جامعة الشّهيد حمّه لخضر – الوادي
معهد العلوم الإسلاميّة
قسم الشريعة

التفريق بسبب الغيبة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلّبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلاميّة – تخصّص: شريعة وقانون.

من إعداد الطالبتين:
– أحلام حافي
– كوثر عطاالله

المشرف:
الأستاذ: نور الدين مناني

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. علي زواري أحمد	أستاذ متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	رئيسا
أ. نور الدين مناني	أستاذ مساعد –أ–	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	مشرفا ومقررا
أ. ياسين بن عمر	أستاذ مساعد –أ–	جامعة قاصدي مرباح – ورقلة	مناقشا

السّنة الجامعية: 1439–1440هـ/ 2018–2019م

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الحمد لله عدد ما كان وعدد ما يكون وعدد الحركات والسكون، الذي يسر لنا هذا العمل راجين منه سبحانه أن يكون خالصا لوجهه الكريم.

فيسرنا أن نتقدم بالشكر والعرفان إلى أسرنا الكريمة التي لم تبخل علينا بالدعم والتشجيع والدعاء.

ولزام علينا بين يدي هذا البحث أن نسجل خالص الشكر وعظيم التقدير والعرفان للأستاذ نور الدين مناني الذي تفضل علينا بالإشراف على هذه المذكرة، فلم يبخل علينا بالنصيحة والإرشاد، فكان فعلا مثالا يحتذى به في الإخلاص والتفاني خدمة للعلم وطلابه، جعل الله ما قدمه لنا في ميزان حسناته ونفعنا بعلمه.

كما لا ننسى أن نشكر كل من ساعدنا في إعدادنا لهذا البحث ونخص بالشكر الطالبة هجيرة جعفر على دعمها لنا " إن قلنا شكرا فشكرنا لن يوفيك، حقا سعيتي فكان السعي مشكورا" جزاها الله خير الجزاء.

أحلام* كوثر

الإهداء

إلى روح هادي البشرية سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى من كانوا رمز الأبوة الحقة آباؤنا حفظهم الله

إلى من جعلت الجنة تحت أقدامهن أمهاتنا حفظهن الله

إلى من أسرجوا النور في ظلمة لياليا إخوتنا وأخواتنا رعاهم الله

إلى كل زملاء الدراسة وأساتذتنا الأفاضل

إلى كل من سلك طريقا يبتغي به وجه الله تعالى

نهدي هذا العلم المتواضع . . . .

أحلام * كوثر

الملخص

لقد تطرقنا في دراستنا هذه إلى موضوع التفريق بسبب غيبة الزوج، دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الذي يعد من أكثر المواضيع التي تمس الخلية الأساسية للمجتمع وهي الأسرة،حيث تحرص الشريعة الإسلامية على استمرار الحياة الزوجية، بل تجعل مبدأ قيامها على التأبيد المفضي للسكينة والألفة والاستقرار الزوجي، غير أن هذه الحياة الهادئة قد يعكر صفوها، وينغص عيشها غياب الزوج أو فقدانه، مما يلحق أضرارا جسيمة بالزوجة تستدعي الدفع والإزالة.

لذلك جاءت أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري لمعالجة هذه الطوارئ التي تصيب عش الزوجية، وذلك من خلال إيجاد الحلول المناسبة والأحكام الكفيلة بمعالجتها.
كما أن التفريق لغيبة الزوج ينتج آثارا تخص الزوجة وأخرى تخص الأولاد، وكل ذالك ضمن أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري.

الكلمات المفتاحية:

التفريق، الغيبة، الزوجين، الأحكام، الفقدان، الضرر، العذر.

Abstract:

In this study, we have discussed the issue of differentiation between spuses because of the husband's absence, a comparative study between Islamic jurisprudence and the Algerian family law, which is one of the most important topics affecting the basic cell of society, namely, the family. Which leads to tranquility and familiarity and marital stability, but this quiet life may disturb her, and live in her absence or absence of the husband, causing serious damage to the wife requires payment and removal, Therefore, the provisions of the Islamic law and the Algerian Family Law came to deal with these emergencies that affect marital life, and this through the finding of appropriate solutions and provisions to deal with them also, The separation of the husband's absence also results in the effects of the wife and the children, and all this under the provisions of Islamic law and the Algerian family law.

The key words: Separation, absence, spouses, judgments, loss, harm, excuse.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، محمد بن عبد الله المعلم الأمين، الهادي إلى الحق وإلى الطريق المستقيم، اللهم صل وسلم عليه وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

لقد توج الله سبحانه وتعالى عقد الزواج بأسمى معاني الرحمة والسكينة والمودة، إذ جاء في قوله تبارك وتعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم:21].

فلذا يجب أن يسود الحياة الزوجية اللطف والمعاملة الحسنة والرحمة، وعلى كل من الزوجين الوقوف إلى جانب شريكه لمؤانسته ومقاسمته أعباء الحياة اليومية، فعلى الزوج تحمل مسؤولياته اتجاه الزوجة والأولاد ومراعاتهم من الناحيتين النفسية والمادية، فإذا ما غاب عنهم وترك زوجته دون ونيس في وحدتها، ولا حماية ولا من يرعى شؤونها وكان غيابه هذا لمدة طويلة.

فإذا لم تستطع التحمل والصبر طول غيابه لما يتسبب لها من آلام نفسية وبدنية، وخاصة في حالة عدم أخذ رأيها في هذا الغياب، فهنا يمكن رفع أمرها للقاضي لمعالجة حالتها.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية موضوع التفريق يسبب الغيبة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري في كونه يمس النواة الأولى في تكون المجتمع وهي الأسرة، وكذلك حاجة المرأة والأولاد لمعرفته من أجل ضمان حقوقهم والدفاع عنها في حالة غياب الزوج أو الأب.

إشكالية الموضوع:

إن الإشكال الذي نحاول معالجته من خلال بحثنا هو: متى تعتبر الغيبة سببا للتفريق بين الزوجين، وماهي الآثار المترتبة على الأسرة؟.

وتتفرع من هذه الإشكالية جملة من التساؤلات الفرعية على النحو التالي:

- من هو الغائب في الفقه الإسلامي؟ وهل هو نفسه في قانون الأسرة الجزائري أم لا؟.
- ما هي مدة الغيبة التي يجوز طلب التفريق عندها؟.
- ما موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من التفريق للغيبة؟.

أهداف الموضوع:

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف موضحة فيما يلي:

- تسليط الضوء على هذا الموضوع نظرا لقلة الدراسات والأبحاث المتخصصة فيه.
- التعرف على مشروعية حق الزوجة المتضررة من غياب زوجها.
- محاولة إظهار الأحكام الفقهية المتعلقة بالتفريق بسبب غيبة الزوج.
- تحديد آثار التفريق بسبب الغيبة بالنسبة للزوجة والأولاد.

تبيين أوجه التوافق والاختلاف بين المذاهب الفقهية وقانون الأسرة الجزائري.

أسباب اختيار الموضوع:

ومن بين الأسباب التي دفعتنا لدراسة موضوع التفريق بسبب الغيبة هي ما يلي:

- وجود رغبة وميلا في نفوسنا لدراسة هذا الموضوع وقلة الدراسات المتخصصة فيه على الرغم من الأهمية البالغة، وذلك لصلته الوثيقة بالأسرة.
- وجود عدد كبير من القضايا المرفوعة لدى المحاكم بسبب غيبة الزوج.
- تعتبر دراسة أنواع التفريق بشكل خاص من الدراسات الهامة التي تحتاج للمزيد من البحث الجاد والعميق لما في ذلك من حفظ لحقوق المرأة ورفع الضرر الواقع عليها.
- كثرة غياب الأزواج عن البيت وزوجاتهم بدون مبرر ولأسباب تافهة، وذلك تهربا من أداء واجباتهم الأسرية.

منهج الدراسة

يعد موضوع التفريق بسبب الغيبة من بين مواضيع الفقه الإسلامي وكذا قانون الأسرة الجزائري، وللإحاطة بجميع جوانبه، ارتأينا أن نتبع في دراستنا المناهج التالية:

المنهج الإستقرائي: وذلك من خلال البحث في النصوص الشرعية والسنة النبوية، وكذا استقراء آراء الفقهاء الأربعة الحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة، المتعلقة بموضوع الدراسة وغيرها من كتب الشروح وكذا النصوص القانونية الواردة في هذا المجال أيضا.

المنهج التحليلي: وذلك من خلال تحليل النصوص الشرعية والقانونية التي عالجت موضوع التفريق بسبب الغيبة.

المنهج المقارن: وذلك من خلال المقارنة بين ما جاء في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري واستخلاص أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

الدراسات السابقة:

إن من خلال ما اطلعنا عليه من دراسات سابقة لهذا الموضوع لم نجد دراسة مستقلة تستوفي كل جوانبه وتبين أحكامه بصفة دقيقة، وكان ما وجدناه من دراسات إما أن يكون دراسة عامة تشمل الموضوع بشكل عام، أو أن تكون دراسة فقهية مقارنة بالقضاء، أو دراسة في الغيبة بين الزوجين، لكن في قانون الأسرة الجزائري فقط دون التطرق إلى الجانب الفقهي، وتتمثل هذه الدراسات فيما يلي:

1- الغيبة وأثرها في التطليق، "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، "مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون بلعربي باشا مصطفى، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية 2012-2013م".

لقد قام الباحث في هذه الدراسة بإعطاء مفهوم وصور وأحكام للغيبة دون التطرق للآثار المترتبة على الفرقة للغيبة بالنسبة للزوجة والأولاد على عكس دراستنا التي تطرقنا فيها للآثار وتشترك مع دراستنا في معالجة الموضوع من الناحية الشرعية والقانونية.

2- أسباب التطليق وإشكالات إثباب الضرر في قانون الأسرة الجزائري، "مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق لقوة رادس فاطمة الزهراء، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015م-2016م".

تناولت هذه الدراسة موضوع التفريق بسبب الغيبة بشكل مختصر ولم تفصل فيه؛ حيث جعلته كسبب من أسباب التطليق وذلك لوجود الضرر على عكس دراستنا التي ستكون مفصلة وشاملة للموضوع مع المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

3- إنحلال الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق للطالبة قادري أمينة، جامعة عبد الرحمان سيرة " بجاية" كلية الحقوق والعلوم السياسية 2013م-2014م.

حيث تناولت هذه الدراسة بيان أحكام الغيبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري فقط، دون التطرق للموضوع بشكل عام على عكس دراستنا.

ومن خلال ما ذكرنا من دراسات سابقة يتبين أن كل دراسة قد تناولت موضوع التفريق بسبب الغيبة من جانب معين، أما الدراسة التي سنقوم بها سنحاول أن نذكر فيها كل الجوانب المتعلقة لهذا الموضوع من الناحية الفقهية والقانونية.

طريقة كتابة البحث:

- غزو الآيات يكون في المتن بالطريقة الآتية: [اسم السورة: رقم الآية]، كتبنا الآية في ما بين الرمزين الآتيين: ﴿ ﴾، مع تثخين الخط، تمييزاً لكلام الله عز وجل عن باقي كلام البشر.
- لم نقم بترجمة الأعلام.
- لقد قمنا بذكر بيانات الكتب كاملة كما يلي: المؤَلِفْ، المؤَلَفْ، المحقق، الجزء، (الطبعة، المكان: دار النشر، تاريخ النشر)، الصفحة.

الخطة:

وفي محاولة منا للإجابة على الإشكالية الرئيسية المطروحة في بحثنا والأسئلة الفرعية المرتبطة بها وإعطاء الموضوع حقه من الدراسة قسمنا البحث إلى ثلاث مباحث؛ تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم الغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري تناولنا فيه تعريف الغيبة في المطلب الأول وخصصنا المطلب الثاني لبيان صور وشروط التفريق بسبب الغيبة في الفقه والقانون، أما المبحث الثاني فقد خصصناه لمعرفة أحكام الفرقة للغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وذكرنا فيه حكم الفرقة للغيبة غير المنقطعة في المطلب الأول والغيبة المنقطعة في المطلب الثاني، في حين تطرقنا في المبحث الثالث إلى بيان الآثار المترتبة عن الفرقة للغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والذي احتوى على ما يثبت للزوجة من آثار في المطلب الأول وما يثبت للأولاد أيضا في المطلب الثاني.

وفي هذا نعرض على اللجنة الموقرة هذا العمل من أجل مناقشته وإثراءه وتبيين مواقع الخلل فيه، فما كان منه من صواب فمن الله وما كان فيه من خطأ فمن أنفسنا والشيطان.

المبحث الأول

مفهوم الغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: مفهوم الغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

سنتناول في هذا المبحث حقيقة مصطلح الغيبة عند اللغويين وعند فقهاء الشريعة الإسلامية، وكذا في قانون الأسرة الجزائري مع بيان أهم صور وشروط الغيبة في الفقه الإسلامي والقانون، وذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تعريف الغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الغيبة عند اللغويين وفقهاء الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري كما يلي:

الفرع الأول: تعريف الغيبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية

1- لغة: الغَيْبَةُ مِنْ غَابَ، غَيْباً وغَيْبَةً وغَيْبُوبَةً وغِيَابًا، خلاف شَهِدَ وحَضَر، وهي البعد والتواري، ويقال غَابَ فُلاَنْ بمعنى بَعُد[1].

ويقال أيضا الغَّيْبَةُ مِنْ غَيْبْ؛ الغَينُ واليَاءُ والبَاءُ أَصل صحيح يدل على تستر الشيء عن العيون[2].

ويقال أيضا غَابْتْ الشَمْسُ أَيْ اخْتَفَتْ وغَرُبَتْ واسْتَتَرَتْ عَنْ العَينُ[3].

ولقوله عز وجل: ﴿ٱلَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِٱلْغَيْبِ وَيُقِيمُونَ ٱلصَّلَوٰةَ وَمِمَّا رَزَقْنَٰهُمْ يُنفِقُونَ﴾ [البقرة:03].

وقوله أيضا: ﴿ٱلَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُم بِٱلْغَيْبِ وَهُم مِّنَ ٱلسَّاعَةِ مُشْفِقُونَ﴾ [الأنبياء: 49].

قال الشوكاني: أي يؤمنون بكل ما أخبر به النبي صلى الله عليه وسلم من ربهم قولا واعتقادا وعملا، ويخشونهم في خلواتهم التي يغيبون فيها عن الناس[4].

---

[1] إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية. (ط:4؛ مصر: مكتبة الشروق الدولية، 1425هـ-2004م) ص667.

[2] ابن الحسن أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة. ج4 (لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، 1399هـ-1979م)، ص403.

[3] أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة. ج1 (ط:1؛ القاهرة: دار عالم الكتاب، 1429هـ-2008م)، ص1653.

[4] الشوكاني محمد بن علي بن محمد، فتح القدير. ج1 (ط:1؛ بيروت: دار ابن كثير، 1414هـ)، ص42.

وما روي في السنة عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزاة، فلما قدمنا المدينة ذهبنا لندخل فقال: **"أمهلوا حتى ندخل ليلا، أي عشاء كي تمتشط الشعثة، وتستحد المغيبة"**[1].

ويفهم من هذا الحديث أنه عند رجوع الصحابة من الغزوة إلى المدينة، وأرادوا الذهاب إلى بيوتهم، أمهلهم عليه الصلاة والسلام حتى الدخول ليلا كي تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة؛ أي تستحد استعمال الحديدة في إزالة شعر العانة، والمغيبة هي التي غاب عنها زوجها.

2- اصطلاحا:

- عند الحنفية: الغائب عندهم هو المتواري في البلد، والذي يبعد عن مجلس الحكم[2].
- عند المالكية: كل من غاب عن امرأته فعلم موضعه[3].
- عند الشافعية: الغائب هو الذي يكون متصل الأخبار معلوم الحياة[4].
- عند الحنابلة: الغائب هو الذي يكون في موضع لا يصل إلية الكتاب، أو يصل فلا يجيب عنه[5].

وتعرف غيبة الزوج عند الفقهاء المعاصرون:

- عرف عبد الكريم زيدان: "الغائب هو تواريه وبعده عن زوجته مع معرفة مكانه وإمكان الاتصال به"[6].

وجاء في الموسوعة الفقهية: الغائب هو من غادر مكانه لسفر، ولم يعد إليه، وحياته معلومة[7].

---

[1] أخرجه: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون،ج22، (ط:1؛لا.م، مؤسسة للرسالة، 1421هـ-2001م)، مسند جابر رضي الله عنه، الحديث رقم: 14184.

[2] ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار. ج3 (ط:2؛ بيروت: دار الفكر، 1412هـ-1992م)، ص604.

[3] القرطبي أبي عمر يوسف بن عبدالله، الكافي في فقه أهل المدينة. (ط:1؛ الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1398هـ - 1978م)، ص569.

[4] الماوردي أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي. تحقيق: علي محمد المعوض وعادل أحمد عبد الموجود ج11 (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ-1999) ،ص316.

[5] ابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله، المغني.ج7 (لا.ط؛ لا.م: مكتبة القاهرة، 1388هـ-1968م)، ص32.

[6] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية.(ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة 1413هـ-1993م)، ص460.

[7] الموسوعة الكويتية الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية.ج22 (ط:1؛ الكويت: مطابع دار الصفوة، 1414هـ-1993م)، ص62.

وانطلاقا من هذه الأقوال يمكننا استنتاج تعريف شامل لغيبة الزوج: فالغائب هو المتواري في البلد يعلم مكانه وحاله، ويكون متصل الأخبار لكن قد تمنعه ظروف من العودة إلى محل إقامته كمن سافر لطلب العلم.

الفرع الثاني: تعريف الغيبة في قانون الأسرة الجزائري

لقد عرف المشرع الجزائري في المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري على أن "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"[1].

ومن خلال ما جاء في نص المادة 110من قانون الأسرة الجزائري يمكن أن نعرف الغائب على أنه كل شخص بعد عن محل إقامته ولا يستطيع إدارة شؤونه بنفسه، بحيث يصعب معرفة محله وإقامته، ويكون بذلك قد تسبب بإلحاق الضرر بالغير، وبالأخص الزوجة والغائب في نظر المشرع الجزائري يعتبر كالمفقود.

ومما سبق ذكره في تعريف الغيبة عند فقهاء الشريعة وقانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قيد الغائب بمحل الإقامة على عكس فقهاء الشريعة الإسلامية الذين تركوها مفتوحة، ويرجع سبب عدم تقييدهم بالإقامة هو أن الأراضي في القديم كانت مفتوحة وغير محددة، وغالبا ما يعتمدون على ذكر الأزمنة دون الأمكنة.

[1] المادة 110 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9يونيو سنة 1984م، المعدل المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. والمتضمن قانون الأسرة.

المطلب الثاني: صور وشروط الغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

سنتطرق في هذا المطلب إلى صور وشروط الغيبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية ثم في قانون الأسرة الجزائري وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: صور الغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أولا: صور الغيبة في الفقه الإسلامي

1- الغيبة عند الحنفية: تتمثل الغيبة عندهم في أربعة صور وهي مفصلة كالآتي:

أ- الغيبة عن البلد: سواء كانت الغيبة مدة سفر أم لا، حتى لو ذهب في قرية وتركها في البلد، فهنا القاضي هو من يتولى الحكم عن الغائب[1].

ب- المحبوس: عندهم هو الممتنع عن إيفاء الحق[2].

ج- المفقود: هو الغائب الذي لم يدر موضعه أحي هو أو ميت، فينصب القاضي من يأخذ حقه ويحفظ ماله، ويقوم عليه[3].

د- المتواري في البلد: ينصب القاضي وكيلا بالقبض على الشخص المتواري[4].

2- الغيبة عند المالكية: تتمثل الغيبة عندهم في أربعة صور يأتي تقسيمها على النحو الآتي:

أ- الغيبة البعيدة: وهي الغيبة التي لا يمكن للمدعي السير إليه لبعده وانقطاعه[5]، وإن بعدت غيبته على عشرة أيام[6].

ب- الغيبة القريبة: وهي الغيبة التي تكون على مسيرة اليوم و اليومين والثلاثة[7].

---

[1] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج3، ص 604.

[2] زين الدين بن إبراهيم محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج6 (ط:2؛ لا.م: دار الكتاب الإسلامي، لا.ت) ص307.

[3] المصدر نفسه، ج5، ص175.

[4] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج5، ص296.

[5] ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. ج1 (ط:1؛ لا.م: مكتبة الكليات الأزهرية،1406هـ - 1986م)، ص 154.

[6] محمد الغرناطي وأبو عبد الله المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل. ج8 (ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1416هـ-1994م)، ص151.

[7] أبو وليد محمد القرطبي، البيان والتحصيل، تحقيق: محمد حجي وآخرون ج9 (ط:2؛ بيروت: دار القرب الإسلامي 1408هـ-1988م)، ص180.

ج– الغيبة المنقطعة: إذا غاب الزوج غيبة منقطعة فلم تعلم حياته فلزوجته أن ترفع أمرها إلى الحاكم[1]، وتقدر المسافة كالعدوة من الأندلس ومكة فهنا يحكم عليه في كل شيئ[2].

د– الفقد[3]: وهو الذي يعمى خبره ولو عرف البلد الذي نزل فيه، ولقد ذكر المالكية حالتين للمفقود، وهما:

– المفقود في صف المسلمين في قتال العدو.

– المفقود في فتن المسلمين فيما بينهم.

3– الغيبة عند الشافعية: وتتمثل في خمسة صور وهي:

أ– الغيبة عن البلد: أي فوق مسافة العدوى[4].

ب– التواري: أي خوف[5].

ج– التعزز: أي امتنع عن الحضور[6].

د– الغيبة عن الحكم والحضور في المجلس: أي أن يكون غائبا عن الحكم وحاضرا في مجلسه فالشافعية عندهم لا يجوز الحكم عليه إلا بعد حضوره[7].

هـ– الفقد:

قال الماوردي أن لغيبة الرجل عن زوجته حالتان[8]:

---

[1] عبد الرحمان البغدادي وأبو زيد وشهاب الدين المالكي، إرشاد السالك إلى أشرف المهالك. ج1 (ط:3؛ مصر: شركة ومطبعة مصطفى البابلي الحلبي وأولاده)، ص65.

[2] محمد بن يوسف العبدري الغرناطي وأبو عبدالله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل. (ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1416هـ-1994م)، ص151.

[3] أبو محمد عبد الله القيرواني، النوادر والزيادات، تحقيق: محمد عبد العزيز الدباغ ج5 (ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1999م)، ص245.

[4] سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، حاشية الجمل على شرح المنهج.ج5 (لا.ط؛ لا.م:دار الفكر،لا.ت)، ص357.

[5] سليمان بن عمر البجيرمي، التجديد لنفع العبيد حاشية البجيرمي على شرح المنهج.ج4 (لا.ط؛ لام: مطبعة الحلبي 1369هـ-1950م)، ص360.

[6] سليمان بن عمر البجيرمي، التجديد لنفع العبيد حاشية البجيرمي على شرح المنهج، مصدر سابق، ج4، ص360.

[7] الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، مصدر سابق، ج16، ص297.

[8] المصدر نفسه، ج11، ص316.

– **الحالة الأولى**: أن يكون متصل الأخبار معلوم الحياة.

– **الحالة الثانية**: أن يكون منقطع الأخبار، مجهول الحياة سواء قعد في بلده أو بعد خروجه منه.

4– الغيبة عند الحنابلة[1]: تتمثل الغيبة عندهم في خمسة صور، يأتي تقسيمها كالتالي:

أ– غائب في البلد: للغائب في البلد حالتان

– **الحالة الأولى**: أن يكون غائب في البلد، لكنه مستتر ومتخف عن الناس.

– **الحالة الثانية**: غائب في البلد غير مستتر؛ يعني أنه يخرج ويأتي مع الناس، لكنه ليس حاضرا في مجلس الحكم.

ب– غائب خارج البلاد: أي أن يكون خارج القرية التي يسكن فيها[2].

ج– المفقود: هو من انقطع خبره، فلم تعلم له حياة ولا موت؛ أي من خفي خبره بأسر أو سفر كالتجارة أو السياحة[3].

د– الأسير: قال الزركشي[4] "وفي معنى الغائب لوكان الوالي مأسورا ولا يمكن مراجعته".

هـ– المحبوس: ويقول الزركشي أيضا [5]" أو محبوسا يتعذر استئذانه".

5– الغيبة عند الظاهرية: الغيبة عند الظاهرية غيبة واحدة، حيث قال ابن حزم[6]" أن التفريق بين الغائب غيبة طويلة والغائب غيبة غير طويلة قول بلا برهان، وتفريق فاسد".

6– الغيبة عند الفقهاء المعاصرون: غيبة الزوج عن زوجته عندهم لا تخلو عن صورتين[7].

الصورة الأولى: أن تكون الغيبة قصيرة غير منقطعة، بحيث يعرف خبره ويأتي كتابه.

الصورة الثانية: أن تكون الغيبة طويلة، حيث ينقطع فيها خبره بأن لم يدر موضعه وحياته وموته.

---

[1] محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع. ج15 (ط:1؛ لا.م: دار ابن الجوزي، 1422هـ-1428هـ)، ص350.

[2] المصدر نفسه، ج15، ص350.

[3] النجدي عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع.ج6 (ط:1؛ لا.م: لا.ن، 1397هـ) ص171.

[4] الزركشي شمس الدين، شرح الزركشي.ج5 (ط:1؛ لا.م؛ دار العابيكان، 1413هـ-1993م)، ص58.

[5] المصدر نفسه، ج5، ص58.

[6] ابن حزم أبو أحمد علي بن أحمد، المحلى بالآثار.ج8 (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، لا.ت).

[7] الموسوعة الكويتية الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، مرجع سابق، ج31، ص324.

ثانيا: صور الغيبة في قانون الأسرة الجزائري

لقد اختصر المشرع الجزائري الغيبة في ثلاثة صور وهي:

1- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة: إذا غاب الزوج عن زوجته بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة، سواء كان الزوج مجهول أو معلوم المكان[1].

وهنا يكون للغائب حالتين:[2]

- الحالة الأولى: غائب معلوم الإقامة؛ حيث يمكن وصول الرسائل إليه هذا الغائب يضرب له القاضي أجلا ويعلمه بثلاثة خيارات؛ هي أن يحضر للإقامة مع زوجته، أو ينقلها إليه حيث يقيم أو أن يطلقها.

- الحالة الثانية: غائب مجهول الإقامة؛ وهو من يستحيل وصول الرسائل إليه، وفي هذه الحالة يطلق عليه القاضي دون إهمال ولا فائدة من ضرب الأجل إليه.

ولقد أشارت المادة 53 في الفقرة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري إلى هذا بقولها "الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"[3].

2- الفقد: لقد جاء في نص المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم"[4].

واستنادا لهذه المادة نجد أن المفقود في نظر المشرع الجزائري هو كل من غاب عن أهله وانقطع خبره فلا يعرف مصيره، إن كان على قيد الحياة أو أنه مات، وأيضا أن يكون مجهول المكان كما أنه لا يعتبر مفقودا إلا إذا صدر حكم قضائي يقضي فقدانه.

---

[1] بن شويخ رشيد، قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية". (ط:1؛ الجزائر: دار الخلدونية 1429هـ- 2008م)، ص200.

[2] محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء" دراسة لقوانين الأحوال الشخصية. (لا.ط؛ الأزاريطة: دار الجامعة الجديدة، 2007م) ، ص105.

[3] المادة 53 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9يونيو سنة 1984م، المعدل المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. والمتضمن قانون الأسرة.

[4] المادة 109 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9يونيو سنة 1984م، المعدل المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. والمتضمن قانون الأسرة.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة، يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات"[1].

ويأتي بيان هذه الحالات فيما يلي:

أ- في حالة الحرب: ومن البديهي أن يترتب عن هذه الحالة التي ذكرها المشرع المفقودون لا يعرف مصيرهم.

ب- في الحالة الاستثنائية: وهي الحالة التي تكون بسبب العوامل الطبيعية؛ كالفيضانات والزلازل، وقد سماها المشرع الجزائري بالحالات الاستثنائية، لأن الأمر فيها يستدعي التعجيل كون الموت فيها مرجحا.

ج- الحالة التي تغلب فيها السلامة: وهي التي الحالة التي يغيب فيها الأشخاص في ظروف طبيعية وعادية، كالسفر خارج البلد طلبا للعمل مثلا.

3- الحبس: لقد نص على ذلك المشرع الجزائري في الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يجوز للزوجة طلب التطليق في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"[2].

يتضح من خلال نص هذه المادة أن الحبس يلحق ضررا بالزوجة سواء أكان الضرر ماديا أو معنويا، فهنا يحق لزوجة المحبوس أن تطلب التطليق لمجرد الحكم على زوجها في جريمة ما بغض النظر عن نوع العقوبة المحكوم بها؛ فالمحبوس يشبه الغائب كونه بعيدا عن أهله وغائبا عنه فالحبس يعتبر إحدى حالات الغيبة.

ومن خلال ما سبق ذكره نجد أن المشرع الجزائري اتفق مع فقهاء الشريعة الإسلامية وذلك في جعل الحبس والفقد إحدى صور الغيبة.

---

[1] المادة 113 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9يونيو سنة 1984م، المعدل المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. والمتضمن قانون الأسرة.

[2] المادة 53 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9يونيو سنة 1984م، المعدل المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. والمتضمن قانون الأسرة.

الفرع الثاني: شروط التفريق بسبب الغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أولا: شروط التفريق بسبب الغيبة في الفقه الإسلامي

اشترط القائلون بالتفريق للغياب شروطا لا يحق للزوجة طلب التفريق دون تحققها وهي:

الشرط الأول: المدة

ويشترط في مدة الغيبة أن تكون طويلة حتى يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي وتطلب التفريق، وقد اختلف الفقهاء في مدتها على قولين:

القول الأول: وهو قول المالكية[1]؛ أن للقاضي أن يفرق بين الزوج وزوجته إذا غاب عنها مدة سنة إلى ثلاث سنوات.

القول الثاني: وهو قول الحنابلة[2]؛ القول عندهم أن المدة التي يمكن للزوجة طلب الفرقة فيها هي ستة أشهر فأكثر، لأنها أقصى ما تستطيع المرأة الصبر عليه من غياب زوجها.

حيث استدلوا على ذلك بالأثر الوارد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن المدة التي تصبر فيها الزوجة على غياب زوجها، وقد أشارت عليه حفصة بأربعة شهور أو ستة[3].

الشرط الثاني: العذر

فهذا الشرط تفرد به الحنابلة[4] وهو أن تكون الغيبة بدون عذر، وقد فرقوا بين الغيبة لعذر، والغيبة لغير عذر.

– فإن كانت الغيبة لعذر لا يفرق القاضي بينهما، كالسفر لطلب العلم أو طلب الرزق؛ فقالوا أن صاحب العذر يعذر من أجل عذره، وليس للزوجة هنا أن تطلب الفرقة بينها وبين زوجها.

– أما إذا كانت بدون عذر يحق للزوجة أن تطلب التفريق للغيبة، ويفرق القاضي بينها وبينه.

---

[1] محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج2 (لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، لا.ت)، ج2، ص431.

[2] ينظر البهوتي منصور بن يونس بن صلاح الدين، كشاف القناع على متن الإقناع. ج5 (لا.ط؛ لا.م: دار الكتب العلمية لات)، ص193.

[3] أخرجه: عبد الرزاق الصناعي، المصنف. تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي ج7 (ط:2؛ الهند: المجلس العلمي 1403هـ)، كتاب الطلاق، باب حق المرأة على زوجها، الحديث رقم: 12594، ص152.

[4] ينظر البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، مصدر سابق، ج5، ص193.

أما المالكية فعندهم من يطلق الغائب وإن كان معذورا لحصول الضرر وإن لم يقصد الإضرار كما إذ كان الزوج سجينًا أو أسيراً[1].

الشرط الثالث: الضرر

شرط المالكية[2]: أن تخشى الزوجة الزنا على نفسها ويعلم ذلك من جهتها لمجرد شهوتها للجماع، فلا يوجب طلاقها.

شرط الحنابلة[3]: أن الضرر يقع على الزوجة نتيجة الغيبة يعطيها الحق في رفع أمرها للقاضي، ولم يشترطوا خشية الوقوع في الزنا.

فالحنابلة هنا قصدوا الضرر بشكل عام مهما كان نوعه، وليس بالضرورة أن يكون الضرر متعلقا بفتنة المرأة أو انحرافها، فالأمر هنا يتعلق بأي ضرر يقع عليها سواء كان بالإستحاش والوحدة وغيرها، مع اعتبار الضرر الواقع عليها بسبب عدم قضاء حاجتها من زوجها.

الشرط الرابع: الإرسال والكتابة إلى الزوج

فالمالكية[4] قالوا أنه يجب الإرسال والكتابة إلى الزوج إن علم محله، إما أن يحضر أو ترحل امرأته إليه، أو يطلق، ولا يجوز التطليق عليه بغير الكتابة إليه، إن علم محله، أما إذا كان مجهول محل الإقامة فلا يعتبر هذا الشرط، ويفرق القاضي بينهما بطلب من الزوجة دون أن يعذر إليه.

أمَّا الحنابلة[5] فقالوا أنه إذا كان لغير عذر فإنه يراسله الحاكم ليقدم، فإن لم يقدم فسخ نكاحه.

---

[1] بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. (ط:2؛ لا.م: دار التأليف، 1961م)، ص294.

[2] الدسوقي محمد بن أحمد ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.ج2 (لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، لا.ت)، ص431.

[3] ينظر البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، مصدر سابق، ج5، ص193.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق،ج2، ص 431.

[5] ابن قدامة عبد الله بن أحمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني. ج8 (ط:1؛ بيروت: دار الفكر 1405هـ)، ص143.

الفرع الثاني: شروط التفريق بسبب الغيبة في قانون الأسرة الجزائري

أجاز المشرع الجزائري التطليق للغياب حسب الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، غير أنه وضع شروطا لذلك تتمثل هذه الشروط في:

1- أن يغيب الزوج عن زوجته مدة تفوق سنة[1]، وهذا من خلال ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري سابقة الذكر، وهذه السنة تبدأ من تاريخ غيابه إلى يوم رفع الدعوى واعتماد القانون سنة طبقا لما جاء به المالكية على القول المشهور.

2- أن يكون الغياب دون عذر شرعي وقانوني مقبول، فإن غاب الزوج لمدة سنة أو أكثر عن زوجته لسبب تأدية الخدمة الوطنية، أو من أجل التعلم، أو ما شابه ذلك، ففي هذه الحالة لا تقبل دعوى التطليق للغياب[2]؛ لأن الغياب عنها كان بعذر، فعلى المرأة أن تتحمل قسطا من أعباء تلك الحياة مادام يعود كل ذلك بالفائدة على الأسرة[3].

3- أن يكون الغياب غير مبرر مصحوبا بعدم الانفاق[4]، وهذا من خلال ما نص عليه المشرع أيضا في الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، حيث إذا غاب عنها لمدة سنة دون عذر، ولكن ترك لها مالا تنفق منه على نفسها فإنه ليس لها الحق بطلب الطلاق مادامت النفقة موجودة[5].

وفي هذه الحالة تعود السلطة التقديرية للقاضي، ويتأكد منها بجميع الطرق، لذلك نجد القاضي يأخذ بالغيبة فيقيس عليها التراخي في إتمام الزوجية بسبب من الزوج، واعتبر ذلك هجرا، لأن استطالته تنال من الزوجة، وتصيبها بأبلغ الضرر ومن شأنها أن يجعلها كالمعلقة، فلا هي ذات بعل ولا

---

[1] خليل عمر، انحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة. (لا.ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة، 2015م)، ص147.

[2] نذير سعاد، التطليق في قانون الأسرة الجزائري. (مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية) كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند الحاج، البويرة، 2012م-2013م، ص19.

[3] عمر زودة، طبيعة إنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها. (www.geencyclopedia.net) ، تاريخ التصفح: الاثنين 20ماي 2019م، 12:20.

[4] بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية". (ط:1 الجزائر: دار الخلدونية، 1429هـ-2008م)، ص200.

[5] خليل عمر، إنحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص148.

هي مطلقة، واستطالت المدة أمر متروك لقاضي الدعوة، متى رفعت الدعوة أمامه بعد سنة من الزواج[1].

فهذا الشرط لم يقل به الفقهاء ولا القوانين لذلك فهو مستحدث في التشريع الجزائري، ويعتبر قيد على حرية المرأة في طلب التطليق.

4- الإرسال والكتابة للزوج: إذا كان الزوج معلوم أرسل إليه القاضي للعودة إلى زوجته خلال مدة يحددها له، وإلا سيطلق عليه زوجته إذا رغبت في الطلاق منعا للضرر الذي أصابها مع حفظ حقوقها المادية[2].

وفي خلاصة هذا المبحث :

نجد أن المشرع الجزائري قد قيد الغائب بمجل الإقامة على عكس فقهاء الشريعة الإسلامية الذين تركوها مفتوحة؛ وذلك لأن الأراضي في القديم لم تكن محددة كما أن المشرع الجزائري اتفق مع فقهاء الشريعة الإسلامية وذلك بجعل الحبس والفقد إحدى صور الغيبة، وقد سلك المشرع الجزائري مسلك المالكية والحنابلة في ذكر بعض الشروط.

[1] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري. (لا.ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، لا.ت)، ص118.

[2] بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، مرجع سابق، ص201.

المبحث الثاني

أحكام الفرقة الغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني: أحكام الفرقة للغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

نتناول في هذا المبحث آراء فقهاء الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري حول حكم الفرقة للغيبة سواء كانت غيبة منقطعة أو غير منقطعة مع ذكر أدلة كل مذهب.

المطلب الأول: حكم الفرقة للغيبة غير المنقطعة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أولا: حكم الفرقة للغيبة غير المنقطعة في الفقه الإسلامي

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في جواز الفرقة بين الزوجين للغيبة غير المنقطعة إلى قولين:

القول الأول: القائلون بجواز التفريق وأدلتهم

ذهب المالكية[1] والحنابلة[2] إلى أن الزوج إذا غاب عن زوجته الغيبة الطويلة التي تستوحش منها الزوجة وتضرر بها، ولو ترك لها مالا تنفق منه مدة الغيبة فهنا لها الحق بأن ترفع أمرها إلى الحاكم تطلب منه التفريق بينها وبين زوجها فيرسل الحاكم إلى زوجها إن كان معلوم المكان بالقدوم أو نقل زوجته إليه فإن لم يستجب فرق الحاكم بينها وبين زوجها ولقد استدلوا في ذلك بما يلي:

1- من القرآن الكريم

قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ﴾ [البقرة: 231].

حيث قال ابن العربي في هذه الآية أن الزوج إن لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها، فإن لم يفعل خرج عن حد المعروف، فيطلقها عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق في بقائها عند من لم يقدر على نفقتها[3].

---

[1] أبو محمد عبد الله القيرواني، النوادر والزيادات، مصدر سابق، ج5، ص253.

[2] البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، مصدر سابق، ج5، ص193.

[3] ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن. ج1 (ط:3؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ- 2003م)، ص198.

وقوله أيضا عز وجل:﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة 229]، جاءت هذه الآية الكريمة رافعة لما كان عليه الأمر في ابتداء الإسلام أي وقت الجاهلية، من أن الرجل كان أحق برجعة امرأته وإن طلقها مئة مرة مادامت في العدة، فلما كان هذا فيه ضرر على الزوجات قصرهم الله إلى ثلاث طلقات[1].

وعليه يمكن إسقاط هذه الآية الكريمة في حال غياب الزوج؛ لأن في غيبة الزوج ضرر لزوجته فهنا لابد من وجود سبيل لها لرفع الضرر عنها، وذلك بتسريح بإحسان أو إمساك بمعروف، فإن لم يفعل يعتبر مناف لهذه الآية.

2- من السنة النبوية الشريفة:

حديث عبد الله بن عمر بن العاص رضي الله عنه قال: قال لي رسول الله ﷺ: "**يا عبد الله أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل؟ "فقلت بلى يا رسول الله، قال: "فلا تفعل صم وأفطر وقم وتم، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينيك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا**....."[2].

فبين النبي ﷺ في هذا الحديث أن للزوجة حقا والحق في هذا الحديث أعم من أن يكون واجبا أو مندوبا[3].

وقال ﷺ في حديث آخر "**لا ضرر ولا ضرار**"[4].

يفهم من هذا الحديث أن المرأة تتضرر من غياب زوجها وقد تقع في جريمة دينية بإهماله لها وتركها تعيش من غير عشير يؤنسها، ولأن تركها وإقامته في مكان بعيد الشقة لا يأخذها إليه

---

[1] ابن كثير البصري إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم. تحقيق: سامي بن محمد سلامة ج1 (ط:2؛ لا.م: دار طيبة للنشر والتوزيع، 1420هـ-1999م)، ص610.

[2] أخرجه: محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري. تحقيق: محمد زهير بن ناصر ج7 (ط:1؛ لا.م: دار طوق النجاة، لا.ت)، كتاب النكاح، باب لزوجك عليك حق، الحديث رقم: 5199، ص31.

[3] العسقلاني أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري.ج4 (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1376هـ) ص118.

[4] أخرجه: البيهقي أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ج6 (ط:3؛ دار الكتب العلمية: بيروت، 1424هـ-2003م)، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، الحديث رقم: 11384، ص114.

مضارة لها، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام، ولأن ذلك ليس إمساكا بمعروف فتعين التسريح بإحسان فإن لم يقم به الزوج قام به القاضي مقامه فيه[1].

عن ابن عمر قال: خرج عمر بن الخطاب رضي الله عنه من الليل فسمع امرأة تقول:

تطاول هذا الليل وأسود جانبه وأرقني أن لا حبيب ألاعبه

فهو الله لولا الله إني أراقبه تحرك من هذا السرير جوانبه

فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لحفصة بنت عمر رضي الله عنها: "كم أكثر ما تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: ستة أو أربعة أشهر فقال عمر رضي الله عنه: لا أحبس الجيش أكثر من هذا"[2].

وجه الدلالة: أن مدة الغياب التي من الممكن أن تتضرر بها الزوجة هي ستة أشهر، فإن كانت هما غيبة لغير عذر كتب إليه الحاكم ليقدم فإن أبى أن يقدم من غير عذر بعد مراسلة الحاكم فسخ نكاحه نصا لأنه ترك حقا عليه يتضرر به[3].

3- من المعقول

- أن النكاح شرع لمصلحة الزوجين، وذلك بدفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه إلى دفع ذلك عن الرجل فيكون النكاح حقا لهما جميعا[4].

- أن الوطئ حق للزوجة كما هو حق للزوج، لأنه لو لم يكن لها حق فيه لملك الزوج تخصيص إحدى زوجاته به كالزيادة على القدر الواجب في النفقة[5].

---

[1] محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية. (ط:2؛ لا.م: دار الفكر العربي، 1369هـ-1950م)، ص367.

[2] أخرجه ابن قدامة موفق الدين، المغني. ج7(لا.ط، لا.م: مكتبة القاهرة، 1388هـ-1968م)، كتاب الوليمة، مسألة التسوية بين الزوجات، فصل كم يغيب الرجل عن زوجته، ص304.

[3] البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، مصدر سابق، ج5، ص193.

[4] ابن قدامة، المغني. تحقيق: عبد الله بن المحن التركي وآخرون ج10(ط:1، ط:2، ط:3؛ الرياض: دار عالم الكتب 1992م-1997م)، ص240.

[5] ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص238.

ولقد فصل المالكية في الغائبين عن أزواجهم حيث يختلف الحكم عندهم من حالة إلى حالة كالتالي:[1]

– غائب لم يترك نفقة ولا خلف مالا ولا لزوجته عليه شروط في المغيب، تطلق نفسها إذا غاب عنها، فإن أحبت زوجته الفراق فإنها تقوم عند السلطان بعدم الإنفاق أي ترفع أمرها إلى السلطان طالبة التفريق لعدم الإنفاق عليها.

– غائب لم يترك نفقة، ولزوجته عليه شرط في المغيب فزوجته مخيرة في أن تقوم بعدم الإنفاق أو بشرطها أي تطلب التفريق بموجب شرطها وهو أسير عليها لأنه لا يضرب له في ذلك أجل.

– غائب خاف نفقة لزوجته عليه شرط في المغيب فهذه ليس لها أن تقوم إلا بالشرط خاصة وسواء كان الغائب في هذه الثلاثة أوجه معلوم المكان أو غير معلوم المكان إلا أن معلوم المكان يعذر إليه إن تمكن من ذلك.

– غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته عليه في المغيب وهو مع ذلك معلوم المكان إلا أن معلوم المكان يعذر إليه إن تمكن من ذلك.

– غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته عليه في المغيب وهو مع ذلك معلوم المكان، فهذا يكتب إليه السلطان، إما أن يقدم أو تحمل امرأته إليه أو يفارقها وإلا طلق عليه.

– أما هذه الحالة فإنها تتعلق بالمفقود أي الغائب غيبة منقطعة.

القول الثاني: المانعون لعدم جواز التفريق للغيبة غير المنقطعة وأدلتهم

ذهب الحنفية[2] والشافعية[3] إلى أنه لا يحق للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها بسبب غيبة وذلك لعدم وجود ما يصح سببا للتفريق في نظرهم، واستدلوا بما يلي:

---

[1] الحطاب الزعيني شمس الدين، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ج4 (ط:3؛ لام: دار الفكر، 1412هـ-1992م) ص156.

[2] الكساني علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.ج6 (ط:2؛ لا.م: دار الكتب العلمية: 1406هـ-1986م)، ص197.

[3] الشربيني شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. (ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية 1415هـ-1994م)، ص308.

– من السنة النبوية الشريفة

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

وجه الدلالة من هذا الحديث: أن الطلاق لا يملكه إلا الزوج ولا يحوز بحال إحالته إلى غيره أو إسقاط حقه فيه.

عن عائشة رضي الله عنها: "أن رفاعة القرطبي تزوج امرأة ثم طلقها فتزوجت آخر فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أنه لا يأتيها وأنه ليس معه إلا مثل هدبة فقال: " **لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك**"[2].

وجه الدلالة من هذا الحديث: أن الرسول ﷺ لم يجب المرأة إلى طلبها التفريق رغم شكواها من الضرر الواقع عليها فهذا يعني عدم جواز التفريق بين الزوجين للضرر الواقع على الزوجة بعدم وطئ زوجها لها[3].

– عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ "**امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته**"[4].

---

[1] أخرجه: ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ج1 (لا.ط؛ لا.م: دار إحياء اكتب العربية، لات) كتاب: الطلاق، باب: طلاق العبد، الحديث رقم: 281، ص672.

[2] أخرجه: محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق. ج7، كتاب الطلاق، باب اذا طلقها ثلاثا ثم تزوجت بعد العدة زوجا غيره فلم يمسها، الحديث رقم: 5317، ص56.

[3] العيني أبو محمد محمود بن أحمد بدر الدين، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري. (لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي لات)، ج13، ص197.

[4] أخرجه: البيهقي أحمد بن الحسين أبو بكر، السنن الكبرى، مصدر سابق. ج7، كتاب العدة، باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، الحديث رقم: 15565، ص731.

– ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه في امرأة المفقود "**هي امرأته ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق**"[1].

– عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: "**تتربص حتى تعلم أحي هو أو ميت**"[2].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث:

هذه الأحاديث كلها واردة في عدم جواز الفرقة الغيبة المنقطعة، أي الفقد فأولى أن لا يكون هذا الجواز في حال غيبة الزوج غير المنقطعة المعلوم مكانه[3].

من المعقول:

أن كل ما يخص الزوجين من أحكام الطلاق والتفريق قد فصلت ونص عليها أما التفريق للغيبة فلم ينص عليه في كتاب أو سنة ولم يسمع لها ذكر[4].

– أن الوطء حق للزوج، فلا يجب عليه كسائر حقوقه فيجوز تركه كسكنى الدار المستأجرة[5].

ثانيا: حكم الفرقة للغيبة غير المنقطعة في قانون الأسرة الجزائري

لقد اعتبر المشرع الجزائري التفريق بسبب غيبة الزوج طلبا من الزوجة أحد الأسباب القانونية التي تنحل بها الرابطة الزوجية.

حيث نصت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على جواز التطليق بسبب الغيبة وذلك بطلب من الزوجة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

---

[1] أخرجه: عبد الرزاق الصناعي، المصنف، مصدر سابق، ج7، كتاب: الطلاق، باب: التي لا تعلم مهلك زوجها رقم الحديث: 12332، ص90.

[2] أخرجه: أبو بكر أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار. تحقيق: كمال يوسف ج3 (ط:1؛ الرياض: مكتبة الرشد 1409هـ)، كتاب النكاح، باب امرأة المفقود من قال لها ليس لها أن تتزوج، رقم الحديث رقم: 16731، ص521.

[3] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والمبيت في الشريعة الإسلامية.ج8 (ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1413هـ-1993م)، ص464.

[4] الشافعي ابن الامام أبي عبد الله محمد بن إدريس، الأم.ج5 (ط:1؛ شارع الصناديقية بالأزهر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1381هـ-1961م) ص239.

[5] الشيرازي أبو إسحاق إبراهيم، المهذب في فقه الإمام الشافعي.ج2 (لا.ط؛ لا.م: دار الكتب العلمية، لا.ت)، ص481.

وعليه فإذا غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة كان لها أن تطلب التطليق بينها وبينه، سواء كان في غياب معلوم الحال أو مجهول، لأنها تتضرر من الغيبة ضررا قد يدفعها إلى الانحراف[1].

فالتفريق لغياب الزوج هو تفريق لدفع الضرر عن الزوجة فالزوج الغائب يأخذ حكم المفقود والفقد يسبب ضررا للزوجة إذ يفوت عليها عروض الزواج، خاصة إذا كان الغياب بدون عذر ولا نفقة.

ولقد اشترط القانون مرور سنة قبل رفع الدعوى بطلب التفريق على الزوج الغائب، وإذا رفعت الدعوى قبل مرور السنة كانت الدعوى غير المقبولة[2].

فالغيبة التي تجيز طلب التطليق للزوجة شرطها الأساسي أن تكون بدون عذر ولا نفقة فالغائب عن زوجته بعذر ويرسل لها نفقة لا يجوز لها طلب التطليق عليه بسبب الغيبة[3].

وبموجب المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري سابقة الذكر التي حولت لزوجة الغائب الحق في طلب التطليق للغياب من جزاء الضرر الذي لحقها إذا توفرت الشروط القانونية للغياب.

وعليه فإن الزوجة إذا طلبت التطليق لغياب الزوج وكان الزوج معلوم المكان، أو لا تصل الرسائل إليه، فرق القاضي بينهما في الحال بعد التأكد من الشروط، أما إذا كان معلوم المكان ويمكن الاتصال به أو وصول الرسائل إليه بطلب من القاضي أن يحضر أو يأخذ زوجته إليه، ويضرب له أجلا معينا، فإذا مضى الأجل ولم يفعل ولم يبين عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما لرفع الضرر عن الزوجة[4].

وبهذا يكون المشرع الجزائري سلك مسلك مذهب الإمام مالك ومذهب أحمد على وجه العموم، وكان أساسهم في الحكم على الزوج الغائب بالتفريق بينه وبين زوجته بعد اكتمال كل الشروط التي ذكرناها سابقا في الغيبة الغير منقطعة هو رفع الضرر الواقع على الزوجة.

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري.ج1 (لا.ط؛ الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999)، ص297.

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية مصر، ص118.

[3] المرجع نفسه، ص118.

[4] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص199.

المطلب الثاني: حكم الفرقة للغيبة المنقطعة(المفقود) في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

سنتطرق في هذا المطلب إلى حكم الفرقة بين الزوجين للغيبة المنقطعة عند فقهاء الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مع بيان أدلة كل اتجاه.

أولا: حكم الفرقة للغيبة المنقطعة (الفقد) في الفقه الإسلامي

لقد ميز فقهاء الشريعة الإسلامية للمفقود عدة حالات قبل الحكم بالفرقة بينه وبين زوجته، ويأتي بيانها كالتالي:

1– ذهب الحنفية[1] إلى أن التفريق للغيبة المنقطعة لا يجوز حتى يأتي بيان لحال حاله، أو يحكم القاضي له بالموت بعد مرور زمن يغلب على الظن موته، كما أن السرخسي قال" امرأة المفقود امرأة ابتليت فلتصبر حتى يتبين موت أو طلاق".

يتبين لنا من مذهب أبي حنيفة أن التفريق عندهم لا يجوز حتى يتبين حال لحياة المفقود ميتا كان أو حي؛ ولا يحكم القاضي بموته إلا بعد مرور مدة زمنية، يغلب فيها الظن بموته.

2– ذهب المالكية[2] إلى أن للمفقود أربعة حالات:

أ– مفقود بين الصفين في أرض العدو ويعمر من السبعين إلى الثمانين.

ب– الأسير الذي تعرف حياته وقت ثم ينقطع خبره، فلا يعرف له موت ولا حياة.

ج– مفقود يخرج في وجهة للتجارة أو غيرها فلا يعرف موضعه، ولا تعلم حياته ولا موته.

د– مفقود في معركة الفتنة.

3– مذهب الشافعية[3] قال الشافعي رحمه الله "امرأة الغائب أي غيبة كانت لا تعتد ولا تنكح أبدا حتى يأتيها يقين وفاتها".

---

[1] السرخسي أبو عبدالله محمد بن الحسن بن الفرقد الشيباني، المبسوط، تحقيق: أبو وفا الأفغاني ج11 (لا.ط: كراتشي: ادارة القران والعلوم الإسلامية)، ص35.

[2] القرطبي أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر بن عاصم، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني ج6 (ط:2؛ الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1400هـ ـ 1980م) ص134.

[3] المزني إسماعيل بن يحي بن إسماعيل، مختصر المزني.ج8 (لا.ط: بيروت: دار المعرفة، 1410هـ-1990م)، ص330.

4- مذهب الحنابلة[1]: ذكر الحنابلة للمفقود حالتين:

أ- الحالة الأولى: الغالب من حاله الهلاك.

ب- الحالة الثانية: من ليس الغالب هلاكه؛ كالمسافر للتجارة أو طلب علم، ولم يعلم خبره.

القائلون بجواز الفرقة وأدلتهم:

ذهب المالكية[2] والشافعية[3] في القديم والحنابلة[4] إلى جواز الفرقة بسبب الفقد واستدلوا على ذلك بما يلي:

أ- الدليل الأول: عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال:" **أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل**"[5].

ب- الدليل الثاني: عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: "**لا ضرر ولا ضرار**"[6]، فمن قواعد التشريع الإسلامي إزالة الضرر ودفعه وإزالته عن الزوجة يكون بتمكينها من طلب الفرقة بمدة معقولة.

ج- الدليل الثالث: عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: "**تتربص حتى تعلم أحي هو أو ميت**"[7].

---

[1] ينظر المغني لابن قدامة، مصدر سابق، ج6، ص389.

[2] مالك بن أنس الأصبحي، المدونة. ج2 (ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1415هـ-1994م)، ص29.

[3] الغزالي أبو حامد محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر ج6 (ط:1؛القاهرة: دار السلام، 1417هـ) 148.

[4] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص389.

[5] أخرجه: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، الموطأ. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ج2 (لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1406هـ-1985م)، كتاب الطلاق، باب: عدة التي تفقد زوجها، ص575.

[6] سبق تخريجه.

[7] سبق تخريجه.

المانعون بعدم جواز الفرقة وأدلتهم:

ذهب الحنفية[1] إلى أن التفريق للغيبة المنقطعة لا يجوز حتى يأتي بيان لحال حاله، أو يحكم القاضي له بالموت بعد مرور زمن يغلب على الظن موته، كما أن السرخسي قال" امرأة المفقود امرأة ابتليت فلتصبر حتى يتبين موت أو طلاق".

الحكم بوفاة الغائب غيبة منقطعة (الفقد) في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في المدة التي يحكم بها بموت المفقود حتى يأخذ أحكام الأموات في عدة أقوال:

1- قول الحنفية: للحنفية عبارة مشهورة وهي: "أن المفقود حي في حق نفسه، ميت في حق غيره"[2].

فمعنى هذه العبارة أن المفقود تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له، ويورث عنه ماله، ولا تتزوج نسائه، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له، حتى لا يرث من أحد، ولا يقسم ماله بين ورثته ما لم يثبت موته ببينة[3].

لقد تعددت الأقوال عند الحنفية في المدة التي يحكم فيها بموت المفقود، فذكر عندهم بموت الأقران وهو ظاهر المبهم[4].

ولقد اختلفوا أيضا في اعتبار موت أقرانه من جميع البلدان أو من أهل بلده، ورجع أن يكون أقرانه من أهل بلده، فإذا تم له 120سنة من يوم ولد حكمنا بموته، لأن ظاهر المذهب لا يعيش أكثر من هذا[5].

وقيل لمئة سنة فإذا مضت حكم بموته[6]، وقيل تسعين سنة وعليه الفتوى[7].

---

[1] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ص35.

[2] السرخسي، المبسوط، مصدر نفسه، ج11، ص34.

[3] ابن نجم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج5، ص176.

[4] عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنمي، اللباب في شرح الكتاب، ج2، مصدر سابق، ص216.

[5] أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدئ. تحقيق: طلال يوسف ج2 (لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي) ص424.

[6] الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج6، ص197.

[7] عبد الغني بن طالب الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، مصدر سابق، ج2، ص216.

والقول المختار يصوب إلى رأي الإمام بالحكم بموته؛ لأنه يختلف لاختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص[1].

2- قول المالكية: قسم المالكية المفقود إلى أربعة أقسام كما سبق أن ذكرنا، وبنوا الحكم بوفاته بناءا على كل قسم:

أ- المفقود في بلاد الإسلام الذي لا يعرف مكانه: تتربص زوجته أربعة سنين ثم تعتد عدة وفاة أربعة أشهر وعشرا، ثم تحل للأزواج[2].

ب- الذي تعرف حياته وقتا ثم ينقطع خبره ولا يعرف له موت ولا حياة: فهذا يبقى للتعمير وعندما ينقضي تعميره يحكم له حينئذ بحكم الموت في كل شيء.

ج- المفقود في فتن المسلمين وأرضهم: فهذا يجتهد فيه الإمام.

د- المفقود في أرض العدو والمعتوك بين الصفين: حكمه حكم الأسير المتقدم ذكره، ويعمران جميعا، والتعمير فيها من السبعين إلى الثمانين[3].

3- قول الشافعية: للشافعية في وفاة المفقود قولان[4]

القول الأول: بقاءه على قيد الحياة حتى يصل خبر موته ببينة.

القول الثاني: تتربص زوجته أربعة سنين ثم تعتد عدة وفاة.

4- قول الحنابلة: قسم الحنابلة المفقود إلى قسمين، كما سبق وأن ذكرنا، وبنوا الحكم على وفاته بناءا على كل قسم:

أ- مفقود غالب على سفره السلامة: كمن ذهب للتجارة وطلب العلم، فهنا ينتظر بتمام تسعين سنة من يوم ولد، أو يرجع إلى اجتهاد الحاكم في تقدير المدة[5]، لأن الأصل حياته.

---

[1] فخر الدين الزيعلي، تثبيت الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الثلبي، مصدر سابق، ج3، ص312.

[2] أبو وليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات. ج1 (ط1، دار الغرب الاسلامي، 1408هـ ـ 1899م) ص525-529.

[3] القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، مصدر سابق، ج2، ص569.

[4] الغزالي، الوسيط في المذهب، مصدر سابق، ج6، ص148.

[5] ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد. ج 2 (ط:1؛لا.م: دار الكتب العلمية،1414هـ ـ 1994م) ص 316.

ب- وقيل حتى يتيقن موته أو تمضي عليه مدة لا يعيش مثلها، ثم تعتد زوجته عدة وفاة ويقسم ماله[1].

ج- مفقود غالب على سفره الهلاك: كالذي يفقد من بين أهله، وكمن يخرج إلى الصلاة

د- أو حاجة قريبة ولا يعود، أو في البحر غرقت به السفينة ولا يعلم له خبر[2].

فهنا تنتظر زوجته أربعة سنين لأنها أكثر مدة حمل فإن لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة الوفاة وحلت للأزواج[3].

ظهور الغائب غيبة منقطعة حيا بعد صدور الحكم بوفاته في الفقه الإسلامي

1- قول الحنفية: إذا ظهر زوج المفقود حيا بعد صدور الحكم بوفاته، فالزوجة زوجته سواء تزوجت أو لم تتزوج، فإن اعتدت وتزوجت ثم أتى الزوج الأول حيا فهنا يخير بين أن ترد عليه وبين المهر، وقد صح رجوعها عنه استنادا لقول علي رضي الله عنه حيث أنه كان يقول "ترد إلى زوجها الأول، ويفرق بينها وبين الآخر" ولها المهر بما استحل من فرجها، ولا يقربها الأول حتى تنقضي عدتها من الآخر، ولأنه تبين أنها تزوجت وهي منكوحة، ومنكوحة الغير ليست من المحللات بل هي من المحرمات لقوله عز وجل: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء:24]، فكيف يستقيم تركها مع الثاني، وإذا اختار الأول المهر وكون النكاح منعقدا بينهما فكيف يستقيم دفع المهر إلى الأول، وهو بدل بضعها فيكون مملوكا لها دون زوجها، والصحيح أنها زوجة الأول، ولكن لا يقربها لكونها معتدة لغيره كالمنكوحة إذا وطئت بالشبهة[4].

وإن علم حياته في وقت من الأوقات يرث من مات قبل ذلك الوقت من أقاربه[5].

2- قول المالكية: قسم المالكية حال المرأة عند ظهور زوجها حيا بعد صدور حكم بوفاته إلى ثلاثة أقوال:

---

[1] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص389.

[2] ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، مصدر سابق، ج7، ص143.

[3] علاء الدين أبو الحسن المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. ج7(ط:2؛ لا.م: دار إحياء التراث العربي، لا.ت) ص336.

[4] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص37.

[5] ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج5، ص178.

– إذا جاء الزوج الأول قبل أن تنكح امرأته فهو أحق بها.

– إذا جاء الزوج الأول بعد أن نكحت زوجته فدخل بها الثاني ثم أتى الزوج الأول فلا سبيل له إليها، ولا له عليها ولا على نكاحها شيئا من السباق الذي أسبقها، لأنها قد استحقته بمسيسه لها[1].

– إن تزوجت ولم يدخل بها الزوج الثاني فترد إلى الزوج الأول وهو الأصح من طريق الأثر، لأننا قلدنا فيه عمر بن الخطاب رضي الله عنه[2].

3– قول الشافعية:

أولا: في الجديد

إذا جاء الزوج الأول بعد ظهوره حيا فهنا زوجته إن لم يكن قد دخل بها الثاني ويفرق بينهما القاضي ولا شيء عليه، وحلت له من وقتها، أما إذا دخل بها الثاني فرق بينهما القاضي، وكان الوطء وطء شبهة، وجب لها مهر المثل دون المسمى وعليها العدة وهي محرمة على الزوج الأول ما لم تنقضي عدتها فإن انقضت عدتها حلت له[3].

وإذا نكحت ودخل بها الزوج كان حكم الزوجية بينهما وبين الأول بحاله غير أنه ممنوع من فرجها بوطء شبهة[4].

ثانيا: في القديم

فقد اختلف فيه على قولين:[5]

القول الأول: وهو القول المشهور إذا رجع الزوج الأول فيفسخ النكاح في الظاهر دون الباطل سواء تزوجت أو لم تتزوج، وإن قلنا ينفسخ ظاهرا وباطلا لم ترد إلى الأول سواء تزوجت أو لم تتزوج.

---

[1] القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، مصدر سابق، ج2، ص568.

[2] ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، مصدر سابق، ج11، ص320.

[3] الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج11، ص320.

[4] المزني، مختصر المزني، مصدر سابق، ج8، ص330.

[5] العمراني أبو الحسين يحي بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي. تحقيق: قاسم محمد النوري ج11 (ط:1؛ جدة: دار المناهج، 1421هـ-2002م)، ص48.

القول الثاني: فإذا رجع الأول قبل أن تتزوج بآخر ردت إلى الأول، وإن رجع الأول بعد أن تزوجت بآخر فهي للثاني.

4- قول الحنابلة: لقد اختلف الحنابلة في حال ظهور الزوج حيا بعد صدور الحكم بوفاته إلى ثلاث أقوال:[1]

- إذا عاد الزوج الأول فهي امرأته لأن اعتباره حي يبقي النكاح بحاله.
- إن تزوجت من الثاني وقبل الدخول بها فهي زوجة الأول.
- وإن تزوجت ودخل بها الثاني خير الأول بين أخذها فتكون زوجته بالعقد الأول وبين أخذ صداقها، وتكون زوجة الثاني.

ثانيا: أحكام الغيبة المنقطعة (المفقود) في قانون الأسرة الجزائري

أمَّا المفقود فقد عرفته المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

وتنص المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري "الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"[2].

نفهم من النصين السابقين أن كل مفقود غائب، وليس كل غائب مفقود، لأن الغائب قد يتحول إلى مفقود بانقطاع أخباره والشك في حياته، وهذه الظروف الجديدة التي تجعل الغائب مفقودا.

وقد عرف المشرع الجزائري الغائب وللمفقود بالترتيب وكان واضحا في ذلك، كما ألحق بهما نفس الحكم بعد مرور سنة من الغياب[3].

---

[1] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص 390.

[2] المادة 109، 110 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984م والمعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[3] آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية. (رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الاسلامية، تخصص قانون)، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014م، ص168.

أحكام المفقود إذا ظهر حيا:

إذا صدر حكم بفقدان الشخص فإنه يعتبر مازال حيا سواء بالنسبة لأمواله أو زوجته طالما لم يصدر حكم بوفاته.

أ- بالنسبة لأمواله: لا تقسم أمواله بين الورثة، وأن المفقود يرث من غيره، وإن لم يورث لأن حياته هي الأصل الثابت قبل الحكم بموته، فيوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبا فيها[1].

وهذا ما تضمنته المادة 111 من قانون الأسرة الجزائري إذ تنص على ما يلي: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من ، الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود، ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون"[2].

فلا يعتبر المفقود ميتا إلا من تاريخ الحكم بالوفاة، وليس من تاريخ الحكم بالفقدان؛ فالمفقود يرث من مات قبل الحكم بوفاته[3].

ب- بالنسبة للزوجة: إذا فقد الشخص أو غاب وانقطعت أخباره، ولم يعرف مكان وجوده وتسبب غيابه في ضرر للزوجة، عليها أن تطلب التطليق بناءا على نص المادة 53 الفقرة الخامسة[4].

إذ تنص المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون"[5].

---

[1] محمدي فريدة زواري، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص60.

[2] المادة 111من القانون رقم 84-11، مؤرخ في 9يونيو سنة 1984م، والمعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02المؤرخ في 27 فبراير 2005م، والمتضمن لقانون الأسرة.

[3] محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص61.

[4] العربي مصطفى باشا، الغيبة وأثرها في التطليق.(مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، تخصص شريعة وقانون) كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، وهران، 2012م ـ 2013م ص101.

[5] المادة 112من القانون رقم 11-84المؤرخ في 9يونيو سنة 1948م، والمعدل والمتمم بالأمر رقم 5-02المؤرخ في 27فبراير 2005م والمتضمن قانون الأسرة.

ويلاحظ من نص هذه المادة أن المفقود يأخذ حكم الغائب في حق الزوجة طلب التطليق غير أن المشرع الجزائري ميز بينهما في الوصف، كما أن للمفقود أحكاما خاصة به في قانون الأسرة الجزائري، وهي أنه لا يمكن للزوجة طلب التطليق إلا بعد صدور حكم قضائي بموت المفقود، وذلك بعد مرور فترة زمنية حددها الشرع الجزائري[1].

أحكام المفقود باعتباره ميتا بعد صدور الحكم بوفاته:

تختلف المدة التي يجب أن يصدر بعدها الحكم بالوفاة بحسب الحالة التي فقد فيها الشخص[2].

بالنظر إلى المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي: "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة، أو من له مصلحة، أو النيابة العامة"[3].

إن المشرع الجزائري فرق في حالة الحكم بالوفاة حالتين هما:

الحالة الأولى: الحالة التي يغلب فيها الهلاك

إذا كان الشخص فقد في ظروف يغلب فيها الهلاك (حالة حرب) فللقاضي بناءا على طلب ذوي الحكم باعتباره ميتا بعد أربع سنوات من تاريخ الغياب.

الحالة الثانية: حالة لا يغلب فيها الهلاك

إن فقد الشخص في حالة تغلب فيها السلامة[4]، كالمسافر أو كالذي يذهب للدراسة في الخارج ولم ترد عنه أخبار[5]، يترك الأمر لتقدير القاضي وله أن يتحرى بكافة الطرق والوسائل للوقوف على حياة المفقود أو وفاته، وفي جميع الأحوال لا يحكم القاضي بوفاة المفقود قبل مضي أربع سنوات على فقده[6].

---

[1] العربي مصطفى باشا، الغيبة وأثرها في التطليق، مرجع سابق، ص101.

[2] محمدي فريدة زواري، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص61.

[3] المادة 114 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 9يونيو 1984م، والمعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02المؤرخ في 27فبراير 2005م، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[4] محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق،(لا.ط؛ عنابة: دار العلوم، 1427هـ-2006م)، ص136.

[5] محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص61.

[6] محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، مرجع سابق، ص137.

وهذا ما تضمنته المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري التي تضمنت ما يلي: "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربعة سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربعة سنوات"[1].

بالنسبة لأمواله:

يعتبر المفقود بعد الحكم بوفاته ميتا، وتبعا لذلك توزع تركته على من كان موجودا من ورثته وقت الحكم بموته، أما من مات من ورثته قبل صدور الحكم فإنه لا يرث منه، ومن اللازم لاستحقاق الإرث أن تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتا، وهذا ما تضمنته المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي:" يشترط لإستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث"[2].

بالنسبة للزوجة:

تعتد زوجته عدة وفاة، ويحل لها بعد انقضاء فترة العدة أن تتزوج من غيره[3]، وعدة الوفاة هي أربعة أشهر وعشرة أيام تحسب من يوم صدور الحكم بالوفاة[4].

ظهور الغائب غيبة منقطعة حيا بعد صدور الحكم بوفاته في قانون الأسرة:

بالنسبة لأمواله:

[1] المادة 113 من القانون رقم84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن قانون الأسرة.

[2] المادة 128 من القانون رقم84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن قانون الأسرة.

[3] توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، "موجز النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق".(لا.ط، لا.م: مؤسسة الثقافة الجامعية، لا ت)، ص224.

[4] محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، مرجع سابق، ص62.

يحدث أن يظهر المفقود حيا بعد الحكم بوفاته، وإذا حدث ذلك فعلا فإن له أن يسترجع ما تبقى من أمواله عينا أو يسترجع قيمة ما بيع منها، وهذا ما نصت عليه المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي: لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور حكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما تبقى عينا من أمواله أو ما بيع منها[1].

أمَّا بالنسبة للزوجة سواء قبل ارتباطها بغيره أو بعد ذلك، فإن هذه المسألة الفقهية التي تناولها الفقه الإسلامي لم يتطرق إليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، وقد يرجع ذلك إلى سببين هما:

1- أن المشرع الجزائري قد أحال على المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص قانوني، وبهذا نكون أمام قول المذهب المالكي في هاته المسألة .

2- أما السبب الثاني أن المشرع الجزائري لم يرد التطرق إلى هاته المسألة عمدا كونها نادرة الوقوع وركز على مسألة التطليق إذا طلبته الزوجة قصد دفع الضرر عنها[2].

وفي خلاصة هذا المبحث نقول:

أن المشرع الجزائري في الغيبة غير المنقطعة اتفق مع الإمام مالك وأحمد على وجه العموم في الحكم على الزوج الغائب بالتفريق بينه وبين زوجته بعد اكتمال الشروط، كما أنه أعطى للغائب غيبة منقطعة أي المفقود حكم الغائب في حق الزوجة في طلب التفريق وميز بينهما في الوصف، على عكس فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اختلفوا في حالات المفقود قبل التفريق بين الزوجين.

[1] المادة 112 من القانون رقم84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن قانون الأسرة.

[2] العربي مصطفى باشا، الغيبة وأثرها في التطليق، مرجع سابق، ص109-110.

المبحث الثالث

الآثار المترتبة عن الفرقة للغيبة في الفقه الإسلامي

وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الثالث: الآثار المترتبة عن الفرقة للغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

نتناول في هذا المبحث الآثار المترتبة عن الفرقة للغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الذي جاء في مطلبين، المطلب الأول متعلق بالزوجة وما يثبت لها من توابع، والمطلب الثاني متعلق بالأولاد وما يثبت لهم من توابع أيضا.

المطلب الأول: ما يثبت لزوجة الغائب من توابع الحكم بالتفريق

الفرع الأول: العدة

تعرف العدة على أنها "مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها وهي مدة حددها الشارع بعد الفرقة يجب على المرأة فيها الانتظار بدون زواج حتى تنقضي وتكون العدة في كل طلاق أو فسخ كما أن العدة واجبة شرعا على المرأة بالكتاب والسنة والإجماع"[1].

فالعدة تختلف باختلاف الفرقة، إن كانت قبل الدخول أو بعده أو إن كانت بسبب غيبة منقطعة أو غير منقطعة وبيانها كالتالي:

أولا: العدة بسبب الغيبة غير منقطعة

في هذه الحالة للعدة ثلاث حالات، إما أن تكون عدة بالإقراء أو عدة بالأشهر أو عدة بوضع الحمل[2]، وتختلف هذه الحالات حسب ما إذا كانت الفرقة قبل الدخول أو بعد الدخول، إذا كانت الفرقة قبل الدخول: فهنا لا عدة على المرأة لقوله عز وجل: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب:49].

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. ج7 (ط:4؛ دمشق: دار الفكر، لا.ت)، ص625.

[2] البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، مصدر سابق، ج5، ص411.

أمَّا إذا كانت الفرقة بعد الدخول فإن عدة المرأة تختلف باختلاف حالها:

1- **عدة الإقراء:** والمقصود بالإقراء هو الحيض لأن الحيض يعرف لبراءة الرحم، والعدة المقصود منها هو براءة الرحم فالذي يدل على براءة الرحم هو الحيض لا الطهر، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [سورة الطلاق:4][1].

ولقوله ﷺ لفاطمة بنت أبي جحش "**أنظري فإذا أتى قرؤك فلا تصلي وإذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي بين القرء إلى القرء**"[2].

وبذلك يفهم من حديث النبي صلى عليه وسلم أن الإقراء هو الحيض، وبزوال الحيض يرفع السبب وتصبح المرأة طاهرة ويبرأ رحمها وهو المقصود من العدة فهنا إن كانت المرأة من ذوات الحيض فعدتها ثلاثة قروء لقوله عز وجل﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ﴾ [البقرة: 228].

أما المشرع الجزائري فقد ذكر في المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء..."[3].

يعني ذلك أنه إذا كانت الزوجة قد أصدرت المحكمة حكما بطلاقها من زوجها سواء بناءا على طلبها أو بناءا على طلب زوجها، فإنه لا يجوز لها أن تبرم عقد زواج جديد إلا بعد مرور ثلاثة قروء؛ وهو ما يساوي عادة ثلاثة شهور، وإن هي تزوجت قبل ذلك تكون قد خالفت الشرع والقانون واعتبرت آثمة[4].

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج9، ص7173.

[2] أخرجه: النسائي أبو عبد الرحمان، سنن النسائي الصغرى. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة ج6 (حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، 1406هـ-1986م)، كتاب: الطلاق، باب: الأقراء، رقم الحديث: 3552، ص211.

[3] المادة 58من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، والمعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة.

[4] محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة. "الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، مرجع سابق، ص136.

2- **عدة الأشهر**: وهذه العدة تتعلق بالمرأة الآيسة والتي لم تحض أصلا والصغيرة فإن كانت من غير ذوات الحيض فعدتها ثلاثة أشهر، ويصدق ذلك على الصغيرة التي لم تبلغ، والكبيرة التي لا تحيض سواء أكان الحيض لم يسبق لها، أم انقطع حيضها بعد وجوده[1].

والدليل على ذلك قوله عز وجل: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [سورة الطلاق:4].

ولقد اضطرب الناس في حد الإياس اضطرابا شديدا، فمنهم من حدده بخمسين سنة وقال لا تحيض المرأة بعد الخمسين وهذا قول إسحاق، أما الشافعي رحمه الله فلا نص له في تقدير الإياس بمدة، ولقد سلك ابن القيم الجوزية وبعض من جمهور الفقهاء على أنها تعتد ثلاثة أشهر، ولم يجعلوا للصغر الموجب للاعتداد حدا، وكذلك يجب أن لا يكون للكبر الموجب للإعتداد بالشهور حدا[2].

وبهذا تكون عدة الأشهر متعلقة بالمرأة الصغيرة التي لم تبلغ بعد، وبالمرأة اليائسة التي أصبحت في سن من عمرها لا تحيض فيه.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد ذكر ذلك في نص المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء في الشطر الثاني من هذه المادة " واليأس من المحيض ثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"[3].

وهذا يعني أنه إذا كانت الزوجة قد صدر حكم المحكمة بطلاقها وهي في سن من عمرها لا تحيض فيه ويأست من المحيض، فإن عدتها من الطلاق ستكون ثلاثة شهور كاملة، ولا يجوز

---

[1] حسين بن عودة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة. (ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم، لا.ت) ص 1423 و1429.

[2] ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد.ج5 (ط:27؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1415هـ-1994) ص 583-589.

[3] المادة 58 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، والمعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة.

خلالها أن تتزوج مرة ثانية مع أي كان، وإن تزوجت فإنها ستكون قد ارتكبت إثما واقترفت حراما وعرضت زواجها للبطلان[1].

فالمشرع الجزائري اتفق مع ابن القيم الجوزية وجمهور الفقهاء في المدة التي تعتد بها الصغيرة واليائسة من المحيض ولم يجعلوا لليائس سن محدد على عكس من حدده بخمسين سنة.

وفي حالة ما إذا ابتدأت المرأة الصغيرة أو اليائسة من المحيض عدتها بالأشهر كما ذكرنا سابقا، وقيل إنهاء عدتها، ووجب عليها أن تستأنف عدة أخرى بالإقراء وذلك لرؤية الدم في ثلاثة أقراء[2].

ويرى بعض الفقهاء أن اليائسة لا تتحول عدتها إذا أيست ورأت الدم لأن للإياس وقتا إذا بلغته المرأة ثم رأت الدم لم يكن حيضا[3].

3- عدة الحامل: أن مدة العدة بالنسبة للمطلقة الحامل تختلف عن غيرها من النساء فهي لم تحسب كغيرها بالقروء ولا بالشهور فعدتها بوضع الحمل مطلقا بائنة كانت أو رجعية، أو مفارقة في الحياة أو متوفي عنها زوجها، وذلك لقوله عز وجل: ﴿**وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾ [الطلاق: 4]، وما جاء عن أم سلمة "**أن امرأة من أسلم يقال انها كانت تحت زوجها فتوفى عنها وهي حبلى، فخطبها أبو السنابل بن يعكك فأبت أن تنكحه فقال لها والله ما يصلح أن تنكحي حتى تعتدي آخر الأجلين فمكثت قريبا من عشرة ليال ثم نفست ثم جاءت للنبي صلى الله عليه وسلم فقال انكحي**"[4]، يفهم من هذا الحديث أن عدة الحامل تكتمل بوضع الحمل، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز لها الزواج بعد وضع حملها.

---

[1] محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص136.

[2] ينظر المبسوط للسرخسي، مصدر سابق، ج6، ص27.

[3] ينظر الكساني، في البدائع، المصدر السابق، ج2، ص205.

[4] أخرجه: النسائي أبو عبد الرحمان، سنن النسائي الصغرى، مصدر سابق، ج6، كتاب: الطلاق، باب: عدة الحامل المتوفي عنها زوجها رقم الحديث: 3516، ص193.

ولقد جاء في قانون الأسرة الجزائري والذي ينص على أن "عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"[1].

فهنا المشرع الجزائري جعل مدة عشرة أشهر كأقصى فترة للحمل، وبهذا يتفق المشرع مع الأطباء الذين يؤكدون أن الحمل لا يمكث في بطن أمه أكثر من هذه المدة.

كما أن هناك عدة أحكام أخرى تتعلق بالعدة في حال تحولها من حال إلى حال كتحول العدة من الأشهر إلى الإقراء أو تحول العدة من الإقراء إلى الأشهر أو كمن كانت حاملا وادعت أنها أسقطت جنينها فهنا تتغير عدتها، فهناك عدة مسائل متعلقة بالعدة لم نذكرها.

ثانيا: العدة بسبب الغيبة المنقطعة أي الفقد

بما أنه سبق وأن ذكرنا أن المفقود الغائب غيبة منقطعة يحكم عليه بالوفاة وذلك بعد مرور مدة زمنية معينة فإن زوجته تخضع لنفس حكم زوجة المتوفي عنها زوجها، إلا أنهما يختلفان من حيث بداية إحساب العدة، وهذا باعتبار أن زوجة المفقود تبتدئ حسابها من يوم وفاة زوجها وهذا ما أخذ به الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري وسيأتي بيانه كالتالي:

لقد أجمع الفقهاء ومنهم الشافعية[2] والمالكية[3] والحنابلة[4] على أن المتوفي عنها زوجها بعد زواج صحيح سواء دخل بها أو لم يدخل بها، اختلى بها أو لم يختلي سواء كانت صغيرة أو كبيرة، يائسة من المحيض أو من ذوات الحيض يجب عليهن العدة وهي أربعة أشهر وعشرا وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ [البقرة: 234].

---

[1] المادة 60من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، والمعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة.

[2] أحمد بن محمد المعاملي، اللباب في الفقه الشافعي. تحقيق: عبد الكريم القمري. (ط:1؛ المملكة الغربية السعودية: دار البخاري، لا.ت)، 340.

[3] الصاوي أبو العباس أحمد الحلوتي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير "بلغة السالك لأقرب المسالك".ج2 (لا.ط لام: دار المعارف، لات)، ص682.

[4] البهوتي: كشاف القناع على متن الإقناع، مصدر سابق، ج5، ص415.

واستدلوا أيضا بقوله ﷺ عن زينب رضي الله عنها قالت: دخلت عن ابنة جحش حيث توفي أخوها، فدعت بطيب خمست منه ثم قالت: أما والله مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: "**لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاثة أيام إلا على الزوج أربعة أشهر وعشرا**"[1].

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فإن المشرع سلك مسلك الفقهاء في تحديد مدة العدة بأربعة أشهر وعشرة أيام، وذلك من خلال نص المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري الذي ينص على أنه: "تعتد المتوفي عنها زوجها يمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"[2].

وعليه ومن خلال ما جاء في نص المادة فإنه عندما تصدر المحكمة حكما بوفاة الزوج المفقود، فإن الزوجة هنا تعتد منذ صدور ذلك الحكم أو التصريح به، وتصبح عدتها مثل عدة زوجة المتوفي عنها زوجها وهي أربعة أشهر وعشرة أيام.

الفرع الثاني: النفقة

بما أن العدة أثر من آثار الفرقة بين الزوجين فإن النفقة أثناء العدة حق للمطلقة أيضا.

وتعرف النفقة على أنها هي الطعام والكسوة والسكنى[3]، ولنفقة المعتدة عدة أحكام نذكرها كما يلي:

أولا: اتفق الفقهاء ومنهم الحنفية[4] والمالكية[5] والشافعية[6] والحنابلة[7] على أنه لا نفقة للزوجة إذا كانت الفرقة بينها وبين زوجها قبل الدخول والخلوة الشرعية بينهما، لأنه لا عدة عليها وذلك

---

[1] أخرجه: أبو داوود السجستاني، سنن أبي داوود. تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد ج2 (لا.ط؛ بيروت: المكتبة العصرية، لات)، كتاب الطلاق، باب إحداد المتوفي عنها زوجها، الحديث رقم: 2299، ص290.

[2] المادة 59 من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، والمعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة.

[3] عبد الغني بن طالب الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب. مصدر سابق، ج3، ص91.

[4] مجد الدين أبو الفضل، الاختيار لتعليل المختار. ج4(لا.ط؛ القاهرة: مطبعة الحلبي، 1356هـ-1937م)، ص3.

[5] القرطبي أبو عمرو يوسف، الكافي في فقه أهل المدينة، مصدر سابق،ج2. ص3.

[6] أبو عبدالله بن إدريس، الأم.ج5 (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة،1410هـ ـ 1990م) ص95.

[7] البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مصدر سابق، ج5، ص464.

لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 49]، وبذلك إذا لم تكن عدة فلا توجد نفقة.

ثانيا: اتفق الفقهاء ومنهم المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] على أن المفترقة عن زوجها بطلاق أو فسخ إذا كانت حاملا يجب عليها النفقة وذلك لقوله عز وجل: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، واستدلوا أيضا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم "وذلك لقول فاطمة بنت قيس أنها قالت طلقني زوجي ثلاثا لم يجعل لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نفقة ولاسكنى، وقد قال: "**لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا**"[4]، ولقد أنكر عليها هذا الحديث عمر وعائشة، وبما أن الحمل ولده فيلزمه ذلك الإنفاق عليه، ولا يمكنه النفقة عليه إلا بالإنفاق عليها لذلك أوجب الفقهاء النفقة للمطلقة الحامل بكل أنواعها.

ثالثا: اختلف الفقهاء في الزوجة المطلقة بائنا والزوجة التي فرق بينها وبين زوجها إذا كانت مدخولا بها أو مختلى بها ولم تكن حاملا إلى قولين:

القول الأول: وجوب النفقة لها حيث قالوا أن كل امرأة وجبت عليها العدة بسبب احتباسها لحق الزوج[5] واستدلوا بذلك لقوله عز وجل: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق:7] وقالوا أن عموم الآية يشمل المطلقات سواء أكن أولات حمل أو لا، ولا يخصص عام القرآن إلا بدليل قطعي ولم يوجد ذلك الدليل.

---

[1] القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، مصدر سابق، ج2، ص627.

[2] علاء الدين أبو الكساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج3، ص209.

[3] عبد الرحمان بن محمد المقدسي، الشرح الكبير على مقتن المقنع. ج9 (لا.ط؛ لا.م: دار الكتاب العربي، لا.ت) ص239.

[4] أخرجه: الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية. تحقيق: محمد عوامة ج3 (ط:1؛ بيروت: الريان للطباعة والنشر 1418-1987م)، كتاب الطلاق، باب: النفقة، ص272.

[5] الموصلي عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج4، ص8-9.

القول الثاني: لا نفقة لها وهو قول جمهور الفقهاء، المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3]؛ حيث قالوا أن الزوجة المفترقة عن زوجها بطلاق بائن أو فسخ لا نفقة لها وذلك لانتفاء سلطة الزوج عليها واستدلوا بذلك بما روي عن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة، وهو غائب فأرسل إليها وكيلة بشعير فسخطته، فقال: والله مالك علينا من شيء فجاءت الرسول صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، فقال: "**ليس لك عليه نفقة فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك**"[4].

يفهم من ذلك أنه لا نفقة للمعتدة من طلاق بائن أو فسخ وذلك لانتفاء سلطة الزوج عليها.

رابعا:

1- اتفق جمهور الفقهاء ومن بينهم الحنابلة[5] والحنفية[6] والشافعية[7]، أنه لا تجب باتفاق نفقة المعتدة من الوفاة لأن احتباسها ليس حق للزوج بل لحق الشرع وأيضا لعدم وجود دليل يدل على ذلك.

ولقد اختلفوا في السكنى هل تجب للمعتدة من وفاة أم لا إلى قولين:

ذهب المالكية[8] مع جمهور الفقهاء أن للمعتدة من وفاة ليس لها النفقة إلا أنهم أوجبوا لها السكنى إذا كانت الدار للميت أو مستأجرة ودفع أجرتها قبل الموت فهنا لا تخرج من بيتها حتى تتم العدة أو يخرجها رب الدار.

---

[1] الصاوي أبو العباس أحمد محمد الحلوتي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ج2، ص 689.

[2] الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج5، ص105.

[3] ابن مفلح ابراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع.ج7(ط:7؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ ـ 1997م) ص147

[4] أخرجه:مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ج2 (لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث الغربي، ص1114)، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، الحديث رقم 1480.

[5] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص234.

[6] أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدئ. تحقيق: طلال يوسف ج2 (لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، لا.ت) ص290.

[7] أبو الحسن يحي بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي، مصدر سابق، ص238.

[8] القيرواني، الرسالة، مصدر سابق، ص100.

أما إذا كانت حاملا وجبت نفقتها من نصيب الحمل من التركة[1].

2- وذهب الشافعية[2] إلى أنها لا تجب لها النفقة وذلك لزوال التمكن من الاستمتاع بالموت أو بسبب الحمل أما السكنى عندهم ففيها قولان:

- القول الأول: تجب لها لما روت فريعة بنت مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**اعتدي في البيت الذي أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشرا**"[3]؛ وذلك لأنها معتدة عن نكاح صحيح وجعل لها السكنى كالمطلقة.

- القول الثاني: تجب لها النفقة لا تجب لها العدة وهو قول المزني[4].

ومما سبق نستخلص بأن النفقة للزوجة المعتدة حالات:

الحالة الأولى: أنه إذا كانت الفرقة بينها وبين زوجها قبل الدخول فلا نفقة لها باتفاق الفقهاء.

الحالة الثانية: أن المفترقة عن زوجها إذا كانت حاملا وجبت لها النفقة باتفاق.

الحالة الثالثة: إذا كانت الفرقة بينها وبين زوجها وكانت مدخولا بها ولم تكن حاملا فهنا فيها قولان؛ والقول الراجح هو قول جمهور الفقهاء لا نفقة لها.

الحالة الرابعة: أما إذا كانت الزوجة معتدة من وفاة فلا نفقة لها باتفاق جمهور الفقهاء، واختلفوا في السكنى فالمالكية، وبعض من جمهور الفقهاء أوجبوها على عكس رأي المزني من الشافعية الذي لم يوجبها.

أمَّا المشرع الجزائري فقد نص في المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري على أنه لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها بالسكن العائلي مادامت في عدة طلاقها، أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق[5].

---

[1] علوي بن عبد القادر، الموسوعة الفقهية. ج3 (لا.ط؛ لا.م: موقع الدرر السنية على الأنترنت)، ص150.

[2] الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج3، مصدر سابق، ص157.

[3] أخرجه: النسائي، السنن الصغرى، مصدر سابق، ج6، كتاب الطلاق، باب عدة المتوفي عنها زوجها، الحديث رقم: 3552، ص200.

[4] ابن إسماعيل بن يحي بن إسماعيل، مختصر المزني. ج8 (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1410هـ-1990م)، ص339.

[5] المادة 61 من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، والمعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة.

وبهذا يكون على المعتدة أن تعتد في البيت الذي تسكنه إلى وقت الفرقة، وتلتزم بيت الزوجية ولا تخرج منه إلا للضرورة أو لعذر ولها النفقة والسكنى مادامت في منزل الزوجية والنفقة هنا يراعي فيها حال الزوج يسارا وإعسارا، أو سكنت منزلا آخر دون ضرورة يقدرها الشارع تعتبر حينئذ ناشزا، وتسقط نفقة العدة[1].

نلاحظ أن المشرع لم يفصل في النفقة للمعتدة المفقود أو المتوفي زوجها سواء أكانت حاملا أم لا، سواء كانت قبل الدخول أو بعده، وإنما أوجب لها النفقة في كل حالاتها بشرط عدم خروجها من بيت الزوجية على عكس فقهاء الشريعة الإسلامية الذين فصلوا فيها في عدة حالات كما سبق ذكرها.

الفرع الثالث: متاع البيت

يعتبر متاع البيت من أحد الآثار المترتبة عن الفرقة بين الزوجين، وأحد أخطر الآثار وأشدها تعقيدا؛ وذلك لأنه يقع محل خصام بين الزوجين المتفارقين، أو ورثة الميت بسبب الاختلاف حول ملكية متاع البيت، ويمكن أن نعرف متاع البيت على أنه كل ما يوجد في بيت الزوجية من أثاث وأدوات وجهاز تحت يد الزوجين، وينتفعان به، وفي حال وجود خلاف بين الزوجين في حال الفراق بشأن تملك متاع البيت ففي هذه المسألة أقوال لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون.

أولا: أقوال فقهاء الشريعة في مسألة ملكية متاع البيت

المذهب الأول: وهو مذهب جمهور الفقهاء الحنفية[2] والمالكية[3] والحنابلة[4] حيث قالوا أنه في حال اختلاف الزوجان أو ورثة الميت حول متاع البيت، فهنا ما يصلح للرجال كالسلاح والعمامة والقلنسوة والغمص فهو للرجل، وما كان يعرف للنساء كالخمر، والحلي والحرير فهو للنساء، وما كان من متاع النساء واشتراه الرجل وله بينه بذلك فهو له مع أداء اليمين في المعتاد عند الرجال والعكس عند النساء، وحجتهم في ذلك:

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ج1 ص376-377.

[2] ينظر السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص213.

[3] ينظر: مالك بن أنس، المدونة، مصدر سابق، ج2، ص187.

[4] ينظر: البهوتي، كشاف الإقناع عن متن الإقناع، مصدر سابق، ج6، ص339.

1– أن الظاهر شاهد بهذا الحكم، والاستعمال بمثابة اليد الحسية، فيحكم لكل منهما بما جرت العادة باستعماله إياه.

2– عن علي بن أبي طالب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم **"متاع النساء للنساء ومتاع الرجال للرجال"**[1].

3– قول النبي ﷺ: **"البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه"**[2].

ولقد اختار هذا القول أيضا ابن القيم على أنه إذا تنازل الزوجان في متاع البيت حكم للرجل بما يصلح له، وللمرأة بما يصلح لها، وابن القيم يحكم بغلبة الظن المستفادة من العادة المشاهدة؛ وهي من القرائن الظاهرة التي يحكم بها للمدعي مع يمينه كما لو تنازع خياط ونجار في آلات صناعتهما فالنجار يحكم له بآلات النجارة، والخياط يحكم له بآلات الخياطة"[3].

المذهب الثاني:

هو مذهب الإمام الشافعي[4] وابن حزم[5] ؛ حيث قالوا أنه في حال إذا تداعى الزوجان في متاع البيت أو الورثة بعد موتهما أو موت أحدهما ولا بينة لهما، فإنهما يحلفان، فإذا حلفا جميعا، فالمتاع بينهما نصفان سواء كان مما لا يصلح إلا للرجال كالسلاح ونحوه أو مما لا يصلح إلا للنساء كالحلي ونحوه أو كان مما يصلح للكل وحجتهم في ذلك:

1– أن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث، وغير ذلك، والمرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك، ولا ينكر ملك المرأة للسلاح ولا ملك الرجل للحلي.

2– أن الزوجين المتنازعين استويا في سبب الاستحقاق لأنهما ساكنان في البيت، فالبيت وما فيه في أيديهما معا.

---

[1] أخرجه: أبو عثمان سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور. تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي ج1(ط:1؛ الهند: الدار السلفية، 1403هـ-1982م، باب: ما جاء في متاع البيت إذا اختلف فيه الزوجان، الحديث رقم: 1497.

[2] أخرجه: أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى. تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج10، مصدر سابق، كتاب: الدعوى والبينات، باب: البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه، الحديث رقم: 21208، ص429.

[3] محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، إغاثة اللهفان. تحقيق: محمد حامد الفقهي ج2 (ط:2؛ بيروت: دار المعرفة 1395هـ-1975م)، ص66.

[4] الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج5، ص103.

[5] ابن حزم، المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج8، ص518.

ولقد رجح ابن تيمية رأي جمهور الفقهاء فقال: أن الأصل المستقر في الشريعة أن اليمين مشروعة في جنبة أقوى المتداعين سواء ترجح ذلك بالبراءة الأصلية أو اليد الحسية أو العادة العلمية[1].

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري على أنه إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشاركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين[2].

ويتضح من هذه المادة أن النزاع في متاع البيت وأثاثه ينتهي لصالح البينة، وذلك انطلاقا من القاعدة الفقهية المشهورة: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وهذا على أساس طبيعة الشيء محل النزاع، فإذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في الأشياء التي بطبيعتها هي خاصة بالنساء، أما إذا كانت طبيعة الشيء محل النزاع خاصة بالرجال، فإن الزوج يكلف بأداء اليمين كذلك وله أن يأخذه طالما أن الزوجة لا تملك البينة الكافية، وأما عند اشتراك الشيء بينهما تقضي المحكمة بقسمته مع اليمين[3].

وعليه فإنه يمكن القول أنه لا يجوز تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة في مجال النزاع حول متاع البيت إلا إذا توفرت ثلاثة شروط مجتمعة وهي[4]:

1- أن يكون موضوع النزاع القائم بين الزوجين هو شيء من متاع البيت حقيقة.

2- أن يكون سبب النزاع منصبا على حق أحدهما في ملكية ما يدعيه ملكية خالصة له.

---

[1] ابن تيمية تقي الدين أبو العباس، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمان بن محمد قاسم ج34 (لا.ط؛ المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1416هـ-1995م)، ص81.

[2] المادة 73 من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، والمعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة.

[3] بلحاج العربي، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 74.

[4] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد "أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل". (ط:1؛ الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2013م) ص150.

3– أن يكون للمدعي منهما حجة كتابية أو شفاهية لإثبات ما يدعيه.

فيما سبق تحدثنا عن متاع البيت في حالة وجوده في بيت الزوجية، أما في حالة عدم وجود المتاع فنميز حالتين:

الحالة الأولى:

إذا كان المتاع غير موجود أصلا فهنا تطالب الزوجة بمالها من متاع الزوجية، إلا أن الزوج ينكر وجوده، فعندئذ تلجأ إلى القواعد العامة للإثبات وذلك بتطبيق المادة 323 من القانون المدني والذي يذهب إلى أنه: "على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"[1]، وتطبيقا لقاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.

الحالة الثانية:

إذا كان المتاع غير موجود لأن الزوجة أخذته كاملا، ففي هذه الحالة يدعي الزوج أن زوجته أخذت المتاع إلى بيت أهلها عند مغادرتها بيت الزوجية، سواء برفعه دعوى يطلب فيها استرداد ما يراه من الأثاث أو يكون بمثابة دفع يقابل به طلب الزوجة، وعليه يقع عبئ إثبات ما يتذرع به، فإذا عجز عن تقديم دليل على ذلك خسر دعواه[2]، وبهذا يمكننا أن نقول أن أثاث البيت مبدئيا هو ملك للزوج، وفي حالة النزاع حوله يمكن حسمه بأداء اليمين أو بوسيلة إثبات كي لا يضيع حق الإثنين.

فالمشرع الجزائري اتفق مع مذهب الإمام الشافعي وابن حزم فيما يخص الأشياء المشتركة بين الزوجين في حال إن لم تكن لأحدهما بينة، فهنا تقسم الأشياء المشتركة بينهما مع اليمين.

[1] المادة 323 من القانون رقم 75–58المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني المعدل والمتمم.

[2] نبيلة بن عائشة، إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية "التطليق". مجلة تحولات، العدد الافتتاحي، جانفي 2018م، ص32.

المطلب الثاني: ما يثبت لأولاد الغائب من توابع الحكم بالتفريق

الفرع الأول: النسب

يعتبر النسب رابطة إنسانية سامية أحاطها الشرع والقانون بأحكام مختلفة تحفظها من الفساد والاختلاط، كما يعتبر أيضا أنه من أهم ما يترتب على الزواج والطلاق لأنه يتعلق بنسب الأولاد وهم ثمرة هذا الزواج، وقد جاءت الشريعة الإسلامية مبينة ما يثبت نسب الأولاد ويقره لقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً﴾ [النحل: 72]، وقوله أيضا: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾ [الفرقان: 54].

ويتوقف إثبات نسب المولود لأبيه إلى بيان المقدمات التي تسبق وجود الطفل على قيد الحياة، ومن أهم تلك المقدمات الحمل والولادة، فالحمل من حيث إثباته ومعرفة مدته، أما الولادة فهي من حيث إثبات دعواها وشخصية المولود وتعيينه[1].

أولا: الحمل

عند فقهاء الشريعة الإسلامية

أ- أقل مدة حمل

اتفق كل من الحنفية[2] والمالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] أن أقل مدة يمكن أن ينزل فيها الجنين من بطن أمه كاملا هي ستة أشهر لقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف:15]، وقوله تعالى أيضا: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [لقمان: 14].

---

[1] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص187.

[2] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج3، ص540.

[3] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، 458.

[4] محمد الزهري العمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج. (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة؛ لا.ت) ص444.

[5] ابن قدامة المقدسي، عمدة الفقه، تحقيق: أحمد محمد عزوز، (لا.ط؛ لا.م: المكتبة العصرية، 1425هـ-2004م) ص112.

فالآية الأولى قد حددت لنا الحمل والفصال معا ثلاثين شهرا، والآية الثانية حددت لنا الفصال وحده بعامين فيخصم من مدة الفصال ثلاثين شهرا وتبقى ستة أشهر وهي أقل مدة حمل.

فمن تزوج امرأة ثم ولدت مولودا بعد ستة أشهر من دخوله بها نسب المولود إليه ولا تتهم المرأة، أما إذا وضعته قبل مضي ستة أشهر من الدخول فإنه لا يثبت للزوج[1].

ب- أكثر مدة حمل

قد اختلف الفقهاء في أكثر مدة الحمل على عدة أقوال:

- ذهب الحنفية[2] إلى أن أقصى مدة للحمل هي سنتان لخبر عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "**ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل**"[3].

- والراجح عند المالكية[4] أن أكثر مدة الحمل خمس سنين، ومن أصحابه من يجعله إلى سبع سنين.

- أما عند الشافعية[5] والحنابلة[6] فإن أكثر مدة للحمل أربع سنين، وهو قول آخر للمالكية[7].

- ذهب محمد بن عبد الحكم أن أكثر مدة حمل هي سنة لا أكثر، وقال ابن حزم لا يزيد عن تسعة أشهر[8].

---

[1] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص187.

[2] ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ص540.

[3] أخرجه: أبو محمد جمال الدين، بن يوسف الزلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تحقيق: محمد عوامة ج3 (ط1، بيروت: مؤسسة الريان للنشر والتوزيع، 1418هـ-1997م)، كتاب الطلاق باب ثبوت النسب، ص256.

[4] الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ص460.

[5] محمد الزهري الغمراوي، السراج الوهاج على متن المنهاج، مصدر سابق، ص444.

[6] أبو النجا الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبداللطيف محمد موسى ج4 (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، لا.ت) ص107.

[7] أبو عمر يوسف القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، مصدر سابق، ج2، ص614.

[8] ابن عبد البر، الاستذكار، تحقيق: سالم محمد العطا. محمد علي معوض، مصدر سابق، ج7، ص170.

فمن خلال ما سبق لم يرد نص من القرآن أو السنة ليحدد لنا أكثر مدة حمل يمكثها الجنين في بطن أمه، وإنما اعتمد الفقهاء على حوادث ووقائع حدثت في زمانهم فاجتهدوا فيها.

مدة الحمل في قانون الأسرة الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري على أن "أقل مدة الحمل 6 أشهر، وأقصاها 10 أشهر"[1].

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال مدة 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"[2].

من خلال هاتين المادتين نستخلص أن المشرع جعل أقل مدة حمل هي ستة أشهر وأقصى مدة هي 10 أشهر، تحسب لاحتمال الحمل قبل الطلاق والوفاة على عكس فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اختلفوا في احتساب المدة.

ثانيا: الولادة

إذا ولدت المرأة طفلا فإنه ينسب لزوجها بمجرد ولادته، لأنه صاحب الفراش لقوله ﷺ "**الولد للفراش وللعاهر الحجر**"[3].

أمَّا إذا أنكر الزوج أنه ليس لبنه، بل هو ابن غيرها، فلابد من بينة تثبت أنها أمه وهي شهادة امرأتين، أما في حالة اختلاف الزوجان حوا تعيين المولود مع اتفاقهما على وقوع الولادة ففي هذه الحالة يكتفي في تعيينه بشهادة عدل، أو امرأتين أو شهادة القابلة إذا كانت عدلا[4].

---

[1] المادة 42 من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، والمعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة.

[2] المادة 43 من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، والمعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة.

[3] أخرجه: أخرجه البخاري إسماعيل أبو عبد الله، صحيح البخاري، مصدر سابق، ج8، ص158، كتاب: الفرائض باب: الولد للفراش حرة كانت أو أمة، رقم الحديث: 6749.

[4] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع السابق، ص189.

– ويثبت النسب بالزواج الصحيح حيث اتفق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجا صحيحا ينسب إلى زوجها، واستدلوا بحديث النبي ﷺ "**الولد للفراش وللعاهر الحجر**"[1].

والمراد بالفراش في الحديث هي المرأة التي يستفرشها الرجل ويستمتع بها، وذهب الحنفية[2] إلى أن الزوجة تصير فراشا لزوجها بمجرد العقد عليها، وكذا لو تزوج المشرقي بمغربية، فجاءت بولد يثبت النسب، وإن لم يوجد الدخول حقيقة لوجود سببه وهو النكاح، أما المالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] ذهبوا واستدلوا بالحديث السابق ذكره.

شروط ثبوت النسب

يثبت نسب الولد في الزواج الصحيح بالشروط التالية:

1– إمكان حمل الزوجة من الزوج: اتفق فقهاء الشريعة الأربعة الحنفية[6] والمالكية[7] والشافعية[8] والحنابلة[9].

أي أن يكون الزوج ممن يتصور الحمل منه، فلو كان الزوج صغيرا لا يتصور حمل زوجته منه لكونه دون البلوغ والمراهقة، فلا تعتبر زوجته فراشا يثبت به النسب، وكذا لو كان عقيما. ولا يشترط عند الجمهور الدخول المحقق إنما اكتفى بإمكان تلاقي الزوجين بعد العقد الشرعي ومن لزوم تمام الوطء[10].

---

[1] سبق تخريجه.

[2] الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج2، ص233.

[3] ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، مصدر سابق، ج2، ص289.

[4] الغمراوي، السراج الوهاج في شرح المنهاج، مصدر سابق، ص431.

[5] أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العمدة. (لا.ط؛ القاهرة: دار الحديث، 1424هـ-2003م)، ص475.

[6] مجد الدين أبو الفضل، الاختيار لتعليل المختار، مصدر سابق، ج3، ص141.

[7] ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، مصدر سابق، ص289.

[8] الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق، ج3، ص78.

[9] البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، مصدر سابق، ص600.

[10] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصدر سابق، ج3، ص102.

2- أن لا تضعه في أقل من ستة أشهر: فإذا جاءت الزوجة بولد وقد مضت ستة أشهر فما فوق من وقت إمكان الدخول أو التلاقي، ثبت نسب المولود من الزوج لقيام النكاح الصحيح وذلك باتفاق الفقهاء[1].

3- أن لا ينفي الزوج نسب المولود منه: ولثبوت نسب الولد ينبغي أن لا ينفي الزوج نسب الولد منه الذي ولدته زوجته على وجه يستوجب هذا النفي[2].

أما المشرع الجزائري فقد نص على ذلك من المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري الذي يقول أنه "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا، وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"[3].

يفهم من هذه المادة أن أي ولد ينتج عن الزواج الصحيح يمكن أن ينسب إلى والده متى كان هذا الزواج شرعيا وقانونيا، ومتى أمكن الاتصال الجنسي بين الزوجين ولم يكن الزوج قد نفاه بالطرق الشرعية كالملاعنة[4].

الفرع الثاني: الحضانة

تعرف الحضانة على أنها حفظ الولد في مبيته وذهابه ومجيئه وقوله والقيام بمصالحه من طعام ولباس وتنظيف جسمه وموضعه، وإمساكه وغسل ثيابه، كما أن الحضانة لا تثبت على من لا يستقيل بأمور نفسه عما يؤذيه كالطفل والمعتوه، فأما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه[5].

أ- مستحقي الحضانة عند فقهاء الشريعة الإسلامية

بالنسبة لأصحاب الحق في الحضانة فقد اتفق الفقهاء من حيث الجملة أن النساء أحق بالحضانة من الرجال، لاسيما إن كان الطفل في مراحله الأولى من ولادته حتى بلوغه سن السابعة من عمره[6].

---

[1] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص192.

[2] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة المسلمة، مرجع سابق، ج9، ص332.

[3] المادة 41 من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، والمعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة.

[4] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص101.

[5] ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص526، وينظر أيضا بدائع الكساني، الصنائع .مصدر سابق، ج4، ص40. وينظر أيضا المغني، ابن قدامة، مصدر سابق، ج8، ص239.

[6] ينظر كشاف القناع على متن الإقناع للبهوتي، المصدر السابق، ج5، ص496.

وبذلك اتفق فقهاء الشريعة ومن بينهم الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] على أنه إذا افترق الزوجان ولهما طفل ذكر أو أنثى فأحق الناس بحضانته أمه، وذلك لما روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة قالت: يا رسول الله أن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء، وحجري له حواء، إن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال ﷺ "**أنت أحق به مالم تنكحي**"، واستدلوا أيضا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن امرأة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت" يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد ساقني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني فقال رسول الله ﷺ "**هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت، فأخذ بيد أمه فانطلقت به**"[5].

عن يحي بن سعيد أنه قال: سمعت القاسم بن محمد يقول: كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار فولدت له عاصم بن عمر ثم إن عمر فارقها فجاء عمر قبا، فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة، فأدركته جدة الغلام فنازعته إياه، حتى أتيا أبو بكر الصديق، فقال عمر: ابني، وقالت المرأة: ابني، فقال أبو بكر: خلى بينها وبينه، فما راجعه عمر الكلام[6].

---

[1] محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي، تحفة الفقهاء.ج2 (ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1414هـ-1994م)، ص229.

[2] القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة للقرطبي، مصدر سابق، ج2، ص664.

الشربيني شمس الدين محمد بن أحمد، مغنى المحتاج لمعرفة معاني وألفاظ المنهاج. ج5(ط:1؛لا.م: دار الكتب العلمية،

[3] 1415هـ ـ 1994م) ص.991

[4] ينظر البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، المصدر السابق، ج5، ص496-497.

[5] أخرجه: القرطبي أبو عمر يوسف بن عبد الله، الاستذكار. تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض،ج7(ط: 1 بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ-2000م)، ص290، كتاب الوصية، باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد، ص285.

[6] أخرجه: القرطبي أبو عمر يوسف بن عبد الله، الإستذكار، مصدر نفسه، ج7، باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد، ص289.

وقد ذكر عن الثوري عن عاصم عن عكرمة قال: خاصمت امرأة عمر إلى أبي بكر رضي الله عنه، وكان طلقها فقال أبو بكر رضي الله عنه: "**الأم أعطف وألطف وأرحم وأحن وأرأف هي أحق بولدها مالم تتزوج**"[1].

كل هذه الأحاديث دلت على أن المستحق الأول للحضانة هي الأم وذلك لأنها الأعطف والأحن والأرحم بولدها.

ب- مستحقي الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 64 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري على أن "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة"[2].

يتضح من النص القانوني أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب لهذا جعل المشرع الأم أولى بحضانة ولدها، ويسقط حقها إلا في حالة وجود مبرر شرعي، أو عدم توفر شروط، ففي هذه الحالة تنتقل الحضانة إلى الأب، ثم الجدة لأم... ، وهكذا دواليك مع مراعاة مصلحة المحضون.

ثانيا: شروط الحضانة

أ- في الشريعة الإسلامية

تثبت الحضانة للنساء كما تثبت للرجال مع اختلاف تربيتهم، فيحكم أن المرأة أكثر صبرا على توفير احتياجات الصغير وأكثر رأفة به، فهي دائما مقدمة على الرجال في الترتيب، وحتى تستند الحضانة لأحدهما في حال التفريق بين الزوجين لابد من توفر الشروط التالية:

[1] أخرجه: القرطبي أبو عمر يوسف بن عبد الله، الاستذكار، مصدر سابق، ج7، كتاب الوصية، باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد، ص289-290.

[2] المادة 64 من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، (ج15، ص22) والمتضمن: قانون الأسرة.

1- البلوغ: اتفق الفقهاء الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] أن الصغير غير مميز لإحضانه له، لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه، فكيف له أن يقوم برعاية غيره، أما المالكية فيرون أن الراشد غير المضيع للمال يستحق الحضانة أن كان مستوفيا لسائر شروطها[5].

2- العقل: يشترط الفقهاء الحنفية[6]، المالكية[7]، الشافعية[8]، الحنابلة[9]، في الحاضن العقل فلا حضانة لمجنون لأنه بحاجة لمن يعينه، والجنون مانع من موانع الحضانة سواء كان الجنون أصليا أو طارئا، مطبقا أو متقطعا، لأن الحضانة حفظ وصيانة وهذا لا يتحقق مع الجنون.

3- الحرية: يشترط الحنفية[10]، المالكية[11]، الشافعية[12]، الحنابلة[13] الحرية فلا حضانة لرقيق لأن الحضانة نوع ولاية ولا ولاية لرقيق على نفسه فلا يكون له ذلك على غيره.

4- الخلو من الفسق: إن الفسق مانع من الحضانة، فإن كان الحاضن أو طالب الحضانة مشتهرا بفسقه بين الناس فإنه يمنع من الحضانة وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية[14] والشافعية[15] والحنابلة[16] والفسق الذي يترتب عليه ضياع الولد، هو المانع من

---

[1] السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج2، ص231.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص526.

[3] الغزالي، الوسيط في المذهب، مصدر سابق، ج6، ص238.

[4] البهوتي، كشاف الإقناع، مصدر سابق، ج5، ص496.

[5] الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ج2، ص758.

[6] السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج2، ص231.

[7] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص529.

[8] الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق، ج3، ص164.

[9] موسى بن أحمد الحجاوي، زاد المستنقع في اختصار المقنع. تحقيق: عبدالرحمن بن علي بن محمد. (لا.ط؛ الرياض: دار الوطن، لا.ت) ص206

[10] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص213.

[11] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص526.

[12] الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مصدر سابق، ج5، ص195.

[13] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص239.

[14] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص528

[15] الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق، ج3، ص164.

[16] موسى بن أحمد الحجاوي، زاد المستنقع في اختصار المقنع، مصدر سابق، ص206.

الحضانة، أما إذا كان لا يترتب عليه ضياع الولد فهو ليس بمانع من الحضانة وذلك إن كان الطفل لا يعقل فسق الحاضن، فإذا عقله وأدرك فسق الحاضن فإنه ينزع منه وهذا ما ذهب إليه الحنفية[1].

5- الإسلام: اختلف في شرط الإسلام على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية[2] والمالكية[3] في المشهور عندهم إلى عدم اشتراط الإسلام في الحاضن حتى يعقل المحضون في الدين لأنه يخشى عليه أن يألف الكفر.

القول الثاني: ذهب الشافعية[4] والحنابلة[5] إلى اشتراط الإسلام في الحاضن لأنه لا ولاية لكافر على مسلم.

6- القدرة والأمانة: اتفق الفقهاء الحنفية[6] والمالكية[7] والشافعية[8] والحنابلة[9] على أن الحاضن يجب أن تكون له القدرة على الحضانة فلا حضانة لعاجز، لأنها نوع من الولاية، فإن كان الحاضن يخرج طيلة الوقت أو مسنا أو مريضا مرضا مزمنا أو أعمى فلا حضانة له وتكون أمينة عليه في نفسه وأدبه وخلقه، فإن كانت مستهترة فإنها لا تكون أهلا لحضانته.

7- خلو الحاضن من زوج: فلا حضانة لمن تزوجت لأن الزوج أجنبي عن المحضون وذلك ما ذهب إليه الفقهاء الحنفية[10] والمالكية[11] والشافعية[12] والحنابلة[13].

---

[1] ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج4، ص182.

[2] السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج2، ص231.

[3] ابن حاجب الكردي، جامع الأمهات، (لا.ط؛ لا.م: لان، لا.ت)، ص335.

[4] الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق، ج3، ص164.

[5] موسى بن أحمد الحجاوي، زاد المستنقع في اختصار المقنع، مصدر سابق، ص206.

[6] السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج2، ص231.

[7] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص529.

[8] الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مصدر سابق، ج2، ص492.

[9] البهوتي، كشاف الإقناع على متن الإقناع، مصدر سابق، ج5، ص499.

[10] السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج2، ص 231.

[11] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج3، ص529

[12] الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق، ج3، ص164.

[13] موسى بن أحمد حجاوي، زاد المستنقع في اختصار المقنع، مصدر سابق، ص206.

ب- شروط استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

لقد نصت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة 2 على أنه: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"[1].

ومن خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري لم ينص على الشروط تفصيلا في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري وإنما جمعه في عبارة واحدة، فمن خلال الرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية"[2].

ثالثا: مدة الحضانة

أ- عند فقهاء الشريعة الاسلامية

- ذهب الحنفية إلى أن وقت الحضانة من قبل النساء بالنسبة للصبي حتى يأكل ويشرب وحده، وفي رواية عن محمد يتوضأ ويستنجأ وحده، فأما البنت فهي أحق بها حتى تحيض[3].

- ذهب المالكية إلى أن مدة الحضانة بالنسبة للذكر حتى البلوغ، والبنت إلى أن تنكح، ويدخل بها زوجها [4].

- ذهب الشافعية إلى أن الصبي الذي بلغ سبع سنين وجبت حضانته لأنه إن ترك حضانته ضاع وهلك[5].

- ذهب الحنابلة إلى أن إذ بلغ الطفل سبع سنين خير بين أبويه، فكان مع من اختار منهما إذا تنازعا فيه[6].

---

[1] المادة 62 من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، (ج15، ص22) والمتضمن: قانون الأسرة.

[2] المادة 222 من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، (ج15، ص22) والمتضمن: قانون الأسرة.

[3] السمرقندي، تحفة الفقهاء، مصدر سابق، ج2، ص23.

[4] خليل بن إسحاق بن موسى، مختصر العلامة الخليل، تحقيق: أحمد جاد، (ط:1؛ القاهرة: دار الحديث، 1426هـ-2005م)، ص139.

[5] الشيرازي، المهذب، مصدر سابق، الجزء3، ص164.

[6] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص236.

ب- مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

إن المشرع الجزائري حدد مدة الحضانة للذكر ببلوغه عشر سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج وبعد هذه الفترة قد لا يكون قادرا بكل حاجاته الأولية لعجز أو مرض أو سوى ذلك ويمكن أن تمتد إلى 16سنة للذكور، و19سنة بالنسبة للإناث[1].

ومن خلال ما سبق نخلص إلى أن المشرع الجزائري سلك مسلك الإمام مالك في تحديد مدة الحضانة.

الفرع الثالث: نفقة الأولاد

تعتبر النفقة من واجبات الآباء نحو أبناءهم ومن قبيل نفقة الرعاية الأبوية، والتي تعد من حقوق الأولاد، حيث تعرف نفقة الأولاد على أنها النفقة التي تجب للفروع سواء أكانوا ذكورا أو إناثا على الأصول وهم الآباء، فتجب في الأصل على الأب ولا تجب على غيره إلا عند عدم وجوده أو حالة سقوط النفقة عليه[2].

ومن أدلة وجوبها قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[البقرة: 233]. حيث تدل هذه الآية على أن وجوب النفقة على الأولاد، سواء من كسوة أو طعام بالمعروف قدر المستطاع من طرف الأب على أولاده.

ومن السنة حدثني محمد بن مثنى حدثنا يحي عن هشام قال: أخبرني أبي عن عائشة أن هندا بنت عتبة قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: "**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**"[3].

---

[1] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص206.

[2] تكفة إلهام، مباركي كهينة، نفقة الأولاد، "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري". (مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة: بجاية، نوقشت بتاريخ 2016-2017م، ص12.

[3] أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، مصدر سابق، كتاب: الأقضية، باب: قضية هند، ج3، ص1338، رقم الحديث: 1714.

ويفهم من هذا الحديث أن النبي ﷺ أجاز لهند بنت عتبة الأخذ من مال زوجها أبا سفيان الذي هو والد والدها، ولها أن تأخذ نفقتها بنفسها إذا لم ينفق عليها هي وولدها، لأن النفقة لا غنى عنها، وانعدامها سيعرضها للهلاك هي وولدها.

أولا: أسباب وجوب نفقة الأولاد

عند فقهاء الشريعة الإسلامية

لقد اختلف الفقهاء في أسباب وجوب نفقة الأولاد إلى عدة أقوال وبيانها كما يلي:

مذهب المالكية[1]: يرى الإمام مالك أن نفقة الولد تجب على والده، سواء أكان ذكر أو أنثى فحصروها في عمود النسب على الأبوين المباشرين والأولاد الصلبيين، فالقرابة عندهم هي قرابة الولادة المباشرة.

أما الشافعية[2]: فذهبوا للقول أن القرابة التي تستحق لها النفقة قرابة الوالدين وإن علوا، وقرابة الأولاد وإن سفلوا، فيجب على الولد نفقة الأب والأم كذلك إيجاب نفقة الأب على الولد لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: أن رجلا جاء للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: **يا رسول الله عندي دينار فقال:" أنفقه على نفسك" قال: عندي آخر فقال: " أنفقه على ولدك" قال: عندي آخر فقال:" أنفقه على أهلك" قال: عندي آخر، قال: "أنفقه على خادمك" قال عندي آخر قال: "أنت أعلم به"**[3].

كما ذهب الحنفية: إلى أن وجوب النفقة سببها هو الولادة وغيرها من الرحم المحرم أي القرابة التي يحرم قطعها، والتي من خلالها يثبت الفرع الأصل، والأصل من الفرع، والإنفاق على المحتاج إحياء له، ويجل على الإنسان كله وجزءه[4].

---

[1] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ص522-523.

[2] الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مصدر سابق، ص158.

[3] أخرجه: ابن الملقن أبو حفص عمر الشافعي، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير. تحقيق: مصطفى أبو الغيظ وآخرون ج8 (ط: 1؛ الرياض: دار الهجرة للنشر والتوزيع، 1415هـ_2004م)، كتاب النفقات، رقم الحديث:10، ص310

[4] الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج4، ص31.

أما الحنابلة: جعلوا وجوب نفقة الأصول والفروع هي القرابة التي توجب الإرث، والتي يكون فيها القريب الموسر وإرثا لقريبه المحتاج، فتجب على الأبوين وإن علوا والأولاد وإن نزلوا[1].

في قانون الأسرة الجزائري:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري على أنه" تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال بالنسبة للذكور إلى سن الرشد، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية، أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"[2].

ولقد نص أيضا في المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"[3].

فلقد أوجب المشرع الجزائري على الأب النفقة على أولاده الذكور إلى غاية سن الرشد (19سنة)، وأما النفقة على الإناث فتستمر إلى غاية دخول زوجها بها عندئذ تنتقل نفقتها إلى زوجها، ولكن بصفة استثنائية إذا بلغ الولد الذكر سن الرشد وكان عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو كان ما يزال يمارس الدراسة أو طلب العلم، فإن مدة النفقة تبقى مستمرة إلى غاية الشفاء من المرض أو إلى غاية الانتهاء من الدراسة، ومهما يكن من أمر فإن الأب لا تجب عليه نفقة ولده الذي له مال يكفيه وتسقط بمجرد ما يصبح الولد في غنى عنه وذلك يوم أن يصبح له دخل يكفيه[4].

فقد أوجب المشرع النفقة على الأب ابتداء وحمل الأب وحده مسؤولية الأولاد ولم يلجأ إلى الأم إلا في حالة عجز الأب[5].

---

[1] منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، (لا.ط؛ لا.م، دار المؤيد مؤسسة الرسالة، لات) ص623.

[2] المادة 75 من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، والمعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة.

[3] المادة 76 من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، والمعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة.

[4] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص106.

[5] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص212.

فإن كان الأب غائبا أو مفقودا أو معسرا وعاجزا عن الإنفاق عن الأولاد ففي هذه الحالة تحل النفقة على الأم إذ كان باستطاعتها، ويراعي القاضي في تقدير النفقة حالة الطرفين والظروف المعيشية، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم[1].

ثانيا: شروط وجوب نفقة الولد عند فقهاء الشريعة الإسلامية

لقد وضع الفقهاء مجموعة من الشروط فيها كل من الأولاد ذكورا كانوا أو إناثا وهي كالتالي:

1- أن يكون الولد فقيرا لا مال له عاجزا على الكسب

اتفق جمهور الفقهاء على أن يكون الولد فقيرا لا مال له، فالحنفية[2] أن يكون فقيرا ولا فرق بين الذكر والأنثى، أما المالكية[3] أن يكون الولد فقيرا ليس له صنعة تمكنه من الإنفاق على نفسه ويستطيع الكسب بها، أما الشافعية[4] فاشترطوا أن يكون الولد فقيرا، أما إذا كان له مال فنفقته من ماله لا على أبيه، أما الحنابلة[5] فاشترطوا أن يكون فقيرا غير موسر ممن تجب عليه النفقة ما ينفق عليهم، أما العجز غن الكسب فاتفقوا على أن يكون كالنقصان في الخلقة كالأعمى، أو النقصان في أحكامه كالصغر والأنوثة وطلب العلم والجنون.

2- اتحاد الدين:

ذهب الحنفية[6] إلى أنه لا تجب النفقة مع اختلاف الدين لبطلان أهلية الإرث، أما المالكية[7] والشافعية[8] قالوا بأن اتحاد الدين ليس شرطا، حيث ينفق المسلم على الكافر والكافر على المسلم.

---

[1] حنان شريف، التطليق وفقا القانون الأسرة الجزائري. (مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف: مسيلة، 2016م_2017م، ص44-45.

[2] ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج4، ص218.

[3] الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ج2، ص751.

[4] الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج11، ص478.

[5] البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، مصدر سابق، ج4، ص482.

[6] ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، ص226.

[7] الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ص751.

[8] الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج11، ص478.

أما الحنابلة[1] فلديهم روايتان؛ الأولى تجب النفقة مع اتحاد الدين والثانية لا تجب النفقة مع اختلاف الدين.

3– أن يكون كل من الأب والولد حرين:

اتفق جمهور الفقهاء الحنفية[2] والمالكية[3] والشافعية[4] على أن يكون الولد حرا غير مملوك لغيره، فإن كان مملوكا سيده أحق بالتزام نفقته من أبيه لأنه مالك كسبه، أما الحنابلة[5] فبقد اشترطوا أن يكون كل من الأب والولد حرين، فمتى كان رقيقا فلا نفقة عليه.

4– أن يكون الأب ميسور الحال حتى يستطيع الإنفاق على الأولاد، فالحنفية[6] والمالكية[7] اشترطوا أن يكون موسرا وقادرا على الكسب، أما الحنابلة[8] اشترطوا أن يكون موسر له مال زائد حتى يقدر أن ينفق على أهله، أما الشافعية[9] فلم يشترطوا يسر الأب في الإنفاق على أولاده.

ثالثا: مشتملات نفقة الأولاد

وردت أدلة في القرآن والسنة على وجوب ثلاث أنواع للنفقة: وهي الطعام والكسوة والعلاج، وذلك لقوله عز وجل: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 233] فقد تضمنت هذه الآية نوعان من أنواع النفقة وهي الغذاء والكسوة، وقد قال تعالى أيضا: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: 6].

---

[1] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج11، ص376.

[2] ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ج4، ص218.

[3] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص509.

[4] الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج11، ص478.

[5] البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، مصدر سابق، ج4، ص482.

[6] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص182.

[7] الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ص751.

[8] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص212.

[9] الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج11، ص478.

مشتملات نفقة الأولاد عند فقهاء الشريعة:

1-الغذاء والكسوة: أوجب الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] الطعام والكسوة لأهميتهما في مقاومة الهلاك.

2-السكن:

اختلف فقهاء الإسلام في اعتبار المسكن من بين مشتملات النفقة الواجبة للأب على أبناءه، إلى قولين:

فذهب الحنفية[5] والمالكية[6] والحنابلة[7] على لأن السكن من مشتملات النفقة وقالوا أنه لو ترك الولد المحضون بغير سكن تعرض للهلاك.

أمَّا الشافعية[8] فلم يعتبروا السكن من مشتملات النفقة.

---

[1] السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج4، ص31.

[2] الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ج2، ص764.

[3] المزني، مختصر المزني، مصدر سابق، ج8، ص340.

[4] محفوظ بن أحمد بن حسن، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني. تحقيق: عبد اللطيف هميم، ماهر ياسين الفحل، (ط:1؛ لا.م: مؤسسة غراس، 1425هـ-2004م)، ص499.

[5] الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج4، ص38.

[6] الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ج2، ص764.

[7] الحجاوي، موسى بن أحمد ، زاد المستنقع في اختصار المقنع، المصدر السابق، ص204.

[8] البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، البجيرمي على الخطيب. (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م) ص441.

3- أجرة الرضاع والحضانة:

لقد جعل كل من الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] أجرة الرضاع من بين أنواع النفقة الواجبة وذلك لقولة عز وجل: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:6].

مشتملات نفقة الأولاد في قانون الأسرة الجزائري

لقد ذكر المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري أن " تشتمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"[5].

وذكر أيضا في المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري أنه "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين، وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"[6].

وعليه فمن خلال نصوص هاتين المادتين يتضح لنا أن قانون الأسرة الجزائري قد حدد مدى شمولية النفقة بوضوح[7] وقد وردت على سبيل المثال لا الحصر، بدليل أن المشرع قد قرر أنه يمكن أن يضاف إليها كل شيء يعتبر ضروريا في عرف الناس وعاداتهم كمصاريف المدرسة وتعليم الأولاد[8].

ولقد ألزم القاضي الذي يصدر الحكم بالنفقة أن يراعى الحالة الاقتصادية والاجتماعية وظروف معيشة الطرفين، عند تقدير مبلغ النفقة التي سيحكم بها لطالبها، كما ألزمه أن لا يراجع قيمة النفقة المحكوم بها إلا بعد مرور سنة كاملة من تاريخ الحكم السابق[9].

---

[1] عبد الله بن محمود بن مولود، الاختيار لتعليل المختار. ج4 (لا.ط؛ القاهرة: مطبعة الحلبي، 1356هـ-1937م)، ص10.

[2] الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، مصدر سابق، ج2، ص754.

[3] الماوردي، الحاوي الكبير، مصدر سابق، ج،11ص477.

[4] عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، مصدر سابق، ج7، ص136.

[5] المادة 78 من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، والمعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة.

[6] المادة 79 من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، والمعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة.

[7] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 107.

[8] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 346.

[9] عبدالعزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 107.

ومن خلال المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوة، وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناءا على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"[1].

وعليه نستخلص أن استحقاق النفقة يبدأ من تاريخ رفع الدعوى القضائية بطلبها، ويجوز للقاضي أن يحكم باستحقاقها بأثر رجعي لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى وذلك متى قدمت له أدلة وبيانات مقنعة[2].

وفي خلاصة هذا المبحث:

نجد أن المشرع الجزائري اتفق مع فقهاء الشريعة الإسلامية في احتساب مدة العدة سواء إن كانت العدة بسبب غيبة غير منقطعة أو غيبة غير منقطعة، أما بالنسبة لنفقة المعتدة فإن المشرع الجزائري لم يفصل فيها على عكس فقهاء الشريعة الإسلامية الذين فصلوا فيها، كما سلك المشرع الجزائري مسلك الإمام الشافعي وابن حزم وذلك فيما يخص النزاع حول متاع البيت، حيث قسموا الأشياء المشتركة بينهما في حال إن لم تكن بينة لأحدهما إلى نصفين مع أداء اليمين، أما بالنسبة للنسب فإنه يثبت إلا في حالة الزواج الصحيح، وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري على أن الأم هي الأولى بحضانة ولدها، كما أن النفقة واجبة على الأب مع مراعاة الحالة الاجتماعية له.

[1] المادة 80 من القانون رقم 84-11المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984م، والمعدل والمتمم الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة.

[2] عبدالعزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 108.

خاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، على ضوء ما ذكرنا وبعد الإحاطة والتمعن وتحليل النصوص الشرعية والقانونية التي جاءت في موضوع التفريق بسبب الغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري تم التوصل إلى عدة نتائج وتوصيات يأتي ذكرها كالتالي:

أولاً: النتائج

1- إن المشرع من خلال تعريف الغيبة نجده قد قيد الغائب بمحل الإقامة على عكس فقهاء الشريعة الإسلامية الذين تركوها مفتوحة؛ ويرجع عدم تقييدهم لها هو أن الأراضي في القديم كانت مفتوحة وغير محددة.

2- يتبين لنا من خلال ذكر صور الغيبة أن الغياب يعتبر أشمل من الفقدان كما أن الفقدان يعتبر أحد صور الغيبة هذا لما جاء في قول فقهاء الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، كما نجد أن فقهاء الشريعة قد توسعوا في ذكر صور الغيبة على عكس المشرع الجزائري الذي اقتصر على ذكر بعض الصور فقط.

3- تعتبر الغيبة سببا للتفريق بين الزوجين في حال غياب الزوج لمدة سنة أو أكثر، وبدون عذر مقبول ولا نفقة، ونظرا لتضرر الزوجة من هذا الغياب وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري.

4- إن تأكيد الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري على توافر جميع شروط طلب التفريق التي يعتبر اجتماعها كاملة هدفهم الأول وذلك للحفاظ على وحدة الأسرة من التفكك وكذا التضييق من دائرة طلب التطليق.

5- من خلال الحكم في مسألة التفريق للغيبة بين الزوجين نجد أن المشرع الجزائري وبعض فقهاء الشريعة الإسلامية فد أجازوا لزوجة الغائب والمفقود الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها نظرا للضرر الواقع عليها مع مراعاة الشروط التي يجب توفرها قبل قبول دعوى التفريق، فهنا يكون رأي الفقهاء المجيزين للتفريق أرجح من رأي الفقهاء المانعين وهذا ما اتفق قيه المشرع الجزائري وفقهاء الشريعة الإسلامية.

6– نجد أن التفريق للغيبة يترتب عليه عدة آثار لكن هذه الآثار تختلف باختلاف حال الزوجة إما أن تكون مدخولا بها أم لا، أو مختلى بها أم لا.

7– سلك المشرع الجزائري مسلك فقهاء الشريعة الإسلامية في احتساب مدة العدة بالنسبة لزوجة الغائب فإن كانت غيبة غير منقطعة فعدتها تكون إما بالإقراء أو الأشهر أو الحمل، أما زوجة الغائب غيبة منقطعة فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام ابتداءا من يوم صدور الحكم.

8– بالنسبة لنفقة المعتدة من غياب زوجها أو فقده فالمشرع الجزائري لم يفصل فيها سواء كانت حاملا أم لا، سواء كانت قبل الدخول أو بعده، وإنما أوجب لها النفقة لكل حالاتها بشرط عدم خروجها من بيت الزوجية، على عكس فقهاء الشريعة الذين فصبوا فيها لعدة حالات.

9– إن المشرع الجزائري في مسألة النزاع حول متاع البيت اتفق مع مذهب الإمام الشافعي وابن حزم كذلك فيما يخص الأشياء المشتركة بين الزوجين في حال إن لم تكن لأحدهما بينة فهنا تقسم الأشياء المشتركة بينهما مع اليمين.

10– لقد وضعت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري عدة شروط يثبت بها نسب الولد لأبيه في حال الفرقة بين الزوجين كما أنهم حددوا أقل مدة للحمل ستة أشهر واختلفوا في أقصها على عكس المشرع الجزائري الذي حددها بعشرة أشهر.

11ـ من خلال رجوعنا الى أحكام الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري نجد أنهم الزموا الاب بالإنفاق على أولاده ولا فرق بين الذكور والإناث إذا لم يكن للولد مال وقيدت بشروط يلزم توفرها لاستحقاق الأولاد نفقتهم.

12– يتضح لنا أن المشرع الجزائري والفقه الإسلامي قد حرسوا على توفر الشروط الضرورية في الحاضن وحقوق كل من الحاضن والحاضنة بالتدقيق وذلك كله رعاية لمصلحة المحضون، كما أنهم جعلوا الأم في المرتبة الأولى وقالوا أنها هي أولى برعاية طفلها.

ثانياً: التوصيات

1- المزيد من البحث والدراسة بما يتعلق بهذا الموضوع نظرا للأهمية التي يكتسيها والإجتهاد بوضع أحكام جديدة للغائب والمفقود خاصة في هذا العصر الذي كثرت فيه الهجرة الغير شرعية للشباب عامة وللأزواج خاصة.

2- إعادة صيانة المواد القانونية وخاصة المادة 53من قانون الأسرة الجزائري التي توجد بها عدة ثغرات من بين تلك الثغرات ما جاء في الفقرة الخامسة التي قيدت حق المرأة في طلب التفريق لعدم الإنفاق وبمرور سنة أو أكثر من الغياب، فهنا نجد أن المشرع الجزائري قد يجبر الزوجة على وضع قد لا تطيقه كما لم يترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي في الاستجابة لطلبها بالتفريق.

3- ضرورة إدراج مواد في القانون تركز أكثر على حقوق الزوجة والأولاد في حالة غياب الزوج.

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

فهرس المصادر والمراجع

فهرس الموضوعات

1- فهرس الآيات القرآنية

السورة	الآيـــــــــــــــــــة	رقمها	الصفحة
البقرة	﴿الَّذِينَ يُؤْمِنُون..... رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ﴾	03	06
	﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ..... ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾	228	39
	﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ..... بِإِحْسَانٍ﴾	229	20
	﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ .....فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾	231	19
	﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ .....وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾	233	65-61
	﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ ..... أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾	234	42
النساء	﴿وَالْمُحْصَنَاتُ .....النِّسَاءِ ﴾	24	30
النحل	﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ..... ....بَنِينَ وَحَفَدَةً﴾	72	51
الأنبياء	﴿الَّذِينَ يَخْشَوْن.....السَّاعَةِ مُشْفِقُونَ﴾	49	06
الفرقان	﴿وهُوَ الَّذِي.....وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾	54	51
الروم	﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ ..... لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾	21	أ
لقمان	﴿وَفِصَالُهُ .....عَامَيْنِ ﴾	14	51
الأحزاب	﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ.....سَرَاحًا جَمِيلًا﴾	49	44-38
الأحقاف	﴿وَحَمْلُهُ .....ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾	15	51
الطلاق	﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ ....ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾	4	39
	﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ .....يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾	4	41
	﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ..... حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾	6	65-44
	﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ.....فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾	6	67
	﴿لِيُنْفِقْ ..... سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾	7	44

2- فهرس الأحاديث النبوية والآثار

طرف الحديث أو الأثر	الصفحة
"البينة على المدعي.....المدعي عليه"	48
"الولد للفراش .....الحجر"	54-53
"امرأة المفقود .....يقين وفاته"	23
"أمهلوا حتى ندخل ليلا..... الشعثة، وتستحد المغيب"	07
"أن امرأة من أسلم .....انكحي"	41
"أن رجلا جاء للنبي صلى الله عليه وسلم ..... أنت أعلم به"	62
"أنت أحق به .....مالم تنكحي"	56
"أنظري فإذا أتى قرؤك .....القرء إلى القرء"	39
"أيما امرأة فقدت زوجها .....وعشرا ثم تحل"	27-23
"تتربص حتى .....هو أو ميت"	27-24
"تطاول هذا الليل ألاعبه..... الجيش أكثر من هذا"	21
"خاصمت امرأة عمر .....أحق بولدها مالم تتزوج"	57
"كانت عند عمر بن الخطاب امرأة .....فما راجعه عمر الكلام"	56
"لا حتى تذوقي .....ويذوق عسيلتك"	23
"لا ضرر.....ولا ضرار"	27-20
"لا نفقة لك .....حاملا"	44
"لا يحل لامرأة تؤمن بالله .....أربعة أشهر وعشرا"	43
"ما تزيد المرأة في .....ظل عمود المغزل"	52
"متاع النساء .....الرجال للرجال"	48
"هي امرأته ابتليت .....يأتيها موت أو طلاق"	24
"والله مالك علينا من شيء، .....تعتد في بيت أم شريك"	45
"ياأيها الناس ما بال .....لمن لأخذ بساق"	23
"يا رسول الله إن أبا سفيان .....وولدك بالمعروف"	61

"يا رسول الله إن زوجي يريد ..... أمه فانطلقت به"	56
"يا عبد الله أخبر..... عليك حقا"	20
"اعتدي في البيت .....أربعة أشهر وعشرا"	46

3- قائمة المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم برواية حفص.

ثانيا: كتب التفاسير

1- ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن. ط:3؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ- 2003م.

2- ابن كثير البصري إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم. تحقيق: سامي بن محمد سلامة، ط:2؛ لا.م: دار طيبة للنشر والتوزيع، 1420هـ-1999م.

ثالثا: كتب الحديث وعلومه

1- البخاري: محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري. تحقيق: محمد زهير بن ناصر، ط:1؛ لا.م: دار طوق النجاة، لا.ت.

2- أبو بكر أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار. تحقيق: كمال يوسف، ط:1؛ الرياض: مكتبة الرشد 1409هـ.

3- البيهقي: أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط:3؛ دار الكتب العلمية: بيروت، 1424هـ-2003م.

4- الزيلعي: أبو محمد جمال الدين بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، تحقيق: محمد عوامة، ط1، بيروت: مؤسسة الريان للنشر والتوزيع، 1418هـ-1997م.

5- السجستاني أبو داوود ، سنن أبي داوود. تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، لا.ط؛ بيروت: المكتبة العصرية، لات.

6- الشافعي: الملقن أبو حفص عمر، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير. تحقيق: مصطفى أبو الغيظ وآخرون،ط:1؛ الرياض: دار الهجرة للنشر والتوزيع، 1415هـ-2004م.

7- عبد الرزاق الصناعي، المصنف. تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي، ط:2؛ الهند: المجلس العلمي 1403هـ.

8- أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ط:1؛لا.م، مؤسسة للرسالة، 1421هـ-2001م.

9- أبو عثمان: سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور. تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي، ط:1؛ الهند: الدار السلفية، 1403هـ-1982م.

10- القرطبي: أبو عمر يوسف بن عبد الله، الاستذكار. تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، ط: 1 بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ-2000م.

11- ابن ماجه: سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، لا.ط؛ لا.م: دار إحياء اكتب العربية، لات.

12- مالك: بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، الموطأ. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1406هـ-1985م.

13- مسلم: بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث الغربي، ص1114.

14- النسائي: أبو عبد الرحمان، سنن النسائي الصغرى. تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، حلب: مكتب المطبوعات الإسلامية، 1406هـ-1986م.

رابعاً: كتب الفقه الاسلامي

كتب الفقه الحنفي:

1- أبو حسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدئ. تحقيق: طلال يوسف، لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي.

2- أبو الزهرة، الأحوال الشخصية. ط:2؛ لا.م: دار الفكر العربي، 1369هـ-1950م.

3- الزيعلي: فخر الدين، تثبيت الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الثلبي. ط1، المطلعة الكبرى الأميرية: القاهرة 1313هـ.

4- زين الدين بن إبراهيم محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ط:2؛ لا.م: دار الكتاب الإسلامي، لا.ت.

5- السرخسي: أبو عبدالله محمد بن الحسن بن الفرقد الشيباني، المبسوط. تحقيق: أبو وفا الأفغاني، لا.ط: كراتشي: ادارة القران والعلوم الإسلامية.

6- السمرقندي: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، تحفة الفقهاء. ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1414هـ-1994م.

7- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار. ط:2؛ بيروت: دار الفكر، 1412هـ-1992م.

8- الغنمي: عبد الغني بن طالب بن حمادة، اللباب في شرح الكتاب. تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، لا.ط بيروت: المكتبة العلمية.

9- الكساني: علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط:2؛ لا.م: دار الكتب العلمية: 1406هـ-1986م.

10- مجد الدين أبو الفضل، الاختيار لتعليل المختار. لا.ط؛ القاهرة: مطبعة الحلبي، 1356هـ-1937م.

كتب الفقه المالكي:

1- الحطاب: الزعيني شمس الدين، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل. ط:3؛ لام: دار الفكر، 1412هـ-1992م.

2- خليل بن إسحاق بن موسى، مختصر العلامة الخليل، تحقيق: أحمد جاد، ط:1؛ القاهرة: دار الحديث، 1426هـ-2005م.

3- الدسوقي: محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، لا.ت.

4- الصاوي: أبو العباس أحمد الحلوتي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير "بلغة السالك لأقرب المسالك". ط لام: دار المعارف، لات.

5- عبد الرحمان البغدادي وأبو زيد وشهاب الدين المالكي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك. ط:3؛ مصر: شركة ومطبعة مصطفى البابلي الحلبي وأولاده.

6- ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام. ط:1؛لا.م: مكتبة الكليات الأزهرية،1406هـ -1986م.

7- القرطبي: أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة .تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، ط:2؛ الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1400هـ ـ 1980م.

8- القرطبي: أبو وليد محمد، البيان والتحصيل، تحقيق: محمد حجي وآخرون، ط:2؛ بيروت: دار القرب الإسلامي 1408هـ-1988م.

9- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة. ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1415هـ-1994م.

10- محمد بن يوسف العبدري الغرناطي وأبو عبدالله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل. ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1416هـ-1994م.

11- محمد عبد الله القيرواني، النوادر والزيادات، تحقيق: محمد عبد العزيز الدباغ، ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1999م.

كتب الفقه الشافعي:

1- البجريمي: سليمان بن عمر، التجديد لنفع العبيد حاشية البجريمي على شرح المنهج. لا.ط؛ لام: مطبعة الحلبي 1369هـ-1950م.

2- البجريمي: سليمان بن محمد بن عمر، البجريمي على الخطيب. لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م.

3- الشافعي: ابن الامام أبي عبد الله محمد بن إدريس، الأم. ط:1؛ شارع الصناديقية بالأزهر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1381هـ-1961م.

4- الشافعي: أبو عبد الله بن ادريس، الأم. لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة،1410هـ-1990م.

5- شمس الدين محمد بن أحمد، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1415هـ-1994م.

6- الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم، المهذب في فقه الإمام الشافعي. لا.ط؛ لا.م: دار الكتب العلمية، لا.ت.

7- العجيلي: سليمان بن عمر بن منصور الأزهري، حاشية الجمل على شرح المنهج. لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، لا.ت.

8- العمراني: أبو الحسين يحي بن أبي الخير، البيان في مذهب الإمام الشافعي. تحقيق: قاسم محمد النوري، ط:1؛ جدة: دار المناهج، 1421هـ-2002م.

9- العمراوي: محمد الزهري ، السراج الوهاج على متن المنهاج. لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة لا.ت.

10– الغزالي: أبو حامد محمد، الوسيط في المذهب. تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، ط:1؛ القاهرة: دار السلام، 1417هـ.

11– الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي. تحقيق: علي محمد المعوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ-1999.

12– المزني: إسماعيل بن يحي بن إسماعيل، مختصر المزني. لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1410هـ-1990م.

13– المعاملي: حمد بن محمد ، اللباب في الفقه الشافعي. تحقيق: عبد الكريم القمري، ط:1؛ المملكة الغربية السعودية: دار البخاري، لا.ت.

كتب الفقه الحنبلي:

1– البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين، كشاف القناع على متن الإقناع. لا.ط؛ لا.م: دار الكتب العلمية لات.

2– البهوتي: منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستنقع. لا.ط؛ لا.م، دار المؤيد مؤسسة الرسالة، لات.

3– الحجاوي: موسى بن أحمد، زاد المستنقع في اختصار المقنع. تحقيق: عبد الرحمان بن علي بن محمد، لا.ط؛ الرياض: دار الوطن، لا.ت.

4– الزركشي: شمس الدين، شرح الزركشي. ط:1؛ لا.م؛ دار العابيكان، 1413هـ-1993م.

5– ابن العثيمين: محمد بن صالح بن محمد ، الشرح الممتع على زاد المستنقع. ط:1؛ لا.م: دار ابن الجوزي، 1422هـ-1428هـ.

6– ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله، المغني. لا.ط؛ لا.م: مكتبة القاهرة، 1388هـ-1968م.

7– ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد. ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1414هـ-1994م.

8– ابن قدامة المقدسي، عمدة الفقه، تحقيق: أحمد محمد عزوز. لا.ط؛ لا.م: المكتبة العصرية، 1425هـ-2004م.

9– ابن قدامة، المغني. تحقيق: عبد الله بن المحن التركي وآخرون، ط:1، ط:2، ط:3؛ الرياض: دار عالم الكتب، 1992 م-1997م.

10– محفوظ بن أحمد بن حسن، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني. تحقيق: عبد اللطيف هميم، ماهر ياسين الفحل، ط:1؛ لا.م: مؤسسة غراس، 1425هـ-2004م.

11– المرداوي: علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. ط:2؛ لا.م: دار إحياء التراث العربي، لا.ت.

12– ابن مفلح إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع. ط:7؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ-1997م.

13– المقدسي: أبو النجا الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى، لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، لا.ت.

14– المقدسي: عبد الرحمان بن محمد، الشرح الكبير على مقتن المقنع. لا.ط؛ لا.م: دار الكتاب العربي، لا.ت.

15– النجدي: عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع. ط:1؛ لا.م: لا.ن، 1397هـ.

خامسا: كتب أخرى.

1– ابن تيمية تقي الدين أبو العباس، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمان بن محمد قاسم، لا.ط؛ المملكة العربية السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1416هـ-1995م.

2– ابن حزم أبو أحمد علي بن أحمد، المحلى بالآثار. لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، لا.ت .

3– خليل عمر، انحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة. لا.ط؛ الإسكندرية: دار الجامعة، 2015م.

4– عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. لا.ط؛ الجزائر: دار البصائر 2010م.

5– عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية. ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة 1413هـ-1993م.

6– ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد. ط:27؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1415هـ-1994.

7– محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، إغاثة اللهفان. تحقيق: محمد حامد الفقهي، ط:2؛ بيروت: دار المعرفة 1395هـ-1975م.

8– محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء" دراسة لقوانين الأحوال الشخصية. لا.ط؛ الأزاريطة: دار الجامعة الجديدة، 2007م.

9– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. ط:4؛دمشق: دار الفكر، لا.ت.

سادسا: كتب قانونية

1– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. لا.ط؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية،1999.

2– توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية، "موجز النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق". لا.ط؛ مؤسسة الثقافة الجامعية ،لا.م ،لا.ت.

3– أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية. لا.ط؛ مصر: لان، لا.ت.

4– بن شويخ رشيد، قانون الأسرة الجزائري المعدل "دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية".ط:1؛ الجزائر: دار الخلدونية، 1429هـ- 2008م.

5– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد "أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل". ط:1؛ الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2013م.

6– محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق. لا.ط؛ :عنابة دار العلوم ، 1427هـ-2006م.

7– محمدي فريدة زواري، المدخل للعلوم القانونية. لا.ط؛ الجزائر: مؤسسة الفنون المطبعية،2000.

سابعا: كتب معاجم اللغة وقواميسها

1– إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية. ط:4؛ مصر: مكتبة الشروق الدولية، 1425هـ-2004م.

2– ابن الحسن أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة. لا.ط؛ لا.م: دار الفكر، 1399هـ-1979م.

3– أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة. ط:1؛ القاهرة: دار عالم الكتاب، 1429هـ-2008م.

ثامنا: الموسوعات

1– حسين بن عودة، الموسوعة الفقهية الميسرة في فقه الكتاب والسنة المطهرة. ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم، لا.ت.

2– علوي بن عبد القادر، الموسوعة الفقهية. لا.ط؛ لا.م: موقع الدرر السنية على الأنترنت.

3– الموسوعة الكويتية الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. ط:1؛ الكويت: مطابع دار الصفوة،1414هـ-1993م.

تاسعا: الرسائل الجامعية والمجلات

1– آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية. (رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الاسلامية، تخصص قانون)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014م.

2– حنان شريف، التطليق وفقا القانون الأسرة الجزائري. (مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياق: مسيلة، نوقشت بتاريخ 2016-2017م.

3– العربي مصطفى باشا، الغيبة وأثرها في التطليق. (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، تخصص شريعة وقانون)، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران: وهران، نوقشت بتاريخ2012م-2013م.

4– كهينة، نفقة الأولاد، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري" (مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة: بجاية، نوقشت بتاريخ 2016-2017م.

5– نبيلة بن عائشة، إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية "التطليق". مجلة تحولات، العدد الافتتاحي، جانفي 2018م.

6– نذير سعاد، التطليق في قانون الأسرة الجزائري. (مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية) كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند الحاج، البويرة، 2012م-2013م.

عاشرا: النصوص القانونية

1– قانون رقم 84-11المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984م المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م.

2– قانون رقم 75-58المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 المؤرخ في 20 يونيو 2005م.

الحادي عشر: المواقع الالكترونية

1– عمر زودة، طبيعة إنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، (www. benqknouneal geencyclopediaedition.net) تاريخ التصفح: الاثنين 20ماي 2019م، 12:20.

فهرس الموضوعـــــــــات

الموضـــــــــوع	الصفحة
الإهداء	
شكر وعرفان	
مقدمة	أ
المبحث الأول: مفهوم الغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	06
المطلب الأول: تعريف الغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	06
الفرع الأول: تعريف الغيبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية	06
الفرع الثاني: تعريف الأسرة في قانون الأسرة الجزائري	08
المطلب الثاني: صور وشروط التفريق بسبب الغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	09
الفرع الأول: صور التفريق بسبب الغيبة	09
الفرع الثاني: شروط التفريق بسبب الغيبة	14
المبحث الثاني: أحكام الفرقة للغيبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	19
المطلب الأول: حكم الفرقة للغيبة غير منقطعة	19
المطلب الثاني: حكم الفرقة المنقطعة	26
المبحث الثالث: الآثار المترتبة عن الفرقة للغيبة في الفقه والقانون	38
المطلب الأول: ما ثبت لزوجة الغائب من توابع الحكم لتفريق	38
الفرع الأول: العدة	38
الفرع الثاني:النفقة	43
الفرع الثالث:متاع البيت	47
المطلب الثاني: ما يثبت لأولاد الغائب كم توابع الحكم لتفريق	51

الفرع الأول: النسب	51
الفرع الثاني: الحضانة	55
الفرع الثالث: النفقة	61
خاتمة	70
الفهارس	
فهرس الآيات القرآنية	74
فهرس الأحاديث النبوية والآثار	75
قائمة المصادر والمراجع	77
فهرس الموضوعات	86

تم بحمد الله