسري
49	الفرع الثالث: مقومات الاستقرار الأسري
51	المطلب الثاني: أهمية الاستقرار الأسري والأسس التي يقوم عليها والمعوقات التي تواجهه
51	الفرع الأول: أهمية الأسرة
53	الفرع الثاني: أسس الاستقرار الأسري
55	الفرع الثالث: معوقات الاستقرار الأسري
56	المبحث الثالث: أثر التدابير الوقائية في المحافظة على الاستقرار الأسري
57	المطلب الأول: أثر التدابير الوقائية في مرحلة ما قبل الزواج للاستقرار الأسري
57	الفرع الأول: حسن اختيار الزوجين

60	الفرع الثاني: الالتزام بأركان وشروط عقد الزواج الصحيح
62	الفرع الثالث: إجراء الفحوصات الطبية قبل الزواج.
66	المطلب الثاني: التدابير الوقائية بعد الزواج لضمان الاستقرار الأسري.
66	الفرع الأول: احترام الحقوق والواجبات الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
77	الفرع الثاني: الصلح بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
81	الفرع الثالث: المسالك العملية لإجراء الصلح بين الزوجين.
89	الفرع الرابع: الصلح القضائي.
91	الفصل الثاني: صور فك الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي.
93	المبحث الأول: فك الرابطة الزوجية عن طريق الإرادة المنفردة.
93	المطلب الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
94	الفرع الأول: تعريف الطلاق.
97	الفرع الثاني: مشروعية الطلاق والحكمة منه وحكمه.
103	المطلب الثاني: أركان الطلاق وشروطه وأنواعه.
103	الفرع الأول: أركان الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
104	الفرع الثاني: شروط الطلاق.
107	الفرع الثالث: أقسام الطلاق وأنواعه.
123	المبحث الثاني: الطلاق بالتراضي والطلاق التعسفي.
123	المطلب الأول: الطلاق بالتراضي.
123	الفرع الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي.
125	الفرع الثاني: طبيعة الطلاق بالتراضي.
128	المطلب الثاني: الطلاق التعسفي وحق الزوجة في المتعة.
128	الفرع الأول: الطلاق التعسفي.
133	الفرع الثاني: حق المتعة في الطلاق التعسفي.
139	المطلب الثالث: الفرق بين الطلاق والفسخ.

139	الفرع الأول: التمييز بين الطلاق والفسخ
140	الفرع الثاني: الطبيعة الشرعية والقانونية للفسخ
143	الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن الفسخ
146	المبحث الثالث: الخلع وأثر تغير الاجتهاد القضائي في تعديل التشريع.
146	المطلب الأول: أحكام الخلع.
146	الفرع الأول: تعريف الخلع.
149	الفرع الثاني: حكم الخلع ومشروعيته والحكمة منه.
152	الفرع الثالث: أركان الخلع وشروطه.
153	المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للخلع.
153	الفرع الأول: على اعتبار الخلع طلاقاً أو فسخاً.
156	الفرع الثاني: على اعتبار الخلع يمينا أو معاوضة.
159	المطلب الثالث: تغير الاجتهاد القضائي وأثره على تعديل الخلع.
159	الفرع الأول: مشروعية تغير الاجتهاد القضائي.
161	الفرع الثاني: ضوابط تغير الاجتهاد القضائي.
162	الفرع الثالث: مراحل تغير الاجتهاد القضائي.
163	الفرع الرابع: أثر تغير الاجتهاد القضائي على تشريع الخلع.
167	المبحث الرابع: التطليق بطلب من الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
167	المطلب الأول: مفهوم التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
168	الفرع الأول: مفهوم التفريق.
169	الفرع الثاني: مشروعية التفريق القضائي والحكمة منه.
171	المطلب الثاني: أسباب التطليق بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
172	الفرع الأول: الأسباب المتعلقة بالتخلي عن الالتزامات الزوجية والعائلية.
190	الفرع الثاني: التطليق بسبب العيوب والشقاق المستمر بين الزوجين.
200	الفرع الثالث: الأسباب المتعلقة بمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد.
207	الفرع الرابع: التطليق لأسباب متعلقة بارتكاب جرائم معاقب عليها قانوناً.

211	الفرع الخامس: التطليق لكل ضرر معتبر شرعا.
215	الفصل الثالث: الآليات الشرعية والقانونية لضمان الاستقرار الأسري.
216	المبحث الأول: إجراءات الصلح وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي.
216	المطلب الأول: إجراءات الصلح في قانون الأسرة الجزائري وتطبيقاته.
217	الفرع الأول: الصلح القضائي وإجراءاته في قانون الأسرة الجزائري.
228	الفرع الثاني: تطبيقات إجراءات الصلح في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.
231	المطلب الثاني: تطبيقات الصلح في حالات فك الرابطة الزوجية.
231	الفرع الأول: الصلح في الطلاق بإرادة الزوج ودور الاجتهاد القضائي في تفعيله.
235	الفرع الثاني: الصلح في الطلاق بالتراضي في النصوص القانونية والاجتهادات القضائية.
242	الفرع الثالث: إجراءات الصلح في الطلاق بطلب من الزوجة في القانون الجزائري وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي.
249	المطلب الثالث: عوارض الخصومة وآثار ونتائج محاولات الصلح.
249	الفرع الأول: عوارض الخصومة الطارئة على إجراءات الصلح.
255	الفرع الثاني: آثار ونتائج محاولات الصلح.
258	المبحث الثاني: إجراءات التحكيم في الفقه والقانون وتطبيقاته في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.
258	المطلب الأول: إجراءات التحكيم وطبيعته في الفقه والقانون والقضاء.
258	الفرع الأول: مهمة الحكّمين وشروطهما في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
265	الفرع الثاني: إجراءات التحكيم في قانون الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.
268	الفرع الثالث: طبيعة التحكيم وأهميته.
271	المطلب الثاني: آثارا لتحكيم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وطرق انقضاؤه.
271	الفرع الأول: آثار التحكيم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
274	الفرع الثاني: طرق انقضاء التحكيم.

279	الفصل الرابع: أثر الاجتهاد القضائي في حماية الأسرة بعد التفكك وضمن استقرارها.
280	المبحث الأول: الآثار المادية لفك الرابطة الزوجية وأثر الاجتهاد القضائي في حمايتها.
280	المطلب الأول: النفقة ومشتملاتها.
281	الفرع الأول: حق النفقة والسكنى للمطلقة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.
285	الفرع الثاني: التدابير الاستعجالية في دعاوى فك الرابطة الزوجية.
286	الفرع الثالث: الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في حماية حق النفقة والسكن.
288	المطلب الثاني: النزاع حول متاع البيت في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.
288	الفرع الأول: النزاع حول متاع البيت في الفقه الإسلامي.
289	الفرع الثاني: النزاع حول متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري.
290	الفرع الثالث: النزاع حول متاع البيت في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.
292	الفرع الرابع: اليمين حول المتاع والجهة المخول لها تفعيله في العمل القضائي.
295	المبحث الثاني: الآثار غير المادية لفك الرابطة الزوجية وأثر الاجتهاد القضائي في حمايتها.
295	المطلب الأول: أحكام العدة.
295	الفرع الأول: تعريف العدة وحكمتها وسبب مشروعيتها.
300	الفرع الثاني: عدة الطلاق في قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا.
302	المطلب الثاني: مفهوم الحضانة وأثر الاجتهاد القضائي في حماية حق المحضون.
302	الفرع الأول: مفهوم الحضانة وحكمتها وأدلة مشروعيتها.
306	الفرع الثاني: ترتيب الحواضن في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي.
312	الفرع الثالث: شروط الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي.
316	الفرع الرابع: مدة الحضانة وأسباب سقوطها.
324	الخاتمة.

فهرس الموضوعات

328	الفهارس العامة.
329	فهرس الآيات.
334	فهرس الأحاديث والآثار
338	فهرس الأعلام
339	فهرس المصادر والمراجع
364	فهرس الموضوعات