



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة الشهيد حمّـه لخضر - الوادي



نيابة العمادة لما بعد التدرج والبحث  
العلمي والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الإسلامية  
قسم الشريعة

## تعليق الطّلاق على حكم القاضي وآثاره دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية  
تخصص: الشريعة والقانون

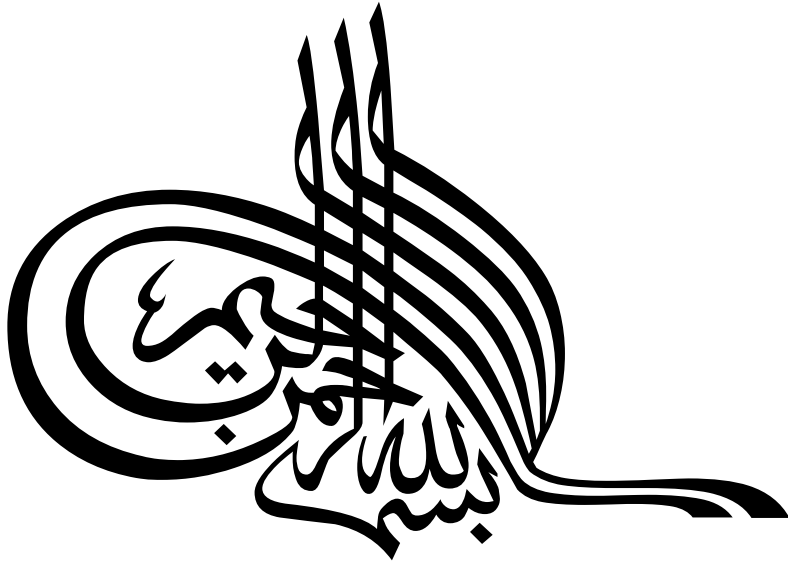
إشراف:  
أ.د نبيل موفق

إعداد الطالب:  
سامي دعدوعة

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	مؤسسة الانتماء	الصفة
عبد القادر مهاوات	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	رئيسا
نبيل موفق	أستاذ التعليم العالي	جامعة الوادي	مشرفا ومقررا
أحمد غمام عمارة	دكتور	جامعة الوادي	مناقشا
عزالدين كيحل	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	مناقشا
عبد الرؤوف دبابش	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	مناقشا
نعيمي زيغمي	دكتور	جامعة الأغواط	مناقشا

السنة الجامعية: 1446-1447هـ/2024-2025م



# شكر وتقدير

عملًا بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ شَكَرَ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ﴾ [النمل: 41] فالشكر لله أولاً وآخرًا على فضله ومنه وتوفيقه لي في إعداد

هذه الأطروحة.

وعملًا بقوله ﷺ: { لا يشكر الله من لا يشكر الناس } روه البخاري، أقدس بجزيل الشكر والامتنان للأساتذة الدكتور نبيل

موفق النزي رافقني مسرًا خلال هذه الرحلة العلمية، وأحاطني بما يستطيع من توجيهات ونصائح.

والشكر للأعضاء لجنة المناقشة على قبولهم الدعوة لمناقشة أطروحتي.

وللايقظني لأخص كل من الأساتذة الدكتور وياض عبد الرؤوف على اهتمامهم بنشر مقالتي العلمية، وتقديرهم لتسهيلات في

استعارة الكتب، والأساتذة الدكتور رحمان إبراهيم على دعمه ورحابته صدره.

كما يسرتني لأخص بجزيل الشكر كل من ساهم من قريب أو بعيد وأحاطني في إنجاز هذا العمل.

وأختم بتقدير شكري الكبير لجميع القائمين على جامعة الوادي عملاً، والداريين، وأساتذة على جهودهم المبذولة.

# الإسراء

إلى الوالدين الكريمين اللذين مهما بلغت في برّها فلن أوفيهما حقهما وتعبدما في سبيل تربيّتي، ولا أجد في

هذا المقام إلا قوله تعالى: ﴿وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْنَاهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾ [الإسراء: 24].

إلى سندي في اكلية جميع أفراد عائلتي.

إلى من تجعني بهم أخوة الإيمان والإسلام.

أهدي ثمرة جهدي.

## قائمة المختصرات

الرمز	مدلوله
ت	توفي
د ت	دون تاريخ نشر
د ط	دون طبعة
ص	الصفحة
ط	طبعة
ع	العدد
ق أ ج	قانون الأسرة الجزائري
ق أ ش أ	قانون الأحوال الشخصية الأردني
ق أ ش س	قانون الأحوال الشخصية السوري
ق أ ش ع	قانون الأحوال الشخصية العراقي
ق أ ش ك	قانون الأحوال الشخصية الكويتي
ق أ ش ل	قانون الأحوال الشخصية الليبي
ق أ ش م	قانون الأحوال الشخصية المصري
ق أ ق	قانون الأسرة القطري
ق إ م إ ج	قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري
ق ع ج	قانون العقوبات الجزائري
ق م ج	القانون المدني الجزائري
ق م م	قانون الموارث المصري
م	ميلادي
م أ ش ت	مجلة الأحوال الشخصية التونسية
م أم	مدونة الأسرة المغربية
هـ	هجري

# مقدمة

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ، نَحْمَدُهُ وَنَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شَرِّهِ وَأَنْفُسِنَا، وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضَلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ.

أما بعد:

لقد تعددت الكتابات حول العلاقات الأسرية، والتفكك الأسري، فهي موضوع خصب وحساس، ولم لا والأسرة هي أساس البنيان الاجتماعي فهي السبيل المنظم التي جعل منها سبحانه وتعالى سبيل التكاثر البشري.

غير أن التقدم الحضاري والتطور الزمني قد ألقى بظلاله على الأسرة، فلم تعد كما كانت من التماسك، بل أصبح تفككها أحد الظواهر التي لا نستطيع أن نغفل عنها، لذا ظهرت العديد من المشاكل الأسرية ذات الجوانب المختلفة التي تمسُّ بعمق الترابط الاجتماعي والأسري.

ولأهمية أحكام الأسرة فقد حظيت بعناية ربانية جاءت في تشريع محكم تحقيقاً للمقاصد، والأهداف التي تكمن مجملها في تكوين أسرة قوامها المودة والرحمة، قال تعالى: ﴿وَمَنْ آيْتَهُ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم:20]، وقد نصت المادة 3 ق أ ج "تعمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة، والتربية الحسنة، وحسن الخلق، وبند الآفات الاجتماعية"<sup>1</sup>.

وللمجتمع الجزائري هوية أساسها الدين الإسلامي، لذا يجب أن تكون الشريعة الإسلامية هي قانونه الذي يدعن إليه الأفراد، ويقبلونه حكماً في نزاعاتهم، لأنه من الغريب أن يفصل بين الهوية والتحكيم، ومما يؤسف له اكتفاء المقتن الجزائري بجعلها أحد مصادر قانون الأسرة، فقد نصت المادة 222 ق أ ج على أن أي نقص يعتري أحكامه يرجع فيه القاضي إلى الشريعة الإسلامية فجاء نصها كالتالي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"<sup>2</sup>.

فكان اختيار موضوع من مواضيع قضايا الأسرة أمراً مهماً لتعلقه بأعراض الناس، وأموالهم كونهما من الكليات الخمس التي جاءت الشريعة الإسلامية لحفظها، وأبرز هذه المواضيع الطلاق، لما له من آثار ثلثي بظلالها على جميع أفراد الأسرة، بل والمجتمع، خاصة ما كان واقعاً بإرادة الزوج المنفردة لكونه الأصل فيه، لذا فإن هذه الدراسة ستقتصر عليه فقط، وبما أن الأحكام القانونية قد تتعارض مع أحكام الشريعة كان تناولهما بالبحث

1 القانون رقم: 84-11، المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ، الموافق 09 يونيو سنة 1984م يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع: 24، الصادر في الثلاثاء 12 رمضان عام 1404هـ، الموافق 12 يونيو سنة 1984م، ص: 910.

2 القانون رقم: 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر، ص: 924.

معاً لا بد منه، وستركز الدراسة فقهاً على المذاهب الأربعة المعروفة، وقضاءً على مبادئ وقرارات المحكمة العليا الجزائرية- وذلك تجنباً لطول البحث وتشعبه ولتتمكن من ضبط عناصره-، وقانوناً على قانون الأسرة الجزائري، الذي قيده بإجراءات أبرزها تعليقه على حكم القاضي، كما جاء في نص المادة 49 ق أ ج<sup>1</sup>، واشترط إجراء الصلح، واعتبره طلاقاً بائناً بموجب نص المادة 50 ق أ ج<sup>2</sup>، ورُتب على ذلك آثاراً منها حقُّ المطلقة في التعويض، كما نصّت على ذلك المادة 52 من نفس القانون<sup>3</sup>، وقصد المشرع بذلك حماية المرأة، وتخفيض نسبة الطلاق، لكنّ ما ترتب على ذلك من آثار تتعلق بالمراكز القانونية لأفراد الأسرة، وحقوقهم جعلت النصوص القانونية تظهر على صورتها الحقيقية، لذا كانت دراستي موسومةً بـ: **تعليق الطلاق على حكم القاضي وآثاره دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.**

## 1/ أهمية الموضوع.

تبرز أهمية الموضوع في مايلي:

- ارتفاع نسب الطلاق في الجزائر ينذر بخطر كبير يدفع إلى ضرورة التوعية بآثاره السلبية على الأسرة والمجتمع.
  - أهمية الدراسة المقارنة بين الشريعة الإسلامية، وقانون الأسرة الجزائري، خاصةً في موضوع الطلاق الصادر من الزوج الذي تنتهي به الزاظة الزوجية، حيث يُنظر في مدى توافق أحكام القانون مع الشريعة.
  - عملاً بقاعدة الحكم على الشيء فرع عن تصوره، فإنّ توضيح موقف الفقهاء والقانون من مسألة الطلاق يضع المحامي وأطراف الطلاق والمفتي في الصورة الحقيقية للموضوع، فيكون الحكم الصادر عنه في كلّ المسائل المرتبطة بالدراسة مبنياً على علم.
  - جمع ما تفرّق في الدراسات السابقة من عناصر متعلّقة بموضوع البحث اختصاراً لوقت الباحثين مستقبلاً.
- ## 2/ أسباب اختيار الموضوع.

يُمكن تقسيم أسباب اختياري لهذا الموضوع إلى شخصية وموضوعية:

### أ- أسباب شخصية وهي:

- ترد على الباحث أسئلة حول موضوع الطلاق فرغبة منه في زيادة تعلم أحكامه من الناحية الشرعية والقانونية ليستفيد ويُفيد غيره، فلا يمكن للإنسان في أيّ مرحلة من مراحل عمره استغناؤه عنها.

1 الأمر رقم 02-05 مؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فيفري 2005م، يعدل ويتّم القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ، الموافق 09 يونيو سنة 1984م والمتضمّن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع: 15، الصادر في 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فيفري 2005م، ص: 21.

2 القانون رقم: 84-11، المتضمّن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذّكر، ص: 913.

3 الأمر رقم 02-05 المتضمّن تعديل وإتمام قانون الأسرة السالف الذّكر، ص: 21

- كان موضوع رسالة الماجستير نظام تعدد الزوجات دراسة مقارنة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، فتكتمل للبحث في مواضيع الأسرة التي يتجدد النقاش، ويستخدم الصراع حولها أردت مواصلة المساهمة بما يمكنني بذله من جهد في مثل هذه المواضيع.

#### ب- أسباب موضوعية وهي:

- غياب دراسة شاملة للموضوع تجعله يحتاج إلى تجديد، ودراسة منهجية علمية معمقة تخضع لمعايير، وضوابط شرعية بعيداً عن الأهواء والنزاعات الفكرية ذات الرؤى الشخصية.
- الجهل بكيفية وقوع الطلاق، وأحكامه لدى شريحة واسعة من المجتمع، يجعل الوقوع في المحذور الشرعي أمراً منتشراً على نطاق واسع.
- أصبحت الأسرة في زمن العولمة، والسرعة التكنولوجية مُستهدفة من كل الجوانب خاصة ما تعلق باستقرارها وتماسكها، وذلك بالتهوين من أمر الطلاق، مما يجعل حمايتها أمراً بالغ الأهمية من المشرع.

#### 3/ الدراسات السابقة.

لم أجد فيما أطلعت عليه من دراسات سابقة دراسة مطابقة لهذا العمل، إلا بعض المقالات، والبحوث المشابهة له تحت مسميات مختلفة، والتي تعتبر بدورها مراجع استعان بها الباحث في الجانب النظري، منها على سبيل المثال لا الحصر:

#### أ- الرسائل العلمية.

- رسالة ماجستير بعنوان: آثار الطلاق المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي من إعداد الطالبة: وفاء معتوق حمزة فراش، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1405هـ-1985م، والتي تميزت بدراسة شاملة لآثار الطلاق لدى المذاهب الإسلامية المعروفة، وتأصيل جيد للمسائل الفقهية، إلا أنّ الباحثة اقتصرت على الفقه الإسلامي لكون المحاكم في السعودية شرعية، لكن كان يمكن لها مقارنتها بالقوانين الوضعية العربية، أو الغربية لإظهار محاسن التشريع الإسلامي عن غيره.

#### ب- المقالات العلمية.

- مقال بعنوان: إشكالية تقنين إرادة الزوج في الطلاق بين الأصالة والحداثة دراسة مقارنة لعماد حميدة وموسى مرمون، مجلة العلوم الإنسانية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، ع: 5، ديسمبر 2019م، المجلد: 30، ص: 247-265، حاول الباحثان أن تكون دراستهما مقارنة لأهم المسائل في الموضوع سواء من الجهة الشرعية أو من الجهة القانونية، وقد حاول الباحث إعادة النظر فيما تطرقا إليه، وأن تكون دراسته شاملة.

- مقال بعنوان إجراءات إيقاع الطلاق بين الزوجين دراسة نقدية لبهماوي عبد الله، وبهماوي شريف، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، ع: 2،

رمضان 1439هـ - جوان 2018م، المجلد: 4، ص: 81-93، كانت دراسةً قانونيةً بحثيةً لم يتطرقا فيها إلى الموقف الشرعي من هذه الإجراءات.

#### 4/ الإشكالية.

تثير هذه الدراسة الإشكالات التالية: كيف علق المشرع إرادة المطلق على حكم القاضي؟، وماهي الآثار الفقهية المترتبة على ذلك؟

ويتفرع عن هذا الإشكالات تساؤلات أبرزها:

- هل تشترط الشريعة أن يكون الطلاق أمام القاضي، وهل صدور الحكم هو نفسه تاريخ وقوعه؟
- كيف يثبت طلاق الزوج الواقع خارج القضاء؟
- هل يشترط وجود المصلحة، وإجراء الصلح في دعوى الطلاق؟
- هل حكم القاضي كاشف أم منسئ للطلاق؟،
- هل التصوص القانونية شاملة لكل آثار الطلاق، ومتى تبدأ؟

#### 5/ أهداف الدراسة.

من أهم أهداف هذه الدراسة:

- تنبيه المشرع الجزائري على المواطن التي خالف فيها الشريعة الإسلامية، فيراجع أحكام القانون وفقها، ويجبر الفراغ القانوني الموجود من الشريعة الإسلامية، وفي هذا تقديم مساعدة فقهية للمشرع.
- معرفة مدى شرعية الأساس الذي بُني عليه سلطة القاضي في الطلاق الواقع بإرادة الزوج المنفردة.
- إبراز أهمية فقه الطلاق، وضرورة العناية به من خلال تفعيل دور منظمات المجتمع المدني.
- بيان الآثار المترتبة على الإجراءات القانونية في تقييد إرادة الزوج لإيقاع الطلاق، ومدى مساسها بمقصدي التسلسل والمال.

- إظهار منهج الاجتهاد القضائي الأسري الجزائري من خلال قرارات المحكمة العليا في قضايا الطلاق الواقعة بإرادة الزوج المنفردة.

#### 6/ منهج البحث.

اعتمد الباحث على المنهج الوصفي الذي يُعد من أهم المناهج استخداماً في البحث العلمي حيث يهدف إلى وصف الظواهر والأحداث، وجمع البيانات حولها، ومن ثمة تحليلها، ومقارنتها، للتوصل إلى نتائج وحلول. وقد تم جمع المادة العلمية من نصوص فقهية وقانونية متعلقة بموضوع الدراسة، ثم تحليلها للوقوف على الرأي الشرعي والقانوني، ثم مقارنتها لبيان أوجه الاتفاق، والاختلاف بينها، وما ترتب على ذلك من آثار، للخروج بنتائج وحلول.

## 7/ خطة البحث.

على ضوء ما تقدّم، وتحقيقاً للأهداف دعت دراستي بالنصوص الشرعية، والقانونية، واجتهادات المحكمة العليا، فجعلت كلّ فصل ممهّداً للفصل الذي بعده، حيث انطلقت من بيان معنى الطلاق، ثم إبراز القيود القانونية على إرادة الزوج في طلاقه، ثم الآثار الناجمة عن ذلك، فكانت خطة بحثٍ مقسمةً إلى ثلاثة فصولٍ، وخاتمة، وفهارس:

- الفصل التمهيدي: ماهية الطلاق، وضمّنته تأصيلاً لمصطلح الطلاق من الناحية اللغوية والفقهية، والفرق بينه وبين المصطلحات المشابهة، وموقف الفقهاء من حكمه الشرعي، والمقصود من تشريعه في المبحث الأول، ثم تطرقت إلى أقسام الطلاق من حيث كيفية وقوعه، وأثره في المبحث الثاني.
- الفصل الأول: سلطة القاضي على إرادة الزوج في الطلاق، وكان على الكيفية التي يقع بها طلاق الزوج، وما يستعمله للتعبير عن إرادته، والشروط والإجراءات القانونية لوقوعه قضائياً في المبحث الأول، وماهي السلطة الممنوحة للقاضي في تكيف طلاق الزوج، وهل حكمه كاشف أو منشئ لهذا الطلاق كمبحث ثانٍ.
- الفصل الثاني: آثار تعليق الطلاق على حكم القاضي، في مبحثٍ أولٍ يتناول الآثار الشخصية، من عدّة وجعة، وخطبة، ونسب، ومبحثٍ ثانٍ عن الآثار المالية كالنفقة، وأجرة الرضاع والحضانة، والمنفعة.
- الخاتمة: جاءت كحوصلة لموضوع البحث، تضمّنت أهمّ النتائج المتوصل إليها، والتوصيات التي ينبغي التنبية عليها كإضافة للبحث العلمي.
- الفهارس: ذيلت الدراسة بفهارس - كدليل يعطي القارئ المفاتيح الرئيسية لكيفية الاطلاع، وقراءة البحث العلمي -، للآيات القرآنية، والأحاديث النبوية، وآثار الصحابة، والمواد القانونية، وقرارات المحكمة العليا، والمصادر والمراجع، والموضوعات.

## الفصل التمهيدي: ماهية الطلاق.

بما أنّ الحكم على الشيء فرعٌ عن تصوّره، كان توضيح كُنْه الشيء وحقيقته أمراً مهماً في

البحث العلمي خاصةً إذا تعلق الأمر بموضوع الطلاق، لما له من أثر كبير على حياة الفرد والمجتمع،

فهذا الفصل سيعطي تصوّراً لحقيقة الطلاق، والذي من خلاله تُفهم آراء الفقهاء وتأصيلاتهم،

والموقف الذي تبناه القانون الجزائري، لذلك تمّ تناوله في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: الطلاق تعريفه وحُكمه والحكمة منه.

المبحث الثاني: أقسام الطلاق.

## المبحث الأول: الطلاق تعريفه وحكمه والحكمة منه.

أولى الفقهاء عنايةً كبيرةً بباب الطلاق لتعلقه الشديد بمقاصد الشريعة، ومن بين ما بينوه تعريفه

وحكمه والحكمة منه، وهذه النقاط هي مضمون المبحث الأول في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تعريف الطلاق والفرق بينه وبين الألفاظ ذات الصلة به.

المطلب الثاني: حكم الطلاق والحكمة منه.

## المطلب الأول: تعريف الطلاق والفرق بينه وبين الألفاظ ذات الصلة به.

يُعدّ التعريف الخطوة الأولى في البحث العلمي، والصورة الذهنية التي من خلالها يمكن تصور الموضوع، وتكملة لوضوح الصورة كان من الضرورة التمييز بين الطلاق، وبين المصطلحات التي تقاربه في المعنى.

### الفرع الأول: تعريف الطلاق.

أولاً: لغةً.

بالرجوع إلى معاجم اللغة نجد أن لفظ الطلاق يأتي في اللغة للدلالة على معنى التخلية والإرسال، فمادة طَلَّقَ الطاء واللام والقاف أصلٌ صحيحٌ مطردٌ واحدٌ، يدل على التخلية والإرسال، والطاءُ التّاقَةُ تُرسلُ ترعى حيث شاءت<sup>1</sup>، وأطلقْتُ الأسير أي خَلَيْتَهُ، والمعاني الأخرى للطلاق لغةً في معظمها دالة على هذا المعنى منها: - رفع القيد وحل العقد: يقال حُبِسَ فلان في السجن طُلُقاً أي بغير قيد، وبغير طُلُق أي غير مقيد، وأنت طُلُقٌ من هذا الأمر، أي خارج منه<sup>2</sup>، وطلقت المرأة من زوجها طلاقاً: بانَتْ، والمُطَلَّقُ من الأحكام ما لا يقع فيه استثناء، والماء المطلق ما سقط عنه القيد<sup>3</sup>.

- التَّركُ والمفارقة: طَلَّقَ البلاد تركها، طَلَّقَ المرأةَ بَيْنُونَتِهَا عن زوجها<sup>4</sup>.

- الذَّهابُ والمشى: يقال الانطلاقُ الذَّهابُ<sup>5</sup>، وطُلِّقَ السَّليمُ؛ سَكَنَ وَجَعَهُ بعد العِدَادِ، واسْتِطْلَقَ البَطْنَ:

مَشِيَهُ<sup>6</sup>.

- الحلال: الطَّلُقُ الشيء الحلال، كأنه قد حُلِيَ عنه فلم يُحْظَر<sup>7</sup>، وفي الحديث عن عبد الله بن أبي طلحة

قال رسول الله ﷺ: { رِهَانُ الْخَيْلِ طُلُقٌ }<sup>8</sup>، أي حَالِلٌ<sup>9</sup>.

- الانشراح: هذا أمر ما تَطَلَّقَ نَفْسِي له، أي لا تَنْشِرْ له<sup>10</sup>.

- الفَصَاحَةُ والسَّرْعَةُ: يقال رَجَلَ طَلَّقُ اللِّسَانِ وَطُلُقٌ وَطُلُقٌ وَطَلِيقٌ: فَصِيحٌ، وَلِسَانٌ طَلَّقٌ ذَلِقٌ، وَتَكَلَّمَ

بَلِسَانٍ طَلَّقٍ أَي مَاضِي الْقَوْلِ سَرِيعِ النُّطْقِ<sup>11</sup>، وَطَلَّقَ كَلْبَ الصَّيْدِ لِسَرْعَةِ عَدْوِهِ عَلَى الصَّيْدِ<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الطاء، باب الطاء واللام وما يثلاثهما (طلق)، ج: 3، ص: 420-421.

<sup>2</sup> الجوهري، الصحاح تاج اللغة، باب القاف، فصل الطاء (طلق)، ج: 4، ص: 1518.

<sup>3</sup> مرتضى الزبيدي، تاج العروس، فصل الطاء مع القاف (طلق)، ج: 26، ص: 92، و: 102.

<sup>4</sup> ابن منظور، لسان العرب، حرف القاف، فصل الطاء المهملة (طلق)، المجلد: 10، ص: 226.

<sup>5</sup> الجوهري، الصحاح تاج اللغة، باب القاف، فصل الطاء (طلق)، ج: 4، ص: 1518.

<sup>6</sup> ابن منظور، لسان العرب، حرف القاف، فصل الطاء المهملة (طلق)، المجلد: 10، ص: 229، و: 231.

<sup>7</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الطاء، باب الطاء واللام وما يثلاثهما (طلق)، ج: 3، ص: 420.

<sup>8</sup> الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، رقم الحديث: 3256، المجلد: 7، ص: 253-254، قال الألباني: ضعيف.

<sup>9</sup> المرجع نفسه.

<sup>10</sup> ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الطاء، باب الطاء واللام وما يثلاثهما (طلق)، ج: 3، ص: 421.

<sup>11</sup> ابن منظور، لسان العرب، حرف القاف، فصل الطاء المهملة (طلق)، المجلد: 10، ص: 229.

<sup>12</sup> مرتضى الزبيدي، تاج العروس، فصل الطاء مع القاف (طلق)، ج: 26، ص: 90.

- البَشَاشَةُ والسَّخَاءُ والطَّيْبُ والسَّمْحُ: يقال رَجُلٌ طَلِيْقُ الوَجْهِ ذُو بَشْرٍ حَسَنٍ، وَطَلَّقَ الوَجْهَ إِذَا كَانَ سَخِيًّا، وَرَجُلٌ طَلَّقَ اليَدَيْنِ، بِالْفَتْحِ أَوْ بِالضَّمِّ، أَي: سَمَحَهُمَا<sup>1</sup>، وَرَجُلٌ طَلَّقَ الوَجْهَ وَطَلَّقَهُ، كَأَنَّهُ مُنْطَلِقٌ، وَهُوَ ضِدُّ البَاسِرِ<sup>2</sup>، وَأَعْطَيْتَهُ مِنْ طَلَّقَ مَا لِي أَي صَفَوَهُ وَطَيَّبَهُ، وَيَوْمَ طَلَّقَ، وَلَيْلَةَ طَلَّقَ وَطَلَّقَهُ مُشْرِقًا لَا بَرْدَ فِيهِ وَلَا حَرًّا وَلَا مَطَرَ وَلَا قَرًّا، وَلَا شَيْءٌ يُؤْذِي<sup>3</sup>، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه، عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم فِي لَيْلَةِ القَدْرِ: { لَيْلَةَ طَلَّقَهُ، لَا حَارَّةً وَلَا بَارِدَةً، تُصْبِحُ الشَّمْسُ يَوْمَهَا حَمْرَاءَ ضَعِيفَةً }<sup>4</sup>.

- وَجَعُ الوِلَادَةِ والمِرَّةِ والشَّوْطِ: الطَّلُقُ وَجَعُ الوِلَادَةِ، ( أَنَّ ابْنَ عَمْرٍو رضي الله عنه رَأَى رَجُلًا يَطُوفُ بِالبَيْتِ حَامِلًا أُمَّهُ وَهُوَ يَقُولُ لَهَا: أَتَرِينِي جَزَيْتِكَ يَا أُمَّهُ؟ فَقَالَ ابْنُ عَمْرٍو: أَي لُكْعٍ، لَا وَاللَّهِ وَلَا طَلَّقَهُ وَاحِدَةً )<sup>5</sup>، الطَّلَّقَةُ المِرَّةُ الوَاحِدَةُ<sup>6</sup>، وَعَدَا الفَرَسُ طَلَّقًا أَوْ طَلَّقِينَ أَي شَوِطًا أَوْ شَوِطِينَ<sup>7</sup>.

ثانيا: اصطلاحاً.

1/ عند الحنفية: رَفَعَ قَيْدَ النِّكَاحِ حَالًا أَوْ مَالًا بِلَفْظٍ مَخْصُوصٍ<sup>8</sup>.

\* شَرَحَ التَّعْرِيفُ:

- رَفَعَ قَيْدَ النِّكَاحِ: خَرَجَ بِهَذَا القَيْدِ العِتْقُ، والقَيْدُ الحِسِّيُّ لِأَنَّ النِّكَاحَ قَيْدٌ مَعْنَوِيٌّ<sup>9</sup>، وَلِلنِّكَاحِ الصَّحِيحِ أَحْكَامٌ بَعْضُهَا أَصْلِيٌّ وَبَعْضُهَا تَبْعِيٌّ، فَالأَصْلِيُّ حِلُّ الوَطْءِ إِلاَّ لِعَارِضٍ، وَالتَّبْعِيُّ حِلُّ النِّظَرِ، وَمِلْكُ المُتَعَةِ، وَمِلْكُ الحَبْسِ، وَغَيْرَ ذَلِكَ<sup>10</sup>.

- فِي الحَالِ: أَي الطَّلَاقِ البَائِنِ<sup>11</sup>.

- أَوْ المَالِ: أَي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ<sup>12</sup>.

1 مرتضى الزبيدي، المرجع السابق، ج: 26، ص: 89.

2 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الطاء، باب الطاء واللام وما ينثنها (طلق)، ج: 3، ص: 421.

3 ابن منظور، لسان العرب، حرف القاف، فصل الطاء المهملة (طلق)، المجلد: 10، ص: 229، و 231.

4 ابن خزيمة، صحيح ابن خزيمة، كتاب الصيام، باب حمرة الشمس عند طلوعها وضعفها صبيحة ليلة القدر، والاستدلال بصفة الشمس على ليلة القدر إن صح الخبر؛ فإن في القلب من حفظ زعقة، رقم الحديث: 2192، ج: 3، ص: 331-332.

5 الحسين بن حرب المروزي، البر والصلة، رقم الأثر: 38، ص: 19.

6 ابن منظور، لسان العرب، حرف القاف، فصل الطاء المهملة (طلق)، المجلد: 10، ص: 225.

7 الجوهري، الصحاح تاج اللغة، باب القاف، فصل الطاء (طلق)، ج: 4، ص: 1517.

8 ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج: 3، ص: 410.

9 المرجع نفسه.

10 ابن عابدين، منحة الخالق، ينظر ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج: 3، ص: 410.

11 الحصكفي، الدر المختار، ص: 205.

12 المرجع نفسه.

- بلفظ مخصوص: المراد به ما اشتمل على مادة الطلاق صريحاً، وكناية، وسائر الكنايات الرجعية والبائنة، ولفظ الخلع، فخرج بهذا القيد الفسخ كتفريق القاضي بإبائه أحدهما عن الإسلام، والعنة، واللعان<sup>1</sup>.

2/ عند المالكية: عرّفه ابن عرفة: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجباً تكرّرها مرتين للحرّ، ومرة لذي الرّق حرمتها عليه قبل زوج<sup>2</sup>.

\* شرح التعريف<sup>3</sup>:

- صفة: أي جنس الصفة فيشمل جميع الصفات سواء كانت وجودية تُدرك بالحس كالبياض والسواد، أو بالعقل كالعلم والثدرة، أو تقديرية لا وجود لها ذهنياً وخارجاً كالطهارة والطلاق، إلا أن الشرع قدّر وجودها في الشخص، وقيامها به فكأنها مُحيطة به.

- حكمية: أي الصفة التقديرية، فاحتُزّ بهذا القيد من الصفة الوجودية بقسميها.

- ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجباً تكرّرها مرتين للحرّ، ومرة لذي الرّق حرمتها عليه قبل زوج: احتُزّ بهذا القيد من رفع الحلية بالدخول في الإحرام بالحجّ أو العمرة، أو بالدخول في الاعتكاف أو الصلاة ونحوها، والتكرّر إنّما يكون بعد وقوع الطلقة الأولى، لذلك يُقال الطلاق الثاني تكرّر، وكذا الثالث، ولا يصدق على الأول أنّه متكرّر إذ التكرّر إنّما يكون بعد فرد، وقوله مرتين إنّما هو القيد الذي يُوجب التحريم، والزائد لا أثر له، فنهاية طلاق الحرّ ثلاث، ونهاية طلاق العبد اثنتان.

3/ عند الشافعية: حلّ عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه<sup>4</sup>.

\* شرح التعريف:

- حلّ عقد النكاح: المراد الحلّ المعنوي بإزالة العلاقة التي بين الزوجين، وإضافة النكاح للعقد إضافةً بيانيةً فإن أريد بالنكاح الوطاء كانت إضافةً حقيقيةً<sup>5</sup>.

- بلفظ الطلاق ونحوه: أي أنّ الطلاق يقع بألفاظ الطلاق الصريح والكناية.

4/ عند الحنابلة: حلّ قيد النكاح أو بعضه<sup>6</sup>.

- حلّ قيد النكاح: إن كان الطلاق بائناً فهو حلّ لقيد النكاح كلّ<sup>7</sup>.

1 ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج: 3، ص: 410.

2 الخطاب، مواهب الجليل، ج: 5، ص: 268.

3 عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، ج: 2، ص: 117-118.

4 الشريبي، مغني المحتاج، ج: 3، ص: 368.

5 البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)، ج: 3، ص: 488، البجيرمي، التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب)، ج: 4، ص: 2.

6 ابن التّجار الفتوحى، منتهى الإرادات، ينظر البهوتى الحنبلى، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ج: 3، ص: 73.

7 ابن العثيمين، الشرح الممتع، المجلد: 13، ص: 5.

- أو بعضه: إن كان الطلاق رجعياً فهو حلٌّ لبعضه<sup>1</sup>.  
ما يلاحظ على هذه التعاريف أنّها تتفق على أنّ الطلاق يرفع عقد النكاح، أو بعضه مع اختلافٍ يسير بين الفقهاء راجع إلى الاختلاف في بعض أحكام الطلاق.  
**5/ في القانون.**

نصّت المادة 47 ق أ ج " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة."<sup>2</sup>، و المادة 48 ق أ ج " مع مراعاة أحكام المادة (49) أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما وردّ في المادتين (53 و 54) من هذا القانون."<sup>3</sup>، ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنّه لم يُعرّف الطلاق بتعريف خاص به، إلا أنّه لم يخرج عن مفهوم اعتباره انحلالاً للرابطة الزوجية، وقد نصّ قرار المحكمة العليا على هذا " متى كان من المقرر شرعاً أنّ الطلاق، هو حلُّ عقد الزواج ويتمّ بإرادة الزوج الذي يملك وحده فكّ عصمة النكاح ولا يتوب عنه في ذلك إلا من فوّض لهم أمره، كما يتمّ أيضاً بتراضي الزوجين على ذلك..."<sup>4</sup>.

#### ثالثاً: العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي.

المعنى اللغوي للطلاق هو رفع القيد المعنوي أو الحسّي، وفي الاصطلاح الطلاق يرفع القيد المعنوي وهو عقد النكاح، والقيد الحسّي بتخلية المرأة، قال ابن منظور: " وطلاق النساء لمعنيين: أحدهما حلّ عُقدة النكاح، والآخر بمعنى التخلية والإرسال."<sup>5</sup>، ومنه فهناك تطابق بين التعريف اللغوي والاصطلاحي.

1 ابن العثيمين، المرجع السابق، المجلد: 13، ص: 5.

2 القانون رقم: 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف ذكره، ص: 912.

3 الأمر رقم 02-05 المتضمن تعديل وإتمام قانون الأسرة السالف الذكر، ص: 21.

4 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 32786، بتاريخ: 14/05/1984م، المجلة القضائية، ع: 2، 1989م، ص: 66.

5 ابن منظور، لسان العرب، حرف القاف، فصل الطاء المهملة (طلق)، المجلد: 10، ص: 226.

الفرع الثاني: الفرق بين الطلاق والألفاظ ذات الصلة به.

أولاً: الفسخ.

1/ تعريفه.

أ- لغةً: فسخ؛ الفسخ الضعف، والجهل، والطرح، وإفساد الرأي، والنقض، والتفريق، وفسخ الشيء، إذا نقضه وفرقه<sup>1</sup>.

ب- اصطلاحاً: حلُّ الرابطة التي تربط بين الزوجين، إما بسبب خلل وقع في العقد، أو بسبب طارئ عليه يمنع بقاءه<sup>2</sup>.

2/ الفرق بين الفسخ والطلاق<sup>3</sup>:

أ- في حقيقة كلٍّ منهما: الفسخ نقض للعقد من أساسه وإزالة للحل الذي يترتب عليه، أما الطلاق فهو إنهاء للعقد، ولا يزول الحلُّ إلا بعد البينونة الكبرى.

ب- في أسباب كلٍّ منهما: الفسخ يكون إما بسبب طارئ على العقد يُنافي الزواج كردة الزوجة، أو إباؤها الإسلام، أو بسبب حالات مقارنة للعقد تقتضي عدم لزومه من الأصل كزواجه بأخته من الرضاع، أما الطلاق فلا يكون إلا بناءً على عقد صحيح لازم، وهو من حقوق الزوج، فليس فيه ما يتنافى مع عقد الزواج أو يكون بسبب عدم لزومه.

ج- في أثر كلٍّ منهما: الفسخ لا يُنقص عدد الطلقات، أما الطلاق فيُنقص به عدد الطلقات، وُفرقة الفسخ لا يقع في عدتها طلاق، أما عدّة الطلاق فيقع فيها طلاق آخر، والفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئاً من المهر، أما الطلاق قبل الدخول فيُوجب نصف المهر المسمى، أو المتعة... إلخ.

ثانياً: الخلع.

1/ تعريفه.

أ- لغةً: خ ل ع الخلع: النزاع، إلا أنّ في الخلع مهلة، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع<sup>4</sup>.

ب- اصطلاحاً: إزالة ملك التكاح بلفظ الخلع، أو ما في معناه مقابل عوض تلتزم به الزوجة أو غيرها للزوج<sup>5</sup>.

2/ الفرق بين الخلع والطلاق.

جمهور العلماء على أنّ الخلع طلاق بائن، وهو قول عمر، وعثمان، وعلي، وابن مسعود، وبه قال الحسن، والتخعي، وعطاء، وسعيد بن المسيب، وشريح، والشعبي، ومجاهد، ومكحول، والزهرى، وسفيان الثوري،

1 مرتضى الزبيدي، تاج العروس، فصل الفاء مع الحاء المعجمة (فسخ)، ج: 7، ص: 319.

2 سيّد سابق، فقه السنّة، ج: 2، ص: 616.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 7، ص: 348-349.

4 مرتضى الزبيدي، تاج العروس، فصل الحاء مع العين (خلع)، ج: 20، ص: 518.

5 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج: 29، ص: 6.

والأوزاعي، ومالك<sup>1</sup>، وأبو حنيفة<sup>2</sup>، والشافعي في الجديد<sup>3</sup>، ورواية عن أحمد<sup>4</sup>، وقال ابن حزم هو طلاق رجعي<sup>5</sup>، وقيل هو فسخ وبه قال عبد الله بن عمر، وعبد الله بن عباس، وعكرمة، وطاوس، وإسحاق، وأبو ثور، والشافعي في القديم<sup>6</sup>، ورواية عن أحمد<sup>7</sup>.

سبب الخلاف بينهم هو العوض المقترن بالخلع هل يُخرجه من نوع فُرقة الطلاق إلى نوع الفسخ أم لا؟، وثمرة الخلاف هي هل يعتد به في عدد التطليقات أم لا؟

احتج الجمهور على أنّ الخلع طلاق بأنّ الفسوخ إنّما هي في الغالب فُرقة لا ترجع إلى اختيار الزوج، والخلع راجع إلى اختياره فليس بفسخ، ودليلهم على أنّه طلاق بائن، أنّه لو كان للزوج الرجعة عليها في العدة منه لم يكن لافتدائها معنى.

واحتج من لم يره طلاقاً بقوله تعالى: ﴿إِطْلُقْ مَرَّتَيْنِ فِيمَا سَأَلَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يُخَافَ إِلَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة: 227]، فذكر الله تعالى الطلاق ثم ذكر الافتداء، ثم قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 228]، فلو كان الافتداء طلاقاً لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الزايع، كما أنّ الفسوخ تقع بالتراضي، قياساً على فسوخ البيع - أي الإقالة -، وبهذا يفترق الخلع عن الطلاق<sup>8</sup>.

الذي يظهر والله أعلم زُحجان من قال بأنّ الخلع فسخ، لأثر ابن عباس: { أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ، فَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ عِدَّتَهَا حَيْضَةً }<sup>9</sup>، فلم يجعل عدتها كعدّة المطلقة، كما أنّ الخلع لا يقع إلا برضى الطرفين، أما الطلاق فيقع بغير رضى الزوجة، والعوض إنّما أُعطي للزوج للموافقة على الفسخ لا على الطلاق، لأنّه لا يريد طلاقها.

1 مالك بن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 241.

2 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 171.

3 الجويني، نهایة المطلب في درایة المذهب، ج: 13، ص: 292.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 328.

5 ابن حزم، المحلى، ج: 9، ص: 512.

6 الجويني، نهایة المطلب في درایة المذهب، ج: 13، ص: 293.

7 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 328.

8 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 135، البغوي، شرح السنّة، ج: 9، ص: 196.

9 الألباني، صحيح أبي داود، كتاب الطلاق، باب في الخلع، رقم الأثر: 1931، المجلد: 6، ص: 428، وما بعدها، قال الألباني: حديث صحيح.

ثالثاً: التفريق.

1/ تعريفه.

أ- لغةً: فرق بين الشيئين يَفْرُقُ فَرْقاً وفَرْقَاناً أي فصل، والتفريق: أصله التكثر أي تشتيت الشمل والكلمة، مثل قوله تعالى: ﴿ مَا يُفْرَقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ ﴾ [البقرة: 101]<sup>1</sup>.

ب- اصطلاحاً: إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناءً على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضّرر وعدم الإنفاق، أو بدون طلب من أحدٍ حفظاً لحقّ الشرع، كردّة أحد الزوجين<sup>2</sup>.

2/ الفرق بين التفريق والطلاق<sup>3</sup>.

- الطلاق يقع باختيار الزوج وإرادته، أما التفريق فيقع بحكم القاضي.

- والتفريق القضائي قد يكون طلاقاً كالتفريق بسبب عدم الإنفاق، وقد يكون فسخاً كالتفريق بسبب

الردّة، أو إسلام أحد الزوجين.

رابعاً: الإيلاء.

1/ تعريفه.

أ- لغةً: آلى يؤلي إيلاءً أي حلف<sup>4</sup>.

ب- اصطلاحاً: هو أن يحلف الرجل على ترك وطء زوجته مدّة تزيد على أربعة أشهر<sup>5</sup>.

2/ الفرق بين الطلاق والإيلاء.

خلال أربعة أشهر إذا تراجع الزوج عن يمينه ووطء امرأته فعليه كفارة يمين فقط، ولا يعدّ هذا طلاقاً، أما إذا لم يتراجع ومضت الأربعة الشهر وأبى وطأها طلقها وحُسبت عليه طلبة رجعية، فعن أنس بن مالك: { أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَقَطَ عَنْ فَرَسِهِ فَجَحِشَتْ سَاقُهُ - أَوْ كَتِفُهُ - وَآلَى مِنْ نِسَائِهِ شَهْرًا، فَجَلَسَ فِي مَشْرُوبَةٍ لَهُ دَرَجَتُهَا مِنْ جُدُوعٍ، فَأَتَاهُ أَصْحَابُهُ يَعُودُونَهُ، فَصَلَّى بَيْنَهُمْ جَالِسًا وَهُمْ قِيَامٌ، فَلَمَّا سَلَّمَ قَالَ: إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ، فَإِذَا كَبَّرَ فَكَبِّرُوا، وَإِذَا رَكَعَ فَارْكَعُوا، وَإِذَا سَجَدَ فَاسْجُدُوا، وَإِنْ صَلَّى قَائِمًا فَصَلُّوا قِيَامًا، وَنَزَلَ لِنِسْعٍ وَعَشْرِينَ، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّكَ آلَيْتَ شَهْرًا، فَقَالَ: إِنَّ الشَّهْرَ تِسْعٌ وَعِشْرُونَ. }<sup>6</sup>

1 مرتضى الزبيدي، تاج العروس، فصل الفاء مع القاف (فرق)، ج: 26، ص: 279، و294.

2 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج: 29، ص: 6-7.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 7، ص: 509-510.

4 ابن منظور، لسان العرب، باب الواو والياء من المعتل، فصل الهمزة (ألا)، المجلد: 14، ص: 40.

5 التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج: 4، ص: 170.

6 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب الصلاة في السطوح والمنبر والخشب، رقم الحديث: 378، ص: 106.

وقال ﷺ: { مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ، فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، فَلْيَأْتِهَا، وَلْيُكْفِرْ عَنْ يَمِينِهِ. }<sup>1</sup>.

خامساً: الظَّهَار.

1/ تعريفه.

أ- لغةً: ظهر الظَّهْر من كلِّ شيءٍ خلاف البَطْن، والظَّهْر من الإنسان من لَدُن مؤخَّر الكاهل إلى أَدْنَى العَجْز عند آخره، و الظَّهَارُ أصله مأخوذ من الظَّهْر، وإِنَّمَا حَصَّو الظَّهْرَ دُونَ البَطْنِ والفخذ والفرج، وهذه أوَّلُ بالتَّحْرِيمِ لِأَنَّ الظَّهْرَ مَوْضِعُ الرِّكُوبِ، والمرأةُ مَرْكُوبَةٌ إِذَا عُشِّيتْ، فكأنَّه إِذَا قَالَ أَنْتَ عَلَيَّ كَظَّهْرِ أُمِّي أَرَادَ رُكُوبَكَ لِلنِّكَاحِ عَلَيَّ حَرَامٌ كَرُكُوبِ أُمِّي لِلنِّكَاحِ، فَأَقَامَ الظَّهْرَ مَقَامَ الرِّكُوبِ لِأَنَّهُ مَرْكُوبٌ، وَأَقَامَ الرِّكُوبَ مَقَامَ النِّكَاحِ لِأَنَّ النَّكَاحَ رَاكِبٌ، وَهَذَا مِنْ لَطِيفِ الاسْتِعَارَاتِ لِلْكِنَايَةِ<sup>2</sup>.

ب- اصطلاحاً: " هو تشبيه زوجته أو بعضها بكلِّ أو ببعض مَنْ تحرم عليه أبدأً كقوله: أَنْتَ عَلَيَّ كَأُمِّي، أَوْ كَظَّهْرِ أُخْتِي، وَنَحْوِ ذَلِكَ. " <sup>3</sup>.

2/ الفرق بين الظَّهَارِ والطلاق.

الطلاق مشروع، والظَّهَارُ محرم، قال تعالى: ﴿إِذِينَ يَظْهَرُونَ مِنْكُمْ مِّن نِّسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ. إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا أَلْيَ وَلَدَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ﴾ [المجادلة: 2]، والظَّهَارُ لَيْسَ طَلَاقًا، وَإِنَّمَا عَلَى الزَّوْجِ كَفَّارَةٌ بِتَحْرِيرِ رَقَبَةٍ، فَإِذَا لَمْ يَجِدْ يَصِمُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، فَإِن لَمْ يَسْتَطِعْ يُطْعَمُ سَتِينَ مَسْكِينًا.

سادساً: اللِّعَان.

1/ تعريفه.

أ- لغةً: ل ع ن اللُّعْنُ الطَّرْدُ والإبعاد من الخير، وبابه قَطْعٌ، وَ اللُّعْنَةُ الاسْمُ وَالْجَمْعُ لِعَانٌ وَ لَعْنَاتٌ، وَالرَّجُلُ لَعِينٌ وَ مَلْعُونٌ، وَالمَرَأَةُ لَعِينٌ أَيْضًا، وَالمَلْعَنَةُ وَاللِّعَانُ المِبَاهِلَةُ، وَالمَلْعَنَةُ قَارِعَةُ الطَّرِيقِ، وَمَنْزِلُ النَّاسِ، وَفِي الْحَدِيثِ قَالَ ﷺ: { اتَّقُوا المَلَاعِينَ }<sup>4</sup>، يَعْنِي عِنْدَ الْحَدِيثِ، وَرَجُلٌ لُّعْنَةٌ يَلْعَنُ النَّاسَ كَثِيرًا، وَ لُّعْنَةٌ بِالسُّكُونِ يَلْعَنُ النَّاسَ<sup>5</sup>.

1 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأيمان، باب نذب من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها، أن يأتي الذي هو خير، ويكفر عن يمينه، رقم الحديث: 11-1650)، ج: 3، ص: 1271-1272.

2 ابن منظور، لسان العرب، حرف الراء، فصل الظاء المعجمة (ظهر)، المجلد: 4، ص: 520، و528.

3 التوجيهي، مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، ص: 846.

4 الألباني، صحيح أبي داود، كتاب الطهارة، باب المواضع التي نهي النبي ﷺ عن البول فيها، رقم الحديث: 21، المجلد: 1، ص: 55، وما بعدها، قال الألباني: إسناده ضعيف.

5 الرازي، مختار الصحاح، باب اللام (لعن)، ص: 250.

ب- اصطلاحاً: " هو شهادات مؤكّدت بإيمان من الجانبين، مقرونة بلعن من الزوج، وعُضِب من الزوجة، عند الحاكم أو نائبه.<sup>1</sup>"

## 2/ الفرق بين اللعان والطلاق.

اللعن يكون بحكم قضائي، وبألفاظ تختلف عن الطلاق تحرم فيه الزوجة تحريماً مؤبداً، فهو فسخ ينتهي به عقد الزواج، ولا تترتب عليه آثاره من جهة النسب، والميراث، والسكنى والتفقة، وهذا على خلاف الطلاق.

1 التويجري، مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، ص: 848.

## المطلب الثاني: حكم الطلاق والحكمة منه.

أحكام الشريعة الإسلامية تمتاز بأنها ربانيّة المصدر، فهي من عند الله سبحانه وتعالى تكروماً منه على عباده ورحمةً بهم، ولا يمكن أن نتصور حكماً فيها من غير حكمة، ومعلوم أنه لا يخلو بابٌ من أبواب الفقه من اختلاف الفقهاء فيه، بل إنّ أغلب مسائل الفقه تختلف فيها، لذا كان إبراز حكم الطلاق، والحكمة منه في هذا المطلب أمراً مهماً.

### الفرع الأول: دليل مشروعية الطلاق وحكمه.

#### أولاً: دليل مشروعية الطلاق.

الطلاق مشروع من القرآن والسنة والإجماع.

#### 1/ من القرآن.

\* قال تعالى: ﴿إِطْلُقْ مَرَّتَيْنِ فِيمَا سَأَلَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَاءٍ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة: 227]، فهذه الآية أنزلت على نبي الله ﷺ تعريفاً من الله تعالى لعباده سنة طلاقهم نساءهم إذا أرادوا طلاقهن<sup>1</sup>، فهي صريحة في الإذن بالطلاق، فقد ملكت الزوج الذي بيده الطلاق حق الاختيار بين مواصلة الحياة الزوجية أو قطعها.

\* قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ مَسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 234]، وجه الدلالة من الآية على مشروعية الطلاق أنّها رفعت الإثم عن المطلق.

\* قال تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ﴾ [الطلاق: 2]، هذا وإن كان خطاباً للنبي ﷺ فهو عام الحكم فيه، وفي جميع أمته، فهو من الخاص الذي أريد به العموم<sup>2</sup>، كما أنّ الآية بيّنت كيفية إيقاع الزوج الطلاق مما يدلّ على مشروعيته.

#### 2/ من السنة.

\* عن عمر بن الخطاب: { أن رسول الله ﷺ طلق حفصة، ثم راجعها. }<sup>3</sup>، فالنبي وقع منه الطلاق، وكلّ تشريع للنبي ﷺ هو تشريع لأُمَّته إلا ما خصّه الدليل به.

1 الطبري، تفسير الطبري، سورة البقرة، ج: 4، ص: 127.

2 الماوردي، الحاوي الكبير، ج: 10، ص: 111.

3 ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب حدّثنا سُويد بن سعيد، رقم الحديث: 2016، ج: 1، ص: 650.

\* عن ابن عمر قال: { كَانَتْ تَحِيَّ امْرَأَةً أُجْبِهَهَا، وَكَانَ أَبِي يَكْرَهُهَا، فَأَمَرَنِي أَبِي أَنْ أُطَلِّقَهَا، فَأَبَيْتُ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ: يَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، طَلِّقْ امْرَأَتَكَ. }<sup>1</sup>، في الحديث أمرٌ من النبي لابن عمر بطلاق امرأته، والنبي لا يأمر إلا بما هو مشروع.

\* ما جاء في قصة إبراهيم وابنه إسماعيل عليهما السلام عن ابن عباس قال: { ... فَإِذَا جَاءَ زَوْجُكَ فَافْرَنِي عَلَيْهِ السَّلَامَ، وَقُولِي لَهُ يُغَيِّرُ عَتَبَةَ بَابِهِ، فَلَمَّا جَاءَ إِسْمَاعِيلُ كَأَنَّهُ أَنَسَ شَيْئًا، فَقَالَ: هَلْ جَاءَكُمْ مِنْ أَحَدٍ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، جَاءَنَا شَيْخٌ كَذَا وَكَذَا، فَسَأَلْنَا عَنْكَ فَأَخْبَرْتُهُ، وَسَأَلَنِي كَيْفَ عَيْشُنَا، فَأَخْبَرْتُهُ أَنَا فِي جَهْدٍ وَشِدَّةٍ، قَالَ: فَهَلْ أَوْصَاكَ بِشَيْءٍ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، أَمَرَنِي أَنْ أَقْرَأَ عَلَيْكَ السَّلَامَ، وَيَقُولُ غَيْرَ عَتَبَةَ بِابِكَ، قَالَ: ذَاكَ أَبِي، وَقَدْ أَمَرَنِي أَنْ أَفَارِقَكَ، الْحَقِّي بِأَهْلِكَ، فَطَلِّقَهَا... }<sup>2</sup>، فشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما يخالفه.

### 3/ من الإجماع.

أجمعت الأمة على مشروعية الطلاق، وممن نقل الإجماع:

\* قال ابن مودود الموصلبي: " وهو قضية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع... وعلى وقوعه انعقد الإجماع."<sup>3</sup>

\* قال القرطبي: " فدلّ الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أنّ الطلاق مباح غير محظور."<sup>4</sup>

\* قال الشربيني: " والأصل فيه قبل الإجماع الكتاب... والسنة."<sup>5</sup>

\* قال ابن قدامة: " وهو مشروع، والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع... وأجمع الناس على جواز الطلاق "<sup>6</sup>.

1 الترمذي، سنن الترمذي، أبواب الطلاق واللعان عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الرجل يسأله أبوه أن يطلق زوجته، رقم الحديث: 1189، المجلد: 2، ص: 480، قال الترمذي: حسن صحيح.

2 البخاري، صحيح البخاري، كتاب أحاديث الأنبياء، باب يزفون التسلان في المشي، رقم الحديث: 3364، ص: 828، وما بعدها.

3 ابن مودود الموصلبي، الاختيار لتعليل المختار، ج: 3، ص: 137-138.

4 القرطبي، تفسير القرطبي، سورة البقرة، ج: 3، ص: 126.

5 الشربيني، مغني المحتاج، ج: 3، ص: 368.

6 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 363.

ثانياً: حُكْم الطَّلَاق.

اختلف الفقهاء في أصل حُكْم الطَّلَاق بين الحُظْر والإباحة، فذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ الأصل فيه الإباحة فيُكره من غير حاجة<sup>1</sup>، قال السرخسي: " وإيقاع الطَّلَاق مباح، وإن كان مُبغضاً في الأصل عند عاتمة العلماء." <sup>2</sup>، وذهب آخرون أنّ الأصل فيه الحُظْر؛ منهم رواية عن الإمام أحمد<sup>3</sup>، والكمال بن الهمام، وابن عابدين<sup>4</sup> وابن تيمية الذي يقول: " الأصل في الطَّلَاق الحُظْر، وإتّما أُبيح منه قَدْر الحاجة " <sup>5</sup>.

ثمرة الخلاف في هذه المسألة هي فيمن طَلَّق لغير حاجة، فيما أتهم متفقون على مشروعية الطَّلَاق فطلاقه واقع، لكنّ على القول الأوّل لا يُؤثم، وإتّما يُكره له ذلك، وعلى القول الثاني يُؤثم لوقوعه في محرم.

والذي يظهر والله أعلم رُجحان ما ذهب إليه الجمهور لأنّ القول بحرمته في أصله يتطلّب دليلاً على ذلك، ولم يأتوا به، وكلّ ما ساقوه أدلة ليست في محلّ النزاع، أو أنّها أحاديث ضعيفة خالفت الأدلة الصحيحة، من هذه الأدلة على سبيل المثال، قوله ﷺ: { أَيّاماً سَأَلتْ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ مَا بَأَسَ فَحَرَامَ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ. } <sup>6</sup>، هذا الحديث يتناول المرأة، ولا يُمكن قياس الرّجل على المرأة هنا لورود النّص في هذا الموضوع بشأن الرّجل، وقوله ﷺ: { لَا ضَرَرَ، وَلَا ضِرَارَ } <sup>7</sup>، وهذا الحديث عام في الضّرر، وقد جاءت النّصوص الخاصّة المبيحة للطَّلَاق على خلافه، قوله ﷺ: { لَعَنَ اللَّهُ كُلَّ ذَوَائِقِ مِطْلَاقٍ. } <sup>8</sup>، لم أجد هذا الحديث في كتب السنّة، وإتّما وجدت ماهو في معناه، وهو قوله ﷺ: { تَزَوَّجُوا وَلَا تَطَّلِقُوا فَإِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الذَّوَائِقِينَ وَلَا الذَّوَائِقَاتِ. } <sup>9</sup>، وهو حديث ضعيف.

بينما استدل الجمهور بالأدلة العامّة التي دلّت على مشروعية الطَّلَاق، والتي يُستفاد منها أنّ الطَّلَاق في أصله مباح مع كراهة إيقاعه لغير حاجة لأنّه يُنافي كمال الأخلاق التي ينبغي أن يتحلّى بها المسلم. وفي الواقع لا يمكن أن نتصوّر طلاق رجل لامرأته من غير سبب، إلّا إذا كان سَفِيهاً، أو لا حُلُق له ولا دين، فتكون المرأة بهذا قد تَحَلّصت منه.

1 ابن عبد البرّ، الكافي في فقه أهل المدينة، القسم: 2، ص: 571، ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد: 5، ص: 183، ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج: 6، ص: 292.  
2 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 2.  
3 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 363.  
4 ابن عابدين، ردّ المختار، ج: 4، ص: 428.  
5 ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المجلد: 33، ص: 81.  
6 الألباني، صحيح الجامع الصغير وزياداته، حرف الألف، رقم الحديث: 2706، المجلد: 1، ص: 526، قال الألباني: صحيح.  
7 الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، رقم الحديث: 250، المجلد: 1، ص: 498، وما بعدها، قال الألباني: حديث صحيح.  
8 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 2.  
9 الألباني، ضعيف الجامع الصغير وزياداته، حرف التاء، رقم الحديث: 2430، ص: 358، قال الألباني: ضعيف.

أمّا من جهة حُكم الطّلاق التّكليفي فإنّه تُعْتَرِبه الأحكام التّكليفيّة الخمسة، والتي سنتناولها بذكر أمثلة عن كلّ حُكم.

\* الواجب مثل: عَجْزُهُ عن وَطْئِهَا مع طَلَبِهَا، كَامرأة المُجْبوب، والعَين<sup>1</sup>، أو عدم القُدرة عن الإنفاق عليها مع عدم رضاها<sup>2</sup>، أو طلاق المُؤلّي، أو طلاق الحُكّمين في الشّقاق إذا رأياه<sup>3</sup>، فكلّ ما تُستحيل به استمرار الحياة الزّوجية كان داخلاً تحت هذا القّسم، حيث أنّه سيُوقَع أحد الطّرفين في محرّم، وستترتب عليه مفسدة كبرى، وتنفوت به مصلحة هي من أهمّ مقاصد الزّواج.

\* المندوب: كطلاق من كانت سيئة الخلق سليطة مؤذية، أو تاركةً للصلاة مُفرطة في حقوق الله الواجبة عليها، أو كانت غير عفيفة لا تنزجر عن ذلك<sup>4</sup>، أو في حال الشّقاق، أو في الحال الذي تضطر فيه المرأة إلى المُخالعة لتزليل عنها الضّرر<sup>5</sup>، فكلّ ما كان معه احتمال الوقوع في الحرام إذا استمرت الحياة الزّوجية كان في هذا القسم.

\* المباح مثل: طلاق من لا يهواها، ولا متعة بها<sup>6</sup>، فيطلقها لغير حاجة طلباً للخلاص منها<sup>7</sup>، وكان على السنّة<sup>8</sup>، فما كان موافقاً للسنّة من جهة الزّمن والعدد فهو مباح.

\* المكروه مثل: الطّلاق البِدعي في غير الحيض<sup>9</sup>، أو طلاق من كان له رغبة في التّكاح، أو التّسل مع عدم خَشِيته من ترك واجب، أو من الوقوع في الرّنا<sup>10</sup>، أو طلاق مستقيمة الحال<sup>11</sup>، إذاً فهذا القسم هو كلّ طلاق كان من غير حاجة إليه<sup>12</sup>.

1 ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج:3، ص: 414، التفراوي، الفواكه الدواني، ج: 2، ص: 50.

2 التفراوي، الفواكه الدواني، ج: 2، ص: 50.

3 الشّيريني، مغني المحتاج، ج: 3، ص: 404، ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 363.

4 ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج:3، ص: 414، الدّسوقي، حاشية الدّسوقي، ج: 2، ص: 361، التفراوي، الفواكه الدواني، ج: 2، ص: 50، الشّيريني، مغني المحتاج، ج: 3، ص: 404، ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 364، والذي يظهر في هاتين الحالتين والله أعلم أنّهما تندرجان تحت الوجوب، لأن حفظ الدّين والعرض من المقاصد الضروريّة التي جاءت الشّريعة الإسلامية لحفظها، فيدفع كلّ ما يكون سبباً في عدوها.

5 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 364.

6 الشّيريني، مغني المحتاج، ج: 3، ص: 404.

7 ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج:3، ص: 414.

8 التفراوي، الفواكه الدواني، ج: 2، ص: 49.

9 التفراوي، المرجع السابق، ج: 2، ص: 50.

10 الدّسوقي، حاشية الدّسوقي، ج: 2، ص: 361.

11 الشّيريني، مغني المحتاج، ج: 3، ص: 404.

12 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 363.

\* الحرام مثل: الطلاق البدعي زمن الحيض، أو في طهر جامعها فيه<sup>1</sup>، أو إذا علم أنه إن طلقها وقع في الزنا لتعلقه بها، أو لعدم قدرته على زواج غيرها<sup>2</sup>، فما كان على خلاف السنة، أو حصل به ضرر معتبر شرعاً كان محرماً.

### الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الطلاق.

لم تترك الشريعة الناس هملاً بل بينت لهم كل ما يُحقق لهم السعادة في الدارين، ومن الأمور التي وضحتها السبيل لتأسيس أسرة مستقرة أساسها المودة والرحمة والمعايشة بالمعروف، وقد أكدت على هذا المادة 4 ق أ ج: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب."<sup>3</sup>، لذلك نبه الإسلام الرجل والمرأة على حسن الاختيار، قال ﷺ: { تَنْكُحُ الْمَرْأَةَ لِأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا، وَحَسَبِهَا، وَجَمَاهَا، وَلِدِينِهَا، فَاطْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَدَاكَ }<sup>4</sup>، وقال ﷺ: { خَيْرُ النِّسَاءِ الَّتِي تَسْرَهُ إِذَا نَظَرَ وَتُطِيعُهُ إِذَا أَمَرَ وَلَا تَخَالِفُهُ فِي نَفْسِهَا وَلَا مَالِهَا بِمَا يَكْرَهُ }<sup>5</sup>، وقال: { إِذَا أَتَاكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ خُلُقَهُ وَدِينَهُ فَزَوْجُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ عَرِيضٌ }<sup>6</sup>، ولكن قد تعتري الحياة الأسرية ما يكدر صفوها إما نتيجة سوء الاختيار، أو ظروف معينة جعلت من استمرار الحياة الأسرية أمراً مستحيلاً، فشرع الإسلام حلاً قبل اللجوء إلى الطلاق وهي الوعظ، والهجر في المضجع، والضرب غير المبرح، وتدخل الحكيم، والصُّلح، فإذا لم تُجد هذه السبل في الحل كان الطلاق هو السبيل الذي جعلت الشريعة أمره بيد الرجل وهذا لأمر منها:

- الطلاق بيد الرجل عملاً بنصوص الوحي قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ﴾ [البقرة: 234]، فعلى المرأة المسلمة الإذعان لأمر الله تعالى قال الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ تَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلًّا مُّبِينًا﴾ [الأحزاب: 36].

- من عدل الشريعة أن جعلت الطرف المسؤول على الأسرة هو الذي يُقدر استمرارها من عدمه، قال ﷺ: { كُلُّكُمْ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، فَالْأَمِيرُ الَّذِي عَلَى النَّاسِ فَهُوَ رَاعٍ عَلَيْهِمْ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُمْ، وَالرَّجُلُ

<sup>1</sup> ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج: 3، ص: 421-422، ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، القسم: 2، ص: 572، الشربيني، مغني المحتاج، ج: 3، ص: 404، ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 364.  
<sup>2</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج: 2، ص: 361.  
<sup>3</sup> الأمر رقم 02-05 المتضمن تعديل وإتمام قانون الأسرة المتألف ذكره، ص: 19.  
<sup>4</sup> مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، رقم الحديث: 53-(1466)، ج: 2، ص: 1086.  
<sup>5</sup> الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، رقم الحديث: 1838، المجلد: 4، ص: 453، وما بعدها، قال الألباني: حسن.  
<sup>6</sup> المرجع نفسه، رقم الحديث: 1022، المجلد: 3، ص: 20، قال الألباني: حسن لغيره.

رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُمْ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى بَيْتِ بَعْلِهَا وَوَلَدِهِ وَهِيَ مَسْئُولَةٌ عَنْهُمْ، وَالْعَبْدُ رَاعٍ عَلَى مَالِ سَيِّدِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْهُ، أَلَا فَكُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ<sup>1</sup>.

- الزَّوْجُ هُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ، فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ هُوَ الَّذِي بِيَدِهِ حُلُّ هَذِهِ الْعَقْدَةِ<sup>2</sup>.
- الطَّلَاقُ يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ تَبَعَاتٌ مَالِيَّةٌ يَتَحْمَلُهَا الرَّجُلُ كَمُؤَخَّرِ الصَّدَاقِ، وَالْمَتْعَةِ، وَالنَّفَقَةِ مَدَّةَ الْعَدَّةِ<sup>3</sup>.
- الرَّجُلُ أَضْبَطُ مِنَ الْمَرْأَةِ فِي أُمُورِ الْعَاطِفَةِ، فَهُوَ مِنْ جِهَةِ تَحْكِيمِ الْعَقْلِ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْأُمُورِ الَّتِي تَتَّحَدُّ بِهَا مَصِيرُ الْأُسْرَةِ أَعْقَلُ، وَأَحْسَنُ تَقْدِيرًا، قَالَ ﷺ: { وَاسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا، فَإِنَّهُنَّ خُلِقْنَ مِنْ ضَلْعٍ، وَإِنَّ أَعْوَجَ شَيْءٍ فِي الضَّلْعِ أَعْلَاهُ، فَإِنْ ذَهَبَتْ تُقِيمُهُ كَسْرَتَهُ، وَإِنْ تَرَكْتَهُ لَمْ يَزَلْ أَعْوَجَ، فَاسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا }<sup>4</sup>.

- المرأة تعتبرها حالات خاصة من الحمل والحيض، والولادة، وسنّ اليأس تتسبب عنها متاعب صحيّة ونفسية تنتهي بها إلى أنواع من عدم الاستقرار المزاجي والتفسي، تكون فيها بعيدة شيئاً ما عن النظرة العقلية المتوازنة الهادئة إلى الأمور<sup>5</sup>، قَالَ ﷺ: { يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ، تَصَدَّقْنَ وَأَكْثِرْنَ الْإِسْتِغْفَارَ، فَإِنِّي رَأَيْتُكُنَّ أَكْثَرَ أَهْلِ النَّارِ فَقَالَتْ امْرَأَةٌ مِنْهُنَّ جَزَلَةٌ: وَمَا لَنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ أَكْثَرُ أَهْلِ النَّارِ؟ قَالَ: تُكْثِرْنَ اللَّعْنَ، وَتَكْفُرْنَ الْعَشِيرَ، وَمَا رَأَيْتُ مِنْ نَاقِصَاتِ عَقْلِ وَدِينٍ أَغْلَبَ لِذِي لُبٍّ مِنْكُنَّ }<sup>6</sup>.
- أَنَّ الشَّرِيعَةَ أَبَاحَتْ لِلْمَرْأَةِ حَقَّ الْخُلْعِ فِي مَقَابِلِ الطَّلَاقِ لِلرَّجُلِ<sup>7</sup>.

فهذه بعض حكم جعل الطلاق بيد الزوج، ومع هذا حذر الإسلام الرجل من التلاعب بأمر الطلاق قال تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبِغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا عَآئِبَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ لِيُعْظِمَكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾ [البقرة: 229].

1 البخاري، صحيح البخاري، كتاب العتق، باب كراهية التطاول على الرقيق، وقوله: عدي أو أمي، رقم الحديث: 2554، ص: 618.  
 2 محمد بن صالح العثيمين، الحكمة في جعل الطلاق بيد الرجل وحكم الطلاق دون سبب، <https://islamqa.info/ar/answers/11188>، تاريخ الاطلاع: 2023/1/1 م.  
 3 موقع بيان الإسلام للرد على شبهات حول الإسلام، المشرف محمد داود، استنكار قصر حق الطلاق على الرجل دون المرأة، <http://bayanelislam.net/Suspicion.aspx?id=01-08-0010>، تاريخ الاطلاع: 2023/1/1 م.  
 4 البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الوصاة بالنساء، رقم الحديث: 5186، ص: 1321.  
 5 تيار الإصلاح، الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل، 20 ذو الحجة 1442 هـ الموافق 29 يوليو 2021 م-17:14، <https://www.noslih.com/article>، تاريخ الاطلاع: 2023/01/01 م.  
 6 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات، وبيان إطلاق لفظ الكفر على غير الكفر بالله، ككفر التعمّة والحقوق، رقم الحديث: 132- (79)، ج: 1، ص: 86-87.  
 7 إيمان طلعت، تعرّف لماذا جعل الله الطلاق بيد الرجل، 03/يوليو/2019 م- 06:45 ص، <https://www.elbalad.news/3889203>، تاريخ الاطلاع: 2023/01/01 م.

وفي مشروعية الطلاق حكم منها:

- بُنيت الأحكام في الشريعة على جلب المصالح ودفع المفسد، فإذا ترتب عن استمرار الزواج مفسد أكثر من المصالح المرجوة منه، ولا سبيل لدفعها إلا بالطلاق فإنه يصار إليه لقوله ﷺ: { لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ }<sup>1</sup>.
- هناك مشاكل يستعصي حلها بين الزوجين، بسبب تباين الأخلاق، وتنافر الطباع، تُعقّد مسيرة الحياة المشتركة بين الزوجين، أو بسبب الإصابة بمرض لا يُحتمل، أو عُقم لا علاج له، مما يؤدي إلى ذهاب المحبة والموودة، وتوليد الكراهية والبغضاء، فيكون الطلاق منفذاً للخلاص من المفسد والشُرور الحادثة<sup>2</sup>.
- الطلاق فرصة ليستأنف الزوجان بعده حياتهما منفردين أو مرتبطين بروابط زوجية أخرى، حيث يجد كل منهما من يألّفه ويحتمله<sup>3</sup>، قال تعالى: ﴿ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ وُسعاً حَكِيماً ۝ ﴾ [النساء: 130].
- الإسلام قيّد الرجل بشروط لإيقاع الطلاق، بحيث يكون في حالة يصدر فيها الطلاق منه كقرار نهائي، بل وأعطت الشريعة للزوجين فرصة خلال فترة العدة لمراجعة أنفسهما، وتصحيح أخطائهما، وزادتهما فرصة لما جعلت الطلاق ثلاثاً<sup>4</sup>.

1 الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، رقم الحديث: 250، المجلد: 1، ص: 498، وما بعدها، قال الألباني: حديث صحيح.

2 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 7، ص: 358.

3 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج: 29، ص: 10.

4 تيار الإصلاح، الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل، 20 ذو الحجة 1442هـ — الموافق 29 يوليو 2021 م-14:17، <https://www.noslih.com/article>، تاريخ الاطلاع: 2023/01/01 م.

## المبحث الثاني: أقسام الطلاق.

من طرق التعليم التي تجعل الطالب يُلمّ بأطراف الموضوع، ويحفظ المعلومات ويستوعبها بشكل سريع، ويصونها من التسيان، وَيَسْهَلُ عليه استرجاعها طريقة التقسيم، لذا قسّم الفقهاء الطلاق إلى سنيّ وبدعي، وإلى رجعي وبائن، وهذا الذي سيتمُّ تناوله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: أقسام الطلاق من حيث كيفية وقوعه.

المطلب الثاني: أقسام الطلاق من حيث أثره.

### المطلب الأول: أقسام الطلاق من حيث كيفية وقوعه.

ينقسم الطلاق من حيث كيفية وقوعه إلى سني وبدعي، وكنت قد تناولت في المبحث السابق تعريف الطلاق، وعليه فإنّ الطلاق السني هو: ما كان على وفق ما أمر به الرسول ﷺ، والطلاق البدعي هو: ما كان على خلاف ما أمر به الرسول ﷺ، أو كان على وفق ما نهى عنه.

### الفرع الأول: الطلاق السني والبدعي من جهة الزمن.

المقصود بالزمن هنا الحالة التي تمرّ بها المرأة من الحيض أو الطهر، وعليه حتى يُوصف الطلاق بالسني أو البدعي فإنّه يرجع إلى هذين الحالتين.

أولاً: صورة الطلاق السني والبدعي من حيث الزمن.

#### 1/ طلاق المدخول بها ممن تحيض.

طلاق الستة في المدخول بها ممن تحيض يكون في طهر لم يجامعها فيه<sup>1</sup>، وعليه فالبدعي يكون في زمن الحيض<sup>2</sup>، أو في طهر جامعها فيه<sup>3</sup>، والدليل:

أ/ من القرآن.

- قال تعالى: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: 1]، لِقَبْلِ عِدَّتِهِنَّ<sup>4</sup>، والعدة تكون حال الطهر فحال الحيض ليست حالة عدة<sup>5</sup>، كما أنّ العدة لا تكون من الطلاق إلا في المدخول بها<sup>6</sup>، أي يطلقها طاهراً من غير جماع، وهو قول ابن عباس، و ابن عمر، وعطاء، ومجاهد، والحسن، وابن سيرين، وقتادة، وميمون بن مهران، ومقاتل بن حيان<sup>7</sup>.

ب/ من السنة.

- فبيان المراد بالآية جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته حائضاً قال له صلى الله عليه وسلم: { فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَهَا فَلْيُطَلِّقْهَا حِينَ تَطْهَرُ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُجَامِعَهَا فِتْلِكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُطَلِّقَ لَهَا النِّسَاءُ }<sup>8</sup>.

1 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 186، عبد الرحمن شهاب الدين المالكي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، ص: 120، الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 14، ص: 10، ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 365، ابن حزم، المحلى، ج: 9، ص: 364.

2 وتلحق النِّسَاءُ بالحائض من جهة وصف طلاقها بالبدعي " فقد أجمع الأئمة الأربعة على أن طلاق المرأة وهي حائض أو نساء معصية محرمة."، ينظر الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج: 4، ص: 278.

3 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 201-202.

4 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 180.

5 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 834.

6 ابن حزم، المحلى، ج: 9، ص: 367.

7 ابن كثير، تفسير ابن كثير، سورة الطلاق، ج: 4، ص: 1905.

8 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب: ﴿ وَعَوْلَتَهُ أَحَقَّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ في العدة وكيف يراجع المرأة إذا طلقها واحدة أو ثنتين وقوله: ﴿ فلا تعضوهن ﴾، رقم الحديث: 5332، ص: 1358.

- وفي رواية { مُرُهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ }<sup>1</sup>.  
ج/ من آثار الصحابة.

- عن ابن عباس رضي الله عنه قال: (الطلاق على أربعة منازل؛ منزلان حلال، ومنزلان حرام، فأما الحرام؛ فإن يطلقها حين يجامعها لا يدري أيشتمل الرحم على شيء أم لا، وأن يطلقها وهي حائض، وأما الحلال؛ فإن يطلقها لأقربائها طاهراً عن غير جماع، وأن يطلقها حاملاً مستبيناً حملها.)<sup>2</sup>.

- عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: (طلاق السنة أن يطلقها طاهراً من غير جماع.)<sup>3</sup>.

د/ من الإجماع.

قال ابن عبد البر: "وأجمع العلماء على أن من طلق امرأته وهي طاهر طهراً لم يمسه فيه طلقاً واحدة ثم تركها حتى تنقضي عدتها، أو راجعها مراجعةً رغبةً أنه مطلق للسنة، وأنه قد طلق للعدّة التي أمر الله بها." <sup>4</sup>، وطلاق الحائض محرّم بالإجماع، وما كان محرماً لا يكون سنةً<sup>5</sup>.

هـ/ من المعقول.

- الطلاق في الطهر من غير جماع زمن تعظم فيه الرغبة في المرأة، فلما طلقها فيه دليل على عدم رغبته فيها، وحتى لا يلحقه الندم إذ أنّها قد تكون حُبلى<sup>6</sup>.

- إن طلقها في طهر جامعها فيه يجعل العدة تلتبس عليها، هل تعتد بوضع الحمل أو بالأقراء؟<sup>7</sup>

- الطلاق في الحيض تطويل للعدّة عليها لأنّ الحيضة التي طلقت فيها غير محسوبة من العدة، وفي ذلك إضرار بها<sup>8</sup>، قال تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَعْتَدُوا﴾ [البقرة: 231].

- الإقدام على الطلاق زمن الحيض وهو زمان نفرة ليس فيه دليل الحاجة إلى الطلاق فلا يكون الطلاق فيه سنة بل يكون سفهاً<sup>9</sup>، ولا احتمال ندمه إذا جاء زمن الطهر<sup>10</sup>.

1 البخاري، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ }، رقم الحديث: 5251، ص: 1338.

2 عبد الزق الصنعاني، المصنف، كتاب الطلاق، باب وجه الطلاق وهو طلاق العدة والسنة، رقم الأثر: 10930، ج: 6، ص: 303-304.

3 ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق السنة، رقم الحديث: 2020، ج: 1، ص: 651.

4 ابن عبد البر، التمهيد، ج: 9، ص: 347.

5 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 834.

6 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 186، السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 7، القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 834-835.

7 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 5، القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 834-835.

8 المرجع نفسه، ج: 6، ص: 7.

9 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 201.

10 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 8.

- بعد الجماع تقلُّ رغبته إليها، فإذا طلقها لم يكن طلاقها على السنة<sup>1</sup>.

## 2/ طلاق المدخول بها ممن لا تحيض.

الحامل<sup>2</sup> وذوات الأشهر تُطلق في أيِّ وقت، فلا سنة ولا بدعة من جهة الزمن في طلاق من لا تعتدُّ بالأقراء، سواء كانت صغيرة، أو آيسة، أو حاملاً، والدليل:

- طلاق الصغيرة واليائسة يكون في أيِّ وقت، لأنَّ أوقاتها متساوية فلا التباس للعدَّة عندهما فلا تتغير عدَّتھما، ولا يلحقھما الشك<sup>3</sup>.

- الآيسة والصغيرة لا يُتصور منهما حملٌ فلا يلحقه الندم على فراق ولده<sup>4</sup>.

- الحامل قد علّم حملها فالظاهر عدم لحاق الندم به<sup>5</sup>.

- السنة إنما جاءت في طلاق من تحيض<sup>6</sup>.

- الوصف بالسنة والبدعة يكون في المطلقة التي يتأتى فيها الأمران ليحلَّ أحدهما محلَّ الآخر، أمَّا من لا تختلف الأوقات عليها فلا مجال للسنة والبدعة فيها<sup>7</sup>، والأمران هما الحيض، والطهر المتقابل له<sup>8</sup>.

## 3/ طلاق غير المدخول بها.

غير المدخول بها تطلق في أيِّ وقت، والدليل:

- قال ابن عبد البر: "وأجمع العلماء أنَّ طلاق السنة إنما هو في المدخول بها، وأمَّا غير المدخول بها فليس في طلاقها سنة ولا بدعة وإنَّ أمر الله عزَّ وجلَّ ومُراد رسوله ﷺ في الطلاق للعدَّة هو طلاق المدخول بها من النساء فأمَّا غير المدخول بهنَّ فلا عدَّة عليهنَّ ولا سنة ولا بدعة في طلاقهنَّ... ويُطلق غير المدخول بها زوجها في كلِّ وقت..."<sup>9</sup>.

1 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 202.

2 والظاهر في كلام أحمد أن طلاق الحامل سنة استدلالاً بحديث سالم، ينظر ابن ضويان، منار السبيل، ج: 2، ص: 237، عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر عمر ذلك للنبي ﷺ فقال: { مُرُهُ فَلْيُرْاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُطَلِّقْهَا طَاهِرًا، أَوْ حَامِلًا }، ينظر مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، وأنه لو خالف وقع الطلاق، ويؤمر برجعتهما، رقم الحديث: 5-(1471)، ج: 2، ص: 1095،

3 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 837-838، ابن ضويان، منار السبيل، ج: 2، ص: 237.

4 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 187، ابن ضويان، منار السبيل، ج: 2، ص: 237.

5 المرجع نفسه.

6 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 214.

7 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 833 و838.

8 الخطّاب، مواهب الجليل، ج: 5، ص: 300.

9 ابن عبد البر، التمهيد، ج: 9، ص: 349-350.

- طلاق غير المدخول بها في الحيض ليس بطلاق بدعة لأنه لا عدّة عليها فتطول، فلا يلحقها ضرر بالطلاق فيه، فلا سنّة ولا بدعة في طلاقها<sup>1</sup>.

- لم يتحقق مقصوده منها بالنكاح فلا تقلّ رغبته فيها بحيضتها، فكان طلاقه إيّاها دليلٌ حاجته إليه لعدم موافقة الأخلاق<sup>2</sup>، بينما المدخول بها تتجدد الرغبة فيها وتعظم بالطهر<sup>3</sup>.

- اشتراط كونها طاهراً من غير جماع لا يتصور هذا الشرط في غير المدخول بها<sup>4</sup>.

مما سبق نخلص إلى ما قاله ابن قدامة: "وإن كان له امرأة صغيرة لا تحيض، أو آيسة، أو حامل، تبين حملها، أو غير مدخول بها فلا سنّة لطلاقها، ولا بدعة."<sup>5</sup>

ثانياً: حكم الطلاق البدعي من جهة الزمن.

لا شك أنّ الطلاق السنّي واقع، وقد جاء في ذلك الإجماع قال ابن القيم: "وأجمع المسلمون على وقوع الطلاق الذي أذن الله فيه، وأباحه إذا كان من مكلف مختار، عالم بمدلول اللفظ، قاصد له."<sup>6</sup>

أما بالنسبة للطلاق البدعي فهو محرم لمخالفة الأدلة التي سبق ذكرها في بيان الطلاق السنّي، وأيد هذا الحكم الإجماع قال الجصاص: "وما نعلم أحداً أباح طلاقها في الطهر بعد الجماع إلا شيئاً رواه وكيع عن الحسن بن صالح عن بيان عن الشعبي قال إذا طلقها وهي طاهر فقد طلقها للسنّة، وإن كان قد جامعها، وهذا القول خلاف السنّة الثابتة عن النبي ﷺ وخلاف إجماع الأمة."<sup>7</sup> وقال القاضي عبد الوهاب: "ولأنّ طلاق الحائض محرم بإجماع."<sup>8</sup>، أمّا من جهة وقوعه فقد وقع فيه الخلاف بين الفقهاء.

1 البغوي، التهذيب، ج: 6، ص: 13، الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 205، ابن ضويان، منار السبيل، ج: 2، ص: 237، القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 838، القول بجواز طلاق غير المدخول بها في الحيض قول مالك، والقول بالمنع قول أشهب ودليل المنع أنّه طلاق في الحيض وقد نُهي عنه، قال ابن الموّاز: "وقول مالك أحبُّ إلينا"، ينظر أبو بكر محمد التميمي الصقلّي، الجامع لمسائل المدونة، ج: 10، ص: 550.

2 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 7-8.

3 المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، المجلد: 3، ص: 143، السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 7.

4 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 205.

5 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 131.

6 ابن القيم، زاد المعاد، ج: 5، ص: 201.

7 الجصاص، أحكام القرآن، ج: 5، ص: 347.

8 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 834.

1/ المذهب الأول: ذهب جمهور العلماء من الحنفية<sup>1</sup>، والمالكية<sup>2</sup>، والشافعية<sup>3</sup>، والحنابلة<sup>4</sup> إلى وقوعه، والدليل على ذلك:

أ/ من القرآن.

- قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: 228].

- قال تعالى: ﴿إِطْلُقْ مَرَّتَيْنِ﴾ [البقرة: 227].

وجه الدلالة أن اللفظ جاء عاماً يقتضي وقوعه، وثبوت حكمه في حال الطهر والحيض<sup>5</sup>.

ب/ من السنة.

حديث عبد الله بن عمر، قال: { طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَهِيَ حَائِضٌ، فَذَكَرَ ذَلِكَ عُمَرُ لِلنَّبِيِّ ﷺ، فَتَغَيَّبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، ثُمَّ قَالَ: مُرُّهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً أُخْرَى مُسْتَقْبَلَةً سِوَى حَيْضَتِهَا الَّتِي طَلَّقَهَا فِيهَا، فَإِنْ بَدَأَ لَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا، فَلْيُطَلِّقْهَا طَاهِرًا مِنْ حَيْضَتِهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا، فَذَلِكَ الطَّلَاقُ لِلْعِدَّةِ كَمَا أَمَرَ اللَّهُ. }، وَكَانَ عَبْدُ اللَّهِ طَلَّقَهَا تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً، فَحُسِبَتْ مِنْ طَلَاقِهَا، وَرَاجَعَهَا عَبْدُ اللَّهِ كَمَا أَمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ<sup>6</sup>، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِالرَّجْعَةِ، وَلَا تَكُونُ إِلَّا بَعْدَ طَلَاقٍ<sup>7</sup>.

ج/ من الإجماع.

" احتسب طلاق ابن عمر في الحيض، وقال أبو عبيدة الوقوع هو الذي عليه العلماء مُجمعون في جميع الأمصار حجازهم، وتمامهم، وبنهم، وشامهم، وعراقهم، ومصرهم، وحكى ابن المنذر ذلك عن كل من يحفظ قوله من أهل العلم."<sup>8</sup>

1 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 206.

2 ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، القسم: 2، ص: 572.

3 الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 115.

4 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 107.

5 الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، المجلد: 5، ص: 27.

6 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، وأنه لو خالف وقع الطلاق، ويؤمر برجعتها، رقم الحديث: 4-

(1471)، ج: 2، ص: 1095.

7 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 107.

8 ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، المجلد: 1، ص: 212.

د/ من المعقول.

ليس الطلاق بقربة فيعتبر لوقوعه موافقة السنة، بل هو إزالة عصمة، وقطع ملك، ومن المحال والجهل أن يلزم المطيع لربه المتبع في طلاقه سنة نبيه الطلاق، ولا يلزم به العاصي إن خالف لما أمر به فيه، فيقاعه في زمن البدعة أولى تغليظاً عليه، وعقوبة له<sup>1</sup>.

2/ المذهب الثاني: ذهب ابن حزم<sup>2</sup>، وابن تيمية<sup>3</sup>، وابن القيم<sup>4</sup> إلى عدم وقوعه، والدليل على ذلك:

أ/ من القرآن.

قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 1]، وقد بين النبي ﷺ مراد الله من الطلاق المشروع المأذون فيه، وهو الطلاق في زمن الطهر الذي لم يجامع فيه، أو بعد استبانة الحمل، وما عداها فليس بطلاق للعدّة في حق المدخول بها، فكيف تحرم المرأة به؟<sup>5</sup>، وقد تقرّر في الأصول أنّ الأمر بالشيء نهي عن ضده، والمنهي عنه نهيماً لذاته، أو لجزئه، أو لوصفه اللازم يقتضي الفساد، والفاقد لا يثبت حكمه<sup>6</sup>.

قال تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 227]، معلوم أنّ الطلاق المأذون فيه هو الطلاق للعدّة، فدلّ على أنّ ما عداه ليس من الطلاق، وخصر الطلاق المشروع الذي يملك به الرجعة في مرتين، يعني أنّ ما عداه لا يكون طلاقاً، كما أنّ الله أمر بالتسريح بإحسان، ولا أشتر من التسريح الذي حرّمه الله ورسوله، وموجب عقد النكاح أحد أمرين: إمّا إمساك بمعروف، أو تسريح بإحسان، والتسريح المحرّم أمر ثالث غيرهما، فلا عبرة به البتّة<sup>7</sup>.

ب/ من السنة والآثار.

عن أبي الزبير أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن مولى عروة يسأل ابن عمر قال: كيف ترى في رجل طلق امرأته حائضاً؟ قال: { طلق عبد الله بن عمر امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر رسول الله ﷺ؛ فقال: إنّ عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض؟ قال عبد الله: فردّها عليّ ولم يرّها شيئاً،

1 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 366، ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، القسم: 2، ص: 572.

2 ابن حزم، المحلى، ج: 9، ص: 363.

3 ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المجلد: 33، ص: 22، وما بعدها.

4 ابن القيم، زاد المعاد، ج: 5، ص: 201 وما بعدها.

5 المرجع نفسه، ج: 5، ص: 205.

6 الشوكاني، نيل الأوطار، ج: 6، ص: 268.

7 ابن القيم، زاد المعاد، ج: 5، ص: 205.

وقال: إذا طَهَّرَتْ؛ فليطِّقْ أو ليُمسِكْ، قال ابن عمر: وقرأ النبي ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴿١﴾ فِي قُبُلِ عِدَّتِهِنَّ {<sup>1</sup> .

- عن نافع عن ابن عمر فيمن طلق امرأته وهي حائض، قال: (لا يُعتدّ بذلك).<sup>2</sup>  
 - عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: { مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ }<sup>3</sup>، وهذا الحديث شامل لكل مسألة مخالفة لما عليه أمر رسول الله ﷺ، ومسألة النزاع من هذا القبيل، فإن الله لم يُشرع الطلاق البدعي، ولا أذن فيه فليس من شرعه وأمره.<sup>4</sup>

ج/ من المعقول.

- لا خلاف بين أحد من أهل العلم قاطبةً في أنّ الطلاق في الحيض، أو في طهر جامعها فيه بدعة نهي عنها رسول الله ﷺ لأنها مخالفة لأمره، فكيف يستجيزون الحكم بتجوز البدعة التي يُقرّون أنها بدعة وضلالة؟، أليس مُجيز البدعة مخالف لإجماع القائلين بأنها بدعة؟<sup>5</sup>

- يقع من الطلاق ما ملكه الله تعالى للمطلق، ولهذا لا يقع به الزبابة لأنه لم يملكها إياه، ومن المعلوم أنه لم يملكه الطلاق المحرم، ولا أذن له فيه، فلا يصح، ولا يقع.<sup>6</sup>

- لو وُكِّلَ وكيلاً أن يطلق امرأته طلاقاً جائزاً، فطلق طلاقاً محرماً لم يقع، لأنه غير مأذون له فيه، فكيف كان إذن المخلوق معتبراً في صحة إيقاع الطلاق دون إذن الشارع، ومن المعلوم أن المكلف إنما يتصرف بالإذن، فما لم يأذن به الله ورسوله لا يكون محلاً للتصرف البتة.<sup>7</sup>

\* الترجيح.

الذي يظهر والله أعلم رجحان ما ذهب إليه الجمهور لما يلي:  
 - أنّ الأصل دلالة النص على وقوع الطلاق الصادر من الزوج دون تفريق بين حالة، وأخرى إلا ما خصّه الدليل.

- أنّ دعوى الاحتجاج برواية ابن عمر رضي الله عنهما مردود عليها من وجوه:

1 الألباني، صحيح أبي داود، كتاب الطلاق، باب في طلاق السنّة، رقم الحديث: 1898، المجلد: 6، ص: 390، وما بعدها، قال الألباني: إسناده صحيح

2 ابن حزم، المحلى، ج: 9، ص: 381.

3 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب نقض الأحكام الباطلة، وردّ محدثات الأمور، رقم الحديث: 18- (1718)، ج: 3، ص: 1343-1344.

4 الشوكاني، نيل الأوطار، ج: 6، ص: 268.

5 ابن حزم، المحلى، ج: 9، ص: 377-378.

6 ابن القيم، زاد المعاد، ج: 5، ص: 203.

7 المرجع نفسه، ج: 5، ص: 203-204.

\* قال ابن عبد البر - في رواية لم يرها شيئاً - " ولم يقله أحد عنه غير أبي الزبير،...، وأبو الزبير ليس بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف بخلاف من هو أثبت منه؟، ولو صحَّ لكان معناه عندي والله أعلم ولم يرها على استقامة أي؛ ولم يرها شيئاً مستقيماً، لأنه لم يكن طلاقه لها على سنة الله وسنة رسوله، هذا أولى المعاني بهذه اللفظة إن صحَّت. <sup>1</sup>."

\* قال ابن عبد البر - في رواية لا يُعتدُّ بها - " معناه لا يُعتدُّ بتلك الحيضة في العدة، ولم يُرد لا يُعتدُّ بتلك التطليقة. <sup>2</sup>، ويؤيد ذلك أمران:

**الأول:** أنّ ابن أبي شيبه قد أخرج الرواية بلفظ آخر يُسقط الاستدلال به، وهذه الرواية عن عبد الوهاب التقي عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر في الذي يُطلق امرأته وهي حائض؟ قال: (لا تُعتدُّ بتلك الحيضة). <sup>3</sup>، فهو بهذا اللفظ نصّ على أنّ الاعتداد المنفى ليس هو الطلاق في الحيض، وإنما اعتداد المرأة المطلقة بتلك الحيضة، فسقط الاستدلال المذكور.

**الآخر:** أنّ عبيد الله في تطليقة ابن عمر لزوجته قال: " وكان تطليقه إيّاها في الحيض واحدة، غير أنّه خالف السنة. <sup>4</sup>."

والطرق بهذا المعنى عن ابن عمر كثيرة كما تقدّم، فإن حُملت رواية عبيد الله الأولى على عدم الاعتداد بطلاق الحائض تناقضت مع روايته هذه، والروايات الأخرى عن ابن عمر، ونتيجة ذلك أنّ ابن عمر هو المتناقض، والأصل في مثله عدم التناقض، فحينئذ لا بد من التوفيق بين الروايتين لرفع التناقض، والتوفيق ما سبق في كلام ابن عبد البر، ودعمناه برواية ابن أبي شيبه، وإن لم يمكن فلا مناص من الترجيح بالكثرة والقوة، وهذا ظاهر في رواية عبيد الله الثانية، ولكن لا داعي للترجيح، فالتوفيق ظاهر والحمد لله <sup>5</sup>، والزاوي أعلم بمرويه.

- يُؤيد هذا الاستدلال رواية ابن عمر عن رسول الله ﷺ قال: { هِيَ وَاحِدَةٌ } <sup>6</sup>، قال ابن حجر: " وهذا نصّ في موضع الخلاف فيجب المصير إليه. <sup>7</sup>."

- ليس بالضرورة أن لا يكون المحرم نافذاً، فالظهار محرم ومع ذلك فهو واقع، ولا يقرب الرجل امرأته حتى يكفر.

1 ابن عبد البر، التمهيد، ج: 9، ص: 343-344.

2 المرجع نفسه، ج: 9، ص: 344.

3 ابن أبي شيبه، مصنف ابن أبي شيبه، كتاب الطلاق، ما قالوا في الرجل يُطلق امرأته وهي حائض، رقم الأثر: 17752، ج: 4، ص: 57.

4 الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب الطلاق وغيره، رقم الحديث: 3903، ج: 5، ص: 14.

5 الألباني، إرواء الغليل، ج: 7، ص: 136.

6 الدارقطني، سنن الدارقطني، كتاب الطلاق وغيره، رقم الحديث: 3915، ج: 5، ص: 19.

7 ابن حجر، فتح الباري، ج: 9، ص: 353.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، واجتهادات المحكمة العليا، لم تنطرق إلى الطلاق السني والبدعي من جهة الزمن، ولم تشترط زمناً معيناً لوقوع الطلاق فيه، ومنه فإن القاضي في المحكمة لم يعد من اهتماماته مسألة التحريم، لأنه لن يسأل عن فترة الحيض ولا عن طهر جامعها فيه، سواء كان طلاق الزوج أمام القاضي في المحكمة، أم كان طلاقاً عرفياً يريد الزوج إثباته، وعليه فالطلاق البدعي من جهة الزمن واقع في القانون الجزائري.

### الفرع الثاني: الطلاق السني والبدعي من جهة العدد.

المقصود بالعدد هنا أي عدد الطلقات التي يتلقظ بها الزوج في طلاقه لزوجته، فقد يُطلق بطلقة واحدة وقد يزيد على ذلك، وما يزيد فيه على الواحدة قد يجمعها، وقد يفرقها، ولا فرق بين المدخول بها، وغير المدخول بها، ولا بين التي تحيض، والتي لا تحيض في الطلاق البدعي من جهة العدد، وقد اختلف الفقهاء في حقوق وصف السنة والبدعة للطلاق من جهة العدد، وفي وقوع الطلاق الثلاث.

### أولاً: حكم الطلاق من جهة العدد.

1/ المذهب الأول: ذهب الحنفية<sup>1</sup>، والمالكية<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup> إلى أن الطلاق السني من حيث العدد أن يطلقها طلقة واحدة حتى تنقضي عدتها، أما البدعي فهو ما زاد على الطلقة الواحدة في عدتها سواء جمع الطلقات أو فرقتها على الأقراء عند المالكية<sup>4</sup>، واختيار أكثر الحنابلة<sup>5</sup>، والأدلة على ذلك:

أ/ من القرآن.

قال تعالى: ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: 1]، وكل طلاق للمدخول بها لا يوجب عدة فهو بدعة<sup>6</sup>.

قال تعالى: ﴿ اِطْلُقْ مَرَّتَيْنِ ﴾ [البقرة: 227]؛ أي دفعتان فمن أعطى لشخص درهمين لم يجز أن يقال أعطاه مرتين حتى يعطيه دفعتين، والآية وإن كان ظاهرها الخبر فإن معناها الأمر، لأن الحمل على ظاهره يؤدي إلى الخلف في خبر من لا يتحمل خبره الخلف، والأمر بتفريق الطلقات نهي عن الجمع لأنه ضده<sup>7</sup>.

1 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 3.

2 مالك بن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 3.

3 مرعي بن يوسف المقدسي، دليل الطالب لنيل المطالب، ينظر ابن ضويان، منار السبيل، ج: 2، ص: 235.

4 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 835.

5 ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج: 6، ص: 301-303، قال ابن قدامة: ولو طلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار، كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث في طهر واحد. " ينظر ابن قدامة، المعنى، ج: 7، ص: 365.

6 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 835.

7 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 202-203.

ب/ من السنة.

- حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: { يا رسول الله أرأيت لو أبيّ طلقها ثلاثاً كان يحلّ لي أن أراجعها؟ } قال: إذا عصيت ربك، وبانت منك امرأتك. <sup>1</sup>

ج/ من آثار الصحابة.

زويت حرمة الطلاق الثلاث عن عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عباس، وابن عمر رضي الله عنهم، ولم يصح في عصرهم خلاف قولهم. <sup>2</sup>

د/ من الإجماع.

كان عمر إذا أُتي برجل قد طلق امرأته ثلاثاً في مجلس أوجعه ضرباً وفرّق بينهم <sup>3</sup>، وأجاز ذلك عليه، وكانت قضاياه بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين فيكون إجماعاً منهم على ذلك. <sup>4</sup>

د/ عمل أهل المدينة.

- قال مالك: " ما أدركت أحداً من أهل بلدنا يرى ذلك ولا يُفتي به. " <sup>5</sup>.

ه/ من المعقول.

- لأن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يُباح إلا لحاجة الخلاص، وهي مدفوعة بالواحدة <sup>6</sup>.

- لو فرّق الطلقات على الأقراء لكان مطلقاً لغير حاجة فهو كالمطلق ثلاثاً في كلمة واحدة <sup>7</sup>.

- في طلاقها طليقة واحدة أبعد عن الندم <sup>8</sup>، إذ قد يظهر حمل المرأة، أو يرغب في رجعتها.

- الطليقة الواحدة أقل ضرراً بالمرأة من الطلقات الثلاث <sup>9</sup>.

1 الألباني، إرواء الغليل، كتاب الطلاق، باب سنة الطلاق وبدعته، رقم الحديث: 2054، ج: 7، ص: 119-120، قال الألباني: منكر.

2 ابن ضويان، منار السبيل، ج: 2، ص: 235.

3 ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الطلاق، من كره أن يطلق الرجل امرأته ثلاثاً في مقعد واحد، وأجاز ذلك عليه، رقم الأثر: 17790، ج: 4، ص: 61.

4 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 207.

5 مالك بن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 3.

6 المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، المجلد: 3، ص: 140.

7 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 835، الخطّاب، مواهب الجليل، ج: 5، ص: 300.

8 المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، المجلد: 3، ص: 139.

9 المرجع نفسه.

وذهب الحنفية أن تفريق الطلقات على الأطهار سُني أيضاً<sup>1</sup>، والبدعي هو ما زاد على الواحدة في طهر واحد لا جماع فيه<sup>2</sup>، لذلك وصف الحنفية الطلاق السني الذي اتفقوا فيه مع المالكية والحنابلة بالأحسن، وهذا بالحسن<sup>3</sup>، والأدلة على ذلك:

أ/ من القرآن.

– لما قابل الله تعالى الطلاق بالعدة في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 1]، وكلاهما ذو عدد ناسب أن تنقسم أحاد أحدهما على الآخر<sup>4</sup>.  
ب/ من السنة.

– قوله ﷺ لابن عمر رضي الله عنهما: { يَا ابْنَ عُمَرَ مَا هَكَذَا أَمَرَكَ اللَّهُ أَنْتَكَ قَدْ أَخْطَأْتَ السُّنَّةَ وَالسُّنَّةُ أَنْ تَسْتَقْبِلَ الطُّهْرَ فَتَطْلِقَ لِكُلِّ قُرْبَى }<sup>5</sup>.

– قال ﷺ: { تَزَوَّجُوا وَلَا تُطَلِّقُوا فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَهْتَرُ لَهُ عَرْشُ الرَّحْمَنِ }<sup>6</sup>، فالتهي هنا ليس لعين الطلاق لأنه معتبر شرعاً حكمه، فعلم أن التهي إنما هو لشيء آخر لازم الطلاق فكان النهي عن الزيادة عن الطلقة في طهر واحد لا عن الطلاق<sup>7</sup>.

ج/ من الآثار.

– عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: (إذا أراد الرجل أن يطلق امرأته للسنة طلقها تطليقة وهي طاهرة من غير جماع، فإذا أراد أن يطلقها ثلاثاً طلقها بعد ما تحيض وتطهر، ثم يدعها حتى تحيض وتطهر، ثم يطلقها أخرى فكانت قد بانت منه بثلاث تطليقات، وبقي عليها من عدتها حيضة)<sup>8</sup>.

د/ من المعقول.

– عدم الجماع في الطهر دليل على عدم توافق الطباع فقام السبب الظاهر مقام المعنى الباطن فدار الحكم معه وجوداً وعدمياً، وهذا السبب الظاهر متكرر فتكررت معه الحاجة للطلاق، ليحسم أمره معها لضرر بقائها معه على وجه لا يمكنه الوصول إليها<sup>9</sup>.

1 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 187.

2 المرجع نفسه، ج: 4، ص: 202.

3 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 3-4.

4 السرخسي، المرجع السابق، ج: 6، ص: 4.

5 البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الاختيار للزوج أن لا يطلق إلا واحدة، رقم الحديث: 14939، ج: 7، ص: 540.

الألباني، إرواء الغليل، كتاب الطلاق، باب سنة الطلاق وبدعته، ج: 7، ص: 119-120، قال الألباني: وهذا إسناده ضعيف.

6 الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، رقم الحديث: 147، المجلد: 1، ص: 278-279، قال الألباني: موضوع.

7 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 203.

8 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 4، الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 189.

9 المرجع نفسه، الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 189.

\* التَّرْجِيح.

سبب اختلاف الفقهاء هل من شرط هذا الطلاق أن يكون في حال الزوجية بعد رجعة، أم ليس من شرطه؟ فمن قال هو من شرطه قال: لا يُتبعها فيه طلاقاً، ومن قال: ليس من شرطه أتبعها الطلاق<sup>1</sup>.  
الذي يظهر والله وأعلم رجحان ما ذهب إليه المالكية والحنابلة في أنه لا فرق بين تفریق الطلقات، أو جمعها، لما يلي:

- أن نصوص القرآن جاءت لبيان طلاق المرأة في طهر عدتها، وجاءت نصوص السنة وبَيَّنَّتْ أَمَّا تكون طلاقاً واحدة، وقد جاء حديث ابن عمر {أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَةً لَهُ وَهِيَ حَائِضٌ فَذَكَرَ عُمَرُ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَتَعَيَّظَ فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ قَالَ: لِيرَاجِعَهَا ثُمَّ يَمْسِكُهَا حَتَّى تَطْهَرُ ثُمَّ تَحِيضُ فَتَطْهَرُ فَإِنْ بَدَأَ لَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فَلْيُطَلِّقَهَا طَاهِرًا قَبْلَ أَنْ يَمْسَهَا فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النَّسَاءُ}.<sup>2</sup>، فَبَيَّنَ الحديث أنه إذا أراد أن يطلقها طلاقاً أخرى فعليه مراجعتها، حتى تكون عدّة أخرى جديدةً.

- استدلال الحنفية كان بأحاديث ضعيفة لا حجة لهم بها.

- أما استدلالهم على أن حاجة الرجل إلى الخلاص تتحقق بالطلاق الثلاث في كل طهر، فيتكرر الحكم بتكرّر سببه، فجوابه أن تخلصه منها لا يعني بالضرورة تحرّمها على نفسه لأنّ هذا ليس مراد الشرع بل هو مذموم لأنّه ضيق على نفسه واسعاً، كما أن خلاصه منها يكون بفرقتها، وهذا مُتَحَقِّقٌ بِالطَّلَاقِ الْوَاحِدَةِ.

2/ المذهب الثاني: ذهب الشافعية<sup>3</sup>، والظاهرية<sup>4</sup>، وبعض الحنابلة منهم الخرقى<sup>5</sup> إلى أنه لا بدعة في الطلاق من جهة العدد سواء في جمعها أو تفريقها، إلا أن الشافعية قالوا أنه لا يوصف بالسنة، إنما السنة والبدعة عندهم من جهة الزمن<sup>6</sup>، في حين وصفه الظاهرية والخرقى بالسنة<sup>7</sup>، والأدلة على ذلك:

أ/ من القرآن.

- قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 228] يقع هذا على الثلاث مجموعة ومفردة، ولا يجوز أن يخصّ بهذه الآية بعض ذلك دون بعض بغير نص<sup>8</sup>.

- قال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتْعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 239]، و قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الدِّينَ ءَامِنُونَ إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾

1 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 124.

2 الخطيب التبريزي، مشكاة المصابيح، كتاب التكا، باب الخلع والطلاق، رقم الحديث: 3275، ج: 2، ص: 977.

3 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 180.

4 ابن حزم، المحلى، ج: 9، ص: 364.

5 ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج: 6، ص: 303.

6 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 180، الجويني، نهاية المطلب في دراية المطلب، ج: 14، ص: 12.

7 ابن حزم، المحلى، ج: 9، ص: 364، ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج: 6، ص: 303.

8 المرجع نفسه، ج: 9، ص: 394.

فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٤٩﴾ [الأحزاب: 49]، فهذا عُموم، لم تُخصَّ فيه مطلقَّة واحدة من مطلقَّة اثنتين، ومن مطلقَّة ثلاثاً، مما يدلُّ على إباحة الثلاث، والاثنتين، والواحدة<sup>1</sup>.  
ب/ من السنَّة.

- حديث ابن عمر لم يُسمِّ له النبي ﷺ من الطلاق عدداً معيناً<sup>2</sup>.  
- حديث زُكَّانَةَ {أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الْبَيْتَةَ، فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: مَا أَرَدْتُ؟ قَالَ: وَاحِدَةً، قَالَ: آلَ اللَّهِ؟! قَالَ: آلَ اللَّهِ! قَالَ: هُوَ عَلَيَّ مَا أَرَدْتُ.} <sup>3</sup>، زُكَّانَةَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ الْبَيْتَةَ وَهِيَ تَحْتَمِلُ الْوَاحِدَةَ، وَالثَّلَاثَ فَأَحْلَفَهُ عَلَى نَيْبَتِهِ، وَلَمْ يَنْهَهُ عَنِ الْبَيْتَةِ إِذَا أَرَادَ بِهَا الثَّلَاثَ<sup>4</sup>.  
- حديث عُومِرٍ لَمَّا فَرَّغَ مِنْ تَلَاعْنِهِ هُوَ وَزَوْجَتِهِ، قَالَ عُومِرُ: {كَذَبْتَ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَمْسَكْتَهَا، فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ.} <sup>5</sup>، فَلَوْ كَانَ مُحَرَّمًا لَنَهَاهُ الرَّسُولُ ﷺ، وَلَعَلَّمَهُ<sup>6</sup>.  
- حديث فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ أَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا الْبَيْتَةَ<sup>7</sup>، فَلَمْ يَعْجَبْ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ، مِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَبِيدُ الزَّوْجَ مَا أَبْقَى مِنْهُ أَبْقَى لِنَفْسِهِ، وَمَا أَخْرَجَ مِنْهُ مِنْ يَدِهِ لَزَمَهُ، غَيْرَ مُحَرَّمٍ عَلَيْهِ<sup>8</sup>.  
ج/ مِنْ آثَارِ الصَّحَابَةِ.

- عَنْ سَعْدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ: "أَنَّهُ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا يَعْنِي عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ لِيَتَمَاضَرَ فَوْرَثَهَا عَثْمَانُ مِنْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ قَالَ سَعْدٌ: وَكَانَ أَبُو سَلْمَةَ أُمُّهُ تَمَاضُرُ بِنْتِ الْأَصْبَغِ"<sup>9</sup>، فَلَمْ يَنْكَرِ الصَّحَابَةُ عَلَيْهِ طَلَاقَهُ ثَلَاثًا، مِمَّا يَدُلُّ عَلَى إِبَاحَةِ الْجَمْعِ بَيْنَ الثَّلَاثِ<sup>10</sup>.  
- كَانَتْ عَائِشَةُ الْحَثَمِيَّةُ عِنْدَ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَلَمَّا قُتِلَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَتْ: (لِيَتَهَنَّاكَ الْخِلَافَةُ! قَالَ: يَقْتُلُ عَلِيٌّ تُظْهِرِينَ الشَّمَاتَةَ! أَذْهَبِي فَأَنْتِ طَالِقٌ، يَعْنِي ثَلَاثًا،...) <sup>11</sup>، فَلَمْ يَنْكَرْ ذَلِكَ أَحَدٌ مِنَ الصَّحَابَةِ فَدَلَّ عَلَى إِبَاحَتِهِ عِنْدَهُمْ<sup>12</sup>.

1 ابن حزم، المرجع السابق، ج: 9، ص: 394-395.

2 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 180.

3 الألباني، ضعيف أبي داود، كتاب الطلاق، باب في البتة، رقم الحديث: 382، المجلد: 2، ص: 238، وما بعدها، قال الألباني: إسناده ضعيف.

4 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 180.

5 علاء الدين بن بلبان، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، كتاب الطلاق، باب اللعان، رقم الحديث: 4284، المجلد: 10، ص: 115-116.

6 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 180.

7 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، رقم الحديث: 36-1480، ج: 2، ص: 1114.

8 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 137.

9 الألباني، إرواء الغليل، كتاب الفرائض، باب ميراث المطلقة، ج: 6، ص: 159، قال الألباني: وهذا إسناده صحيح.

10 الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 120.

11 الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، رقم الحديث: 1210، المجلد: 3، ص: 353-354، قال الألباني: وهذا إسناده ضعيف جداً.

12 الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 120.

ج/ من القياس

من القياس أنه طلاق وقع في طهر لم يُجامعها فيه فوجب أن يكون مباحاً كالطَّلقة الأولى، ولأنَّ كلَّ طلاق جاز تفريقه في الأطهار جاز جمعه في طهرٍ، أصله طلاق الزوجات يجوز أن يجمعهنَّ في الطلاق، وأن يُفرقهنَّ<sup>1</sup>.  
- أمر الطلاق بيد الرجل يُوقع منه ما يشاء، ويترك منه ما يشاء، كما لا يحرم عليه أن يعتق رقبةً، ولا يُخرج من ماله صدقةً<sup>2</sup>.

\* الترجيح.

يظهر ممَّا سبق والله أعلم رجحان ما ذهب إليه المالكيَّة والحنبليَّة من جهة وصْف كلِّ ما زاد على الطَّلقة الواحدة بالبدعة لما يلي:

- بالنسبة لنصوص القرآن التي استدللَّ بها المخالفون إمَّا أنَّها ليست في محلِّ النزاع، كقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَيْثُ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 228] جاءت بعد قوله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُم مَّرَاتٍ﴾ [البقرة: 227]، فموضوع الآيتين هو حقُّ الزوج في الرجعة من عدمه قال ابن كثير: "... وأباح الرجعة في المرة والثنتين، وأبانها بالكلية في الثالثة"<sup>3</sup>، أو أنَّها نصوص جاء عمومها مقيد بالسنة النبوية بالطَّلقة الواحدة، سواء في طلاق الرسول ﷺ لزوجاته، أو في ما ثبت من طلاق الصحابة، والطلاق أمر تعبدى يلتزم فيه بالصورة التي أذن فيها الشرع، فمن خالفها يكون واقعاً في البدعة، لأنَّه جاء بصورة لم يأذن فيها الشرع.

- أمَّا الأدلة من السنة النبوية فإمَّا أنَّها أحاديث ضعيفة، أو أنَّها ليست صريحة في وقوع الطلاق الثلاث دفعة واحدة، كلفظ البتة فإنه يُحمل على الأصل الوارد في السنة وهو الطَّلقة الواحدة، أو الروايات الأخرى التي تُوضِّحها، كلفظ البتة في حديث فاطمة بنت قيس فقد جاء في رواية أخرى: {فَأَرْسَلْتُ إِلَى امْرَأَتِهِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ بِتَطْلِيقَةٍ كَانَتْ بَقِيَّتٍ مِنْ طَلَّاقِهَا...}<sup>4</sup>.

- وحديث عويمر الذي فيه التصريح بالثلاث لا حجة فيه، لأنَّ قوله: "كذبت عليها إن أمسكتها"، وطلاقه لها ثلاثاً إمَّا كان منه، لأنَّه لم يعلم أنَّ الفرقة تحصل باللَّعان، ولو علم لم يقل هذا، وقد جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما بيان هذا، إذ أنَّ النبي ﷺ لما فرَّق بين المتلاعنين قال: {لَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا}.<sup>5</sup> فكان طلاق

1 الماوردي، المرجع السابق ج: 10، ص: 120.

2 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 137.

3 ابن كثير، تفسير ابن كثير، سورة البقرة، ج: 1، ص: 251.

4 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، رقم الحديث: 41-1480، ج: 2، ص: 1117.

5 الألباني، صحيح أبي داود، كتاب الطلاق، باب اللعان، رقم الحديث: 1953 المجلد: 7، ص: 28-29، قال الألباني: إسناده صحيح على شرط الشيخين.

عُومِر لها لغو، ولم ينكر ذلك النبي ﷺ عليه لأنه يحتمل أن يكون أراد التأكيد، أي أنّها لو لم تقع الفرقة وأمسكتها فهي طالق ثلاثاً<sup>1</sup>.

- أما أثر عثمان بن عفان ؓ أنه ورث تَمَاضِر بنت الأصْبَغ من عبد الرحمن بن عوف، وكان عبد الرحمن طلقها وهي آخر طلاقها في مرضه<sup>2</sup>، هذه الرواية بيّنت المراد بالطلاق الثلاث.

ثانياً: مسألة وقوع الطلاق الثلاث في مجلس واحد.

الطلاق الثلاث؛ سواء كان بلفظ واحد، أو بألفاظ متكررة، اختلف الفقهاء في وقوعه<sup>3</sup>، وسنقتصر على ذكر مذهبين فقط.

1/ المذهب الأول: ذهب جمهور الحنفية<sup>4</sup>، والمالكية<sup>5</sup>، والشافعية<sup>6</sup>، والحنابلة<sup>7</sup> إلى وقوعه ثلاثاً، ودليل ذلك مايلي:

أ/ من القرآن.

قال تعالى: ﴿إِطْلُقْ مَرَّتَيْنِ فِيمَا سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: 227]، ظاهر الآية يقتضي وقوع الثلاث في الطهر الواحد، بأن تطلقِ تِنْتين، ثم واحدة<sup>8</sup>.  
ب/ من السنة.

- عن نافع ابن عمر: { طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ، فَسَأَلَ عُمَرَ النَّبِيَّ ﷺ، فَأَمَرَهُ أَنْ يَرْجِعَهَا، ثُمَّ يُمْهَلَهَا حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً أُخْرَى، ثُمَّ يُمْهَلَهَا حَتَّى تَطْهَرُ، ثُمَّ يُطَلِّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمْسَهَا، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ، قَالَ: فَكَانَ ابْنُ عُمَرَ إِذَا سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ، يَقُولُ: أَمَّا أَنْتَ طَلَّقْتَهَا وَاحِدَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ، إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يَرْجِعَهَا، ثُمَّ يُمْهَلَهَا حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً أُخْرَى، ثُمَّ

1 ابن بطّال، شرح صحيح البخاري، ج: 7، ص: 467.

2 الدّار قطني، سنن الدّار قطني، كتاب الطّلاق وغيره، رقم الحديث: 4051، ج: 5، ص: 113.

3 إرسال الثلاث التّطبيقات في مجلس واحد اختلف العلماء في هذه المسألة على أربعة أقوال؛ الأول: أنّه لا يقع بها شيء وإليه ذهب النّافين طلاق البدعة، الثّاني: أنّه يقع به الثلاث، الثّالث: أنّها تقع بها واحدة رجعية، الرّابع: أنّه يُفَرّق بين المدخول بها وغيرها فتقع الثلاث على المدخول بها وتقع على غير المدخول بها واحدة، وإليه ذهب إسحاق بن راهويه، ينظر الصّنّاعاني، سبل السّلام، المجلد: 3، ج: 6، ص: 167، وما بعدها، وهبة التّرجيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج: 7، ص: 406، وما بعدها.

4 أبو جعفر الطحاوي، مختصر الطحاوي، ينظر الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، المجلد: 5، ص: 61.

5 الخطّاب، مواهب الجليل، ج: 5، ص: 301.

6 الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 326.

7 ابن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، ج: 2، ص: 235.

8 الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، المجلد: 5، ص: 62.

يُمْهَلَهَا حَتَّى تَطْهَرَ، ثُمَّ يُطَلِّقُهَا قَبْلَ أَنْ يَمْسَهَا، وَأَمَّا أَنْتَ طَلَّقْتَهَا ثَلَاثًا، فَقَدْ عَصَيْتَ رَبَّكَ فِيمَا أَمَرَكَ بِهِ مِنْ طَلَاقِ امْرَأَتِكَ، وَبَانَ مِنْكَ. {1}.

- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: { كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأبي بكر، وسنتين من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم. }<sup>2</sup>.

### ج/ من الآثار

- عن مجاهد قال: (جلست عند ابن عباس فجاءه رجل فقال: إنّه طلق امرأته ثلاثاً فسكت حتى ظننت أنّه رادّها إليه ثمّ قال: ينطلق أحدكم فيركب الأحموقة ثمّ يقول: يا ابن عباس، وإنّ الله قال: ﴿ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴾ [الطلاق: 2]، وإنّك لم تتق الله، فلم أجد لك مخرجاً).<sup>3</sup>.

2/ المذهب الثاني: ذهب ابن تيمية<sup>4</sup>، وابن القيم<sup>5</sup>، إلى وقوعه واحدة رجعية، ودليل ذلك ما يلي:

### أ/ من القرآن.

- قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: 1]، والطلاق الثاني واقع لغير العدة؛ لأنّ العدة تبدأ من الطلاق الأول، والطلاق الثاني لا يُغير العدة، فيكون طلاقاً لغير عدة، فيكون مردوداً لقول النبي صلى الله عليه وسلم: { مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ. }<sup>7</sup>.

- قال تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ﴾ [البقرة: 227]، فالعرب لا تعقل في لغتها وقوع المرّتين إلاّ مُتَعاقبتين<sup>8</sup>، والله تعالى لم يقل: الطلاق طَلِّقْتَانِ، بل قال تعالى: مَرَّتَانِ فإذا قال لامرأته: أنت طالق اثنتين، أو ثلاثاً، أو عشرًا، أو ألفاً، لم يكن قد طلقها إلاّ مرة واحدة<sup>9</sup>.

1 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها، رقم الحديث: 3- (1471)، ج: 2، ص: 1094.

2 المرجع نفسه، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، رقم الحديث: 15- (1472)، ج: 2، ص: 1099.

3 الألباني، إرواء الغليل، كتاب الطلاق، باب سنة الطلاق وبدعته، رقم الأثر: 2055، ج: 7، ص: 120، وما بعدها، قال الألباني: صحيح.

4 ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المجلد: 33، ص: 12 وما بعدها.

5 ابن القيم، زاد المعاد، ج: 5، ص: 227 وما بعدها.

6 ابن العثيمين، الشرح الممتع، المجلد: 13، ص: 41.

7 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة وردّ محدثات الأمور، رقم الحديث: 18- (1718)، ج: 3، ص: 1343-1344.

8 ابن القيم، زاد المعاد، ج: 5، ص: 223.

9 ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المجلد: 33، ص: 12.

ب/ من السنة.

- عن ابن عباس رضي الله عنه قال: { كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ، وأبي بكر، وسنتين من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم. }<sup>1</sup>، ظاهر قول ابن عباس طلاق الثلاث واحدة بأية عبارة وقعت<sup>2</sup>.

ج/ من القياس.

كل عقد يباح تارة ويحرم تارة كالبيع والنكاح، إذا فعل على الوجه المحرم لم يكن لازماً نافذاً، كما يلزم الحلال الذي أباحه الله ورسوله، ولهذا اتفق المسلمون على أن ما حرّمه الله من نكاح المحارم، ومن النكاح في العدة، ونحو ذلك يقع باطلاً غير لازم، وكذلك ما حرّمه الله من بيع المحرمات كالخمر، والخنزير، والميتة، والطلاق هو مما أباحه الله تارة وحرّمه أخرى، فإذا فعل على الوجه الذي حرّمه الله ورسوله لم يكن لازماً نافذاً، كما يلزم الحلال الذي أباحه الله ورسوله<sup>3</sup>.

د/ من المعقول.

- الله سبحانه شرع الطلاق على أكمل الوجوه، وأنفعها للرجل والمرأة، فإنهم كانوا في الجاهلية يُطلقون بغير عدد، فيطلق أحدهم المرأة ويُراجعها كلما شاء، هذا وإن كان فيه رفق بالرجل، ففيه إضرار بالمرأة، فنسخ سبحانه ذلك بثلاث، وقصر الزوج عليها، وجعله أحق بالرجعة ما لم تنقض عدتها، فإذا استوفى العدد الذي ملّكه، حرّمت عليه، فكان في هذا رفق بالرجل إذ لم تُحرم عليه بأول طلقة، وبالمرأة حيث لم يجعل إليه أكثر من ثلاث، فهذا شرعه وحكمته، فلو حرّمت عليه بأول طلقة يُطلقها كان خلاف شرعه وحكمته<sup>4</sup>.

- الزوج إنما ملّك واحدة، ولم يملك إيقاع الثلاث جملة، فالزائد على الواحدة غير مأذون له فيه<sup>5</sup>.

\* الترجيح.

يظهر مما سبق والله أعلم رجحان القول بوقوع الطلاق الثلاث في مجلس واحد طلقة واحدة لما يلي:

- ليس في الكتاب والسنة ما يُوجب الإلزام بالثلاث بكلمة واحدة، ولا زوي في ذلك حديث صحيح ولا حسن، ولا نقل أهل الكتب المعتمد عليها في ذلك شيئاً، بل زويت في ذلك أحاديث كلّها ضعيفة باتفاق علماء الحديث بل موضوعة<sup>6</sup>.

1 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، رقم الحديث: 15-1472)، ج: 2، ص: 1099.

2 الصنعاني، سبل السلام، المجلد: 3، ج: 6، ص: 163.

3 ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المجلد: 33، ص: 18.

4 ابن القيم، زاد المعاد، ج: 5، ص: 225.

5 المرجع نفسه.

6 ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المجلد: 33، ص: 12 وما بعدها.

- قول عمر رضي الله عنه: (فلو أمضيناه) فإنه ظاهر في أنه لم يكن مضي في ذلك العصر حتى رأى إمضاءه، وهو دليل وقوعه في عصر النبوة لكنه لم يمض<sup>1</sup>.

- قول عمر رضي الله عنه إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة... إلخ، واضح في أنه رأي محض لا سنة فيه، والذي يؤكد ذلك ما جاء في رواية عن ابن عباس رضي الله عنه<sup>2</sup> أنه قال: (فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق، فأجازهم عليهم).<sup>3</sup>

- رأي عمر بإنفاذ الطلاق الثلاث كعقوبة لما أكثر وقوعه في زمنه، لعدم التزام الناس بما أوجبه عليهم الشرع، مما يسوغ فيه الاجتهاد، لأن الإلزام يكون من الشارع، أو من الإمام إذا كان من أمور الاجتهاد، واجتهاد عمر إما أنه من نوع التعزير العارض الذي يفعل عند الحاجة، كما كان يضرب في الخمر ثمانين، ويحلق الرأس، ويئني، وإما ظناً أن جعلها واحدة كان مشروطاً بشرط وقد زال، كما ذهب إلى مثل ذلك في مئعة الحج، لذا رأى عمر أن عدم إلزامهم بالثلاث سيجعل الناس يتجرؤون على الحرام، لكن كثير من الصحابة والتابعين نازعوا من قال ذلك، لأنهم لم يروا التعزير بمثل ذلك، أو لأن الشارع لم يعاقب بمثل ذلك، هذا فيمن يستحق العقوبة، أما من لا يستحقها بجهل أو تأويل فلا وجه لإلزامه بالثلاث<sup>4</sup>.

- كما أن رواية ابن عباس صحيحة صريحة في إيقاع الطلاق الثلاث طلقاً واحدة، وعمر حاكم مجتهد دائر اجتهاده بين الأجر، والأجرين لقول النبي صلى الله عليه وسلم: { إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ }.<sup>5</sup>

- تفويت الرخصة على المطلق ثلاثاً قال ابن رشد: "وكان الجمهور غلبوا حكم التعليل في الطلاق سداً للذريعة، ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية، والرفق المقصود في قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1]"<sup>6</sup>.

أما بالنسبة للمقنن الجزائري، واجتهادات المحكمة العليا، لم تتناول الطلاق السني والبدعي من جهة العدد، وإنما تم التطرق إلى الطلاق الثلاث لارتباطه بجريمة المرأة على مطلقها، فقد جاء نص م 51 ق أ ج " لا يمكن أن يُراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه، أو يموت عنها بعد البناء"<sup>7</sup>، وكذلك الاجتهادات القضائية " من المقرر شرعاً أنه لا يمكن أن يُراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا

1 الصنعاني، سبل السلام، المجلد: 3، ج: 6، ص: 163.

2 المرجع نفسه، المجلد: 3، ج: 6، ص: 162.

3 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب الطلاق الثلاث، رقم الحديث: 17- (1472)، ج: 2، ص: 1099.

4 ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المجلد: 33، ص: 15، وما بعدها.

5 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، رقم الحديث: 7352، ص: 1814.

6 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 120.

7 القانون رقم: 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر، ص: 913.

بعد أن تتزوج غيره، وتُطلق منه، أو يموت عنها بعد البناء الثابت من القرار المطعون فيه أنّ قضاة المجلس لما قَضُوا بالطلاق البائن بناءً على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثاً، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من قانون الأسرة وطبقوا القانون تطبيقاً سليماً مما يتعين التصريح برفض الطعن.<sup>1</sup>

يظهر من نص م 51 ق أ ج أنّ مراد المقنن بالطلاق الثلاث حينما عبّر بثلاث مرّات متتالية، أيّ طلقها مرّة بعد مرّة، فإذا كان طلاق الزوج أمام القضاء فإنّه سيتلفظ بالطلاق أمام القاضي، وهنا سواء تلفّظ بطلقة واحدة أم بثلاث طلاقات فإنّ القاضي سيصدر حكماً واحداً يتضمّن وقوع طلاق واحد، وعليه فإنّه يفهم بدلالة الاقتضاء أنّ المقنن اعتبر الطلاق الثلاث بلفظ واحد، أو بألفاظ متكرّرة يقع واحداً، لكنّ قرار المحكمة العليا السابق يُبقي الأمر غامضاً في الطلاق الثلاث الواقع خارج المحكمة إذ أنّه اعتبره بائناً بينونة كبرى بمجرد تصريح الزوج، كما أنّ تسجيله في الحالة المدنيّة سيكون مرة واحدة أيّ أنّه بائن بينونة صغرى، وذلك لصدور حكم قضائي واحد، ومعلوم أنّ الطلاق الثلاث خارج المحكمة يحتمل أن يكون في مجلس واحد، أو بعد أن راجعها مرّتين، لأنّ قرار المحكمة لم يتطرّق إلى تفاصيل كيفية وقوعه، وبهذا يكون قد فتح باب إباحة الحرام، لأنّ موظّف سجّل الحالة المدنيّة لا يجد أمامه إلا طلاقاً واحداً، والله أعلم.

1 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف ر قم: 176551، بتاريخ: 1998/02/17م، المجلة القضائية، ع: 1، 2000م، ص: 171.

## المطلب الثاني: أقسام الطلاق من حيث أثره.

ينقسم الطلاق من حيث أثره، إلى رجعي وبائن.

### الفرع الأول: الطلاق الرجعي.

أولاً: تعريف الطلاق الرجعي.

1/ لغةً: رجع الزاء والجيم والعين أصل كبير مُطَّرِد منقاس، يدلُّ على رَدٍّ وتكرار، تقول: رَجَع يَرْجِعُ رُجُوعاً إذا عاد، والمرجوع جواب الرسالة<sup>1</sup>، يقال طَلَّقَ فلان فلانة طلاقاً يَمَلِكُ فيه الرَّجْعَةَ والرَّجْعَةَ والفتح أفصح، وتَرْجِيعُ الصَّوْتِ تَرْيِيدُهُ في الحلق، والتَرْجِيعُ في الأذان أن يُكْرِرَ قوله أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن محمداً رسول الله، والمراجعة المعادة، والتَرْجِيعُ من الكلام المردود إلى صاحبه، والتَرْجِعُ والتَرْجِيعُ النَّجْوُ والرَّوْثُ، وذو البطن، لأنَّه رجع عن حاله التي كان عليها، وكلُّ شيء مُرَدَّدٌ من قول، أو فعل فهو رَجِيعٌ لأنَّ معناه مَرْجُوعٌ أي مردود، واستَرْجَعُ قال إنا لله وإنا إليه راجعون<sup>2</sup>.

2/ اصطلاحاً: هو الذي يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد ما دامت في العدة، ولو لم ترض، وذلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن<sup>3</sup>.

يُظْهِرُ من هذا التعريف أوصاف الطلاق الرجعي وهي:

\* أن لا يكون طلاقه لها طلاقاً بائناً بينونة صغرى أو كبرى، قال تعالى: ﴿إِطْلُقْ مَرَّتَيْنِ فِيمَا سَأَلَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: 227].

\* أن تكون العدة قائمة، لأنَّه بانتهاء العدة تَبَيَّنَ منه، قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَجِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبِعَوْلَتِهِنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: 226].

\* أن تكون الزوجة مدخولاً بها، وهذا تحصيل حاصل للشَّروط الذي قبله لأنَّه لا عِدَّةَ على غير المدخول بها، قال تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: 2]، فعَلَّقَتْ الآية الرَّجْعَةَ على الأجل، فدَلَّ على أنَّها لا تجوز من غير أجل، والمطلقة قبل الدخول لا عِدَّةَ عليها<sup>4</sup>، قال تعالى: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 49].

1 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الزاء، باب الزاء والجيم وما ينثهما (رجع)، ج: 2، ص: 490.

2 ابن منظور، لسان العرب، كتاب العين المهملة فصل الزاء (رجع)، المجلد: 8، ص: 115، وما بعدها.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ص 432.

4 الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 46، التووي، المجموع، ج: 17، ص: 262.

وبالنسبة للقانون الجزائري فقد أشار إلى جانب العَدَد في الطَّلَاق الرَّجعي؛ وهو أن يكون دون الثَّلَاث، وذلك في نص المادَّة 51 ق أ ج: " لا يُمكن أن يُراجع الرَّجل من طَلَّقها ثلاث مرَّات مُتتالية إلَّا بعد أن تتزوَّج غيره، وتطلَّق منه، أو يموت عنها بعد البناء."، أمَّا بالنسبة لجانب الزَّمن؛ وهو عَدَم انتهاء العِدَّة، فلم يُشر إليه قانون الأسرة الجزائري، إمَّا وَرَد في اجتهاد المحكمة العليا: "مراجعة الزَّوج زوجته خلال فترة العِدَّة، جائز شرعاً وقانوناً، مادامت العِصمة بيده."<sup>1</sup>، إلَّا أنَّ نصَّ المادَّة 50 ق أ ج جاء بمعيار آخر لجانب الزَّمن في الطَّلَاق الرَّجعي؛ وهو عَدَم صدور حُكم قضائي، حيث جاء نصُّها: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصَّلح لا يحتاج إلى عَقْد جديد ومن راجعها بعد صدور حُكم الطَّلَاق يحتاج إلى عَقْد جديد"، وأكَّد على ذلك اجتهاد المحكمة العليا: "من المقرر أنَّ الطَّلَاق يُمكن أن يتمَّ بتراضي الزَّوجين، ولا يثبت الطَّلَاق إلَّا بحكم بعد محاولة الصَّلح من طرف القاضي، ومن راجع زوجته بعد صدور الحُكم بالطَّلَاق يحتاج إلى عَقْد جديد، ومن ثمَّ فإنَّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدُّ مخالفاً للقانون."<sup>2</sup>، وعليه فمن طَلَّق زوجته أمام المحكمة طلاقاً رجعيّاً، فإنَّ الحُكم القضائي سيجعله بائناً، ومنه فلا وُجود لصورة الطَّلَاق الرَّجعي إذا تقدَّم الزَّوج بطلب الطَّلَاق لدى المحكمة، إذ أنَّ لم يعتمد المشرِّع الجزائري على العِدَّة كضابط زمني وحيد لِتمييز الطَّلَاق الرَّجعي عن غيره، وفي ذلك مخالفة صريحة للشريعة الإسلاميَّة، و بعض اجتهادات المحكمة العليا التي قرَّرت هذا: "... ومن المقرر أيضاً أنَّ الرَّجعة لا تعتبر شرعاً إلَّا أثناء قيام العِدَّة، ومن ثمَّ فإنَّ القضاء بخلاف ذلك يُعدُّ خرقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلاميَّة."<sup>3</sup>، وسيبقى وجوده منحصرّاً في الطَّلَاق العرفي الذي يكون خارج المحكمة، لأنَّ المحكمة حتَّى لو علّمت به فإنَّه لا يُحتسب طلاقاً عندها من النَّاحية القانونية حيث جاء في نفس القرار: "... إذا كان الثَّابت في قضية الحال أنَّ الزَّوج المطلِّق ندم أو تراجع في طلاقه بعد انتهاء مدَّة العِدَّة فإنَّ هذا لا يشفِّع له شرعاً في عَدَم احتساب الطَّلَاق الذي تلقَّظ به..."، وعليه فمن طَلَّق زوجته وراجعها في العِدَّة فلا يمكن له اثبات هذا الطَّلَاق في السَّجل المدني إمَّا يبقى عرفياً، وكذلك إذا تقدَّم الزَّوج لإثبات طلاقه الرَّجعي ولم تنته العِدَّة فسيجعله الحُكم القضائي بائناً.

هذا التَّضارب بين الاجتهادات القضائية فيما بينها، وبينها وبين النصِّ القانوني في ضَبط الطَّلَاق الرَّجعي يدلُّ على تَرَدُّد المشرِّع الجزائري بين اعتماد مفهوم الطَّلَاق الرَّجعي في التشريع الإسلامي، وعَدَم اعتماده.

1 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 395557، بتاريخ: 2007/05/09م، المجلة القضائية، ع: 2، 2008م، ص: 299.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 49858، بتاريخ: 1988/07/18م، المجلة القضائية، ع: 1، 1992م، ص: 37.

3 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 35322، بتاريخ: 1984/12/17م، المجلة القضائية، ع: 4، 1989م، ص: 91.

## الفرع الثاني: الطلاق البائن.

الطلاق البائن يُقابل الطلاق الرجعي، باعتباره قسماً له من جهة الأثر، لذلك سنتناوله في هذا الفرع.

أولاً: تعريف الطلاق البائن.

1/ لغة: بَانَ بَيْنًا وَبَيْنُونَةً، وَالْبَيْنُ عَلَى وَجْهَيْنِ الْفُرْقَةُ وَ الْوَصْلُ، فَهُوَ مِنَ الْأَضْدَادِ، وَالْمُبَايَنَةُ الْمُتْفَارِقَةُ، وَتَبَايَنَ الْقَوْمَ تَهَاجَرُوا، وَالْغُرَابُ الْبَيْنُ هُوَ الْأَبْقَعُ، وَضَرْبُهُ فَأَبَانٌ رَأْسُهُ مِنْ جَسَدِهِ، وَفَصْلُهُ فَهُوَ مُبِينٌ، وَفِي الْحَدِيثِ: { فَأَبَانَ الْقَدْحَ عَنِ فَيْكٍ. }<sup>1</sup>، أَي أَفْصَلَهُ عَنْهُ عِنْدَ التَّنْفُسِ لِئَلَّا يَسْقُطَ فِيهِ شَيْءٌ مِنَ الرِّيقِ، وَهُوَ مِنَ الْبَيْنِ الْبُعْدُ وَالْفِرَاقُ، وَبَانَتْ الْمَرْأَةُ عَنِ الرَّجُلِ وَهِيَ بَائِنٌ أَنْفَصَلَتْ عَنْهُ بِطَلَاقٍ، وَبَيَّنَ فُلَانٌ بِنْتَهُ وَأَبَانَهَا، إِذَا زَوَّجَهَا وَصَارَتْ إِلَى زَوْجِهَا، وَبَانَتْ - هِيَ إِذَا تَزَوَّجَتْ -، أَيِ بَعُدَتْ عَنِ بَيْتِ أَبِيهَا، وَالْبَائِنَةُ الْبُئْرُ الْبَعِيدَةُ الْقَعْرُ، كَمَا أَنَّ لَهَا مَعَانٍ أُخْرَى مِنْهَا:

- التوسط: همزة بَيْنَ بَيْنَ، أَي التوسط.

- الوضوح: بَانَ الشَّيْءُ بَيَانًا أَتَّضَحَ، فَهُوَ بَيِّنٌ، وَأَبْنَتْهُ أَنَا أَي أَوْضَحْتُهُ، وَاسْتَبَانَ الشَّيْءُ ظَهَرَ، وَاسْتَبَيَّنَتْهُ أَنَا عَرَفْتُهُ، وَالتَّبْيِينُ الْإِيضَاحُ وَ الْوَضُوحُ، قَالَ تَعَالَى: ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفُحْشَةٍ مُبِينَةٍ ﴾ [الطلاق: 1]، أَي ظاهرة.<sup>2</sup>

2/ اصطلاحاً: هو الذي تنتهي به الزاوية الزوجية وجميع أحكامها بمجرد صدوره عن الزوج.

ثانياً: أقسام الطلاق البائن.

1/ الطلاق البائن بينونةً صغرى.

أ/ تعريفه: هو الذي لا يستطيع الزوج بعده أن يُعيد المطلقة إليه إلا بعقد ومهر جديدين.<sup>3</sup>

ب/ حالاته:

- الحالات المجمع عليها.

\* الطلاق قبل الدخول.

قال ابن قدامة: " أجمع أهل العلم على أنّ غير المدخول بها تبين بطلقة واحدة، ولا يستحق مطلقها رجعتها."<sup>4</sup>، والدليل:

قال تعالى: ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾ [الأحزاب: 49]، فالرجعة إنما تكون في العدة

1 الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، رقم الحديث: 385، المجلد: 1، ص: 739، وما بعدها، قال الألباني: حسن.

2 ابن منظور، لسان العرب، حرف التّون فصل الباء الموحدة (بين)، المجلد: 13، ص: 62، وما بعدها، مرتضى الزبيدي، تاج العروس، فصل الباء مع التّون (بين)، ج: 34، ص: 293 وما بعدها.

3 التّويري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج: 4، ص: 211.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 515.

ولا عدّة قبل الدخول، وقد بيّن الله سبحانه أنّه لا عدّة عليها، فتبين بمجرد طلاقها وتصير كالمدخل بها بعد انقضاء عدتها، لا رجعة عليها، ولا نفقة لها<sup>1</sup>.

وقد وردت هذه الحالة في اجتهادات المحكمة العليا "الطلاق البائن"، فهو الذي يقع ما قبل الدخول... إن القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعدّ خرقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>.

#### \* انتهاء العدة من طلاق رجعي.

قال ابن حزم: "واتفقوا أنّه إن أتمت العدة قبل أن يرجعها أنّه ليس له ارتجاعها إلا برضاها"<sup>3</sup>، والدليل: قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَرْجِعْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَجِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكُنَّ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَيُعَوِّلُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: 226]، وهذا حكم خاص فيمن كان طلاقها دون الثلاث، فإن لم يرجعها المطلق حتى انقضت عدتها فهي أحق بنفسها، وتصير أجنبية منه، لا تحلّ له إلا بخطبة، ونكاح مستأنف بولي وإشهاد<sup>4</sup>.

لأ وجود لهذه الحالة في قانون الأسرة الجزائري، وجاء ذكرها في اجتهادات المحكمة العليا لكن بغير صورتها الشرعية- من هذه القرارات: "من المقرر شرعاً أنّ الحكم بالطلاق الواقع برضا الزوج، والذي استغرق ميعاد العدة، لا يجوز استئنافه بغرض التراجع عن الطلاق الذي تمّ قبوله أمام القاضي"<sup>5</sup>، "... إذا كان الثابت في قضية الحال أنّ الزوج المطلق ندم أو تراجع في طلاقه بعد انتهاء مدة العدة فإنّ هذا لا يشفع له شرعاً في عدم احتساب الطلاق الذي تلقى به..."<sup>6</sup>، إذا فالقضاء لم ير أنّه بانتهاء العدة يصير الطلاق الرجعي طلاقاً بائناً، بل اعتبر أنّه بالمراجعة قبل انتهاء العدة عدم وجود الطلاق أصلاً، فإذا لم يرجعها صار الطلاق البائن موجوداً، أمّا إذا طلقها أمام القضاء وصدر حكمه قبل نهاية العدة فإنّه يصير بائناً-، لكونه اعتمد على معيار صدور حكم القاضي كضابط لمفهوم الطلاق البائن، ونتيجة لعدم تفريق القانون بين الطلاق بإرادة الزوج، والتطليق القضائي، وقع الخلط في المفاهيم بين الطلاق الرجعي والبائن.

1 ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 7، ص: 515.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 39463، بتاريخ: 10/02/1986م، المجلة القضائية، ع: 1، 1989م، ص: 115.

3 ابن حزم، مراتب الإجماع، ص: 85.

4 القرطبي، تفسير القرطبي، سورة البقرة، ج: 3، ص: 120.

5 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 41100، بتاريخ: 21/04/1986م، المجلة القضائية، ع: 4، 1993م، ص: 65.

6 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 35322، بتاريخ: 17/12/1984م، المجلة القضائية، ع: 4، 1989م، ص: 91.

- الحالات المختلف فيها.

\* الخلع.

- المذهب الأول: ذهب الحنفية<sup>1</sup>، والمالكية<sup>2</sup>، والشافعية<sup>3</sup>، والحنابلة<sup>4</sup> إلى أن الخلع فراق تحصل به البينة، والدليل:

● من القرآن.

- قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: 227]، فالعوض الذي تدفعه المرأة إنما يكون فداءً إذا خرجت به عن قبضته وسُلطانها، أما إذا كانت له الرجعة، فهي تحت حكمه<sup>5</sup>.

● من السنة والآثار.

- عن ابن عباس رضي الله عنهما: { أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الْخُلْعَ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً }<sup>6</sup>.

عن ابن مسعود قال: ( لَا تَكُونُ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً إِلَّا فِي فِدْيَةٍ، أَوْ إِيلَاءٍ )<sup>7</sup>.

● من الإجماع.

- قال ابن رشد: " وأما الطلاق البائن: فإنهم اتفقوا على أن البينة إنما تُوجد للطلاق من قبل عدم الدخول، ومن قبل عدم التطليقات، ومن قبل العوض في الخلع<sup>8</sup>."

- قال ابن تيمية: " حُصول البينة بالخلع مما لم يُعرف فيه خلاف بين المسلمين؛ لكن بعضهم جعله جائزاً؛ فقال: للزوج أن يردَّ العوض ويُراجعها<sup>9</sup>."

● من المعقول.

- لأن المرأة إنما تبدل العوض لإزالة الضرر عنها، وفي ثبوت الرجعة تبقى للضرر عليها<sup>10</sup>.

1 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 171.

2 مالك بن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 241.

3 البغوي، التهذيب، ج: 5، ص: 552-551.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 331.

5 المرجع نفسه.

6 الدار قطني، سنن الدار قطني، كتاب الطلاق وغيره، رقم الحديث: 4025، ج: 5، ص: 83.

7 ابن أبي شيبه، مصنف ابن أبي شيبه، كتاب الطلاق، ما قالوا: في الرجل إذا خلع امرأته، كم يكون من الطلاق؟، رقم الأثر: 18435، ج: 4، ص: 117.

8 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 117.

9 ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المجلد: 33، ص: 155.

10 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 871، ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 331، المرغيناني الهداية في بداية شرح المبتدي، المجلد: 3، ص: 276.

- إذا تسلم الزوج العوض في الخلع انقطع حقه عن المراجعة، لأن له حكم المعاوضات<sup>1</sup>، ولأن في إثبات الرجعة في الخلع جمعاً للزوج بين العوض والمعوّض، وذلك ما لا سبيل إليه<sup>2</sup>.
- المذهب الثاني: ذهب ابن حزم إلى أن الخلع طلاق رجعي<sup>3</sup>، والدليل:
- من القرآن.

- قال تعالى: ﴿وَيُعَوِّلُهَا أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: 226]، وقال تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: 2]، فلا يجوز منع الزوج من مراجعة زوجته، لأنه لا يوجد في دين الإسلام طلاق بائن لا رجعة فيه، إلاّ الثلاث مجموعة أو مفترقة، أو التي لم يطأها، ولا مزيد على ذلك<sup>4</sup>.

● من المعقول.

- أما ما أخذ منها فيما أخذ لئلا تكون في عصمته، فإذا لم يتم لها مرادها فمأها مردود عليها<sup>5</sup>.

#### \* التّرجيح.

يتّرجح بما سبق والله أعلم مذهب الجمهور في حصول البينونة الصغرى بالخلع - وقد رجحنا سابقاً بأنه فسخ-، فلو كان للزوج حق المراجعة لزال الحكمة التي شرع من أجلها الخلع، وهي تخلص المرأة من الرابطة الزوجية مقابل المال الذي افتدت به.

وقد وافق اجتهاد المحكمة العليا مذهب الجمهور في اعتبار الخلع طلاقاً بائناً حيث جاء في أحد قراراتها: "الطلاق البائن...، أو وقع بناءً على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه... إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية"<sup>6</sup>.

#### 2/ الطلاق البائن بينونة كبرى.

- أ- تعريفه: هو الذي لا يستطيع الزوج بعده أن يعيد مطلقته إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزواجاً صحيحاً، ويدخل بها دخولاً حقيقياً، ثم يفارقها أو يموت عنها، وتنقضي عدتها منه<sup>7</sup>.
- ب- صورته: أن يكون الطلاق ثلاثاً، والدليل:

1 البغوي، التهذيب، ج: 5، ص: 557.

2 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 871.

3 ابن حزم، المحلى، ج: 9، ص: 511.

4 المرجع نفسه، ج: 9، ص: 518 - 519.

5 المرجع نفسه، ج: 9، ص: 519.

6 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 39463، بتاريخ: 10/02/1986م، المجلة القضائية، ع: 1، 1989م، ص: 115.

7 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 7، ص: 432.

\* من القرآن.

- قال تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة: 228].

- قال تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ [البقرة: 226]، قال ابن عباس رضي الله عنهما: ( وذلك أنّ الرجل كان إذا طلق امرأته فهو أحقّ بها، وإن طلقها ثلاثاً، فنسخ ذلك وقال: ﴿ الطلاق مرتان ﴾).<sup>1</sup>  
\* من السنة.

- عن عائشة رضي الله عنها: { أَنَّ رِفَاعَةَ الْقُرْظِيَّ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَتَزَوَّجَتْ آخَرَ، فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَذَكَرَتْ لَهُ أَنَّهُ لَا يَأْتِيهَا، وَأَنَّهُ لَيْسَ مَعَهُ إِلَّا مِثْلُ هُدْبَةٍ، فَقَالَ: «لَا، حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ». }<sup>2</sup>  
- عن علي رضي الله عنه قال: { لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْمُحَلَّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ. }<sup>3</sup>  
\* من الإجماع.

لا خلاف بين أهل العلم في أنّ المطلقة ثلاثاً بعد الدخول لا تحل لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره<sup>4</sup>، أمّا غير المدخول بها فإنّ طلاقها ثلاثاً لا يمكن تصوّره إلا في مجلس واحد، لأنّه لا عدّة عليها، وقد سبق الكلام على هذه المسألة، واختلاف العلماء في هذا الطلاق، وموقف القانون منه.

1 القرطبي، تفسير القرطبي، سورة البقرة، ج: 3، ص: 112.

2 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب إذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجت بعد العدة زوجاً غيره فلم يمسه، رقم الحديث: 5317، ص: 1355.

3 ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، رقم الحديث: 1935، ج: 1، ص: 622.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 515.

نُحَلِّصُ فِي نَهَايَةِ هَذَا الْفَصْلِ إِلَى أَنَّ الطَّلَاقَ أَبَاحَهُ الشَّرْعُ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ لِنَا عَلَى الْمُسْلِمِ عِنْدَ إِيقَاعِهِ مُرَاعَاةَ مَقْصُودِ الشَّرْعِ مِنْهُ، وَقَدْ اتَّفَقَ الْفُقَهَاءُ فِي بَعْضِ مَفَاهِيمِ الطَّلَاقِ وَصُورِهِ، وَاخْتَلَفُوا فِي بَعْضِهَا، فَتَجَمَّعَ عَنْهُ اخْتِلَافٌ فِي بَعْضِ أَحْكَامِهِ، وَهَذَا رَاجِعٌ إِلَى أَسْبَابٍ مَعْرُوفَةٍ فِي عِلْمِ أَصُولِ الْفِقْهِ، أَمَّا بِالنِّسْبَةِ لِلْمُشْرَعِ الْجَزَائِرِيِّ فَاضْطَرَبَتْ مَفَاهِيمُ الطَّلَاقِ عِنْدَهُ، وَأَتَّسَمَ مَوْقِفُهُ بِالْعُمُومِ فِي الْكَثِيرِ مِنَ الْمَسْأَلِ، وَالتَّنَاقُضِ بَيْنَ نُصُوصِ الْقَانُونِ وَاجْتِهَادَاتِ الْحِكْمَةِ الْعَلِيَا، وَبَيَّنَّ اجْتِهَادَاتِ الْحِكْمَةِ الْعَلِيَا فِي حَدِّ ذَاتِهَا لِاعْتِمَادِهِ عَلَى مَعَايِيرٍ مُخَالَفَةٍ لِلشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ.

## الفصل الأوّل: سلطة القاضي على إرادة الزوج في الطلاق.

معلوم أنّ سنّ القوانين والأنظمة فيما سكت عنه الشّارع من أمور العادات والمعاملات فيما تعلق بالمصلحة العامّة هي من المصلحة المرسلّة، التي الأصل فيها الإباحة، لأنّ الشريعة الإسلاميّة بُنيت على مقصد عام؛ وهو جلب المصالح، ودفع المفاسد، والشريعة الإسلاميّة لا تمنع الزوج من إيقاع طلاقه أمام المحكمة إذا أراد ذلك، وعليه اتباع القواعد والإجراءات المنصوص عليها قانوناً، إذا كانت من الأمور المسكوت عنها أمّا إذا كانت من الأمور التي وردّ فيها نص فلا اجتهاد مع النصّ، وسلطة القاضي في الطلاق ممّا يخضع لهذه القاعدة، وعليه فسيتضمن هذا الفصل المبحثين التاليين:

### المبحث الأوّل: كفيّة وقوع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تكيف طلاق الزوج، وماهية حكمه.

### المبحث الأول: كيفية وقوع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.

من حقّ الزوج في الشريعة الإسلامية إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، فكيف كانت وجهة نظر

القانون إلى هذا الحقّ؟، وما السلطة المخولة للقاضي في ذلك؟، وهذا ما سيتمّ تناوله في المطلبين

التاليين:

المطلب الأول: تعبير الزوج عن إرادته الطلاق.

المطلب الثاني: كيفية طلاق الزوج في القضاء.

## المطلب الأول: تعبير الزوج عن إرادته الطلاق.

التعبير عن الإرادة هو ما يظهر إلى العالم الخارجي بعدما كان مجرد حالة نفسية لا يمكن الاطلاع عليها، وعليه فإنّ تعبير الزوج عن إرادته الطلاق يكون باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة.

### الفرع الأول: وقوع الطلاق باللفظ.

أولاً: الحنفيّة.

#### 1/ ألفاظ الطلاق الصريح.

أ- ماهية لفظ الطلاق الصريح: هو اللفظ الذي لا يستعمل إلا في حلّ قيد النكاح<sup>1</sup>، كقوله لها: طالق، وطلقتك، ومطلّقة، لأنّ هذه الألفاظ تُستعمل في الطلاق، ولا تُستعمل في غيره فكانت من الصريح، ولا يحتاج فيها إلى النيّة لوقوع الطلاق<sup>2</sup>، والدليل:

\* من القرآن.

قال تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 1]، وقال تعالى: ﴿أَطْلُقْ مَرَّتَيْنِ﴾ [البقرة: 227]، شرع الله الطلاق مُطلقاً من غير شرط النيّة<sup>3</sup>.

\* من السنة.

حديث ابن عمر رضي الله عنهما لما طلق امرأته حائضاً لم يسأله الرسول صلى الله عليه وسلم هل نوى الطلاق أو لم ينو؟، ولو كانت النيّة شرطاً لسأله، ولا مراجعة إلا بعد وقوع الطلاق، فدلّ على وقوع الطلاق من غير نيّة<sup>4</sup>.

\* من المعقول.

النيّة عملها في تعيين المُبهم، ولا إبهام في هذه الألفاظ<sup>5</sup>، لأنّها موضوعة له شرعاً فكانت حقيقةً، والحقيقة لا تحتاج إلى نيّة<sup>6</sup>.

1 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 216.  
2 المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، المجلد: 3، ص: 154.  
3 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 222.  
4 المرجع نفسه.  
5 المرجع نفسه.  
6 ابن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار، ج: 3، ص: 151.

ب- ما يقع بالطلاق الصريح.

تقع بالطلاق الصريح طلقة واحدة رجعية، والدليل:

\* من القرآن.

قوله تعالى: ﴿إِطْلُقْ مَرَّتَيْنِ فِيمَا سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: 227]، فأثبت الرجعة بعد

الطلاق الصريح<sup>1</sup>.

\* من السنة.

- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: { طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَهِيَ حَائِضٌ، فَذَكَرَ ذَلِكَ عُمَرُ لِلنَّبِيِّ ﷺ، فَتَعَيَّطَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، ثُمَّ قَالَ: مُرَّةٌ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً أُخْرَى مُسْتَقْبَلَةً سِوَى حَيْضَتِهَا الَّتِي طَلَّقَهَا فِيهَا، فَإِنْ بَدَأَ لَهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا، فَلْيُطَلِّقْهَا طَاهِرًا مِنْ حَيْضَتِهَا قَبْلَ أَنْ يَمْسَهَا، فَذَلِكَ الطَّلَاقُ لِلْعِدَّةِ كَمَا أَمَرَ اللَّهُ. }<sup>2</sup>،  
لم يسأله الرسول ﷺ - هل أراد ثلاثاً، أم لا؟- حين طلق امرأته في الحيض، ولو كان من محتملات لفظه  
لسأله<sup>3</sup>، كما أنه أمره بالرجعة، ولا رجعة بطلاق بائن.

\* من المعقول.

لو قال لها أنت طالق فإنه خبر يقتضي أن يكون صادقاً إن كان مطابقاً، أو كاذباً إن لم يكن مطابقاً  
كقوله أنت قائمة ونحوه، ووقوعه من جهة الزوج لا يقتضيه اللفظ لغة، وإنما ثبت بالشرع اقتضاؤه كي لا يكون  
كاذباً، والمقتضى لا عموم له؛ لأن ثبوته للضرورة وقد اندفعت بواحدة فلا حاجة إلى أزيد منها<sup>4</sup>.  
وإن نوى بالطلاق الصريح الإبانة فإنه لا يكون إلا رجعيًا، لأنه نوى تغيير الشرع، والشرع أثبت البينونة  
بهذا اللفظ مؤجلاً إلى ما بعد انقضاء العدة، فإذا نوى إبانتها للحال معجلاً فقد نوى تغيير الشرع، وليس له  
هذه الولاية فبطلت نيته، ونوى ما لا يحتمله لفظه فلا تصح نيته<sup>5</sup>.

وإذا نوى بالطلاق الصريح أكثر من طلقة، فهو على نوعين:

النوع الأول: أنت طالق ومُطلقة وطلقتك، تقع به طلقة واحدة رجعية، ولا تصح فيه نيّة الثنتين والثلاث  
والسبب:

1 الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج:2، ص: 197.

2 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، وأنه لو خالف وقع الطلاق، ويؤمر برجعتها، رقم الحديث: 4-  
(1471)، ج: 2، ص: 1095.

3 الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج:2، ص: 197.

4 المرجع نفسه.

5 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 226، الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج:2، ص: 197.

- لأنه نعت فرّد، يقال للواحدة طالق، ولثنتين طالقان، ولثلاث طواق، ونعت الفرّد لا يَحتمل العَدَد لآته ضده<sup>1</sup>.

- لأنّ الحُكم تعلق بظاهر مراد اللفظ الصريح وهي الطلقة الواحدة فقام مقام معناه، فلا يحتاج إلى التّظّر إلى النيّة، وإن نوى أكثر من طلقة، وبنية الإبانة قصد تنجيز ما علّقه الشّرع بانقضاء العدة فيلغو قصده كذلك<sup>2</sup>.

النوع الثّاني: أنت الطلاق، وأنت طالق الطلاق، وأنت طالق طلاقاً، وأنت طلاقاً تقع به واحدة رجعية، وتصح فيه نيّة الثّلاث دون الثّنتين، لأنّه ذكر المصدر، وهو يَحتمل العموم لأنّه اسم جنس، ويَحتمل الأذني، فعند الإطلاق يُحمل على الواحدة لأنّه مُتيقن، وإن نوى الثّلاث وقعن لأنّه مُحتمل كلامه، وإمّا لا تصحّ نيّة الثّنتين لأنّ اللفظ لا يَحتمل العدد، وصحّت نية الثّلاث لأنّها جنس الطلاق لا من حيث العددية، وقال زُفر: تصحّ نيّة الثّنتين لأنّها بعض الثّلاث<sup>3</sup>.

### ج- الحالات التي يكون فيها الطلاق الصريح بائناً.

\* إذا وقع قبل الدّخول الحقيقي يكون بائناً لا رجعيّاً<sup>4</sup>.

\* إذا كان لفظ الطلاق الصريح مقروناً بعدد الثّلاث نصّاً أو إشارةً مثل قوله لها: أنت طالق ثلاثاً، أو أن يقول لها: أنت طالق هكذا، ويشير بأصابعه الثّلاث، والمعتبر في الأصابع المبسوطة دون المقبوضة<sup>5</sup>.  
\* إذا كان موصوفاً بصفة تُنبئ عن البينونة، أو تدلّ عليها من غير حرف العطف، أو كان مُشبههً بعدد، أو وُصف يدلّ عليها، مثل أن يقول لها: أنت طالق تطليقةً شديدةً، أو أنت طالق بائن، أو أنت طالق كعدد ثلاث، أو أنت طالق طلقةً كالشمس<sup>6</sup>.

\* إذا كان لفظ الطلاق الصريح مقروناً بعوض كان من الطلاق البائن<sup>7</sup>.

### د- الألفاظ المُصحّفة من الطلاق الصريح<sup>8</sup>.

\* إبدال القاف غيناً، بأن يقول: طلاغ.

\* إبدال الطاء تاءً، والقاف غيناً، بأن يقول: تلاغ.

\* إبدال الطاء تاءً، والقاف عيناً بأن يقول تلاع.

1 ابن مودود الموصلّي، الاختيار لتعليل المختار، ج: 3، ص: 152.

2 الزليعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج: 2، ص: 197.

3 ابن مودود الموصلّي، الاختيار لتعليل المختار، ج: 3، ص: 152-153.

4 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 240.

5 المرجع نفسه، ج: 4، ص: 240-241.

6 المرجع نفسه، ج: 4، ص: 240، وما بعدها.

7 المرجع نفسه، ج: 4، ص: 241.

8 شيخي زاده، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، ج: 2، ص: 11.

\* إبدال القاف كافاً، بأن يقول: طلاك.

يُلاحظ على صريح الطلاق أنه ما كان مشتقاً من مادة الطلاق، وَعَلِب استعماله فيه شرعاً أو عرفاً، يُفهم ذلك من خلال الأمثلة التي يَضربها علماء الحنفية للصريح، حيث أنّها تكون محصورةً في ألفاظ معينة، وضابط ذلك عندهم غلبة الاستعمال.

ويلحق به الألفاظ المستعملة عرفاً للدلالة على الطلاق ولا تحتل غيره، وإن لم تكن مشتقةً منه مثل: الطلاق يلزمني، والحرام يلزمني، وعليّ الطلاق، وعليّ الحرام فيقع بلا نية للعرف<sup>1</sup>.

## 2/ ألفاظ الكناية.

أ- ماهية الكناية: كلّ لفظ يُستعمل في الطلاق، ويُستعمل في غيره، مثل قوله: أنت بائن، أنت عليّ حرام، خلية، بريّة، بنتة، أمرك بيدك، اختاري، اعتدي، استبرئي رحمك، أنت واحدة، خلعت سبيلك، سرحتك، حبلك على غاربك<sup>2</sup>، فارتك، خالعتك - ولم يذكر العوض -، لا سبيل لي عليك، لا مُلك لي عليك، لا نكاح لي عليك، أنت حرة، قومي، اخرجي، اغربي، انطلق، انتقلي، تقنعي، استتري، تزوّجي، ابتغي الأزواج، الحقي بأهلك، ونحو ذلك، فلفظ بائن مثلاً يُحتمل البينونة عن النكاح ويحتمل البينونة عن الخير أو الشر<sup>3</sup>.

ولا يقع الطلاق بهذه الألفاظ إلا أن يتوبه، أو تدلّ عليه الحال فتترجح إرادته، لأنّها غير موضوعة له فلا يتعيّن إلا بالتعيين<sup>4</sup>، وعلى ذلك فالكنايات ثلاثة أقسام<sup>5</sup>:

القسم الأول: يصلح جواباً، ولا يصلح رداً، ولا شتماً، وهي ثلاثة ألفاظ: أمرك بيدك، اختاري، واعتدي، ومرادفها.

القسم الثاني: يصلح جواباً، وشتماً، ولا يصلح رداً، وهي خمسة ألفاظ: خلية، بريّة، بنتة، بائن، حرام، ومرادفها.

القسم الثالث: يصلح جواباً، ورداً، ولا يصلح سباً وشتيمةً، وهي خمسة ألفاظ: اخرجي، واذهي، اغربي، قومي، تقنعي، ومرادفها.

ومعرفة وقوع الطلاق بهذه الألفاظ من عدمه يُنظر لحال الشخص حين تُلَفّظ بهذه الألفاظ: <sup>6</sup>

الحالة الأولى: حالة الرضى لا يقع الطلاق بهذه الألفاظ إلا أن يتوبه لاحتمال اللفظ الطلاق وغيره.

1 الحصكفي، الدرّ المختار، ص: 207.

2 أصل الكلمة قال الأصمعي: "وذلك أنّ الناقة إذا رعت وعليها خطامها، ألقى على غاربها وتركت ليس عليها خطام، لأنّها إذا رأت الخطام لم يهنها المرعى، والغارب أعلى مُقدم السنام، وإذا أهل البعير طُرح حبله على سنامه، وترك يذهب حيث شاء."، ابن منظور، لسان العرب، حرف الباء الموحدة، فصل الغين المعجمة (غرب)، المجلد: 1، ص: 644.

3 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 232.

4 ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج: 3، ص: 166.

5 الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج: 2، ص: 217.

6 المرجع نفسه.

الحالة الثانية: حالة المذاكرة أي عند سؤاله عن طلاق امرأته، فيقع الطلاق بكل لفظ لا يصلح للرد، وهي ألفاظ القسم الأول والثاني دون مراعاة لنيته، لأن الظاهر أنه أراد الجواب، والقسمان لا يصلحان للرد، وألفاظ القسم الثالث لا يقع بها إلا بنية لاحتمالها الجواب والرد، لأنه في حالة مذاكرة.

الحالة الثالثة: حالة الغضب لا يقع الطلاق بألفاظ القسم الثاني والثالث إلا بنية؛ لاحتمالها الرد، والشتم، وحالة الغضب لا تنافيهما، ويقع بألفاظ القسم الأول دون مراعاة لنيته، لأنها لا تكون إلا جواباً، ولا تحتل الشتم والرد.

#### ب- ما يقع بألفاظ الكناية.

يكون الطلاق بهذه الألفاظ بائناً، لأن الزوج يملك إيقاع البائن، وهو أحد نوعي البينونة فيملكه، كما ملك إيقاع الثلاث، وهذه الألفاظ تدل على البينونة بصريحها ومعناها، فإن قوله بائن صريح، وبنة وبثلة يُبنا عن القطع، وكذا سائر الألفاظ لمن تأمل معناها<sup>1</sup>، ويصح فيها نية الواحدة والثلاث، لأن البينونة خفيفة وغليلة فأيهما نوى صح، وإن نوى نفس الطلاق فواحدة لأنه الأدنى، ولو نوى الشنتين فواحدة، لأنهما عدد واللفظ لا يدل على العدد، على خلاف زفر<sup>2</sup>، وقد تقدم ذكر ذلك في الطلاق الصريح إذا نوى به أكثر من طقة.

أما اعتدي، واستبري رحمك، وأنت واحدة فيكون الطلاق بها واحدة رجعية، ولو نوى ثلاثاً أو شنتين كما في الصريح<sup>3</sup>، والدليل:

- قال رسول الله ﷺ لسودة بنت زمعة رضي الله عنها: { اعتدي، فقعدت له على طريقه ليلة، فقالت: يا رسول الله ما بي حب الرجال، ولكني أحب أن أبعث في أزواجك فارجعي، قال: فرجعها رسول الله ﷺ. }<sup>4</sup>، وجه الدلالة أن الاعتداد يقتضي سابقة الطلاق، والمقتضى يتب بطريق الضرورة، فيتقدر بقدر الضرورة، والضرورة ترتفع بالأقل وهو الواحدة الرجعية، فلا يتب ما سواها، وقوله: اعتدي إنما يجعل مقتضياً للطلاق في المدخول بها<sup>5</sup>.

- أما استبري رحمك فهو تفسير لقوله اعتدي، لأن الاعتداد شرع للاستبراء فيفيد ما يفيد<sup>6</sup>.

1 ابن مودود الموصل، الاختيار لتعليل المختار، ج: 3، ص: 166-167.

2 المرجع نفسه، ج: 3، ص: 168.

3 الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج: 2، ص: 215.

4 الألباني، إرواء الغليل، باب صريح الطلاق وكنايته ج: 7، ص: 147، قال الألباني: حديث مرسل واه.

5 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 246.

6 المرجع نفسه.

- وأما أنت واحدة فلأنه لما نوى الطلاق فقد جعل قوله: واحدة نعتاً لمصدر محذوف، وهو الطَّلَقة، كأنه قال: أنت طالق طَلَقةً واحدةً، كما يقال: أعطيته جزيلاً أي: عطاءً جزيلاً<sup>1</sup>.

يُلاحظ على كنيات الطلاق عند الحنفية أنه كل لفظ احتمال معنى الطلاق وغيره، ويلحق به ما كان مشتقاً من مادة الطلاق، ولم يغلب استعماله فيه شرعاً أو عرفاً، فخرج من الصريح، ويُفهم ذلك من خلال الأمثلة التي ضربها علماء الحنفية مثل ما ذكره الكاساني، فلو قال: أنت أطلق من امرأة فلان-وهي مطلقه-، فذلك على نيته، لأن لفظه أفعل ليست صريحة في الكلام، وإذا لم يكن صريحاً وقف على النية إلا إذا خرج جواباً لسؤال الطلاق فينصرف إليه بقرينة السؤال، وكذا إذا قال لها أنت مُطلقة وخفف فهو على نيته، لأن الانطلاق لا يُستعمل في قيد النكاح، وإنما يُستعمل في القيد الحقيقي، والحبس، فلم يكن صريحاً فوقف على النية<sup>2</sup>.  
ثانياً: المالكية.

### 1/ ألفاظ الطلاق الصريح.

أ/ ماهية اللفظ الصريح: ما تضمن لفظ الطلاق على أي وجه كان<sup>3</sup>، ومن هذه الألفاظ:

\* الطلاق كقوله لها: الطلاق يلزمني، أو: عليّ الطلاق، أو: أنت الطلاق، ونحو ذلك.  
\* طلاق بالتذكير كقوله لها: أنت طلاق، أو: عليّ طلاق، وسواء نُطق بالمبتدأ كأنت، أو بالخبر كعليّ أم لا، لأنه مقدر، والمقدر كالثابت.

\* طلقتُ بالفعل الماضي والتاء مضمومة.

\* تطلّقتِ بتشديد اللام المفتوحة وكسر التاء: أي ميني، أو أنت تطلّقت.

\* طالق؛ وهي اسم فاعل.

\* مُطلّقة بفتح الطاء، واللام مشددة وهي اسم مفعول نحو أنت مُطلّقة<sup>4</sup>.

والأمر ليس على اطلاقه كما ورد في التعريف الاصطلاحي، لأن هناك ألفاظاً تُشتق من مادة طلق وليست من ألفاظ الطلاق الصريح، فنجد ألفاظاً مثل: مُنطلّقة ومطلّوقة فيه الطاء، واللام، والقاف فما وجه خروجها من الصريح؟

الجواب: أن الأصل في جميع ألفاظ الصريح النص، إلا أن العرف نقل أنت طالق ونحوه للإنشاء، واستمرّ غير ذلك على النص، فافتقرت عن الصريح<sup>5</sup>.

1 الكاساني، المرجع السابق، ج: 4، ص: 246.

2 المرجع نفسه، ج: 4، ص: 223.

3 المواق، التاج والإكليل، ينظر الخطاب، مواهب الجليل، ج: 5، ص: 324، والقاعدة الصريح في كل باب ما دلّ على الشيء بالوضع اللغوي أو الشرعي، ينظر القراني، الذخيرة، ج: 11 ص: 101.

4 الدردير، الشرح الصغير، ج: 2، ص: 559.

5 التفراوي، الفواكه الدواني، ج: 2 ص: 54.

## الفصل الأول: سلطة القاضي على إرادة الزوج في الطلاق.

وعليه فلا بد من إضافة قيد- وكانت دلالاته على الطلاق شرعاً أو عرفاً - حتى يكون التعريف مانعاً من دخول غير أفراد المعرف في التعريف، وعليه يمكن تعريف الصريح بأنه: ما تضمن لفظ الطلاق وكان دالاً عليه شرعاً أو عرفاً.

أما ألفاظ الفراق والسراح وإن ورد بها النص إلا أنها مترددة بين أن يكون للشرع فيها تصرف - أي أنها تدل بعرف الشرع على المعنى الذي يدل عليه الطلاق -، أو أنها باقية على دلالتها اللغوية، فخرجت من ألفاظ الصريح عند المالكية<sup>1</sup>.

ونصوص القرآن، والسنة التي ورد فيها ذكر لفظ الطلاق معروفة معلومة، وقد ذكرت نماذج منها فيما سبق فلا حاجة لتكرارها.

### ب/ ما يقع بالطلاق الصريح.

إذا وقع الطلاق بألفاظ الطلاق الصريح لزمه الطلاق بها ولو هزلاً، ولا يحتاج إلى نية، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: {ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْمُنَّ جِدٌّ: التَّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ}.<sup>2</sup>، فيترتب على كل لفظة من هذه الألفاظ طلقة واحدة إن لم ينو شيئاً، أو نوى طلقة واحدة، أما إذا نوى بها اثنتين أو ثلاثاً فيلزمه ما نواه<sup>3</sup>، فمقدار الأمر عند المالكية في ذلك على النية لقوله صلى الله عليه وسلم: {إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَّا نَوَى...}<sup>4</sup>.

والصريح الذي وقعت به طلقة واحدة إذا كان قبل الدخول، أو كان في مُقابل العوض - الخلع - فيكون بائناً بينونة صغرى، وإن كانت هي الطلقة الثالثة فيكون بائناً بينونة كبرى، وفي غير ذلك يكون رجعيّاً.

### 2/ الطلاق بألفاظ الكناية.

أ- تعريف الكناية: اللفظ الذي يكون مجازاً في دلالاته<sup>5</sup>، أي اللفظ الذي لم يُوضع في اللغة للدلالة على ذلك المعنى حقيقةً.

1 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 144-145.

2 الترمذي، سنن الترمذي، أبواب الطلاق واللعان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في الجّد والهزل في الطلاق، رقم الحديث: 1184، المجلد: 2 ص: 476.

3 التقرّوي، الفواكه الدواني، ج: 2، ص: 54.

4 البخاري، صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ وقول الله جل ذكره: ﴿إِنَّا أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ كَمَا أَوْحَيْنَا إِلَى نُوحٍ وَالنَّبِيِّينَ مِنْ بَعْدِهِ﴾، رقم الحديث: 1، ص: 7.

5 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 145.

ب- أقسام الكناية عند المالكية.

تنقسم إلى قسمين: كناية ظاهرة، وكناية خفية.

\* الكناية الظاهرة.

- معنى الكناية الظاهرة: وهي التي جرت العادة أن يُطلق بها في الشرع أو في اللغة فحكمه كحكم الصريح<sup>1</sup>، من جهة أنه لا يحتاج إلى نيّة، قال ابن رشد الحفيد: "ومذهب مالك أنه إذا ادعى في الكناية الظاهرة أنه لم يُرد طلاقاً لم يُقبل قوله، إلا أن تكون هنالك قرينة تدلّ على ذلك كراهيه في الصريح.... لأنّ العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه، وذلك أنّ هذه الألفاظ إمّا تُلَقَّظ بها النَّاسُ غالباً، والمراد بها الطلاق...فقدّم العرف الظاهر ولم يُلتفت إلى النيّة"<sup>2</sup>.

- أقسام ألفاظ الكناية الظاهرة وما يقع بها.

القسم الأول: ما يلزم فيه الطلاق ثلاثاً مطلقاً، دون مراعاة لنيّته، سواء كانت الزوجة مدخولاً بها أو لا، وهو لفظان على المعتمد:

اللفظ الأول: أنت بئته، لأنّ البتّ معناه القطع، فكأنّه قطع عُقْدَةَ النِّكَاحِ التي بينهما<sup>3</sup>.

اللفظ الثاني: حبلك على غاربك، ومعنى العبارة أي عصمتك على كنفك كنايةً عن كونه لم يكن له عليها عصمة كالممسك بزمام دابة يرميه على كتفها<sup>4</sup>.

القسم الثاني: ما يلزم فيه الطلاق الثلاث ابتداءً حتى يدعي نيّة أقلّ في غير المدخول بها، ومن هذه الألفاظ قوله لها: أنت بريّة، أو كالدم، أو الميتة، أو وهبتك أو رددتك لأهلك، أو ما انقلب إليه من أهل حرام، أو أنا بائن، أو أنت بائن، أو إذا قال لزوجته المدخول بها أنت طالق واحدة بائنة، لأنّ المدخول بها لا بينها إلا الثلاث أو الخلع<sup>5</sup>، وإذا لم تقع خلعاً - لأنه ليس هناك عوض - فإنّها تكون ثلاثاً<sup>6</sup>.

القسم الثالث: ما يلزم به الطلاق الثلاث ابتداءً إلا إذا ادعى أنه نوى أقلّ من ذلك سواء في المدخول بها، أو غيرها كقوله لها: خليت سبيلك فيلزمه الثلاث إن نوى الثلاث، أو لم ينو شيئاً، أمّا إذا نوى واحدة، أو اثنتين فيلزمه ما نواه، سواء دخل بها، أو لم يدخل<sup>7</sup>.

القسم الرابع: ما يلزم فيه واحدة في المدخول بها، وغيرها إلا إذا نوى أكثر، وهو اعتدي، وفارقتك<sup>8</sup>.

1 ابن جزي، القوانين الفقهية، ص: 391.

2 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 146، وما بعدها.

3 العدوي، حاشية العدوي، ينظر المنوفي، كفاية الطالب الرباني، ج: 3، ص: 180.

4 الدردير، الشرح الكبير، ينظر الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج: 2، ص: 379.

5 العدوي، حاشية العدوي، ينظر المنوفي، كفاية الطالب الرباني، ج: 3، ص: 179-180.

6 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 148.

7 العدوي، حاشية العدوي، ينظر المنوفي، كفاية الطالب الرباني، ج: 3، ص: 180.

8 المواق، التاج والإكليل، ينظر الخطاب، مواهب الجليل، ج: 5، ص: 325 - 326.

فمعظم الكنايات الظاهرة عند المالكية كقاعدة عامة يقع بها الطلاق الثلاث في المدخول بها وغيرها ابتداء دون نظر إلى نية، لأن القاعدة اللغوية أنّ المجاز لا يدخل في التصوص بل في الظواهر<sup>1</sup>، وأسماء الأعداد نص لا يجوز دخول المجاز فيه مطلقاً، والقاعدة الشرعية أنّ كل لفظ لا يجوز دخول المجاز فيه لا تؤثر النية في صرفه عن موضوعه، لأن النية لا تصرف اللفظ إلى معنى إلا إذا كان يجوز صرفه إليه لغةً، فبنيت القاعدة الشرعية على اللغوية، وعلى هاتين القاعدتين ترتب مذهب مالك بأنّ القائل: أنت حرام، والبتة، وغيرها من ألفاظ الكناية الظاهرة وإن نوى أقل من الثلاث فلا عبرة بنيته، لأن اللفظ نُقل إلى عدد معين وهو الثلاث، فصار من جملة أسماء الأعداد، وأسماء الأعداد لا يدخلها المجاز عملاً بالقاعدتين السابقتين<sup>2</sup>.

ويشترط في وقوع الطلاق بالكناية الظاهرة جريان العرف على وقوع الطلاق بها، وإلا كانت من الكنايات الحفية التي تُشترط فيها النية<sup>3</sup>، وعليه فلا يحل للمفتي في زماننا أن يفتي بوقوع الطلاق بها، لأنه لا يقع بها عرفاً، فلا بد من نية لمن تلفظ بها، فيقع الطلاق على حسب ما نواه، والحاصل أنّه على المفتي في الطلاق أن يكون عالماً بعرف أهل البلد، لأن الطلاق من الأحكام المبينة على العرف، والعوائد، عملاً بقاعدة الفتيا بالحكم المبني على مدركه بعد زوال مدركه خلاف الإجماع<sup>4</sup>.

\* الكناية الحفية.

- معنى الكناية الحفية: ما كانت دلالتها على الطلاق مُحتملة غير ظاهرة.

- أقسام ألفاظ الكناية الحفية وما يقع بها.

القسم الأول: ما كان في مادة بنائه حروف الطلاق ولكن العرف لم يستعمله في إنشاء الطلاق، مثل مُنطلقة، مَطْلوقَة، مُطلّقة - بفتح اللام مخففة -<sup>5</sup>.

القسم الثاني: ما كان فيه احتمال الدلالة على الطلاق مع بُعدٍ مثل اذهبي، انصري، لم أتزوجك، أنت حرّة، الحقي بأهلك، أو قوله لها: أنت لست لي بامرأة من غير تعليق على شيء<sup>6</sup>.

1 الفرق بين النص والظاهر وجهان:

أحدهما: أنّ النص ما كان لفظ دليلاً، والظاهر: ما سبق مراده إلى لفظ سامعه.

والثاني: النص ما لم يتوجه إليه احتمال، والظاهر ما سبق إليه احتمال، ينظر الروباني، بحر المذهب، ج: 11، ص: 155.

2 القرابي، الفروق، ج: 1، ص: 141-142.

3 العدوي، حاشية العدوي، ينظر المنوي، كفاية الطالب الرباني، ج: 3، ص: 180.

4 العدوي، حاشية العدوي، ينظر الخرشني، شرح مختصر خليل، ج: 4، ص: 45، المواق، التاج والإكليل، ينظر الخطاب، مواهب الجليل، ج: 5، ص: 325.

5 التقرابي، الفواكه الدواني، ج: 2، ص: 54.

6 أما إن علق أنت لست لي بامرأة كقوله لها: إن دخلت الدار فلست لي بامرأة، فإن لم ينو به شيئاً، أو نوى الطلاق بدون عدد، فيلزمه ثلاثاً، وإن نوى غير الطلاق فإنه يصدق بيمينه قضاءً، ويصدق بدون يمين في الفتوى، ينظر الخرشني، شرح مختصر خليل، ج: 4، ص: 46.

القِسْمُ الثَّالِثُ: الألفاظ التي ليست من الطَّلَاق الصَّرِيح، ولا من الكناية الظَّاهِرة، وتُشكَل هل هي من الكناية الخَفِيَّة أم لا؟، مثل: كُلِّي واشْرِبِي، وأَدْخَلِي، واسْقِنِي المَاء، وغير ذلك من الألفاظ، عَدَّهَا ابن عَرَفَةَ من الكناية الخَفِيَّة، وهي طريقة أكثر الفقهاء، لأنَّ ألفاظ الطَّلَاق إمَّا صَرِيح أو كناية ظاهرة أو خفية، وجعلها ابن الحاجب، وابن شاس حَارِجَةً عن ألفاظ الصَّرِيح والكناية بِقِسْمِيهَا، لأنَّ الكناية استعمال اللَّفْظ في لازم معناه، ومن المعلوم أنَّ فِكَّ الرابطة الزَّوجية ليس لازماً لهذه الألفاظ، أو أنَّ هذا اصطلاح فقط - كل ما قابل الصَّرِيح فهو كناية-، ولا مُشَاحَة في الاصطلاح، لأنَّ مشهور المذهب أنَّ لها حُكْم الكناية الخَفِيَّة<sup>1</sup>.

وحُكْم الكناية الخَفِيَّة أنَّها تتبع النِّيَّة، فإن لم يرد الطَّلَاق يُصدَق بِيَمِينِهِ ولا شيء عليه، وإنَّ نوى الطَّلَاق بَعَدَ لزمه، فإذا نوى واحدة لزمته واحدة، وإن نوى أكثر من واحدة لزمه الأكثر<sup>2</sup>، فالمدار على نِيَّة المُطَلِّق في هذه الألفاظ.

أما إذا نوى بها الطَّلَاق ولكنَّه لم ينو عدداً فاختلف في ذلك، فذهب أصبغ إلى أنَّه يلزمه الثَّلاث، واعتراض عليه بأنَّ الطَّلَاق الصَّرِيح إذا لم ينو به عدداً لا يلزمه إلا واحدة، فكيف تَلْزِمُهُ الثَّلاث بالكناية الخَفِيَّة؟ فكان جواب من كان على رأي أصبغ أنَّ هناك فرقاً بين الحالتين، لأنَّ عدول المُطَلِّق عن الصَّرِيح إلى الكناية الخَفِيَّة أوجب ريباً عنده في ذلك، فَعُوْمَل بالثَّلاث احتياطاً، ولا فرق في ذلك بين المُدْخُول بها، وغيرها. وذهب ابن عَرَفَةَ أنَّه لا يجب به إلا طَلْقَة واحدة بائنة في غير المُدْخُول بها، ورجعية في المُدْخُول بها<sup>3</sup>، ويتَرَجَّح والله أعلم ما ذهب إليه ابن عَرَفَةَ ذلك لأنَّها ليست من الألفاظ الدَّالَّة على البتِّ، فتكون دلالتها إذاً على الطَّلْق الواحدة لا على الثَّلاث، كما أنَّه من شروط العمل بالاحتياط أن لا يُوقَع المكلف في الحرج والمشقة، والحُكْم بالثَّلاث حُكْم فيه مشقة وحرج.

#### تَنْبِيه.

\* لا يُشْتَرَط في ألفاظ الصَّرِيح والكناية الظَّاهِرة النِّيَّة لوقوع الطَّلَاق به إلا إذا دلَّ بساط اليمين على أنَّه لم يُرد الطَّلَاق بهذا اللَّفْظ فإنَّه يُصدَق قضاءً مع اليمين، واستفتاءً بلا يمين<sup>4</sup>، قال مالك: " يؤخذ النَّاس في الطَّلَاق بألفاظهم، ولا تنفعهم نِيَّاتهم في ذلك إلا أن يكون جواباً لكلام قبله فلا شيء عليه"<sup>5</sup>، مثل أن يُفْكَهَا من حبل رُبِطت به فيقول لها: أنت طالق، ويقصد أنَّه حرَّرها منه، أو أن تستأذنه في خدمة أهلها لحاجتهم إليها فيقول لها: وهبتك لأهلك، ويقصد أذنت لك في الذَّهاب.

1 الدُّسُوقِي حاشِيَّة الدُّسُوقِي، ج: 2، ص: 383، المَوَاق، التَّاج والإكليل، ينظر الخطاب، مواهب الجليل، ج: 5، ص: 332.

2 الخرشني، شرح مختصر خليل، ج: 4، ص: 46.

3 العدوي، حاشية العدوي، ينظر الخرشني، المرجع السابق، ج: 4، ص: 46.

4 العدوي، حاشية العدوي، ينظر المنوفي، كفاية الطالب الرباني، ج: 3، ص: 180.

5 المَوَاق، التَّاج والإكليل، ينظر الخطاب، مواهب الجليل، ج: 5، ص: 325.

ثالثاً: الشافعية.

### 1/ الطلاق الصريح.

أ- تعريف الطلاق الصريح: هو اللفظ الذي يدل على معنى يكون استعماله في غيره نادراً، فالصريح إذا لم يتعلّق به توقيف وتعبد، يؤخذ من الشيوخ، ومحاولة أهل العرف حصر اللفظ في مقصود، فإذا اجتمع هذان المعنيان، ترتّب عليهما ابتداء المعنى إلى الأفهام، فالصريح يكون بأمرين؛ الأول: الجريان في ألفاظ الشرع، والثاني: الشيوخ في الاستعمال<sup>1</sup>.

ب- ألفاظ الطلاق الصريح: وهو ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح، فتقع بها الفرقة من غير نيّة، والدليل على أنّ هذه الألفاظ من الصريح ورودها في القرآن بقصد الفرقة<sup>2</sup>:

قال تعالى: ﴿إِطْلُقْ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: 227]، وقال تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: 2].

ج- أثر ألفاظ الطلاق الصريح.

التلفظ بصريح الطلاق له أربعة أحوال<sup>3</sup>:

الحالة الأولى: أن يقصد اللفظ، وينوي الفرقة، فيقع به الطلاق.

الحالة الثانية: أن يقصد اللفظ، ولا ينو الفرقة، فيقع به الطلاق، لأن الصريح لا يفتقر إلى نيّة.

الحالة الثالثة: أن يبعد اللفظ، ويريد به طلاقاً من وثاق، أو فراقاً إلى سفر، أو تسريحاً إلى أهل، فيلزمه الطلاق في ظاهر الحكم.

الحالة الرابعة: أن لا يقصد اللفظ، ولا يريد به الفرقة، وإنما يسبق لسانه غلطاً، أو دهشاً، أو كان أعجمياً، فالطلاق لازم له في ظاهر الحكم.

وصريح الطلاق، يستوي حكمه في الغضب والرضى، وعند مسألة الطلاق، وفي الابتداء<sup>4</sup>، وإن اتصل بصريح الطلاق كلام يصرفه عن حقيقته، لم يقع الطلاق كقوله لها: أنت طالق من وثاق، أو سرحتك من اليد، أو فارقتك بجسمي<sup>5</sup>.

1 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 14، ص: 59، وما بعدها.

2 الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 150-151.

3 المرجع نفسه، ج: 10، ص: 153-154.

4 المرجع نفسه، ج: 10، ص: 155.

5 الثيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 9.

ويقع بلفظ الصريح، طلقاً واحدة رجعية إذا لم ينو عدداً، فإن نوى طلقين أو ثلاثاً، وقع ما نوى<sup>1</sup>، لأن الرجعة لا تنقطع بالقطع، ولا بلفظة، وإنما تنقطع بالعوض، وعدم العدة، واستيفاء العدد<sup>2</sup>.

2/ الطلاق بالكناية.

أ- تعريف الطلاق بالكناية: هي لفظة مُحتملة غير شائعة في الطلاق<sup>3</sup>، تُشبه الطلاق، وتدلّ على الفراق<sup>4</sup>.

ب- أقسام الطلاق بالكناية.

وهي على قسمين جليّة وخفيّة<sup>5</sup>:

\* الجليّة: ما ظهر معناها، وقد يجري استعمالها جريئاً ينحط عن الاستفاضة، والحصر في معنى الطلاق، منها: الخليّة، والبريّة، والبائنة، وما يشبهها.

\* الخفيّة: ما يشتمل على تقدير، أو استعارة مثل: اعتدي، واستبرئي رحمك، والحقي بأهلك، وحبلك على غاربك، واغربي، واذهي، وتجري، وتجري، وما في معناها، فالتقدير مثل: اعتدي معناه: طلق، فاعتدي، والاستعارة مثل: تجري، أي: تجري مرارة الفراق.

ج- أثر الطلاق بالكناية.

حكم الجليّة والخفيّة واحد<sup>6</sup>، فتقع بألفاظ الكناية الفرقة مع النية، ولا تقع بها من غير نية<sup>7</sup>، لأنها تحتل الطلاق وغيره<sup>8</sup>، فإذا تبين أنّ الكنايات لا تعمل بأنفسها، فإنها لا تعمل مع القرائن أيضاً من غير نية<sup>9</sup>. فإذا وجدت الكناية ونية الطلاق، فلا يخلو حال النية من أربعة أقسام<sup>10</sup>:

القسم الأول: أن تكون النية متقدمة على جميع اللفظ فلا يقع الطلاق، لأنّ النية تجردت عن لفظ، واللفظ تجرد عن نية.

القسم الثاني: أن تكون النية متأخرة عن جميع اللفظ فلا يقع الطلاق، لنفس سبب القسم الأول.

القسم الثالث: أن تكون النية مقارنة لجمع اللفظ، فتوجد من أول اللفظ إلى آخره فالطلاق واقع.

1 البغوي، التهذيب، ج: 6، ص 33.

2 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 14، ص: 71.

3 المرجع نفسه، ج: 14، ص: 63.

4 الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 10.

5 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 14، ص: 64-65.

6 الروياني، بحر المذهب، ج: 10، ص: 46، الغزالي، الوسيط في المذهب، المجلد: 5، ص: 375، وما بعدها.

7 الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 150.

8 الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 10.

9 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 14، ص: 66.

10 الروياني، بحر المذهب، ج: 10، ص: 49-50.

القسم الرابع: أن توجد النية في بعض اللفظ وتُعدم في بعضه، إما أن تُوجد في أوله وتُعدم في آخره، أو تُوجد في آخره، وتُعدم في أوله، ففي وقوع الطلاق به رأيان:

الرأي الأول: لا يقع الطلاق، لأن اللفظ إذا اعتبرت فيه النية، كان وجودها في بعضها، كعدمها في جميعه، كالنية في تكبيرة الإحرام.

الرأي الثاني: الطلاق واقع، لأن استصحاب النية في جميع ما يُعتبر فيه النية ليس بلازم، كالصلاة لا يلزم استصحاب النية في جميعها.

ويقع بلفظ الكناية، طلقاً واحدة رجعية، إذا لم ينو عدداً، فإن نوى طلقين، أو ثلاثاً وقع ما نوى<sup>1</sup>، سواء قال ذلك في حالة الرضا، أو في حالة الغضب، وسواء سأله الطلاق، أو لم تسأله<sup>2</sup>.

3/ ما لا يكون صريحاً ولا كناية: وهو ما لا يُشبه الطلاق، ولا يدلُّ على الفراق من الألفاظ، كقوله: أقعدي، وأقربي، وأطعمي، واسقيني، وما أحسنك، وبارك الله فيك، وما أشبه ذلك<sup>3</sup>، فلا تقع بها الفرقة سواء كانت معها نية، أو لم تكن<sup>4</sup>.

رابعاً: الحنابلة.

#### 1/ الطلاق الصريح.

أ- تعريف الطلاق الصريح: لفظ الطلاق، وما تصرف منه، لأنه موضوع له على الخصوص، يُثبت له عُرف الشرع والاستعمال، كقوله: أنت طالق، أو مُطلقة، أو طَلقتك، وكذلك لو قيل له: أَطلقت امرأتك؟ قال: نعم، كان صريحاً؛ لأنَّ الجواب يرجع إلى السؤال<sup>5</sup>.

ب- هل توجد ألفاظ أخرى للطلاق الصريح؟

في لفظ الفراق والسراح وجهان:

الوجه الأول: أهما صريحان، وهو اختيار الحرقي، والقاضي<sup>6</sup>، والشريف، وأبو الخطاب، وابن البناء، والشيرازي، لورودهما في القرآن بمعنى الفرقة، فأشبهها لفظ الطلاق.

1 البغوي، التهذيب، ج: 6، ص: 33.

2 سالم العمراني، البيان في مذهب الامام الشافعي، المجلد: 10، ص: 93.

3 الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 11.

4 الماوردی، الحاوي، ج: 10، ص: 150.

5 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 113-114.

6 المراد به القاضي أبو يعلى هو محمد بن الحسين الفراء، ينظر مريم محمد صالح الظفيري، مصطلحات المذاهب الفقهية، ص: 298.

الوجه الثاني: ليساً بصريح، وهو اختيار ابن حامد، وأبي الخطاب في الهداية، والشَّيخين<sup>1</sup>، لاستعمالهما في غير الطلاق كثيراً، فأشبهها سائر كناياته، ثم المدار على عُرف الشَّرع، والاستعمال، وهو مفقود، وعلى هذا الوجه هما كنايتان ظاهرتان<sup>2</sup>، ولا يصحُّ قياسه على لفظ الطلاق، فإنَّه مُتخص بذلك، سابق إلى الأفهام من غير قرينة، ولا دلالة، بخلاف الفراق والسَّراح<sup>3</sup>.

### ج- أثر الطلاق الصَّريح.

إذا تلفظ المطلق بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه، سواء كان جاداً أو هازلاً، وإذا أراد التللفظ بغير الطلاق، فسبق لسانه إليه، كأن أراد: أنت طاهر، فسبق لسانه إلى: أنت طالق، أو نوى بأنت طالق أي من وثاق، لم تطلق، لأنَّه قصد بلفظه ما يَحتمله، فوجب صرفه إليه، إن ادَّعى ذلك، لأنَّه فسَّر كلامه بما يَحتمله احتمالاً غير بعيد، فقبِل وهو ظاهر كلام أحمد في رواية، وفي رواية وهي الأشهر لا يقبل، لأنَّه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف، أمَّا إن كان ذلك في حال العُصب، أو سُؤالها الطلاق، لم يُقبل، ووقع طلاقه، لأنَّه يخالف الظاهر من وجهين: مقتضى اللَّفظ، ودلالة الحال<sup>4</sup>، و إن صرَّح بذلك في اللَّفظ، فقال: طَلقتك من وثاقي، أو فارتكتك بجسمي، أو سرَّحتك من يدي، فلا شك في أنَّ الطلاق لا يقع؛ لأنَّ ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه، كالاستثناء والشَّرط<sup>5</sup>.

أمَّا إذا أتى بلفظ الفراق، أو السَّراح فقال: فارتكتك، أو: أنت مُفارقة، أو سرَّحتك، أو أنت مُسرَّحة، فمن يراه صريحاً أوقع به الطلاق من غير نيَّة، ومن لم يره صريحاً لم يوقعه به، إلَّا أن ينويه<sup>6</sup>.

1 المراد بهما موفق الدين بن قدامة المقدسي، ومجد الدين عبد السلام بن تيمية، ينظر عبد الحق حميش، مصطلحات الألقاب عند فقهاء المذاهب الأربعة، مجلَّة الشَّريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت، ع: 60، محرم 1426، مارس 2005م، ص: 342، <https://www.noor-book.com/>، تاريخ الاطلاع: 2024/03/31م.

2 الزركشي، شرح الزركشي، المجلد: 5، ص: 397، ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 114، ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 386.

3 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 386.

4 ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج: 6، ص: 310-311، ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 114، ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 386.

5 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 386-387.

6 المرجع نفسه، ج: 7، ص: 386.

2/ الكنايات.

أ- تعريف كناية الطلاق: ما يشبه الطلاق، ويدل على ما في معناه<sup>1</sup>.

ب- أقسام كناية الطلاق.

هي على قسمين:

\* الكناية الظاهرة: ما ندر استعماله في غير الطلاق<sup>2</sup>، وهي سبع؛ أنت خلية، وبرية، وبائن، وبتة، وبتلة، وأنت حرّة، وأنت الحرج<sup>3</sup>.

\* الكناية الخفية: ما كثر استعماله في غير الطلاق<sup>4</sup>، مثل؛ الحرجي، وأدهبي، ودوقي، وتجري، واعتدي، واستبرئي، واعتزلي، وخليتك، وأنت مخلّة، وأنت واحدة، ونحوه<sup>5</sup>.

\* كنايات مختلف فيها: مثل؛ الحقي بأهلك، وحبلك على غاربك، وتقنعي، وغطّي شعرك، وتزوجي من شئت، وحللت للأزواج، ولا سبيل لي عليك، ولا سلطان لي عليك<sup>6</sup>، ففيها روايتان<sup>7</sup>:  
الرواية الأولى: هي ظاهرة؛ لأنها في معنى الظاهرة.

الرواية الثانية: هي خفية؛ لأن النبي ﷺ لما دخلت عليه ابنة الجون قال: { لقد عذت بعظيم، الحقي بأهلك }<sup>8</sup>، ولم يكن النبي ﷺ ليطلق ثلاثاً، وقد نهي أمته عنه، وعن النبي ﷺ أنه قال لسودة بنت زمعة ﷺ: { اعتدي، فجعلها طلقاً }<sup>9</sup>.

ج- أثر كناية الطلاق.

يمكن أن تُقسم الكناية إلى أربع حالات:

الحالة الأولى: إن لم ينو شيئاً، ولا دلت عليه قرينة لم يقع، لأنه ظاهر في غير الطلاق، فلم يُصرف إليه عند الإطلاق، كلفظ الصريح لا يُصرف إلى غيره<sup>10</sup>.

1 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 115.

2 ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 3، ص: 115.

3 مجد الدين ابن تيمية، المحرر في الفقه، ج: 2، ص: 54.

4 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 115.

5 مجد الدين ابن تيمية، المحرر في الفقه، ج: 2، ص: 54.

6 المرجع نفسه.

7 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 116-117.

8 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من طلق، وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق، رقم الحديث: 5254، ص: 1338-1339.

9 الألباني، إرواء الغليل، كتاب الطلاق، باب صريح الطلاق وكنايته رقم الحديث 2065، ج: 7، ص: 146-147، قال الألباني: ضعيف، وقد أخرجه البيهقي بلفظ " { اعتدي }"، فجعلها تطليقة واحدة وهو أملك بها."، ينظر البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في كنايات الطلاق التي لا يقع الطلاق بها إلا أن يريد بمخرج الكلام منه الطلاق، رقم الحديث: 15006، ج: 7، ص: 561.

10 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 115.

الحالة الثانية: إن قصد بالكناية غير الطلاق، لم يقع على كلِّ حالٍ، لأنَّه إذا قصد ذلك بالصريح لم يقع، فالكناية أولى<sup>1</sup>.

الحالة الثالثة: إن كانت الكناية حال الغضب، أو جواباً عن سؤال الطلاق، فهي على حسب قسَمي الكناية كالتالي:

- الكناية الخفية: لا يقع الطلاق به إلاً بنية، لأنَّ ما كثر استعماله في غير الطلاق حال الرضا، يكون كذلك في حال الغضب، إذ لا حَجْر عليه في استعماله، والتكلم به<sup>2</sup>، فتمَّ قياس حال الغضب على حال الرضا.

- الكناية الظاهرة: وقوع الطلاق بغير نية، لأنَّه لما قلَّ استعماله في غير الطلاق، كان مُجرّد ذكره يُظنُّ منه إرادة الطلاق، فإذا انضمَّ إلى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق، أو في حال الغضب، قوي الظنُّ، فصار ظناً غالباً<sup>3</sup>، فقامت الحال مقام النية في الدلالة على الطلاق.

الحالة الرابعة: إن نوى به الطلاق وقع، لأنَّه نوى بكلامه ما يحتمله، وهي على حسب أقسام الكناية كالتالي:

- الكناية الظاهرة: فيها روايتان:

الرواية الأولى: هي ثلاث وإن نوى واحدة، لأنَّ ذلك يُروى عن علي، وابن عمر، وزيد رضي الله عنهم، ولم يُنقل خلافهم في عصرهم، فكان إجماعاً، ولأنَّه لفظ يقتضي البينونة بالطلاق، فوقع ثلاثاً، كما لو طلق ثلاثاً.

الرواية الثانية: يقع ما نواه، اختاره أبو الخطاب، لحديث زكّانة، ولأنَّه أحد نوعي الطلاق، فإذا نوى به واحدة، لم يزد عليها كالصريح، فإن لم ينو عدداً وقع ثلاثاً، وروي عن حنبل أنه يقع به واحدة بائة، لأنَّه لفظ اقتضى البينونة دون العدد، ف وقعت واحدة بائة كالمثلع.

- الكناية الخفية: يقع به ما نواه، لأنَّ اللفظ لا دلالة له على العدد، فوجب اعتبار ما نواه، فإن لم ينو عدداً، وقع واحدة لأتَمَّ اليقين<sup>4</sup>.

أما الألفاظ التي لا تُشبه الطلاق، ولا تدلُّ على الفراق، كقوله: أقعدي، واقربي، وقومي، وكلي، واشربي وأطعميني، واسقيني، وما أحسنك، وبارك الله عليك، وأنت جميلة، أو قبيحة، ونحو هذا فلا يقع به طلاق، وإن نواه، لأنَّه لا يحتمل الطلاق، ولو وقع، لوقع بمجرد النية، ولا سبيل إليه<sup>5</sup>.

1 ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 3، ص: 116.

2 ابن قدامة، المعني، ج: 7، ص: 389.

3 المرجع نفسه، ج: 7، ص: 389.

4 ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج: 6، ص: 319.

5 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 115.

خامساً: قانون الأسرة الجزائري.

أما قانون الأسرة الجزائري فيلاحظ عليه عدم تناوله لموضوع ألفاظ الطلاق رغم أهميته في مسألة وقوع الطلاق بإرادة الزوج، ولعل ذلك راجع إلى أحد ثلاثة أمور:

- أن المادة 49 ق أ ج لا تعتبر الطلاق إلا بحكم قضائي، وعليه فإن ما يتلفظ به الزوج سيكون أمام القاضي الذي سيوجهه إلى النطق بلفظ الطلاق.

- أنه ترك الأمر للاجتهادات القضائية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بناءً على نص المادة 222 ق أ ج "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

- أن عقد الزواج في القانون عقد مدني، وعليه فإن التعبير عن إرادة إبطاله يخضع لأحكام هذا القانون، وقد نصت المادة 60 ق م ج "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".<sup>1</sup>، ومنه فإن كل لفظ مُعبر عن إرادة الطلاق مُعتبر قانوناً حسب نص هذه المادة.

لكن الحقيقة أن هذه الألفاظ التي يُعبّر بها الزوج عن إرادته الطلاق ليست على إطلاقها في القانون، لأنه عند التنازع لإثباته فإن قرارات المحكمة العليا تؤكد أنه لا يثبت إلا بألفاظ صريحة، أو لا تقبل التأويل، منها:

- "متى كان من المقرر شرعاً أن الطلاق، هو حلُّ عقد الزواج، ويتمُّ بإرادة الزوج الذي يملك وحده فكاً عصمة النكاح، ولا يتوب عنه في ذلك إلا من قوض لهم أمره... فإن الحكم بما يخالف هذه المبادئ يُعد مخالفاً لقواعد الشريعة الإسلامية في الطلاق، أو الفسخ، وقواعد تسبب الأحكام، إذا كان الثابت أن النزاع بين الزوجة وأولياء زوجها، ولم يثبت من ادعاءات الزوج، ولا من محضر الشهود أن الزوج تلفظ بالطلاق، أو صرح به بل بالعكس أنه مازال يطالب برجوع زوجته إليه وبإتمام الزواج... فإن قاضي محكمة الدرجة الأولى أخطأ مثلما أخطأ قضاة الاستئناف في تعرضهم لملك العصمة الزوجية".<sup>2</sup>

- "لا يثبت الطلاق العرفي إلا بشهادة شهود حضروا المجلس الذي تم فيه الطلاق بألفاظ لا تقبل التأويل... وحيث إن مثل هذا التعليل الذي اعتمده قضاة المجلس في قرارهم المنتقد لا يستقيم مع المبدأ الشرعي، وما دأبت عليه المحكمة العليا في أن الطلاق العرفي باعتباره من المسائل الشرعية لا يثبت إلا بها، وتقع حين

1 الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع: 78/السنه 12، الصادر في الثلاثاء 24 رمضان عام 1395هـ، الموافق 30 سبتمبر سنة 1975م، ص: 993.  
2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 32786، بتاريخ: 14/05/1984م، المجلة القضائية، ع: 2، 1989م، ص: 66.

ثبوتها، كما يُشترط في إيقاعه حضور شاهدين في مجلس الطلاق، وأشهدهما على أنه طلق زوجته بعبارة لا تحمل أيّ تأويل.<sup>1</sup>

والألفاظ التي لا تقبل التأويل هي اللفظ الصريح، والكناية الظاهرة لأنّ العرف جرى على إيقاع الطلاق بها، والعرف معتبر في الألفاظ كما نصّت على ذلك المادة 60 ق م ج.

لكنّ الإشكال في الطلاق العرفي أنّ الزوج إذا تقدّم لإثباته دون نزاع فيه فإنّ القضاء عادةً لا يسأله عن اللفظ الذي تلفّظ به، ولا عن نيّته، ولا الحالة التي طلق فيها، إنّما يكتفي بالنظر في طلبه، والتأكد منه، وهذا خطأً جسيماً، لأنّه يحتّم أن يكون ظاهراً، أو إيلاءً، أو يميناً يُكفّر عنه، ونفس الأمر بالنسبة للطلاق أمام القضاء فقد يتلفّظ الزوج بلفظ لا يتوقعها القاضي فكيف سيحكم بها؟

أمّا من جهة أثر اللفظ هل يقع به طلاق رجعي أم بائن؟، فقد نصّ اجتهاد المحكمة العليا على أثر اللفظ: "... ومن المتفق فقهاً وقضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية أنّ الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأنّ حكم القاضي به لا يُغيّر من رجعيّته، لأنّه إنّما نزل على طلب الطلاق، أمّا الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول، أو وقع بناءً على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه،... إنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً<sup>2</sup>، ومنه فإنّ كلّ لفظ صدر من الزوج يقع به الطلاق رجعيّاً، فلا توجد ألفاظ يقع بها الطلاق بائناً، ماعداً في حالة غير المدخول بها، والمختلعة، لكنّ موقف المقتن الجزائري من الطلاق الرجعي، والثلاث قد تمّ توضيحه في الفصل التمهيدي لذلك لا حاجة لإعادته.

#### \* التّرجيح.

يلاحظ ممّا سبق أنّ كلّ لفظ وضع شرعاً، أو عرفاً للدلالة على الطلاق فقط، أو غلب استعماله فيه كان من جنس الصريح، أو الكناية الظاهرة، يقع به الطلاق بدون نيّة، لقوله ﷺ: {ثَلَاثٌ جِدْهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْنُهُنَّ جِدٌّ: النَّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ.} <sup>3</sup>، وعملاً بالقاعدة الفقهيّة "العادة مُحكّمة".

1 قرار عن غرفة المدنية، المحكمة العليا، ملف رقم: 1482026، بتاريخ 02/03/2022م، <https://www.coursupreme.dz/>، تاريخ الاطلاع 2023/7/27م.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 39463، بتاريخ 10/02/1986م، المجلّة القضائية، ع: 1، 1989م، ص: 115.

3 التّرمذّي، سنن التّرمذّي، أبواب الطلاق واللّعان عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الجّد والهزل في الطلاق، رقم الحديث: 1184، المجلد: 2 ص: 476.

أما إذا كان اللفظ يَحْتَمِلُ معنى الطَّلَاق وغيره على حَدِّ سواء فهو كناية خفيفة، لا يقع به الطَّلَاق إلا بنية، لأنه احتمال معنيين، والنية هي الفاصلة في تعيينه، لحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: { سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم يَقُولُ: إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى }<sup>1</sup>، وعملاً بقاعدة "الأمر بمقاصدها".  
أما من جهة أثر اللفظ فإنه لا تُوجَدُ نصوص صريحة تدلُّ على أنّ هناك لفظ يقع به الطَّلَاق بائناً، وإنما يكون به رجعيّاً، والله أعلم.

### الفرع الثاني: وقوع الطلاق بغير اللفظ.

الأصل في التعبير عن الإرادة أن يكون بالقول إلا أنه يُمكن أن يكون بغيرها كالكتابة والإشارة، فهل تتطابق أحكام القول في التعبير عن الإرادة مع أحكام الكتابة والإشارة، أم أنّها تختلف عنها؟  
أولاً: الطَّلَاق بالكتابة.

اختلف الفقهاء في اعتبار وقوع الطلاق بالكتابة:

المذهب الأول: ذهب الجمهور من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة<sup>2</sup> إلى وقوع الطلاق بها، والدليل:  
- أنّ النبي صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ الرسالة، وقد بلغ تارةً بالكتاب، وتارةً باللسان<sup>3</sup>.  
- الأصل أنّ البيان بالكتاب بمنزلة البيان باللسان، لأنّ المكتوب حروف منظومة تدلُّ على معنى مفهوم كالكلام<sup>4</sup>.

المذهب الثاني: ذهب الظاهرية<sup>5</sup> إلى أنّ كتابة الطلاق إلى المرأة لا يُعتبر شيئاً، ولم يفرقوا بين الأخرس والتألق، والدليل:

قال تعالى: ﴿إِطْلُقْ مَرَّتَيْنِ﴾ [البقرة: 227]، وقال تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 1]، ولا يقع في اللغة التي خاطبنا الله تعالى بها ورسوله صلى الله عليه وسلم اسم تطليق على ما يكتب، إنّما يقع ذلك عند اللفظ به، فصحّ أنّ الكتاب ليس طلاقاً حتّى يُلفظ به، إذ لم يوجب ذلك نص<sup>6</sup>.

1 البخاري، صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم؟، وقول الله جل ذكره: ﴿إِنَّا أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ كَمَا أَوْحَيْنَا إِلَى نُوحٍ وَالنَّبِيِّينَ مِنْ بَعْدِهِ﴾، رقم الحديث: 1، ص: 7.

2 سامي محمد نمر أبو عرجة، الطلاق بالكتابة وبعض صورته المعاصرة في الفقه الإسلامي، مجلّة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، جامعة الأزهر، غزّة، ع: 40(2)، كانون الأول 2016م، ص: 224.

3 المترخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 143.

4 المرجع نفسه.

5 ابن حزم، المحلى، ج: 9، ص: 454.

6 المرجع نفسه.

واختلف الجمهور القائلون بوقوع الطلاق بالكتابة في مدى اعتباره:

### 1/ الحنفية.

كتابة عبارة الطلاق للمرأة هي على نوعين:

أ- الكتابة المرسومة: وهي الكتابة على صحيفة مصدراً ومعنوناً<sup>1</sup>، على طريق الخطاب، والرّسالة يقع بها الطلاق، ولو لم ينو، لأنّ الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب<sup>2</sup>، فلو ادّعى أنّه لم يقصد الطلاق لم يقبل منه لأنّه خلاف الظاهر، وهو نظير ما لو قال: أنت طالق، ثمّ قال: عيّنت الطلاق من وثاق<sup>3</sup>، وعليه فهذه الصّورة عند الحنفية لها حكم الصريح.

ثمّ هذا المكتوب على طريق الخطاب والرّسالة على صورتين:

\* الصّورة الأولى: إن لم يُعلّقه بشرط بأن كتب أمّا بعد يا فلانة فأنت طالق وقع الطلاق عقيب كتابة لفظ الطلاق مباشرة لأنّ قوله: أنت طالق على طريق المخاطبة بمنزلة التلّفظ بها<sup>4</sup>.

\* الصّورة الثانية: إن علّقه بشرط الوصول إليها بأن كتب إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق لا يقع الطلاق حتّى يصل إليها؛ لأنّه علّق الوقوع بشرط الوصول فلا يقع قبله كما لو علّقه بشرط آخر<sup>5</sup>.

ب- الكتابة غير المرسومة: هي التي لا تكون على شكل الخطاب والرّسالة، وهي على صورتين:

\* الصّورة الأولى: أن تكون الكتابة غير مُستبينة ما يكتب على شيء لا يمكن فهمه، وقراءته بأن كتب على الهواء والماء، فلا يقع الطلاق، وإن نوى<sup>6</sup>، لأنّ ما لا تستبين به الحروف لا يُسمى كتابة فكان مُلحقاً بالعدم<sup>7</sup>، فهو بمنزلة كلام غير مسموع<sup>8</sup>، ولو وقع الطلاق لوقع بمجرد نيّته، وذلك لا يجوز<sup>9</sup>.

\* الصّورة الثانية: أن تكون الكتابة مُستبينة على وجه يمكن قراءتها وفهمها<sup>10</sup>، بأن كتب على قرطاس، أو لوح، أو أرض، أو حائط، لا على وجه مخاطبة امرأته بالطلاق فيسأل عن نيّته، فإن قال: نويت به الطلاق وقع، وإن قال: لم أنو به الطلاق لم يقع، فالكتابة على هذا الوجه بمنزلة الكناية<sup>11</sup>، لأنّ مثل هذه الكتابة قد تكون للتجربة،

1 برهان الدين بن مازة، المحيط البرهاني، ج: 3، ص: 274.

2 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 239-240.

3 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 143.

4 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 240.

5 المرجع نفسه.

6 ابن عابدين، رد المختار ج: 4، ص: 456.

7 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 239.

8 ابن نجيم المصري، البحر الرائق، ج: 9، ص: 343.

9 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 143.

10 برهان الدين بن مازة، المحيط البرهاني، ج: 3، ص: 275.

11 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 239.

وقد تكون للتحقيق، لأنه لا عُرف في إظهار الأمر بهذا الطريق فلا يكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليه<sup>1</sup>، وفيه يتوي كما في الألفاظ التي تُشبه الطلاق، فإن كان صحيحاً تَبَيَّنُ نِيَّتُهُ بلسانه، وإن كان أخرس تَبَيَّنُ نِيَّتُهُ بكتابه<sup>2</sup>، فتلحق بالكنايات شرعاً من جهة النية<sup>3</sup>.

ويستوي في الكتابة الأخرس القادر على الكتابة والصحيح<sup>4</sup>.

## 2/ المالكية.

كتابة عبارة الطلاق عند المالكية لها ثلاث حالات؛ وهي العزم، والتَرُدُّد، واللائية، وهذا المكتوب له حالتين؛ إما أن يُرسله أو لا يرسله، وحالة الإرسال لها نفس حالات الكتابة؛ العزم، والتَرُدُّد، واللائية، وعليه فإن هذه الحالات في مجموعها اثنا عشرة صورة، وفي كل صورة إما أن يصل، أو لا يصل.

من هذه الاثنا عشرة صورة يقع الطلاق في عشرة صور وصل المكتوب أو لم يصل وهي: جميع صور الكتابة في العزم واللائية، والكتابة متردداً في حالة إرساله عازماً، أو لا نية.

وصورتين يقع فيهما الطلاق إذا وصل المكتوب، أما إذا لم يصل فلا يقع وهما: الكتابة متردداً مع عدم إرساله، والكتابة متردداً مع إرساله متردداً<sup>5</sup>. - هذا حسب فهمي والله أعلم-

وفي جميع الحالات يقع الطلاق سواء تضمنت صيغة كتابته تعليق الطلاق على وصول الكتاب أم لا؛ بأن كتب إذا جاءك كتابي فأنت طالق، أو كتب أنت طالق، ولم يُفَرِّق المالكية فيما سبق ذكره والله أعلم بين الأخرس والصحيح، ويُن حالة الغائب والحاضر، والذي يظهر والله أعلم أن كتابة عبارة الطلاق تندرج عندهم ضمن الصريح لأنهم لما تناولوا موضوع ألفاظ الطلاق ذكروا ما يقوم مقام اللفظ ومن ذلك كتابة الطلاق، وقصدوا كتابة صريح الطلاق، لأنهم قالوا بوقوعها نوى، أو لم ينو، أما حالة التردد فكأنهم اعتبروها حالة استشارة، واستخارة، فلم يقع بها الطلاق إذا لم يصل الكتاب للمرأة، كالمتلَّف بصریح طلاق امرأته حالة الاستشارة فإنها قرينة لا يقع بها طلاقه، أما إذا وصل كتاب المتردد إلى المرأة وقع الطلاق وهذا دليل يؤكد على أن الكتابة عندهم من الصريح.

وإن كان هناك من العبارات في كتب المالكية ما يفهم منها أن كتابة الطلاق من الكناية، فقد جاء في المعونة " إن كتابة الطلاق باليد تكون طلاقاً إذا نواه"<sup>6</sup>، وعلى ذلك فالمسألة عندهم فيها قولين، إلا أنه يوجد كلام لابن رشد قد يزول به الإشكال فسّر به عبارة مشاهة للعبارة السابقة بأنها حالة التردد جاء في البيان والتحصيل: "مسألة قال: وسمعتة يسأل عن الذي يكتب إلى امرأته بطلاقها، فقال: أراه من ذلك في سعة مخيراً،

1 ابن نجيم المصري، البحر الرائق، ج: 9، ص: 343.

2 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 143.

3 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 230، وما بعدها

4 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 143.

5 الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج: 2، ص: 384-385، الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج: 4، ص: 49، عليش، منح الجليل، ج: 4، ص: 91-92.

6 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 851.

حتى يخرج الكتاب من يده،... قال محمد بن رشد: قوله: أراه من ذلك في سعة مخيراً، معناه: إذا كتبه غير عازم على إنفاذه.<sup>1</sup>

### 3/ الشافعية.

كتابة الطلاق بلفظ صريح، لها حالتان:

الحالة الأولى: الكتابة من غير نية لا يقع بها الطلاق، لأن الكتابة تحتل إيقاع الطلاق، وتحتل امتحان الخط فتم يقع الطلاق بمجرددها<sup>2</sup>، لأنها ليست من الصريح، فلا يجري عليها حكم الصريح من الكلام، والدليل:

- قال تعالى: ﴿إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ بَشِيرًا وَنَذِيرًا﴾ [البقرة: 118]، فقد أرسل الله رسوله نذيراً لأُمَّته ومبليغاً لرسالته، ولو كانت الكتابة كالكلام الصريح، لمكن الله تعالى رسوله منها، ولعلمه إياها ليكون مع تكليف الإنذار مُكناً من نعمه، وكاملاً لصفاته، ومعاناً عليه من سائر جهاته، حتى لا يناله نقص فيقتصر، ولا ضعف فيعجز، وفي هذا دليل على خروج الكتابة من صريح الكلام<sup>3</sup>.

- لو أن الكتابة قامت مقام صريح الكلام لأجزأ من كتب القرآن في الصلاة عن أن يتكلم به في الصلاة<sup>4</sup>.  
- لو كانت الكتابة كصريح الكلام لصحَّ بها عقد النكاح، فيقع بها الطلاق، وبما أن عقد النكاح بالكتابة لا يصلح، دليل على خروج الكتابة عن الصريح في الطلاق<sup>5</sup>.

الحالة الثانية: إن نوى بها الطلاق ففيها قولان:

القول الأول: ليست كناية، ولا يقع بها طلاق وإن نواه، لأنها فعل فأشبهت سائر الأفعال<sup>6</sup>، فلم يقع بها الطلاق كالإشارة<sup>7</sup>، ولأن كتابة اليد تُرجمان اللسان، ومُعبرٌ عنه كما أن كناية الكلام تُرجمان القلب، ومُعبرٌ عنه، فلمّا لم تقم الكناية مقام الصريح إلا بنية القلب، لم تقم الكتابة مقام الكلام إلا بنطق اللسان<sup>8</sup>.

القول الثاني: أنها كناية وهو الصحيح، يقع بها الطلاق مع النية<sup>9</sup>، لأنها حروف يفهم منها الطلاق فجاز أن يقع بها الطلاق كالنطق<sup>10</sup>، إلا أن فيها نقصاً عن الكلام الصريح لاحتمالها، وتخالف الأفعال المخاطب بها، ولأن

1 ابن رشد الجدل، البيان والتحصيل، ج: 5 ص: 370-371.

2 الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 13.

3 الروياني، بحر المذهب، ج: 10، ص: 53.

4 المرجع نفسه.

5 المرجع نفسه.

6 المرجع نفسه.

7 الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 13.

8 الروياني، بحر المذهب، ج: 10، ص: 53-54.

9 المرجع نفسه، ج: 10، ص: 54.

10 الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 13.

العُرف في استعمالها أنّها بدلٌ من الكلام، تقتضي أن يتعلّق عليها بعض أحكام الكلام، فصارت كالمُحمّل فيه من اعتبار النية فيه<sup>1</sup>، وعلى هذا القول هل يقع بها الطلاق من الحاضر والغائب؟ فيه وجهان:  
الوجه الأول: لا يقع الطلاق بالكتابة إلا في حق الغائب، لأنّها جعلت في العُرف لإفهام الغائب، كما جعلت الإشارة لإفهام الأخرس<sup>2</sup>.

الوجه الثاني: يقع بها الطلاق من الحاضر والغائب، لأنّها كناية فيستوي فيها الحاضر والغائب كسائر الكنايات<sup>3</sup>، وهو قول الأكثرين<sup>4</sup>.

واللفظ المكتوب له ثلاث حالات<sup>5</sup>:

الحالة الأولى: أن يكتب أمّا بعد فأنت طالق ونوى فيحكم بوقوعه في الحال.

الحالة الثانية: أن يكتب إذا بلغك كتابي هذا فأنت طالق فلا يقع إلا بالبلوغ.

الحالة الثالثة: أن يقول إذا قرأت كتابي هذا فأنت طالق فلا يقع ما لم تقرأ.

والكتابة تكون في كلّ ما يثبت عليه الخطّ من ورق، وثوب، وحجر، أمّا لو كتب على الماء، أو على الهواء لم يكن ذلك كتابة بل هي إشارة من قادر<sup>6</sup>، وسيأتي الكلام عن إشارة القادر.

أمّا كتابة الأخرس طلاق امرأته فإنّه يقع، سواء نوى، أو لم ينو، لأنّ الكتابة منه بمنزلة نطق الناطق<sup>7</sup>، وهي أظهر من الإشارة، ومع ذلك فلا يكلف الأخرس القادر على الكتابة بأن يكتب الطلاق، بل تكفيه الإشارة<sup>8</sup>، فبناءً على هذا فكتابة الطلاق من الأخرس لها حكم الصريح.

#### 4/ الحنابلة.

كتابة صريح الطلاق له حالتان:

الحالة الأولى: كتابة طلاق الزوجة يقع إن نواه، لأنّها حروف يفهم منها صريح الطلاق، كاللفظ، فتقوم الكتابة مقام قول الكاتب<sup>9</sup>، والدليل:

– أن النبي ﷺ كان مأموراً بتبليغ رسالته، فحصل ذلك في حقّ البعض بالقول، وفي حقّ آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف.

1 الروياني، بحر المذهب، ج: 10، ص: 54.

2 الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 13.

3 المرجع نفسه.

4 البغوي، التهذيب، ج: 6، ص: 38.

5 الغزالي، الوسيط في المذهب، المجلد: 5، ص 380.

6 المرجع نفسه.

7 البغوي، التهذيب، ج: 6، ص: 37.

8 الغزالي، الوسيط في المذهب، المجلد: 5، ص: 378.

9 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 486.

- كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق<sup>1</sup>.

الحالة الثانية: كتابة صريح الطلاق من غير نية، على روايتين<sup>2</sup>:

الرّواية الأولى: يقع على الأصح، لأنّ الكتابة صريحة في الطلاق، ووجه كونها صريحة فيه أنّ الكتابة حروف يُفهم منها الطلاق<sup>3</sup>.

الرّواية الثانية: لا يقع، لأنّ الكتابة محتملة، فقد يقصد بها تجربة القلم، وتجويد الخط، وغير ذلك فلم تُطلّق من غير نية كالكنائيات، فإن نوى بذلك تجويد خطّه، أو تجرّبه قلمه، لم يقع، لأنّه لو نوى باللفظ غير الإيقاع، لم يقع، فالكتابة أولى<sup>4</sup>.

وأما كتابة الطلاق بشيء لا يتبيّن، ككتابتها على الهواء، أو الماء فظاهر كلام أحمد: أنّه لا يقع، لأنّ الكتابة بما لا يتبيّن كالهمس بلسانه بما لا يسمع، وقال أبو حفص يقع لأنّه كتب حروف الطلاق، أشبه كتابته بما يبيّن<sup>5</sup>.

الظاهر على الحنابلة في كتبهم أنّهم لم يفرقوا بين الأخرس والسليم في الطلاق بالكتابة.

يلاحظ من مذاهب الفقهاء في هذه المسألة مايلي:

- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى وقوع الطلاق بالكتابة سواء من الأخرس، أو الناطق، في حين ذهب الظاهرية إلى عدم وقوعها منهما، وهناك قول للشافعية إلى عدم وقوعها من الناطق.

- اختلف الفقهاء في اعتبار كتابة الطلاق من الصريح أم من الكناية، فذهب المالكية، ورواية للحنابلة أنّها من الصريح، ووافقهم الحنفية في اعتبار الكتابة المرسومة من الصريح، وكذلك وافقهم الشافعية في اعتبار كتابة الأخرس من الصريح، بينما ذهب الحنابلة في رواية أنّ كتابة الطلاق من الكناية، ووافقهم الحنفية في اعتبار الكتابة المستبينة غير المرسومة من الكناية، وكذلك الشافعية في كتابة غير الأخرس.

- ذهب جميع الفقهاء إلى عدم وقوع الطلاق على شيء لا يستبين نواه صاحبه أو لم يتوه، ما عدا قول لأبي حفص العكبري من الحنابلة.

1 ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 7، ص: 486.

2 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 120.

3 ابن أبي تغلب، نيل المآرب، ج: 2، ص: 235.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 486.

5 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 120-121.

ثانياً: الطلاق بالإشارة.

### 1/ الحنفية

طلاق الأخرس إن كان لا يكتب واقع بالإشارة المفهومة فهي كالعبارة من الناطق في الدلالة استحساناً، لأنه في العبادات إذا حرك شفتيه بالتكبير، والقرآن جعل ذلك بمنزلة القراءة من الناطق، فكذلك في المعاملات؛ وهذا لأجل الضرورة؛ لأنه محتاج إلى ما يحتاج إليه الناطق، فلو لم يجعل إشارته كعبارة الناطق أدى ذلك إلى تضرره، وهذه الضرورة لا تُتأتى في حق الناطق، لذلك لا يقع طلاقه بالإشارة، لهذا فإن المريض إن اعتقل لسانه لا ينفذ تصرفه بإشارته، لأنه لم يقع اليأس عن نطقه، وإن كان في القياس لا يقع شيء بإشارة الأخرس، لأنه لا يتبين بإشارته حروف منظومة، فبقي مجرد قصد الإيقاع، وبهذا لا يقع شيء، كالصحيح لو أشار لا يقع شيء من التصرفات بإشارته<sup>1</sup>.

ويقع طلاق الأخرس سواء قدر على الكتابة أم لا<sup>2</sup>، وهو المعتمد في المذهب<sup>3</sup>، وإن لم تكن له إشارة معروفة يُعرف بها طلاقه، أو يُشك فيه فهو باطل، لأنه لم يُوقَف على مراده بمثل هذه الإشارة، فلا يجوز الحكم بها<sup>4</sup>.

وهناك من الحنفية من اشترط أن يكون الأخرس لا يكتب، فإن كان يُحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالإشارة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة<sup>5</sup>، ولا ضرورة مع القدرة على الكتابة<sup>6</sup>.

### 2/ المالكية.

يقع الطلاق بالإشارة المفهومة التي شأنها أن يفهم منها التطبيق، بأن صاحبها قرينة يُقطع بدلالاتها على الطلاق، وإن لم تفهم الزوجة ذلك، ويستوي في ذلك الأخرس والسليم على المعتمد، فكل ما علم من الأخرس بالإشارة لزمه حكمه كالمتكلم به<sup>7</sup>، قال تعالى: ﴿أَلَا تَكَلِّمُ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: 41]. ومن المالكية - كابن شاس، وابن الحاجب - من اعتبر الإشارة المفهومة للطلاق هي من الأخرس كالصريح ومن القادر كالكناية، لأن دلالة القرائن مع الإشارة من الأخرس لا يُزاحمها إمكان ما هو أدل منها من غير

1 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 144.

2 بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج: 5، ص: 302.

3 ابن نجيم المصري، الأشباه والتظائر، ص: 296.

4 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 144.

5 ابن نجيم المصري، البحر الزاقي، ج: 3، ص: 433.

6 المرجع نفسه، ج: 9، ص: 344.

7 عليش، منح الجليل، ج: 4، ص: 90، الخرشي، شرح مختصر خليل، ج: 4، ص: 49، الدردير، الشرح الكبير، ينظر الدسوقي، حاشية الدسوقي،

ج: 2، ص: 384.

نوعها مجال فكانت كالصريح، ودلالة القرائن مع الإشارة من القادر يُزاحمها إمكان ما هو أدلّ منها من غير نوعها، وهو التّطيق فلم تكن في حقّه كالصريح<sup>1</sup>.

أما الإشارة غير المفهمة لا يقع بها الطلاق ولو قصده<sup>2</sup>، لأنّها فعل إلا إذا كان العرف جار بالتطيق بها<sup>3</sup>.

### 3/ الشافعية.

يقع الطلاق بالإشارة ممن لا يقدر على الكلام كالأخرس<sup>4</sup>، وتتنقسم إلى صريح وكناية:

\* **الصريح**: ما يتفق الكافة على فهمه<sup>5</sup>، فإذا أتى المطلّق بالإشارة الصريحة، وقع طلاقه سواء نوى، أو لم ينو<sup>6</sup>، ولم يقبل منه بعد ذلك تأويله، كحالة الكلام<sup>7</sup>.

\* **الكناية**: ما يفهمه بعض الناس<sup>8</sup>، والكناية لا تقع إلا مع النية.

والإشارة بالطلاق معتبرة من الأخرس، لأنّه لا طريق له إلى الطلاق إلا بالإشارة، وحاجته إلى الطلاق كحاجة غيره إليه، فقامت الإشارة مقام العبارة، أمّا إن كان قادراً على الكلام لم يصحّ طلاقه بالإشارة نوى أو لم ينو<sup>9</sup>، لأنّ الإشارة إلى الطلاق ليست بطلاق، إنّما قامت مقام العبارة في حق الأخرس لموضع الضرورة، ولا ضرورة للقادر فلم تقم مقام العبارة<sup>10</sup>، فإشارة القادر ليست من الصريح، لأنّ عدوله إليها مع القدرة على الكلام مؤهّم<sup>11</sup>، وليست كناية في المشهور، لأنّها ليست من وسائل الإعلام المعتادة بين الناس في فهم المراد، وإنّما استعمالها خاص<sup>12</sup>.

1 ابن عرفة، المختصر الفقهي، ج: 4، ص: 179-180.

2 أما عند الخرشي فهي من الكنايات الخفية يقع بها الطلاق مع النية، ينظر الخرشي، شرح مختصر خليل، ج: 4، ص: 49.

3 عليش، منح الجليل، ج: 4، ص: 90، الدردير، الشرح الكبير، ينظر الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج: 2، ص: 384.

4 الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 13-14.

5 الغزالي، الوسيط في الفقه، المجلد: 5، ص: 378.

6 البغوي، التهذيب، ج: 6، ص: 37.

7 الغزالي، الوسيط في الفقه، المجلد: 5، ص: 378.

8 المرجع نفسه.

9 البغوي، التهذيب، ج: 6، ص: 37.

10 الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 14.

11 الغزالي، الوسيط في الفقه، المجلد: 5، ص: 378.

12 سالم العمراني، البيان في مذهب الامام الشافعي، المجلد: 10، ص 107-108.

4/ الحنابلة.

طلاق الأخرس بالإشارة، إذا كانت مفهومة يقع، وحكمها كاللفظ الصريح من غير الأخرس<sup>1</sup>، فيقع طلاقه بها من غير نيّة، ذلك لأنّه لا طريق له إلى الطلاق إلّا بالإشارة، فقامت إشارته مقام النطق كالنكاح<sup>2</sup>، عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه قال: { إِنَّا أُمَّةٌ أُمِّيَّةٌ، لَا نَكْتُبُ وَلَا نَحْسِبُ، الشَّهْرُ هَكَذَا وَهَكَذَا. } يعني مرّة تسعة وعشرين، ومرّة ثلاثين<sup>3</sup>، ولو فهم الإشارة البعض كانت كناية<sup>4</sup>.

وأما غير الأخرس، لا يقع الطلاق بإشارته؛ لأنّه لا ضرورة به إليها، فلم يصحّ منه بها، كالنكاح<sup>5</sup>.

5/ الظاهرية.

طلاق الأبكم يكون بما يقدر عليه من الإشارة التي يُوقن بها قطعاً أنّه أراد الطلاق<sup>6</sup>، ودليل ذلك:

- قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: 285].

- قال صلى الله عليه وآله: { وَإِذَا أَمَرْتُمْ بِأَمْرٍ فَاتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ. }<sup>7</sup>.

وجه الدلالة أنّ ما ليس في وسع المرء ولا يستطيعه فقد سقط عنه، وأنّه يؤدّي ممّا أمر به ما استطاع فقط<sup>8</sup>.

وعليه فمذاهب الفقهاء في هذه المسألة كما يلي:

- ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع الطلاق من الأخرس بالإشارة المفهومة، وزاد بعض الأحناف شرطاً أن يكون الأخرس لا يكتب.

- ذهب الجمهور إلى عدم وقوع الطلاق بالإشارة من الناطق، وخالف في ذلك المالكية في المعتمد عندهم.

- ذهب الفقهاء إلى أنّ الإشارة المفهومة من الأخرس لها حكم الصريح، واعتبرها المالكية من السليم كناية.

- ذهب الفقهاء إلى أنّ الإشارة التي لها حكم الكناية هي الإشارة التي يفهمها البعض.

- ذهب الفقهاء إلى أنّ الإشارة غير المفهومة لا يقع بها الطلاق.

1 ابن أبي تغلب، نيل المآرب، ج: 2، ص: 236.

2 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 485.

3 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الصّوم، باب قول النبي صلى الله عليه وآله: { لَا نَكْتُبُ وَلَا نَحْسِبُ }، رقم الحديث: 1913، ص: 460.

4 ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج: 6، ص: 314.

5 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 120.

6 ابن حزم، المحلّي، ج: 9، ص: 455.

7 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وآله وقول الله تعالى: ﴿وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا﴾، رقم الحديث: 7288، ص: 1800.

8 ابن حزم، المحلّي، ج: 9، ص: 455.

ثالثاً: الموقف القانوني من الطلاق بالكتابة والإشارة.

### 1/ قانون الأسرة الجزائري.

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري، ولا اجتهادات المحكمة العليا إلى موضوع الطلاق بالكتابة والإشارة رغم أهميته، ولعل ذلك راجع إلى مايلي:

\* الرجوع إلى المادة 222 ق أ ج لسد هذا الفراغ القانوني من الشريعة الإسلامية، إلا أنّ اجتهادات الفقهاء في هذه المسألة ليست على قول واحد، لذلك على المقتن تحديد موقفه منها.

\* الرجوع إلى المادة 48 ق أ ج التي لم تعتبر الطلاق إلا ما كان صادراً من القاضي، وبالتالي سيتلفظ المطلق بالطلاق أمامه، فلا حاجة له للكتابة، أو الإشارة، إلا أنّه ومع هذا الإجراء فقد تُصادف القاضي حالات يحتاج فيها المطلق للكتابة، أو الإشارة كأن يكون أخرساً، أو به مرض يمنعه الكلام.

\* الرجوع إلى نص المادة 10 ق أ ج: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً.

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"<sup>1</sup>، وعلى تقدير قياس الطلاق على النكاح هنا، نجد أن المقتن اعتبر الكتابة بشرط العجز عن النطق، وهو قول للشافعية، وكذلك اعتبر الإشارة بشرط العجز، وهو مذهب الجمهور غير المالكية.

\* الرجوع إلى القانون المدني على اعتبار أنّه ينظم العلاقة بين أفراد المجتمع، والأسرة هي الخلية الأساسية في تكوينه، فالعلاقة بينهما علاقة تكاملية، فنجد الفقرة الأولى من نص المادة 60 ق م ج " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً"، و نص المادة 323 مكرر ق م ج تنص على الإثبات بالكتابة " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو آية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها"<sup>2</sup>، وعليه فكل كتابة واضحة الدلالة، في بيان مراد صاحبها، بغض النظر عن الوسيلة المكتوبة عليها، وطريقة إرسالها، وكل إشارة دلّ العرف على اعتبارها، يقع بهما التصرف القانوني ومنه الطلاق، دون تفريق بين العاجز والسليم.

إلا أنّ الطلاق لما كان مرتبطاً بالزواج لكونه يُحلُّ به يبدو أنّ المقتن يعتبر الكتابة والإشارة فيه من العاجز كالزواج، حتى يكون هناك توافق بين المادة 10، و48 من ق أ ج، إذ أنّ العاجز سيستعمل الكتابة، أو الإشارة أمام القاضي للتعبير عن إرادته، هذا بالنسبة للطلاق أمام المحكمة، أمّا بالنسبة للطلاق العرفي فيثار الإشكال سواء تقدّم الزوج لإثباته، أو وقع نزاع في إثباته، إذ أنّه في الحالة الأولى سيحكم القاضي بناءً على طلب الزوج

<sup>1</sup> القانون رقم: 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر، ص: 910.

<sup>2</sup> قانون رقم: 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ، الموافق 20 يونيو سنة 2005م، يُعدّل ويُتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م والمتضمن القانون المدني، المعدّل والمتّم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع: 44م السنة 42، الصادر في الأحد 19 جمادى الأولى 1426هـ الموافق 26 يونيو 2005م، ص: 24.

## الفصل الأول: سلطة القاضي على إرادة الزوج في الطلاق.

المقدم، دون أن يسأله عن تفاصيل إيقاعه، وقد يكون الزوج استخدم الكتابة أو الإشارة في ذلك، وفي الحالة الثانية بقي الأمر غامضاً إلا إذا تمّ قياسه على حالة الطلاق أمام القاضي، وعليه فلن يعتبر الكتابة والإشارة إلا من العاجز.

### 2/ موقف بعض القوانين العربية.

أشارت بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية إلى هذا الأمر، ولم تترك مجالاً للجدل حول مقصود المقنن من هذه المسألة، وتأخذ على سبيل المثال؛

#### أ- قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

نصّت المادة 104 ق أ ش ك: "أ- يقع الطلاق باللفظ الصريح فيه عرفاً، ولا يقع بلفظ الكتابة إلا بالنية.

ب- ويقع بالكتابة عند العجز عن النطق به.

ج- ويقع بالإشارة المفهومة عند العجز عن النطق والكتابة."<sup>1</sup>

نجد أنّ المادة قد بيّنت أنّ الكتابة من التسليم لها حكم الكناية، ومن العاجز لها حكم الصريح، والإشارة المفهومة من العاجز عن النطق والكتابة لها حكم الصريح.

#### ب- مدونة الأسرة المغربية.

نصّت المادة 73 م أ م: "يقع التعبير عن الطلاق باللفظ المفهم له وبالكتابة، ويقع من العاجز عنهما بإشارته الدالة على قصده."<sup>2</sup>، اعتبرت المادة كتابة الطلاق من الصريح يستوي فيها العاجز والتسليم، بينما الإشارة يقع بها الطلاق من العاجز فقط، ولها حكم الصريح.

#### ج- قانون الأحوال الشخصية الليبي.

نصّت المادة 31 ق أ ش ل: "يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً، ولا يقع بألفاظ الكتابة إلا إذا نوى المتكلم بها الطلاق ولا تثبت النية إلا باعترافه.

ويقع من العاجز عن الكلام بالكتابة التي يقصد بها إيقاعه.

ومن العاجز عن الكلام والكتابة بإشارته المفهومة."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> قانون رقم: 51 لسنة 1984م، في شأن الأحوال الشخصية، وزارة العدل، مجموعة التشريعات الكويتية، ط: 1، مطابع الخط، فبراير 2011م، ج: 8، ص: 35.

<sup>2</sup> ظهير شريف رقم: 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424هـ (3 فبراير 2004م)، بتنفيذ القانون رقم: 72.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية للملكة المغربية، ع: 5184/السنة 93، 14 ذي الحجة 1424هـ (5 فبراير 2004م)، ص: 428.

<sup>3</sup> قانون رقم 10 لسنة 1984 م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم، صدر في 19/رجب/ 1393 و.و. الموافق 19/ أبريل/ 1984 ف عن مؤتمر الشعب العام، الجريدة الرسمية لدولة ليبيا، ع: 22/ 16، نشر في 03 يونيو 1984م، <https://lawsociety.ly/legislation>، تاريخ الاطلاع 2024/03/27م.

جعلت المادة الطلاق بالكتابة من المتكلم، والعاجز كناية، وبالإشارة من العاجز عن الكلام والكتابة صريحاً، وعليه فلا يقع بالإشارة من المتكلم.

رابعاً: التّرجيح.

\* بالنسبة لكتابة عبارة الطلاق على شيء يستبين يقع إذا نواه، لأنّ الكتابة وإن كانت تقوم مقام النطق في الدلالة على المراد إلا أنّها محتملة، كما أنّ الأصل في الطلاق القول لذلك لا بد من النية فيها، ويستوي في ذلك الأخرس والتّاطق فلا فرق بينهما في أمر يقدران عليه، أمّا بالنسبة إلى إرساله رسالةً عبر وسائل التواصل الاجتماعي تتضمّن عبارة طلاقه فإن لها حكم الكتابة فهي من الكناية التي لا بد فيها من النية.

\* بالنسبة للإشارة المفهّمة التي تعارف الناس على دلالتها على الطلاق، فإنّه يقع بها، لأنّ الإشارة المفهّمة تقوم مقام اللفظ، ففي حياتنا اليومية نستغني أحياناً عن النطق رغم قدرتنا عليه ونكتفي بالإشارة المتعارف عليها، وعملاً كذلك بقاعدة العادة محكّمة، كإشارة الصّمّ البكم - تمّ توحيد لغة الإشارة العربيّة بقرار من جامعة الدول العربيّة والاتحاد العربي للعاملين في مجال الصّمّ عام 1999م وصدر بذلك القاموس الإشاري العربي الموحد الذي يحوي في طيّاته أكثر من 3000 رمز إشاري عربي موحد<sup>1</sup>، فتكون من الأخرس لها حكم الصّريح يقع بها الطلاق نوى أو لم ينو، لأنّها لغته التي يُعبّر بها عن مراده إلا إذا وُجدت قرينة صارفة عن دلالة الطلاق، كأن يُدرّب نفسه على الإشارة بطلاق امرأته، وتكون من السليم لها حكم الكناية الخفيّة لتطرّق الاحتمال إليها في حقّه فلا تقع إلا بنيةً لأنّه استعمل وسيلةً لا تُعتاد من التّاطقين، والله أعلم.

1 أمانة عاشور، لغة الإشارة وسيلة تواصل متعدّدة الثقافات لمجتمع الصّمّ تنبع من ثقافة كلّ بلد، تاريخ الاطّلاع <https://www.kuna.net.kw/ArticleDetails.aspx?id=2999477&language=ar>، 2023/60/04م.

## المطلب الثاني: كيفية طلاق الزوج في القضاء.

لا يقع طلاق الزوج في القانون إلا بحكم قضائي كما نصت على ذلك المادة 49 ق أ ج، وحتى يتم قبول الدعوى أمام المحكمة لا بد من استيفاء إجراءات، وتحقق شروط، وبدونها لا يمكن للمحكمة أن تستجيب لطلب الزوج في فكِّ الرابطة الزوجية، ولا يكون لطلبه أي اعتبار قانوني، وقد جاء النص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقانون الأسرة، والقانون المدني.

### الفرع الأول: الشروط والإجراءات لقبول دعوى الطلاق.

أولاً: شروط قبول الدعوى.

#### 1/ الصفة.

هي العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها<sup>1</sup>، وهي في دعوى الطلاق: الزوج، إذ لا بد أن يكون هناك عقد زواج، حتى يكون هناك طلاق، لذلك تمَّ اشتراط شرط في دعوى الطلاق يتمثل في تقديم نسخة من عقد الزواج مُستخرجة من سجلات الحالة المدنية، وقد نصت المادة 13 ق إ م إ ج: "لا يجوز لأي شخص التّفاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يُقرها القانون. يُثير القاضي تلقائياً انعدام الصّفة في المدّعي أو في المدّعى عليه.

كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون."<sup>2</sup>، فكلّ دعوى طلاق لم تتوفر فيها صفة الزواج فهي باطلة، فهي من الحق العام التي يثيرها القاضي تلقائياً، وكذلك يمكن أن يثيرها كل من كانت له مصلحة. وفي الشريعة الإسلامية من أركان الطلاق المحل<sup>3</sup>، وهي الزوجة التي يريد الزوج طلاقها، فحتى يمكنه تطليقها لا بد أن تكون الزوجية قائمةً بينهما، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: 49]، فذكر الطلاق بعد التّكاح<sup>4</sup>.

1 نجومن م قندوز سناء، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية والادارية، موجهة لطلبة السنّة الثانية ليسانس، 2020/2019م، قسم التعليم الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص: 54.

2 قانون رقم: 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ، الموافق 25 فبراير سنة 2008م يتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبيّة، ع: 21/السنّة 45، الصادر في الأربعاء 17 ربيع الثاني عام 1429هـ، الموافق 23 أبريل سنة 2008م، ص: 4.

3 اختلف الفقهاء في أركان الطلاق فقال الحنفية للطلاق ركن واحد هو الصيغة، وقال المالكية أربعة فرادوا عن الحنفية الأهلية والمحل والفسد، وقال الشافعية والحنابلة خمسة فرادوا عن المالكية الولاية، وهبة التّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 7، ص: 361-362.

4 كمال سالم، صحيح فقه السنّة، ج: 3، ص: 236.

وحتى يستطيع الزوج طالب الطلاق أن يمارس حقه بنفسه في التقاضي يجب أن يكون كامل الأهلية<sup>1</sup>، وقد نصت المادة 40 ق م ج: "كلُّ شخص بلغ سنُّ الرُّشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يُجبر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسنُّ الرُّشد تسعة عشر سنة (19) كاملة."<sup>2</sup>، ومن الحقوق المدنية حقُّ مباشرة دعوى الطلاق، وقد أكّدت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 7 ق أ ج: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يُرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج."<sup>3</sup>، وبما أنّ للزوج الحق في الزواج في هذه السنّ فله الحق في الطلاق.

وقد اتفق الفقهاء من الحنفية<sup>4</sup>، والمالكية<sup>5</sup>، والشافعية<sup>6</sup>، ورواية عن أحمد بن حنبل<sup>7</sup> على أنّ البلوغ والعقل شرطين في المطلق لوقوع طلاقه، وأكثر الروايات عن أحمد بن حنبل أنّ البلوغ ليس شرطاً فإذا عقل الصبي الطلاق وقع<sup>8</sup>.

وعلامات البلوغ للذكور هي أحدُ أمور ثلاث الاحتلام، نبات الشعر الحشن حول العانة، وبلوغ سنّ معينة، واختلف الفقهاء في تحديد هذه السنّ على المذاهب التالية:

المذهب الأول: بلوغ 15 سنة وهو مذهب الجمهور من الشافعية<sup>9</sup>، والحنابلة<sup>10</sup>، وأبي يوسف ومحمد من الحنفية، ورواية لأبي حنيفة<sup>11</sup>، وقولُ عند المالكية<sup>12</sup>.

- عن ابن عمر رضي الله عنهما: { أَنْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَرَضَهُ يَوْمَ أُحُدٍ، وَهُوَ ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً، فَلَمْ يُجْزِي ثُمَّ عَرَضَنِي يَوْمَ الْخُدَيْدِ، وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً، فَأَجَازَنِي. }، قال نافع فقدمت على عمر بن عبد العزيز وهو

1 وقد نصت على أنّه لا تتوقف عليها الدعوى المادة 64 ق م ج: "حالات بُطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها، محدّدة على سبيل الحصر فيما يلي:

- انعدام الأهلية للخصوم.  
- انعدام الأهلية أو التفويض لمثل الشخص الطبيعي أو المعنوي"، ينظر قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذّكر، ص: 9، استبعد المشرع الأهلية من دائرة الشّروط الشكلية ونقلها من الشّكل إلى الموضوع، ينظر عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج: 1، ص: 36.

2 الأمر رقم: 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذّكر، ص: 292.

3 الأمر رقم 05-02 المتضمن تعديل وإتمام قانون الأسرة السالف الذّكر، ص: 19.

4 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 213-214.

5 ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج: 2، ص: 161.

6 الشافعي، الأمّ، ج: 5، ص: 220.

7 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 380-381.

8 المرجع نفسه.

9 الشافعي، الأمّ، ج: 5، ص: 220.

10 ابن قدامة، المغني، ج: 4، ص: 346.

11 الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج: 5، ص: 203.

12 قول أصبغ، وعبد الملك بن الماجشون، وابن العربي، والقرطبي، ينظر القرطبي، تفسير القرطبي، سورة النساء، ج: 5، ص: 35.

خليفة، فحدثته هذا الحديث فقال: "إن هذا لحدّ بين الصّغير والكبير، وكتب إلى عمّاله أن يفرضوا لمن بلغ خمس عشرة" <sup>1</sup>.

المذهب الثاني: بلوغ 18 سنة وهو المشهور من مذهب المالكية <sup>2</sup>، وقول لأبي حنيفة <sup>3</sup>.

المذهب الثالث: بلوغ 19 سنة وهو قول أبي حنيفة <sup>4</sup>.

\* التّرجيح.

الذي يظهر والله أعلم رُجحان مَنْ قال بأنّ سنّ البلوغ 15 سنة، لحديث ابن عمر رضي الله عنهما، وأنّ ذلك لحكمة قصدها الشّارع الحكيم، كما أنّ المخالفين لا مُستند لهم في أقوالهم يُعوّل عليه، قال أصبغ: "والذي نقول به إنّ حدّ البلوغ الذي تُلزم به الفرائض والحدود خمس عشرة سنة، وذلك أحبُّ ما فيه إليّ وأحسنه عندي، لأنّه الحدّ الذي يُسهم فيه في الجهاد ولمن حضر القتال" <sup>5</sup>، قال السبكي: "والحكمة في تعليق التّكليف بخمس عشرة سنة: أنّ عندها بلوغ التّكاح وهيجان الشّهوة، والتّوقان، وتتسع معها الشّهوات في الأكل، والتّبسط، ودواعي ذلك، ويدعوه إلى ارتكاب ما لا ينبغي، ولا يحجره عن ذلك ويردُّ النَّفس عن جمّاحها، إلّا رابطة التّقوى، وتسديد المواثيق عليه والوعيد، وكان مع ذلك قد كمل عقله، واشتدّ أسره، وقوّته، فاقتضت الحكمة الإلهية توجّه التّكليف إليه، لقوّة الدّواعي الشّهوانيّة، والصّوارف العقليّة، واحتمال القوّة للعقوبات على المخالفة" <sup>6</sup>.

ما يلاحظ على المفتنّ الجزائري أنّه حصر علامة البلوغ في علامة واحدة وهي السنّ، وأهمل باقي العلامات الأخرى، وفي هذا مخالفة صريحة لنصوص الوحي منها:

- قوله ﷺ: { رَفَعَ الْقَلَمَ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ، أَوْ يُفِيقَ } <sup>7</sup>.

- عن عطية القرظي قال: (كُنْتُ مِنْ سَبِيِّ بَنِي قُرَيْظَةَ، فَكَانُوا يَنْظُرُونَ، فَمَنْ أَنْبَتَ الشَّعْرَ قُتِلَ، وَمَنْ لَمْ يُنْبِتْ لَمْ يُقْتَلْ، فَكُنْتُ فِيمَنْ لَمْ يُنْبِتْ) <sup>8</sup>.

ومن لم يبلغ 13 سنة لا يستطيع مباشرة حقّ التّقاضي لأنّه فاقد للأهليّة، وقد نصّت على ذلك المادّة 42 ق م ج: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنيّة من كان فاقد التّمييز لصغر في السنّ، أو عته، أو جنون.

1 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشّهادات، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم، رقم الحديث: 2664، ص: 650-651.

2 الكشناوي، أسهل المدارك، ج: 3، ص: 5، وللمالكية أقوال أخرى في سنّ البلوغ وهي: سبع عشرة، ست عشرة، وتسع عشرة، وخمس عشرة فمجموع الأقوال عند المالكية خمسة أقوال، ينظر عليش، منح الجليل، ج: 6، ص: 87.

3 الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج: 5، ص: 203.

4 الشّيباني الحنفي، الأصل، ج: 4، ص: 423.

5 القرظي، تفسير القرظي، سورة التّساء، ج: 5، ص: 35.

6 السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 223.

7 ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الطّلاق، باب طلاق المعتوه والصّغير والنائم، رقم الحديث: 2041، ج: 1، ص: 658.

8 أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب في الغلام يصيب الحدّ، رقم الحديث: 4404، ج: 4، ص: 141.

يُعتبر غير مميّز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة<sup>1</sup>، وقد جاء قرار المحكمة العليا مؤكداً لهذا المعنى: "بصدور حكم الحجر وثبوت عدم أهلية الزوج أصبح فاقداً للتمييز وفقاً لنص المادة 42 من القانون المدني، ولم يعد أهلاً لإيقاع الطلاق، كما أنّ المقدم لا يمكنه إيقاع الطلاق نيابةً عن المحجور عليه لأنه حقّ شخصي، وأنّ المقدم إذا رأى أنّ المصلحة والضروة تقتضيان إنهاء الرابطة بين المحجور عليه وزوجته فلا يمكن كمقدمٍ إلّا رفع الدعوى أمام قاضي شؤون الأسرة وفقاً لنص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأنّ المحكمة يقع عليها عبء إجراء التحقيق واستعمال سلطتها التقديرية والتأكد بكافة الطرق والوسائل من وجود المصلحة من إيقاع الطلاق، والاستدلال على ذلك بأسباب كافية وسائغة، ومتى تأكدت أمكنها إيقاع الطلاق استناداً إلى تلك المصلحة أو الضروة، وليس إلى إرادة المحجور عليه فاقد التمييز فضلاً عن إرادة المقدم...."<sup>2</sup>.

والحدّ الأدنى للبلوغ عند الحنفية اثنا عشرة سنة<sup>3</sup>، وعند المالكية عشر سنين فأقلّ ممّا يُقاربها<sup>4</sup>، وهو تسع سنين<sup>5</sup>، وعند الشافعية عشر سنين، وعند بعضهم تسع سنين<sup>6</sup>، وعند الحنابلة عشر سنين، وفي رواية اثنا عشر سنة<sup>7</sup>، وتحديد بسنّ معينة لم يرد فيه دليل إنّما هو محض اجتهاد للفقهاء بالتتابع والاستقراء من واقعهم ونبّه الباحث في هذه المسألة بالرجوع إلى كتب الفقه ليتناولها بجميع تفصيلاتها واختلاف الفقهاء فيها-، وعليه فلا يمكن التّعويل على رأي معيّن في هذا الأمر.

ما يلاحظ على المقتنّ الجزائري أنّه جعل الحدّ الأدنى للتمييز 13 سنة، ولم يشر إلى العلامات الأخرى التي قد تظهر في هذا السنّ أو قبله.

وتحديد السنّ الأدنى، والأعلى للبلوغ مرتبط بالعلامات الأخرى ظهوراً وهدماً، ففي الحدّ الأدنى إذا ظهرت العلامات الأخرى قبل هذه السنّ فلا اعتبار بها ولا يحدّ صاحبها بالغاً، وفي الحدّ الأعلى إذا لم تظهر العلامات الأخرى حتّى هذه السنّ فهو بالغ، ولا اعتبار لانعدامها.

1 قانون رقم: 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، السالف الذكر، ص: 21.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 1195456، بتاريخ: 2017/04/05م، المجلة القضائية، ع: 1، 2017م، ص: 171، وما بعدها.

3 سراج الدين بن نجيم الحنفي، التهر الفائق، ج: 2، ص: 422.

4 عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج: 1، ص: 184.

5 الرزقاني، شرح الرزقاني، ج: 1، ص: 238.

6 الماوردى، الحاوي، ج: 11، ص: 19.

7 ابن الفراء، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، ج: 2، ص: 159، ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 381.

وقد ذهب جمهور الحنفية<sup>1</sup>، والمالكية<sup>2</sup>، والشافعية<sup>3</sup>، ورواية لأحمد<sup>4</sup> إلى عدم وقوع طلاق الصبي والدليل: - قال تعالى: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ﴾ [البقرة: 228]، والطلاق من جملة المشار إليه من الحدود، ولا حدّ على الصبي<sup>5</sup>.

- قال رسول الله ﷺ: { رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ، أَوْ يُفِيقَ. }<sup>6</sup>، لأنّ الصبي غير مكلف، فلم يقع طلاقه كالمجنون<sup>7</sup>.  
- لأنّ الطلاق ضرر محض فلا يملكه الصغير، وكذلك لا يملكه وليه<sup>8</sup>.  
- الطلاق سبب التحريم ولم يُخاطب الصبي به<sup>9</sup>.  
بينما ذهب الحنابلة في أكثر الروايات عن أحمد إلى أنّ الصبي إذا كان مميّزاً يعقل الطلاق فطلاقه يقع<sup>10</sup>، والدليل:

- قال ﷺ: { إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَحَدًا بِالسَّاقِ. }<sup>11</sup>.  
- قال ﷺ: { كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ. }<sup>12</sup>.  
- كما أنّه طلاق من عاقل صادف محلّ الطلاق، فوقع كطلاق البالغ<sup>13</sup>.  
يبدو أنّما سبق رجحان ما ذهب إليه الجمهور فلا تكليف مع عدم البلوغ، للتصوص الدالة على ذلك، وإيقاع الطلاق من الأحكام التكليفيّة.

أما ناقص الأهليّة وهو ما كان ما بين 13 و 19 سنة، كما جاء في نصّ المادة 43 ق م ج: "كلّ من بلغ سنّ التمييز ولم يبلغ سنّ الرشد، وكل من بلغ سنّ الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهليّة وفقاً

1 الشيباني الحنفي، الأصل، ج: 4، ص: 423.

2 مالك بن أنس، المدوّنة، ج: 2، ص: 79.

3 الشافعي، الأمّ، ج: 5، ص: 220.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 380-381.

5 الخطّاب، مواهب الجليل، ج: 5، ص: 95.

6 ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، رقم الحديث: 2041، ج: 1، ص: 658.

7 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 381.

8 كمال سالم، صحيح فقه السنّة، ج: 3، ص: 236.

9 الخطّاب، مواهب الجليل، ج: 5، ص: 95.

10 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 380-381.

11 ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، رقم الحديث: 2081، ج: 1، ص: 672.

12 الترمذي، سنن الترمذي، أبواب الطلاق واللعان عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء طلاق المعتوه، رقم الحديث: 1191، المجلد: 2، ص: 481،

قال الألباني: ضعيف، والصحيح موقوف، عن علي ﷺ قال: (كل طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه.)، ينظر الألباني، إرواء الغليل، كتاب الطلاق،

رقم الحديث: 2042، ج: 7، ص: 110-111.

13 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 381.

لما يقتره القانون.<sup>1</sup>، فإنه رغم كونه طرفاً في العلاقة الزوجية، إلا أنّ عريضة طلب الطلاق تقدّم باسمه، ولكن بواسطة وليّه، أو مُقدّمه القائم بشؤونه، و ذلك وفقاً للأحكام المقررة للولاية، أو القوامة حسب الحالة، وهذا ما بيّنته المادة 437 ق إ م إ ج " عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يُقدّم الطلب باسمه من قبل وليّه أو مُقدّمه حسب الحالة"<sup>2</sup>.

مع أنّ ظاهر الفقرة الثانية من المادة 7 ق أ ج تنصّ على خلاف ذلك: " يكتسب الزوج القاصر أهلية التّقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"، فمعلوم أنّ من آثار الزواج اكتساب الزوج حقّ إيقاع الطلاق، إذ أنّ لناقص الأهلية مباشرة حقّ التّقاضي فيه، لكن جاء نصّ المادة 437 ق إ م إ ج مخصّصاً لهذا العموم، واستثناء الطلاق منه.

وهذا ما يعاب على نصّ المادة 437 ق إ م إ ج أنّها تفتح احتمال امتناع الولي، أو المقدم عن تقديم طلب الطلاق رغم حاجة الزوج القاصر إليه<sup>3</sup>، كما أنّ علامات البلوغ قد تظهر خلال هذه السن فيكون الطلاق صادراً من بالغ عاقل فيصبح واقعاً.

أمّا بالنسبة لتخلف الشرط الثاني وهو العقل، فطلاق المجنون غير واقع لا قانوناً كما نصّت على ذلك المواد السابقة الذكر، ولا شرعاً للتصوص السابقة، ولا إجماعاً، وقد نقل الإجماع غير واحد من أهل العلم منهم ابن المنذر<sup>4</sup>، وابن قدامة<sup>5</sup>، وابن تيمية<sup>6</sup>، لأنّ المجنون غير مكلف بأحكام الشرع وحدوده فلا يقع طلاقه.

## 2/ المصلحة.

" وهي المنفعة التي يجنيها المدعي من التجائه إلى القضاء فهي إذاً الباعث على رفع الدعوى، وهي في نفس الوقت الغاية المقصودة من رفعها، والمصلحة القانونية لا بد أن تسند إلى حقّ يحميها القانون، ويُشترط أن تكون شخصيّة ومباشرة، وأن تكون قائمة وحالة"<sup>7</sup>، وقد اشترطت المادة 13 ق إ م إ ج وجود مصلحة عند رفع أيّ دعوى، ومن بيّن ذلك دعوى الطلاق، وعليه حتّى تُقبل دعوى الزوج لا بد أن تؤسّس على مصلحة وحقّ قرره القانون، وإلاّ فإنه يمكن الدّفع بعدم قبولها شكلاً، وعليه فللزوجة أن تدفع دعوى الطلاق التي يرفعها الزوج إذا لم تقم على المصلحة.

1 قانون رقم: 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، السالف الذكر، ص: 21.

2 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 37.

3. كاملي مراد، قراءة في الاجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة المقررة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، -، مجلّة الإحياء، جامعة باتنة، ع: 13، 1430هـ-2009م، ص 286-287.

4 ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد: 5، ص: 224.

5 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 5.

6 ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المجلد: 11، ص: 191.

7 فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ص: 48.

وَم يُفصَح القانون عن الأسباب التي تُخول الزوج الحق في الطلاق، بل اعتبر الطلاق من حق الزوج وليس مطالباً بتسببه من بين ما جاء في القانون، واجتهادات المحكمة العليا مايلي:

- ما جاء في نصّ المادة 48 ق أ ج، والمادة 450 ق إ م إ ج: " يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، ويأمر باتخاذ كلِّ التدابير التي يراها لازمة في ذلك."<sup>1</sup>

- " من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التّسبب ليس في محله، ومتى تبيّن - في قضية الحال - أنّ للزوج الحق في تحمّل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعت له للطلاق، وذلك تجنّباً للحرج، أو تخطياً لقواعد الإثبات، خلافاً للأزواج الذين يُقدّمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم.

وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبّقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن."<sup>2</sup>، وعليه فالطلاق بالإرادة المنفردة دون ذكر الأسباب يُعدّ طلاقاً صحيحاً. ممّا يجعل التّصوص القانونيّة والاجتهادات القضائيّة متعارضة، بين حقّ الخصم في الدّفع بعدم وجود المصلحة، وبين أحقيّة الزوج في عدم تسبب الطلاق وتحمّل مسؤوليّة الطلاق التّعسفي، وفي هذا مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلاميّة التي جعلت الطلاق من حقّ الزوج له أن يوقعه دون حاجة أو مصلحة<sup>3</sup>.

ثانياً: إجراءات دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

### 1/ تحرير عريضة مؤرّخة وموقّعة.

إذا أراد الزوج رفع دعوى الطلاق يتعيّن عليه تحرير عريضة افتتاحية للدّعوى على نسختين أصليتين وفقاً للأشكال المقرّرة في قانون الإجراءات المدنيّة و الإداريّة لرفع الدّعوى أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة، وقد جاء بذلك نصّ المادة 436 ق إ م إ ج: " تُرفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة، بتقديم عريضة وفقاً للأشكال المقرّرة لرفع الدّعوى."<sup>4</sup>، وينبغي لأبيّ عريضة أن تتضمّن مجموعة معلومات - وإلاّ فإنّها تقع تحت طائلة عدم قبولها شكلاً -، جاء ذكرها في نصّ المادة 15 ق إ م إ ج: " يجب أن تتضمّن عريضة افتتاح الدّعوى، تحت طائلة عدم قبولها شكلاً البيانات الآتية:

- 1- الجهة القضائيّة التي تُرفع أمامها الدّعوى،
- 2- اسم ولقب المدّعي وموطنه،
- 3- اسم ولقب وموطن المدّعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم، فأخر موطن له،

1 قانون رقم: 08-09 المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، السّالف الذّكر، ص: 38.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 223019، بتاريخ: 15/06/1999م، عدد خاص، 2001م، ص: 104.

3 وقد ذكّر الباحث في الفصل التمهيدي الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة ليس في وقوع الطلاق وعدمه، وإنما في ترتب الإثم من عدمه.

4 قانون رقم: 08-09 المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، السّالف الذّكر، ص: 37.

4- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشَّخص المعنوي، ومقرِّه الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتِّفافي  
5- عرضاً موجزاً للوقائع والطلبات والوسائل التي تَوَسَّس عليها الدَّعوى،  
6- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيِّدة للدَّعوى.<sup>1</sup>  
وتُرفق العريضة بمستخرج من عقد الزَّواج، وشهادة عائليَّة، والذي من خلالها تظهر الصِّفة القانونيَّة للمدَّعي والمدَّعى عليه، وقد جاء ذكر ذلك في نصِّ المادَّة 429 ق إ م إ ج<sup>2</sup> التي تناولت شكل عريضة الطلاق بالتَّراضي.

وتكون هذه العريضة مؤرخة، وموقعةً منه، أو ممَّن ينوبه، تودَّع بعد ذلك لدى أمانة الضَّبط بالمحكمة المختصة، جاء بذلك نصِّ المادَّة 14 ق إ م إ ج: " تُرفق الدَّعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقَّعة ومؤرَّخة، تودَّع بأمانة الضَّبط من قِبَل المدَّعي، أو وكيله أو محاميه، بعددٍ من النُّسخ يُساوي عدد الأطراف."<sup>3</sup> وتُرفق العريضة بوصلٍ تسديدِ الرُّسوم القضائيَّة الفقرة الأولى من المادَّة 17 ق إ م إ ج: " لا تُقيد العريضة إلَّا بعد دفع الرُّسوم المحدَّدة قانوناً مالم ينصَّ القانون على خلاف ذلك."<sup>4</sup>، وذلك حتَّى يتمَّ تسجيل الدَّعوى، ليتمَّ تحديد تاريخ الجلسة القضائيَّة، كما جاء في نصِّ الفقرة الأولى والثانيَّة من المادَّة 16 ق إ م إ ج: " تُقيد العريضة حالاً في سجِّل خاص تبعاً لترتيب وُرودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورَّقم القضية وتاريخ أوَّل جلسة.

يسجِّل أمين الضَّبط رقم القضية وتاريخ أوَّل جلسة على نسخ العريضة الافتتاحيَّة، ويسلِّمها للمدَّعي بغرض تبليغها للخصوم.<sup>5</sup>

## 2/ تبليغ العريضة إلى الزوجة المدَّعى عليها.

بعد إيداع الزَّوج المدَّعي عريضة دعوى الطَّلاق، يجب عليه أن يقوم بإجراء آخر وهو؛ إجراء تبليغ الزَّوجة المطلوب طلاقها نسخةً من عريضة رفع الدَّعوى تبليغاً رسمياً بواسطة المحضَّر القضائي، وأشارت إلى ذلك المادَّة 438 ق إ م إ ج: " يجب على المدَّعي في دعوى الطَّلاق أن يبلغ رسمياً المدَّعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادَّة 436 أعلاه.

ويجوز له أيضاً تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضَّبط."<sup>6</sup>، على أن يكون هذا التبليغ قبل عشرين يوماً على الأقلِّ، وثلاثة أشهر إذا كانت مقيمةً بالخارج، من تاريخ الجلسة الأولى المحددة للفصل في دعوى طلب الطَّلاق، كما نصت على ذلك الفقرة الثالثة والرابعة من المادَّة 16 ق إ م إ ج: " يجب احترام أجلِّ عشرين

1 قانون رقم: 08-09 المتضمَّن قانون الإجراءات المدنيَّة والإداريَّة، السَّالف الذِّكر، ص: 4.

2 قانون رقم: 08-09 المتضمَّن قانون الإجراءات المدنيَّة والإداريَّة، السَّالف الذِّكر، ص: 37.

3 قانون رقم: 08-09 المتضمَّن قانون الإجراءات المدنيَّة والإداريَّة، السَّالف الذِّكر، ص: 4.

4 قانون رقم: 08-09 المتضمَّن قانون الإجراءات المدنيَّة والإداريَّة، السَّالف الذِّكر، ص: 4.

5 قانون رقم: 08-09 المتضمَّن قانون الإجراءات المدنيَّة والإداريَّة، السَّالف الذِّكر، ص: 4.

6 قانون رقم: 08-09 المتضمَّن قانون الإجراءات المدنيَّة والإداريَّة، السَّالف الذِّكر، ص: 37.

(20) يوماً على الأقل بين تاريخ تسليم التكاليف بالحضور، والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

يمدّد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى ثلاثة (3) أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيماً بالخارج."، وذلك حتى تتمكن الزوجة المطلوب طلاقها من إعداد نفسها لحضور الجلسة.

**3/ تبليغ العريضة إلى النيابة العامة.**

نصّت المادة 3 مكرّر من ق أ ج: "تعدّ النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون."<sup>1</sup>، فبموجبها أصبحت النيابة العامة طرفاً أصلياً في كلّ قضايا شؤون الأسرة، والتي من بينها الطلاق، لذا فإنّه يتعيّن على الزوج تبليغ نسخة ثانية من عريضة دعوى الطلاق خلال المهلة المحددة إلى النيابة العامة الموجودة على مستوى المحكمة المختصة، وذلك إما بواسطة المحضر القضائي، أو بواسطة أمين الضبط، وقد نصّت على ذلك المادة 438 من ق إ م إ ج السالفة الذكر.

**4/ رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة.**

وقد تناول المشرع الجزائري موضوع اختصاص المحاكم بشقيه النوعي والإقليمي في قانون الإجراءات المدنية والادارية من المادة 32 إلى المادة 47، وبالتفصيل في قضايا شؤون الأسرة من المادة 423 إلى المادة 426.

**أ- الاختصاص الإقليمي**

يقصد بالاختصاص الإقليمي الحيّز الجغرافي الذي تفصل المحكمة في المنازعات داخل حدوده<sup>2</sup>، والهدف من ذلك تقريب العدالة من المتقاضين من أجل سرعة الفصل في القضايا<sup>3</sup>.

وكمبدئ عام فإنّ الاختصاص الإقليمي للجهات القضائية مبني على معيار موطن المدعى عليه، وقد نصّت على ذلك المادة 37 ق إ م إ ج: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."<sup>4</sup>.

أما الاختصاص الإقليمي لقضايا شؤون الأسرة، فقد تناولته، الفقرة الثالثة من المادة 426 من ق إ م إ ج، والتي جاء نصّها: "3- في موضوع الطلاق، أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي

1 الأمر رقم 02-05 المتضمن تعديل وإتمام قانون الأسرة السالف الذكر، ص: 19.

2 روابح الإهم شهرزاد، محاضرات في مقياس قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس حقوق (السُداسي الزايع)، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البلديّة -2- لونيبي علي، 2023/2022م، ص: 88.

3 حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والادارية، ص: 38.

4 قانون رقم: 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 7.

## الفصل الأول: سلطة القاضي على إرادة الزوج في الطلاق.

بمكان إقامة أحد الزوجين، حسب اختيارهما.<sup>1</sup> وأكدت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 40 من نفس القانون<sup>2</sup>، وعليه فإن رفع الزوج قضية الطلاق يكون بمحكمة إقليم مسكن الزوجية، فهي المحكمة المختصة للفصل في دعوى الزوج بالطلاق.

وطبيعة الاختصاص الإقليمي ليست من النظام العام لأن إثارته مرتبط بزمن معين، وهو أن يكون قبل أي دفع، فلا يثيره القاضي من تلقاء نفسه، وإنما يثيره الخصوم، أو من له مصلحة كما يفهم من نص المادة 47 ق إ م إ ج: "يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي قبل أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول"<sup>3</sup>، وقد أكدت الفقرة الأولى، والثانية من المادة 46 ق إ م إ ج على أنه يمكن للخصوم التقاضي لدى الجهات غير المختصة إقليمياً: "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصاً إقليمياً. يُوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعدد التوقيع يُشار إلى ذلك."<sup>4</sup>

### ب- الاختصاص النوعي.

يُتصد به ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها بالنظر في نوع مُحدّد من الدعاوى، فهو توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى، أي هو نطاق القضايا التي يمكن أن تُباشر فيه جهة قضائية معينة ولايتها وفقاً لنوع الدعوى<sup>5</sup>.

تختص محكمة الدرجة الأولى، بالنظر في شؤون الأسرة، كما نصت على ذلك الفقرة الأولى، والثانية، والثالثة، والرابعة من المادة 32 ق إ م إ ج: "المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتشكّل من أقسام.

يمكن أيضاً أن تتشكّل من أقطاب متخصصة.

تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليمياً.

تتمّ جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع."<sup>6</sup>

وقد تناولت المادة 423 ق إ م إ ج القضايا التي ينظر فيها قسم شؤون الأسرة، وقد جاء ذكر انحلال الرابطة الزوجية والتي يندرج الطلاق ضمنها في الفقرة الأولى منها: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 36.

2 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 7.

3 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 8.

4 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 8.

5 عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج: 1، ص: 85.

6 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 6.

1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.<sup>1</sup>

أما بالنسبة للمحاكم التي لم ينشأ فيها قسم شؤون الأسرة فيفصل في قضايا الطلاق القسم المدني، ورد بذلك نصّ الفقرة الخامسة من المادة 32 ق إ م إ ج: "غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها أقسام يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية".

وطبيعة الاختصاص النوعي من النظام العام الذي تثيره المحكمة من تلقاء نفسها في أيّ مرحلة من مراحل الدعوى كما نصّت على ذلك المادة 36 ق إ م إ ج.<sup>2</sup>

لم يجعل المقتن الجزائري الجانب الشكلي أمراً باختيار الزوج إذا أراد الطلاق، ولا طريقاً لتوثيق الطلاق فقط، ولا صورة من صور التوكيل في إيقاع الطلاق، بل جعله شرطاً في وقوع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة وفي هذا مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية التي جعلت الطلاق بيد الزوج ولا يحتاج فيه إلى إذن أحد، ولا إلى رفع دعوى قضائية، والدليل:

- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: 49]، فأضاف الله الطلاق للزوج، فيكون الطلاق بيده.<sup>3</sup>

- قال ﷺ: { إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ }<sup>4</sup>، أي الطلاق حق الزوج الذي له أن يأخذ بساق المرأة لا حق المولى.<sup>5</sup>

- كما أنّ نصوص السنة التي تناولت الطلاق لم تشترط وقوعه أمام القاضي

1 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 36.

2 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 6.

3 ابن العثيمين، الشرح المتمم، المجلد: 12، ص: 490.

4 ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، رقم الحديث: 2081، ج: 1، ص: 672.

5 المرجع نفسه.

الفرع الثاني: إجراء القاضي للصلح.

1/ تعريف الصلح.

أ- لغة: صلح يَصْلُحُ وَيَصْلُحُ صَلَاحاً وَصُلُوحاً والاسم الصلح،<sup>1</sup> فالصاد واللام والحاء أصل واحد يدل على خلاف الفساد<sup>2</sup>، ومن معانيها السلم، وإنهاء الخصومة وحالة الحرب، ومن معانيها الاتفاق، اصطلاح القوم زال ما بينهم من خلاف، وعلى الأمر تعارفوا عليه واتفقوا<sup>3</sup>، والاصطلاح اتفاق طائفة مخصوصة على أمر مخصوص<sup>4</sup>، ومن معانيها الإحسان، أصْلَحَ الدَّابَّةَ أَحْسَنَ إِلَيْهَا فَصَلَحَتْ<sup>5</sup>.

ب- اصطلاحاً:

\* عند الحنفية: انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعين شرعاً حتى لا تُسمع دعوها بعد ذلك<sup>6</sup>.

\* عند المالكية: انتقال عن حق أو دعوى يعرض لرفع نزاع، أو خوف وقوعه<sup>7</sup>.

\* عند الشافعية: عقد يحصل به قطع النزاع<sup>8</sup>.

\* عند الحنابلة: مُعاقدة يُتوصل بها إلى الاصلاح بين المختلفين<sup>9</sup>.

\* في القانون: نصت المادة 459 ق م ج: "الصلح عقد يُبهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"<sup>10</sup>.

ما يلاحظ على التعاريف أنّ كلّ ما يُبهي الخصومة بين المتنازعين فهو صلح لذلك عرفه السيد سابق بأنّه: "عقد يُبهي الخصومة بين المتخاصمين"<sup>11</sup>.

2/ مشروعية الصلح بين الزوجين.

الصلح بين الزوجين هو صورة من صور الصلح بين المسلمين وهو مشروع بالقرآن والسنة وآثار الصحابة والإجماع والمعقول والقانون، وقد نظم المقتن الجزائري الصلح بين الزوجين في المواد من 439 إلى 445 من ق م ج، والمادة 49 من ق أ ج.

1 ابن منظور، لسان العرب، كتاب الحاء المهملة، فصل الصاد (صلح)، المجلد: 2، ص: 516-517.

2 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الصاد، باب الصاد واللام وما يثلثهما (صلح)، ج: 3، ص: 303.

3 مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، باب الصاد (صلح)، ص: 520.

4 مرتضى الزبيدي، تاج العروس، فصل الصاد المهملة مع الحاء المهملة (صلح)، ج: 6، ص: 551.

5 ابن منظور، لسان العرب، كتاب الحاء المهملة، فصل الصاد (صلح)، المجلد: 2، ص: 517.

6 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 7، ص: 492.

7 الخطّاب، مواهب الجليل، ج: 7، ص: 3.

8 عميرة، حاشية عميرة، ج: 2، ص: 306.

9 ابن قدامة، المغني، ج: 4، ص: 357.

10 الأمر رقم: 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر، ص: 1017.

11 سيد سابق، فقه السنة، ج: 3، ص: 938.

أ- من القرآن.

\* قال تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [النساء: 113]، قال القرطبي: "قوله تعالى: ﴿أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾ عامٌّ في الدماء والأموال والأعراض، وفي كلِّ شيء يقع التَّداعي والاختلاف فيه بَيْنَ المسلمين، وفي كلِّ كلام يُراد به وَجْهٌ الله تعالى."<sup>1</sup>

\* قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾ [الحجرات: 10].

\* قال تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَلِّحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: 127]، عن عائشة رضي الله عنها: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾ قالت: (هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها، فيريد طلاقها ويتزوج غيرها، تقول له: أمسكني ولا تطلقني، ثم تزوج غيري، فأنت في حلٍّ من التفقة عليّ والقسمة لي، فذلك قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَلِّحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾.<sup>2</sup> فقد وصف الله جنس الصلح بالخيرية، ومعلوم أنّ الباطل لا يوصف بالخيرية، فكان كلُّ صلح مشروعاً بظاهر النصّ إلا ما خصّه الدليل<sup>3</sup>، كما أنّ لفظ ﴿والصلح خير﴾ جاء عاماً مطلقاً، يقتضي أنّ الصلح الحقيقي الذي تسكن إليه القوس ويزول به الخلاف خير على الإطلاق، يدخل فيه جميع ما يقع عليه الصلح بين الرجل، وامراته في مال أو وطى، أو غير ذلك، وهو خير من الفرقة، فإنّ التماذي على الخلاف، والشحناء، والمباغضة هي قواعد الشر<sup>4</sup>.

ب- من السنة.

\* قال رسول الله ﷺ: { الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَالًا، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا. }<sup>5</sup>

\* عن هشام بن عروة، عن أبيه، قال: قالت عائشة: { يَا ابْنَ أَخِي كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَا يُفْضِلُ بَعْضَنَا عَلَى بَعْضٍ فِي الْقِسْمِ، مِنْ مَكْنِهِ عِنْدَنَا، وَكَانَ قَلَّ يَوْمٌ إِلَّا وَهُوَ يَطُوفُ عَلَيْنَا جَمِيعًا، فَيَدْنُو مِنْ كُلِّ امْرَأَةٍ مِنْ غَيْرِ مَسِيْسٍ، حَتَّى يَبْلُغَ إِلَى الَّتِي هُوَ يَوْمُهَا فَيَبِيتُ عِنْدَهَا، وَلَقَدْ قَالَتْ سَوْدَةُ بِنْتُ زَمْعَةَ حِينَ أَسْنَتْ وَفَرِقَتْ

1 القرطبي، تفسير القرطبي، سورة النساء، ج: 5، ص: 384.

2 البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾، رقم الحديث: 5206، ص 1327.

3 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 7، ص: 467.

4 القرطبي، تفسير القرطبي، سورة النساء، ج: 5، ص: 406.

5 الترمذي، سنن الترمذي، أبواب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، رقم الحديث: 1352، المجلد:

3، ص: 27-28، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

أَنْ يُفَارِقَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، يَوْمِي لِعَائِشَةَ، فَقَبِلَ ذَلِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْهَا، قَالَتْ: نَقُولُ فِي ذَلِكَ أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى وَفِي أَشْبَاهِهَا أَرَاهُ قَالَ: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا﴾. {<sup>1</sup>.  
ج- من آثار الصحابة.

قال عمر رضي الله عنه: (زُدُّوا الخصوم حتى يسطلحوا؛ فإنَّ فصل القضاء يُحدث بين القوم الضغائن).<sup>2</sup>

د- من الإجماع.

\* قال السرخسي في كتاب عمر لأبي موسى الأشعري رضي الله عنه: "فما ذكر فيه فهو كالمجمع عليه منهم"<sup>3</sup>،  
ومما جاء فيه والصلح جائز بين المسلمين.

\* قال ابن قدامة: "وأجمعت الأمة على جواز الصلح"<sup>4</sup>.

\* أجمع العلماء أنَّ المخاطب في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾ الحاكم والأمرء<sup>5</sup>.

ه- من المعقول.

النُّفوس مجبولة على الحرص على الحقِّ الذي لها، وَعَدَم الرِّغبة في بذل ما عليها، وبذلك تَصُعب الحياة وتفسد، وبسبب ذلك يقع التَّشوز، وتتمزق أواصر العلاقة بين الزوجين، ولكي تَصُلح الأمور بين الزوجين لا بدَّ من قَلع هذا الخلق الدَّنيء، واستبداله بضدِّه، وهو السَّماحة ببذل الحقِّ الذي عليك، والقناعة ببعض الحقِّ الذي لك<sup>6</sup>، فشرع الصلح ورغب فيه للحفاظ على المودة، والألفة بين المسلمين، والتَّوفيق بين المتخاصمين، وإزالة الشقاق بينهما، وَبِذ الفرقة، واستئصال أسبابها المؤدِّية إليها<sup>7</sup>، وبذلك تصفو النُّفوس، وتزول الأحقاد، وتجتمع القلوب.

1 أبو داود، سنن أبي داود، كتاب التَّكاح، باب في القسم بين النساء، رقم الحديث: 2135، ج: 2، ص: 242-243.

2 البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصلح، باب ما جاء في التحلل وما يحتج به من أجاز الصلح على الإنكار، رقم الأثر: 11360، ج: 6، ص: 109.

3 السرخسي، المبسوط، ج: 20، ص: 134.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 4، ص: 357.

5 علي ابن القطان، الإقناع في مسائل الإجماع، المجلد: 2، ص: 29.

6 التَّوَجيري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج: 4، ص: 162.

7 المرجع نفسه، ج: 3، ص: 647.

3/ أركان الصلح وشروطه.

على اعتبار أنّ الصلح عقد فقد اختلف فيه الفقهاء تبعاً لاختلافهم في أركان العقد، فذهب الحنفية إلى أنّ ركن الصلح واحد وهو الصيغة<sup>1</sup>، بينما ذهب جمهور المالكية<sup>2</sup>، والشافعية<sup>3</sup>، والحنابلة<sup>4</sup> إلى أنّ للصلح ثلاثة أركان وهي؛ الصيغة، والعاقدان، والمحلّ، كما أنّ الجمهور اعتبروا عقد الصلح ليس عقداً مستقلاً قائماً بذاته في شروطه وأحكامه، بل هو مُتفرع عن غيره في ذلك، فتسري عليه أحكام أقرب العقود، إليه شبهاً بحسب مضمونه<sup>5</sup>.

أ- الصيغة: الإيجاب والقبول بكلّ لفظ يُنبئ عن المصالحة<sup>6</sup>.

ب- العاقدان<sup>7</sup>: المدّعي المصلح، والمدّعي عليه المصلح، ويُشترط في كلّ منهما شروط، هي:

- الأهلية: أن يكون كلاهما عاقلاً بالغاً، فلا يصحّ الصلح من الصبي والمجنون.

- ولاية التصرف في المال، كولاية الأب على ابنه.

- أن لا يكون في الصلح ضرر ظاهر بحقّ فاقد الأهلية.

ج- المحلّ: ويشمل المصلح عنه، والمصلح عليه<sup>8</sup>:

\* المصلح عنه: هو الشيء المتنازع فيه، وهو نوعان:

- حقّ الله: لا خلاف بين الفقهاء في عدم صحّة الصلح عنه.

- حقّ العبد: فهو الذي يصحّ الصلح عنه عند تحقّق شروطه الشرعية، وشروطه عند الفقهاء ثلاثة:

- أن يكون المصلح عنه حقاً ثابتاً للمصلح في المحلّ.

- أن يكون ممّا يجوز الاعتياض عنه أي؛ أخذ العوض عنه.

- أن يكون معلوماً.

\* المصلح عليه: فهو بدل الصلح، ويُشترط فيه شرطان:

- أن يكون مالاً متقوماً ولا فرق بين أن يكون المال ديناً أو عيناً أو منفعةً.

- أن يكون معلوماً فإن وقع الصلح بمجهول لم يصح.

1 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 7، ص: 468.

2 الدردير، الشرح الصغير، ج: 3، ص: 14.

3 الرّملي، نهایة المحتاج إلى شرح المنهاج، ج: 3، ص: 446.

4 البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ج: 2، ص: 5.

5 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج: 27، ص: 327.

6 سيّد سابق، فقه السنّة، ج: 3، ص: 938.

7 مصطفى الخيّن، وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، المجلد: 3، ص: 157.

8 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج: 27، ص: 349، وما بعدها.

#### 4/ أقسام الصلح.

ينقسم الصلح باعتبار حكمه إلى قسمين<sup>1</sup>:

أ- صلح جائز نافذ: هو الذي يعتمد فيه رضا الله سبحانه ورضا الخصمين، فهذا يعدل الصلح وأحقه، وهو يعتمد العلم والعدل، فيكون المصلح عالماً بالوقائع، عارفاً بالواجب، قاصداً للعدل، فدرجة هذا أفضل من درجة الصائم القائم، كما قال النبي ﷺ: { أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِأَفْضَلِ مِنْ دَرَجَةِ الصِّيَامِ وَالصَّلَاةِ وَالصَّدَقَةِ، قَالُوا: بَلَى، قَالَ: إِصْلَاحُ ذَاتِ الْبَيْنِ وَفَسَادُ ذَاتِ الْبَيْنِ الْحَالِقَةُ }<sup>2</sup>.

ب- صلح جائز مردود: الذي يُلج الحرام ويُجرم الحلال، كالصلح الذي يتضمن تحريم بضع حلال، أو إحلال بضع حرام، أو نقل نسب، أو أكل ربا، أو إسقاط واجب، أو تعطيل حد، أو ظلم ثالث، وما أشبه ذلك.

#### 3/ حكم الصلح.

قال ابن عرفة: "الصلح من حيث ذاته مندوب إليه، وقد يعرض وجوبه عند تعيين مصلحة وحرمة وكرامته لاستلزامه مفسدة واجبة الدراء، أو راجحة"<sup>3</sup>، والدليل على استحبابه:

\* عن أبي الدرداء رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: { أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِأَفْضَلِ مِنْ دَرَجَةِ الصِّيَامِ وَالصَّلَاةِ وَالصَّدَقَةِ؟ قَالُوا: بَلَى، يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ: إِصْلَاحُ ذَاتِ الْبَيْنِ، وَفَسَادُ ذَاتِ الْبَيْنِ الْحَالِقَةُ }<sup>4</sup>، فدّل هذا الحديث عظم مكانة الإصلاح بين الناس.

\* عن أم كلثوم بنت عقبة رضي الله عنها أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول: { لَيْسَ الْكُذَّابُ الَّذِي يُصْلِحُ بَيْنَ النَّاسِ فَيَنْمِي خَيْرًا أَوْ يَقُولُ خَيْرًا }<sup>5</sup>، فأجاز هذا الحديث الكذب المحرم الذي هو من كبائر الذنوب من أجل الإصلاح.

أما بالنسبة للقاضي فيسّن له ترغيب الخصوم في الصلح والعتو والتسامح؛ لتدوم المودة بينهم، وتصفو النفوس من الغل، وتسلم من التقاطع، فإن اتضح الحكم الشرعي حكم به<sup>6</sup>، قال ابن رشد: "لا بأس بنذب القاضي الخصمين إليه ما لم يتبين له الحق لأحدهما"<sup>7</sup>، وقال الكاساني: "ولا بأس للقاضي أن يزيد الخصوم إلى الصلح إن طمع منهم ذلك"<sup>8</sup>، والصلح بين الزوجين داخل تحت هذا، فيمكن للقاضي أن يسعى في الصلح بين الزوجين قبل وقوع الطلاق، أو بعد وقوع الطلاق من أجل أن يُراجع الزوج زوجته حفاظاً على الأسرة واستقرارها،

1 ابن القيم، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج: 1، ص: 85-86.

2 أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في إصلاح ذات البين، رقم الحديث: 4919، ج: 4، ص: 280.

3 الخطّاب، مواهب الجليل، ج: 7، ص: 3.

4 أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في إصلاح ذات البين، رقم الحديث: 4919، ج: 4، ص: 280.

5 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب ليس الكاذب الذي يصلح بين الناس، رقم الحديث: 2692، ص: 658.

6 التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج: 5، ص: 223.

7 الخطّاب، مواهب الجليل، ج: 7، ص: 3.

8 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 9، ص: 132.

لأنه يمكن لولي الأمر أن يلزم القاضي بإجراء الصلح بين الزوجين باعتباره موظفاً يتقاضى أجره على عمله، لأن المقرّر شرعاً وجوب طاعة ولي الأمر فيما ليس بمعصية عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: { عَلَى الْمَرْءِ الْمُسْلِمِ السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ فِيمَا أَحَبَّ وَكَرِهَ، إِلَّا أَنْ يُؤْمَرَ بِمَعْصِيَةٍ، فَإِنْ أُمِرَ بِمَعْصِيَةٍ، فَلَا سَمْعَ وَلَا طَاعَةَ. }<sup>1</sup>، ولكن مع العلم أنّ صلح القاضي ليس ملزماً للزوج، ولا أثر له في طلاق الزوج " قال ابن رشد: إن أباه أحدهما فلا يلحّ عليهما إلحاحاً يوهم الإلزام، وقال الخطّاب: ونقل عن بعض قضاة طرابلس جبره عليه فعزل.<sup>2</sup>، لأنّ الطلاق بإرادة الزوج حق جعله الشرع بيده كما سبق ذكر ذلك، ولا دخل للقاضي فيه، فإذا أوقعه الزوج، فليس للقاضي إلا توثيقه من باب المصلحة المرسلّة، حفاظاً على الحقوق، وصيانةً للأعراض.

. والملاحظ على القانون الاختلاف الفقهي والقضائي حول إلزامية الصلح من عدمه قبل صدور حكم الطلاق<sup>3</sup>، وذلك لأنّه قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984 لم يكن هناك نصّ يلزم القاضي بإجراء الصلح فكان إجراءً جوازيّاً غير أنّه بعد هذا القانون صار إجراءً جوهريّاً من النظام العام<sup>4</sup>، والذي يدلّ على وجوبه قانوناً:

- نصّ المادة 439 ق إ م إ ج: " محاولات الصلح وجوبية، وتتمّ في جلسة سرية."<sup>5</sup>.

- نصّ المادة 49 ق أ ج: " لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد محاولات صلح يُجرىها القاضي دون أن تتجاوز مدّته ثلاثة (3) أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدّعى.

يتعيّن على القاضي تحرير محضر يبيّن مساعي وتناجح محاولات الصلح، يُوقّعه مع كاتب الضبط والطرفين. تُسجّل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة."، فهو من النظام العام، حيث لم تترك المادة الخيار للقاضي في القيام بمحاولة الصلح من عدمه، بل نصّت على عدم إثبات الطلاق إلاّ بحكم يسبقه إجراء محاولة الصلح، فمحاولة الصلح إذاً هي إجراء جوهري لا بدّ منه<sup>6</sup>، فهو من المقتضيات الموضوعية لصحة العمل القانوني<sup>7</sup>، وقد أكّدت على هذا قرارات المحكمة العليا منها: " من المقرّر قانوناً أنّه لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعدّ خطأً في تطبيق

1 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأُمراء في غير معصية، وتجرّمها في المعصية، رقم الحديث: 38-1839، ج: 3، ص: 1469.

2 الخطّاب، مواهب الجليل، ج: 7، ص: 3.

3 عبد الحكيم بن هبّري، إجراء محاولات الصلح في قضايا فكّ الرابطة الزوجية وأثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، مجلّة الدّراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ع: 5، جوان 2017م، ص: 115.

4 حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج: 1، ص: 197، وما بعدها.

5 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السّالف الذّكر، ص: 37.

6 حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج: 1، ص: 197.

7 عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطّعن فيها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السّنة الجامعية: 1421-1422هـ/ 2000-2001، ص: 33.

القانون، ولما كان من الثَّابت - في قضية الحال - أنَّ قضاة الموضوع الَّذِينَ قَضُوا بِالطَّلَاقِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ دُونَ الْقِيَامِ بِإِجْرَاءِ مَحَاوَلَةِ الصَّلْحِ بَيْنَ الطَّرْفَيْنِ، يَكُونُوا قَدْ أَخْطَأُوا فِي تَطْبِيقِ الْقَانُونِ، وَمَتَى كَانَ كَذَلِكَ، اسْتَوْجِبَ نَقْضَ الْقَرَارِ الْمَطْعُونِ فِيهِ.<sup>1</sup>

لَكِنَّ الْإِشْكَالَ هَلْ يُقْضَى بِبَطْلَانِ الطَّلَاقِ بَعْدَ صُدُورِ الْحُكْمِ دُونَ إِجْرَاءِ الصَّلْحِ عَلَى اعْتِبَارِ أَنَّهُ أَمْرٌ جَوْهَرِيٌّ أَمْ لَا؟، الْحَقِيقَةُ أَنَّ اجْتِهَادَاتِ الْمَحْكَمَةِ وَإِنْ كَانَتْ أَغْلِبَ قَرَارَاتُهَا قَدْ قَضَتْ بِالطَّعْنِ بِالنَّقْضِ إِذَا لَمْ يَتَمَّ إِجْرَاءُ الصَّلْحِ إِلَّا أَنَّ ذَلِكَ يُنَاقَضُ مَا جَاءَ فِي الْمَادَّةِ 57 ق 2 ج<sup>2</sup>، الَّتِي جَعَلَتْ الطَّعْنَ فِي قَضَايَا الطَّلَاقِ يَمَسُ الْجَوَانِبَ الْمَادِّيَّةَ فَقَطْ، وَقَدْ جَاءَتْ قَرَارَاتُ الْمَحْكَمَةِ الْعُلْيَا مُؤَيَّدَةً لَذَلِكَ: "مَتَى كَانَ مَقْرَرًا أَنَّ الْأَحْكَامَ بِالطَّلَاقِ غَيْرَ قَابِلَةَ لِلِاسْتِنْفَافِ مَا عَدَا فِي جَوَانِبِهَا الْمَادِّيَّةِ، فَإِنَّ قِضَاءَ الْمَجْلِسِ - فِي قِضِيَّةِ الْحَالِ - بِإِلْغَائِهِمْ لِلْحُكْمِ الْمُسْتَأْنَفِ لَدَيْهِمْ، الْقَاضِي بِالطَّلَاقِ بَيْنَ الطَّرْفَيْنِ خَالَفُوا الْقَوَاعِدَ الْجَوْهَرِيَّةَ لِلْإِجْرَاءَاتِ، وَمَتَى كَانَ كَذَلِكَ اسْتَوْجِبَ نَقْضَ الْقَرَارِ الْمَطْعُونِ فِيهِ دُونَ إِحَالَةٍ."<sup>3</sup>، وَعَلَيْهِ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَرْجِعَ الطَّرْفَانِ إِلَى الْحَالَةِ الَّتِي كَانَا عَلَيْهَا قَبْلَ الطَّلَاقِ، وَإِنْ نَصَّتِ الْمَادَّةُ 361 ق 1 م 1 ج عَلَى رَجُوعِهِمَا: "لَا يَتَرْتَّبُ عَلَى الطَّعْنِ بِالنَّقْضِ وَقْفُ تَنْفِيزِ الْحُكْمِ أَوْ الْقَرَارِ، مَا عَدَا فِي الْمَوَادِّ الْمُتَعَلِّقَةِ بِحَالَةِ الْأَشْخَاصِ أَوْ أَهْلِيَّتِهِمْ وَفِي دَعْوَى التَّزْوِيرِ."<sup>4</sup> لِأَنَّ هَذَا النَّصَّ عَامٌ، وَقَدْ خَصَّصَهُ النَّصُّ السَّابِقُ.

كَمَا أَنَّ الْمُقْتَنَّ وَإِنْ أُلْزِمَ الْقَاضِي بِإِجْرَاءِ الصَّلْحِ، لَكِنَّهُ لَمْ يُرْتَّبْ جِزَاءٌ عَلَى تَخَلُّفِ هَذَا الْإِجْرَاءِ، وَ عَلَيْهِ فَالْأَمْرُ بِالصَّلْحِ يَدْخُلُ ضَمْنَ الْقَوَاعِدِ الْأَمْرَةِ الَّتِي لَا تَتَضَمَّنُ جِزَاءً عَلَى عَدَمِ مِرَاعَاةِ أَحْكَامِهَا، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ فِي حَالَةٍ عَدَمِ الْعَمَلِ بِبُوجُوبِ الصَّلْحِ فَلَا أَثَرَ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ، مَا يَجْعَلُ مِنَ الصَّلْحِ إِجْرَاءً غَيْرَ جَوْهَرِيًّا، فَعَدَمُ الْقِيَامِ بِهِ هُوَ خَطَأٌ يَتَحَمَّلُهُ الْقَاضِي يُمْكِنُ أَنْ يُعْرَضَهُ إِلَى مَسْأَلَةِ تَأْدِيبِيَّةٍ مِنْ قِبَلِ مُفْتَشِيَّةِ الْقَضَاءِ مِنَ الْوِزَارَةِ<sup>5</sup>، وَيُضَافُ إِلَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَوْجَدُ نَصٌّ قَانُونِيٌّ خَاصٌّ يَقْرَرُ بِطْلَانِ الطَّلَاقِ لِعَدَمِ إِجْرَاءِ الصَّلْحِ، وَقَدْ صرَّحتْ بَعْضُ اجْتِهَادَاتِ الْمَحْكَمَةِ الْعُلْيَا عَلَى عَدَمِ جَوْهَرِيَّتِهِ مِنْهُ:

- " مِنْ الْمَقْرَّرِ قَانُونًا أَنَّهُ لَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يُلْزِمَ الْقِضَاءَ بِاتِّخَاذِ إِجْرَاءٍ مَا لَا يَفْرُضُهُ عَلَيْهِمُ الْقَانُونُ، وَأَنَّهُ لَا يَسُوغُ لِحَصْمٍ أَنْ يَحَاوِلَ انْتِزَاعَ إِجْرَاءٍ مَا مِنْهُمْ جَعَلَهُ الْقَانُونُ جَوَازِيًّا لَهُمْ فِعْلُهُ أَوْ تَرْكُهُ، وَمِنْ ثَمَّةِ فَإِنَّ النَّعْيَ عَلَى الْقَرَارِ

<sup>1</sup> قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 75141، بتاريخ: 18/06/1991م، المجلة القضائية، ع: 1، 1993م، ص: 65، وينظر قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 57812، بتاريخ: 25/12/1989م، المجلة القضائية، ع: 3، 1991م، ص: 71.

<sup>2</sup> الأمر رقم 02-05 المتضمن تعديل وإتمام قانون الأسرة السالف الذكر، ص: 22.

<sup>3</sup> قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 79858، بتاريخ: 26/11/1991م، المجلة القضائية، ع: 3، 1993م، ص: 86.

<sup>4</sup> قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 31.

<sup>5</sup> عبد الحكيم بن هبري، إجراء محاولات الصلح في قضايا فك الزاينة الزوجية وأثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ع: 5، جوان 2017م، ص: 120، وما بعدها.

المطعون فيه بمخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات، وعدم كفاية الأسباب تأسيساً على أنّ محاولة الصلح لم تتمّ بين الطاعنة وزوجها في غير محله ويستوجب ردّه، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.<sup>1</sup>

- " إضافةً إلى أنّ محاولة الصلح لا تُعتبر شكلاً جوهرياً للحكم بالطلاق إنّما محاولة الصلح المذكورة بالمادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس.<sup>2</sup>

وهذا التّضارب في قرارات المحكمة العليا، يدلُّ على تردّد المقنن وحيرته بين أن يجعل الصلح شرطاً في وقوع الطلاق، وبين أن يجعله أمراً جوازياً لا يتوقف عليه وقوع الطلاق، والحقيقة أنّ الصلح لا يمكن أن يكون إجراءً جوهرياً ومن النّظام العام، إنّما جعلته الشريعة أمراً مستحباً لا ركناً ولا شرطاً يتوقّف عليه وقوعه الطلاق.

#### 6/ كيفة الصلح القضائي بين الزوجين.

##### أ- المدّة المسموح بها لإجراء الصلح.

نصّت الفقرة الأولى من المادة 49 ق أ ج، و الفقرة الثانية من المادة 442 ق إ م إ ج<sup>3</sup> على أنّه في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز مدّة محاولات الصلح ثلاث أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق، ولم يمنع المقنن الجزائي من تكرار جلسات الصلح خلال هذه الفترة، وقد نصّت الفقرة الأولى من نفس المادة السالفة الذكر على ذلك: " يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتّخاذ ما يراه لازماً من التّدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل للطعن "، أمّا في الشريعة الإسلامية فليس هناك مانع شرعي من إلزام القاضي بمدّة زمنيّة يلتزم فيها بإجراء الصلح، على أن يكون ذلك وفق ما بيّناه سابقاً حتّى يتوافق مع الشريعة الإسلامية.

##### ب- إعلام الزوجين بتاريخ جلسة الصلح.

نصّت المادة 440 ق إ م إ ج<sup>4</sup> على أنّه ينبغي أن يكون هناك تاريخ محدد لإجراء جلسة الصلح فيه، ونصّت المادة 441 ق إ م إ ج<sup>5</sup> على أنّه في حالة استحالة حضور أحد الزوجين لعذر فإنّ القاضي يُحدد تاريخاً لاحقاً لجلسة الصلح، أو انتداب قاض آخر لسماع الطّرف المتغيّب، وإذا كان التّخلف لغير عذر رغم تبليغه شخصياً فإنّ القاضي يُجرر محضراً بذلك.

1 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلس الأعلى، ملف رقم: 36962، بتاريخ: 03/06/1985م، المجلة القضائية، ع: 2، 1990م، ص: 65.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلس الأعلى، ملف رقم: 216850، بتاريخ: 16/02/1999م، المجلة القضائية، ع: خاص، 2001م، ص: 103.

3 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 37.

4 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 37.

5 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 37.

لم يتطرق قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى كيفية استدعاء الزوجين، وكان عليه أن يتدارك هذه النقطة، بإضافة نص خاص يُبيّن فيه كيفية تبليغ الزوجين بجلسة الصلح دون الاكتفاء بتبليغ العريضة، وإن دأب العمل القضائي على تبليغ الزوجين بتاريخ جلسة الصلح في الجلسة التي يحضر فيها الطرفان، والتي يفترض أنّها أول تاريخ لعقد جلسات الصلح<sup>1</sup>، وفي الإسلام إذا قبل الزوجان الصلح فإنّه من أخلاق المسلم الوفاء بالعهود بما في ذلك المواعيد قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْتِنَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رُءُوفُونَ﴾ [المؤمنون: 8].

### ج- سرّيّة الجلسة.

نصّت المادة 439 ق إ م إ ج على سرّيّة جلسة الصلح بين الزوجين، وهذا لخصوصية العلاقة بين الزوجين، وقد نهي النبي عن إفشاء الزوجين لما يجري بينهما من أمور المتعة قال ﷺ: { إِنَّ مِنْ أَشْرِّ النَّاسِ عِنْدَ اللَّهِ مَنْزِلَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ، الرَّجُلُ يُفْضِي إِلَى امْرَأَتِهِ، وَتُفْضِي إِلَيْهِ، ثُمَّ يَنْشُرُ سِرَّهَا. }<sup>2</sup>، فهذا الحديث يدلّ على تحريم هذا العمل، أن ينشر الإنسان السرّ بينه وبين زوجته بل يدلّ على أنّه من الكبائر، لأنّ فيه وعيداً، ويُستثنى من ذلك ما دعت الحاجة إليه لبيان حكم شرعي، عن عائشة زوج النبي ﷺ قالت: { إِنَّ رَجُلًا سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ الرَّجُلِ يُجَامِعُ أَهْلَهُ ثُمَّ يُكْسِلُ هَلْ عَلَيْهِمَا الْغُسْلُ؟، وَعَائِشَةُ جَالِسَةٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِنِّي لَأَفْعَلُ ذَلِكَ، أَنَا وَهَذِهِ، ثُمَّ نَعْتَسِلُ. }<sup>3</sup>، وعلى هذا فإذا اقتضت المصلحة الشرعية أن يُذكر ما لا يُنشر فإنّ ذلك جائز لا بأس به، أمّا من يفعله على سبيل التندر، والتفكك فهذا حرام<sup>4</sup>، وقد نصّت المادة 440 ق إ م إ ج على أنّ القاضي يستمع لكل واحد من الزوجين على انفراد، ثمّ يستمع لهما معاً، ويمكن لأحد أفراد العائلة الحضور لمحاولة الصلح والمشاركة فيها بناءً على طلب أحد الزوجين، وفي سماع القاضي للزوجة على انفراد حلوة محرمة، لقوله ﷺ: { لَا يَخْلُونَ رَجُلًا بِامْرَأَةٍ إِلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ فَفَقَامَ رَجُلٌ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، امْرَأَتِي خَرَجَتْ حَاجَةً، وَاكْتَبْتُ فِي غَرْوَةٍ كَذَا وَكَذَا، قَالَ: ارْجِعْ فَحُجِّ مَعَ امْرَأَتِكَ. }<sup>5</sup>، قال الصنعاني: "دلّ الحديث على تحريم الخلوة بالأجنبية وهو إجماع."<sup>6</sup>، وإن كانت الخلوة تجوز بضوابطها الشرعية عملاً بقاعدة: "ما حرّم لذاته يباح عند الضرورة، وما حرّم لغيره يُباح عند الحاجة"، وقاعدة: "ما حرّم سداً للذريعة أبيض للمصلحة الراجحة."، إلا أنّه لا حاجة هنا، ولا مصلحة راجحة لما يلي<sup>7</sup>:

1 عبد الحكيم بن هبري، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، السنة الدراسية، 2015/2014م، ص: 204-205.

2 مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم إفشاء سرّ المرأة، رقم الحديث: 123-1437، ج: 2، ص: 1060.

3 المرجع نفسه، كتاب الحيض، باب نسخ الماء من الماء ووجوب الغسل بالتقاء الختانين، رقم الحديث: 89-350، ج: 1، ص: 272.

4 ابن العثيمين، فتح ذي الجلال والاکرام بشرح بلوغ المرام، ج: 4، ص: 547-548.

5 البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا يخلون رجل بامرأة إلا ذو محرم، والدخول على المغيبة، رقم الحديث: 5233، ص: 1333.

6 الصنعاني، شبل السّلام، المجلد: 2، ج: 4، ص: 173.

7 عن أبي عبد الله محمد بن أحمد بن موسى الرّازي قال: "حضرت مجلس موسى بن إسحاق القاضي وقدمت امرأة زوجها إليه فادعت عليه مهرها خمسمائة دينار، فأنكر، فقال وكيل المرأة: قد أحضرت شهودي، فقال واحد من الشهود: أنظر إلى المرأة، فقام وقامت، فقال الزوج: تفعل ماذا تنظر

- ما الفائدة من هذه الخلوّة إذا كان القاضي سيواجه الزوجين بكلامهما في جلسة مشتركة، وبالتالي سيُعلم كل طرف ما قاله الطرف الآخر للقاضي في الجلسة السريّة.
- كما أنّه يُمكن للزوجة أن تكتب ما تريد في ورقة وتسلمها للقاضي دون الحاجة إلى الخلوّة بها، وإذا لم تكن الزوجة تكتب فإنّه يمكن أن تطلب إلى من تثق فيها بكتابة ما تُريد.
- يمكن أن توكل الزوجة أحد محارمها في نقل ما تريده للقاضي، أو يحضر معها الجلسة مع القاضي.
- كما أنّ الصلح ليس شرطاً أن يقوم به القاضي فقد يقوم به غيره من محارمها وهنا يمكن أن يخلو بها، وكان شريح القاضي يقول: "إنّما حبس القاضي لفصل القضاء، ولأجله تقدّم إليه الخصمان، وللصلح غير القاضي، فينبغي للقاضي أن يشتغل بما تعيّن له ويَدع الصلح لغيره".<sup>1</sup>
- د- تحرير محضر الصلح.

نصّت المادّة 443 ق إ م إ ج: "يُثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر يُحرّر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي.

يُوقّع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويُودع بأمانة الضبط".<sup>2</sup>

لم يشترط المشرع الجزائري شكلاً معيناً لتحرير محضر الصلح، أو بيانات معيّنة، إنّما يكفي أن يتضمّن المحضر ما اتفق عليه الزوجان، وصريحاً به أمام القاضي دون أن يحتوي على رأي هذا الأخير، أو تعليل منه كونه لا يخضع في ذلك لرقابة جهة قضائية أعلى، كما أنّه لا يُشترط أن يحتوي المحضر على التزامات إذا اكتفى الزوجان بالصلح، مع ضرورة توقيعه من طرف القاضي، وأمين الضبط، والطرفين<sup>3</sup>، ولأهميّة التوثيق في حفظ الحقوق وقطع النزاعات كانت آية الدّين أطول آية في القرآن الكريم.

أمّا بالنسبة لمسألة التّحكيم بين الزوجين والتي تُعد صورة من صور الإصلاح بين الزوجين، فإنّها ليست جزءاً من هذا البحث الذي يتناول طلاق الزوج، لأنّه لا يكون بعد طلاقه، وإذا أبدى الزوج رغبته في الطلاق، فهذه الحالة ليست من صور التّحكيم بين الزوجين، لأنّ مهمّة الحكّمين - إذا وقع النزاع بين الزوجين، وخشي

إلى امرأتي، قالوا: نعم. قال: فإني أشهد القاضي أن لها عليّ مهرها خمسمائة دينار كلّها ذهباً عيناً مثاقيل، ولا تُسفر عن وجهها، قالت المرأة: فإني أشهد القاضي أنني قد وهبتها له. قال القاضي: يكتب هذا في مكارم الأخلاق"، ينظر البيهقي، شعب الإيمان، فصل في الزهد، باب في الغيرة والمضاء، رقم الأثر: 10313، ج: 13، ص: 265.

1 السرخسي، المبسوط، ج: 20، ص: 137.

2 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السّالف الذّكر، ص: 37-38.

3 سي بوغزة لإيمان، دور القضاء في تفعيل الصلح الأسري على ضوء التشريع الجزائري، مجلّة العلوم السياسيّة والقانون، المركز الديمقراطي العربي ألمانيا، ع: 21، 2020م، المجلّد: 4، ص: 114.

## الفصل الأول: سلطة القاضي على إرادة الزوج في الطلاق.

تفرّقهما- على مذهب الحنفيّة<sup>1</sup>، والشافعيّة<sup>2</sup>، ورواية للحنابلة<sup>3</sup> الإصلاح لا غير، إلا إذا وكلهما الزوجان للتفريق، وليس موضوعنا التوكيل في الطلاق، وعلى مذهب المالكيّة<sup>4</sup> وقول للشافعيّة<sup>5</sup>، ورواية للحنابلة<sup>6</sup> أنّ لهما مهمّة الجمع أو التفريق، وهذا كذلك خارج عن موضوع الطلاق بإرادة الزوج.

<sup>1</sup> الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، المجلد: 4، ص: 457.

<sup>2</sup> الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 116.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 320.

<sup>4</sup> مالك ابن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 270.

<sup>5</sup> الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 117.

<sup>6</sup> ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 320.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تكييف طلاق الزوج، وماهية حكمه.

القضاء هو السلطة المسؤولة عن إصدار الأحكام في المنازعات المعروضة أمامه، ومن بين أكثر

القضايا التي ينظر فيها هي قضايا الطلاق، لذا سيتم تناول هذه السلطة والحكم الصادر عنها في

المطلبين التاليين:

المطلب الأول: سلطة القاضي في تكييف طلاق الزوج.

المطلب الثاني: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق والطعن فيه.

## المطلب الأول: سلطة القاضي في تكييف طلاق الزوج.

قد يمارس الزوج حقه في الطلاق لكنه قد يكون مُتعدِّدًا، وقد يكون مُنصفًا، وهذا المطلب سيتطرق فيه إلى سلطة القاضي في كلتا الحالتين.

### الفرع الأول: سلطة القاضي في تكييف الطلاق التعسفي.

أولاً: تعريف الطلاق التعسفي.

#### 1/ لغةً.

**التعسف:** عَسَفَ العَيْنَ والسَّيْنَ والفَاءَ كلمات تتقارب ليست تدلّ على حَيْرٍ، إنّما هي كالحَيْرَةِ، وَقَلَّةِ البَصِيرَةِ<sup>1</sup>، والعَسْفُ السَّيْرُ بغير هداية، والأخذ على غير الطريق، وَرُكُوبُ الأَمْرِ بلا تَدْبِيرٍ، ولا رَوِيَّةٍ، وَرَجُلٌ عَسُوفٌ إذا لم يقصد قصد الحق<sup>2</sup>، ولها معان أخرى منها:

- الظلم والجور: عَسَفَ فلان فلاناً عَسْفًا ظَلَمَهُ، والعَسْفُ في الأصل أن يأخذ المسافر على غير طريق، ولا جادة، ولا عَلمَ، فنقل إلى الظلم والجور، وَرَجُلٌ عَسُوفٌ إذا كان ظلوماً<sup>3</sup>.

- الامتهان والإرهاق: العَسِيفُ الأَجِيرُ المُسْتَهَانُ به، والمملوك المُسْتَهَانُ به، وفي الحديث عن أبي هريرة، وزيد بن خالد رضي الله عنه قال: { كُنَّا عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ: ... إِنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا عَلَيَّ هَذَا... }<sup>4</sup>، وَأَعْسَفَ الرَّجُلُ إذا أخذ غلامه بِعَمَلٍ شَدِيدٍ<sup>5</sup>، وَعَسَفَهُ بَعِيرُهُ تَعْسِيفًا أَيَّ أُنْعَبَهُ بِالسَّيْرِ<sup>6</sup>.

- الموت والإشراف عليها: عَسَفَ البَعِيرُ يَعْسِفُ عَسْفًا وَعُسُوفًا، فهو عاسِفٌ: أي أشرف على الموت من العُدَّةِ، فجعل يتنفس فترجف حنجرتة<sup>7</sup>، وهو كالتنزع في الإنسان<sup>8</sup>.

#### 2/ اصطلاحاً.

نبدأ أولاً بتعريف التعسف في استعمال الحق، لم يُعرف قديماً، وإنما جاء ذكر مفردة التعسف في فتاويهم، وقد عرّفه بعض المعاصرين بتعاريف منها:

\* "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل."<sup>9</sup>

1 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب العين، باب العين والسَّيْنِ وما يثلاثهما (عسف)، ج: 4، ص: 311.

2 ابن منظور، لسان العرب، حرف الفاء، فصل العين المهملة (عسف)، المجلد: 9، ص: 245.

3 المرجع نفسه، المجلد: 9، ص: 245-246.

4 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب الاعتراف بالزنا، رقم الحديث: 6827، ص: 1688.

5 ابن منظور، لسان العرب، حرف الفاء، فصل العين المهملة (عسف)، المجلد: 9، ص: 246.

6 مرتضى الزبيدي، تاج العروس، فصل العين مع الفاء (عسف)، ج: 24، ص: 159.

7 المرجع نفسه، ج: 24، ص: 157، ابن منظور، لسان العرب، حرف الفاء، فصل العين المهملة (عسف)، المجلد: 9، ص: 246.

8 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب العين، باب العين والسَّيْنِ وما يثلاثهما (عسف)، ج: 4، ص: 312.

9 الدررني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص: 87.

\* " هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير".<sup>1</sup>

وفي القانون أدرجه بعضهم كصورة من صور الخطأ المؤلّد للمسؤوليّة التقصيريّة، وبعضهم اعتبره مستقلاً عن الخطأ، حيث يرتبط بغاية الحقّ، ومدى الالتزام بها، أو الخروج عنها<sup>2</sup>، فعرف بناءً على هذا إلى تعاريف منها: " التعسف في استعمال الحقّ ليس إلا صورة من صور الخطأ التقصيري، فيدخل بهذا الاعتبار في نطاق المسؤولية التقصيريّة".<sup>3</sup>

\* " تخلف غاية الحقّ أو مناقضتها".<sup>4</sup>

يلاحظ على التعسف في استعمال الحقّ أنّه قريب من معنى قاعدة سدّ الذرائع، لأنّ هذه القاعدة تقوم على أساس أنّ الشارع شرع أحكامه لتحقيق مقصد جلب المصالح ودفع المفاسد، فإذا تُوصل بها إلى غير مقاصدها فإنّ الشارع قطع الأسباب المؤصلة إلى ذلك، وقد أشار إلى هذا الإمام الشاطبي فقال: " من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكلّ ما ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تُشرع له فعمله باطل".<sup>5</sup> لكنّ الإشكاليّة التي تُثار هي مدى ترتيب التعويض عن الضرر الواقع من التعسف في استعمال الحقّ، والتي ستكون محلّ بحث في الفصل الثّاني.

اجتهد بعض الباحثين في تعريف الطلاق التعسفي جمعاً بين تعريف الطلاق والتعسف، فعرف بأنّه: " هو الطلاق الذي يقع بإرادة منفردة، ويكون بنية إلحاق الضرر بالزوجة، ويترك تقديره للقضاء"<sup>6</sup>، الملاحظ على هذا التعريف هو أنّه غير جامع إذ أنّه اقتصر على إلحاق الضرر بالزوجة، ولم يتضمّن مناقضة قصد الشارع من تشريع الطلاق مع أنّه يندرج تحته، لذلك يضاف للتعريف قيد، ويُحذف منه قيد، فيكون التعريف كالتالي: هو الذي يقع بإرادة الزوج المنفردة، يُناقض فيه قصد الشارع من الطلاق، أو يُمكن أن يُختصره فنقول هو طلاق الزوج لزوجته من غير حاجة شرعية.

ثانياً: صور الطلاق التعسفي.

الأصل في الطلاق الإباحة وهو مذهب جمهور الفقهاء، فهو حقّ خالص للزوج شرعاً، لكن قد يُخالف الزوج بطلاقه مقصود الشرع من إباحة الطلاق، فيقع في الطلاق التعسفي، وهذه صور له:

1 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 7، ص: 530.

2 رشيد عمري، التعسف في استعمال حقّ الطلاق، مجلّة الحضارة الإسلاميّة، جامعة مصطفى اسطمبولي، معسكر، ع: 1، أبريل 2018م، المجلّد: 19، ص: 238.

3 السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلّد: 2 (الالتزام بوجه عام)، ج: 1، ص: 842.

4 حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ص: 763.

5 الشاطبي، الموافقات، المجلّد: 1، ج: 2، ص: 283.

6 ولد خسال سليمان، سلطات القاضي في الطلاق التعسفي، المجلّة الجزائرية للعلوم القانونيّة والاقتصاديّة والسياسيّة، ع: خاص (قانون الأسرة)، كليّة الحقوق، جامعة الجزائر، ص: 63.

## 1/ الطلاق بقصد تطويل العدة.

قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [البقرة: 229]، قال الربيع: "كان الرجل يُطلق امرأته تطليقةً واحدةً، ثمَّ يدعها، حتى إذا ما تكاد تخلو عِدَّتْها راجعها، ثمَّ يُطلقها، حتى إذا ما كاد تخلو عِدَّتْها راجعها، ولا حاجة له فيها، إنما يُريد أن يُضارها بذلك، فنهى الله عن ذلك..."<sup>1</sup>، لذلك لما كان الطلاق غير محدود، وكان في ذلك ضرر على المرأة حدَّده الشَّرع بِبُتْنَيْنِ يملك فيهما الزوج الرجعة، والثالثة لا رجعة له عليها، قال عروة بن الزبير: "كان الرجل يُطلق ما شاء ثمَّ إن راجع امرأته قَبْلَ أن تنقضي عِدَّتْها كانت امرأته، فغضب رجل من الأنصار على امرأته، فقال لها: لا أقرئك ولا تحلين مِنِّي، قالت له: كيف؟ قال: أُطلقك، فإذا دنا أجلك راجعتك، ثمَّ أُطلقك، فإذا دنا أجلك راجعتك، قال: فشككت ذلك إلى النبي ﷺ، فأنزل الله جل ثناؤه: ﴿إِذَا طَلَّقَ مَرْتَنٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾ الآية."<sup>2</sup>، وقد يكون مراده المال من تطويل العدة، قال الضَّحَّاك في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا﴾: "هو الرجل يُطلق امرأته واحدةً ثمَّ يراجعها، ثمَّ يُطلقها ثمَّ يراجعها، ثمَّ يُطلقها، ليُضارَّها بذلك، لِتختلعه منه."<sup>3</sup>.

## 2/ طلاق الفارِّ.

العنونة بطلاق الفارِّ هو الرَّاجح، لأنَّ الحُكْمَ غير مختصَّ بالمرض لكن من نَظَرَ إلى أصالة المرض عَنُون به، والباقي تبع له<sup>4</sup>.

أ- تعريفه: هو أن يُطلق الزوج زوجته المدخول بها في مرض الموت بغير رضاها طلاقاً بائناً، قاصداً بذلك حرمانها من الميراث.

المقصود بمرض الموت: كلٌّ من غالب حاله الهلاك بمرض، أو غيره كان له حُكْمَ مَرَضِ الموت، فالمراد به ما تحقَّق فيه أمران: الأوَّل - أن يكون الغالب فيه الهلاك عادةً، الثَّاني - أن يتَّصل به الموت، ويلحق به من يتربَّط الموت كالمحكوم عليه بالإعدام، والمشرف على العَرَقِ في سفينة<sup>5</sup>، وقد نصَّ على هذا المعنى قرار المحكمة العليا: "حيث أنَّ مَرَضِ الموت هو المرض الَّذي يَغلب فيه هلاك المريض بحيث يَشعرُ بِدُنُوِّ أَجله، وينتهي بوفاته، وتقدير ذلك هي مسألة واقِعٍ تخضع لتقدير قاضي الموضوع، على القضاة بيان نوع المرض، وهل كان الهلاك فيه غالباً وقت التَّصرف."<sup>6</sup>.

1 الطَّبْرِي، تفسير الطَّبْرِي، سورة البقرة، ج: 4، ص: 180.

2 المرجع نفسه، سورة البقرة، ج: 4، ص: 125.

3 المرجع نفسه، سورة البقرة، ج: 4، ص: 181-182.

4 شيخي زاده، مجمَع الأئمَر في شرح ملتقى الأئمَر، ج: 2، ص: 72.

5 وهبة التَّحِيلِي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 7، ص: 452.

6 قرار عن الغرفة المدنيَّة، المحكمة العليا، رقم القرار: 418962، بتاريخ: 2008/06/18م، المجلة القضائية، ع: 10، 2010م، ص: 294.

ب- حُكْم طلاق الفَارِّ.

\* مَوْقف الفقه الإسلامي من طلاق الفَارِّ.

اتَّفَق الفقهاء على صحّة طلاق المريض مَرَض الموت<sup>1</sup>، كصَحَّته من الزَّوج السليم ما دام كامل الأهليّة<sup>2</sup>، لأنّه لما صحَّ نكاحه فطلاقه أوّل، ولما صحَّ كذلك ظهاره وإيلاؤه، صحَّ طلاقه من باب أوّل، لأنّ حُكْمه أغلظ<sup>3</sup>.

\* الموقف القانوني من طلاق الفَارِّ.

- مَوْقف القانون الجزائري من طلاق الفَارِّ.

لم يرد نصّ في القانون الجزائري يتناول الطّلاق في مَرَض الموت، ليرتك المشرع بذلك الأمر لاجتهادات المحاكم، ومن بيّن قرارات المحكمة العليا في هذا الموضوع:

- " من المقرّر فقهاً وقضائاً أنّ مَرَض الموت الذي يبطل به التّصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ويَجُرُّ إلى الموت وبه يفقد المتصرّف وعيه وتمييزه، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يُعدّ خرقاً للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص<sup>4</sup>.

- " لكن وحيث إنّ المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطّلاق، وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعاً وقانوناً بخلاف الميراث، فإنّ حقّ الطاعنة فيه ثابت شرعاً إذا طُلّقت في مَرَض الموت، لأنّه لا يوجد أيّ تلازم بين العِدّة والحقّ في الميراث حتّى ولو وقعت الوفاة بعدة بمدّة طويلة من انقضاء عِدّتها لاحتمال أنّ طلاقه لها كان بنية جرماتها من الميراث، عملاً بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود، وعليه فالوجه غير مؤسّس الأمر الذي يتعيّن معه رفض الطّعن<sup>5</sup>.

يُظْهر من هذين القرارين أنّ طلاق الزوج في مَرَض الموت يقع مهما بلغت خطورة هذا المرض، إلا إذا كان المرض مؤثراً في أهليّته.

1 ابن جزري، القوانين الفقهية، ص: 389، الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 215، ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج: 2، ص: 181، الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 254، ابن قدامة، الكافي، ج: 2، ص: 313، وما بعدها، ابن حزم، المحلّي، ج: 9، ص: 486، قال الماوردي: " وقال الشّعبي طلاق المريض لا يقع لأجل التّهمة"، وهذا خطأ، ينظر الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 263.

2 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج: 29، ص: 49.

3 الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 263.

4 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 33719، بتاريخ: 1984/07/09م، المجلّة القضائية، ع: 3، 1989م، ص: 51.

5 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 179696، بتاريخ: 1998/03/17م، المجلّة القضائية ع: خاص، 2001م، ص: 99.

- موقف بعض القوانين العربية من طلاق الفأر.

القانون القطري.

نصت المادة 164 ق أ ق: " إذا توفى الزوج، والمرأة في عِدَّة الطَّلَاق البائن، فإنَّها تُكملها ولا تلزمها عِدَّة الوفاة، إلَّا في طلاق الفأر في مَرَض الموت، فَتَعْتَدُ بأبعد الأجلين من عِدَّة طلاق أو وفاة.<sup>1</sup> وافق القانون القطري القانون الجزائري، وما اتَّفَق عليه فقهاء الإسلام في وقوع طلاق الفأر.

القانون العراقي.

نصت المادة 35 ق أ ش ع: " لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم:

1- السكران والمجنون والمعتوه والمكروه ومن كان فاقد التَّمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كِبَر أو مَرَض.

2- المريض في مَرَض الموت أو في حالة يَغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه زوجته.<sup>2</sup>

أخذ المشرع العراقي بعدم وقوع طلاق المريض مَرَض الموت، ويكون بذلك قد شَدَّ عن اتِّفاق فقهاء الأمة في وقوع طلاقه، إلَّا أنَّ اجتهادات محكمة التَّمييز العراقية جاءت مخالفةً له: " التَّأكد من مَرَض الموت في دعوى التفريق أنَّ الثَّابت في آراء الفقهاء أنَّ الزَّوج إذا طَلَّق زوجته في مَرَض الموت ثمَّ توفِّي فإنَّ طلاقه يقع شرعاً، ولكنَّ زوجته ترثه، إذ يُعدُّ الزَّوج فأراً من توريتها فَيُرَدُّ عليه قَصده.<sup>3</sup>

3/ الطلاق لمرض لا يؤثر في الحياة الزوجية.

بالنسبة للأمراض التي لا تؤثر في الحياة الزوجية فإنَّ الطَّلَاق بسببها يُعدُّ طلاقاً لغير حاجة، أمَّا العقم فجاء في قرار للمحكمة العليا " عقم الزَّوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يُعدُّ سبباً من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حقَّ الطَّلَاق، بتظلم الزَّوجة.<sup>4</sup> وبالتالي لو أوقع الزوج الطَّلَاق بسبب عقم

1 قانون رقم: 22 لسنة 2006م صدر ب 1427/06/03 هـ الموافق: 2006/06/29م، المتضمّن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية لدولة قطر، ع: 8، في: 28 أغسطس 2006م، ص: 193.

2 قانون رقم: 188 تاريخ التشريع 1959/12/30م، يتضمّن قانون الأحوال الشخصية، الوقائع العراقية، ع: 280، بتاريخ: 1959/12/30م، رقم: \_\_\_\_\_ الج \_\_\_\_\_، ص: 889، <https://iraqld.e-sjc-.services.iq/LoadLawBook.aspx?page=4&SC=151220056661242&BookID=12294>

تاريخ الاطلاع: 2024/03/27م.

3 محكمة التَّمييز العراقية، رقم 255/موسعة أولى / 1996 في 1967/01/22م، غير منشور، نقلاً عن إباد عايد فتحى السّمحان، ومنتهى داود حجازي، قابلية توريث المطلقة البائنة بين الفقه والقانون، مجلّة دراسات علوم الشريعة والقانون، كليّة الحقوق، كليّة الشريعة، الجامعة الأردنية، المجلّد: 41، ملحق: 3، 2014م، ص: 1070-1071.

4 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 373707، بتاريخ: 2006/11/15م، المجلّة القضائية، ع: 1، 2007م، ص: 499.

الزوجة فإن طلاقه قانوناً سيعدّ تعسفياً، وسيحتّم تبعاته القانونيّة، وقد ذهب الجمهور إلى أنّ العقم ليس سبباً في الفسخ قال ابن قدامة: "ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافاً، إلا أنّ الحسن قال: إذا وُجد أحد الزوجين الآخر عقيماً يُجبر<sup>1</sup>"، وعليه فإذا طلق الزوج المرأة بسبب العقم فهل طلاقه لغير حاجة، وبالتالي يكون متعسفاً؟، هذا الأمر والله أعلم يختلف فيه الناس على حسب أحوالهم، إلا أنّ الإشكال أنّ المحكمة العليا اعتبرت العقم في حقّ الزوج عيباً يحقّ به للزوجة طلب التّطليق، وفي هذا تفرقة بين الزوج والزوجة في هذا الأمر، ومخالفة لما عليه أهل العلم كما قال ابن قدامة، حيث جاء في أحد قراراتها "ولما أسّس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتّطليق على عدم إمكانية إنجاب الولد، استناداً لنتائج الخبرة الطبيّة التي خلّصت إلى عقم الزوج فإنهم قد وُفروا لقضائهم الأسباب الشرعيّة الكافيّة ..."<sup>2</sup>.

### 4/ الطلاق لغير سبب.

#### أ- الطلاق لغير سبب في الشريعة الاسلاميّة والقانون الجزائري.

إذا توفّرت في الطلاق شروطه وأركانه فإنّه واقع بلا شكّ، وليس الزوج مطالباً شرعاً أن يُوقعه أمام القضاء كما تمّ توضيحه في المبحث السّابق، وذهب الجمهور إلى أنّ الطلاق في أصله مباح، ويُكره إيقاعه لغير حاجة كما ذكر في الفصل التّمهيدي، لأنّه يكون بذلك قد فوّت المقاصد التي شرّع من أجلها الزواج دون عذر، قال السرخسي: "لأنّ فيه كُفران النّعمة فإنّ النّكاح نعمة من الله تعالى على عباده."<sup>3</sup> قال تعالى: ﴿وَمَنْ آتَيْتَهُ خَلْقُ السَّمُوتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتَلَفُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِلْعَالَمِينَ﴾ [الروم: 21].

ولنضرب مثلاً بطلاق الهازل فهو واقع، فهل طلق لغير حاجة؟، الجواب لا، فالهازل والمطلق لغير حاجة كلاهما يدلّ على سفهه، والمطلق لغير حاجة ليس أهلاً لتحتمل مسؤولية أسرة، فيكون في طلاقه منفعة للمرأة وأسرتهما بتخلّصها منه، كما أنّه بالنظر إلى واقع حياتنا نجد الطلاق لغير سبب نادر الوقوع.

ولما كان استعماله في الغالب لغير حاجة كان في أصله مباحاً، دون النّظر إلى هذا النّادر الذي يستعمله لغير حاجة، والقاعدة تقول: "الحكم للغالب والنّادر لا حكم له"، وليس المقصود هنا البحث في حقيقة السبب كونه مقنعاً أو غير مقنع، فهذا أمر آخر، لأنّ مثل هذه الأمور نسبيّة فما يكون سبباً مقنعاً لشخص قد لا يكون كذلك لآخر، لذلك لم يطلب الشرع من الزوج تسبب طلاقه، ولا يوجد من الفقهاء من قال بأنّ الزوج مطالب بتسبب طلاقه، ومن قال به فقد قال بقول محدّث لا أصل له، وقد قال عليه السلام: { مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا

1 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 186.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 87301، بتاريخ: 1992/12/22م، المجلة القضائية، ع: 2، 1995م، ص: 92.

3 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 2.

فَهُوَ رَدٌّ<sup>1</sup>، إلا أنّ نصوص قانون الإجراءات المدنية والادارية اشترطت لقبول أيّ دعوى بما فيها دعوى الطلاق وجود المصلحة، كما نصّت على ذلك المادة 13 و 15 ق إ م إ ج، مع أنّ بعض قرارات المحكمة العليا نصّت على أنّ الزوج ليس مطالباً بتسبب طلاقه، وقد ذُكر ذلك في المبحث السابق من هذه القرارات:

- " من المقرر قانوناً أنّه يحقّ للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التّسبب ليس في محله، ومتى تبيّن - في قضية الحال - أنّ للزوج الحقّ في تحمّل مسؤوليّة الطلاق دون أن يُفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنّباً للحرج، أو تخطياً لقواعد الإثبات، خلافاً للأزواج الذين يُقدّمون تبريرات لإبعاد المسؤوليّة عنهم.

وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قَضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبّقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.<sup>2</sup>

- " من المقرر قانوناً أنّ الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف، ما عدا في جوانبها المادّية، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ مخالفاً للقانون، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ قضاة المجلس عدّلوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق للخلع إلى الطلاق بتظلم الزوج يكونوا قد تطرّقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادّية مخالفين بذلك القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.<sup>3</sup>

في حين جاءت قرارات أخرى تُطالبه بتسبب طلاقه منها:

- " من المقرر قانوناً أنّ تقدير الضّرر مسألة موضوعيّة من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع. ومتى تبيّن - من قضية الحال - أنّ الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأنّ عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضرراً معنوياً بالمستأنفة، وعليه فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبّقوا صحيح القانون، ممّا يستوجب رفض الطعن.<sup>4</sup>

ومنه يظهر أنّ الحقّ الذي أعطاه القانون للزوج في عدم تسبب طلاقه حقّ صوري لا معنى له، إذ أنّه ربّ عليه تعويضاً مالياً للطرف الآخر، والشريعة الإسلامية وإن أعطت للزوج حقّ الطلاق إلا أنّها حرّمت عليه قصد الإضرار بالزوجة فيأخذ ما لها قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ إِسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِخْدِيَهُنَّ قِنطَارًا

1 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضيّة، باب نقض الأحكام الباطلة، وردّ محدثات الأمور، رقم الحديث: 18- (1718)، ج: 3، ص: 1343-1344.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 223019، بتاريخ: 15/06/1999م، المجلّة القضائيّة، ع: خاص، 2001م، ص: 104.

3 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 72858، بتاريخ: 20/03/1991م، المجلّة القضائيّة، ع: 1، 1993م، ص: 57.

4 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 216865، بتاريخ: 16/03/1999م، المجلّة القضائيّة، ع: خاص، 2001م، ص: 256.

## الفصل الأول: سلطة القاضي على إرادة الزوج في الطلاق.

فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿20﴾ [النساء: 20]، قال الطّبري: " وغير جائز للرجل أخذ شيء مما آتاه، إذا أراد طلاقها من غير نشوز كان منها، ولا ريبه أنت بها."<sup>1</sup>.

ب- الطّلاق لغير سبب في بعض القوانين العربيّة.

\* القانون الأردني.

نصّت المادة 155 ق أ ش أ: " إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التّعويض، حكم لها على مُطَلِّقِهَا بِتَعْوِيزٍ لَا يَقِلُّ عَنْ نَفَقَةِ سَنَةٍ، وَلَا يَزِيدُ عَلَى نَفَقَةِ ثَلَاثِ سَنَوَاتٍ، وَيُرَاعَى فِي فَرَضِهَا حَالُ الزَّوْجِ عَسْرًا وَيَسْرًا، وَيُدْفَعُ جَمَلَةً إِذَا كَانَ الزَّوْجُ مُوسِرًا، وَأَقْسَاطًا إِذَا كَانَ مَعْسِرًا، وَلَا يُؤَثَّرُ ذَلِكَ عَلَى حُقُوقِهَا الْآخَرَى."<sup>2</sup>.

\* القانون السوري.

نصّت المادة 117 ق أ ش س: " إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أنّ الزوج مُتَعَسِّفٌ فِي طَلْقِهَا دُونَ مَا سَبَّبَ مَعْقُولٌ، وَأَنَّ الزَّوْجَةَ سَيَصِيبُهَا بِذَلِكَ بُؤْسٌ وَفَاقَةٌ جَازٌ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْكُمَ لَهَا عَلَى مُطَلِّقِهَا بِحَسَبِ حَالِهِ وَدَرَجَةِ تَعَسُّفِهِ بِتَعْوِيزٍ لَا يَتَجَاوَزُ مَبْلَغَ نَفَقَةِ ثَلَاثِ سَنَوَاتٍ لِأَمْتَالِهَا فَوْقَ نَفَقَةِ الْعِدَّةِ، وَلِلْقَاضِي أَنْ يَجْعَلَ دَفْعَ هَذَا التَّعْوِيزِ جَمَلَةً أَوْ شَهْرِيًّا بِحَسَبِ مُقْتَضَى الْحَالِ."<sup>3</sup>.

\* القانون المغربي.

نصّت المادة 84 م أ م " تشمل مستحقات الزوجة: الصّدق المؤخّر إن وُجد، ونفقة العِدّة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية الماليّة للزوج، وأسباب الطّلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه."<sup>4</sup>، لم يعتبر القانون المغربي الطّلاق في حدّ ذاته ضرراً يترتب عليه التّعويض، لكن على المطلقّ تسبب طلاقه حتّى لا يكون طلاقاً تعسفياً.

يلاحظ على هذه النصوص أنّها ألزمت الزوج بتسبب طلاقه لينجو من الحكم عليه بالطلاق التعسفي، وبالتالي التّعويض، وأدرج القانون المغربي التّعويض عن الطّلاق التعسفي في المتعة.

1 الطّبري، تفسير الطّبري، سورة النساء، ج: 6، ص: 547.

2 قانون رقم: 36، لعام 2010م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية، دائرة قاضي القضاة، <https://sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/PDFs/AR/AppliedLegislations/a7walsha5seye.p> df، تاريخ الاطلاع: 2024/03/28م.

3 قانون رقم: 59 للعام 1953م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية، نشر بتاريخ: 1953/09/07م، مجلس الشعب، الجمهورية العربية السورية، <http://parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=201&nid=11333&ref=tree>، تاريخ الاطلاع: 2024/03/28م.

4 ظهير شريف رقم: 1.04.22، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر: ص: 429.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تكييف الطلاق غير التعسفي.

إنَّ الطَّلَاقَ غيرَ التعسفي هو الذي إلترزم فيه صاحبه بالقيود، والآداب الشرعية محققاً به مقاصد الشريعة التي شرع من أجلها الطلاق، مما يعني أنَّ طلاقه كان لحاجة شرعية، والتي منها العيوب التي تكون في المرأة، ولا يمكن معها استمرار الحياة الزوجية.

1/ تعريف العيب.

أ- لغة: عَيْبُ العَيْنِ والياء والباء أصلٌ صحيح<sup>1</sup>، العَاب والعَيْبُ والعَيْبَةُ: الوضمة،<sup>2</sup> وَرَجُلٌ عَيْبَةٌ: وَقَعَ فِي النَّاسِ<sup>3</sup>، والجمع أَعْيَابٌ وَعَيْبُوتٌ، ولو فتحتهما أو كسرتهما في الاسم والمصدر جميعاً لجاز، لأنَّ العَرَبَ تَقُولُ المَعَابُ والمَعِيبُ<sup>4</sup>، وتدل على معان أخرى منها:

- احداث الثقب: عَابَ المَاءُ ثَقِبَ الشَّطُّ، فخرج مُجَاوِزَهُ<sup>5</sup>.

- مَحْبَأُ الشَّيْءِ: العَيْبَةُ وَعَاءٌ مِنْ أَدَمَ يَكُونُ فِيهِ المَتَاعُ، والعَيْبَةُ كذلك زَيْلٌ مِنْ أَدَمَ يُنْقَلُ فِيهِ الزَّرْعُ المَحْصُودُ إِلَى الجَرِينِ فِي لُغَةِ هَمْدَانَ، والعَيْبَةُ أيضاً مَا يُجْعَلُ فِيهِ الثِّيَابُ، وذلك أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا يَضَعُ فِي عَيْبَتِهِ حُرَّ مَتَاعِهِ، وَصَوْنَ ثِيَابِهِ، والعَرَبُ تُكْنِي عَنِ الصَّدُورِ والقُلُوبِ التي تحتوي على الضمائر المخففة بالعياب، لأنَّ الرَّجُلَ يَكْتُمُ فِي صَدْرِهِ أَخْصَ أسْرَارِهِ التي لا يُجِبُّ شِيوعَهَا، فَسَمِيَتْ الصَّدُورُ والقُلُوبُ عِيَاباً، تشبيهاً بعِيَابِ الثِّيَابِ، فعَيْبَةُ الرَّجُلِ مَوْضِعُ سِرِّهِ<sup>6</sup>.

- الخائِرُ: العَائِبُ الخائِرُ مِنَ اللَّبَنِ، وَعَابَ السِّتَاءُ، أَيُّ إِذَا حَثَرَ مَا فِيهِ مِنَ اللَّبَنِ<sup>7</sup>.

ب- اصطلاحاً: نُقْصَانٌ بَدَنِيٌّ أَوْ عَقْلِيٌّ فِي أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ يَجْعَلُ الحَيَاةَ الزَّوْجِيَّةَ غيرَ مُثْمِرَةٍ أَوْ قَلْقَةً لا اسْتِقْرَارَ فِيهَا<sup>8</sup>، قال النَّوَوِيُّ "والعيب في النكاح ما يُنْفِرُ عَنِ الوطءِ وَيَكْسِرُ سُورَةَ التَّوَاتُقِ"<sup>9</sup>.

الملاحظ على هذين التعريفين اقتصرهما على الجانب الخُلقي، واغفالهما للجانب الخُلقي، رغم أنَّ أثره قد يكون أكبر من الجانب الآخر، لذلك يقترح الباحث التعريف التالي: نُقْصَانٌ خُلْقِيٌّ أَوْ خِلْقِيٌّ فِي أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ، أَوْ كِلَيْهِمَا يَمْنَعُ مِنَ تَحْصِيلِ مَقَاصِدِ الزَّوْاجِ، وَيؤَثِّرُ عَلَى اسْتِمْرَارِ الحَيَاةِ الزَّوْجِيَّةِ.

1 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب العين، باب العين والياء وما يثلثهما (عيب)، ج: 4، ص: 189.

2 ابن منظور، لسان العرب، حرف الباء الموحدة، فصل العين المهملة (عيب)، المجلد: 1، ص: 633.

3 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب العين، باب العين والياء وما يثلثهما (عيب)، ج: 4، ص: 189.

4 ابن منظور، لسان العرب، حرف الباء الموحدة، فصل العين المهملة (عيب)، المجلد: 1، ص: 633-634.

5 المرجع نفسه، المجلد: 1، ص: 634.

6 المرجع نفسه.

7 مرتضى الزبيدي، تاج العروس، فصل العين المهملة (عيب)، ج: 3، ص: 450.

8 محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص: 587.

9 التووي، تهذيب الأسماء واللغات، حرف العين، القسم: 2، ج: 2، ص: 53.

ج- العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي.

يلاحظ أنّ المعنى اللغوي أعمّ من الاصطلاحي إذ يشتمل على النقص الذي يكون في الإنسان، وغير ذلك.

2/ بعض العيوب التي يكون فيها الطلاق لحاجة.

لم يتناول المشرع الجزائري العيوب، والأسباب التي بموجبها يحقّ للرجل الطلاق، ويرجع ذلك إلى أنّ تقدير الحاجة أمر موضوعي متروك للقاضي، لذا سيتمّ ذكر بعض العيوب التي قد تكون سبباً في الطلاق، والحاصل أنّ العيوب الخلقية قد اختلف الفقهاء فيها بين من حدّدها وهم الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وبين من لم يجعل لها حدّاً وهو قول الزهري، والقاضي شريح، وأبو ثور، وشيخ الإسلام ابن تيمية، وابن قيم وبعض الحنابلة<sup>1</sup>، والتي ذكرها الفقهاء عموماً سبعة منها ثلاثة مشتركة وهي: الجنون والجذام والبرص، ومنها اثنان يختصان بالمرأة وهما: الرنق والقرن، واثنان يختصان بالرجل وهما: الجبّ والعنة، وزاد المالكية العديطة في العيوب المشتركة، والخصاء والاعتراض في عيوب الرجل، وزادوا العقل والبحر والأفضاء في عيوب المرأة<sup>2</sup>، هذا بالإضافة إلى العيوب الخلقية، وستناولهما بشيء من التفصيل.

أ- أسباب خلقية.

\* عدم أداء واجباتها الدينية: لقد جعل الشرع معيار اختيار المرأة الدين فقال النبي ﷺ: { تُنكح المرأة لأربع: لمالها، وحسبها، وجمالها، ولدينها، فأظفر بذات الدين تربت يداك }<sup>3</sup>، فإذا فسد دين المرأة، فسدت أسرتها، وفسد مجتمعها، قال تعالى: ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ أَجْهَلِيَّةِ الْأُولَىٰ وَأَقِمْنَ الصَّلَاةَ وَآتِينَ الزَّكَاةَ وَأَطِعْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ۗ ﴾ [الأحزاب: 33]، وقال ﷺ: { مَا تَرَكْتُ بَعْدِي فِتْنَةٌ أَصْرَ عَلَى الرَّجَالِ مِنَ النِّسَاءِ }<sup>4</sup>، لم يرد في القانون الجزائري ولا اجتهادات المحكمة العليا ما يدلّ على أنّ الاخلال بالواجبات الدينية سبب للطلاق- رغم نصّ المادة 2 من الدستور<sup>5</sup> على أنّ الإسلام دين الدولة، ممّا يعني حرمة شعائره-، إلا إذا وصل الأمر إلى حدّ الردّة فقد نصّت المادة 30 ق أ ج<sup>6</sup> على أنّه من المحرمات مؤقتاً زواج المسلمة بغير المسلم، وقد جاءت اجتهادات المحكمة العليا تؤكّد فسخ هذا الزواج لأنّ ذلك من النّظام العام: " يحقّ للزوجة المسلمة طلب

1 لمن أراد البحث في الموضوع أكثر يرجع إلى مقال سميرة عبديو، التأسيس الفقهي للأمراض المعاصرة وأثرها في الفرقة بين الزوجين دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة1، ع: 25، جوان 2020م، المجلد: 20، ص: 37-66.

2 الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج: 4، ص: 174-175.

3 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، رقم الحديث: 53-(1466)، ج: 2، ص: 1086.

4 البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب ما يبتقى من شؤم المرأة وقوله تعالى: ﴿إِنَّ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ وَأَوْلَادِكُمْ عَدُوًّا لَكُمْ﴾، رقم الحديث: 5096، ص: 1299.

5 الدستور، الصادر في 15 جمادى الأولى 1442هـ-30 ديسمبر 2020م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع: 82، ص: 7.

6 الأمر رقم 05-02 المتضمن تعديل وإتمام قانون الأسرة، السالف الذكر، ص: 20.

التطبيق في حالة ردة الزوج عن دين الإسلام، يحكم القاضي فوراً بالفرقة بين الطرفين مراعاةً للنظام العام.<sup>1</sup>، إلا أنه لم يرد في قانون الأسرة ولا اجتهادات المحكمة العليا ما يدل على فسخ الزواج لردة الزوجة، ومادامت المحكمة قد اعتبرت أن هذا الأمر من النظام العام، وطبقاً لنص المادة 222 ق أ ج يُرجع إلى الشريعة الإسلامية في كل نقص ورد في هذا القانون، مما يعني أن الأمر سيكون بالمثل إذا ما ارتدت الزوجة، لكن ينبغي التنبيه على أمر هنا، وهو أنه و إن أذن الإسلام في زواج المسلم بالكتائية، إلا أنه لم يأذن في استمرار زواج المسلم بالمرتدة إلى دين أهل الكتاب<sup>2</sup>.

\* أن لا تكون عفيفة: فلا تصون عرض زوجها عن ابن عباس رضي الله عنه: { أَنْ رَجُلًا، قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ تَحْتِي امْرَأَةً جَمِيلَةً لَا تَرُدُّ يَدَ لَامِسٍ، قَالَ: طَلَّقْهَا، قَالَ: إِنِّي لَا أَصْبِرُ عَنْهَا، قَالَ: فَأَمْسِكْهَا. }<sup>3</sup>، فمن صفات المرأة الصالحة صيانتها لعرض زوجها ولو غاب عنها قال صلى الله عليه وسلم: { أَلَا أُخْبِرُكَ بِخَيْرِ مَا يَكْنِزُ الْمَرْءُ؟ الْمَرْأَةُ الصَّالِحَةُ: إِذَا نَظَرَ إِلَيْهَا سَرَّتَهُ، وَإِذَا أَمَرَهَا أَطَاعَتْهُ، وَإِذَا غَابَ عَنْهَا حَفِظَتْهُ. }<sup>4</sup>، وحدود صيانة العرض يختلف مفهومها في الشريعة عن القانون، فقد نصت المادة 53 ق أ ج<sup>5</sup> الفقرة 7 على حق المرأة في التطلاق للفاحشة المبيّنة، والمادة وإن جاءت في حق الزوجة إلا أن ذلك لا يمنع تعديدها للزوج لكونها من الأمور المشتركة.

وإذا رجعنا إلى قانون العقوبات الجزائري نجد أنه قد تناول موضوع الزنا إذا كانت من أحد الزوجين في نص المادة 339 ق ع ج<sup>6</sup>، ومع ذلك لم يُشر قانون الأسرة الجزائري إلى اللعان كصورة للفرقة بين الزوجين، ولم يجعل الملاعنة من المحرمات، إلا أن ذلك ورد في اجتهادات المحكمة العليا: " من المقرّر شرعاً وقانوناً أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين."<sup>7</sup>، حيث اعتبره فسخاً مع التحريم المؤبد: " تأييد الحكم القاضي بفسخ عقد الزواج مع التحريم المؤبد وإلحاق نسب الولد بأبّه."<sup>8</sup>

1 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 699785، بتاريخ: 2012/04/12، المجلة القضائية، ع: 2، 2012، ص: 274.

2 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج: 36، ص: 222-223.

3 النسائي، السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب الخلع، رقم الحديث: 5630، ج: 5، ص: 278.

4 أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الزكاة، باب في حقوق المال، رقم الحديث: 1664، ج: 2، ص: 126.

5 الأمر رقم 02-05 المتضمن تعديل وإتمام قانون الأسرة السالف الذكر، ص: 21-22.

6 قانون رقم: 82-04، مؤرخ: 19 ربيع الثاني 1402 هـ الموافق 13 فبراير 1982م، يعدل ويتم الأمر رقم: 66-156 المؤرخ 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966م، والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع: 7/ السنة: 19، الصادر: الثلاثاء 22 ربيع الثاني عام 1402 هـ الموافق: 16 فبراير 1982م، ص: 324.

7 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 69798، 1991/04/23، المجلة القضائية، ع: 3، 1994م، ص: 54.

8 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 172379، 1997/10/28، 1999م، نشرة القضاة، ع: 54، 1999م، ص: 103، نقلاً عن بوعزيز أمينة، وسعيدان أسماء، اللعان لنفي النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، ع: 4، المجلد: 57، ص: 235.

أما مقدمات الزنا فلم يعاقب عليها القانون كالممارسة الجنسية دون الوطاء، والكلام الفاحش، رغم اعتبارها في الفاحشة المبينة، والشريعة الإسلامية صانة الأعراض بأكثر من ذلك حيث حرّمت المصافحة، والخلوة، والكلام بغير ضوابطه الشرعية وغير ذلك، مما يجعل الأمر ضيقاً بالنسبة للزوج في تبرير طلاقه لدى المحكمة.

\* نشوزها: بعدم أداء واجباتها الزوجية ومسؤولياتها تجاه أسرتها وزوجها، قال ﷺ: {كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْأَمِيرُ رَاعٍ وَالرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِ بَيْتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ عَلَى بَيْتِ زَوْجِهَا وَوَلَدِهِ، فَكُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ}.<sup>1</sup>، فحق الزوج على الزوجة عظيم، قال ﷺ: {لَوْ كُنْتُ آمِراً أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ لِأَحَدٍ، لِأَمْرَتِ الْمَرْأَةِ أَنْ تَسْجُدَ لِزَوْجِهَا، وَلَا تُؤَدِّي الْمَرْأَةُ حَقَّ زَوْجِهَا، حَتَّىٰ لَوْ سَأَلَهَا نَفْسُهَا عَلَى قَتْلِ لَأَعْطَتْهُ}.<sup>2</sup>، وقد جاء الوعيد الشديد فيمن قصّرت في حق زوجها قال ﷺ: {إِذَا دَعَا الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ إِلَىٰ فِرَاشِهِ فَأَبَتْ فَبَاتَ غَضْبَانَ عَلَيْهَا لَعْنَتُهَا الْمَلَائِكَةُ حَتَّىٰ تُصْبِحَ}.<sup>3</sup>، وقد تكون سيّمة الخلق والعشرة سليطة اللسان مؤذبة، كثيرة الشكوى لا خير فيها، عن عاصم بن لقيط بن صبرة، عن أبيه، أو جده قال: {انْطَلَقْتُ أَنَا وَأَصْحَابِي لِي حَتَّىٰ انْتَهَيْنَا إِلَىٰ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَلَمْ نَجِدْهُ... قَالَ قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ لِي امْرَأَةً فَذَكَرَ مِنْ طُولِ لِسَانِهَا وَبَدَأْنَاهَا، فَقَالَ: طَلَّقْهَا قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّهَا ذَاتُ صُحْبَةٍ وَوَلَدٍ قَالَ: أَمْسِكْهَا وَأَمْرُهَا فَإِنْ يَكُنْ فِيهَا خَيْرٌ فَسْتَفْعَلْ وَلَا تَضْرِبْ ظَعِينَتَكَ ضَرْبَكَ أَمْتِكَ}.<sup>4</sup>، وعن ابن عباس ؓ: {... فَجَاءَ إِبْرَاهِيمُ بَعْدَمَا تَزَوَّجَ إِسْمَاعِيلُ يُطَالِعُ تَرْكَنَهُ، فَلَمْ يَجِدْ إِسْمَاعِيلَ، فَسَأَلَ امْرَأَتَهُ عَنْهُ فَقَالَتْ: خَرَجَ يَبْتَغِي لَنَا، ثُمَّ سَأَلَهَا عَنْ عَيْشِهِمْ وَهَيْئَتِهِمْ، فَقَالَتْ لَحْنٌ بِشَرٍّ، نَحْنُ فِي صَبِيحٍ وَشِدَّةٍ، فَشَكَتْ إِلَيْهِ، قَالَ: فَإِذَا جَاءَ زَوْجُكَ فَاقْرَأِي عَلَيْهِ السَّلَامَ، وَقُولِي لَهُ يُعَيِّرُ عَبْتَةَ بَابِهِ، فَلَمَّا جَاءَ إِسْمَاعِيلُ كَانَتْهُ آنَسَ شَيْئًا، فَقَالَ: هَلْ جَاءَكُمْ مِنْ أَحَدٍ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، جَاءَنَا شَيْخٌ كَذَا وَكَذَا، فَسَأَلْنَا عَنْكَ فَأَخْبَرْتَهُ، وَسَأَلَنِي كَيْفَ عَيْشُنَا، فَأَخْبَرْتُهُ أَنَا فِي جَهْدٍ وَشِدَّةٍ، قَالَ: فَهَلْ أَوْصَاكَ بِشَيْءٍ؟ قَالَتْ: نَعَمْ، أَمَرَنِي أَنْ أَقْرَأَ عَلَيْكَ السَّلَامَ، وَيَقُولُ غَيْرَ عَبْتَةَ بَابِكَ، قَالَ: ذَاكَ أَبِي، وَقَدْ أَمَرَنِي أَنْ أَفَارِقَكَ، الْحَقِّي بِأَهْلِكَ، فَطَلَّقْهَا}.<sup>5</sup>، وقال ﷺ: {أُرَيْتُ النَّارَ فَإِذَا أَكْثَرُ أَهْلِهَا النِّسَاءُ، يَكْفُرْنَ قِيلَ: أَيْكْفُرْنَ بِاللَّهِ؟ قَالَ: يَكْفُرْنَ الْعَشِيرَ، وَيَكْفُرْنَ الْإِحْسَانَ، لَوْ أَحْسَنْتَ إِلَىٰ إِحْدَاهُنَّ الدَّهْرَ، ثُمَّ رَأَتْ مِنْكَ شَيْئًا، قَالَتْ: مَا رَأَيْتُ مِنْكَ خَيْرًا قَطُّ}.<sup>6</sup>

1 البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب المرأة راعية في بيت زوجها، رقم الحديث: 5200، ص: 1326.

2 الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، رقم الحديث: 3366، المجلد: 7، ص: 1097، وما بعدها، قال الألباني: وهذا إسناد صحيح.

3 البخاري، صحيح البخاري، كتاب بدء الخلق، باب: إذا قال أحدكم: "أمين" والملائكة في السماء، أمين فوافقت إحداهما الأخرى، غفر له ما تقدم من ذنبه، رقم الحديث: 3237، ص: 799.

4 عبد الزاق الصنعاني، المصنّف، كتاب الطهارة، باب غسل الرجلين، رقم الحديث: 80، ج: 1، ص: 26-27.

5 البخاري، صحيح البخاري، كتاب أحاديث الأنبياء، باب يزفون التسلان في المشي، رقم الحديث: 3364، ص: 828، وما بعدها.

6 المرجع نفسه، كتاب الإيمان، باب كفران العشير، وكفر دون كفر، رقم الحديث: 29، ص: 17.

نصت المادة 55 ق أ ج: " عند نُشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".<sup>1</sup>، حيث اعتبرت المادة النُشوز مبرراً للطلاق، إلا أنه لم يرد ضابطاً للنُشوز في قانون الأسرة ولا في اجتهادات المحكمة العليا، إنما هو أمر موضوعي يُترك لتقدير القاضي، والذي يدلُّ على ذلك اجتهادات المحكمة العليا من ذلك: " متى كان من المقرر شرعاً أنّ سقوط النّفقة عن الزّوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنّها بُلّغت بالحكم النهائي القاضي برجعها لحلّ الزّوجية، وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم ممّا يجعلها ناشزاً عن طاعة زوجها".<sup>2</sup>، وغير ذلك من القرارات التي جاءت مطابقة لهذا القرار، ممّا يعني أنّ نُشوز الزّوجة في القانون يكون بعدم تنفيذها لقرار المحكمة النهائي برجعها لبيت الزّوجية، وهذا يدلُّ على الظلم الكبير الذي سيقع للزوج، إذ أنّ قرار المحكمة النهائي في مثل هذه القضايا كما هو معلوم قد يستغرق أشهراً بل سنوات أحياناً، ممّا يجعل الزوج ملزماً بأداء واجباته تجاه زوجته وهي في بيت أهلها حتى يصدر الحكم النهائي بأنّه صاحب حقّ، وليس له الحقّ في الزواج عليها إلا بموافقتها كما نصت على ذلك المادة 8 ق أ ج<sup>3</sup>، فيبقى دون زوجة حتى تفصل المحكمة في الأمر، وهذا مخالف تماماً لأحكام الشريعة الإسلامية، وفيه من المفاسد والمضار ما لا يخفى على ذي لبّ.

#### \* عدم الوفاء بشرط في عقد الزواج.

الأصل في الشّروط العقديّة عند الظاهرية المنع، فكلُّ شرط لم يرد فيه نصٌّ فهو باطل، وعند الجمهور الأصل فيها الإباحة، إلا أنّها عند الحنابلة على إطلاقها، وعند الجمهور مُقيّدة<sup>4</sup>، ومنه إذا اعتبرنا أنّ الأصل في الشّروط الإباحة على قول الجمهور، فنجد أنّهم مُتفقون على صحّة الشّروط التي تُلائم مقتضى العقد، وعلى بطلان الشّروط التي تنافي المقصود من الزواج أو تُخالف أحكام الشريعة، واختلفوا في الشّروط التي لا تكون من مقتضى العقد، ولكنّها لا تُنافي حكماً من أحكام الزواج، وفيها منفعة لأحد العاقدين، كاشتراط ألا يتزوج عليها أو ألا يسافر بها، أو ألا يُخرجها من دارها أو بلدها ونحو ذلك فالحنابلة يرون صحّة الشّروط ولزوم الوفاء به، والحنفية والشافعية يرون بطلان الشّروط وصحّة الزواج، والمالكية يرون كراهة الشّروط ولا يلزم الوفاء به إنّما يُستحب<sup>5</sup>، ويتربّب على عدم الوفاء بالشّروط الصحيح حقّ الفسخ.

وقد نصت المادة 19 ق أ ج: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كلّ الشّروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدّد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشّروط مع أحكام هذا القانون".<sup>6</sup>، انطلاقاً من هذه المادة يكون المشرع الجزائري قد وافق الحنابلة من حيث المبدأ وهو التوسعة في

1 القانون رقم: 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذّكر، ص: 913.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 33762، بتاريخ: 09/07/1984م، المجلة القضائية، ع: 4، 1989م، ص: 119.

3 الأمر رقم 05-02 المتضمن تعديل وإتمام قانون الأسرة، السالف الذّكر، ص: 19-20.

4 وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 4، ص: 202.

5 المرجع نفسه، ج: 7، ص: 59-60.

6 الأمر رقم 05-02 المتضمن تعديل وإتمام قانون الأسرة، السالف الذّكر، ص: 20.

باب الشُّروط، وعليه فإذا أراد الزوج أن لا يكون طلاقه تعسفياً، أن يُبادر في عقد الزوج إلى وضع كلِّ الشُّروط التي تُحميه من الحكم عليه بالطلاق التعسفي، وما يترتب عليه من تبعات، وهذا ما سيحوّل الزوج من عقد مودّة ورحمة إلى كابوسٍ ومخاوفٍ واضطرابٍ، لكنّ هذه الشُّروط قيدها المشرّع الجزائري في نصّ المادة أعلاه أن لا تُخالف قانون الأسرة، وفي نصّ المادتين 132<sup>1</sup> و35<sup>2</sup> من نفس القانون أن لا تُخالف مقتضى عقد الزوج، ومعلوم أنّ قانون الأسرة خالف الشريعة الإسلامية في كثير من الأمور المتعلقة بالزوج والطلاق، ممّا يدفع الزوج إلى الاستشارة القانونية قبل اشتراط شُروطه، ومن نماذج اجتهادات المحكمة العليا في باب الشُّروط في الزواج: "إنّ عدم اشتراط العذريّة في عقد الزواج لا يُجمل الزوجة المسؤولية في الطلاق، والتعويض لأنّ البناء بالزوجة يُنهي كل دفع بعد العذريّة."<sup>3</sup>، إذا فالزوج الذي يريد بكرةً عليه اشتراط العذريّة وإلاّ تحمّل تبعات الطلاق التعسفي.

ب- أسباب خَلقيّة.

\* الجنون: هو اختلال للعقل مانعٌ من جريان الأقوال، والأفعال على نهج العقل إلاّ نادراً إمّا لنقصان جُبل عليه دماغه خَلقة فلم يصلح لقبول ما أُعدّ لقبوله من الفعل كعين الأكمه، ولسان الأخرس، وهذا ممّا لا يُرجى زواله، ولا فائدة في الاشتغال بعلاجه، وإمّا لخروج مزاج الدماغ من الاعتدال بسبب خلط وآفة من رطوبة مُفرطة، أو يَبوسة مُتناهية، وهذا ممّا يعالج بما خلق الله تعالى له من الأدوية، وإمّا باستيلاء الشيطان عليه، وإلقاء الحَيالات الفاسدة إليه، وهذا ممّا قد ينجع فيه الأدوية الإلهية<sup>4</sup>، فقُقدان العقل مؤثر في حياة الشّخص، ومن حوله، لأنّ قوام الحياة به، لذلك كان من الكليّات الخمس التي جاءت الشريعة لحفظها، وقد يلحق به العته - آفة ناشئة عن الذات، تُوجب خللاً في العقل، فيصير صاحبه مُختلط الكلام، فيُشبهه بعض كلامه كلام العقلاء، وبعضه كلام المجانين<sup>5</sup> - "السّفه" - خِفّة تَبعث على العمل في المال بخلاف مقتضى العقل مع عدم اختلاله، ولا ينافي، شيئاً من الأحكام<sup>6</sup> - "فقد تَبعث بمال زوجها ولا تحافظ عليه، قال ﷺ: { مَا أَفَادَ عَبْدٌ بَعْدَ الْإِسْلَامِ خَيْرٌ لَهُ مِنْ زَوْجٍ مُؤْمِنَةٍ: إِذَا نَظَرَ إِلَيْهَا سَرَّتُهُ، وَإِذَا غَابَ عَنْهَا حَفِظَتْهُ فِي نَفْسِهَا وَمَالِهِ. }"<sup>7</sup>، والمال من المقاصد الضروريّة التي جاءت الشريعة لحفظها.

1 الأمر رقم 02-05 المتضمّن تعديل وإتمام قانون الأسرة، السالف الذّكر، ص: 21.

2 القانون رقم: 84-11، المتضمّن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذّكر، ص: 912.

3 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 243417، بتاريخ: 2000/05/23م، المجلّة القضائية، ع: 1، 2002م، ص: 301.

4 ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، المجلد: 2، ص: 223-224.

5 المرجع نفسه، المجلد: 2، ص: 227.

6 ابن الهمام الحنفي، التحرير في أصول الفقه، ينظر المرجع نفسه، المجلد: 2، ص: 258.

7 الطبراني، المعجم الأوسط، باب الألف، من اسمه أحمد، رقم الحديث: 2115، ج: 2، ص: 325-326.

\* **الجذام:** علة تحدث من انتشار السوداء في جميع البدن، فيفسد مزاج الأعضاء وهيئتها، وربما انتهى إلى تاكل الأعضاء وشقوتها مع التقرح<sup>1</sup>، وهو من الأمراض المعدية<sup>2</sup>، إن الجذام علة لها رائحة تُسقم من أطال مجالسة صاحبها، ومؤاكلته، لاشتتامة تلك الرائحة، وكذلك المرأة تضاجع المجدوم في شعار واحد، وربما تجذم من الأذى الذي يُصيبها، وقد يظهر ذلك في النسل<sup>3</sup>، قال ﷺ: { لَا عَدْوَى وَلَا طَيْرَةَ، وَلَا هَامَةَ وَلَا صَفْرًا، وَفِرٌّ مِنَ الْمَجْذُومِ كَمَا تَفِرُّ مِنَ الْأَسَدِ }<sup>4</sup>.

\* **البرص:** بياض يظهر في ظاهر البدن فيفسد مزاج الأعضاء، وتزداد اتساعا مع الأيام، وربما نبت عليها شعر أبيض أيضاً، وربما كانت بقعاً سوداء<sup>5</sup>، والإنسان الأبرص ليس سليم البدن، ويُعتبر عيباً في المرأة والرجل يجب بيانه<sup>6</sup>، فقد تعاف النفوس هذا المنظر فيؤثر على الحياة الزوجية.

وقد استعاذ النبي ﷺ من هذه الأمراض الثلاثة، قال ﷺ: { اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنَ الْجُنُونِ، وَالْجَذَامِ، وَالْبَرَصِ، وَسَيِّئِ الْأَسْقَامِ }<sup>7</sup>، عن عليّ في رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص قال: (إذا لم يدخل بها فُرق بينهما، وإن كان دخل بها فهي امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك)<sup>8</sup>، قال الشافعي: "الجذام والبرص فيما يزعم أهل العلم بالطب والتجارب تعدى الزوج كثيراً، وهو داء مانع للجماع لا تكاد نفس أحد أن تطيب بأن يُجامع من هو به، ولا نفس امرأة أن يُجامعها من هو به، فأما الولد فبين والله تعالى أعلم أنه إذا ولده أجدم أو أبرص أو جذماء أو برصاء قلما يسلم، وإن سلم أدرك نسله، ونسأل الله العاقبة، فأما الجنون والخبيل ... ولا يكون منه تأدية حق"<sup>9</sup>.

\* **القرن:** بفتح القاف، وسكون الراء وفتحها، آخره نون، هو ورم مُدَوَّر، يخرج من رجم المرأة، فيكون بين مسلكيها يمنع الجماع أو كماله<sup>10</sup>، عن الشعبي عن عليّ ﷺ قال: (يُردّ من القرن، والجذام، والجنون، والبرص، فإن دخل بها فعليه المهْر، إن شاء طلقها، وإن شاء لم يُطلقها، وإن شاء أمسك، وإن لم يدخل بها فُرق

<sup>1</sup> كمال سالم، صحيح فقه السنة، ج: 3، ص: 399.

<sup>2</sup> عبد الله البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ج: 5، ص: 341.

<sup>3</sup> البغوي، شرح السنة، ج: 12، ص: 171.

<sup>4</sup> البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطب، باب الجذام، رقم الحديث: 5707، ص: 1447.

<sup>5</sup> كمال سالم، صحيح فقه السنة، ج: 3، ص: 399.

<sup>6</sup> ديبان بن محمد الديبان، موسوعة أحكام الطهارة، المجلد: 1، ص: 400.

<sup>7</sup> التسائي، السنن الكبرى، كتاب الاستعاذة، باب الاستعاذة من الجنون، رقم الحديث: 7876، ج: 7، ص: 224.

<sup>8</sup> البيهقي، معرفة السنن والآثار، كتاب التكاثر، باب العيب في المنكوحه، رقم الأثر: 14151، ج: 10، ص: 189.

<sup>9</sup> الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 85.

<sup>10</sup> عبد الله البسام، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ج: 5، ص: 341.

بينهما).<sup>1</sup>، وعن جابر بن زيد قال: "أربع لا يجزئ في بيع، ولا نكاح إلا أن يمَس، فإن مسَّ فقد جاز: الجنون، والجذام، والبرص، والقرن."<sup>2</sup>.

\* **الرتق:** يجعل الفرج مسدوداً ملتصقاً بلحم من أصل الخِلقة لا مسلك للذكر فيه<sup>3</sup>، فالقرن والرتق لهما نفس المعنى؛ "انسداد محلّ الجماع بأمر خلقي، أو عارض بحيث لا يُتأتى معه التمتع المقصود من العقد."<sup>4</sup>.

وما ذُكر من الأسباب السابقة ليس على سبيل الحصر إنّما هو على سبيل المثال، فكلُّ عيبٍ خلقي أو خلقي في الزوجة على الزوج المبادرة إلى علاجه إن أمكن ذلك، فإن لم يكن هناك سبيل لإصلاحه فالصبر جميل خاصة ما تعلق بالأمراض البدنية، وأجر الصابرين عظيم قال تعالى: ﴿وَاصْبِرْ فَإِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ﴾ [هود: 115]، لأنّ الزوج يستطيع الزواج مرّة أخرى، ويحتسب الأجر في هذه المرأة المريضة، ويتأكد هذا الأمر أكثر إذا لم يكن للمرأة من يُعيلها، فالتفقه عليها هي من أعظم صور التفقه أجراً قال ﷺ: { دِينَارٌ أَنْفَقْتَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَدِينَارٌ أَنْفَقْتَهُ فِي رَقَبَةٍ، وَدِينَارٌ تَصَدَّقْتَ بِهِ عَلَى مِسْكِينٍ، وَدِينَارٌ أَنْفَقْتَهُ عَلَى أَهْلِكَ، أَعْظَمُهَا أَجْرًا الَّذِي أَنْفَقْتَهُ عَلَى أَهْلِكَ. }<sup>5</sup>.

وليست هي هذه العيوب الخلقية فقط فهي تتطور بتطور الأزمنة كمرض الإيدز مثلاً، والسرطان وغير ذلك، قال ابن القيم: "وأما الاقتصار على عييين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساوٍ لها، فلا وجه له فالعمى والحرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين، أو الرجلين أو إحداها أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفات، والشكوت عنه من أقبح التدليس والغش، وهو مناف للدين، والإطلاق إنّما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفاً،... والقياس أن كلّ عيب ينفر الزوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يُوجب الخيار وهو أولى من البيع."<sup>6</sup>، لذلك على القاضي أن يكون مطلعاً على المستجدات من الأمراض وأثرها، أو يستعين بأهل الاختصاص والخبرة في الطبّ البشري حتى يكون حكمه مؤسساً.

وقد اختلف الفقهاء في الفسخ للعيب، فذهب الظاهرية إلى أنّه لا يجوز التفريق للعيب سواء كان في الزوج أم في الزوجة، فالزوج يملك حقّ الطلاق إن شاء، أمّا الجمهور فيرون جواز الفسخ للعيب، لكنهم اختلفوا،

1 عبد الزق الصنعاني، المصنّف، كتاب النكاح، باب ما ردّ من النكاح، رقم الأثر: 10677، ج: 6، ص: 243.

2 سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، كتاب الوصايا، باب من يتزوج امرأة مجذومة أو مجنونة، رقم الأثر: 828، القسم الأول من المجلد الثالث، ص: 247.

3 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 7، ص: 514.

4 الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج: 4، ص: 173.

5 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب فضل التفقه على العيال والمملوك، وإثم من ضيعهم أو حبس نفقتهم عنهم، رقم الحديث: 39- (995)، ج: 2، ص: 692.

6 ابن القيم، زاد المعاد، ج: 5، ص: 166.

فالحنفية يرونه حقاً للزوجة فقط، لأنّ الزوج يملك حقّ الطلاق، أمّا المالكية والشافعية والحنابلة فيرون القسح حقاً للزوجين، مع حقّ الطلاق للزوج طبعاً<sup>1</sup>.

وقد نصّت المادة 53 ق أ ج الفقرة 2 على أنّه يحقُّ للمرأة طلب التّطليق للعيوب التي تحوّل دون تحقيق الهدف من الزواج، ولا يمكن تصور قصورها على الزوج فقد تكون عيوب في المرأة تحوّل دون تحقيق الهدف من الزواج وعليه فإذا طلق الزوج بسببها لا يكون طلاقه تعسفياً، لكن ما دام أنّ تقدير ذلك يرجع للقاضي وهذه الأمور نسبية، فما قد يراه الزوج سبباً قد لا يراه القاضي سبباً، وعليه فسيتحمل الزوج المسؤولية على طلاقه، وقد ورد ذلك في أحدّ اجتهاد للمحكمة العليا: "عُقم الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يُعدُّ سبباً من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حقّ الطلاق بتظلم الزوجة."<sup>2</sup>.

وكما أنّ للزوج الحقّ في الطلاق لعيب في المرأة فكذلك إذا كان في الرجل عيوب خلقية أو خلقية أو نفسية يستحيل معها استمرار الحياة الزوجية، ولم يُمكن إصلاحها، وطلبت المرأة من زوجها طلاقها فعليه أن يُجيبها، وهذا حتّى لا يقع في الظلم المحرّم، وقد قال ﷺ: {الظلم ظلمات يوم القيامة}،<sup>3</sup> وإلا رفعت أمرها للقضاء لتطليقها.

1 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 7، ص: 516.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 373707، بتاريخ: 2006/11/15م، المجلة القضائية، ع: 1، 2007م، ص: 499.

3 البخاري، صحيح البخاري، كتاب المظالم باب الظلم ظلمات يوم القيامة، رقم الحديث: 2447، ص: 592.

## المطلب الثاني: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق والطعن فيه.

إنّ منزلة حكم القاضي من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق هي التي تُحدّد العلاقة بينهما من جهة طبيعة حكم القاضي في دعوى الطلاق، وحقّ الطعن فيه.

الفرع الأول: طبيعة حكم القاضي في دعوى طلاق الزوج، وإثبات الطلاق العرفي.

أولاً: طبيعة حكم القاضي في دعوى طلاق الزوج.

### 1/ أنواع الأحكام القضائية.

أ- حكم الإلزام: "هو الذي يرد فيه التأكيد على حقّ بالتزام، أيّ على حقّ يُقابله التزام الطرف الآخر بأداء مُعيّن".<sup>1</sup>

ب- الحكم الكاشف (المقرّر): "هو الذي يقضي بوجود أو عدم وجود الحقّ، أو المركز القانوني، فهو الذي يصدر مقررراً أو مؤكداً لحالة أو مركز قانوني موجود من قبل، ودون أن يتضمّن إلزام أحد الخصمين بأداء مُعيّن، بل يرمي إلى تأكيد رابطة قانونية معيّنة، وبصدوره تتحقّق الحماية القانونية الكاملة، فهو يُزيل الشكّ الذي يدور حول الحقّ أو المركز القانوني".<sup>2</sup>

ج- الحكم المنشئ: "هو الذي يُقرّر إنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديله، أو إنهائه".<sup>3</sup>

### 2/ نوع حكم طلاق الزوج.

حتىّ يتمّ تحديد الطبيعة القانونية لحكم القاضي في دعوى الطلاق لا بُدّ من الرُّجوع إلى النصوص القانونية التي تناولت موضوع حقّ الزوج في الطلاق وكيفية وقوعه في قانون الأسرة الجزائري باعتباره النصّ الموضوعي، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتباره النصّ الإجرائي، بالنسبة لقانون الأسرة نجد أنّ المادتين 48، و49، وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد المواد من 436 إلى 452 تناولت هذا الأمر.

فبالرُّجوع إلى نصّ المادة 48 ق أ ج: "مع مراعاة أحكام المادة (49) أدناه، يحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتمّ بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53 و54) من هذا القانون."، الذي يظهر من نصّ هذه المادة أنّ الطلاق بيد الزوج، وهو حقّ خالص له، وعليه فحكم القاضي حكم كاشف فقط لرغبة الزوج في الطلاق، وتبني هذا الرأي بعض فقهاء القانون منهم رشيد بن الشويخ<sup>4</sup>، ولطاعي نور الدين<sup>5</sup>، وأكّدت على هذا قرارات المحكمة العليا منها:

1 فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ص: 154.

2 المرجع نفسه.

3 المرجع نفسه.

4 رشيد بن الشويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص: 180.

5 نور الدين لطاعي، عدّة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجزائر، 2006م، ص: 49، وما بعدها.

- " متى كان من المقرر شرعاً أنّ الطلاق، هو حلُّ عقد الزواج، ويتمُّ بإرادة الزوج الذي يملك وحده فكَّ عصمة النكاح ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فُوض لهم أمره، كما يتم أيضاً بتراضي الزوجين على ذلك.<sup>1</sup>"

- " من المقرر شرعاً أنّ الطلاق هو حقٌّ للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحلَّ محله في إصداره... وكذلك فإنّ القرار الذي قضى بأنّ الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي، يُعدُّ مخالفاً للشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ.<sup>2</sup>"

- " من المقرر شرعاً أنّ للزوج حقّ الطلاق من جانبه وحده عملاً بالقاعدة الشرعية (العصمة بيد الزوج) ومن ثمّ فإنّ القضاء بإبقاء روابط الزوجية قائمةً بين الزوجين حتى بعد إبداء الزوج لإرادته في الطلاق، يُعدُّ خرقاً صريحاً لهذه القاعدة الشرعية، ومتى كان خالف فُضاة الاستئناف تطبيق هذا المبدأ استوجب نقض قرارهم المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار تلقائياً من المجلس الأعلى.<sup>3</sup>"

كما ألزمت المادة 450 ق إ م إ ج القاضي باتخاذ التدابير اللازمة لتحقيق رغبة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق.

لكن بالرجوع إلى نصّ المادة 49 ق أ ج: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى.

يتعيّن على القاضي تحرير محضر يُبيّن مساعي ونتائج محاولات الصلح، يُوقّعه مع كاتب الضبط والطرفين. تُسجّل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة. " نجد أنّ القانون قيّد وقوع طلاق الزوج بمروره على القضاء حتى يحوز قوة التنفيذ، إذ أنّ مطلع هذه المادة جاء ينفي ثبوت الطلاق خارج القضاء، وبأضدادها تُعرف الأشياء فعكس الثابت هو المنفي والمندثر والبائد، وعليه فإنّ القانون قيّد إرادة الزوج وجعلها غير نافذة إلا بحكم قضائي، وعليه فهو حكمٌ منشئ للطلاق، لأنّه لا اعتبار لطلاق الزوج إلا بوجود حكم القاضي، والذي يُؤكّد على هذا مايلي:

- لأنّه لا يوجد نصّ قانوني يعترف بوقوع الطلاق خارج القضاء بأثر رجعي.

- بتدقيقنا في حرفية نصّ المادة 48 ق أ ج نجد أنّ كلمة المنفردة محذوفة، وكأنّ المشرع أدرك أنّ لسلطة القاضي أثر على هذه الإرادة.

1 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 32786، بتاريخ: 14/05/1984م، المجلّة القضائية، ع: 2، 1989م، ص: 66.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 35026، بتاريخ: 03/12/1984م، المجلّة القضائية، ع: 4، 1989م، ص: 86.

3 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 35346، بتاريخ: 31/12/1984م، المجلّة القضائية، ع: 2، 1990م، ص: 86.

- القرارات القضائية منها:

\* " من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خطأً في تطبيق القانون.<sup>1</sup>"

\* " ولا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ مخالفاً للقانون.<sup>2</sup>"

فبالرغم من أنّ الطلاق يُعدّ من الحقوق الإرادية التي يملكها الزوج، وبمجرد تعبيره عن إرادته يحدث أثره بوقوع الطلاق، إلا أنّ المشرّع أخضع استعمال حقّ الزوج في الطلاق إلى الشكل القانوني، وتبعاً لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزةً لوحدها عن ترتيب الأثر إلا باستثناء الشكل القانوني المحدّد كون إرادته أصبحت قاصرةً لوحدها على ترتيب الأثر القانوني، ومردّ هذا القصور يرجع إلى إرادة المشرّع، وليس إلى أهلية الزوج، أو ضعف في قواه العقلية<sup>3</sup>، فبدون هذا الشكل القانوني يكون حكم الطلاق باطلاً، وعلى هذا التفسير سار كثير من فقهاء القانون من بينهم بلحاج العربي<sup>4</sup>، عمر زودة<sup>5</sup>، وذهب بن الشيخ آث ملويا إلى أبعد من هذا حين اعتبر أنّه ليس من العدالة والمنطق أن يكون الزوج حكماً وخصماً في نفس الوقت، فتتساوى المرأة والرجل في الحقوق والالتزامات أثناء إبرام عقد الزواج، وأنّ جعل العصمة بيد الزوج ليس متماشياً مع روح العدل والتطور الحضاري<sup>6</sup>، والذي دفع بالمشرّع الجزائري إلى هذا الاتجاه أمور منها:

1 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 75141، بتاريخ: 18/06/1991م، المجلة القضائية، ع: 1، 1993م، ص: 65.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 35322، بتاريخ: 17/12/1984م، المجلة القضائية، ع: 1، 1992م، ص: 37.

3 عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 1421-1422هـ/ 2000-2001، ص: 105.

4 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج: 1، ص: 356، و361.

5 عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 1421-1422هـ/ 2000-2001، ص: 94، وما بعدها.

6 لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج: 1، ص: 216.

## الفصل الأول: سلطة القاضي على إرادة الزوج في الطلاق.

- مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة<sup>1</sup>، حيث نصت المادة 216 منها على وجوب إقرار المساواة بين الزوجين في فكِّ الرابطة الزوجية، وبموجب المادة 318 من الاتفاقية تتعهد الدول الأطراف بتقديم تقارير عما اتخذته من تدابير تشريعية وقضائية وإدارية وغيرها، من أجل إنفاذ الاتفاقية والتقدم المحرز في هذا الصدد.

- رغبة المشرع في تقليص الارتفاع الكبير لنسبة الطلاق في المحاكم.  
ويُردُّ على هذا المنحى الذي سلكه المشرع بـ:

- أن هذا يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية التي جعلت الطلاق يقع بمجرد صدوره عن الزوج، فلا يصلح أن يكون حُكم القاضي مُنشئ لطلاق الزوج إلا إذا وكله الزوج.  
- عملاً بالقاعدة التي تقول أنه لا اجتهاد مع النص.

- أن المصلحة التي تصورها المشرع وهمية وليست حقيقية، والدليل أن معدلات الطلاق ترتفع من سنة لأخرى، ولتأخذ على سبيل المثال نماذج من نسب الطلاق في الجزائر، وأكبر الدول الغربية التي تدعي رعاية حقوق الإنسان، ودولة عربية حذت حذوها في هذا الأمر من جهة سلب الرجل حقه في الطلاق، وجعله بيد القاضي، ومساواة المرأة به؛

\* نسبة الطلاق في الجزائر<sup>4</sup>.

السنة	2008	2009	2010	2011	2012	2013
نسبة الطلاق %	11.90%	12.16%	14.46%	14.86%	14.81%	14.81%

\* نسبة الطلاق في الولايات المتحدة الأمريكية 53% لسنة 2011م<sup>5</sup>.

1 مرسوم رئاسي رقم: 96-51 مؤرخ في 2 رمضان 1416هـ الموافق 12 يناير سنة 1996م، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع: 6، 4 رمضان 1416هـ، ص: 4.

2 مرسوم رئاسي رقم: 96-51، المتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979م، السالف الذكر، ص: 9.

3 مرسوم رئاسي رقم: 96-51، المتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979م، السالف الذكر، ص: 10.

4 الديوان الوطني للإحصائيات، [https://www.ons.dz/IMG/pdf/DonneesStatEmploarab2012\\_-2.pdf](https://www.ons.dz/IMG/pdf/DonneesStatEmploarab2012_-2.pdf)، تاريخ الاطلاع: 2023/08/13م.

5 ويكيبيديا الموسوعة الحرة، معدل الطلاق، آخر تعديل للمقال 2023/07/11م، <https://ar.wikipedia.org/wiki/>، تاريخ الاطلاع 2023/07/20م.

## الفصل الأول: سلطة القاضي على إرادة الزوج في الطلاق.

\* نسبة الطلاق في الاتحاد الأوربي 44% لسنة 2010م<sup>1</sup>.

\* نسبة الطلاق في فرنسا 55% لسنة 2010م<sup>2</sup>.

\* نسبة الطلاق في تونس 33.38% لسنة 2005م، ويوضحها بالتفصيل الجدول التالي<sup>3</sup>:

الطلاق بالاتفاق	الطلاق للضرر	الطلاق بالإشياء
33.04%	12%	55.01%

بل تزيد نسبة الطلاق في تونس من سنة إلى أخرى، ولعلّ الجدول التالي لعدد حالات الطلاق يُوضح ذلك<sup>4</sup>:

أحكام الطلاق المعلنة من قبل المحاكم الابتدائية حسب السنة القضائية/ الوحدة: عدد<sup>5</sup>.

السنة	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
عدد الطلاق	12871	12651	13256	13867	14527	14982	15632	16452	16750

فهل حلّت هذه التشريعات مشكلة ارتفاع نسبة الطلاق؟، لا بل على العكس من ذلك، وهذا يدلّ دلالة واضحة على أنّ هذه التشريعات التي سلّبت الزوج حقّه في الطلاق، وجعلته بيد القاضي، أو مساواة المرأة به لا يزيد هذه الظاهرة إلا ارتفاعاً.

ومّا لفت انتباه الباحث خلال بحثه في هذه المسألة الخطأ الذي وقع فيه كثير من الباحثين في مقالته<sup>6</sup>، وهم يتطرقون إلى هذا الموضوع، وهو تشبيههم لمسألة الإشهاد على الطلاق بمسألة وقوع الطلاق أمام القضاء، وأنها أصل لها.

1 ويكيبيديا الموسوعة الحرة، معدّل الطلاق، آخر تعديل للمقال 2023/07/11، <https://ar.wikipedia.org/wiki/>، تاريخ الاطلاع 2023/07/20م.

2 ويكيبيديا الموسوعة الحرة، معدّل الطلاق، آخر تعديل للمقال 2023/07/11، <https://ar.wikipedia.org/wiki/>، تاريخ الاطلاع 2023/07/20م.

3 منصف المحواشي، تطوّر ظاهرة الطلاق في المجتمع التونسي: قراءة في المؤشرات الإحصائية ودلالاتها، المجلة الجزائرية في الأنثروبولوجيا والعلوم الانسانية، وهران، ع: 37، 2007م، ص: 35.

4 المعهد الوطني للإحصاء، <https://www.ins.tn/ar/statistiques/114>، تاريخ الاطلاع: 2023/07/20م.

5 منصف المحواشي، تطوّر ظاهرة الطلاق في المجتمع التونسي: قراءة في المؤشرات الإحصائية ودلالاتها، المجلة الجزائرية في الأنثروبولوجيا والعلوم الانسانية، وهران، ع: 37، 2007م، ص: 35.

6 من هذه المقالات محمد بن زعمية، تقييد الطلاق بحكم القضاء دراسة تأصيلية للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع: 1، المجلد: 10، ص: 36-50، عماد حميدة، موسى مرمون، إشكالية تقنين إرادة الزوج في الطلاق بين الأصالة= والحداثة، دراسة مقارنة مجلة العلوم الانسانية، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، ع: 5، ديسمبر 2019م، المجلد: 30، ص: 247-265.

## الفصل الأول: سلطة القاضي على إرادة الزوج في الطلاق.

معلوم أنّ فقهاء الشريعة اختلفوا في مسألة الإشهاد على الطلاق بين الوجوب<sup>1</sup> والاستحباب<sup>2</sup>، والإشهاد غير الشَّهادة والقضاء.

- فالإشهاد: هو طلب تحمّل الشَّهادة<sup>3</sup>.

- والشَّهادة عند؛

1 ذهب إلى وجوب الإشهاد وأنه شرط لوقوع الطلاق ابن حزم، وأحمد شاكراً، أبو زهرة، ينظر ابن حزم، المحلى، ج: 10، ص: 17، أحمد محمد شاكراً، نظام الطلاق في الإسلام، ص: 80، وما بعدها، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص: 369.

2 ذهب إلى الاستحباب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، ينظر الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 391، ابن عبد البر، الكافي، القسم: 2، ص: 574، الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 319.

والزَّاجح هو قول الجمهور لما يلي:

- عم وجود نصّ يشترط الإشهاد على الطلاق

- التصوص التي استدلت بها القائلون بعدم وقوع الطلاق بدون الإشهاد ليست في محلّ النزاع.

- مخالفة الإجماع قال الشوكاني: "وقد عرفت الإجماع على عدم وجوب الإشهاد على الطلاق والقائلون بعدم الوجوب يقولون بالاستحباب."، الشوكاني، نيل الأوطار، ج: 6، ص: 300، وقال ابن تيمية: "وقد ظنّ بعض الناس: أن الإشهاد هو الطلاق وظنّ أنّ الطلاق الذي لا يشهد عليه لا يقع، وهذا خلاف الإجماع، وخلاف الكتاب والسنة، ولم يقل أحد من العلماء المشهورين به؛ فإن الطلاق أذن فيه أولاً، ولم يأمر فيه بالإشهاد، وإنما أمر بالإشهاد حين قال: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ الطلاق / 2، والمراد هنا بالمفارقة تخلية سبيلها إذا قضت العدة وهذا ليس بطلاق ولا برجة ولا نكاح، والإشهاد في هذا باتفاق المسلمين، فعلم أنّ الإشهاد إنّما هو على الرجعة."، ينظر ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المجلد: 33، ص: 33-34.

- آثار الصحابة التي استدلتوا بها القائلون بشرطية الإشهاد في الطلاق محتمة.

- لا يمكن قياس الإشهاد في الزواج على الإشهاد في الطلاق، فالزواج ينعقد بتوافق إرادتين، بينما الطلاق يقع بإرادة الزوج لوحده، ولا يشترط موافقة الزوجة، كما "أنّ قياس الطلاق على الزواج قياس مع الفارق؛ لأنّ المقصود بالإشهاد على الزواج هو إخراجها من البيّنة إلى الغلظة، وإثبات النسب، أما الطلاق فهو قطع الزوجية ولا يحتاج إلى شهادة: لأنه أمر ديني بين الإنسان وربه." ينظر صالح أحمد العلي، أحمد صويلح شليبيك، الإشهاد على الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الكويتي، مجلة كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، ع: 119، 10/02/2019م، ص: 685.

- وقد رجحت لجنة الفتوى في وزارة الشؤون الدينية قول الجمهور فقد جاء ردّ عضو لجنة الفتوى الأستاذ محمد شارف على سؤال طرح عليها حول الطلاق بدون إشهاد هل يقع أم لا: "إنّ الجمهور ذهبوا إلى أنّ الطلاق لازم ونافذ، أشهد المطلق أم لا، وذلك أنّ الطلاق يثبت بالإقرار، فإذا أقر الزوج بالتلفظ بالطلاق وقع لزوماً، قال ذلك مالك وأحمد والشافعي في أحد قوليه، قالوا: فكما أنّ الرجعة لا تفتقر إلى القبول، فلم يفتقر إلى الإشهاد كسائر الحقوق، وخصوصاً حلّ الظهار بالكفارة. وقال أحمد والشافعي في قوله الآخر بوجوب الإشهاد مستدلين بقوله سبحانه: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ غير أنّه وإن كان الإشهاد عندهم واجباً، فلم يؤثر في انعقاد الطلاق، فبقي الإشهاد خارجاً عن ذلك. أقول: فالإشهاد وإن حمل على الوجوب عند القائلين به، غير أنّه جاء بعد التلفظ بالطلاق حالة خلو الإشهاد عنه، وإنما يجيء الإشهاد عندما يقرب وقت انقضاء العدة التي تصيّر الرجعية بائناً، فيشهد المطلق آنذاك، إنّما على الطلاق السابق له، أو الإمساك، حسماً لما قد ينشأ بين الزوجين من نزاع، وتأول في هذا الآية الكريمة القائلة: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ، وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾. فهذا الإشهاد الذي يكون عند مقاربة بلوغ الأجل يكون إمّا على الإمساك أو على الفراق، وهو غير الإشهاد على الطلاق بخصوصه، حيث إنّّه مضى من الزوج بدون أن يشهد، والله أعلم."، ينظر محمد شارف، الطلاق بدون إشهاد هل يقع أم لا؟، 01/09/2010م، <https://marw.dz/index.php>، تاريخ الاطلاع: 2023/07/23م.

- وعلى فرض وجوبه فإنّه واقع مع حقوق الإثم قال ابن رشد الجذّ: "فإذا قلنا إنّّه واجب فمعنى ذلك أنّه يكون بتركه آثماً لتضييع الفروج وما يتعلق بذلك من غير أن يكون ذلك شرطاً في صحة الطلاق والرجعة."، ينظر ابن رشد الجذّ، المقدمات الممهدة، ج: 2، ص: 280.

3 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج: 5، ص: 32.

\* الحنفية: إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء<sup>1</sup>.

\* المالكية: إخبار حاكم عن علم ليقتضي بمقتضاه<sup>2</sup>.

\* الشافعية: إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد<sup>3</sup>.

\* الحنابلة: الإخبار بما علمه بلفظ خاص<sup>4</sup>.

ومنه يظهر الفرق فالإشهاد هو طلب صاحب الحق من الغير أن يشهد على حقه فلا يشترط أن يكون أمام القضاء، بينما الشهادة هي أداء للشهادة قد تكون أمام القضاء وقد لا تكون.

- القضاء: تبين الحكم الشرعي، والإلزام به، وفصل الخصومات، وقطع المنازعات<sup>5</sup>.

إذاً الفرق واضح فالقضاء فصل في النزاع يقوم به القاضي أو الحاكم أو من حكم في نزاع، والإشهاد طلب صاحب الحق للشهادة، ومن هنا لا يمكن أن تكون مسألة الإشهاد أصل لمسألة القضاء، أما الاستدلال بأن هذا من باب سد الذرائع فيقتيد بها المباح، أو عملاً بقاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف، وبالتالي فلو لم يكن الأمر أن يقتيد الزوج بالطلاق أمام القضاء فهذا الاستدلال مردود عليه من وجوه:

- لا اجتهاد مع النص الصريح الذي أعطى للزوج ممارسة هذا الحق دون الرجوع إلى القضاء.

- لم يقل أحد من الفقهاء بأنه لا يمكن للزوج إيقاع طلاقه إلا أمام القضاء، وبالتالي فهذا قول محدث لا أصل له.

- الطلاق لا يدخل تحت سد الذرائع الاجتهادية حتى تُضاف له قيود، وإنما تحت سد الذرائع النصية، إذ أن قيوده واردة في القرآن والسنة.

- كما أن المصلحة من تقييد طلاق الزوج بوقوعه أمام القضاء ليست حقيقية بل وهمية إذ أثبتت الإحصائيات ارتفاع معدلات الطلاق، وليس انخفاضها.

- كما أن حكم الحاكم لا يرفع الخلاف إذا خالف نصاً صريحاً، أو إجماعاً، أو قياساً جلياً، أو قواعد شرعية.

- مبادئ المحكمة العليا التي أقرت بثبوت الطلاق الواقع خارج القضاء، وفي هذا رد على من يقول بأن المشرع أبطل كل طلاق خارج القضاء.

1 وأما كونه في مجلس القضاء فليس من تمام الحد، وإنما هو من شروط الشهادة، وشرط الشيء خارج عن ذاته كما عرف، الشلبي، حاشية الشلبي، ينظر الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج: 4، ص: 206-207.

2 الدردير، الشرح الكبير، ينظر الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج: 4، ص: 164.

3 سليمان بن منصور الجمل، حاشية الجمل، ج: 8، ص: 428.

4 الحجّاي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج: 4، ص: 430.

5 نخبة من العلماء، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، ص: 565.

3/ تقييد الطلاق بوقوعه أمام القضاء في بعض القوانين العربية.

\* قانون الأحوال الشخصية التونسي.

نصّ الفصل 30 م أ ش ت: " لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة.<sup>1</sup>، فلا اعتبار لطلاق الزوج خارج المحكمة أصلاً، وقد كرسّ المشرع التونسي المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة في حلّ الرابطة الزوجية، فجاء نصّ الفصل 31 م أ ش ت: " يُحكّم بالطلاق:

1- يتراضى الزوجين.

2- بناءً على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

3- بناءً على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مُطالبة الزوجة به.

ويُقضى لمن تصرّر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناتج عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه.<sup>2</sup>.

ورغم هذه التشديدات في إيقاع الطلاق، إلا أنّ نسبة الطلاق في تونس مُرتفعة كما بيّنا ذلك سابقاً.

\* مُدونة الأسرة المغربية.

جعلت مُدونة الأسرة المغربية الطلاق مقيداً بوقوعه تحت الرقابة القضائية، حسب ما جاء في نصّ المادة 78 م أ م: " الطلاق حلٌ ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كلٌّ بحسب شروطه تحت مُراقبة القضاء وطبقاً لأحكام هذه المدونة.<sup>3</sup>، فلا يمكن للزوج أن يوقع الطلاق إلا بعد طلب يتقدّم به إلى المحكمة حتى تأذن له بذلك، مع إشهاد عدلين، وهذا الذي نصّت عليه المادة 79 م أ م: " يجب على من يُريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين مُنتصين لذلك، بدائرة تُفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محلّ إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب.<sup>4</sup>، وعليه فقد اختار المشرع المغربي القول الذي يرى بوجود الإشهاد في الطلاق.

ثانياً: إثبات الطلاق العرفي.

1/ مفهوم الطلاق العرفي: هو كلُّ طلاق يُوقعه الزوج بإرادته المنفردة دون الرجوع إلى القضاء.

إذاً فهو طلاق استوفى أركانه وشروطه الشرعية، وعليه فهو طلاق شرعي، وإتّما لم يتمّ توثيقه في الحالة المدنية على اعتبار أنّه وقع خارج القضاء، ومن ثمّ فتسميته بالطلاق العرفي ليست تسميةً شرعيةً إتّما هي تسمية

1 أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376هـ (13 أوت 1956م) يتعلق بإصدار مجلّة الأحوال الشخصية (الرائد الرسمي ع: 66، الصادر في 17 أوت

1956م)، مجلّة الأحوال الشخصية 2019م، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، ص: 9.

2 القانون ع: 7 لسنة 1981م، المؤرخ في 18 فيفري 1981م، مجلّة الأحوال الشخصية 2019م، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية

التونسية، تونس، ص: 10.

3 ظهير شريف رقم: 1.04.22، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر، ص: 428.

4 ظهير شريف رقم: 1.04.22، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر، ص: 428.

قانونية، لأن هذه التسمية تُوحى أنّ مصدره العرف والعادة وليس الشّرع، وفي هذا تسمية للشيء بغير اسمه، وقد حدّر النبي ﷺ من هذا الفعل فقال: { لَيْشْرَبَنَّ نَاسٌ مِنْ أُمَّتِي الْحَمْرَ يُسْمَوْنَ بِغَيْرِ اسْمِهَا }.<sup>1</sup>

## 2/ إثبات الطلاق العرفي في القانون الجزائري.

إنّ المسلك القانوني الذي يسلكه طالب إثبات الطلاق العرفي هو نفسه تقريباً الذي يسلكه طالب الطلاق، والتي ذكرها الباحث في المبحث السابق، إلا أنّه لا بدّ على القاضي من إجراء تحقيق في واقعة الطلاق العرفي، ويمكن توضيح ذلك فيما يلي:

### أ- اللجوء إلى التحقيق.

من صلاحيات القاضي الأمر باتخاذ ما يراه مناسباً لإجراء تحقيق مسموح به قانوناً، وقد نصّت على ذلك المادة 28 ق إ م إ ج: " يجوز للقاضي أن يأمر تلقائياً باتخاذ أيّ إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانوناً."،<sup>2</sup> ووضّحت المادة 75 ق إ م إ ج هذا الأمر أكثر، وأكّده " يمكن للقاضي بناءً على طلب الخصوم، أو من تلقاء نفسه، أن يأمر شفاهةً أو كتابةً بأيّ إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون."<sup>3</sup>، وعليه فإنّ أمر القاضي بالتحقيق يكون بالمشافهة، أو بالكتابة.

- الأمر الشفوي وهو المعمول به عادةً، فإنّ القاضي يُحدّد تاريخ جلسة إجراء التحقيق، ويُبلّغ الأطراف بالجلسة، ويتعيّن عليهم الحضور مع شهودهم بذلك التاريخ.<sup>4</sup>

- الأمر الكتابي هو عبارة عن حكم تحضيري بإجراء التحقيق، وفي هاته الحالة يجب أن يُبيّن فيه القاضي الوقائع المراد التحقيق فيها، ويوم وساعة الجلسة المحددة للإجراءات<sup>5</sup>، وبصدور هذا الحكم يتعيّن على من له مصلحة استخراج نسخة منه، وتبليغها للخصوم.<sup>6</sup>

### ب- طريقة إجراء التحقيق.

إنّ طرق الإثبات التي حددها القانون هي؛ الكتابة، والشهود، والقرائن، والإقرار، واليمين، والمعينة، والخبرة، وطلب إلزام الخصم بتقديم ورقه تحت يده، وهذه الأدلة جاء ذكرها في القانون المدني، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1 أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الأشربة، باب في الدأذي، رقم الحديث: 3689، ج: 3، ص: 329.

2 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذّكر، ص: 6.

3 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذّكر، ص: 10.

4 العياشي عفاف لامية، إجراءات استصدار الحكم المثبت للطلاق العرفي في التشريع الجزائري، مجلّة الدّراسات والبحوث القانونية، المخبر المتوسطي للدّراسات القانونية، كليّة الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع: 1، جانفي 2021م، المجلد: 6، ص: 150.

5 العياشي عفاف لامية، إجراءات استصدار الحكم المثبت للطلاق العرفي في التشريع الجزائري، مجلّة الدّراسات والبحوث القانونية، المخبر المتوسطي للدّراسات القانونية، كليّة الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع: 1، جانفي 2021م، المجلد: 6، ص: 150.

6 المرجع نفسه.

فَوَرَدَ فِي الْقَانُونِ الْمَدِينِي الْكِتَابَةِ مِنَ الْمَادَّةِ 323 إِلَى الْمَادَّةِ 332، وَالشَّهُودِ مِنَ الْمَادَّةِ 333 إِلَى الْمَادَّةِ 336، وَالْقَرَائِنِ مِنَ الْمَادَّةِ 337 إِلَى الْمَادَّةِ 340، وَالْإِقْرَارِ مِنَ الْمَادَّةِ 341 إِلَى الْمَادَّةِ 342، وَالْيَمِينِ مِنَ الْمَادَّةِ 343 إِلَى الْمَادَّةِ 350.

وَوَرَدَ فِي قَانُونِ الْإِجْرَاءَاتِ الْمَدِينِيَّةِ، وَالْإِدَارِيَّةِ الْمَعَايِنَةِ مِنَ الْمَادَّةِ 146 إِلَى الْمَادَّةِ 149، وَالخِبْرَةِ مِنَ الْمَادَّةِ 125 إِلَى الْمَادَّةِ 145، وَطَلَبِ إِزَامِ الْخِصْمِ بِتَقْدِيمِ وَرْقِهِ تَحْتَ يَدِهِ مِنَ الْمَادَّةِ 70 إِلَى الْمَادَّةِ 74. وَقَدْ تَوَلَّى قَانُونِ الْإِجْرَاءَاتِ الْمَدِينِيَّةِ وَالْإِدَارِيَّةِ بَيَانِ كَيْفِيَّةِ تَقْدِيمِ أَدْلِهِ الْإِثْبَاتِ، وَكَذَا الْإِجْرَاءَاتِ الْوَاجِبِ اتِّبَاعَهَا أَمَامَ الْقَاضِي.

فِي حَقِيقَةِ الْأَمْرِ لَا يَوْجَدُ نَصٌّ قَانُونِي صَرِيحٌ يَسْمَحُ بِإِثْبَاتِ الطَّلَاقِ الْعُرْفِيِّ، لِذَلِكَ تَضَارَبَتِ النَّصُوصُ الْقَانُونِيَّةُ وَالْاجْتِهَادَاتُ الْقَضَائِيَّةُ فِي مَسْأَلَةِ إِثْبَاتِ الطَّلَاقِ الْعُرْفِيِّ، فَجَدْنَا نَصَّ الْفِقْرَةِ الْأُولَى مِنَ الْمَادَّةِ 49 ق أ ج، وَبَعْضَ الْقَرَارَاتِ الْقَضَائِيَّةِ الَّتِي سَبَقَ ذِكْرُهَا نُحْرَجُ مِنْ دَائِرَةِ الثَّبُوتِ كُلِّ طَلَاقٍ وَقَعَ خَارِجَ الْقَضَاءِ، فِي حِينٍ تَوْجَدُ نَصُوصٌ أُخْرَى تُشِيرُ إِلَى ثَبُوتِهِ مِنْهَا نَصَّ الْمَادَّةِ 58 ق أ ج: "تَعْتَدُّ الْمَطْلُوقَةُ الْمُدْخُولُ بِهَا غَيْرَ الْحَامِلِ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ، وَالْيَائِسُ مِنَ الْمَحِيضِ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ مِنْ تَارِيخِ التَّصْرِيحِ بِالطَّلَاقِ".<sup>1</sup>، فَظَاهِرُ الْمَادَّةِ أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ مِنْ تَارِيخِ تَصْرِيحِ الزَّوْجِ بِهِ، لِأَنَّ الْمَشْرَعَ لَمْ يَسْتَعْمَلْ لَفْظَ الْحُكْمِ الْقَضَائِيِّ، كَمَا أَنَّ قَرَارَاتِ الْمَحْكَمَةِ الْعُلْيَا أَكَّدَتِ إِمْكَانِيَّةَ إِثْبَاتِهِ مِنْهَا:

- " لَا يَثْبُتُ الطَّلَاقُ الْعُرْفِيُّ إِلَّا بِشَهَادَةِ شُهُودٍ حَضَرُوا الْمَجْلِسَ الَّذِي تَمَّ فِيهِ الطَّلَاقُ بِالْفَاطِ لَا تَقْبَلُ التَّأْوِيلُ".<sup>2</sup>

- " مِنْ الْمَقْرَّرِ شَرْعاً أَنَّهُ يَثْبُتُ الطَّلَاقُ الْعُرْفِيُّ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ أَمَامَ الْقَضَاءِ، وَمَتَّى تَبَيَّنَ فِي قَضِيَّةِ الْحَالِ أَنَّ الطَّلَاقَ وَقَعَ بَيْنَ الطَّرْفَيْنِ أَمَامَ جَمَاعَةٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، وَأَنَّ الْمَجْلِسَ أَجْرَى تَحْقِيقَ وَسْمَعِ الشُّهُودِ الَّذِينَ أَكَّدُوا بِأَنَّ الزَّوْجَ طَلَّقَ فِعْلاً الْمَطْعُونَ ضِدَّهَا أَمَامَ جَمَاعَةٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَبِالتَّالِيِ فَلَا يَحِقُّ لَهُ أَنْ يَتَرَاوَجَعَ عَنِ هَذَا الطَّلَاقِ وَعَلَيْهِ فَإِنَّ الْقَضَاءَ بِقَضَائِهِمْ بِإِثْبَاتِ الطَّلَاقِ الْعُرْفِيِّ طَبَّقُوا صَحِيحَ الْقَانُونِ وَمَتَّى كَانَ كَذَلِكَ اسْتَوْجِبَ رَفْضَ الطَّعْنِ".<sup>3</sup>

- " لَا يَثْبُتُ الطَّلَاقُ بَعْدَ الْوَفَاةِ بِشَهَادَةِ السَّمَاعِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بِالشَّهَادَةِ الْمُبَاشِرَةِ أَيُّ بَانَ يَشْهَدُ الشَّاهِدُ بِمَا وَقَعَ تَحْتَ سَمْعِهِ وَبَصَرِهِ مِنْ صِبْغَةِ الطَّلَاقِ".<sup>4</sup>

1 القانون رقم: 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر، ص: 913.

2 قرار الغرفة المدنية، المجلة القضائية، ملف رقم: 1482026، 02/03/2022م، <https://www.coursupreme.dz>، تاريخ الاطلاع، 22/07/2023م.

3 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 216850، بتاريخ: 16/02/1999م، المجلة القضائية ع: خاص، 2001م، ص: 100.

4 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 1026274، بتاريخ: 07/12/2016م، المجلة القضائية، ع: 2، 2016م، ص: 216.

- " من المستقر عليه قضاءً أنه يجوز الحُكْم بالطلاق أمام المجلس القضائي لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية، أو ترفض دعوى الطلاق، ومن ثم فإنّ قضاة المجلس لما قضاوا بإلغاء الحُكْم القاضي برفض الدعوى، وحكموا من جديد بإثبات الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين، واعتبروه تعسفياً على مسؤولية المستأنف عليه طبقوا صحيح القانون.<sup>1</sup>

- " من المقرر شرعاً أنّ الطلاق هو حقٌّ للرجل صاحب العِصمة، وأنّه لا يجوز للقاضي أن يحلّ محلّه في إصداره، أمّا التّطبيق فهو حقٌّ للزوجة المتضرّرة، وتُرفع أمرها إلى القاضي الذي يطلقها، ومن ثمة فإنّ القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كانت الشريعة الإسلامية تُحَوّل إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهود حضروا، وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مُستفيضة فإنّه يجب على القضاة أن يُجرّوا تحقيقاً لسماع الشهود الذين علموا بواقعة الطلاق، وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحّة طلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإنّ القرار الذي قضى بأنّ الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القضاء يُعدّ مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية.<sup>2</sup>

وعليه فإنّ الطلاق الذي يقع خارج القضاء يُمكن إثباته، إمّا بالإقرار، أو بشهادة الشهود، وهذا لا يعني ثبوته بماتين الوسيطتين فقط، فيبدوا أنّ ذكرهما جاء في قرارات المحكمة العليا على سبيل المثال لا الحصر، وذلك تبعاً لحثيات قضايا الطلاق التي ستفصل فيها.

بعد تسجيل الطلاق العرفي في المحكمة ليوثق في سجلات الحالة المدنية، هل يُثبت القاضي بأثر رجعي، أم أنّ تاريخه يكون من وقت صدور حُكْم القاضي؟، لم يُشر المشرع الجزائري صراحةً إلى ثبوت الطلاق العرفي بأثر رجعي، بل تضاربت النصوص القانونية والقرارات القضائية في ذلك، والتي نذكر منها:

- المادة 58 ق أ ج: "تعتدُّ المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهرٍ من تاريخ التصريح بالطلاق."

- " من المقرر شرعاً- وعلى ما جرى به قضاة المجلس الأعلى - إنّ تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضاً أنّ الرجعة لا تُعتبر شرعاً إلا أثناء قيام العدة، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف ذلك يُعدّ خرقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت- في قضية الحال- أنّ الزوج المطلق نديم أو تراجع في طلاقه بعد انتهاء مدة العدة فإن هذا لا يشفع له شرعاً في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به، وبناءً عليه فإذا أراد أن يُرجع زوجته، كان عليه اتباع القواعد الفقهية التي تُنظم وتضبط الرجعة، وكان على قضاة الاستئناف التنفيذ بهذه

1 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 216850، بتاريخ: 16/02/1999م، المجلة القضائية ع: خاص، 2001م، ص: 100.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 35026، بتاريخ: 03/12/1984م، المجلة القضائية رقم القرار: 35026، تاريخ القرار: 03/12/1984م، ع: 4، 1989م، ص: 86.

القواعد الفقهية كما فعل قاضي محكمة الدرجة الأولى، إلا أنهم بقضائهم برجع الزوجة إلى بيت الزوجية، خالفوا أحكام هذا المبدأ، ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة<sup>1</sup>.

- " إثبات الطلاق العرقي بعد الوفاة لا يكون إلا بشهادة شاهدين حضرا مجلس العقد<sup>2</sup>.

- نصّ المادة 49 ق أ ج على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي.

- " وحيث إنّ مثل هذا التعليل الذي اعتمده قضاة المجلس في قرارهم المنتقد لا يستقيم مع المبدأ الشرعي، وما دأبت عليه المحكمة العليا في أنّ الطلاق العرقي باعتباره من المسائل الشرعية لا يثبت إلا بها، وتقع حين ثبوتها، كما يشترط في إيقاعه حضور شاهدين في مجلس الطلاق، وأشهدهما على أنه طلق زوجته بعبارة لا تحمل أيّ تأويل<sup>3</sup>.

بما أنّ موقف القضاء بقيّ غامضاً في إثبات الطلاق العرقي بأثر رجعي، وكما هو معلوم فإنّ قضايا الطلاق يستغرق صدور الحكم النهائي فيها من المحاكم أشهراً، فإذا تصرف أحد الأطراف تصرفاً على أساس وقوع الطلاق، ولم يصدر الحكم النهائي بعد، فهل يُتابع قضائياً أم أنّه لا يُتابع؟، إذا رجعنا إلى نصّ المادة 49 ق أ ج والتي نصّت على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم يدلّ هذا على أنه لا يحق لأحد أن يتصرف تصرفاً على أساس وقوع الطلاق، بل ينتظر إلى غاية صدور الحكم، وإلا فإنه سيتابع قانونياً، ومثل هذا الإجراء سيكون فيه ظلم للناس، واتّهام لهم بالباطل، وعليه فللفصل في قضية إثبات الطلاق العرقي ينبغي مراعات مايلي:

- أن يكون حكم القاضي نهائياً في مسألة إثبات الطلاق، وفي نفس اليوم الذي تُرفع فيه القضية، لأنّ للطلاق أركاناً وشروطاً فإذا توفرت حكم بثبوته بأثر رجعي، وإذا لم تتوفّر حكم بعدم ثبوته عملاً بقاعدة: " اليقين لا يزول بالشك".

- ضرورة الانسجام بين أقسام القضاء فلا يُتابع أيّ طرف تصرف تصرفاً على أساس وقوع الطلاق حتى يتمّ الفصل في قضية الطلاق، عملاً بقاعدة: " الأصل براءة الذمّة".

- عند قيام الشبهة فإنه ينبغي مراعاتها في مسألة العقوبة عملاً بقاعدة: " درء الحدود بالشبهات".

1 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 35322، بتاريخ: 17/12/1984م، المجلة القضائية، ع: 4، 1989م، ص: 91.

2 قرار عن الغرفة المدنية، المحكمة العليا، رقم الملف: 1259787، تاريخ: 05/12/2018م، <https://droit.mjustice.dz/ar>، تاريخ الاطلاع: 25/07/2023م.

3 قرار عن الغرفة المدنية، المحكمة العليا، رقم الملف: 1482026، تاريخ: 02/03/2022م، [/https://www.coursupreme.dz/](https://www.coursupreme.dz/)، تاريخ الاطلاع: 25/07/2023م.

أما بالنسبة للصّح في الطّلاق العرّبي هل يُلزم القاضي بإجرائه أم لا؟  
إذا رجعنا إلى نصّ المادّة 49 ق أ ج فإنّها تلزم القاضي بإجراء الصّح قبل إثبات الطّلاق بحكم قضائي،  
وَم تُفَرِّق بَيْن الطّلاق الواقع داخل المحكمة وخارجها، إلّا أنّه ينبغي على القاضي عند إجرائه الصّح في الطّلاق  
العربي مراعاة مسألة العِدّة، وعدد الطّلاقات حتّى لا يقع في محذور شرعي.  
لكن اجتهادات المحكمة العليا أزلت الغموض، وَبَيَّنّت أنّه في هذه الحالة لا يُلزم القاضي بإجراء الصّح  
" يُحْكَم بِالطَّلَاق بَعْد مَحَاوَلَة الصَّلَاح الَّتِي إِنْ أَفْلَحَ بَقِيَتْ عِلَاقَة الزَّوْجِيْن كَمَا كَانَتْ سَابِقاً، إِلَّا إِذَا أَثْبَتَ الزَّوْج أَنَّهُ  
طَلَّقَ زَوْجَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَعْضُرَ أَمْرَهَا عَلَى الْقَاضِي أَوْ أَثْنَاءَهُ، وَإِنْ فَشِلَ فَإِنْ كَانَ الزَّوْجَ هُوَ الَّذِي طَلَبَ الطَّلَاقَ فَمَا  
عَلَى الْقَاضِي سِوَى الْحُكْمِ لَهُ بِهِ ..."<sup>1</sup>.

### 3/ إثبات الطّلاق العرّبي في بعض القوانين العربيّة.

#### أ- قانون الأحوال الشّخصية المصري.

أقرّ قانون الأحوال الشّخصية المصري وقوع الطّلاق من الزوج خارج المحكمة وداخلها، وأوجب توثيقه  
والإشهاد عليه، فقد نصّت المادّة 21 ق أ ش م: "لا يُعتدّ في إثبات الطّلاق عند الإنكار، إلّا بالإشهاد والتّوثيق،  
وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه، يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطّلاق، ويَدَعُوهُمَا إِلَى اخْتِيَارِ حَكْمٍ مِنْ  
أَهْلِهِ وَحَكْمٍ مِنْ أَهْلِهَا لِلتَّوْفِيقِ بَيْنَهُمَا، فَإِنَّ أَصْرَ الزَّوْجِيْن مَعاً عَلَى إِيقَاعِ الطَّلَاقِ فَوْرًا، أَوْ قَرَرًا مَعاً أَنَّ الطَّلَاقَ قَدْ  
وَقَعَ، أَوْ قَرَّرَ الزَّوْجُ أَنَّهُ أَوْقَعَ الطَّلَاقَ، وَجَبَ تَوْثِيقَ الطَّلَاقِ بَعْدَ الْإِشْهَادِ عَلَيْهِ."<sup>2</sup>  
وقد حدّد مدّة ثلاثين يوماً كأجلٍ لتوثيقه، فجاء نصّ المادّة 5 مكرراً ق أ ش م: "على المطلّق أن يوثّق  
إشهاد طلاقه لدى الموثق المختصّ خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطّلاق.

وتُعتبر الزّوجة عالمةً بالطّلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطّلاق لشخصها  
على يد محضّر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطّلاق إلى المطلّقة أو من ينوب عنها، وفق الإجراءات التي  
يصدر بها قرار من وزير العدل.<sup>3</sup>، الملاحظ على هذه المادّة أنّها لم تُرتّب عقوبةً على التّأخير في توثيق الطّلاق،  
ولم تُرتّب بطلان الطّلاق، ممّا يُظهر أنّ التّوثيق جانب شكلي داخل في المصلحة المرسلّة حفاظاً على الحقوق،  
ولو تأخّر الزوج عن توثيق طلاقه فإنّه واقع، ويمكن توثيقه بعد ذلك.

1 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصية العليا، رقم الملف: ملف رقم: 57812، بتاريخ: 1989/12/25م، المجلّة القضائية، ع: 3، 1991م، ص: 73.

2 القانون رقم: 1 لسنة 2000م، المتضمّن إصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشّخصية، الجريدة الرّسمية  
لجمهورية مصر العربيّة، ع: 4 مكرر، في 29 يناير 2001م، ص: 15.

3 القانون رقم: 100 لسنة 1985م، المتضمّن تعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشّخصية، الجريدة الرّسمية لجمهورية مصر العربيّة، ع: 27 (تابع)،  
في 4 يوليو 1985م، ص: 4.

ب- قانون الأسرة القطري.

جاء نصّ قانون الأسرة القطري واضحاً في هذه المسألة لا غموض فيه، إذ أنّه أقرّ بوقوع الطلاق خارج المحكمة، ومكّن الزوج من إيقاع الطلاق في المحكمة إذا أراد ذلك، فنصّت المادة 113 ق أ ق: "يقع الطلاق بتصريح من الزوج أمام القاضي.

وعلى القاضي قبل تلقيه التصريح أن يُحاول إصلاح ذات البين.

ويجوز إثبات الطلاق الواقع خارج المحكمة بالبينة أو الإقرار، ويجب إشعار الزوجة به.<sup>1</sup>

ج- قانون الأحوال الشخصية الأردني.

شابه القانون الأردني القانون القطري في وقوع طلاق الزوج داخل المحكمة وخارجها إلا أنّه رتب عقوبة على عدم تسجيله، فقد نصّت المادة 97 ق أ ش أ: "يجب على الزوج أن يُسجل طلاقه ورجعته أمام القاضي، وإذا طلق زوجته خارج المحكمة ولم يُسجله فعليه أن يُراجع المحكمة لتسجيل الطلاق خلال شهر، وكلّ من تخلف عن ذلك يُعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات، وعلى المحكمة أن تقوم بتبليغ الطلاق الغيابي والزوجة للزوجة خلال أسبوع من تسجيله.<sup>2</sup>

الفرع الثاني: الطعن في حكم الطلاق الصادر من القاضي.

1/ مفهوم طرق الطعن.

- هي الوسائل القانونية التي أتاح المشرع من خلالها- ضمن آجال زمنية محددة ومن النظام العام-، للمحكوم عليه من طلب إعادة النظر في الحكم الصادر ضده، سواء بتقديم طلب أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام جهة قضائية من درجة أعلى.<sup>3</sup>

- هي الوسائل التي حددها القانون على سبيل الحصر، والتي بمقتضاها يتمكّن الخصوم من التظلم من الأحكام الصادرة عليهم بقصد إعادة النظر فيما قضت به، أو بقصد إلغائها بسبب بطلانها أو بطلان الإجراءات التي بُنيت عليها مع إلغائها.<sup>4</sup>

بيّن المشرع الجزائري مراحل التقاضي في نصّ المادة 6 ق إ م إ ج: "المبدأ أنّ التقاضي يقوم على درجتين مالم ينصّ القانون على خلاف ذلك.<sup>5</sup>، وجعل كلّ الأحكام الصادرة عن المحاكم على درجتها قابلة للطعن كما

1 القانون رقم: 22 لسنة 2006م، المتضمن قانون الأسرة القطري، السالف الذكر، ص: 183.

2 قانون رقم: 36، لعام 2010م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية، دائرة قاضي القضاة، <https://sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/PDFs/AR/AppliedLegislations/a7walsha5seye.p>

df، تاريخ الاطلاع: 2024/03/28.

3 فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، 159..

4 أحمد ابو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، ص: 797.

5 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 3.

جاء بذلك نصّ الفقرتين الأولى، والثانية من المادة 313 ق إ م إ ج: " طُرق الطّعن العاديّة هي الاستئناف والمعارضة.

طُرق الطّعن غير العاديّة هي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النّظر والطّعن بالنّقض.<sup>1</sup> فجاء هذا النصّ موضعاً لطرق الطّعن في القانون الجزائري، عاماً لجميع الأحكام دون تفرّيق بيّن حكم الطّلاق وغيره، إلّا أنّه بالرجوع إلى النّصوص الخاصة نجد لأحكام الطّلاق بعض الخصوصيّة فيما يتعلق بطرق الطّعن فيه.

## 2/ أقسام طرق الطّعن.

### أ- طرق الطّعن العاديّة.

#### \* المعارضة.

هي إجراء قانوني لصالح الطرف المتعيّب عن جلسات المرافعة، تُمكنه من إعادة عرض النزاع على نفس الجهة القضائيّة التي فصلت في القضية في غيبته، لتُعيد الفصل فيها من جديد من حيث الوقائع والقانون، ومن الآثار المباشرة للمعارضة أنّها تُلغي الحكم أو القرار المعارض فيه، ويُصبح كأن لم يكن، فتُعيد المحكمة الفصل في القضية من جديد وكأنّها تُنظر في القضية لأول مرّة<sup>2</sup>، وقد أشار إلى هذا المعنى نصّ المادة 327 ق إ م إ ج: " تُهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتعيّب إلى مُراجعة الحكم أو القرار الغيبي.

يُفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون، ويُصبح الحكم أو القرار المعارض فيه كأن لم يكن، ما لم يكن هذا الحكم أو القرار مشمولاً بالنّفاذ المعجل<sup>3</sup>.

وقد نصّ على المعارضة ق إ م إ ج من المادة 327 إلى المادة 331، ويكون للطرف المتعيّب مُدّة شهر فقط من تاريخ التّبلغ الرسمي للحكم، أو القرار الغيبي ليتقدّم بمعارضته، وإلّا فإنّها لن تقبل كما نصّت على ذلك المادة 329 ق إ م إ ج<sup>4</sup>.

فبناءً على ما سبق فإنّ الزوج إذا رفع دعوى الطّلاق على زوجته وغاب عن جلسة المحاكمة، وعن جلسات الصّلح، فإنّ القاضي سيصدر حكماً غيبياً بالطلاق، بناءً على طلب الزوج، إذ نصّت المادة 450 ق إ م إ ج على اتّخاذ القاضي التدابير اللازمة لطلب الزوج الطّلاق بعد التّأكد من طلبه، إلّا أنّ هذا الطّلاق لا يُعدّ طلاقاً شرعياً، وللزوج أن يعترض عنه لأنّ القاضي استنابه دون توكيل، أمّا إذا كان الزوج قد ضمّن عريضته توكيلاً للقاضي بإيقاع الطّلاق فصدر حكم القاضي، أو تضمّنت العريضة تصريحاً بالطلاق - وهذا من الطّلاق بالكتابة

1 قانون رقم: 08-09 المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، السّالف اللّكر، ص: 27.

2 مسعودي محمد أمين، الطعن في حكم الطلاق في القانون الجزائري، مجلّة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، تاريخ 2022/05/12م، ع: 1، المجلّد: 6، ص: 686.

3 قانون رقم: 08-09 المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، السّالف اللّكر، ص: 28.

4 قانون رقم: 08-09 المتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، السّالف اللّكر، ص: 28.

## الفصل الأول: سلطة القاضي على إرادة الزوج في الطلاق.

-، أو كان قد وقع الطلاق خارج المحكمة، ففي هذه الحالات الطلاق واقع شرعاً، وحكم القاضي يكون لتوثيقه فقط.

### \* الاستئناف.

هو عرض النزاع مجدداً على محكمة الدرجة الثانية من أجل إعادة النظر فيه، فهو الطعن الذي يقوم بواسطته الطرف الذي يشعر بالغبن من جراء حكم الدرجة الأولى بنقل القضية أو جوانب منها إلى جهة التقاضي الأعلى بغرض الحصول على إبطال أو الغاء الحكم المطعون فيه.<sup>1</sup>

وقد تناول المقتن أحكام الاستئناف في ق إ م إ ج من المادة 332 إلى 347، وقد حددت المادة 336 ق إ م إ ج<sup>2</sup> أجل الطعن بالاستئناف بشهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم. إلا أن قانون الأسرة الجزائري خصص أحكام الطلاق فيما يتعلق بالاستئناف في الجوانب المادية، وأحكام الحضانة، وقد نصت على ذلك المادة 57 ق أ ج: " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية. تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف."

لأن الطلاق إذا توفرت فيه أركانه وشروطه الشرعية وقع، ولا يمكن الاستئناف فيه، إلا باختلال ركن أو شرط منه، كأن يثبت أن المطلق ليست له صفة الزوجية، أو أن الزوج المطلق مجنون. أما الجوانب المادية فيمكن الاستئناف فيها، لأن المطالبة بالحقوق المالية جائز شرعاً، لنهي الشرع عن التعدي على مال الغير قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ﴾ [البقرة: 187]، وقد جاءت قرارات المحكمة العليا مؤكدة على ذلك منها: " متى كان مقرراً قانوناً أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية، فإن قضاة المجلس - في قضية الحال - بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم، القاضي بالطلاق بين الطرفين خالفوا القواعد الجوهرية للإجراءات. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة.<sup>3</sup>، وهذه الجوانب المادية ستكون محل بحث في الفصل الثاني.

1 فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ص: 165.

2 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 28-29.

3 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 79858، تاريخ: 1991/11/26م، المجلة القضائية، ع: 3، 1993م، ص: 86.

2/ طرق الطعن غير العادية.

\* الطعن بالتماس إعادة النظر.

" التماس إعادة النظر هو طريق من طرق الطعن الغير العادية يطلب فيه الملتمس من الجهة القضائية التي أصدرت الحكم، أو القرار النهائي المطعون فيه بالالتماس بمراجعته لوجود عيب فيه نتيجة تحقق إحدى حالات الالتماس المنصوص عليها في القانون.<sup>1</sup>، وقد تناول المشرع الجزائري طريق الطعن بالتماس إعادة النظر في المواد من 390 إلى 397 من ق إ م إ ج. وحالات الالتماس نصت عليهما المادة 392 ق إ م إ ج: "يمكن تقديم التماس إعادة النظر لأحد السببين الآتين:

- 1- إذا بُني الحكم أو القرار أو الأمر على شهادة زور، أو على وثائق اعترف بتزويرها، أو ثبت قضائياً تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار أو الأمر وحيازته قوة الشيء المقضي به.
  - 2 - إذا اكتشف بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة الشيء المقضي به، أوراق حاسمة في الدعوى، كانت محتجزة عمداً لدى أحد الخصوم.<sup>2</sup>
- على أن يُرفع التماس إعادة النظر في أجل شهرين فقط من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشاهد، أو ثبوت التزوير، أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة، كما نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 393 ق إ م إ ج.<sup>3</sup>
- فإذا كان طلاق الزوج قد توافرت فيه أركانه وشروطه، فلا يمكن التماس إعادة النظر وقد وقع الطلاق، لأنه لا يمكن رجوع الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الطلاق.
- فلو افترضنا أنّ رجلاً طلق زوجته بناءً على شهادة زور بأنها زانية، فطلاقه يقع، لأنّ العبرة بإيقاعه الطلاق دون مراعاة لأسبابه<sup>4</sup>، وأما يمكن أن يكون التماس إعادة النظر في آثار الطلاق المادية، كتزوير وثيقة التفقة مثلاً أو غير ذلك.

\* اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

" هو طريق غير عادي، يجوز اللجوء إليه من كل شخص لحقه ضرر من حكم في خصومة لم يكن طرفاً فيها.<sup>5</sup>، وقد تناول المشرع الجزائري تنظيم هذا الطريق من المادة 380 إلى 389 ق إ م إ ج.

1 مسعودي محمد لمن، الطعن في حكم الطلاق في القانون الجزائري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، تاريخ 2022/05/12م، ع: 1، المجلد: 6، ص: 688.

2 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 33.

3 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 33.

4 مسعودي محمد لمن، الطعن في حكم الطلاق في القانون الجزائري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، تاريخ 2022/05/12م، ع: 1، المجلد: 6، ص: 688.

5 حسين طاهري، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، ج: 1، ص: 202.

فالْحُكْمُ القَضائي النَّهائي وإن كان حجةً بَيِّنْ خصومه وعلى خصومه، إلا أنَّ أثره قد يمتد إلى الغير الذي لم يكن طرفاً في الحُكْمِ، ولم يستطع الدِّفاع عن نفسه لأنَّه لم يستدع، فحوَّل له القانون إمكانيَّة الطَّعن في هذا الحُكْمِ من أجل دَفْع هذا الضَّرر عنه<sup>1</sup>، وقد نصَّت المادَّة 380 ق إ م إ ج على الهدف من هذا الطَّريق: "يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحُكْم أو القرار أو الأمر الاستعجالي الذي فصل في أصل النزاع.

يُفصل في القضيَّة من جديد من حيث الواقع والقانون."<sup>2</sup>.

إذا أوقع الزوج طلاقه على زوجته، فلا يمكن أن يكون هناك طرف أجنبي مُتضرر من طلاق الزوج، لكون الطَّلاق شخصي، إلا أنَّه يمكن أن يكون هناك مُتضرر من جهة آثاره، كتضرر أحد الورثة بعد وفاة أحد الزوجين، وعليه فهذا الطَّريق لا يصلح أن يكون من طرق الطَّعن في حُكْم الطَّلاق لأنَّ الهدف من الاعتراض هو مراجعة الحُكْم ورجوع الحال على ما كان عليه والفصل فيها من جديد، وهذا يتعارض مع حُكْم الطَّلاق الذي لا يُمكن أن يرجع فيه الطرفان إلى حالتهمما قبل الطَّلاق.

\* الطَّعن بالتَّقض.

"لا يُشكِّل الطَّعن بطريق التَّقض امتداداً للخصومة الأولى ولا درجةً من درجات التَّقاضي حتَّى يصحَّ أن يكون للخصوم فيه من الحقوق ما كان لهم أمام جهتي الموضوع من تقديم طلبات أو أوجه دِفاع جديدة لم يسبق عرضها من قبل أمام درجتي التَّقاضي."<sup>3</sup>، وقد نصَّ المشرِّع الجزائري على الطَّعن بالتَّقض من المادَّة 349 إلى 370 من ق إ م إ ج.

ويبدأ تاريخ الطَّعن بالتَّقض من تاريخ التَّطرق بالحُكْم، حيث نصَّت المادَّة 434 ق إ م إ ج على أنَّه: "يسري أجل الطَّعن بالتَّقض من تاريخ التَّطرق بالحُكْم"<sup>4</sup>، إلا أنَّ نصَّ المادَّة 354 ق إ م إ ج جاء مخالفاً للتَّص السابق، إذ جعل التَّاريخ يسري من تاريخ التَّبليغ: "يُرفع الطَّعن بالتَّقض في أجل شهرين (2) يبدأ من تاريخ التَّبليغ الرسمي للحُكْم المطعون فيه إذا تمَّ شخصياً.

ويمدد أجل الطَّعن بالتَّقض إلى ثلاثة (3) أشهر، إذا تمَّ التَّبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار."<sup>5</sup>، وإن كانت المادَّة 434 ق إ م إ ج جاءت خاصةً على اعتبار أنَّها ذُكرت في فصل قِسم شؤون الأسرة تحت فَرع

1 مسعودي محمد لبن، الطعن في حُكْم الطَّلاق في القانون الجزائري، مجلَّة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسيَّة، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، تاريخ 2022/05/12م، ع: 1، المجلد: 6، ص: 689.

2 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنيَّة والإداريَّة، السَّالف الذِّكر، ص: 32.

3 بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنيَّة والإداريَّة، ج: 1، ص: 304.

4 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنيَّة والإداريَّة، السَّالف الذِّكر، ص: 37.

5 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنيَّة والإداريَّة، السَّالف الذِّكر، ص: 30.

الطلاق بالتراضي، إلا أنه لم يتم تحديد مدة الطعن فيها، مما يُجتم الرجوع إلى نص المادة 354 ق إ م إ ج، وهذا يعني التضارب فيما يتعلق ببدء سريان هذه المدة.

وقد نصت المادة 361 ق إ م إ ج<sup>1</sup> على أن الطعن بالنقض لا يُوقف تنفيذ الحكم أو القرار ماعدا ثلاث حالات؛ حالة الأشخاص، وأهليتهم، ودعوى التزوير، ومعلوم أن حكم الطلاق مُتعلق بحالة الأشخاص، إلا أن المادة 452 ق إ م إ ج نصت على استثنائه: "لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450، و 451 أعلاه"<sup>2</sup>، لأن الطلاق قد وقع من الزوج فلا يُمكن تصور رجوع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل الطلاق، وكأن الطلاق لم يكن، إلا إذا كان الطلاق لم يقع من الزوج وإنما من المحكمة من تلقاء نفسها فهنا الزوجية مازالت قائمة ويمكن الطعن فيه، إذا فماهي الفائدة من قبول المحكمة العليا الطعن بالنقض في حكم الطلاق، والذي يُفهم من نص المادة 452 ق إ م إ ج؟، جواب ذلك أنه قد يرجع لأمرين: \* أن الطعن بالنقض مُقتصر على الجوانب المادية كما نصت على ذلك المادة 57 ق أ ج، وقرارات المحكمة العليا.

\* أن من مهام المحكمة العليا مراقبة الأحكام الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية، ومدى صحتها شكلاً وموضوعاً.

لكن بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجد أنها نصت على أن الطعن لا يُوقف تنفيذ حكم الطلاق الذي أوقعه الزوج " من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإنّ التعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسيب ليس في محله"<sup>3</sup>.

ما يلاحظ على طرق الطعن في الطلاق بإرادة الزوج مايلي:

- لم يُعط القانون للزوج حق الاعتراض على حكم الطلاق الغيابي الذي تُصدره المحكمة دون إذنه.
- لم يشر القانون أنه إذا توفرت في الطلاق شروطه وأركانه أنه لا يمكن الطعن فيه بكل صور الطعن، لأنه لا يُتصور أن يرجع الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل الطلاق، وكأن الطلاق لم يكن.
- ووفق القانون نوعاً ما حينما قصر حق الطعن في الطلاق الواقع من الزوج على الجوانب المادية والحضانية، مع ما يؤخذ عليه من مخالفات للشريعة الإسلامية في هذا الأمر.
- ومن العيوب أن جعل المشرع الجزائري أجلاً للطعن، فصاحب الحق المالي لا يمكن إسقاط حقه بمرور مدة زمنية معينة.

1 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 31.

2 قانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر، ص: 38.

3 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 223019، بتاريخ: 15/06/1999م، عدد خاص، 2001م، ص: 104.

- " وَالْحُكْمُ الصَّادِرُ بِالطَّلَاقِ لَا يُعَدُّ حُكْمًا، وَإِنَّمَا هُوَ قَرَارٌ وَلَائِي لَا سِيَمَا وَأَنَّ مُقَوِّمَاتِ الْعَمَلِ الْقَضَائِيِّ غَيْرُ مَتَوَفِّرَةٍ لِانْعِدَامِ عِنصرِ التَّزَاوُعِ، وَعَلَيْهِ فَلَا يُمْكِنُ الطَّعْنُ فِيهِ بِطُرُقِ الطَّعْنِ الْمَقْرَرَةِ لِلأَحْكَامِ الْقَضَائِيَّةِ، وَإِنَّمَا يَخْضَعُ لِلتَّظْلَمِ طَبَقًا لِمَا تَخْضَعُ لَهُ الأَعْمَالُ الْوَلَائِيَّةُ."<sup>1</sup>، على أن يكون ذلك في حدود الشريعة الإسلامية.

---

<sup>1</sup> بن عباس نورة، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام المدنية على ضوء القانون والاجتهاد القضائي، دراسة تطبيقية على مستوى مجلس قضاء الشلف، مذكّرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004/2001م، ص: 32.

## الفصل الأول: سلطة القاضي على إرادة الزوج في الطلاق.

تعدّ المشرع الجزائري على إرادة الزوج في الطلاق بأن قيدها بسلطة القاضي في أمور لم يسكت عنها الشرع، وأغفل أموراً مهمة كألفاظ الطلاق، واشتراط شروطاً تخالف الشريعة كوجود المصلحة وضرورة الصلح لصدور الحكم، هذا ما جعل أحكامه متناقضة مخالفة للشريعة الإسلامية، بل واتسم موقفه بالغموض في مسألة الطلاق العرفي الذي لم يجد مناصباً من الاعتراف به، فكانت النتيجة أنّ أهدافه المنشودة التي أراد تحقيقها بخفض نسبة الطلاق لم تتحقق.

المؤكد أنّ للطلاق مقاصد شرع من أجلها، فعلى المسلم أن يستعمل هذا المباح لتحقيق تلك المقاصد، وإن أذن الشارع في نفاذ فعله من غير تسبب، لأنّ المسلم مُتعبّد بتحقيق مقاصد الله في أحكامه.

## الفصل الثّاني: آثار تعليق الطّلاق على حُكم القاضي.

تُشكّل الآثار جزءاً هاماً في البحث العلمي حيث أنّها تمثل حقيقةً الشّيء في الواقع، فعند

تقييد المشرّع الجزائري لطلاق الرّوج بحُكم القاضي قصد بذلك حُفض نسبته، ممّا ترتّب على ذلك

آثاراً هي المعيار الدّال على حقيقة ما أقدم عليه، والتي ستكون محلّ دراسة في مبحثين هما:

المبحث الأوّل: الآثار الشخصية لتعليق الطّلاق على حكم القاضي.

المبحث الثّاني: الآثار الماليّة لتعليق الطّلاق على حكم القاضي.

### المبحث الأوّل: الآثار الشّخصيّة لتعليق الطّلاق على حكم القاضي.

تترتّب على تعليق الطّلاق على حكم القاضي آثارٌ شخصيّة كثيرة أهمّها العِدَّة والرّجعة والخِطبة

والنّسب، والتي ستُقسّم على المطلبين التّالين:

المطلب الأوّل: العِدَّة والرّجعة.

المطلب الثّاني: الخِطبة وإثبات النّسب.

### المطلب الأوّل: العِدّة والرّجعة.

في تشريع العِدّة على المرأة، والرّجعة للرّجل حِكْمَةٌ بالغَةٌ لما يترتّب عليهما من حقوق وواجبات، وهما محلّ بحث في الفرعين التّاليين.

#### الفرع الأوّل: ماهيّة العِدّة.

أولاً: تعريف العِدّة.

##### 1/ لغةً:

عدّ العين والدّال أصلٌ صحيحٌ واحدٌ لا يخلو من العدّ الذي هو الإحصاء، ومن الإعداد الذي هو تهيئة الشّيء، وإلى هذين المعنيين ترجع فروع الباب كلّها<sup>1</sup>، وسنقتصر على ما يتعلّق بالعِدّة:

- إحصاء الشّيء: عدّ الشّيء يعدّه عدّاً، وتعدّاداً، وعدّةً، فالعِدّة مصدر كالعدّ، ومعناها الإحصاء<sup>2</sup>، والعدّد في قوله تعالى: ﴿وَأَحْصِي كُلَّ شَيْءٍ عَدَدًا﴾ [الجن: 28]، له معنيان: يكون أحصى كلّ شيء معدوداً فيكون نصبه على الحال، يقال: عددت الدراهم عدّاً وما عدّ فهو معدود وعدد، وعدّة المرأة المطلّقة، والمتوفّي زوجها: هي ما تعدّه من أيّام أقرائها، أو أيّام حملها، أو أربعة أشهر وعشر ليال<sup>3</sup>.

- الجماعة قلّت أو كثرت: تقول: رأيت عدّة رجال وعدّة نساء، وأنفذت عدّة كتب أي: جماعة كتب<sup>4</sup>.

##### 2/ اصطلاحاً:

- الحنفيّة: التّربص الذي يلزم المرأة عند زوال النّكاح أو شبّهته<sup>5</sup>.

- المالكيّة: تربّص المرأة زماناً معلوماً قدره الشّرع علامةً على براءة الرّحم، مع ضرب من التّعبد<sup>6</sup>.

- الشافعيّة: اسم لمُدّة تربّص فيها المرأة لمعرفة براءة رّحمها أو للتّعبد أو لتفجعها على زوجها<sup>7</sup>.

- الحنابلة: اسم لمُدّة معلومة تربّص فيها المرأة لتعرف براءة رّحمها<sup>8</sup>.

- القانون: لم ينص القانون الجزائري على تعريف العِدّة، ولا تناولت تعريفها اجتهادات المحكمة العليا، رغم كونها من النّظام العامّ، وإتّما اكتفى المشرّع الجزائري ببيان أحكامها في قانون الأسرة من المادّة 58 إلى المادّة 61.

1 ابن فارس، معجم مقاييس اللّغة، كتاب العين، باب العين وما بعدها في المضاعف والمطابق والأصم (عدّ)، ج: 4، ص: 29.

2 مرتضى الزبيدي، تاج العروس، فصل العين مع الدّال، المهملتين (عدد)، ج: 8، ص: 353، و357.

3 ابن منظور، لسان العرب، حرف الدّال المهملة، فصل العين المهملة (عدد)، المجلد: 3، ص: 281، و284.

4 المرجع نفسه، المجلد: 3، ص: 282.

5 الزيلعي، تبيين الحقائق، ج: 3، ص: 26.

6 المنوفي، كفاية الطالب الرباني، ج: 3، ص: 245-246.

7 الشريبي، مغني المحتاج، ج: 3، ص: 504.

8 ابن مفلح، المبدع شرح المنقح، ج: 7، ص: 71.

ما يلاحظ على التّعريفات السّابقة أنّها تتضمّن مايلي:

- أنّ العِدّة مدّة زمنيّة مقدّرة شرعاً، فلا اجتهاد في تحديدها.  
- أنّها تبدأ بانتهاء النّكاح الصّحيح، أو الوطاء بِشبهة وهو: النّكاح الفاسد ومَن زُفت إليه غير امرأته فوطئها<sup>1</sup>.

- أنّها تختصّ بالمرأة فتنظر انتهاءها حتّى تستطيع الرّواج، وإن كان يلزم الرّجل من التّربص عن التّزوج إلى مضي عدّة امرأته في نكاح أختها ونحوه، إلّا أنّه لا يُسمّى عدّة اصطلاحاً وإن وُجد معنى العِدّة فيه<sup>2</sup>.

- الغاية منها التّأكد من براءة الرّحم أو التّعبد - والتّعبد ما لا يُعقل معناه عبادةً كان أو غيرها<sup>3</sup>، فلولا جانب التّعبد في العِدّة لاقتصر على قرء واحد، لأنّه به يحصل التّأكد من براءة الرّحم<sup>4</sup>، وهذا القول ضعيف، لأنّ المعتمد في العِدّة إذا كانت أقرأ أنّ الجميع للاستبراء لا الأول فقط، وإنّما التّعبد من جهة الاقتصار على عدد مُعيّن في العِدّة، وهو ظاهر في عدّة الوفاة بالنّظر لخصوص العشرة، لأنّه بمضي أربعة أشهر يتحرّك الحمل، فزِيدت العشرة؛ لأنّها قد تنقص الأشهر أو تبطئ حركة الجنين<sup>5</sup>.

والذي يظهر تقارب التّعريفات السّابقة في الدّلالة على معنى العِدّة، ولا فرق جوهرى بينها، فقد عبّر عنها الحنفية بالعدّد، وعبّر عنها المالكية والشافعية والحنابلة بالمعدود.

### 3/ العلاقة بين التّعريف اللّغوي والاصطلاحي.

يلاحظ أنّ المعنى اللّغوي أنّه أعمّ من المعنى الاصطلاحي، إذ أنّه تضمّن الإحصاء، والتّهيئة والاستعداد، بينما اختصّ المعنى الاصطلاحي بمعنى الإحصاء.

ثانياً: حُكمها ودليلها.

حُكم العِدّة واجبة، والدليل:

### 1/ من القرآن.

- قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: 226]، هذا خبر والمراد الأمر<sup>6</sup>، فقد أمر الله سبحانه وتعالى المطلّقات المدخول بهنّ من ذوات الأقراء، بأن تمكث إحداهنّ بعد طلاق زوجها لها ثلاثة قُرُوء، ثمّ تتزوج إن شاءت<sup>7</sup>، والأمر المطلق يُفيد الوجوب.

1 ابن نجيم، البحر الرائق، ج: 4، ص: 215.

2 المرجع نفسه، ج: 4، ص: 215، أمّا عند المالكية فذهب بعضهم إلى أنّه ليس عدّة لا لغةً ولا شرعاً، وذهب بعضهم إلّا أنّه عدّة، ينظر العدوي، حاشية العدوي، المنوفي، كفاية الطالب الرباني، ج: 3، ص: 245.

3 الرّملي، نهایة المحتاج، ج: 7، ص: 126.

4 خليل، التّوضيح، المجلد: 5، ص: 52.

5 العدوي، حاشية العدوي، المنوفي، كفاية الطالب الرباني، ج: 3، ص: 246.

6 القرطبي، تفسير القرطبي، سورة البقرة، ج: 3، ص: 112.

7 ابن كثير، تفسير ابن كثير، سورة البقرة، ج: 1، ص: 249.

- قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقْتُمُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ [الطلاق: 1]، فنادى الله النبي ﷺ أولاً تشريفاً له، ثم خاطبه مع أمته، أو الخطاب له خاصة، والجمع للتعظيم، وأتمته أسوته في ذلك، والمعنى: إذا أردتم تطليقهنّ وعزمتنّ عليه فطلقوهنّ لعدتهنّ أي: مستقبلات لعدتهنّ،... وأحصوا العدة أي: احفظوها، واحفظوا الوقت الذي وقع فيه الطلاق حتى تتمّ العدة، وهي ثلاثة قُروء، والخطاب للأزواج، وقيل: للزوجات، وقيل: للمسلمين على العموم، والأول أولى لأنّ الضمائر كلّها لهم<sup>1</sup>، والأمر يُفيد الوجوب.

2/ من السنة.

- عن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها قالت: {... وَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: كَمْ طَلَّقَكَ؟ قُلْتُ: ثَلَاثًا، قَالَ: صَدَقَ، لَيْسَ لَكَ نَفَقَةٌ، اعْتَدِي فِي بَيْتِ ابْنِ عَمِّكَ ابْنِ أُمِّ مَكْنُومٍ،...}،<sup>2</sup> فأمرها بالعدة، والأمر يُفيد الوجوب.

- عن سبيعة رضي الله عنها قالت: { أَتَمَّا كَانَتْ تَحْتَ سَعْدِ بْنِ حَوْلَةَ وَهُوَ فِي بَنِي عَامِرِ بْنِ لُؤَيٍّ، وَكَانَ مِمَّنْ شَهِدَ بَدْرًا، فَتَوَفِّيَ عَنْهَا فِي حَجَّةِ الْوُدَاعِ وَهِيَ حَامِلٌ، فَلَمْ تَنْشَبْ أَنْ وَضَعَتْ حَمْلَهَا بَعْدَ وَفَاتِهِ، فَلَمَّا تَعَلَّتْ مِنْ نِفَاسِهَا، تَجَمَّلَتْ لِلْحُطَّابِ، فَدَخَلَ عَلَيْهَا أَبُو السَّنَابِلِ بْنُ بَعْكِكَ - رَجُلٌ مِنْ بَنِي عَبْدِ الدَّارِ - فَقَالَ لَهَا: مَا لِي أَرَاكِ مُتَجَمِّلَةً؟ لَعَلَّكَ تَرْجِينَ النِّكَاحَ، إِنَّكَ، وَاللَّهِ، مَا أَنْتِ بِنَاكِحٍ حَتَّى تَمُرَّ عَلَيْكَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ، قَالَتْ سَبِيْعَةُ: فَلَمَّا قَالَ لِي ذَلِكَ، جَمَعْتُ عَلَيَّ ثِيَابِي حِينَ أَمْسَيْتُ، فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ، فَأَقْتَانِي بِأَنِّي قَدْ حَلَلْتُ حِينَ وَضَعْتُ حَمْلِي، وَأَمَرَنِي بِالتَّرْجُوحِ إِنْ بَدَأَ لِي. }<sup>3</sup>، فليس للمرأة الزواج إلا بانقضاء عدتها.

### 3/ من الإجماع.

أجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة، وإتّما اختلفوا في أنواع منها<sup>4</sup>.

### 4/ من القانون.

نصّ اجتهاد المحكمة العليا على أنّ العدة من النظام العامّ: " لا طلاق بدون عدّة وبدون نفقة عنها، مادامت العدة من النظام العامّ."<sup>5</sup>

1 الشوكاني، فتح القدير، سورة الطلاق، ج: 5، ص: 287.

2 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، رقم الحديث: 48- (1480)، ج: 2، ص: 1119-1120.

3 المرجع نفسه، كتاب الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها، وغيرها بوضع الحمل، رقم الحديث: 56- (1484)، ج: 2، ص: 1122.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 96.

5 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 358348، بتاريخ: 2006/07/12م، المجلة القضائية ع: 2،

2006م، ص: 449.

ثالثاً: المطلقات من حيث لزوم العِدّة وعدمها.

1/ المطلقة قبل الدّخول.

أ- المطلقة قبل الدّخول وقَبْل الخُلوة.

المطلقة قبل المسيس وقَبْل الخُلوة لا عِدّة عليها، والدليل على ذلك مايلي:

\* من القرآن.

قال تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 49]، خاطب الله المؤمنين بحُكم الرّوجة تُطلق قبل البناء، وبَيّن ذلك الحُكم للأمة، فالمطلقة إذا لم تكن ممسوسةً لا عِدّة عليها بنصّ الكتاب وإجماع الأمة على ذلك<sup>1</sup>.

\* من الإجماع.

قال ابن رشد: " فأما غير المدخول بها فلا عِدّة عليها بإجماع."<sup>2</sup>.

\* من القانون.

لم ينصّ قانون الأسرة الجزائري على أنه لا عِدّة عليها إنّما جاء ذكر ذلك في اجتهادات المحكمة العليا من ذلك: " من المقرّر شرعاً أنه تستوجب العِدّة للمرأة المطلقة، والمتوفى عنها زوجها، ولا تستوجب للمرأة المطلقة غير المدخول بها، ولما كان - في قضية الحال - أنّ المطعون ضدها طَلقت من زوجها الأوّل قبل الدّخول، وأعدت الرّواج ثانيةً في الأسبوع الأوّل من طلاقها فإنّ القضاة برفضهم لطلب الطّاعن بفسخ الرّواج لعدم إتمام العِدّة من الرّواج الأوّل والحُكم بصحة الرّواج ورجوع الرّوجة إلى البيت الرّوجي طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطّعن."<sup>3</sup>.

1 القرطبي، تفسير القرطبي، سورة الأحزاب، ج: 14، ص: 202.

2 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 170، ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 96.

3 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والمواريث، المحكمة العليا، المجلة القضائية، ملف رقم: 137571، 18/06/1996م، المجلة القضائية، ع:

2، 1997م، ص: 93.

ب- المطلقة قبل الدّخول وبعد الخلوة.

اختلف الفقهاء في وجوب العِدّة عليها:

\* القول الأوّل: ذهب الجمهور من الحنفية<sup>1</sup>، والمالكية<sup>2</sup>، والشّافعية في القديم<sup>3</sup>، والحنابلة<sup>4</sup> إلى وجوب العِدّة بعد الخلوة، وهو قول الخلفاء الراشدين، وزيد، وابن عمر، وعلي بن الحسين، وعروة، وعطاء، والزّهري، والأوزاعي، وإسحاق<sup>5</sup>، والدليل على ذلك:

- من الأثر.

عن زرارة بن أوفى قال: " قضى الخلفاء الراشدون المهديّون أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العِدّة." <sup>6</sup>

- من الإجماع.

قضى بأنّه عليها العِدّة الخلفاء الراشدون المهديّون، وهذه قضايا تُشتهر، ولم يُخالفهم أحد في عصرهم، فكان إجماعاً<sup>7</sup>.

- من القياس.

- الخلوة الصّحيحة في النّكاح الصّحيح توجب كمال المهر فتوجب كمال العِدّة بطريق الأوّلى احتياطاً<sup>8</sup>.  
- تجب العِدّة بعد الخلوة لأنّ التّمكين من استيفاء المنفعة جعل كالاستيفاء، ولهذا تَسْتَقِر بالتّمكين الأجرة في الإجارة كما تَسْتَقِر بالاستيفاء، فجعل التّمكين كالاستيفاء في إيجاب العِدّة<sup>9</sup>.

- لأنّ التّسليم الواجب بالنّكاح قد حصل بالخلوة الصّحيحة فتجب به العِدّة كما تجب بالدّخول، فأقيمت الخلوة الصّحيحة مقام الدّخول في وجوب العِدّة مع أنّها ليست بدخول حقيقةً لكونها سبباً مفضياً إليه، فأقيمت مقامه احتياطاً إقامةً للسبب مقام المسبب فيما يُحتاط فيه، لأنّ حقّ الله تعالى يُحتاط في إيجابه<sup>10</sup>.

1 السرخسي، المبسوط، ج: 5، ص: 148-149.

2 مالك بن أنس، المدوّنة، ج: 2، ص: 49.

3 الماوردي، الحاوي الكبير، ج: 9، ص: 540.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 248-249.

5 المرجع نفسه، ج: 7، ص: 249.

6 الألباني، إرواء الغليل، كتاب الصّدّاق، فصل فيما يسقط الصّدّاق وينصفه ويقرره، رقم الأثر: 1937، ج: 6، ص: 356-357، قال الألباني صحيح.

7 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 249.

8 علاء الدّين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج: 2، ص: 244.

9 التّووي، المجموع، ج: 18، ص: 124.

10 الكاساني، بدائع الصناعات، ج: 4، ص: 416.

- من المعقول.

- لأنّه بعد الخلوة لو كان له منها ولد لثبت نسبه إليه إلا أن ينفيه<sup>1</sup>.

\* القول الثّاني: ذهب الشّافعيّة في الجديد<sup>2</sup>، والظاهرية<sup>3</sup> إلى أنّه لا عدّة على المطلقة بعد الخلوة، وهو قول ابن عباس، وابن مسعود، والشّعبي، وابن سيرين، وأبو ثور<sup>4</sup>، والدليل على ذلك:

- من القرآن.

- قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 49]، والمسيس هو الوطء<sup>5</sup>، والدليل مايلي:

- الأوّل: قال ابن عباس رضي الله عنه وشريح رضي الله عنه وغيرهما: لا عدّة عليها إلا بالإصابة نفسها لأنّ الله عز وجل هكذا قال<sup>6</sup>.

- الثّاني: أنّ المسيس كناية لما يُستقبح صريحه، وليست الخلوة مستقبحة التصريح فيكفي عنها، والوطء مُستقبح فكفي بالمسيس عنه<sup>7</sup>.

- من القياس.

- لأنّها مطلقة لم تُمس فأشبهت من لم يخل بها<sup>8</sup>.

- من المعقول.

- لأنّ العدّة تجب لبراءة الرّحم وقد تيقنا براءة رّحمها<sup>9</sup>.

\* الموقف القانوني من الخلوة الصّحيحة.

- أخذت المحكمة العليا برأي الجمهور في اجتهاداتها حيث اعتبرت الخلوة الصّحيحة شأنها شأن الدّخول الحقيقي ممّا يجعل جميع الآثار ثابتة.: "ولما كان من الثّابت - في قضية الحال - أنّ الطاعن أبرم عقد زواجه أمام ضابط الحالة المدنيّة بالبلديّة...، وأنّ المحكمة تأكّدت من وقوع الدّخول والاختلاء بيّن الرّوجين، فإنّ القاضي الذي منّحها جميع توابع العصمة والصدّاق بعد الطّلاق يُعدّ طبّق الشّرع والقانون تطبيقاً سليماً ومتّى كان كذلك

1 مالك بن أنس، المدوّنة، ج: 2، ص: 29.

2 الماوردى، الحاوي الكبير، ج: 9، ص: 540.

3 ابن حزم، المحلّى، ج: 10، ص: 26.

4 الماوردى، الحاوي الكبير، ج: 9، ص: 540.

5 المرجع نفسه، ج: 9، ص: 541.

6 الشّافعي، الأمّ، ج: 5، ص: 215، الشّافعي، تفسير الإمام الشّافعي، ج: 1، ص: 407.

7 الماوردى، الحاوي، ج: 9، ص: 541.

8 التّووي، المجموع، ج: 18، ص: 126.

9 الثّييرازي، المهذب، ج: 3، ص: 118.

استجوب رفض الطّعن<sup>1</sup>، وبه أخذ القانون الأردني حيث نصّت المادّة 145 ق أ ش أ الفقرة ج: "إذا وقع الطّلاق أو الفسخ بعد العقد الصّحيح فلا تلزم العِدّة إلّا بالدّخول أو الخُلوة الصّحيحة، وأما إذا وقع الفسخ بعد العقد الفاسد فلا تلزم العِدّة إلّا بالدّخول."<sup>2</sup>، والقانون المغربي حيث نصّت المادّة 130 م أ م: "لا تلزم العِدّة قَبْل البناء والخُلوة الصّحيحة إلّا للوفاة."<sup>3</sup>، والقانون السّوري في نصّ المادّة 126 ق أ ش س: "لا تلزم العِدّة قَبْل الدّخول والخُلوة الصّحيحة إلّا للوفاة."<sup>4</sup>، والقانون الليبي في نصّ المادّة 52 ق أ ش ل الفقرة ج: "لا تجب العِدّة قَبْل الدّخول أو الخُلوة الصّحيحة إلّا في حالة الوفاة."<sup>5</sup>.

\* التّرجيح.

يترجّح والله أعلم ما ذهب إليه الجمهور لما يلي:

- أنّ الخلفاء الرّاشدين قَضُوا بأنّه عليها العِدّة، وقد أوصى النبي ﷺ بما اتفقوا عليه، والتّمسك به، قال ﷺ: {... فَإِنَّهُ مَنْ يَعِشْ مِنْكُمْ بَعْدِي يَرَى اخْتِلافًا كَثِيرًا، فَعَلَيْكُمْ بِسُنَّةِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ الْمُهْتَدِينَ بَعْدِي، عَضُّوا عَلَيْهَا بِالنَّوَاجِد...} <sup>6</sup>.

- الآية التي استدلت بها المخالفون مخصوصة بما وردَ عن الخلفاء الرّاشدين<sup>7</sup>.
- لا يصحّ القياس على مَنْ لَمْ يَخْلُ بِهَا؛ لأنّه لَمْ يُوجَدْ مِنْهَا التّمكين<sup>8</sup>.
- القول بأنّ عليها العِدّة هو أحوط الوجهين<sup>9</sup>.
- أنّ الشّريعة جاءت لحفظ الأعراض ومِن صيانة الأعراض اعتبار العِدّة بعد الخُلوة.

1 فرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم 74375، 18/06/1991م، المجلّة القضائيّة ع: 1، 1993م، ص 61.

2 قانون رقم: 36، لعام 2010م، المتضمّن قانون الأحوال الشّخصيّة، دائرة قاضي القضاة، <https://sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/PDFs/AR/AppliedLegislations/a7walsha5seye.p> df، تاريخ الاطّلاع: 2024/03/28.

3 ظهير شريف رقم: 1.04.22، المتضمّن مدوّنة الأسرة المغربيّة، السّالف الذّكر، ص: 432.

4 قانون رقم: 59 لعام 1953م، المتضمّن قانون الأحوال الشّخصيّة، نشر بتاريخ: 1953/09/07م، مجلس الشّعب، الجمهوريّة العربيّة السّوريّة، <http://parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=201&nid=11333&ref=tree>، تاريخ الاطّلاع: 2024/03/28م.

5 قانون رقم 10 لسنة 1984 م بشأن الأحكام الخاصّة بالزّواج والطلاق وآثارهم، صدر في 19/رجب/ 1393 و.ر الموافق 19/ أبريل/ 1984 ف عن مؤتمر الشّعب العام، الجريدة الرّسمية لدولة ليبيا، ع: 22 / 16، نشر في 03 يونيو 1984م، <https://lawsociety.ly/legislation>، تاريخ الاطّلاع: 2024/03/27م.

6 الألباني، سلسلة الأحاديث الصّحيحة، رقم الحديث: 2735، المجلد: 6، ص: 526، وما بعدها، قال الألباني: وهذا إسناد صحيح.

7 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 99.

8 المرجع نفسه.

9 أبو الليث السّمرفندي، بحر العلوم، سورة الأحزاب، ج: 3، ص: 55.

2/ المطلقة بعد الدّخول.

المطلقة بعد الدّخول لها ثلاث حالات في عدّتها:

أ- مُعتدة بالقُروء.

عدّة التي تحيض ثلاثة قُروء، والدليل على ذلك:

\* من القرآن.

قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: 226]، فعِدّة ذوات الحيض ثلاثة

قُروء<sup>1</sup>.

\* من السّنة.

عن أسماء بنت يزيد بن السكن الأنصارية رضي الله عنها: { أنها طُلِّقَتْ على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولم يكن

للمطلقة عدّة، فأنزل الله عز وجل - حين طُلِّقَتْ أسماء - بالعدّة للطلاق، فكانت أول من أنزلت فيها

العدّة للمطلقات..<sup>2</sup>

\* من الأثر.

عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: (وعدّة الحرة ثلاثة قُروء).<sup>3</sup>

\* من الإجماع.

لا خلاف في أنّ عدّة التي تحيض ثلاثة قُروء، لأنّه منصوص عليه في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ

بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾<sup>4</sup>.

\* من القانون.

نصّت المادة 58 ق أ ج: "تعدّ المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قُروء، واليائس من الحيض بثلاثة

أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق."، لما ذُكرت المادة صراحةً وصف التي تعدّ بالأشهر، دلّ ذلك على أنّ

الجملة التي قبلها المقصود بها التي تُقابلها وهي التي تحيض.

1 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 170.

2 الألباني، صحيح أبي داود، كتاب الطلاق، باب في عدّة المطلقة، رقم الحديث: 1973، المجلد: 7، ص: 50، قال الألباني: إسناده حسن.

3 مالك بن أنس، الموطأ (رواية محمد بن الحسن الشيباني)، أبواب الطلاق، باب طلاق الحرة تحت العبد، رقم الأثر: 678، ص: 380.

4 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 170.

\* مذاهب الفقهاء في المراد بالقرء.

اختلف الفقهاء في المراد بالقرء هل هو الحيض أم الطُّهر؟

سبب الخلاف هو أنَّ لفظ القرء من الألفاظ المشتركة<sup>1</sup>، فإنَّه يقال على الحيض والطُّهر في كلام العرب على حدِّ سواء، وقد رام كلا الفريقين أنَّ اسم القرء في الآية ظاهر في الدلالة على المعنى الذي يراه، ولكلِّ واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء، والذي رَضِيه الحدَّاق أنَّ الآية مُجملة في ذلك، وأنَّ الدليل ينبغي أن يُطلب من جهة أخرى<sup>2</sup>، وبالرجوع إلى كتب اللُّغة نجد أنَّه يدلُّ على المعنيين؛ فالقرءُ يُجمع على أقرءٍ وقُرُوءٍ، وهو من الأضداد، والأصل في القرء الوقت المعلوم، ولذلك وقع على الضدِّين، لأنَّ لكلِّ منهما وقتاً، فلما كان الحيض يجيء لوقت، والطُّهر يجيء لوقت جاز أن يكون الأقرء حيضاً وأطهاراً، وأقرأت المرأة فهي مُقرئ أي إذا طهرت، وإذا حاضت<sup>3</sup>.

المذهب الأوَّل: ذهب المالكيَّة<sup>4</sup>، والشافعيَّة<sup>5</sup>، ورواية عن الإمام أحمد<sup>6</sup>، والظاهرية<sup>7</sup> إلى أنَّ المقصود بالقرء هو الطُّهر، وممن قال بذلك زيد بن ثابت، وابن عمر، وعائشة رضي الله عنها، وسليمان بن يسار، والقاسم بن محمَّد، وسالم بن عبد الله، وأبان بن عثمان، وعمر بن عبد العزيز، والزَّهري، وأبو ثور<sup>8</sup>، فتعدَّ المطلقة ثلاثة أطهار، فتبدأ عدتها بالطُّهر الذي طلقت فيه، وتنتهي بدخولها في الحيضة الثالثة، والدليل على ذلك:

<sup>1</sup> المشترك هو اللَّفظ المستعمل في معنيين أو أكثر بأوضاع متعدِّدة، مثل: لفظ (القرء) فهو مشترك بين (الطُّهر والحيض) يطلق على كلِّ منهما، وكذا لفظ (المولى) فهو مشترك بين (العبد والسِّيد)، ولفظ (العين) مشترك بين (الباصرة، والجاسوس، والسلعة، وحقيقة الشَّيء، وعين الماء)، ينظر عبد الله بن يوسف الجديع، تيسيرُ علم أصول الفقه، ص: 283.

<sup>2</sup> ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 171-172، الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 425، ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 100.

<sup>3</sup> مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس، فصل القاف (قرأ)، ج: 1، ص: 366، وما بعدها، الجوهري، الصَّحاح تاج اللُّغة، باب الألف المهموزة، فصل القاف (قرأ)، ج: 1، ص: 64-65، ابن منظور، لسان العرب، حرف الهمزة، فصل القاف (قرأ)، المجلد: 1، ص: 130، وما بعدها.

<sup>4</sup> مالك بن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 234.

<sup>5</sup> الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 99-100.

<sup>6</sup> ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 101.

<sup>7</sup> ابن حزم، المحلِّي، ج: 10، ص: 28، وما بعدها.

<sup>8</sup> ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 101، وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 171.

\* من القرآن.

• قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَرْبِضْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: 226]، يُستدل بالآية على النحو

التالي:

- فلم يقل ثلاث حيض، لأن الطهر مُدَكَّر، والحيضة مؤنثة، فلو كان يُراد بالقرء الحيض لما ثبت في جمعه التاء، لأن التاء لا تثبت في جمع المؤنث فيما دون العشرة، وقرء جمع خاص بالقرء الذي هو الطهر، وذلك أن القرء الذي هو الحيض يُجمع على أقراء، لا على قروء<sup>1</sup>.

- أن القرء اسم يقع على الطهر والحيض والمراد أحدهما، فيجب إذا قعدت ثلاثة قروء أن يجزيها أدنى ما يُطلق عليه الاسم وهو الطهر، كما يمكن بناؤها على تعليق الحكم بأوائل الأسماء كالشَّفَقين، والأبوين واللمسين<sup>2</sup>.

- أن إطلاق الأمر والأخبار عن الوجوب يكون على الفور، ولا يمكن ذلك إلا أن يُطلقها طاهرًا فتعتد عقيب الطلاق أو حائضًا فعقيب الحيض<sup>3</sup>.

• قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقْتُمُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 1]، أي في الوقت الذي

يشرعن فيه في العدة وهو الطهر، فإن اللام في الأزمان وما يُشبهها للتأقبت<sup>4</sup>، والمشروع الطلاق في الأطهار، لا في الحيض إجماعاً<sup>5</sup>، لأنه أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض<sup>6</sup>، وقد قرأ عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء، فطلقوهن لِقُبْلِ عِدَّتِهِنَّ<sup>7</sup>)، فطلاقها يكون في طهر تعتد به<sup>8</sup>، لأنه إنما يكون من عدتهن إذا احتسب به<sup>9</sup>.

\* من السنة.

- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: { أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ، عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مُرُّهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهَرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهَرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا

1 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 171، مالك بن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 234.

2 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 912.

3 المرجع نفسه، ج: 2، ص: 913.

4 البُحَيْرِيُّ، تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البُحَيْرِيُّ على الخطيب)، ج: 3، ص: 502.

5 ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج: 7، ص: 81.

6 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 101.

7 مالك بن أنس، الموطأ (رواية محمد بن الحسن الشَّيْبَانِي)، كتاب الطلاق، باب طلاق السنة، رقم الأثر: 673، ص: 379.

8 ابن أبي زيد القيرواني، التَّوَادِرُ وَالزِّيَادَاتُ عَلَى مَا فِي الْمَدُونَةِ مِنْ غَيْرِهَا مِنَ الْأُمَهَاتِ، المجلد: 5، ص: 23.

9 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 196.

النِّسَاءُ.} <sup>1</sup>، دليل واضح على أنّ العِدَّة هي الأطهار، لكي يكون الطلاق متصلاً بالعِدَّة، فيكون تأويل قوله: " فتلك العِدَّة " أي فتلك مدّة استقبال العِدَّة، لئلا يتبعصّ القرء بالطلاق في الحيض <sup>2</sup>، كما أنّه أمر هنا أن تأتي بثلاثة أطهار فكان الحيض فيها فاصلاً بينهما حتّى يُسمّى كلّ طهر منها غير الطهر الآخر، لأنّه لو لم يكن بينهما حيض كان طهراً واحداً <sup>3</sup>.

\* من الأثر.

- عن عروة بن الزبير، عن عائشة أمّ المؤمنين رضي الله عنها قالت: ( صدقتم، وتدرون ما الأقرء؟ إنّما الأقرء الأطهار. ) <sup>4</sup>.

- عن مالك عن ابن شهاب أنّه قال سمعت أبا بكر بن عبد الرحمن يقول: " ما أدركت أحداً من فقهاءنا إلّا وهو يقول هذا يُريد قول عائشة. " <sup>5</sup>.

- عن عائشة رضي الله عنها قالت: ( إذا طعنت المطلقة في الدّم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه. ) <sup>6</sup>، وروى مثله عن زيد بن ثابت رضي الله عنه <sup>7</sup>، وكذلك عبد الله بن عمر رضي الله عنهما <sup>8</sup> ..

\* من اللّغة.

القرء في اللّغة الجمع، ومنه قرئت الماء في الحوض، أي جمعت، وقرأت القرآن: لفظت به مجموعاً، والقرء يقري أي يجمع ما يأكل في فيه، والقرء اجتماع الدّم في الرّحم، وذلك إنّما يكون في الطهر <sup>9</sup>.

\* من المعقول.

- لأنّ الطهر زمان يجوز إيقاع الطلاق فيه فوجب أن يكون معتداً به أصله الحمل <sup>10</sup>.

1 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ﴾، رقم الحديث: 5251، ص: 1338.

2 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 172.

3 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 100.

4 مالك بن أنس، الموطأ (رواية محمد بن الحسن الشيباني)، أبواب الطلاق، باب انقضاء الحيض، رقم الأثر: 741، ص: 404.

5 المرجع نفسه (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الأقرء وعِدَّة الطلاق وطلاق الحائض، رقم الأثر: 55، ج: 2، ص: 577.

6 الشافعي، مسند الشافعي، ومن كتاب العدد إلّا ما كان منه معاداً، ص: 296.

7 مالك بن أنس، الموطأ (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الأقرء وعِدَّة الطلاق وطلاق الحائض، رقم الأثر: 56، ج: 2، ص: 577.

8 المرجع نفسه، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الأقرء وعِدَّة الطلاق وطلاق الحائض، رقم الأثر: 58، ج: 2، ص: 578.

9 ابن منظور، لسان العرب، حرف الهمزة، فصل القاف (قرأ)، المجلد: 1، ص: 131.

10 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 913.

- المُعتبر في براءة الرَّحْم هو النَّقْلَة مِنَ الطُّهْرِ إِلَى الحَيْضِ، لا انقضاء الحَيْضِ، فلا معنى لاعتبار الحَيْضَة الأخيرة، وإذا كان ذلك فَالثَّلَاثُ المُعتبر فيهنَّ التَّمَامُ هي الأَطْهَارُ التي بَيْنَ الحَيْضَتَيْنِ<sup>1</sup>.

- الطَّلَاقُ إِنَّمَا جُعِلَ فِي الطُّهْرِ دُونَ الحَيْضِ كي لا يَضُرَّ بهَا، بطول عِدَّتْهَا، ولو لَمْ يَحْتَسِبْ بَقِيَّةُ الطُّهْرِ قُرْءًا، لَمْ تَقْصُرْ عِدَّتْهَا بِالطَّلَاقِ فِيهِ<sup>2</sup>.

المذهب الثاني: ذهب الحنفية<sup>3</sup>، والصَّحِيحُ عن الإمام أحمد<sup>4</sup>، إلى أَنَّ المقصود بالقرء الحَيْضِ، وعليه فَإِنَّ عِدَّتْهَا تبدأ بالحَيْضَة التي تلي الطُّهْرَ الذي طُلِّقَ فِيهِ، وتنتهي بِانْتِهَاءِ الحَيْضَة الثَّالِثَة ودخولها فِي الطُّهْرِ الذي يليها، ومَنْ قال بذلك أبو بكر، وعمر، وعثمان، وعليّ، وابن عَبَّاسٍ، وسعيد بن المسيب، وأبو موسى الأشعري، وعبادة بن الصَّامِتِ، وأبي الدَّرْدَاءِ رضي الله عنه، والثَّوْرِي، والأوزاعي، والعنبري، وإسحاق وأبو عبيد<sup>5</sup>، والدَّلِيلُ على ذلك:

\* مِنَ الْقُرْآنِ.

- قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: 226]، أَمَرَ اللهُ تَعَالَى بِالاعتداد بثلاثة قُرُوءٍ، ولو حُمِلَ القُرْءُ على الطُّهْرِ لكان الاعتداد بطهرين، وبعض الثالث، والثلاثة اسم لعدد مخصوص، والاسم الموضوع لعدد لا يقع على ما دونه فيكون تركاً للعمل بالكتاب، ولو حُمِلَ على الحَيْضِ يكون الاعتداد بثلاث حَيْضٍ كَوَامِلٍ، فيكون عملاً بالكتاب فكان الحَمْلُ على الحَيْضِ أَوْلَى<sup>6</sup>.

- قال تعالى: ﴿وَالنِّسَاءُ يَتَسَنَّ مِنْ أَلْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ إِرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: 4]، جعل اللهُ سبحانه وتعالى الأشهر بدلاً عن الأقرء عند اليأس عن الحَيْضِ، والمبديل هو الذي يُشْتَرَطُ عَدَمُهُ لجواز إقامة البديل مقامه، فدلَّ أَنَّ المبديل هو الحَيْضِ، فكان هو المراد مِنَ القُرْءِ المذكور فِي الآيَةِ، كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [المائدة: 7]، لَمَّا شَرَطَ عَدَمَ المَاءِ عِنْدَ ذِكْرِ البَدَلِ؛ وهو التيمم، دَلَّ أَنَّ التيمم بدل عن المَاءِ فكان المراد منه الغُسلُ بالماءِ المذكور فِي آيَةِ الوضوء<sup>7</sup>.

1 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 173.

2 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 196.

3 المترخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 13.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 101.

5 المرجع نفسه، وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 171.

6 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 426، ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 196.

7 المرجع نفسه.

\* من السنة.

- عن فاطمة بنت حُبَيْش رضي الله عنها: { أَنَّمَا سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَشَكَتُ إِلَيْهِ الدَّمَ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِنَّمَا ذَلِكَ عِرْقٌ فَانظُرِي إِذَا أَتَى قُرُوكَ فَلَا تُصَلِّي فَإِذَا مَرَّ قُرُوكَ فَتَطَهَّرِي ثُمَّ صَلِّي مَا بَيْنَ الْقُرَى إِلَى الْقُرَى. }<sup>1</sup>.

- عن عدي بن ثابت، عن أبيه، عن جدّه، عن النبي ﷺ قال: { الْمُسْتَحَاضَةُ تَدْعُ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَفْرَائِهَا، ثُمَّ تَغْتَسِلُ وَتُصَلِّي، وَالْوُضُوءُ عِنْدَ كُلِّ صَلَاةٍ }<sup>2</sup> أي: أيام حيضها إذ أيام الحيض هي التي تدع الصلاة فيها لا أيام الطهر.<sup>3</sup>

- قال رسول الله ﷺ: { طَلَّاقُ الْأُمَةِ ثِنْتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ. }<sup>4</sup>، معلوم أنه لا تفاوت بين الحرة، والأمة في العدة فيما يقع به الانقضاء، إذ الرق أثره في تنقيص العدة التي تكون في حق الحرة لا في تغيير أصل العدة، فدل أن أصل ما تنقضي به العدة هو الحيض.<sup>5</sup>

\* من المعقول.

- أن هذه العدة وجبت للتعريف عن براءة الرحم، والعلم ببراءة الرحم يحصل بالحيض لا بالطهر فكان الاعتداد بالحيض لا بالطهر<sup>6</sup>، ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالأيام، فالحيض هو سبب العدة بالأقراء، فوجب أن تكون الأقراء هي الحيض.<sup>7</sup>

- ثمرة الخلاف.

تظهر ثمرة الخلاف في المدة التي تترتب فيها المطلقة، وما يتعلق بها من آثار الطلاق وجوداً وعدمياً، فعلى من يقول بأن القرء هو الطهر تنتهي مدة تربص المطلقة قبل التي تترتب على قول من يقول بأنه الحيض.

1 أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطهارة، باب في المرأة تستحاض، ومن قال تدع الصلاة في عدة الأيام التي كانت تحيض، رقم الحديث: 280، ج: 1، ص: 72.

2 المرجع نفسه، كتاب الطهارة، باب من قال تغتسل من طهر إلى طهر، رقم الحديث: 297، ج: 1، ص: 80.

3 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 425.

4 البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الرجعة، باب ما جاء في عدد طلاق العبد ومن قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ومن قال هما جميعاً بالنساء، رقم الحديث: 15166، ج: 7، ص: 605، قال البيهقي: "نفرد به عمر بن شبيب المسلمي هكذا مرفوعاً وكان ضعيفاً والصحيح ما رواه سالم ونافع عن ابن عمر موقوفاً على ما مضى."، عن ابن عمر رضي الله عنهما: (في الأمة تكون تحت الحرّ تبين بتطليقتين وتعدّ حيزتين وإذا كانت الحرة تحت العبد بانث بتطليقتين وتعدّ ثلاث حيز). ينظر البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الرجعة، باب ما جاء في عدد طلاق العبد ومن قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ومن قال هما جميعاً بالنساء، رقم الحديث: 15165، ج: 7، ص: 605.

5 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 426، ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 196.

6 المرجع نفسه، ج: 4، ص: 427.

7 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 172-173.

- الترجيح.

حجة الفريقين من جهة المسموع متساوية، أو قريب من متساوية، إلا أنّ مذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى<sup>1</sup>، كما أنّ حديث فاطمة بنت حبيش صريح في أنّ المراد بالقرء الحيض، والله أعلم.

\* موقف القانون في المقصود بالقرء.

لم يرد في نصوص قانون الأسرة، ولا في اجتهادات المحكمة العليا ما يدل على المراد بلفظ القرء الوارد في نصّ المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري، رغم أهمية الأمر لارتباطه بآثار العدة الشخصية والمالية، ولعله ترك الأمر لاجتهاد قضاة المحاكم، لكن هذا سينجر عنه عدم وحدة الأحكام واختلافها، في حين نجد أنّ كثيراً من القوانين العربية قد حسمت أمرها في المقصود بالقرء، حيث نصّت على أنّ المراد به الحيض المادة 161 ق أ ق<sup>2</sup>، والمادة 157 ق أ ش ك<sup>3</sup>، والمادة 147 ق أ ش أ<sup>4</sup>، والمادة 121 ق أ ش س<sup>5</sup>، ونصّت على أنّ المراد به الطهر المادة 136 م أ م<sup>6</sup>.

ب- معتدة بالشهور.

عدة الصغيرة التي لم يسبق لها حيض والأيسة ثلاثة أشهر، والدليل:

\* من القرآن.

قال تعالى: ﴿وَالنَّيِّبَاتُ يَسْتَغْنَيْنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ. إِنْ رَزَقْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالنَّيِّبَاتُ يَسْتَغْنَيْنَّ﴾ [الطلاق: 4]، وهنّ اللواتي قعدن من الحيض فلا يحضن، واللائى لم يحضن هنّ الأبقار التي لم يحضن، فعدتهن ثلاثة أشهر<sup>7</sup>.

\* من الإجماع.

قال ابن حزم: "واتفقوا على أنّ عدة المسلمة الحرّة المطلقة التي ليست حاملاً ولا مستريبة وهي لم تحض أو لا تحيض ... ثلاثة أشهر متصلة"<sup>8</sup>.

1 ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ج: 3، ص: 173.

2 قانون رقم: 22 لسنة 2006م، المتضمن قانون الأسرة القطري، السالف الذكر، ص: 193.

3 قانون رقم: 51 لسنة 1984م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية، الكويتي، السالف الذكر، ص: 46-47.

4 قانون رقم: 36، لعام 2010م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية، دائرة قاضي القضاة،  
<https://sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/PDFs/AR/AppliedLegislations/a7walsha5seye.p>  
df، تاريخ الاطلاع: 2024/03/28.

5 قانون رقم: 59 للعام 1953م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية، نشر بتاريخ: 1953/09/07م، مجلس الشعب، الجمهورية العربية السورية،  
<http://parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=201&nid=11333&ref=tree>، تاريخ الاطلاع: 2024/03/28.

6 ظهير شريف رقم: 1.04.22، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، السالف الذكر، ص: 433.

7 الطبري، تفسير الطبري، سورة الطلاق، ج: 23، ص: 53-54.

8 ابن حزم، مراتب الإجماع، ص: 87.

\* من القانون.

نصّ قانون الأسرة الجزائري في المادّة 58 على أنّ عدّة اليأس ثلاثة أشهر، لكن ما يُعاب على نصّ هذه المادّة مايلي:

- لم يرد فيها عدّة الصّغيرة وسبب ذلك أنّ المشرّع الجزائري يعتبر السنّ القانوني للزّواج هو 19 سنّة بموجب نصّ المادّة 7 ق أ ج، إلّا أنّ نفس المادّة سمحت للقاضي بالتّرخيص فيما دون هذا السنّ للمصلحة إذا تأكّد من قدرة المرخّص له على الزّواج، ولم يوضح المقصود بالقدرة فهل هي بلوغ سنّ الحيض، أم القدرة على الوطء بالنّسبة للأثني؟

قال تعالى: ﴿ وَالنّى يئسّن من المّحيض من نسائكم. إن إرتبتم فعدهنّ ثلثه أشهر والى لم يحضن ﴾ [الطلاق: 4]، فحكّم بصحّة طلاق الصّغيرة التي لم تحض، والطلاق لا يقع إلّا في نكاح صحيح، فضمّنت الآية جواز تزويج الصّغيرة<sup>1</sup>، وقد نقل الإجماع في ذلك ابن عبد البر<sup>2</sup>، وابن المنذر<sup>3</sup>، إلّا أنّ هذا لا يعني تسليمها إلى الزّوج حتّى تُطيق الوطء قال النّووي: "وأما وقت زفاف الصّغيرة المزوجة والدخول بها فإن اتّفق الزّوج والولي على شيء لا ضرر فيه على الصّغيرة عمل به، وإن اختلفا فقال أحمد وأبو عبيد مجبر على ذلك بنت تسع سنين دون غيرها، وقال مالك والشّافعي وأبو حنيفة حدّ ذلك أن تُطيق الجماع، ويختلف ذلك باختلافهنّ، ولا يُضبط بسنّ، وهذا هو الصّحيح وليس في حديث عائشة تحديد، ولا المنع من ذلك فيمن أطاقته قبل تسع، ولا الإذن فيمن لم تُطقه وقد بلغت تسعاً"<sup>4</sup>، وعليه فإن قصد المشرّع الجزائري بالقدرة الحيض بالنّسبة للأثني، فلن يمنح التّرخيص بالزّواج دون هذه السنّ، إذ فالصّغيرة عنده ليست من صُنوف المعتدات أصلاً، وإن قصد بالقدرة الوطء، تكون الصّغيرة من المعتدات عنده، ولم يورد في شأن عدّتها نصّ قانوني ولا اجتهاد قضائي.

- لم يوضح المقصود بالثلاثة أشهر هل تكون بالتّقويم الميلادي أم الهجري، وكيف تكون طريقة حسابها إذا بدأت العدّة في غير بداية الشّهر، رغم أنّ المادّة 3 ق م ج نصّت على: "تُحسب الأجل بالتّقويم الميلادي ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك"<sup>5</sup>، فعلى اعتبار القانون المدني الشّريعة العامّة فيكون الحساب بالتّقويم الميلادي، وعلى اعتبار خصوصيّة العدّة فإنّه يرجع إلى نصّ المادّة 222 ق أ ج التي اعتبرت الرجوع إلى الشّريعة الإسلاميّة في كلّ ما لم يرد في هذا القانون، وعليه فيكون المشرّع الجزائري قد ترك الأمر مبهماً، في حين حسم القانون الكويتي أمره في المسألة، فقد نصّت المادّة 157 ق أ ش ك الفقرة ج: "2- تسعون يوماً لمن لم ترّ الحيض أصلاً، أو بلغت سنّ اليأس وانقطع حيضها."

1 الجصاص، أحكام القرآن، ج: 2، ص: 346.

2 ابن عبد البر، التمهيد، ج: 12، ص: 21.

3 ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد: 5، ص: 19.

4 النّووي، المنهاج شرح صحيح مسلم، ج: 5، ص: 52.

5 الأمر رقم: 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السّالف الذّكر، ص: 990.

\* كَيْفِيَّة حِسَاب عِدَّة الَّتِي لَا تَحِيضُ.

التكاليف الشرعية المتعلقة بالزّمن يكون الحِساب فيها بالتّقويم الهجري، والدليل:

- قال تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرْمٌ ذَلِكَ الْدِينُ الْقَيِّمُ﴾ [التوبة: 36]، أي الحِساب الصّحيح والعدد المُستوفى، فدلت هذه الآية على أنّ الواجب تعليق الأحكام من العبادات، وغيرها إمّا يكون بالشّهور، والسّنين التي تعرفها العرب، دون الشّهور التي تعتبرها العجم والروم والقبط، وإن لم تزد على اثني عشر شهراً، لأنّها مختلفة الأعداد، منها ما يزيد على ثلاثين ومنها ما ينقص، وشهور العرب لا تزيد على ثلاثين، وإن كان منها ما ينقص، والذي ينقص ليس يتعيّن له شهر، وإمّا تفاوتها في التقصان والتّمام على حسب اختلاف سير القمر في البروج<sup>1</sup>.

- قال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوْقِيتٌ لِلنَّاسِ وَالْحُجِّ﴾ [البقرة: 188]، فجعل الله تعالى الأهلّة موقيت للناس في الأحكام الثّابتة بالشرع ابتداءً، أو سبباً من العبادة، وللأحكام التي تثبت بشروط العبد، فما ثبت من المؤقتات بشرع، أو شرط فالهلال ميقاؤه، وهذا يدخل فيه الصّيام، والحجّ، ومدة الإيلاء، والعِدّة، وصوم الكفّارة، وهذه الخمسة في القرآن<sup>2</sup>.

- قال ﷺ: { الزّمانُ قد استدارَ كهَيْئتهِ يومَ خَلَقَ اللهُ السّمواتِ والأرضَ، السّنَةُ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا... }<sup>3</sup>، والمعنى أنّ الزّمان في انقسامه إلى الأعوام، والأعوام إلى الأشهر عاد إلى أصل الحِساب، والوضع الذي اختاره الله، ووضعه يوم خلق السموات والأرض<sup>4</sup>، لذلك فإنّ أحكام الشرع تُبنى على الشّهور القمرية المحسوبة بالأهلّة دون الشمسية، وإمّا جعل الله تعالى الاعتبار بدور القمر لأنّ ظُهوره في السماء لا يحتاج إلى حساب، ولا كتاب بل هو أمر ظاهر مشاهد بالبصر بخلاف سير الشّمس فإنّه يحتاج معرفته إلى حساب، فلم يُجوجنا إلى ذلك<sup>5</sup>.

وعليه فمن كانت عدتها ثلاثة أشهر فإنّها تحتسبها بالأشهر القمرية، وهنا نكون أمام حالتين على حسب زمن وقوع الطّلاق:

1 القرطبي، تفسير القرطبي، سورة التوبة، ج: 8، ص: 133-134.

2 ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المجلد: 25، ص: 134.

3 البخاري، صحيح البخاري، كتاب بدء الخلق، باب ما جاء في سبع أرضين، رقم الحديث: 3197، ص: 790-791.

4 شهاب الدين القسطلاني، إرشاد السّاري لشرح صحيح البخاري، ج: 6، ص: 446.

5 المرجع نفسه، ج: 7، ص: 147.

- إذا وقع الطّلاق أوّل الشّهر.

اتفق الفقهاء على أنّ عدّة من طَلقت أوّل الشّهر ثلاثة أشهر بالأهلة، سواء كانت تسعين يوماً أو أقلّ من ذلك، عملاً بالنصوص السابقة<sup>1</sup>.

- إذا وقع الطّلاق أثناء الشّهر.

المذهب الأوّل: ذهب المالكيّة<sup>2</sup>، والشافعيّة<sup>3</sup>، والحنابلة في رواية<sup>4</sup>، ومحمد، وأبو يوسف في قوله الأخير<sup>5</sup> إلى أنّها تَعتد باقي الشّهر، وشهرين بعده بالأهلة، وتكمل الأوّل من الشّهر الرّابع ثلاثين يوماً، والدليل:

- أنّ الشّهر يقع على ما بيّن الهلالين، وإذا غمّ الشّهر كَمَل ثلاثين، والأصل الهلال، فإذا أمكن اعتبار الهلال، اعتبر، وإذا تعدّر، رُجع إلى العدد، ولا يلزم إتمام الشّهر الأوّل من الثّاني، ويجوز أن يكون تمامه من الرّابع<sup>6</sup>، وقد تعدّر اعتبار الهلال في الشّهر الأوّل فَعُدل عنه إلى الأيّام، ولا تعدّر في بقيّة الأشهر فلزم اعتبارها بالأهلة<sup>7</sup>.  
- أنّ الشّهر إمّا يكون له حُكم الهلال إذا ابتدئ من أوّله، فأما إذا ابتدئ من بعضه كان له حُكم العدد استظهاراً واحتياطاً<sup>8</sup>.

المذهب الثّاني: ذهب الحنفيّة<sup>9</sup>، ورواية للمالكيّة<sup>10</sup>، وبعض الحنابلة<sup>11</sup>، وعبد الرحمن ابن بنت الشّافعي<sup>12</sup> أنّها تَعتد تسعين يوماً، والدليل:

- أنّ العدّة يُراعى فيها الاحتياط، فلو اعتبرت الأيّام لزادت على الشهور، ولو اعتبرت الأهلة لَنَقصت عن الأيّام فكان إيجاب الزّيادة أولى احتياطاً<sup>13</sup>.

1 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 4، ص: 429، القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 915، الماوردي، الحاوي، ج: 11، ص: 193، ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 105، ابن حزم، المحلّي، ج: 10، ص: 46.  
2 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 915.  
3 الماوردي، الحاوي، ج: 11، ص: 193-194.  
4 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 105.  
5 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 4، ص: 429.  
6 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 105.  
7 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 4، ص: 429.  
8 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 917.  
9 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 4، ص: 429.  
10 مالك بن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 5.  
11 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 105.  
12 الماوردي، الحاوي، ج: 11، ص: 194.  
13 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 4، ص: 429.

- أن الأول إذا حُسب بالعدد، كان ابتداء الثاني من بعض الشَّهر، فيجب أن يُحسب بالعدد، وكذلك الثالث<sup>1</sup>.

المذهب الثالث: ذهب الظاهرية<sup>2</sup> إلى أنّها تَعْتَدُ سَبْعاً وثمانين يوماً، والدليل:

قال ﷺ: { الشَّهْرُ تِسْعٌ وَعِشْرُونَ }<sup>3</sup>، وقد بَيَّنَّ ﷺ أَنَّ الشَّهْرَ تِسْعاً وَعِشْرُونَ، فلا يَحِلُّ أَنْ يُزَادَ عَلَى ذَلِكَ شَيْءٌ بِوَسْوَسَةٍ لَا أَصْلَ لَهَا<sup>4</sup>.

- التَّرْجِيح.

يترجح ممَّا سَبَقَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ قَوْلَ أَصْحَابِ الْمَذْهَبِ الْأَوَّلِ الْقَائِلِينَ بِأَنَّهَا تَعْتَدُّ بِبَقِيَّةِ الشَّهْرِ الْأَوَّلِ وَشَهْرَيْنِ بِالْأَهْلَةِ وَتُتَمُّ الشَّهْرُ الْأَوَّلُ ثَلَاثِينَ يَوْمًا مِنَ الشَّهْرِ الرَّابِعِ، عَمَلًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْإِهْلَةِ قُلْ هِيَ مَوْقِيتٌ لِلنَّاسِ وَالْحَيَجُ﴾ [البقرة: 188]، فيكون الحِسابُ بِالْهلالِ عَمَلًا بِالْأَصْلِ فِي الشَّهْرَيْنِ الثَّانِي وَالثَّلَاثِ، وَيَعْمَلُ بِالْعَدَدِ فِي الشَّهْرِ الْأَوَّلِ، فَيُكْمَلُ مِنَ الشَّهْرِ الرَّابِعِ اسْتِثْنَاءً وَاحْتِيَاظًا.

ج- مُعْتَدَّةٌ بِالْحَمْلِ.

إذا كانت المطلقة حاملاً فإنَّ عِدَّتَهَا تَنْتَهِي بِوَضْعِ حَمْلِهَا كَامِلًا<sup>5</sup>، والدليل على ذلك:

\* مِنَ الْقُرْآنِ.

قال تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 4]، فإذا وضعت ما في رحمها فقد انقضت عِدَّتَهَا، ليس المحيض من أمرها في شيء إذا كانت حاملاً<sup>6</sup>.

\* مِنَ السُّنَّةِ.

عن سُبَيْعَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: { أَنَّمَا كَانَتْ تَحْتَ سَعْدِ بْنِ خَوْلَةَ وَهُوَ فِي بَيْتِ عَامِرِ بْنِ لُؤَيٍّ، وَكَانَ مِمَّنْ شَهَدَ بَدْرًا، فَتَوَفِّيَ عَنْهَا فِي حَجَّةِ الْوُدَاعِ وَهِيَ حَامِلٌ، فَلَمْ تَنْشَبْ أَنْ وَضَعَتْ حَمْلَهَا بَعْدَ وَفَاتِهِ، فَلَمَّا تَعَلَّتْ مِنْ نَفَاسِهَا، تَجَمَّلَتْ لِلْخَطَّابِ، فَدَخَلَ عَلَيْهَا أَبُو السَّنَابِلِ بْنُ بَعْكِكٍ - رَجُلٌ مِنْ بَيْتِ عَبْدِ الدَّارِ - فَقَالَ لَهَا: مَا لِي أَرَاكَ مُتَجَمِّلَةً؟ لَعَلَّكَ تَرَجِينَ النِّكَاحَ، إِنَّكَ، وَاللَّهِ، مَا أَنْتِ بِنَاكِحٍ حَتَّى تَمُرَّ عَلَيْكَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعِشْرٌ،

1 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 105.

2 ابن حزم، المحلى، ج: 10، ص: 46.

3 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَانِهِمْ تَرْبُصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ إلى قوله ﴿سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾، رقم الحديث: 5289، ص: 1348.

4 ابن حزم، المحلى، ج: 10، ص: 47.

5 بخروج الولد كاملاً، أو جميع الحمل إذا كان أكثر من ولد وهو قول عامة أهل العلم، وخالفهم في ذلك أبو قلابة وعكرمة، فقالا تنقضي عِدَّتَهَا بِوَضْعِ الْأَوَّلِ، وَلَا تَتَزَوَّجُ إِلَّا بِوَضْعِ الْآخَرِ، وَهَذَا قَوْلُ شَاذٍ بِاتِّفَاقِ جُمْهُورِ الْفُقَهَاءِ مُخَالَفٍ لظَاهِرِ الْكِتَابِ فَإِنَّ الْعِدَّةَ شُرِعَتْ لِمَعْرِفَةِ الْبِرَاءَةِ مِنَ الْحَمْلِ، فَإِذَا عَلِمَ وَجُودَ الْحَمْلِ فَقَدْ تَبَيَّنَ وَجُودَ الْمَوْجِبِ لِلْعِدَّةِ وَانْتَفَتْ الْبِرَاءَةُ الْمَوْجِبَةُ لَانْقِضَائِهَا، وَأَنَّهَا لَوْ انْقَضَتْ عِدَّتَهَا بِوَضْعِ الْأَوَّلِ لَأَبِيحَ لَهَا النِّكَاحُ كَمَا لَوْ وَضَعَتْ الْآخَرَ، يَنْظُرُ التَّوَوِيُّ، الْمَجْمُوعُ، ج: 18، ص: 127.

6 الطَّبْرِي، تَفْسِيرُ الطَّبْرِي، سُورَةُ الطَّلَاقِ، ج: 23، ص: 57.

قَالَتْ سُبَيْعَةُ: فَلَمَّا قَالَ لِي ذَلِكَ، جَمَعْتُ عَلَيَّ ثِيَابِي حِينَ أَمْسَيْتُ، فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ، فَأَقْتَنِي بِأَنِّي قَدْ حَلَلْتُ حِينَ وَضَعْتُ حَمْلِي، وَأَمَرَنِي بِالتَّرْجُحِ إِنْ بَدَأَ لِي. {<sup>1</sup>}.  
\* من الإجماع.

قال الطَّبْرِي: "انقضاء عِدَّتِهِمْ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ، وَذَلِكَ إِجْمَاعٌ مِنْ جَمِيعِ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي الْمَطْلُوقَةِ الْحَامِلِ."<sup>2</sup>.  
\* من المعقول.

– القصد من العِدَّةِ الاستدلال على براءة الرَّحْمِ، وَوَضْعُ الْحَمْلِ أَقْوَى فِي الدَّلَالَةِ مِنَ الزَّمَانِ وَالْحَيْضِ.<sup>3</sup>  
\* من القانون.

نصَّت المادَّة 60 ق أ ج: "عِدَّةُ الْحَامِلِ وَضَعُ حَمْلِهَا، وَأَقْصَى مَدَّةُ الْحَمْلِ عَشْرَةٌ (10) أَشْهُرٍ مِنْ تَارِيخِ الطَّلَاقِ أَوْ الْوَفَاةِ."<sup>4</sup>

\* مسألة السَّقَط هل تنتهي به العِدَّة أم لا؟

– الحَنْفِيَّة: إِذَا كَانَ السَّقَطُ قَدْ اسْتَبَانَ شَيْءٌ مِنْ خَلْقِهِ فَهِيَ نَفْسَاءٌ فِيمَا تَرَى مِنَ الدَّمِّ بَعْدَ ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَبِنْ شَيْءٌ مِنْ خَلْقِهِ فَهَذِهِ عَلَقَةٌ أَوْ مُضْغَةٌ فَلَا نَفَاسَ لَهَا، فَإِنْ أَمَكْنَ جَعَلَ الْمَرْئِي مِنَ الدَّمِّ حَيْضًا يُجْعَلُ حَيْضًا، وَإِنْ لَمْ يَمَكُنْ بِأَنْ لَمْ يَتَقَدَّمْ طَهْرٌ تَامٌ فَهُوَ اسْتِحَاضَةٌ<sup>5</sup>، لِأَنَّ السَّقَطَ إِذَا اسْتَبَانَ خَلْقَهُ أَوْ بَعْضَ خَلْقِهِ فَهُوَ وَلَدٌ، وَقَدْ وَجَدَ وَضَعُ الْحَمْلِ فَتَنْقُضِي بِهِ الْعِدَّةَ، وَإِذَا لَمْ يَسْتَبِنْ لَمْ يُعْلَمْ كَوْنُهُ وَلَدًا بَلْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ لَا يَكُونَ فَيَقَعُ الشَّكُّ فِي وَضَعِ الْحَمْلِ، فَلَا تَنْقُضِي الْعِدَّةَ بِالشَّكِّ<sup>6</sup>، لِأَنَّ الْحَمْلَ اسْمٌ لِنُطْفَةٍ مُتَغَيِّرَةٍ فَلَا يُعْرَفُ كَوْنُهَا مُتَغَيِّرَةً بَيَقِينَ إِلَّا بِاسْتِبَانَةِ بَعْضِ الْخَلْقِ<sup>7</sup>.

– المَالِكِيَّة: كُلُّ مَا أَسْقَطْتَهُ الْمَرْأَةُ مِنْ دَمٍ، أَوْ عَلَقَةٍ، أَوْ مُضْغَةٍ، أَوْ شَيْءٍ يَسْتَبِينُ أَنَّهُ وَلَدٌ فَإِنَّهُ تَنْقُضِي بِهِ الْعِدَّةَ<sup>8</sup>، وَيُعْرَفُ بِحَيْثُ إِذَا صُبَّ عَلَيْهِ الْمَاءُ الْحَارُّ لَا يَذُوبُ، لِأَنَّ الْعَلَقَةَ لَهَا حُكْمُ الْمَتَخَلِّقِ فِي الْعِدَّةِ<sup>9</sup>.

– الشَّافِعِيَّة: تَنْقُضِي الْعِدَّةَ بِوَضْعِ الْوَلَدِ الْمَيِّتِ الْمَكْتَمَلِ، لِأَنَّ الْمَيِّتَ كَالْحَيِّ لِإِطْلَاقِ الْآيَةِ- ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 4]-، وَبِالْمُضْغَةِ الظَّاهِرَةِ فِيهَا صُورَةُ آدَمِي بِظُهُورِ يَدٍ أَوْ أَصْبَعٍ أَوْ ظُفْرٍ،

1 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب انقضاء عِدَّةِ الْمُتَوَقِّعِ عَنْهَا زَوْجَهَا، وَغَيْرِهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ، رَقْمُ الْحَدِيثِ: 56-1484)، ج: 2، ص: 1122.

2 الطَّبْرِي، تَفْسِيرُ الطَّبْرِي، سُورَةُ الطَّلَاقِ، ج: 23، ص: 54.

3 التَّقْرَاوِي، الْفَوَاكِهِ الدَّوَانِي، ج: 2، ص: 93، الشَّرْبِينِي، مَغْنِي الْمَحْتَاكِ، ج: 3، ص: 509.

4 الْقَانُونُ رَقْم: 84-11، الْمُتَضَمِّنُ قَانُونَ الْأُسْرَةِ الْجَزَائِرِي، السَّالْفُ الْبُكْرِي، ص: 913.

5 السَّرْحَسِي، الْمَبْسُوطُ، ج: 3، ص: 213.

6 الْكَاسَانِي، بَدَائِعُ الصَّنَائِعِ، ج: 4، ص: 430.

7 ابْنُ نُجَيْمٍ، الْبَحْرُ الرَّائِقُ، ج: 4، ص: 229.

8 مَالِكُ بْنُ أَنَسٍ، الْمُدَوَّنَةُ، ج: 2، ص: 372.

9 التَّقْرَاوِي، الْفَوَاكِهِ الدَّوَانِي، ج: 2، ص: 323-324.

وبالمضغة الحَفِيّة التي يُخْبِر بها أهل الخِبرة كالقوابل أنّها أصل آدمي، وكذلك بالمضغة التي لم تكن فيها صورة ظاهرة ولا حَفِيّة، وأخبر القوابل أنّها أصل آدمي ولو بقيت لتصوّرت، لأنّ المضغة عُلقة استحالت إلى قِطعة لحم لها صورة آدمي، أو يمكن أن تكون آدمي لو تَرَكْت، ولا تنقضي العِدّة بوضع العُلقة، لأنّها لا تُسمّى حملاً، وإنّما هي دَمٌ<sup>1</sup>.

- الحنابلية: فَسَمُوا السَّقَط إلى خمس حالات:<sup>2</sup>

الحالة الأولى: ما بان فيه حَلَق آدمي، من الرّأس واليَد والرّجل، فهذا تنقضي به العِدّة، بلا خلاف، وقد نقل ابن المنذر الإجماع في ذلك، لأنّه علم أنّه ولد، فيدخل في عُموم قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 4].

الحالة الثّانية: إذا كان نُطفة أو عُلقة، فهذا لا يتعلّق به شيء من الأحكام، لأنّه لم يثبت أنّه ولد، لا بالمُشاهدة ولا بالبيّنة.

الحالة الثّالثة: إذا كان مُضغَةً لم تَبِنْ فيها الحِلقة، فشهد ثِقَات من القوابل، أنّ فيه صورة حَفِيّة، بان بها أنّها حِلقة آدمي، فهذا تنقضي به العِدّة، لأنّه قد تَبَيَّن بشهادة أهل المعرفة أنّه ولد.

الحالة الرّابعة: إذا كان مُضغَةً لا صورة فيها، فشهد ثِقَات من القوابل أنّه مُبتدأ حَلَق آدمي، فلا تنقضي به العِدّة احتياطاً، لأنّه مشكوك في كونه ولداً، فلم يُحكم بانقضاء العِدّة المتيقّنة بأمر مشكوك فيه.

الحالة الخامسة: إذا كان مُضغَةً لا صورة فيها، ولم تشهد القوابل بأنّها مُبتدأ حَلَق آدمي، فهذا لا تنقضي به العِدّة، لأنّه لم يثبت كونه ولداً بيّنة ولا مُشاهدة، فأشبهه العُلقة.

مما سبق يتّضح أنّ آراء الفقهاء في انقضاء العِدّة بالسَّقَط هي على التّحو التّالي:

- السَّقَط الذي بان فيه حَلَق آدمي تنقضي به العِدّة بالإجماع، قال ابن المنذر: "أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أنّ عِدّة المرأة تنقضي بالسَّقَط تُسقطه إذا علم أنّه ولد، وممن حُفظنا ذلك عنه الحسن، وابن سيرين، وشريح، والشّعبي، والتّخعي، والزهرري، ومالك، والثّوري، والشّافعي، وأحمد، وإسحاق."<sup>3</sup>

- النّطفة: اتّفقوا على أنّه لا تنقضي بها العِدّة.

- العُلقة: قال المالكيّة تنقضي بها العِدّة، وقال الجمهور من الحنفيّة والشّافعيّة والحنابلية لا تنقضي بها العِدّة.

1 الشّريبي، مغني المحتاج، ج: 3، ص: 510-511.

2 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 119-120.

3 ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد: 5، ص: 352-353.

- المضغة: قال الحنفية لا تنقضي بها العدة، وقال المالكية تنقضي بها العدة مطلقاً، وقال الشافعية والحنابلة تنقضي بها العدة إذا بان فيها صورة آدمي، أو شهد القوبل أنها أصل آدمي، أما إذا لم يشهد القوبل، ولم تظهر فيها صورة آدمي لا تنقضي بها العدة.

\* الترجيح.

بما أنه في العصر الحاضر قد تطورت وسائل الكشف عن الحمل عند السقط، فتخرج المرأة من العدة بالسقط من مرحلة العلقه، على اعتبار أنها صارت حاملاً وتجاوزت مرحلة النطفة عملاً بعموم قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 4]، وإذا تعذر الكشف عنه بالوسائل الحديثة وبقي الأمر مبهماً، فإنه وعملاً بقاعدة اليقين لا يزول بالشك تخرج المرأة من عدتها بمرحلة المضغة لا بمرحلة العلقه، لأن مرحلة العلقه هي مرحلة لا يمكن للمرأة أن تجزم فيها بالحمل، ومرحلة المضغة تظهر فيها الملامح البشرية للحمل ويجزم فيها بالحمل، وعملاً بقاعدة الأصل في الأضباع التحريم، فلو تقابل في المرأة الحبل والتحريم غلب التحريم، لذا فاحتياطاً، وحفظاً للأعراض لا تخرج المرأة من عدتها بالعلقه في هذه الحالة، والله أعلم.

\* الموقف القانوني للمعتدة من السقط.

لم يُشر قانون الأسرة الجزائري ولا اجتهادات المحكمة العليا إلى مسألة العدة في حالة السقط رغم أهميتها الكبيرة في موضوع آثار العدة، وإذا رجعنا إلى نص المادة 60 ق أ ج نجد أنها لم توضح ما هو المقصود بالحمل، رغم أن ظاهرها يُوحي بأن السقط في أي مرحلة من مراحلها تنتهي به العدة، فالعبرة بثبوت الحمل، وهذا الذي فهمه عبد العزيز سعد: " وعدة الحامل كما نص عليها القرآن وذكرها قانون الأسرة لا تُحسب بالقروء ولا بالشهور وإنما بوضع حملها، وولادتها، ولا عبرة إذا كان الوضع قد جاء بعد يوم، أو شهر، أو عدة أشهر، وإنما العبرة بالولادة ووضع الحمل" <sup>1</sup>، وهذا القول هو مذهب المالكية.

د- عدة المطلقة المتوفي عنها زوجها.

\* عدة المطلقة الحائل المتوفي عنها زوجها.

لها حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الطلاق رجعياً ومات الزوج في العدة، فإنها تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام، ولا عبرة بما مضى من أيام عدة الطلاق بالإجماع، قال ابن المنذر: "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من طلق زوجته طلاقاً يملك رجعتها، ثم توفي قبل انقضاء العدة، أن عليها عدة الوفاة وترثه." <sup>2</sup>، وذلك لأن الرجعية زوجة كغير المطلقة <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص: 288.

<sup>2</sup> ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد: 5، ص: 358.

<sup>3</sup> التتوي، المجموع، ج: 18، ص: 152.

الحالة الثّانية: اتّفق الفقهاء على أنّ المتوفّي عنها زوجها إذا كان طلاقها بائناً فإنّها تُكمل عدّتها عدّة مُطلّقة، ولا تنتقل إلى عدّة الوفاة<sup>1</sup>، لأنّه مات عن بائن منه كالتّي قد خرجت من العدّة<sup>2</sup>، فهي ليست زوجة له<sup>3</sup>، وليس فاراً من ميراثها<sup>4</sup>.

أمّا إذا كان الطّلاق بائناً في مرض أيّ؛ كان طلاق فارٍ فإنّ فيه خلافاً، فذهب المالكيّة<sup>5</sup>، والشّافعيّة<sup>6</sup>، وأبو يوسف<sup>7</sup> إلى أنّها تبني على عدّة الطّلاق لانقطاع الزّوجية من كلّ وجه، فقد خرجت من معنى حُكم الزّوجة<sup>8</sup>، ولأنّ المبتوتة في المرض كالمبتوتة في الصّحة، كما أنّ مرض الزّوج لا تأثير له في زيادة العدّة، ولا تُقصّانها، لا في حقّ المرأة ولا الزّوج، بدليل أنّها لو خرجت من العدّة قبل موته لم يلزمها عدّة أخرى، ولو طلقها وهي مريضة لم يجب عليها من العدّة إلّا ما يجب على الصّحيحة، فكذلك إذا مات عنها وهي في العدّة<sup>9</sup>، وذهب الحنفيّة<sup>10</sup>، والحنابلة، والثّوري<sup>11</sup> إلى أنّها تعتدّ بأبعد الأجلين احتياطاً لكون النّكاح باقٍ حكماً في حقّ الارث<sup>12</sup> كالرجعية<sup>13</sup>.

- التّرجيح.

مادام أنّه قد اعتبر جانب الباعث في طلاق الفارّ فإنّه يترجّح ما ذهب إليه الحنفيّة، والحنابلة إلى أن تعتدّ الزّوجة بأبعد الأجلين تمكيناً لها من الميراث والله أعلم.

#### - الموقف القانوني لعدّة المطلّقة الحائل المتوفّي عنها زوجها.

اقتصر قانون الأسرة على ذكر عدّة المتوفّي عنها زوجها في نصّ المادة 59 ق أ ج: "تعتدّ المتوفّي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيّام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحُكم بفقده."<sup>14</sup>، ولم يتطرّق هو ولا اجتهادات المحكمة العليا إلى عدّة الحائل المتوفّي عنها زوجها، وإذا ما اكتفينا بنصّ هذه المادة بالنّسبة للحائل

- 1 ابن عابدين، ردّ المختار، ج: 5، ص: 192، القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 925، التّوي، المجموع، ج: 18، ص: 152، ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 116.
- 2 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 925.
- 3 التّوي، المجموع، ج: 18، ص: 152.
- 4 ابن عابدين، ردّ المختار، ج: 5، ص: 192.
- 5 القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، رقم المسألة: 1500، المجلد: 2، ص: 797.
- 6 الماوردي، الحاوي، ج: 11، ص: 241، التّوي، المجموع، ج: 18، ص: 152.
- 7 ابن عابدين، ردّ المختار، ج: 5، ص: 192.
- 8 الماوردي، الحاوي، ج: 11، ص: 241، التّوي، المجموع، ج: 18، ص: 152.
- 9 القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، رقم المسألة: 1500، المجلد: 2، ص: 797.
- 10 ابن عابدين، ردّ المختار، ج: 5، ص: 192.
- 11 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 116.
- 12 ابن عابدين، ردّ المختار، ج: 5، ص: 192.
- 13 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 116.
- 14 القانون رقم: 84-11، المتضمّن قانون الأسرة الجزائري، السّالف اللّكر، ص: 913.

المتوفى عنها زوجها، فيكون قد وافق الإجماع في الرجعية، وخالف ما اتفق عليه الفقهاء في البائن، وجاء بقول لا أصل له عند الفقهاء بالنسبة للبائن في مرض الموت.

\* عِدَّة المَطْلُوقَةِ الحَامِلِ المِتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجِهَا.

تَعَدَّتْ الحَامِلِ المِتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجِهَا بِوَضْعِ حَمْلِهَا ذَهَبَ إِلَى هَذَا جَمِيعُ العُلَمَاءِ<sup>1</sup>، وَهُوَ قَوْلُ عَامَّةِ الصَّحَابَةِ إِلا مَا رَوَى عَنْ عَلِيِّ وَابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما<sup>2</sup>، وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ:

- مِنَ القُرْآنِ.

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَأُولُوا الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 4]، فَعِدَّةُ كُلِّ حَامِلٍ وَضَعِ حَمْلِهَا لِعُمُومِ ظَاهِرِ الآيَةِ<sup>3</sup>.

- مِنَ السُّنَّةِ.

عَنْ أَبِي سَلَمَةَ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ وَأَبُو هُرَيْرَةَ جَالِسٌ عِنْدَهُ، فَقَالَ: أَفْتَنِي فِي امْرَأَةٍ وُلِدَتْ بَعْدَ زَوْجِهَا بِأَرْبَعِينَ لَيْلَةً؟ فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: آخِرُ الْأَجَلِينَ، قُلْتُ أَنَا: ﴿وَأُولُوا الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، قَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ: أَنَا مَعَ ابْنِ أَخِي - يَعْنِي أَبَا سَلَمَةَ - فَأَرْسَلَ ابْنُ عَبَّاسٍ غُلَامَهُ كُرَيْبًا إِلَى أُمِّ سَلَمَةَ يَسْأَلُهَا، فَقَالَتْ: {قُتِلَ زَوْجُ سُبَيْعَةَ الْأَسْلَمِيَّةِ وَهِيَ حُبْلَى، فَوَضَعَتْ بَعْدَ مَوْتِهِ بِأَرْبَعِينَ لَيْلَةً، فَخُطِبَتْ فَأَنكَحَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَكَانَ أَبُو السَّنَابِلِ فِيْمَنْ حَطَبَهَا}.<sup>4</sup> فَأَجَازَ النَّبِيُّ ﷺ حِطْبَتَهَا بِوَضْعِ حَمْلِهَا.

- مِنَ الأَثَرِ.

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه قَالَ: (مَنْ شَاءَ لَاعَنَتَهُ لَأَنْزَلَتْ سُورَةَ النِّسَاءِ الفُصْرَى بَعْدَ الأَرْبَعَةِ الأشْهُرِ وَعِشْرًا).<sup>5</sup>، يَعْنِي هَذَا أَنَّ الآيَةَ فِي سُورَةِ الطَّلَاقِ الَّتِي تَنَاوَلَتْ عِدَّةَ الحَامِلِ حَصَّصَتْ العُمُومَ فِي آيَةِ سُورَةِ البَقَرَةِ الَّتِي تَنَاوَلَتْ عِدَّةَ المِتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجِهَا<sup>6</sup>.

- مِنَ الإِجْمَاعِ.

أَجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ فِي جَمِيعِ الأَمْصَارِ عَلَى أَنَّ المِتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجِهَا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا أَجَلُهَا وَضَعِ حَمْلِهَا، إِلا ابْنَ عَبَّاسٍ، وَرِوَايَةُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ وَجْهِ مَنقُوعٌ، أَمَّا تَعَدُّهُ بِأَبْعَدِ الأَجَلِينَ، وَقَدْ رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّهُ رَجَعَ إِلَى قَوْلِ الجَمَاعَةِ<sup>7</sup>.

1 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 914-915، الشافعي، الأم، ج: 7، ص: 173، ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 118.

2 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 118.

3 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 915، ابن نجيم، البحر الرائق، ج: 4، ص: 226.

4 البخاري، صحيح البخاري، كتاب التفسير، باب ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا، رقم الحديث: 4909، ص: 65.

5 أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في عِدَّةِ الحَامِلِ، رقم الأثر: 2307، ج: 2، ص: 293..

6 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 118، ابن رشد الجدد، المقدمات الممهديات، ج: 1، ص: 513.

7 المرجع نفسه.

- من القياس.

الحامل المتوفى عنها زوجها تنقضي عدتها بالوضع كالحامل المطلقة، ولأنه لا خلاف في بقاء العدة ببقاء الحمل، فوجب أن تنقضي به، كما في حق المطلقة<sup>1</sup>، ولأن الأشهر عدة بنفسها، ولا تجتمع مع الحمل فتصيران عدة واحدة أصله في حق المطلقة<sup>2</sup>.

- من المعقول.

العدة إنما شرعت لمعرفة براءتها من الحمل، ووضعه أدل الأشياء على البراءة منه، فوجب أن تنقضي به العدة<sup>3</sup>.

- من القانون.

نصت المادة 60 ق أ ج: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة."، وبها يكون قد أخذ المشرع الجزائري بالإجماع الذي عليه الأمة في أن عدة الحامل وضع حملها.

الفرع الثاني: الرجعة.

تم تناول المقصود من الرجعة في الفصل التمهيدي عند تناول الطلاق الرجعي، وسيتم ذكر بعض الأحكام المتعلقة بالرجعة.

أولاً: دليل مشروعية الرجعة.

1/ من القرآن.

- قال تعالى: ﴿وَيُعَوِّلُهَا أَحَقُّ بِرِدِّهَا﴾ [البقرة: 226]، أي: "أحقُّ برجعته"<sup>4</sup>.

- قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: 231]، "فأمسكوهنَّ، أي راجعوهنَّ"<sup>5</sup>.

- قال تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 229]، يُمسك بمعروف أي؛ يُراجع بمعروف<sup>6</sup>.

1 ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 8، ص: 119.

2 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 915.

3 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 119، القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 915.

4 الطبري، تفسير الطبري، سورة البقرة، ج: 4، ص: 116، ابن كثير، تفسير ابن كثير، سورة البقرة، ج: 1، ص: 250.

5 البغوي، تفسير البغوي، سورة الطلاق، المجلد: 8، ص: 150، الطبري، تفسير الطبري، سورة البقرة، ج: 4، ص: 178.

6 الطبري، تفسير الطبري، سورة البقرة، ج: 4، ص: 132.

2/ من السنة.

- عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو: { أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مُرَّهُ فَلْيُرَاجِعْهَا }<sup>1</sup>.

- عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه: { أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ طَلَّقَ حَفْصَةَ، ثُمَّ رَاجَعَهَا }<sup>2</sup>.

- عن هشام بن عروة عن أبيه: { أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ طَلَّقَ سَوْدَةَ، فَلَمَّا خَرَجَ إِلَى الصَّلَاةِ أَمْسَكَتْ بِثَوْبِهِ، فَقَالَتْ: مَا لِي فِي الرِّجَالِ مِنْ حَاجَةٍ، وَلَكِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُخْشَرَ فِي أَزْوَاجِكَ، قَالَ: فَارْجِعْهَا، وَجَعَلَ يَوْمَهَا لِعَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا، وَكَانَ يَفْقِسُ لَهَا بِيَوْمِهَا وَيَوْمَ سَوْدَةَ }<sup>3</sup>.

3/ من الإجماع.

دلّ الإجماع على شرعية الرجعة<sup>4</sup>.

4/ من المعقول.

تكمن الحاجة في الرجعة إلى أنّ الإنسان قد يُطَلِّق امرأته ثمّ يندم على ذلك، فيتدارك ذلك بالرجعة وهذا الذي أشار إليه قوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُخْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1]، كما أنّ المرأة قد لا تُوافق في تجديد النكاح إذا لم تثبت الرجعة فلا يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنا<sup>5</sup>.

ثانياً: حكم الرجعة.

الحكم الأصلي للرجعة الإباحة<sup>6</sup>، إلا أنّه تعثر بها باقي الأحكام الأخرى كما تعترى النكاح، وأمثلةها تُعرف من أمثلة أحكام الطلاق.

1/ الوجوب: الرجعة في الطلاق عند الحيض أو النفاس اختلف الفقهاء في حكمها:

\* المذهب الأوّل: ذهب المالكية<sup>7</sup>، وبعض الحنفية<sup>8</sup>، وابن أبي موسى من الحنابلة وروى ذلك عن أحمد<sup>9</sup> إلى وجوب الرجعة لمن طلق في زمن الحيض، والدليل:

1 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾، رقم الحديث: 5251، ص: 1338.

2 ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب حدثنا سُويد بن سعيد، رقم الحديث: 2016، ج: 1، ص: 650.

3 البيهقي، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب النكاح، باب ما يستدل به على أنّ النبي ﷺ في سوى ما ذكرنا ووصفنا من خصائصه من الحكم بين الأزواج فيما محلّ منه، ويحرم بالحدث لا يخالف حلاله حلال الناس، رقم الحديث: 13435، ج: 7، ص: 118-119.

4 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 390.

5 المرجع نفسه.

6 العدوي، حاشية العدوي، ينظر المنوفي، كفاية الطالب الرباني، ج: 3، ص: 167.

7 مالك بن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 5-6.

8 المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، المجلد: 3، ص: 146، عبد الغني بن طالب، اللباب في شرح الكتاب، ج: 3، ص: 39-40.

9 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 366-367.

- ما جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما: { مُرّه فليُراجِعها. }<sup>1</sup>، فعوقب بالأمر الدال على وجوب رجعتها، وردّها إلى حال الرّوجية ليزول الضّرر عنها<sup>2</sup>، ورفعاً للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة<sup>3</sup>.
- \* المذهب الثاني: ذهب الجمهور من الحنفية<sup>4</sup>، والشافعية<sup>5</sup>، وظاهر مذهب الحنابلة<sup>6</sup> إلى استحباب الرجعة لمن طلق في زمن الحيض والدليل:
- قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: 227]، فخير الزوج بين الرجعة والتّرك<sup>7</sup>.
- قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: 226]، دلّت الآية على أنّ الرجعة غير واجبة من وجهين<sup>8</sup>:
- أحدهما: أنّه جعلها حقّاً للأزواج لا عليهم.
- الثاني: أنّه قرنها بإرادة الإصّلاح.
- قول النبي صلى الله عليه وآله: { مُرّه فليُراجِعها. }<sup>9</sup>، أقلّ أحوال الأمر الاستحباب، ولأنّه بالرجعة يُزيل المعنى الذي حرّم الطلاق<sup>10</sup>.
- تحريم الطلاق في الحيض كتّحريمه في طهر مُجامع فيه، فإذا لم تجب الرجعة في طهر الجُماع كذلك في الحيض<sup>11</sup>.
- يُستحب مُراجعتها حتى يتمكّن من طلاقها للسنة، فتبيّن منه بطلاق غير محظور، فكانت الرجعة أوّلى<sup>12</sup>.

1 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾، رقم الحديث: 5251، ص: 1338.

2 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 836-837.

3 المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، المجلد: 3، ص: 146.

4 القدوري، مختصر القدوري، ص: 155.

5 الماوردي، الحاوي الكبير، ج: 10، ص: 123.

6 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 366.

7 الماوردي، الحاوي الكبير، ج: 10، ص: 123.

8 المرجع نفسه.

9 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾، رقم الحديث: 5251، ص: 1338.

10 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 366.

11 الماوردي، الحاوي الكبير، ج: 10، ص: 123.

12 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 4، ص: 201، السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 17.

- الرجعة إما أن تُراد لاستدامة العقد أو إعادته، فإن أُريدت لإعادته لم تجب، لأنّ ابتداء النكاح لا يجب، وإن أُريدت لاستدامته لم تجب، لأنّ له رفعه بالطلاق<sup>1</sup>.

\* الموقف القانوني.

لم يأت نصّ المادة 50 ق أ ج المتضمن المراجعة بصيغة الأمر، ولا نصوص اجتهادات المحكمة العليا من ذلك: "من المقرّر أنّ الطلاق يمكن أن يتمّ بتراضي الزوجين ولا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن راجع زوجته بعد صدور حكم الطلاق يحتاج إلى عقد جديد، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ خرقاً للقانون."<sup>2</sup>، ممّا يدلّ أنّ المشرّع الجزائري لا يرى بوجود الرجعة لمن يملكها.

\* الترجيح.

يظهر والله أعلم رجحان ما ذهب إليه الجمهور لما يلي:

- عملاً بنصوص القرآن التي خيّرت الزوج في الرجعة، والواجب لا يُخير فيه المكلف.

- بالنسبة للأمر الوارد في حديث ابن عمر فالجواب عليه من جانبين<sup>3</sup>:

الأول: أنّ النبي ﷺ لم يأمره بنفسه، وجعل عمر هو الأمر له بقوله: {مُرَهُ فَلْيُرَاجِعْهَا}.<sup>4</sup>، دلّ ذلك على

أنّ الأمر معدول به عن الوجوب إلى الاستحباب، لأنّه عدلّ به عمّن تجب أوامره إلى من لا تجب أوامره.

الثاني: أنّ قول النبي ﷺ: {ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَ وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ}. {تَرَجَعَ الْمَشِيئَةَ إِلَى جَمْعِ الْمَذْكُورِ مِنَ الرَّجْعَةِ

وَالطَّلَاقِ، وَمَا زُدَّ إِلَى مَشِيئَةِ لَا يَكُونُ وَاجِبًا.

- أمّا الاستدلال بأنّ في الرجعة استدراكاً لمواقعة المحذور، فالمحذور هو وقوع الطلاق، والطلاق الواقع لا

يُستدرك بالرجعة وإمّا يقطع تحريمه<sup>5</sup>.

2/ الاستحباب: اتفق الفقهاء على أنّ الرجل إذا طلق في طهر قد مسّ فيه أنّه لا يُجبر على الرجعة، ولا يُؤمر

بها، وإن كان طلاقه قد وقع على غير سبيل السنّة، قال ابن عبد البر: "وأجمع العلماء<sup>6</sup> أنّه إذا طلقها في طهر لم

1 الماوردي، الحاوي الكبير، ج: 10، ص: 123.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 49858، تاريخ 1988/07/18م، المجلة القضائية، ع: 1، 1992م، ص: 37.

3 الماوردي، الحاوي الكبير، ج: 10، ص: 123-124.

4 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾، رقم الحديث: 5251، ص: 1338.

5 الماوردي، الحاوي الكبير، ج: 10، ص: 124.

6 قال ابن القيم: "وليس هذا الإجماع ثابتاً... فإنّ أحد الوجهين في مذهب أحمد وجوب الرجعة في هذا الطلاق... وهو القياس لأنّه طلاق محرّم فتجب الرجعة فيه كما تجب في الطلاق في زمن الحيض."، شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود، ج: 6، ص: 248، وعلى القول بوجود خلاف في المسألة فإنّه يترجح ما ذهب إليه الجمهور لنفس سبب المسألة السابقة.

يَمَسُّهَا فِيهِ لَمْ يُجْبِرْ عَلَى رَجْعَتِهَا، وَلَمْ يُؤْمَرْ بِذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ طَلَاقُهُ قَدْ وَقَعَ عَلَى غَيْرِ سُنَّةٍ<sup>1</sup>، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ الْمَصْلُحَةُ فِي رَجْعَتِهَا فَإِنَّهُ يَسْتَحِبُّ لَهُ إِرْجَاعُهَا، لِأَنَّ الشَّرِيعَةَ بُنِيَتْ أَحْكَامُهَا عَلَى مَقْصِدِ جَلْبِ الْمَصَالِحِ وَدَفْعِ الْمَفَاسِدِ.

**3/ التَّحْرِيمُ:** إِذَا كَانَ الْقَصْدُ مِنْ ارْتِجَاعِهَا الْإِضْرَارَ بِهَا، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾ [البقرة: 229]، وَالْمَضَارَةُ إِذَا بَتَّطْوِيلَ مَدَّةِ انْقِضَاءِ عَدَدِهِنَّ، أَوْ لِأَخْذِ بَعْضِ الْمَهْرِ مِنْهُنَّ بِطَلَبِهِنَّ الْخُلْعَ، وَفِي ذَلِكَ اعْتِدَاءٌ<sup>2</sup>، وَظُلْمٌ، وَقَدْ حَرَّمَ اللَّهُ الظُّلْمَ قَالَ ﷺ فِيَمَا رَوَى عَنِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى أَنَّهُ قَالَ: { يَا عِبَادِيَ إِنِّي حَرَّمْتُ الظُّلْمَ عَلَى نَفْسِي، وَجَعَلْتُهُ بَيْنَكُمْ مُحَرَّمًا، فَلَا تَظَالُمُوا }<sup>3</sup>.

**4/ الكراهة:** إِذَا كَانَ يُتَوَقَّعُ مِنْ نَفْسِهِ الْإِضْرَارَ بِهَا إِذَا رَاجَعَهَا، وَهَذَا مَدْفُوعٌ فِي الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ قَالَ ﷺ: { دَعْ مَا يُرِيْبُكَ إِلَى مَا لَا يُرِيْبُكَ }<sup>4</sup>.

ثالثاً: حق الرجعة والوطء.

**1/ حق الرجعة.**

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ أَنَّ الْحَرَّ إِذَا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ الْحَرَّةَ، وَكَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا تَطْلِيقَةً، أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ، أَنَّهُ أَحَقُّ بِرَجْعَتِهَا حَتَّى تَنْقُضِيَ الْعِدَّةَ<sup>5</sup>، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي الرَّجْعَةِ رِضَى الزَّوْجَةِ، قَالَ تَعَالَى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: 229]، فَخَاطَبَ الْأَزْوَاجَ بِالْأَمْرِ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُنَّ اخْتِيَارًا، وَلِأَنَّ الرَّجْعَةَ إِمْسَاكٌ لِلْمَرْأَةِ بِحُكْمِ الزَّوْجِيَّةِ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ رِضَاهَا فِي ذَلِكَ، كَالَّتِي فِي صُلْبِ نِكَاحِهِ، وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا<sup>6</sup>، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي الرَّجْعَةِ الْمَهْرُ، وَالْعَوْضُ بِالْإِجْمَاعِ<sup>7</sup>، وَلَا يَحْتَاجُ الزَّوْجُ إِلَى عَقْدٍ جَدِيدٍ، لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ فِي حُكْمِ الزَّوْجَةِ، وَالرَّجْعَةَ إِمْسَاكٌ لَهَا، وَاسْتِبْقَاءُ لَزْوَجِهَا<sup>8</sup>.

1 ابن عبد البر، الاستدكار، ج: 6، ص: 145.

2 الطَّبْرِي، تَفْسِيرِ الطَّبْرِي، سُورَةُ الْبَقْرَةِ، ج: 4، ص: 178-179.

3 مسلم، صحيح مسلم، كتاب البرِّ والصَّلةِ والآدابِ، باب تحريم الظُّلْمِ، رقم الحديث: 55-(2577)، ج: 4، ص: 1994.

4 علاء الدِّينِ بنِ بِلْبَانَ، الْإِحْسَانُ فِي تَقْرِيبِ صَحِيحِ ابْنِ حِبَّانَ، كِتَابُ الرِّقَاقِ، بَابُ الْوَرَعِ وَالتَّوَكُّلِ، رقم الحديث: 722، المجلد: 2، ص: 498.

5 ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد: 5، ص: 378.

6 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 519.

7 ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد: 5، ص: 379.

8 وهبة الزَّحِيلِي، الْفِقْهُ الْإِسْلَامِي وَأَدْلَتُهُ، ج: 7، ص: 469.

وَم يُشِر إلى هذا قانون الأسرة الجزائري إمّا أفَرَّت به المحكمة العليا في اجتهاداتها من ذلك: "مراجعة الرّوج زوجته خلال فترة العِدّة، جائز شرعاً وقانوناً، مادامت العصمة بيده." <sup>1</sup>، "وَمِن المقرّر أيضاً أنّ الرّجعة لا تُعتبر شرعاً إلاّ أثناء قيام العِدّة، وَمِن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف ذلك يُعدُّ خرقاً لمبادئ وأحكام الشّريعة الإسلاميّة." <sup>2</sup>.

إذا نظرنا إلى ظاهر نصّ المادّة 50 ق أ ج فإنّ المراد بالرّجعة الواردة فيها هي الرّجعة بمعناها الاصطلاحي، لأنّها جاءت في مُقابل الطّلاق البائن في نفس النصّ، لكن إذا جمعنا نصّ هذه المادّة مع المادّة 49 ق أ ج فإنّ المراد بها الرّجعة بمعناها اللّغوي، لأنّ الطّلاق في نظر القانون لا يقع إلاّ بعد حُكم قضائي، وعلى اعتبار أنّ الرّوج قد رفع أمره للقضاء للطّلاق، ولم يوقع الطّلاق بعد، و قد تمّ الصّلح بين الرّوجين، ففعلاً هنا لا يُحتاج إلى عقد جديد لأنّه لا يوجد طلاق أصلاً، وهذه المراجعة لا تندرج تحت صورة الطّلاق الرّجعي أصلاً، وعليه فمن تقدّم بطلب طلاق ثمّ طلق أمام القّاضي فمن المفروض أنّ له حقّ الرّجعة مادامت المطلّقة في عدّتها، وأنّ حُكم القاضي هنا لا أثر له في مسألة الرّجعة، وقد جاء ذكر ذلك في اجتهاد المحكمة العليا: "وَمِن المتفق فقهاً وقضاءً في أحكام الشّريعة الإسلاميّة أنّ الطّلاق الذي يقع من الرّوج هو الطّلاق الرّجعي، وأنّ حُكم القاضي به لا يُغير من رجعيّته لأنّه إمّا نزل على طلب الطّلاق... " <sup>3</sup>، إلاّ أنّ الشّطر الثّاني من المادّة 50 ق أ ج، واجتهادات أخرى للمحكمة العليا اعتبرت أنّ حُكم القاضي أثراً في مسألة الرّجعة في طلاق الرّوج من ذلك: "من المقرّر أنّ الطّلاق يمكن أن يتمّ بتراضي الرّوجين، ولا يثبت الطّلاق إلاّ بحُكم بعد محاولة الصّلح من طرف القاضي، وَمِن راجع زوجته بعد صدور الحُكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد، وَمِن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يُعدُّ مخالفاً للقانون." <sup>4</sup>، وهذا ما سيجعل الرّوج الذي تقدّم بطلب لطلاق زوجته، ثمّ صدر الحُكم بطلاقه يفقد حقه في الرّجعة، ويلزمه عقد جديد، وفي ذلك مخالفة صريحة للشّريعة الإسلاميّة، واجتهادات المحكمة العليا السّابقة الذّكر، وسبب ذلك أنّ الرّجعة بمفهومها الاصطلاحي لا وُجود لها في قانون الأسرة الجزائري، لأنّه كما ذُكر سابقاً في الفصل التّمهيدي لا يُعدُّ الطلاق الرّجعي أحد صور الطّلاق الذي يكون أمام المحكمة، وإمّا وُرد ذُكر الرّجعة في اجتهادات المحكمة العليا في قضايا الطّلاق العُربي الذي يكون خارج المحكمة.

هذا التّدذب والتّخبط في القانون والاجتهاد القضائي دالٌّ كذلك على أنّهما لم يفرقا بين الطّلاق بإرادة الرّوج أمام المحكمة، والتّطبيق القضائي، ما جعل النّصوص والأحكام غير مؤسّسة على قواعد سليمة.

1 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 395557، تاريخ: 2007/05/09م، المجلّة القضائيّة، ع: 2، 2008م، ص: 299.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 35322، تاريخ: 1984/12/17م، المجلّة القضائيّة، ع: 4، 1989م، ص: 91.

3 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 39463، تاريخ: 1986/02/10م، المجلّة القضائيّة، ع: 1، 1989م، ص: 115.

4 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 49858، تاريخ: 1988/07/18م، المجلّة القضائيّة، ع: 1، 1992م، ص: 37.

2/ حَقُّ الْوَطْءِ.

اختلف الفقهاء في حقِّ الرَّوْجِ فِي وَطْئِهَا<sup>1</sup>، بَيْنَ تَحْرِيمِهِ وَإِبَاحَتِهِ:

\* المذهب الأول: ذهب الحنفيّة<sup>2</sup>، وقول المالكيّة<sup>3</sup>، وظاهر مذهب الحنابلة<sup>4</sup> أنّ له الحقّ في وَطْئِهَا، والدليل:

أ- من القرآن.

- قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: 226]، سَمَّاهُ اللهُ تَعَالَى زَوْجَهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ، وَلَا يَكُونُ زَوْجًا إِلَّا بَعْدَ قِيَامِ الرَّوْجِيَّةِ، فَدَلَّ أَنَّ الرَّوْجِيَّةَ قَائِمَةٌ بَعْدَ الطَّلَاقِ، وَاللَّهُ أَحَلَّ لِلرَّجُلِ وَطْءَ زَوْجَتِهِ<sup>5</sup>، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِزُجُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: 5-6].

- قَالَ تَعَالَى: ﴿إِذَا طَلَّقَ مَرْثَتًا فِيمَسَاكٍ مِمَّعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: 227]، سَمَّى اللهُ تَعَالَى الرَّجْعَةَ إِمْسَاكًا، وَذَلِكَ اسْتِدَامَةٌ لِلْمُلْكِ، فَدَلَّ أَنَّ الْمُلْكَ بَاقٍ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَهُوَ التَّكَاحُ لَيْسَ إِلَّا مُلْكُ الْحَلِّ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ عَيْنَهَا، وَلَا مَنَافِعَهَا فَبَقَاءُ مُلْكِ التَّكَاحِ مُطْلَقًا يَكُونُ دَلِيلًا بَقَاءِ حَلِّ الْوَطْءِ إِلَّا بِعَارِضٍ يُحْرِمُ بِهِ الْوَطْءَ، كَالْحَيْضِ، وَالظَّهَارِ، وَاجْتِلَافِ الدِّينِ<sup>6</sup>.

ب- من المعقول.

- الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ لَهُ هُوَ نُقْصَانُ الْعِدَّةِ، فَأَمَّا زَوَالُ الْمُلْكِ، وَحِلُّ الْوَطْءِ فَلَيْسَ بِحُكْمٍ أَصْلِيٍّ لَهُ لَازِمٌ حَتَّى لَا يَتَّبِعَ لِلْحَالِ<sup>7</sup>.

- الدَّلِيلُ عَلَى بَقَاءِ الْمُلْكِ مُطْلَقًا أَنَّهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَاتِ كَالطَّلَاقِ، وَالظَّهَارِ، وَالْإِبْلَاءِ، وَاللِّعَانِ، وَأَتَمَّهَا يَتَوَارَثَانِ، وَأَنَّهُ يَمْلِكُ الْاِعْتِيَاضَ بِالْمُتَلَعِ، وَهُوَ الْاِعْتِيَاضُ، لَا يَكُونُ إِلَّا مَعَ بَقَاءِ أَصْلِ الْمُلْكِ<sup>8</sup>.

- زَوَالُ الْمُلْكِ مُعَلَّقٌ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ قَبْلَ الرَّجْعَةِ، وَالْمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ عَدَمُ قَبْلِهِ، وَإِنَّمَا سَمَّى اللهُ تَعَالَى الرَّجْعَةَ رَدًّا وَإِصْلَاحًا لِأَنَّهُ يُعِيدُهَا بِالرَّجْعَةِ إِلَى الْحَالَةِ الْأُولَى حَتَّى لَا تَبِينُ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، لِأَنَّهُ يُعِيدُهَا إِلَى الْمُلْكِ<sup>9</sup>.

1 واختلفوا في الوطء في الطلاق الرجعي هل تتحقق به الرجعة أم لا؟، فذهب أبو حنيفة، ورواية ابن وهب عن مالك، وأحمد في أظهر الروايتين إلى أنه يكون مراجعاً، ولا يفترق معه إلى قول سواء نوى به الرجعة أو لم ينوها، وذهب مالك إلى أنه إذا نوى الرجعة كان رجعة، وذهب الشافعي إلى أنه لا تصح الرجعة إلا بالقول، ورواية عن أحمد مثله، ينظر الوزير يحيى بن هبيرة الشيباني، اختلاف الأئمة العلماء، ج: 2، ص: 181.

2 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 20.

3 عياش، منح الجليل، ج: 4، ص: 190.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 520.

5 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 387.

6 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 20.

7 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 387.

8 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 20، الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 387.

9 المرجع نفسه.

- في الطّلاق الرّجعي يملك مُراجعتها بغير رضاها، ولو كان مُلك النّكاح زائلاً من وَجه لكانت الرجعة إنشاء النّكاح على الحرّة من غير رضاها من وَجه، وهذا لا يجوز<sup>1</sup>.
- القول بأنّ الطّلاق واقع في الحال فمُسَلّم به، لكنّ التّصرف الشّرعي قد يَظهر أثره للحال، وقد يتراخى عنه، كالبيع بشرط الخيار، فجاز أن يَظهر أثر هذا الطّلاق بعد انقضاء العِدّة، وهو زوال الملك، وحُرمة الوطاء، على أنّ له أثراً ناجزاً، وهو نقصان عدد الطّلاق، ونقصان حلّ المحلّيّة، وغير ذلك<sup>2</sup>.
- كما أنّ الطّلاق بعد الطّلاق واقع، فلو كان حُكم الطّلاق زوال الملك به لم يقع الطّلاق بعد الطّلاق، لأنّ المُزَال لا يُزال، وكما أنّ الطّلاق الثّاني واقع من غير أن يزول الملك به، فكذلك الأوّل لأنّ الحُكم الأصلي للطّلاق رَفَع الحَلّ عن الحَلّ إذا تمّ ثلاثاً<sup>3</sup>.
- الطّلاق الرّجعي لا يَقطع النّكاح بدليل أنّ الرّوجية قائمة لدى الموت، فالله تعالى جعل الواجب على المرأة عند موت الرّوج التّربص بأربعة أشهر وعشراً، لذا سقط الاعتداد بالحيض<sup>4</sup>.
- \* المذهب الثّاني: ذهب المالكيّة<sup>5</sup>، والشّافعيّة<sup>6</sup>، ورواية للحنابلة<sup>7</sup> إلى أنّه يُحرم الوطاء في الطّلاق الرّجعي.
- أ- من القرآن.

- قال تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: 1]، فالطّلاق الرّجعي لا يُزيل العصمة، وإتّما يوجب فيها ثلماً يمنع الوطاء، وأحكام الرّوجية كلّها قائمة، فإليه أن يرفع هذا الثلم عن العصمة بالرجعة<sup>8</sup>.
- قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: 226]، دلّت الآية على خروجها بالطّلاق حتّى يردّها إليه بالرجعة، قال الشّافعي: "إصلاح الطّلاق بالرجعة، فدلّ على ثبوت الفسّاد قبل الرجعة، وليس في تسميته بعلاً دليلٌ على رفع التّحريم كالمحرمة والحائض".<sup>9</sup>

1 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 4، ص: 387.

2 المرجع نفسه، ج: 4، ص: 388.

3 السّرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 20.

4 برهان الدين بن مازة، المحيط البرهاني، ج: 3، ص: 463.

5 الكشّناوي، أسهل المدارك، ج: 2، ص: 138.

6 الجويني، نهایة المطلب في دراية المذهب، ج: 14، ص: 341، الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 21.

7 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 519-520.

8 ابن رشد الجدّ، البيان والتّحصيل، ج: 5، ص: 333-334.

9 الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 309.

ب- من السّنة.

- قول النّبي ﷺ لعمر: { مُرّه فليراجعها، ثم ليُمسكها. }<sup>1</sup>، فدَلّ على أنّهُ قَبْلَ الرّجعة لا يجوز أن يُمسكها وعن نافع ( أنّ عبد الله بن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا طَلَّقَ امْرَأَةً لَهُ فِي مَسْكَنِ حَفْصَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ وَكَانَ طَرِيقَهُ إِلَى الْمَسْجِدِ، فَكَانَ يَسْلُكُ الطَّرِيقَ الأُخْرَى مِنْ أَدْبَارِ البُيُوتِ كَرَاهِيَةً أَنْ يَسْتَأْذِنَ عَلَيْهَا حَتَّى رَاجِعَهَا. )<sup>2</sup>، فكانت الرّجعة معتبرة، فوجب أن تكون محرّمة كالبائن<sup>3</sup>.

ج- من القياس.

- المحرّمة والمعتكفة أحكام الزّوجية فيهما قائمة، إلّا أنّهُ يَحْرَمُ وَطُؤُهُمَا، لأنّ الزّوجية أعمّ من الاستمتاع<sup>4</sup>.  
- كلُّ سبب وقعت به الفرقة وقع به التّحريم كالفسخ<sup>5</sup>.  
- حُكم الطّلاق مُضادٌ لحُكم النّكاح، فلمّا كان كلُّ نكاح إذا صحَّ أوجب الإباحة، وجب أن يكون كلُّ طلاق إذا وقع أوجب التّحريم<sup>6</sup>.

\* التّرجيح.

يترجّح ممّا سَبَقَ والله أعلم ما ذهب إليه الحنفيّة لما يلي:  
- دلّت النّصوص في عُمومها على أنّ الطّلاق الرّجعي تَبَقَى فيه أحكام الزّوجية قائمةً خلال فترة العِدّة، ولا يوجد دليل يُخصّص الوطاء بحُكم التّحريم.  
- معلوم أنّهُ من مقاصد الشّرع الضّرورية حفظ العرض، فكيف يتصوّر أن يُجيز الشّرع لرجل الخلوّة بامرأة مدّة طويلةً ولها أن تنزّين له، وتتكلّم معه، وتأكل معه ثمّ يَحْرَمُ عليه وطؤها، فهذا تكليف بالمستحيل، وقد قال تعالى: ﴿لَا يَكْلِفُ اللهُ نَفْسًا إِيَّاهُ أُسْرًا﴾ [البقرة: 285]، كما أنّ دلالة الفعل دلالة قوية في رغبته في مراجعتها، وبالتالي تحسب عليه الرجعة بوطئها ولو لم ينوها، وهذا قول الحنفية.  
- الشّافعيّة لا يقولون بِحَدِّ مَنْ وَطِئَ فِي عِدَّةِ الطّلاق الرّجعي<sup>7</sup>، فكيف يكون وطأً محرّماً ولا حَدًّا فيه، وعندهم الطّلاق قد أزال حقّ الملك.

1 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطّلاق، باب قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾، رقم الحديث: 5251، ص: 1338.

2 مالك بن أنس، الموطأ (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، كتاب الطّلاق، باب ما جاء في عِدّة المرأة في بيتها إذا طَلَّقَتْ فيه، رقم الأثر: 65، ج: 2، ص: 580.

3 الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 309.

4 عليش، منح الجليل، ج: 4، ص: 190.

5 الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 309، سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشّافعي، المجلد: 10، ص: 245.

6 المرجع نفسه، ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 520.

7 أبو القاسم الرافعي القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرّح الكبير، ج: 9، ص: 186.

- القول بأنَّ وطأها كوطء البائن، فالفرق ظاهرٌ، فإنَّ البائن ليست زوجةً له، وهذه زوجته، وقياس الزوجة على الأجنبية في الوطء بعيداً<sup>1</sup>.

- لا يمكن القياس على فرقة الفسخ، لأنَّها لا تبين في الطلاق الرجعي إلا بانقضاء العدة، فافتقرت عن الفسخ<sup>2</sup>، وكذلك الفرق بين الطلاق الرجعي والخلع ظاهر إذ لا يمكن دفع المدة إلا بعقد جديد في الخلع، وفي الطلاق الرجعي يمكنه دفعها بغير عقد جديد<sup>3</sup>.

- قياس حرمة الوطء على المحرمة والمعتكفة قياس مع الفارق، لأنَّ المحرمة والمعتكفة جاء فيهما نصّ خاصّ، أمّا في الطلاق الرجعي لا يوجد نصّ خاصّ.

#### \* الموقف القانوني.

لم يتكلّم قانون الأسرة الجزائري عن كون الطلاق الرجعي يُزيل حقّ الوطء أم لا يُزيله، لأنَّ الطلاق الرجعي ليس من صور الطلاق الذي يتمُّ أمام المحكمة، وما ورد في اجتهادات المحكمة العليا التي سبق ذكرها أعطت الحقّ للزوج في رجعة زوجته خلال فترة العدة بالنسبة للطلاق العرفي، ولم توضّح الكيفية، فتكون الرجعة ثابتةً به إلا إذا ثبت خلاف ذلك، وبالرجوع كذلك إلى نصّ المادة 60 م ج الفقرة الأولى نجد أنّ من صور التعبير عن الإرادة الموقف الذي لا يدع أيّ شكّ في دلالة على مقصود صاحبه، ولا يوجد موقف أكثر دلالة على إرادة الرجعة من الوطء.

#### ثالثاً: مسألة الإشهاد على الرجعة.

اختلف الفقهاء في حكم الإشهاد على الرجعة على مذهبين:

- المذهب الأول: ذهب الحنفية<sup>4</sup>، والمشهور عند المالكية<sup>5</sup>، والشافعي في الجديد<sup>6</sup>، ورواية لأحمد<sup>7</sup> أنّها مستحبة، وهو قول ابن مسعود، وعمار بن ياسر رضي الله عنهما<sup>8</sup>، والدليل:

- قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2]، أنّه جمع بين الرجعة والفرقة، وأمر بالإشهاد عليهما ثمّ الإشهاد على الفرقة مُستحب لا واجب فكذلك على الرجعة<sup>9</sup>.

1 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 520.

2 المرجع نفسه، ج: 7، ص: 520.

3 ابن الفراء، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، ج: 2، ص: 169.

4 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 19.

5 الخرشي، شرح مختصر خليل، ج: 4، ص: 87.

6 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، 14، ص: 353.

7 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 523.

8 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 19.

9 المرجع نفسه، ج: 6، ص: 19.

- قال تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: 281]، فالبيع صحيح من غير إسهاد<sup>1</sup>، فيكون الإسهاد مستحباً في الرجعة قياساً على الإسهاد في البيع<sup>2</sup>.
- الرجعة حقّ للزوج، لأنّ النّكاح قائمٌ بدليل أنّ له أن يُراجع بغير رضاها، ومن له حقّ فلا يلزمه الإسهاد على استيفائه كسائر الحقوق من الدّيون<sup>3</sup>، وحقوق النّكاح، كالظّهار والإيلاء والقسم وغير ذلك من حقوقه<sup>4</sup>، ولأنّ ما لا يُشترط فيه الوالي لا يُشترط فيه الإسهاد، كالبيع<sup>5</sup>.
- الرجعة رفعٌ للتّحريم مُتعلقٌ بالبيع مع بقاء حُكم العقد فأشبهه كفارة الظّهار، فلا يُشترط فيها الإسهاد<sup>6</sup>.
- الإسهاد على الرجعة ليست شرطاً، لأنّ الرجعة تُحصلُ بالوطء وذلك لا يمكن الإسهاد عليه<sup>7</sup>.
- الرجعة استدامة للنّكاح، والإسهاد ليس بشرط في استدامة النّكاح، ودليله أنّ الله تعالى سمّى الرجعة إمساكاً، وهو منع للمزيل من أن يعمل عمله بعد انقضاء المدّة فلا يكون الإسهاد عليها شرطاً كالفيء في الإيلاء<sup>8</sup>.
- سبب استحباب الإسهاد هو مُقابلة ما يُتوقع من الجُحود بشهادة الشّهود<sup>9</sup>، وهذا السبب موجود في الإسهاد على الرجعة.
- المذهب الثّاني: ذهب الظاهريّة<sup>10</sup>، ورواية عن مالك<sup>11</sup>، والشّافعي في القديم<sup>12</sup>، ورواية عن أحمد<sup>13</sup> أنّها واجبة، والدليل:
- قال تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2]، وجه الاستدلال:

1 السرخسي، المرجع السابق، ج: 6، ص: 19.

2 ابن رشد الجَدّ، المقدمات الممهّدات، ج: 1، ص: 548.

3 القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، رقم المسألة: 1386، المجلد: 2، ص: 758.

4 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 858.

5 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 523.

6 القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، رقم المسألة: 1386، المجلد: 2، ص: 758-759.

7 المرجع نفسه، المجلد: 2، ص: 759.

8 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 19.

9 الجويني، تحاية المطلب في دراية المذهب، ج: 14، ص: 353.

10 ابن حزم، المحلّي، ج: 10، ص: 17.

11 ابن رشد الجَدّ، المقدمات الممهّدات، ج: 2، ص: 279، أبو الحسن الرجرجاني، منهاج التحصيل، ج: 4، ص: 109.

12 الجويني، تحاية المطلب في دراية المذهب، ج: 14، ص: 353.

13 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 522.

\* ظاهر الأمر يُفيد الوجوب<sup>1</sup>.

\* فرّق الله عزّ وجل بيّن المراجعة، والطلاق والإشهاد، فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض، فكلّ من طلق ولم يُشهد ذوّي عدل، أو راجع ولم يُشهد ذوّي عدل، كان متعدداً لحدود الله تعالى<sup>2</sup>، وقد قال ﷺ: { مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ }<sup>3</sup>.

- لأنّ في الرجعة استباحة بضع مقصود، فوجبت الشهادة فيه، كالنكاح<sup>4</sup>.

\* سبب الخلاف: معارضة القياس لظاهر الآية، فظاهر قوله تعالى: ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوْيَ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ [الطلاق: 2] يقتضي الوجوب، ومن شبّه حقّ الرجعة بسائر الحقوق التي يقبضها الإنسان ولا يجب فيها الإشهاد، جمع بيّن القياس والآية، وحمل الآية على الندب<sup>5</sup>.

\* ثمة الخلاف<sup>6</sup>:

فعلى من قال بأنّ الإشهاد مُستحب فبدونه تصحّ الرجعة ولا يؤثّم صاحبها، وعلى من قال بوجوبه، فمن رأى بأنّه ليس شرطاً فبدونه تصحّ الرجعة مع الإثم<sup>7</sup>، ومن رأى بأنّه شرط فبدونه لا تصحّ الرجعة<sup>8</sup>.

\* الترجيح.

يترجح والله أعلم ما ذهب إليه الجمهور من أنّ الاشهاد مستحب في الرجعة، وإن كان الأمر المطلق يُفيد الوجوب، إلّا أنّه وُجدت قرينة تصرفه إلى الاستحباب، وهي مشابهة حقّ الرجعة لسائر حقوق الزوج التي لا يحتاج فيها إلى الإشهاد.

\* الموقف القانوني من الإشهاد.

انطلاقاً من نصّ المادّة 49، و50 ق أ ج فإنّه بانتهاؤ محالة الصلح يسقط حقّ الزوج في الرجعة، وواضح أنّ إعلام القاضي بما قبل إصداره حكم الطلاق أمر ضروري، فيكون القاضي قد شهد عليها<sup>9</sup>، وهذه الرجعة ليست هي الرجعة في الشريعة الإسلامية، وبالتالي فشهادة القاضي هي في حقيقة الأمر شهادة على الصلح.

1 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 14، ص: 353.

2 ابن حزم، المحلى، ج: 10، ص: 17.

3 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب نقض الأحكام الباطلة، وردّ محدثات الأمور، رقم الحديث: 18- (1718)، ج: 3، ص: 1343-1344.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 522.

5 أبو الحسن الرجرجاني، منهاج التحصيل، ج: 4، ص: 109.

6 تاج الدين السلمي الدّميربي الدّمياطبي، الشّامل في فقه الإمام مالك، ج: 1، ص: 437.

7 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 14، ص: 353-354.

8 وهو قول الظاهرية، وبعض الشافعية، ومن رأى وجوبه من الحنابلة، ينظر ابن حزم، المحلى، ج: 10، ص: 17، الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 14، ص: 353-354، ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 523.

9 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج: 1، ص: 324.

أمّا بالنّسبة للرجعة التي تكون خارج المحكمة من طلاق عُرفي، فلا يوجد ما يدلّ على وجوب الإشهاد عليها لصحة الرجعة، والغالب في عُرف النّاس أنّهم لا يُشهدون عليها، بل لا يرفعون الأمر للقضاء لإثبات الطّلاق أصلاً، وقد جاءت اجتهادات المحكمة العليا تُبيّن أنّ من طرق إثبات الرجعة الإشهاد عليها من ذلك: "يُنبت رجوع الزّوجة أثناء العِدّة بشهادة الشّهود ولا يَحْتَاج إلى عَقْد جديد، ولا يُعَدّ زواجاً عُرفياً حتّى يُطالب بإثباته."<sup>1</sup>، "ولمّا كان من الثّابت في قضية الحال أنّ الطّاعن يُنكر حضور المراجعة بعد الطّلاق وأنّ الشّهود الذين قَدّمتم المطعون ضدها لم يَقُل أيّ واحدٍ منهم أنّه حضر المراجعة، أو شَهِدَها، فإنّ قضاة الموضوع الذين أَمَرُوا بِتحرير عَقْد الزّواج بناءً على استنتاج وتفسير خاطئين، يكونوا قد خَرَقُوا أحكام الشّريعة الإسلاميّة."<sup>2</sup>، إلّا أنّه ومن باب المصلحة إشهاد الزّوج على رجعته صيانة للحقوق خصوصاً في هذا الرّمن الذي رَقّ فيه دين النّاس، ولم تُعد تُراع فيه الحُرّمات، وطغى عليه الجانب المادّي.

رابعاً: حقّ التّكاح من طلاق بائن.

بما أنّ الطّلاق البائن يَنقسم إلى قسمين وعليه فإنّ الرجعة فيه تنقسم تبعاً لأقسامه إلى قسمين:

### 1/ الرجعة من طلاق بائن بينونة صغرى.

كلُّ صور الطّلاق البائن بينونة صغرى ليس للزّوج فيها حقّ مُراجعة مطلّقتة إلّا بعقد ومهر جديدين، والدليل:

\* من القرآن.

- قال تعالى: ﴿إِطْلُقْ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: 227]، أيّ إذا طَلَّقَها واحدةً أو اثنتين، فالأمر على الخيار، إمّا رَدّها مادامت في عِدَّتِها، إذا كانت هناك نيّة الإصلاح والإحسان إليها، وإمّا تركها حتّى تنقضي عِدَّتِها وتبين بإحسان بلا ظلم لِحَقِّها ولا مُضارّة بها<sup>3</sup>، وهي أحقّ بنفسها<sup>4</sup>.

- قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: 226]، أيّ بمراجعتهنّ، فالمراجعة على ضربين: مُراجعة في العِدّة، ومراجعة بعد العِدّة، وإذا كان هذا فيكون في الآية دليل على تخصيص ما شَمَله العُموم في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾، عامٌّ في المطلّقات ثلاثاً، وفيما دونها لا خلاف فيه، ثمّ قوله: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ حُكْم خاص فيمَن كان طلاقها دون الثلاث<sup>5</sup>.

1 قرار عن الغرفة المدنيّة، المحكمة العليا، ملف رقم: 1244695، 2018/11/07، <https://droit.mjjustice.dz/ar>، تاريخ الاطلاع: 2023/12/28م.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 45867، 1987/06/01م، ع: 4، 1992م، ص: 54.

3 ابن كثير، تفسير ابن كثير، سورة البقرة، ج: 1، ص: 252.

4 القرطبي، تفسير القرطبي، سورة البقرة، ج: 3، ص: 120.

5 المرجع نفسه.

- قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 49]، فهذا في الرّجل يتزوّج المرأة، ثمّ يطلقها من قبل أن يمسه، فإذا طلقها واحدة بانت منه، ولا عِدَّة عليها تتزوّج من شاءت<sup>1</sup>.  
\* من السنّة.

- عن الحسن البصري رضي الله عنه: { أَنَّ مَعْقِلَ بْنَ يَسَارٍ، كَانَتْ أُخْتُهُ تَحْتِ رَجُلٍ، فَطَلَّقَهَا ثُمَّ حَلَىٰ عَنْهَا، حَتَّىٰ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا، ثُمَّ حَطَبَهَا، فَحَمِيَ مَعْقِلٌ مِنْ ذَلِكَ أَنْفًا، فَقَالَ: حَلَىٰ عَنْهَا وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَيْهَا، ثُمَّ يَحْطُبُهَا، فَحَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا، فَأَنْزَلَ اللَّهُ: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَعْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ إِلَىٰ آخِرِ الْآيَةِ فَدَعَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَرَأَ عَلَيْهِ، فَتَرَكَ الْحَمِيَّةَ وَاسْتَقَادَ لِأَمْرِ اللَّهِ. }<sup>2</sup>.  
\* من الإجماع.

- أجمع العلماء على أنّ الحرّ إذا طلق زوجته الحرّة، وكانت مدخولاً بها تطليقةً أو تطليقتين، أنّه أحقّ برجعته ما لم تنقض عِدَّتْها وإن كرهت المرأة، فإن لم يُراجعها المطلق حتى انقضت عِدَّتْها فهي أحقّ بنفسها وتصير أجنبيةً منه، لا تحلّ له إلا بخطبةٍ ونكاحٍ مستأنفٍ بوليٍّ وإشهاد، ليس على سنّة المراجعة، وهذا إجماع من العلماء<sup>3</sup>.  
- أجمع أهل العلم على أنّ الذي طلق زوجته قبل أن يدخل بها تطليقةً، أنّها قد بانت منه، ولا تحلّ له إلا بنكاحٍ جديد، ولا عِدَّة له عليها<sup>4</sup>.  
\* من القانون.

" من المقرر شرعاً وعلى ما جرى به قضاة المجلس الأعلى إنّ تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، ومن المقرر أيضاً أنّ الرجعة لا تعتبر شرعاً إلا أثناء قيام العِدَّة، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف لك يُعدّ خرقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت في قضية الحال أنّ الزوج المطلق ندم أو تراجع في طلاقه بعد انتهاء مدة العِدَّة فإنّ هذا لا يشفع له شرعاً في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به، وبناءً عليه فإذا أراد أن يرجع زوجته كان عليه اتباع القواعد الفقهيّة التي تُنظم وتضبط الرجعة، وكان على قضاة الاستئناف التنفيذ بهذه القواعد الفقهيّة كما فعل قاضي محكمة الدرجة الأولى، إلا أنّهم بقضائهم بَرُجوع الزوجة إلى بيت الزوجية خالفوا أحكام هذا المبدأ، ومتى كان ذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة<sup>5</sup>. "، يفهم من هذا القرار أنّ الزوج قد فقد حق الرجعة بانتهاء العدة، وعليه فهو يحتاج إلى عقد جديد إذا أرادها زوجة.

1 الطّبري، تفسير الطّبري، سورة الأحزاب، ج: 19، ص: 128، ابن كثير، تفسير ابن كثير، سورة الأحزاب، ج: 3، ص: 1493.  
2 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطّلاق، باب ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾ في العِدَّة، وكيف يُراجع المرأة إذا طلقها واحدةً أو ثنتين، رقم الحديث: 5331، ص: 1358.

3 القرطبي، تفسير القرطبي، سورة البقرة، ج: 3، ص: 120، ابن حجر، فتح الباري، ج: 9، ص: 483.

4 ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد: 5، ص: 187.

5 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 35322، تاريخ: 1984/12/17م، ع: 4، 1989م، ص: 91.

2/ الرجعة من طلاق بائن بينونة كبرى.

المرأة إذا طلقها زوجها ثلاث تطليقات، لا يمكن له مراجعتها حتى تتزوج رجلاً آخر بنية الزواج المؤبد، ويدخل بها دخولاً حقيقياً، فإذا طلقها أو مات عنها، وانقضت عدتها، جاز لزوجها الأول إرجاعها إليه بعقد ومهر جديدين، والدليل على ذلك:  
أ- من القرآن.

قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: 228]، فعرف الله عباده القدر الذي به تحرم المرأة على زوجها إلا بعد زواجها بزواج آخر<sup>1</sup>.  
ب- من السنة.

عن عائشة رضي الله عنها: { أَنَّ رِفَاعَةَ الْقُرْظِيَّ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَتَزَوَّجَتْ آخَرَ، فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَذَكَرَتْ لَهُ أَنَّهُ لَا يَأْتِيهَا، وَأَنَّهُ لَيْسَ مَعَهُ إِلَّا مِثْلُ هُدْبَةٍ، فَقَالَ: لَا، حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ }<sup>2</sup>، قال جمهور العلماء ذوق العسيلة كناية عن الجماع، وهو تعيب حشفة الرجل في فرج المرأة، وزاد الحسن البصري حصول الإنزال وهذا الشرط انفرد به<sup>3</sup>، وقد شد الحسن في هذا<sup>4</sup>.  
ج- الإجماع.

وأجمعوا على أنه إن طلقها الثالثة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فكان هذا من محكم القرآن الذي لم يختلف في تأويله<sup>5</sup>، وقد أجمع العلماء على أنها لا تحل للأول حتى يجامعها زوجها الثاني، إلا ما روي عن سعيد بن المسيب<sup>6</sup>، والظن أنه لم يبلغه حديث العسيلة، فأخذ بظاهر من القرآن<sup>7</sup>.  
د- من القانون.

نصت المادة 51 ق أ ج: " لا يُمكن أن يُراجع الرجل من طلقها ثلاث مرّات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء."

1 الطبري، تفسير الطبري، سورة البقرة، ج: 4، ص: 129.

2 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب إذا طلقها ثلاثاً، ثم تزوجت بعد العدة زوجاً غيره، فلم يمسه، رقم الحديث: 5317، ص: 1355.

3 ابن حجر، فتح الباري، ج: 9، ص: 466.

4 ابن بطال، شرح صحيح البخاري، ج: 7، ص: 479.

5 القرطبي: تفسير القرطبي، سورة البقرة، ج: 3، ص: 127-128، ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 515.

6 ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد: 5، ص: 238.

7 ابن بطال، شرح صحيح البخاري، ج: 7، ص: 479.

خامساً: مسألة هدم الطلاق.

إذا تزوجت المرأة من رجل آخر غير الذي طلقها طلاقاً بائناً، فهل الزواج الثاني يهدم طلاق الأول، أم أنه يُيقيه؟، أجمع الفقهاء على أنّ الزوج الثاني يهدم طلاق الزوج الأول إذا كان ثلاثاً، قال ابن المنذر: "أجمع أهل العلم على أنّ الحرّ إذا طلق زوجته الحرّة ثلاثاً، ثمّ انقضت عدّتها، ونكحت زوجاً ودخل بها، ثمّ فارقتها، وانقضت عدّتها، ثمّ نكحها الأول، أمّا تكون عنده على ثلاث تطليقات.<sup>1</sup>"، واختلفوا في هدم طلاق الأول إذا كان دون الثلاث على قولين:

**1/ القول الأول:** أنّه لا يهدم، وهو مذهب المالكيّة<sup>2</sup>، والشافعيّة<sup>3</sup>، ورواية عن أحمد<sup>4</sup>، والظاهرية<sup>5</sup>، ومحمد من الحنفية<sup>6</sup>، وهو قول الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ، عمر بن الخطاب، وعليّ بن أبي طالب، وأبيّ بن كعب، وعمران بن حصين، وأبي هريرة، وزيد بن ثابت، ومعاذ بن جبل، وعبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ، وبه قال سعيد بن المسيب، والحسن البصري، والثوري، وابن أبي ليلى، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور<sup>7</sup>، والدليل:

أ- من القرآن.

- قال تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مِنْ بَيْنِ يَدَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا يَحْتَمُونَ فَطَلِّقُوا بَيْنَ يَدَيْكُمْ وَأَطِيعُوا أَمْرَ اللَّهِ وَالْإِسْلَامَ الَّذِي كُنْتُمْ عَلَيْهِ مِنْ قَبْلُ وَلَا تَنْكِحُوا مَا طَلَّقْتُمْ مِنْهُنَّ حَتَّىٰ يَخْرُجُوا مِنْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تَحْتَمُونَ﴾ [البقرة: 227]، ثمّ قال: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 228]، فأخبرنا سبحانه أنّ الطّليقة الثالثة تُحرّم رجوعها إليه حتّى تنكح زوجاً غيره، ولم يُفرّق أن يكون تحلل الثلاث تطليقات إصابة زوج أو لم يتخللها<sup>8</sup>.

ب- من الأثر.

- عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: (سمعت أبا هريرة يقول: سألت عمر عن شيء سئلت عنه بالبحرين - وكان أبو هريرة مع العلاء بن الحضرمي -، عن رجل طلق امرأته تطلقاً أو تطليقتين ثمّ تزوجت غيره ثمّ تركها زوجها الآخر ثمّ راجعها الأول، فقال: هي على ما بقي من الطلاق).<sup>9</sup>

1 ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد: 5، ص: 242.

2 القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، رقم المسألة: 1376، المجلد: 2، ص: 755.

3 الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 286.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 505.

5 ابن حزم، المحلى، ج: 10، ص: 15.

6 الشيباني الحنفي، الأصل، ج: 4، ص: 470.

7 ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد: 5، ص: 242.

8 القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، رقم المسألة: 1376، المجلد: 2، ص: 755.

9 عبد الرزاق الصنعاني، المصنّف، كتاب الطلاق، باب التكاك جديد والطلاق جديد، رقم الأثر: 11152، ج: 6، ص: 352.

ج- من القياس.

- كل إصابة لم تكن شرطاً في الإباحة لم تهدم النكاح، ولم تُغير حكمه، أصله وطء السيد بملك اليمين<sup>1</sup>.
- لأنها بانة قبل استيفاء طلاق الملك فوجب إذا عادت أن يعود بما بقي من الطلاق، أصله إذا عادت قبل التزويج أو بعده وقبل الإصابة<sup>2</sup>.
- أن كل زوج لم يكن شرطاً في رجوع المطلقة إلى المطلق، كان وجوده وعدمه سواء في ذلك الحكم، أصله الزوج الثاني بعد الطلاق الثالث<sup>3</sup>.
- وقع الإجماع على أن النكاح الثاني يُبنى على الأول في الإيلاء والظهار، قبل زوج وبعده فكذا في عدد الطلاق<sup>4</sup>.

د- من المعقول.

- ولما لم يكن في الطلقة ولا في الطلقتين ما يُوجب التحريم لم يكن لإصابة زوج غيره معنى يوجب التحليل فنكاحه وتركه سواء<sup>5</sup>.
- إن نكحها قبل زوج أو بعد زوج، لم يُصبها حتى طلقها، فإذا تزوجها الأول كانت معه على ما بقي من الطلاق إجماعاً<sup>6</sup>.
- 2/ القول الثاني: أنه يهدم ما دون الثلاث، وهو مذهب الحنفية<sup>7</sup>، ورواية عن أحمد<sup>8</sup>، وهو قول ابن عباس، وابن عمر رضي الله عنهما، وبه قال عطاء، وشريح، والتخعي، ويعقوب<sup>9</sup>، واستدلوا على ذلك بما يلي:
- أ- من القرآن والسنة.

العمومات الواردة في باب النكاح مثل:

- قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: 3].
- قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور: 32].

1 القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، رقم المسألة: 1376، المجلد: 2، ص: 755، الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 287، ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 505، المقصود بمسألة وطء ملك اليمين؛ وطء السيد لأتمته التي قد بت زوجها طلاقها لا يُحلها، إذ ليس بزواج، وإنما تسلط بملك اليمين، ينظر القرطبي، تفسير القرطبي، سورة البقرة، ج: 3، ص: 150-151.

2 المرجع نفسه، المجلد: 2، ص: 755-756.

3 الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 287.

4 المرجع نفسه، ج: 10، ص: 286.

5 الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 286.

6 الشيباني الحنفي، الأصل، ج: 4، ص: 470.

7 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 505.

8 ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد: 5، ص: 242-243.

- قال ﷺ: { تَزَوَّجُوا وَلَا تُطَلِّقُوا فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَهْتَرُ لَهُ عَرْشُ الرَّحْمَنِ. }<sup>1</sup>

فهذه النصوص وأمثالها تقتضي جواز النكاح من غير فصل بين أن تكون المرأة مطلقة أو لا، وبين أن تكون مطلقة ثلاثاً تحللها إصابة الزوج الثاني أو لا، إلا أن المطلقة الثلاث التي لم يتحللها إصابة الزوج الثاني حُصِّت عن النصوص فبقي غيرها تحت النصوص العامة<sup>2</sup>.

ب- من القياس.

- لأنّ وطء الزوج الثاني يثبت به الحلّ، فيثبت حلاً يتسع لثلاث تطليقات كما بعد الثلاث<sup>3</sup>.

- لأنّ وطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث فأولى أن يهدم ما كان دُونها<sup>4</sup>.

\* التّرجيح.

يترجح والله أعلم ما ذهب إليه الجمهور في عدم هدم الزواج الثاني طلاق الأول فيما دون الثلاث لما يلي:

- نصّ آيات سورة البقرة صريح في كون إذا طلق الزوج امرأته تطليقةً أولى، ثمّ ثانية، ثمّ ثالثة، أمّا تحريم

عليه سواء تزوّجت خلال تلك التطليقات أم لم تزوّج.

- قياسهم حالة زواجها الثاني مع إصابتها على عدم إصابتها بجماع أنّ كليهما نكاح ثان صحيح، إذ لا

تأثير له في هدم طلاق الأول.

- قياسهم إصابتها من زوجها الثاني على وطء السيد بجماع أنّ الإصابة في كليهما لا تأثير لها في الحلّ

للأول قياس صحيح.

أمّا ما استدل به الفريق الثاني فلا تنهض به الحجّة لما يلي:

- النصوص العامة التي استدلو بها ليست في محلّ النزاع.

- قياس الطلاق دون الثلاث على الطلاق الثلاث قياس مع الفارق.

- قولهم: إنّ وطء الثاني يثبت الحلّ لا يصحّ من وجهين<sup>5</sup>:

أحدهما: أنّه ليس مثبتاً للحلّ أصلاً، لأنّ الحلّ إنّما هو في الطلاق الثلاث غاية التحريم، بدليل قوله

تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة: 228]، فحتّى للغاية، وإمّا سمّى

النبي ﷺ الزوج الذي قصد الحيلة محلاً تجوزاً، بدليل أنّه لعنه، لأنّ من أثبت حلالاً لا يستحق لعناً.

1 الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، رقم الحديث: 147، المجلد: 1، ص: 278-279، قال الألباني: موضوع.

2 الكاساني، بدائع الصناعات، ج: 4، ص: 279.

3 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 505.

4 المرجع نفسه، الشيباني الحنفي، الأصل، ج: 4، ص: 470.

5 ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 7، ص: 505.

الثّاني: أنّ الحلّ إنّما يتّثبت في محلّ فيه تحريم وهي المطلّقة ثلاثاً، وفي الطّلاق دون الثّلاث هي حلال له فلا يتّثبت فيها حلٌّ، ولا يهدم الزّواج الثّاني الطّلاق لأنّه غايةٌ للتحريم، وما دون الثّلاث لا تحريم فيها فلا يكون غايةً له.

\* الموقف القانوني من مسألة هدم الطّلاق.

– بالنّسبة للطّلاق البائن بينونةً كبرى.

بالرجوع إلى نصّ المادّة 51 ق أ ج التي أباحت رجوع البائن بينونةً كبرى إلى زوجها بشروطٍ بما يعني هدم ما كان من الطّلاق الثّلاث المحرّم، والمادّة 222 ق أ ج التي تُحيل إلى الشّريعة الإسلاميّة في كلّ ما لم يرد في هذا القانون، والإجماع قد وُقِع على أنّ الزّواج بغير المطلّق ثلاثاً يهدم الطّلاق الثّلاث، ومنه فيكون موقف المشرع الجزائري موافقاً لإجماع المسلمين.

– بالنّسبة للطّلاق البائن بينونةً صغرى.

لم يرد في قانون الأسرة ولا في الاجتهادات القضائيّة ما يدلُّ على هدم الزّواج بغير المطلّق بائناً بينونةً صغرى طلاقه، وعملاً بقاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان، فيُحكم ببقاء الطّلاق على حاله ما لم يَقم الدّليل على خلاف ذلك.

## المطلب الثاني: الخطبة وإثبات النسب.

من الآثار الشخصية لتعليق الطلاق على حكم القاضي خطبة المطلقة، ونسب أولادها، وهو ما سيتم تناوله في فرعين.

### الفرع الأول: الخطبة.

#### أولاً: تعريف الخطبة.

##### 1/ لغة:

حَطَبَ: الحَطَبُ الشَّانُ، أو الأَمْرُ صَعُرَ أو عَظُمَ، تقول: هذا حَطَبٌ جَلِيلٌ، وحَطَبٌ سَيِّرٌ، والحَطَبُ: الأَمْرُ الذي تَقَعُ فيه المَخاطِبَةُ، والشَّانُ والحالُ، ومنه قولهم: جَلَّ الحَطَبُ أي عَظُمَ الأَمْرُ والشَّانُ، والحَطَبُ هو سبب الأَمْرِ، يقال: ما حَطَبُكَ؟ أي ما أَمْرُكَ؟<sup>1</sup>.

والحَطِيبُ: الحَاطِبُ، والحِطْبُ: الَّذِي يَحْطُبُ المِراةَ، والحِطْبُ: المِراةُ المَحْطُوبَةُ<sup>2</sup>، وحَطَبْتُ المِراةَ حِطْبَةً بالكسر، واحتَطَبَ القومُ فلاناً، إذا دَعَوَهُ إلى تزويجِ صاحِبَتِهِمْ<sup>3</sup>، وكانت امِراةً مِنَ العَرَبِ يُقالُ لها: أم خارجة يُضْرَبُ بها المِثْلُ فيقال: أَسْرَعُ مِنَ نِكاحِ أمِّ خارجةَ، وكان الحَاطِبُ يَقومُ على بابِ خِبايَها، ويقول: حِطْبُ، فتقول: نِكاحٌ<sup>4</sup>.

##### 2/ اصطلاحاً.

- هي إعلام المرأة أو وليها بالرغبة في زواجها<sup>5</sup>.

- المادة 5 ق أ ج: "الخطبة وعد بالزواج."<sup>6</sup>

- طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، وذلك بأن يتقدم إليها مباشرة أو إلى أهلها، أو عن طريق أجنب يبعثهم للتفاهم والتفاوض في أمر العقد والمطالب الخاصة بهذا الشأن فإذا أُجيب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما<sup>7</sup>.

إذاً فالخطبة ليست عقد زواج، وإنما هي مقدمة فقط له، لا تترتب عليها آثار الزواج، وقد نصّ على هذا قرار المحكمة العليا: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنّ الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكلّ من الطرفين العدول عنها."<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب، حرف الباء الموحدة، فصل الحاء المعجمة (خطب)، المجلد: 1، ص: 360.

<sup>2</sup> مرتضى الزبيدي، تاج العروس، فصل الحاء (خطب)، ج: 2، ص: 371.

<sup>3</sup> الجوهري، الصحاح تاج اللغة، باب الباء، فصل الحاء (خطب)، ج: 1، ص: 121.

<sup>4</sup> مرتضى الزبيدي، تاج العروس، فصل الحاء (خطب)، ج: 2، ص: 371.

<sup>5</sup> التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج: 4، ص: 43.

<sup>6</sup> الأمر رقم 02-05 المتضمن تعديل وإتمام قانون الأسرة، السالف الذكر، ص: 19.

<sup>7</sup> بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص: 113.

<sup>8</sup> قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 81129، قرار بتاريخ 17/03/1992م، المجلة القضائية، ع: 3،

1994م، ص: 62.

واحتمياً يطلب الرجل المرأة ممن له الولاية عليها، وذلك حتى لا يفتح الباب بين الرجال والنساء للتواصل بينهم بحجة الخطبة، خصوصاً في هذا الزمن الذي ضعف فيه الدين، وسهلت فيه وسائل التواصل الاجتماعي.

### 3/ العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي.

المعنى اللغوي أعم من الاصطلاحي، إذ يُراد بها لغة أي شأن من شؤون الحياة، والمعنى الاصطلاحي أحد شؤون الحياة.

ثانياً: دليل مشروعية الخطبة.

#### 1/ من القرآن.

قال تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنُتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِيمَ اللَّهِ أَنْكُمْ سَتَدْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [البقرة: 233] رفع الإنم والجناح دليل على مشروعية الخطبة.

#### 2/ من السنة.

- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: { إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ، فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ، قَالَ: فَخَطَبْتُ جَارِيَةً فَكُنْتُ أَحَبَّ لَهَا حَتَّى رَأَيْتُ مِنْهَا مَا دَعَانِي إِلَى نِكَاحِهَا وَتَزَوُّجِهَا فَتَزَوَّجْتُهَا. }<sup>1</sup>، دل الحديث على مشروعية الخطبة لإذن الشارع فيها.

- عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه: { أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، حِينَ تَأَيَّمَتْ حَفْصَةُ بِنْتُ عُمَرَ مِنْ خُنَيْسِ بْنِ خَدَافَةَ السَّهْمِيِّ، وَكَانَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم، فَتَوَفَّى بِالْمَدِينَةِ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: أَتَيْتُ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ، فَعَرَّضْتُ عَلَيْهِ حَفْصَةَ، فَقَالَ: سَأَنْظُرُ فِي أَمْرِي، فَلَبِثْتُ لِيَالِي ثُمَّ لَقَيْتِي، فَقَالَ: قَدْ بَدَأَ لِي أَنْ لَا أَنْزُوجَ يَوْمِي هَذَا، قَالَ عُمَرُ: فَلَقَيْتُ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ، فَقُلْتُ: إِنْ شِئْتَ زَوَّجْتُكَ حَفْصَةَ بِنْتَ عُمَرَ، فَصَمَتَ أَبُو بَكْرٍ فَلَمْ يَرْجِعْ إِلَيَّ شَيْئًا، وَكُنْتُ أَوْجَدُ عَلَيْهِ مِنِّي عَلَى عُثْمَانَ، فَلَبِثْتُ لِيَالِي ثُمَّ خَطَبَهَا رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم، فَأَنْكَحَهَا إِيَّاهُ، فَلَقَيْتِي أَبُو بَكْرٍ، فَقَالَ: لَعَلَّكَ وَجَدْتَ عَلَيَّ حِينَ عَرَّضْتَ عَلَيَّ حَفْصَةَ فَلَمْ أَرْجِعْ إِلَيْكَ شَيْئًا؟ قَالَ عُمَرُ: قُلْتُ: نَعَمْ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ: فَإِنَّهُ لَمْ يَمْنَعْنِي أَنْ أَرْجِعَ إِلَيْكَ فِيمَا عَرَّضْتَ عَلَيَّ، إِلَّا أَنِّي كُنْتُ عَلِمْتُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم قَدْ ذَكَرَهَا، فَلَمْ أَكُنْ لِأَفْشِي سِرَّ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم، وَلَوْ تَرَكَهَا رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم قَبْلَتْهَا. }<sup>2</sup>، وما كان شريعة للنبي فهو شريعة لأُمَّته إلا ما خصه الدليل.

1 أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها، رقم الحديث: 2082، ج: 2، ص: 228-229.

2 البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير، رقم الحديث: 5122، ص: 1305.

3/ من الإجماع.

قال ابن حجر الهيتمي: "تحلُّ خطبة حَلِيَّة عن نكاح وَعِدَّة تصريحاً وتعريضاً وتحرم خطبة المنكوحه كذلك إجماعاً فيهما."<sup>1</sup>.

ثالثاً: حُكْم خطبة المعتدَّة.

1/ حُكْم خطبة المعتدَّة من طلاق رجعي.

أ- الموقف الفقهي من خطبة المعتدَّة من طلاق رجعي.

اتفق الفقهاء<sup>2</sup> من الحنفية<sup>3</sup>، والمالكية<sup>4</sup>، والشافعية<sup>5</sup>، والحنابلة<sup>6</sup> على حرمة خطبة المطلقة طلاقاً رجعياً تصريحاً<sup>7</sup>، وتعريضاً<sup>8</sup> من الأجنبي، والدليل على ذلك:

- لأنَّ أحكام الزَّوجية عليها جارية فمتى أراد الزَّوج رجعتها في العِدَّة كانت زوجته<sup>9</sup>، فلا يجوز خِطبتها كما لا يجوز قَبْل الطَّلاق<sup>10</sup>.

- لأنَّه يُخاف إذا عَرَض لها مَنْ ترغب فيه بالخِطبة أن تدَّعي بأنَّ عِدَّتْها حَلَّت وإن لم تحلَّ<sup>11</sup>.

- لا خلاف في أنَّه لا يجوز لغير الزَّوج التصريح ولا التعريض بخطبة المطلقة الرجعية<sup>12</sup>، لكن نُقل عن ابن عبد السلام أنَّ مذهب المالكية جواز التعريض في كلِّ مُعتدَّة<sup>13</sup>، إلا أنَّ ما ذكر ابن عبد السلام مخالف لما ذكره القرطبي في تفسيره، وهو الإجماع بجرمة التعريض بخطبة الرجعية<sup>14</sup>.

1 ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ينظر، الشرواني، والعبادي، حواشي تحفة المنهاج، ج: 7، ص: 209.

2 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج: 19، ص: 191-192.

3 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 446-447.

4 التفراوي، الفواكه الدواني، ج: 2، ص: 68-69.

5 الماوردي، الحاوي، ج: 9، ص: 247.

6 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 147.

7 التصريح بالخِطبة: هو ما يقطع بالرغبة في النكاح ولا يحتمل غيره، كقول الخاطب للمعتدَّة: أريد أن أتزوجك، أو: إذا انقضت عدَّتكَ تزوجتك، ينظر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج: 19، ص: 191.

8 التعريض بالخِطبة: هو القول المفهم للمقصود وليس بنص فيه، أو هو ما يحتمل الرغبة في الزَّواج وعدمها، كالهديَّة، أو قوله لها: وربِّ راغب فيك، ومَنْ يجد مثلك، ولست بمرغوب عنك، أو عسى أن يبسر الله لي امرأةً صالحَةً، ينظر وهبة التَّحليلي، الفقه الإسلامي وأدلَّتْه، ج: 7، ص: 16.

9 الماوردي، الحاوي، ج: 9، ص: 247.

10 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 446، ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 36.

11 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 37.

12 ابن كثير، تفسير ابن كثير، سورة البقرة، ج: 1، ص: 264.

13 خليل، التَّوضيح، المجلد: 4، ص: 28.

14 الخطَّاب، مواهب الجليل، ج: 5، ص: 40.

ب- الموقف القانوني من خطبة المعتدّة من طلاق رجعي.

لم يتناول قانون الأسرة ولا اجتهادات المحكمة العليا هذا الأمر، لأنّه كما تقرّر سلفاً أنّه لا وجود للطّلاق الرجعي أمام المحكمة إمّا يكون خارجها، وعليه فسنكون أمام حالتين:

- الأولى: إذا كان الطّلاق خارج المحكمة فسيكون هناك طلاق رجعي، فإذا أردنا أن نعرف حُكم خطبتها نرجع إلى نصّ المادّة 222 ق أ ج التي تُحيل إلى الشريعة الإسلاميّة، والإجماع قد انعقد على حرمة خطبتها تصريحاً وتعريضاً، لكنّ الإشكال إذا لم يُعترف بالطلاق العرقي بأثر رجعي بل من وقت صدور الحُكم ممّا يعني أنّه سيُطيل فترة منع الحقّ في خطبتها من الأجنبي وفي هذا تعدّد على حقيقتها.

- الثانية: إذا كان طلاق الزوج أمام المحكمة فسيكون بائناً، وعليه يكون المشرّع الجزائري قد أسرى أحكام الطّلاق البائن على الرجعي.

2/ حُكم خطبة المعتدّة من طلاق بائن.

أ- التّصريح بخطبة المعتدّة من طلاق بائن: اتّفق الفقهاء من الحنفيّة<sup>1</sup>، والمالكيّة<sup>2</sup>، والشافعيّة<sup>3</sup>، والحنابليّة<sup>4</sup>، والظاهرية<sup>5</sup> على حرمة تصريح الأجنبي بخطبة المعتدّة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى، والدليل على ذلك: - قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ [البقرة: 233]، لما خصّ الله تعالى التعريض بالإباحة، دلّ على تحريم التّصريح<sup>6</sup>.

- التّصريح بالخطبة حال قيام النّكاح هو موقف تهمّة ورّع حول الحمى<sup>7</sup>، وقد قال ﷺ: { وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ، كَالرَّاعِي يَرعى حَوْلَ الْحِمَى، يُوشِكُ أَنْ يَرْتَعَ فِيهِ }<sup>8</sup>.

- أثناء العِدّة النّكاح قائم من وجه لقيام بعض آثاره، والثابت من وجه كالثابت من كلّ وجه في باب الحرمة احتياطاً<sup>9</sup>.

- التّصريح لا يَحتمل غير النّكاح، فلا يُؤمن أن يحملها الحرص على النّكاح على الإخبار بانقضاء عِدّتها قبل انقضائها<sup>10</sup>.

1 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج:4، ص: 446.

2 خليل، التّوضيح، المجلد: 4، ص: 27.

3 الماوردي، الحاوي الكبير، ج: 9، ص: 248.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 147.

5 ابن حزم، المحلّي، ج: 9، ص: 167.

6 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 147.

7 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج:4، ص: 446.

8 مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشُّبُهات رقم الحديث: 107- (1599)، ج: 3، ص: 1219-1220.

9 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج:4، ص: 446.

10 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 147.

ب- التعريض بخطبة المعتدة من طلاق بائن: اختلف الفقهاء في حكم التعريض بخطبة البائن على أقوال: \* المذهب الأول: ذهب المالكية<sup>1</sup>، والظاهرية<sup>2</sup>، وقول للحنفية<sup>3</sup>، ورواية للشافعية<sup>4</sup>، ورواية للحنابلة<sup>5</sup> إلى جواز تعريض الأجنبي بخطبة المعتدة البائن مطلقاً، والدليل على ذلك: قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عِلْمَ اللَّهِ أَنْتُمْ سَتَدَكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [البقرة: 233]، تضمنت الآية الكريمة إباحة التعريض، وما يُضمَر في النفس، ومَنعت من المواعدة بالتكاح<sup>6</sup>، فهذا يشمل كلَّ مُعتدة بائن لعموم الآية<sup>7</sup>.

- عن أبي بكر بن أبي الجهم بن صُخَيْرِ العَدَوِيِّ قال: سمعت فاطمة بنت قيس تقول: { إِنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا، فَلَمْ يَجْعَلْ لَهَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَكْنَى، وَلَا نَفَقَةً، قَالَتْ: قَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِذَا حَلَلْتَ فَادِينِي، فَادْنَتْهُ، فَخَطَبَهَا مُعَاوِيَةُ، وَأَبُو جَهْمٍ، وَأُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: أَمَّا مُعَاوِيَةُ فَرَجُلٌ تَرِبْتُ، لَا مَالَ لَهُ، وَأَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَرَجُلٌ صَرَّابٌ لِلنِّسَاءِ، وَلَكِنْ أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ، فَقَالَتْ بِيَدِهَا هَكَذَا: أُسَامَةُ، أُسَامَةُ، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: طَاعَةُ اللَّهِ، وَطَاعَةُ رَسُولِهِ خَيْرٌ لَكَ، قَالَتْ: فَتَزَوَّجْتُهُ، فَاعْتَبَطْتُ. }<sup>8</sup>، وذلك تعريض منه في العدة<sup>9</sup>.

- عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾، قال: (التعريض، وهو أن يقول: إني أريد التزويج، وإن النساء لمن حاجتي، ولوددت أن يُيسر لي امرأة صالحة)<sup>10</sup>. - يُجوز التعريض بخطبة البائن بينونة صغرى، لأنَّ الزَّوج لا يملك رجعتها كالمطلقة ثلاثاً<sup>11</sup>.

1 خليل، التوضيح، المجلد: 4، ص: 27، الخطاب، مواهب الجليل، ج: 5، ص: 40.

2 ابن حزم، المحلى، ج: 9، ص: 167.

3 أبو جعفر الطحاوي، مختصر الطحاوي، ينظر الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، المجلد: 4، ص: 341، المرغيناني، بداية المبتدي، ينظر الهداية في شرح بداية المبتدي، المجلد: 3، ص: 341، ابن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ج: 3، ص: 260، وما بعدها.

4 وجلَّ التعريض عند الشافعية بالنسبة للبائن بينونة كبرى لهم فيه قولان: - الأول: الكراهة، لأنَّ الآية واردة في المتوفى عنها زوجها، - الثاني: عدم الكراهة وهو القول القديم، لأنَّ هناك مطلق به يمنع من تزويجها قبل العدة، أمَّا بالنسبة للبائن بينونة صغرى فلهم روايتان بين الجواز وعدمه، ينظر الماوردي، الحاوي الكبير، ج: 9، ص: 248-249.

5 المقصود بالرواية هنا في البينونة الصغرى، لأنَّ الحنابلة لهم فيها روايتان بين الجواز وعدمه، ينظر ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 147.

6 خليل، التوضيح، المجلد: 4، ص: 27، ابن حزم، المحلى، ج: 9، ص: 167.

7 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 147.

8 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، رقم الحديث: 47- (1480)، ج: 2، ص: 1119.

9 الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، المجلد: 4، ص: 341، الماوردي، الحاوي الكبير، ج: 9، ص: 248.

10 ابن كثير، تفسير ابن كثير، سورة البقرة، ج: 1، ص: 264.

11 الماوردي، الحاوي الكبير، ج: 9، ص: 249.

\* المذهب الثاني: ذهب الشافعية في رواية<sup>1</sup>، والحنابلة في رواية<sup>2</sup> إلى عدم جواز تعريض الأجنبي بخطبة البائن بينونة صغرى، والدليل على ذلك:

- لا يجوز التعريض بخطبة البائن بينونة صغرى لإباحتها للمطلق كالرجعية<sup>3</sup>.

\* المذهب الثالث: ذهب الحنفية في قول إلى عدم جواز تعريض الأجنبي بخطبة البائن مطلقاً في عدتها، والدليل على ذلك: <sup>4</sup>

- أنه لا يجوز للمعتدة من طلاق الخروج من منزلها أصلاً بالليل، ولا بالنهار فلا يمكن التعريض على وجه لا يقف عليه الناس، والتعريض في بيت زوجها قبيح.

- أن في التعريض عداوة وبغض بين الزوجين، إذ العدة من حق الزوج بدليل أنه إذا لم يدخل بها لا تجب العدة.

\* الترجيح.

يترجح مما سبق والله أعلم مذهب الجمهور في جواز تعريض الأجنبي بخطبة المعتدة البائن مطلقاً، لما يلي:

- عموم الأدلة التي أجازت التعريض في البائن، وعدم ورود نص خاص في البائن بينونة كبرى.

- إذا صارت بائناً فهي أجنبية عنه سواء بينونة صغرى أم كبرى.

\* الموقف القانوني.

لم تتم الإشارة إلى هذا الأمر في قانون الأسرة الجزائري، ولا اجتهادات المحكمة العليا، وبالرجوع إلى نص المادة 222 ق أ ج فمن المفروض أن يسلك المشرع الجزائري في مسألة التصريح الحُرمة، وهو ما اتفق عليه الفقهاء، وفي مسألة التعريض الجواز، لأنه قول الجمهور ومنهم المالكية الذي يُعتبر مذهبهم المذهب السائد في البلاد، لكن هنا يرد إشكال لما اعتبر الطلاق الرجعي أمام المحكمة بائناً، إذ أنه سيجوز خطبتها تعريضاً، وهو مُحَرَّم بالإجماع.

\* ملاحظة.

ما سبق ذكره في خطبة المعتدة مُتعلق بالأجنبي، أما الزوج ففي الطلاق الرجعي يحق له المراجعة، ولا يُشترط رضاها كما ذكر سابقاً، والبائن بينونة كبرى لم تعد حلالاً له حتى تنكح زوجاً غيره فيطلقها أو يموت عنها، أما البائن بينونة صغرى فله خطبتها في عدتها تصريحاً وتعريضاً باتفاق الفقهاء<sup>5</sup>، والدليل:

1 الماوردي، المرجع السابق، ج: 9، ص: 248.

2 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 147.

3 الماوردي، الحاوي الكبير، ج: 9، ص: 248.

4 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 447، الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج: 3، ص: 36.

5 المرجع نفسه، ج: 4، ص: 446-447، التفراوي، الفواكه الدواني، ج: 2، ص: 68-69، الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج: 3، ص: 169، الماوردي، الحاوي، ج: 9، ص: 248، ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 147.

- قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب: 49]، أضاف العِدَّة إلى الأزواج فدلَّ أنَّها حقُّ الزَّوج، وحقُّ الإنسان لا يجوز أن يمنعه من التصرف، وإِنَّمَا يَظْهَر أثره في حقِّ الغير<sup>1</sup>، فالمطلقة باقية على حكم نكاح الزَّوج من وجهه، فيكون التحريم على الأجنبي لا على الزَّوج، إذ لا يجوز أن يمنع الزَّوج حقه<sup>2</sup>.

- عن ابن عباس رضي الله عنهما: { أَنَّ زَوْجَ بَرِيرَةَ كَانَ عَبْدًا يُقَالُ لَهُ مُغِيثٌ، كَأَنِّي أَنْظَرُ إِلَيْهِ يَطُوفُ خَلْفَهَا يَبْكِي وَدُمُوعُهُ تَسِيلُ عَلَى خَيْتِهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِعَبَّاسٍ: يَا عَبَّاسُ، أَلَا تَعْجَبُ مِنْ حُبِّ مُغِيثِ بَرِيرَةَ، وَمِنْ بُغْضِ بَرِيرَةَ مُغِيثًا، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: لَوْ رَاجَعْتَهُ، قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ تَأْمُرُنِي؟ قَالَ: إِنَّمَا أَنَا أَشْفَعُ، قَالَتْ: لَا حَاجَةَ لِي فِيهِ. }<sup>3</sup>، دلَّ الحديث على أنه من بانت منه زوجته، ولا رجعة له عليها، أنه يجوز له خطبتها في عدتها، لأنه عليه السلام شفع إلى بريرة، وخطبها على زوجها الذي بانت منه، رغم أن التصريح بالخطبة محظور في العدة، ولو أن غيره كان الراغب فيها لما جاز له التصريح بالخطبة<sup>4</sup>.

- لأنه محل للزَّوج نكاحها في عدتها، فلا يُصان ماؤه عن مائه، ولا يُخشى اختلاط نسبه بنسب غيره<sup>5</sup>.

\* مسألة حقِّ الزَّواج.

- بالنسبة للمرأة.

معلوم شرعاً أنه يجوز للمرأة أن تتزوج بعد انقضاء عدتها، أمّا قانوناً فالإشكال يُثار في حالة عدم صدور حكم القاضي في إثبات الطلاق العرفي، وانتهت عدتها وتزوجت، فهنا يمكن متابعتها قانونياً بثهمة الزنا بموجب نصِّ المادة 339 ق ع ج، وفسخ زواجها بموجب نصِّ المادة 34 ق أ ج<sup>6</sup> على اعتبار أنَّها مُحَصَّنَةٌ لا يحقُّ لها الزَّواج، فهي من المحرّمات تحريمًا مؤقتاً كما جاء في نصِّ المادة 30 ق أ ج، لأنَّ زواجها العرفي الثاني جاء قبل صدور حكم القاضي بطلاقها، وهذا ظلم وجور في حقها.

1 الكاساني، المرجع السابق، ج: 3، ص: 452.

2 المرجع نفسه، ج: 4، ص: 446.

3 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب شفاعة النبي ﷺ في زوج بريرة، رقم الحديث: 5283، ص: 1346.

4 ابن بطال، شرح صحيح البخاري، ج: 7، ص: 433.

5 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 37.

6 القانون رقم: 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر، ص: 912.

- بالنسبة للرجل.

معلوم أنه يحرم بالإجماع<sup>1</sup> أن يتزوج الرجل في عدّة الطلاق الرجعي بالخامسة، أو عمّة المطلقة، أو خالتها أو أختها، أو غير ذلك ممن يحرم عليه أن يجمعها معها، أمّا قانوناً فإنّ طلاق الزوج الرجعي في المحكمة يُعتبر قانوناً بائناً، ومنه سيكون لزواجه قانوناً حكم الزواج في عدّة البائن<sup>2</sup>.

يجلّ للزوج شرعاً بعد انتهاء عدّة مطلّفته الزواج بمن كان يحرم عليه أن يجمعها معها، لكن قانوناً إذا فعل ذلك قبل صدور حكم القاضي في الطلاق العرني فإنه يُتابع بتهمة الزنا بموجب نصّ المادة 339 ق ع ج، ويفسخ زواجه الصحيح بموجب المادة 34 ق أ ج، لأنّه تزوّج بمن تحرم عليه تحريماً مؤقتاً بموجب المادة 30 ق أ ج، وهذا ظلّم وجور في حقّه.

ومنه فعلى القضاء أن يُثبت الطلاق العرني بمراعات الأمور التي ذُكرت في الفصل الأوّل حتى يخرج من كلّ محذور شرعي بمسّ بالأعراض.

الفرع الثاني: إثبات النسب في الطلاق.

أولاً: تعريف النسب.

1/ لغةً: نَسَبَ التّون والسّين والباء كلمة واحدة قياسها اتّصال شيء بشيء، ومنه النّسب، سميّ لاتّصاله وللاتّصال به، والنّسب: الطّريق المستقيم، لاتّصال بعضه من بعض<sup>3</sup>، فمن معان النّسب:

- القرابة: فلان يُناسب فلاناً، فهو نسبه أيّ قريبه<sup>4</sup>، قيل هو في الآباء خاصّة، أو يكون من قبل الأمّ والأب، أو يُنسب إلى قبيلة أو بلد أو صناعة<sup>5</sup>، وتنسب أيّ ادّعى أنّه نسبيك، وفي المثل: القريب من تقرب، لا من تنسب، والنّساب: العالم بالنّسب<sup>6</sup>.

- الإلحاق: نسبه ينسبه وينسبه نسباً عزاه، ونسبت فلاناً إلى أبيه أنسبه وأنسبه نسباً إذا رفعت في نسبه إلى جدّه الأكبر، وانتسب إلى أبيه أيّ اعتزى<sup>7</sup>.

- الشّرف: رجل نسيب منسوب أيّ ذو حسب ونسب<sup>8</sup>.

1 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 88.

2 اختلف الفقهاء في الجمع بين المحارم إذا كانت إحداهنّ معتدّة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى، فقال الحنفية والحنابلة بحرمه الجمع، وقال المالكية والشافعية بصحة الزواج، بنظر وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج: 7، ص: 164.

3 ابن فارس، معجم مقاييس اللّغة، كتاب النون، باب التّون والسّين وما يثلاثهما (نسب)، ج: 5، ص: 423-424.

4 ابن منظور، لسان العرب، حرف الباء الموحدة، فصل التّون (نسب)، المجلد: 1، ص: 756.

5 مرتضى الزبيدي، تاج العروس، فصل التّون مع الباء (نسب)، ج: 4، ص: 261.

6 ابن منظور، لسان العرب، حرف الباء الموحدة، فصل التّون (نسب)، المجلد: 1، ص: 756.

7 المرجع نفسه، حرف الباء الموحدة، فصل التّون (نسب)، المجلد: 1، ص: 755.

8 المرجع نفسه، حرف الباء الموحدة، فصل التّون (نسب)، المجلد: 1، ص: 756.

- التّوافق: المناسبة المشاكلة<sup>1</sup>.

## 2/ اصطلاحاً:

### أ- في الفقه.

- " هو عبارة عن مزج الماء بيّن الذّكر والأنثى على وجه الشّرع، فإن كان بمعصية كان خلُقاً مطلقاً، ولم يكن نسباً محقّقاً."<sup>2</sup>

- " القرابة، وهي الاتّصال بيّن إنسانين بالاشتراك في ولادةٍ قريبةٍ أو بعيدةٍ."<sup>3</sup>.

### ب- في القانون.

أشارت إلى معنى النّسب المادة 32 و33 ق م ج، إذ نصّت المادة 32 ق م ج: " تتكوّن أسرة الشّخص من ذوي قُرباه ويُعتبر من ذوي القُربى كلّ من يجمعهم أصلٌ واحد."<sup>4</sup>، ونصّت المادة 33 ق م ج: " القرابة المباشرة هي الصّلة ما بيّن الأصول والفروع.

وقرابة الحواشي هي الرّابطة ما بيّن أشخاص يجمعهم أصلٌ واحد دون أن يكون أحدُهم فرعاً للآخر."<sup>5</sup>. من خلال هذه التعاريف إذاً فالنّسب هو الرّابطة التي تجمع الشّخص بأقاربه سواء من جهة الأمّ أو الأب.

### 3/ العلاقة بيّن التعريف اللّغوي والاصطلاحي.

علاقة عموم وخصوص فالمعنى اللّغوي أعمّ من المعنى الاصطلاحي، إذ أنّ المعنى اللّغوي يتضمّن الصّلة والقرابة التي تجمع بيّن الفروع والأصول، ولحوقهم بهم، وهذا هو المعنى الاصطلاحي، ويتضمّن كذلك نّسب الشّخص إلى قبيلة، أو بلدة، أو حِرفة.

### ثانياً: مكانة النّسب في الإسلام.

1/ اعتبار حفظ النّسب من مقاصد الإسلام الكلّية الخمس التي لا تستقيم الحياة بدونها، قال عبد الله

بن الحاج العلوي في مراقي السّعود<sup>6</sup>:

دينٌ فنفسٌ ثم عقلٌ نسبٌ \* مالٌ؛ إلى ضرورةٍ تنتسبُ  
وربّيبٌ، ولتعطفنّ مُساويا \* عرّضا على المال، تكُنّ موافيا  
فحفظها حتّم على الإنسان \* في كل شرّعةٍ من الأديان

1 الفيروز آبادي، القاموس المحيط، باب الباء، فصل التّون (النسب)، ص: 137.

2 ابن العربي، أحكام القرآن، ج: 3، ص: 447.

3 ابن أبي تغلب، نيل المآرب، ج: 2، ص: 55.

4 الأمر رقم: 58-75 المتضمّن القانون المدني الجزائري، السّتالف الذّكر، ص: 991.

5 الأمر رقم: 58-75 المتضمّن القانون المدني الجزائري، السّتالف الذّكر، ص: 991-992.

6 محمّد الأمين الشّنقيطي، نثر الورود على مراقي السّعود، ج: 2، ص: 495-496.

ولحفظ النسب شرع الإسلام أحكاماً منها:

\* شرع الزواج لدفع التنازع على الأنساب فعن عائشة رضي الله عنها قالت: { كَانَ عُنْبَةُ عَهْدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدٍ: أَنَّ ابْنَ وَليدَةَ زَمْعَةَ مِثِّي، فَأَقْبِضُهُ إِلَيْكَ، فَلَمَّا كَانَ عَامَ الْفَتْحِ أَخَذَهُ سَعْدٌ، فَقَالَ: ابْنُ أَخِي عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَامَ عَبْدُ بَنُ زَمْعَةَ، فَقَالَ: أَخِي وَابْنُ وَليدَةَ أَبِي، وَوُلِدَ عَلَيَّ فِرَاشِهِ، فَتَسَاوَقَا إِلَى النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم، فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أَخِي، قَدْ كَانَ عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَالَ عَبْدُ بَنُ زَمْعَةَ: أَخِي وَابْنُ وَليدَةَ أَبِي، وَوُلِدَ عَلَيَّ فِرَاشِهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم: هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بَنُ زَمْعَةَ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ، ثُمَّ قَالَ لِسُودَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ: احْتَجِي مِنْهُ، لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُنْبَةَ، فَمَا رَأَاهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ. }<sup>1</sup>.

\* شرعت العدة لمقاصد منها التحقق من براءة الرحم حفظاً للنسب، قال ابن القيم: "ففي شرع العدة عِدَّة حِكْمٍ: مِنْهَا الْعِلْمُ بِبِرَاءَةِ الرَّحِمِ، وَأَنْ لَا يَجْتَمِعَ مَاءُ الْوَاطِئِينَ فَأَكْثَرَ فِي رَحِمٍ وَاحِدٍ، فَتَخْتَلِطُ الْأَنْسَابُ وَتَفْسُدُ وَفِي ذَلِكَ مِنَ الْفَسَادِ مَا تَمْنَعُهُ الشَّرِيعَةُ وَالْحِكْمَةُ."<sup>2</sup>.

\* تعلم النسب واجب، لأن يتعلم النسب يُعرف الحلال والحرام، وذلك عملاً بالقاعدة الأصولية ما لا يتم الواجب به فهو واجب، والدليل:

- قال تعالى: ﴿يَأْيُهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا﴾ [الحجرات: 13]، قال ابن حزم: "فقد جعل تعارف الناس بأنسابهم غرضاً له تعالى في خلقه إيانا شعوباً وقبائل، فوجب بذلك أن علم النسب علم جليل رفيع، إذ به يكون التعارف، وقد جعل الله تعالى جزءاً منه تعلمه لا يسع أحداً جهله، وجعل تعالى جزءاً يسيراً منه فضلاً لتعلمه، يكون من جهله ناقص الدرجة في الفضل، وكل علم هذه صفتة فهو علم فاضل، لا يُنكر حقه إلا جاهل أو مُعانَد."<sup>3</sup>.

- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال صلى الله عليه وسلم: { تَعَلَّمُوا مِنْ أَنْسَابِكُمْ مَا تَصَلُّونَ بِهِ أَرْحَامِكُمْ، فَإِنَّ صِلَةَ الرَّحِمِ مَحَبَّةٌ فِي الْأَهْلِ، مِثْرَةٌ فِي الْمَالِ، مَنْسَأَةٌ فِي الْأَثْرِ. }<sup>4</sup>، قال المناوي: "أي مقداراً تعرفون به أقاربكم لتصلوها فتعليم النسب مندوب لمثل هذا وقد يجب إن توقّف عليه واجب."<sup>5</sup>.

- قال أبو محمد الرّشاشي: "الحضّ على معرفة الأنساب ثابت بالكتاب والسنة وإجماع الأمة."<sup>6</sup>.

\* تحريم الرّنا قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الرّزِيّآ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء: 32]، ورثب على مرتكبها العقوبة سواء كان محصناً، أو غير محصن، عن أبي هريرة، وخالد بن زيد رضي الله عنه قال: { كُنَّا عِنْدَ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم

1 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب: الولد للفراش، حرة كانت أو أمة، رقم الحديث: 6749، ص: 1672.

2 ابن القيم، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج: 2، ص: 50-51.

3 ابن حزم، جمهرة أنساب العرب، ج: 1، ص: 1-2.

4 الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، رقم الحديث: 276، المجلد: 1، ص: 558، وما بعدها، قال الألباني: إسناده جيد.

5 المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، ج: 3، ص: 252.

6 بدر الدين العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج: 16، ص: 69.

فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ: أَنْشُدَكَ اللَّهَ إِلَّا فَضَيْتَ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ، فَقَامَ خَصْمُهُ، وَكَانَ أَفْقَهَ مِنْهُ، فَقَالَ: اقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ وَأُذِّنْ لِي؟ قَالَ: قُلْ، قَالَ: إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ عَسِيفًا عَلَى هَذَا فَرَزَنِي بِأَمْرَاتِهِ، فَأَفْتَدَيْتُ مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ وَخَادِمٍ، ثُمَّ سَأَلْتُ رِجَالًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ، فَأَخْبَرُونِي: أَنَّ عَلَى ابْنِي جَلْدَ مِائَةٍ وَتَغْرِيبَ عَامٍ، وَعَلَى أَمْرَاتِهِ الرَّحْمَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ جَلًّا ذِكْرُهُ، الْمِائَةُ شَاةٍ وَالْخَادِمُ رَدُّ عَلَيْكَ، وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ، وَاعْدُ يَا أُنَيْسُ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا، فَغَدَا عَلَيْهَا فَاعْتَرَفَتْ فَارْجَمَهَا. {1}

\* تحريم التبني لأنه قائم على التزوير، والنسب قائم على العدل والحقيقة، قال تعالى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ [الأحزاب: 5].

\* نهي الإسلام أن ينسب أو يُنسب شخص إلى غير قومه، فهو كبيرة من كبائر الذنوب، قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [البقرة: 226]، وعن سعد بن عبد الله قال سمعت النبي ﷺ يقول: {مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ غَيْرُ أَبِيهِ، فَاجْتَنَّهُ عَلَيْهِ حَرَامٌ}. {2}

\* تحريم الشريعة للذف، عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: {اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوبِقَاتِ قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَا هُنَّ؟ قَالَ: الشِّرْكَ بِاللَّهِ، وَالسِّحْرُ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ، وَأَكْلُ الرِّبَا، وَأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ، وَالتَّوَلَّى يَوْمَ الرَّحْفِ، وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ الْغَافِلَاتِ}. {3}، ورتبت على مرتكبه الحد زجرًا له، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: 4]، واتفق الفقهاء على أن القذف الذي يوجب الحد على وجهين: أحدهما: أن يرمي القاذف المقذوف بالزنى، والثاني: أن ينفية عن نسبه إذا كانت أمه حرة مسلمة<sup>4</sup>، وفي كليهما مساس بمقصد النسب.

2/ في حفظ النسب حماية للأسرة من اختلاط الأنساب، والحلال بالحرام فقد رتب الإسلام على النسب حرمة الزواج وإباحته، قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمُ مِنَ الرَّضْعَةِ وَأُمَّهُتِ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبَاتُكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ

1 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الحدود، باب الاعتراف بالزنا، رقم الحديث: 6827، ص: 1688.

2 المرجع نفسه، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه، رقم الحديث: 6766، ص: 1675-1676.

3 المرجع نفسه، كتاب الحدود، باب رمي المحصنات، رقم الحديث: 6857، ص: 1696.

4 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 4، ص: 389.

مِنْ نِسَائِكُمْ الَّتِي دَخَلْتُمْ فِيهَا فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ فِيهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلِيلُ آبَائِكُمْ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿النساء: 23﴾.

3/ في حفظ النسب حماية للحقوق كحق الرضاع، والتفقة، والحضانة، والميراث، وصلة الأرحام، والديّة، والمولاة، والولاية، وغير ذلك من الحقوق قال ابن حزم: "وأن يعرف الإنسان أباه وأمه، وكلّ من يلقاه بنسب في رحم محرّمة، ليجتنب ما يحرم عليه من النكاح فيهم، وأن يعرف كلّ من يتصل به برّحم توجب ميراثاً، أو تلزمه صلةً أو نفقةً أو معاقدةً أو حكماً ما، فمن جهل هذا فقد أضرّ فرضاً واجباً عليه، لازماً له من دينه."<sup>1</sup>

4/ امتنّ الله تعالى علي عباده بالنسب، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ [الحجرات: 13]، ولا تتحقّق معرفة الشعوب والقبايل إلا بمعرفة الأنساب.

5/ حماية للأسرة بحفظ عرض أفرادها من الفضيحة والرمي بالسوء، وضماناً لتمامها واستمرارها ببقاء أثرها في عدم ضياع نسبها واختلاطه بغيره.

6/ حفظ للمجتمع من الآفات الاجتماعية الناجمة عن ظاهرة الأطفال مجهولي النسب، وما يترتب على ذلك من آثار سيّئة على المجتمع.  
ثالثاً: طرق إثبات النسب.

1/ الفِراش: الفاء والراء والشين أصل صحيح يدلّ على تمهيد الشئ وبسطه، والفراش في الحقيقة: المرأة، لأنّها هي التي توطأ،<sup>2</sup> ويفترشها الرّجل<sup>3</sup>، قال ابن القيم: "فأمّا ثبوت النسب بالفراش فأجمعت عليه الأئمة."<sup>4</sup>، إلا أنّ الفقهاء اختلفوا في المراد بالفراش والذي سيتم تناوله لاحقاً، وفراش الرّجل بالمرأة يكون فيما يلي:

أ- الزّواج الصّحيح: إذا نكح الرّجل المرأة نكاحاً صحيحاً، ثمّ جاءت بعد عقد نكاحها بولد لستة أشهر فأكثر، فالولد به لاحق إذا أمكن وصوله إليها، وكان الرّوج ممّن يطأ، أمّا إذا علم أنّه لم يصل إليها، كأن يكون بين بلديهما مسافة يُعلم أنّهما لم يلتقيا بعد النّكاح، أو كان الرّوج طفلاً ممّن لا يطأ مثله، أو كان الرّوج ممّن قُطع ذكره وأنثيه، ثمّ أتت المرأة بولد لم يلحق به<sup>5</sup>.

ب- الزّواج الفاسد: النّكاح الفاسد يلحق بالصّحيح في إثبات النسب<sup>6</sup>، مع العلم أنّ الفاسد والباطل عند الجمهور بمعنى واحد، وهو: ما لا يترتب عليه أثره، وعند الحنفية يُفرّق بينهما فالفاسد: ما شرع بأصله ولم يُشرع

1 ابن حزم، جمهرة أنساب العرب، ج: 1، ص: 2.

2 ابن فارس، معجم مقاييس اللّغة، كتاب الفاء، باب الفاء والراء وما يثلثهما (فرش)، ج: 4، ص: 486.

3 ابن منظور، لسان العرب، حرف الشين المعجمة، فصل الفاء (فرش)، المجلد: 6، ص: 327.

4 ابن القيم، زاد المعاد، ج: 5، ص: 368.

5 ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد: 5، ص: 314.

6 المترخسي، المبسوط، ج: 17، ص: 162.

بوصفه، والباطل: ما لم يُشرع بأصله ولا بوصفه، والفساد عندهم يترتب عليه آثاره أو بعضها، أما الباطل فهو لغو لا يترتب عليه أثره<sup>1</sup>، ومثال الزواج الفاسد: زواج الرجل بغير شهود، أو في عِدَّة امرأة، أو من لها زوج، أو جمع بين الأختين، أو بين المرأة وابنتها، أو أمها، أو جمع بين خمس في عقد<sup>2</sup>.

**ج- الوطاء بِشبهة:** والشبهة ما يُشبهه الثابت وليس بثابت<sup>3</sup>، وذهب الجمهور إلى أنّ من وطء امرأة لا زوج لها بِشبهة، فأنت بولد، لحقه نسبه إلا ما رواه القاضي أبو يعلى عن أبي بكر أنه لا يلحق به<sup>4</sup>، والشبهة أنواع شُبّهة في المحلّ كوطء المُبانة بالكنايات في عدّتها، وشُبّهة في الفعل - وهي شُبّهة الاشتباه - كوطء المطلقة ثلاثاً أو على مال في العِدَّة، وشُبّهة في العقد كوطء امرأة تزوّجها بغير شهود<sup>5</sup>.

**2/ الإقرار:** هو إخبار الشّخص بوجود القرابة بينه وبين شخص آخر، إمّا أن تكون قرابة مباشرة وهي الصلّة القائمة بين الأصول والفروع لدرجة واحدة كالبنوة والأبوة، وإمّا أن تكون قرابة غير مباشرة وهي قرابة الحواشي الذين يجمعهم أصلٌ مشترك دون أن يكون أحدهما فرعاً للآخر كالأخوة والعمومة<sup>6</sup>، فلو قال الرجل لغلام مجهول النسب: هذا ابني، ومثله يولد لمثله، ثبت نسبه منه، وهو حرّ<sup>7</sup>، والتعبير عن الإقرار بلفظ الاستلحاق هو استعمال المالكيّة، والشافعيّة، والحنابلة، وأما الحنفية فاستعملوه فيه على قلة، وقد اتفق الفقهاء على أنّ حكم الاستلحاق عند الصّدق واجب، ومع الكذب في ثبوته ونفيه حرام، ويُعد من الكبائر<sup>8</sup>، والإقرار بالنسب نوعان<sup>9</sup>:

\* **إقرار على نفس المقرّ:** كأن يُقرّ الأب بالولد أو الابن بالوالد، ويصحّ بشروط:

- أن يكون المقرّ به مجهول النسب.
- أن يصدّقه الحسّ بأن يكون المقرّ به مُحتمل الثبوت من نسب المقرّ، بأن يكون المقرّ ممّن يُولد له بمثل المقرّ به.
- أن يصدّقه المقرّ له في إقراره إن كان أهلاً للتصديق.
- ألا يكون فيه حمل النسب على الغير، لأنّ إقرار الإنسان حجّة قاصرة على نفسه، لا على غيره، وبناءً عليه إذا كان المقرّ ببنوة الغلام زوجةً أو معتدّةً، فيشترط مع ما ذكر أن يوافق زوجها على الاعتراف ببنوته له أيضاً.

1 عياض بن نامي السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ص: 59، و278.

2 الشّيباني الحنفي، الأصل: ج: 10، ص: 301.

3 ابن نجيم المصري، الأشباه والتّظائر، ص: 108.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 82.

5 ابن مودود الموصلّي، الاختيار لتعليل المختار، ج: 3، ص: 488-489.

6 محمّد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص: 714-715.

7 ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد: 8، ص: 129.

8 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهيّة، ج: 4، ص: 84.

9 وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 7، ص: 690، وما بعدها.

\* الإقرار بنسب محمول على الغير: هو الإقرار بما يتفرع عن أصل النسب، كأن يقر إنسان فيقول: هذا أخي، أو هذا عمي، أو هذا جدي، ويصح هذا الإقرار بنفس الشروط السابقة، ويزاد عليها شرط آخر، وهو تصديق الغير.

3/ البينة: وهي الشهادة، ولا بد من العدالة في الشهود، قال ابن رشد: "أما العدالة فإن المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد، لقوله تعالى: ﴿مَنْ تَرَضَوْا مِنْ أَلْسِهَادَاءِ﴾ [البقرة: 281]، ولقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2]".<sup>1</sup>، البينة التي يثبت بها النسب إما أن تكون بشهادة السماع، أو الشهادة باعتبار نصاب شرعي؛

- في الشهادة بالسماع (الاستفاضة)<sup>2</sup> أجمع الفقهاء على جوازها كدليل لإثبات النسب يقول ابن قدامة: "هذا النوع الثاني من السماع، وهو ما يعلمه بالاستفاضة، وأجمع أهل العلم على صحة الشهادة بها في النسب والولادة."<sup>3</sup>

- أما الشهادة باعتبار النصاب الشرعي فقد ذهب الجمهور من المالكية<sup>4</sup>، والشافعية<sup>5</sup>، والحنابلة<sup>6</sup> إلى أن النسب لا يثبت إلا بشهادة رجلين عدلين، فلا يثبت بشهادة رجل وامرأتين، ولا بشهادة أربع نساء، ولا بشهادة رجل ويمين، ولا بشهادة امرأتين ويمين، لأن النسب ليس بمال، ولا يقصد به المال، ويطلع عليه الرجال، فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحودود والقصاص<sup>7</sup>، لما روي عن الحسن و الزهري قالا: "لا تجوز شهادة النساء في حد ولا طلاق، ولا نكاح، وإن كان معهن رجل".<sup>8</sup> وذهب الحنفية إلى أن النسب يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين<sup>9</sup>، لما روي عن عطاء، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه (أنه أجاز شهادة النساء مع الرجل في النكاح).<sup>10</sup> يترجح مما سبق والله أعلم قول الجمهور لأن شهادة النساء غير معتبر في الزواج لأنه خاص بالرجال، فلا تكون معتبرة في النسب لنفس السبب.

1 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 4، ص: 434.

2 الاستفاضة هي الشهادة المستندة على الخبر المشتهر، والمنتشر بين الناس، ينظر عبد الرحمان السند، الشهادة بالاستفاضة وتطبيقاتها القضائية، ص: 105.

3 ابن قدامة، المغني، ج: 10، ص: 141.

4 مالك بن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 581.

5 الماوري، الحاوي، ج: 17، ص: 8.

6 ابن قدامة، المغني، ج: 10، ص: 131.

7 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج: 40، ص: 240.

8 عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، كتاب الشهادات، باب هل تجوز شهادة النساء مع الرجال في الحدود وغيره؟، رقم الأثر: 15402، ج: 8، ص: 329.

9 الشيباني الحنفي، الأصل، ج: 8، ص: 120.

10 سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، كتاب الوصايا، باب ما جاء في شهادة النساء في النكاح، رقم الأثر: 875، القسم الأول من المجلد الثالث، ص: 256.

4/ القِيَاة: علم باحث عن كيفية الاستدلال بميثاق أعضاء الشخصين، إلى المشاركة، والاتحاد في النسب، والولادة، وسائر أحوالهما<sup>1</sup>، والقائف: هو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود<sup>2</sup>، وقد اختلف الفقهاء في ثبوت النسب بما على قولين:

- القول الأول: يثبت بما النسب عند التنازع، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الشافعية<sup>3</sup>، والحنابلة<sup>4</sup>، والظاهرية<sup>5</sup>، ورواية للمالكية، والمشهور عند المالكية أنه يثبت بما نسب أولاد الإمام دون الحرائر<sup>6</sup>، ودليلهم: - عن عائشة رضي الله عنها قالت: { إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ عَلَيَّ مَسْرُورًا، تَبْرُقُ أَسَارِيرُ وَجْهِهِ، فَقَالَ: أَلَمْ تَرِي أَنَّ مُجْزِرًا نَظَرَ أَنفًا إِلَى زَيْدِ بْنِ حَارِثَةَ وَأَسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ، فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ }<sup>7</sup>، فلو لم تكن القياة حقًا لما سر بها، لأنه لا يسر بباطل، ولزّد ذلك عليه وإن أصاب، لأنه لا يأمن من الخطأ في غيره، وفي إقراره لمُجْزِرٍ على حكمه شرع من الرسول ﷺ في جواز العمل بالقياة<sup>8</sup>.

- عن ابن عباس رضي الله عنهما: { أَنَّ هَلَالَ بْنَ أُمَيَّةَ قَدَفَ امْرَأَتَهُ عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ بِشَرِيكِ ابْنِ سَحْمَاءَ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ الْبَيِّنَةُ أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِذَا رَأَى أَحَدُنَا عَلَى امْرَأَتِهِ رَجُلًا يَنْطَلِقُ يَلْتَمِسُ الْبَيِّنَةَ فَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ يَقُولُ الْبَيِّنَةُ وَالْأَحَدُ فِي ظَهْرِكَ فَقَالَ هَلَالَ وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ إِنِّي لَصَادِقٌ فَلَيُنزِلَنَّ اللَّهُ مَا يُرِي ظَهْرِي مِنَ الْحَدِّ فَنَزَلَ جِبْرِيْلُ وَأَنْزَلَ عَلَيْهِ ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ فَقَرَأَ حَتَّى بَلَغَ ﴿ إِنَّ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ فَأَنْصَرَفَ النَّبِيُّ ﷺ فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا فَجَاءَ هَلَالَ فَشَهِدَ وَالنَّبِيُّ ﷺ يَقُولُ إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ أَنَّ أَحَدَكُمَا كَاذِبٌ فَهَلْ مِنْكُمَا تَائِبٌ ثُمَّ قَامَتْ فَشَهِدَتْ فَلَمَّا كَانَتْ عِنْدَ الْحَامِسَةِ وَقَفُوهَا وَقَالُوا إِنَّهَا مُوجِبَةٌ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ فَتَلَكَّاتٌ وَنَكَصَتْ حَتَّى ظَنَنَّا أَنَّهَا تَرْجِعُ ثُمَّ قَالَتْ لَا أَفْضَحُ قَوْمِي سَائِرَ الْيَوْمِ فَمَضَتْ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ أَبْصِرُوهَا فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلَ الْعَيْنَيْنِ سَابِعَ الْأَلْيَتَيْنِ خَدَجَ السَّاقَيْنِ فَهُوَ لِشَرِيكِ ابْنِ سَحْمَاءَ فَجَاءَتْ بِهِ كَذَلِكَ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لَوْلَا مَا مَضَى مِنْ كِتَابِ اللَّهِ لَكَانَ لِي وَهَذَا شَأْنٌ }<sup>9</sup>، ولولا أنّ الشبه مع جواز الاشتراك

1 حاجي خليفة، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، المجلد: 2، ص: 1366.

2 الجرجاني، التعريفات، ص: 172.

3 الماوردي، الحاوي، ج: 17، ص: 380.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 6، ص: 126، وما بعدها.

5 ابن حزم، المحلى، ج: 9، ص: 339، وما بعدها.

6 ابن رشد الجدي، البيان والتحصيل، ج: 14، ص: 238، القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 1082، وما بعدها.

7 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب القائف، رقم الحديث: 6770، ص: 1676-1677.

8 الماوردي، الحاوي، ج: 17، ص: 383.

9 البخاري، صحيح البخاري، كتاب التفسير، باب ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين﴾، رقم الحديث: 4747،

ص: 1186.

حُكْم، لأمسك عنه كي لا يقول باطلاً فيُتَّبَع فيه، وقد نَزَّه اللهُ تعالى رسوله ﷺ عن قول الباطل كما نَزَّهه عن فعله<sup>1</sup>.

- ثبت الحكم بالقافة من عمر بن الخطاب، وابن عباس، وعطاء، والأوزاعي<sup>2</sup>.  
- أهل القافة لهم اختصاص بهذا العلم من طريق معرفة التشبه لا يدفع أحد ذلك، فجاز أن يكون لهم مدخل فيه كما جاز أن يكون للتجار مدخل في تقويم المتلفات، ولأهل الحزر مدخل في الحرص في الزكاة وغيرها<sup>3</sup>.

- القول الثاني: لا يثبت بها النسب، وهو مذهب الحنفية<sup>4</sup>، ودليلهم:

- قال تعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ﴾ [لقمان: 33]، فقول القائف رجم بالغيب، ودعوى لما استأثر الله عز وجل بعلمه، وهو ما في الأرحام<sup>5</sup>.

- عن عائشة رضي الله عنها قالت: { كَانَ عُنْبَةُ عَهْدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدٍ: أَنَّ ابْنَ وَليدَةَ زَمَعَةَ مِنِّي، فَأَقْبَضَهُ إِلَيْكَ، فَلَمَّا كَانَ عَامَ الْفَتْحِ أَخَذَهُ سَعْدٌ، فَقَالَ: ابْنُ أَخِي عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَامَ عَبْدُ بَنُ زَمَعَةَ، فَقَالَ: أَخِي وَابْنُ وَليدَةَ أَبِي، وَوُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَتَسَاوَقَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أَخِي، قَدْ كَانَ عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَالَ عَبْدُ بَنُ زَمَعَةَ: أَخِي وَابْنُ وَليدَةَ أَبِي، وَوُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بَنُ زَمَعَةَ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ، ثُمَّ قَالَ لِسُودَةَ بِنْتِ زَمَعَةَ: اِخْتَجِي مِنْهُ، لِمَا رَأَى مِنْ شَبْهِهِ بِعُنْبَةَ، فَمَا رَأَاهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ. }<sup>6</sup>، فَنَسَبَ الْوَلَدَ مِنَ الرَّجُلِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالْفِرَاشِ<sup>7</sup>.

- عن أبي هريرة رضي الله عنه: { أَنَّ أَعْرَابِيًّا أَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ: إِنَّ امْرَأَتِي وَوَلَدَتْ غُلَامًا أَسْوَدًا، وَإِنِّي أَنْكَرْتُهُ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ؟، قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَمَا أَلْوَأَتْهَا؟، قَالَ: حُمْرٌ، قَالَ: هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقٍ؟، قَالَ: إِنَّ فِيهَا لَوْرَقًا، قَالَ: فَأَتَيْتُ تَرَى ذَلِكَ جَاءَهَا، قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، عِرْقٌ نَزَعَهَا، قَالَ: وَلَعَلَّ هَذَا عِرْقٌ نَزَعَهُ، وَمَنْ يُرَخِّصْ لَهُ فِي الْإِنْتِفَاءِ مِنْهُ. }<sup>8</sup>، فَبَيَّنَ النَّبِيُّ ﷺ أَنَّهُ لَا عِبْرَةَ لِلشَّبْهِ<sup>9</sup>.

1 الماوردى، الحاوي، ج: 17، ص: 383.

2 الشوكاني، نيل الأوطار، ج: 6، ص: 335.

3 القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، رقم المسألة: 1999، المجلد: 2، ص: 987.

4 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 8، ص: 469.

5 السرخسي، المبسوط، ج: 17، ص: 70.

6 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، حرّة كانت أو أمة، رقم الحديث: 6749، ص: 1672.

7 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 8، ص: 464.

8 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب من شبه أصلاً معلوماً بأصل مبيّن، وقد بيّن الله حكمهما ليفهم السائل، رقم

الحديث: 7314، ص: 1807.

9 السرخسي، المبسوط، ج: 17، ص: 70.

- أنّ الله تعالى شرع حُكم اللّعان بيّن الرّوجين عند نفي النّسب، ولم يأمر بالرجوع إلى قول القائف، فلو كان قوله حجّة لأمر بالمصير إليه عند الاشتباه<sup>1</sup>.

\* التّرجيح.

يترجّح ممّا سبق والله أعلم ما ذهب إليه الجمهور في ثبوت النّسب بالقيافة دون تفريق بين الحرائر والإماء، لكثرة الأدلّة من السنّة والآثار على اعتبارها، كما أنّ الشّرع قد راعى حفظ النّسب بإثباته ما وُجد السّبيل لذلك، وفي هذا عناية بحق مجهولي النّسب، قال ابن القيم: "وأصول الشّرع وقواعده، والقياس الصّحيح تقتضي اعتبار الشّبه في لحوق النّسب، والشّارع متشوف إلى اتّصال الأنساب وعدم انقطاعها، ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدّعوى المجرّدة مع الإمكان، وظاهر الفِراش، فلا يُستبعد أن يكون الحالي عن سبب مُقاوم له كافياً في ثبوته."<sup>2</sup>.

5/ البصمة الوراثية.

هي الصّفات الجينيّة التي تميّز بها هويّة الشّخص عن غيره أخذاً من عيّنة الحمض النّووي المعروف بـ (DNA)، الذي يحمّله الإنسان بالوراثة عن أبيه وأمه، إذ أنّ كلّ شّخص يحمل في خليته الجينيّة (46) من صبغيات الكروموسومات، يرث نصفها وهي (23) كروموسوماً عن أبيه بواسطة الحيوان المنوي، والنّصف الآخر وهي (23) كروموسوماً يرثها عن أمّه بواسطة البويضة، وكلّ واحد من هذه الكروموسومات ذات شقين، يرث الشّخص شقاً منها عن أبيه، والشّق الآخر عن أمّه، فينتج عن ذلك كروموسومات خاصّة به لا تتطابق مع كروموسومات أبيه من كلّ وجه، ولا مع كروموسومات أمّه من كلّ وجه وإتّما جاءت خليطاً منهما<sup>3</sup>.

أمّا فيما يتعلّق بالاستفادة من البصمة الوراثية في مجال إثبات النّسب ونفيه فقد جاء قرار المُجمع الفقهي الإسلامي على النّحو التّالي<sup>4</sup>:

- إنّ استعمال البصمة الوراثية في مجال النّسب لا بدّ أن يُحاط بمنتهى الحذر والحيطّة والسريّة، ولذلك لا بدّ أن تقدّم النّصوص والقواعد الشرعيّة على البصمة الوراثية.

- لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النّسب، ولا يجوز تقديمها على اللّعان.

- لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التّأكد من صحّة الأنساب الثابتة شرعاً، ويجب على الجهات المختصة منعه، وفرض العقوبات الرّاجحة؛ لأنّ في ذلك المنع حماية لأعراض النّاس وصوناً لأنسابهم.

- يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النّسب في الحالات الآتية:

1 السرخسي، المرجع السابق، ج: 17، ص: 70.

2 ابن القيم، الطّرق الحُكّمية، ص: 187.

3 عمر بن محمد السّبيل، البصمة الوراثية، ومدى مشروعيتها استخدامها في النّسب والجنابة، ص: 10-11.

4 المُجمع الفقهي الإسلامي، الدّورة 16، القرار رقم: 7، مكّة المكرمة، ما بين 05-10/01/2002م، ص: 389، وما بعدها

- حالات التّنازع على مجهول النّسب بمختلف صور التّنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التّنازع على مجهول النّسب بسبب انتفاء الأدلّة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشّبّهة ونحوه.  
- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنايب.

- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم، بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعدّد معرفة أهلهم، أو وجود جُنث لم يمكن التّعرف على هويتها، أو بقصد التّحقّق من هويات أسرى الحرب والمفقودين.  
\* طرق إثبات النّسب في القانون.

نصّت المادّة 40 ق أ ج على هذه الطّرق: "يثبت النّسب بالزّواج الصّحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشّبّهة أو بكلّ زواج تمّ فسخه بعد الدّخول طبقاً للمواد (32 و 33 و 34) من هذا القانون.  
يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطّرق العلميّة لإثبات النّسب".<sup>1</sup>، وأكّدت على ذلك قرارات المحكمة العليا من ذلك:

- " يثبت النّسب بالزّواج الصّحيح والإقرار وبالبينة وبنكاح الشّبّهة وبكلّ نكاح تمّ فسخه بعد الدّخول طبقاً للموادّ 32-33-34 من هذا القانون والقضاء بخلاف ذلك يُعدّ مخالفةً للقانون".<sup>2</sup>  
- " يمكن طبقاً للمادّة 40 من قانون الأسرة إثبات النّسب عن طريق الخبرة الطبيّة الحمض النووي (ADN)، ولا ينبغي الخلط بين إثبات النّسب في الزّواج الشرعي (المادّة 41 من نفس القانون)، وبين إلحاق النّسب في حالة العلاقة غير الشرعية"<sup>3</sup>.  
- " إذا ثبت النّسب بالزّواج الصّحيح أو بالإقرار أو بحكم قضائي، فإنّه لا يُقبل التّفي بالوسائل العلميّة".<sup>4</sup>

1 الأمر رقم 02-05 المتضمّن تعديل وإتمام قانون الأسرة السّالف الذّكر، ص: 21

2 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 222627، تاريخ: 15/06/1999م، المجلّة القضائيّة، ع: 1، 1999م، ص: 126.

3 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 355180، تاريخ: 05/03/2006م، المجلّة القضائيّة، ع: 1، 2006م، ص: 469.

4 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 0944691، تاريخ: 10/09/2015م، المجلّة القضائيّة، ع: 2، 2015م، ص: 166.

رابعاً: إثبات النسب في الطلاق.

بما أنّ المطلقة الحامل عدتها وضع حملها، فيثبت نسب الولد إذا كانت ولادته بين أقلّ مدّة الحمل وأقصى مدّة الحمل

1/ أقلّ وأقصى مدّة الحمل.

أ- أقلّ مدّة الحمل: اتفق الفقهاء على أنّ أقلّ مدّة الحمل ستة أشهر<sup>1</sup>، والدليل على ذلك:  
\* من القرآن.

- قال الله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: 14]، وقوله تعالى: ﴿وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: 13]، فجعل الله تعالى ثلاثين شهراً مدّة الحمل والفيصال جميعاً، ثم جعل سبحانه وتعالى الفيصال وهو الفطام في عامين فيبقى للحمل ستة أشهر<sup>2</sup>.  
\* من الأثر.

- عن أبي الأسود الديلي: (أنّ عمر رضي الله عنه أتى بامرأة قد ولدت لستة أشهر فهم برجمها فبلغ ذلك علياً رضي الله عنه فقال: ليس عليها رجم، فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه فأرسل إليه فسأله، فقال: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَّمَّ الرُّضْعَةُ﴾، وقال: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾، فستة أشهر حملة حولين تمام لا حدّ عليها أو قال: لا رجم عليها، قال: فحلى عنها ثم ولدت.<sup>3</sup>

- عن قائد لابن عباس رضي الله عنه قال: (كنت مع فأتى عثمان بامرأة وضعت لستة أشهر فأمر عثمان برجمها، فقال له ابن عباس: إن خاصمتكم بكتاب الله فخصمتكم قال الله عز وجل: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾، فالحمل ستة أشهر والرضاع سنتان قال: فدرأ عنها).<sup>4</sup>  
\* من الإجماع.

قال ابن المنذر: "أجمع كلّ من نحفظ عنه من علماء الأمصار من أهل المدينة والكوفة وسائر علماء الأمصار من أصحاب الحديث وأهل الرأي على أنّ المرأة إذا جاءت بولد لأقلّ من ستة أشهر من يوم عقد نكاحها أنّ الولد لا يلحق به، وإن جاءت به لستة أشهر من يوم عقد نكاحها فالولد له."<sup>5</sup>

1 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 479، العدوي، حاشية العدوي، ينظر المنوفي، كفاية الطالب الرباني، ج: 3، ص: 239، الماوري، الحاوي الكبير، ج: 8، ص: 251-252، ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 121، ابن حزم، المحلى، ج: 10، ص: 131.  
2 المرجع نفسه، ج: 4، ص: 479-480.

3 البيهقي، السنن الكبرى، كتاب العدة، باب ما جاء في أقلّ الحمل، رقم الأثر: 15549، ج: 7، ص: 727.

4 عبد الرزاق الصنعاني، المصنّف، كتاب الطلاق، باب التي تضع لستة أشهر، رقم الأثر: 13447، ج: 7، ص: 351.

5 ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد: 5، ص: 347-348.

ب- أكثر مدّة الحمل: اختلف الفقهاء في أقصى مدّة الحمل على أقوال، ويمكن تقسيم أقوالهم على قولين:

\* القول الأوّل: أطول مدّة الحمل تسعة أشهر، وهو قول الظاهرية<sup>1</sup>، واستدلوا بما يلي:

- قال تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: 14]، وقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرُّضْعَةَ﴾ [البقرة: 231]، فمن ادعى أنّ حملًا وفضالاً يكون في أكثر من ثلاثين شهرا فقد قال الباطل والمحال، وردّ كلام الله تعالى جهاراً<sup>2</sup>.

- عن سعيد بن المسيب أنّ عمر بن الخطاب قال: (أيما امرأة طُلقت، فحاضت حيضة، أو حيضتين ثمّ رفعتها حيضتها فإنّها تنتظر تسعة أشهر، فإن بان بها حمل فذلك، وإلا اعتدت بعد التسعة الأشهر ثلاثة أشهر ثمّ حَلَّت).<sup>3</sup>

- أقصى مدّة الحمل تسعة أشهر هو أقرب إلى المعتاد، لأنّ هذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتّجربة، والحكم إنّما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالتّأدّر، ولعلّ التّأدّر أن يكون مستحيلاً<sup>4</sup>.

\* القول الثاني: أنّ أطول مدّة الحمل يمكن أن تزيد على تسعة أشهر، وقد اختلفوا فيها على عدّة أقوال:

- أطول مدّة الحمل سنّة واحدة، وهو قول محمّد بن الحكم، ورجّحه ابن رشد<sup>5</sup>.

- أطول مدّة الحمل سنّتين، وهو قول الحنفيّة<sup>6</sup>، والمزني<sup>7</sup>، والثوري، ورواية لأحمد<sup>8</sup>.

- أطول مدّة الحمل ثلاث سنين، وهو قول الليث بن سعد<sup>9</sup>.

- أطول مدّة الحمل أربع سنين، وهو قول الشافعيّة<sup>10</sup>، وظاهر مذهب الحنابلة<sup>11</sup>، والرواية المشهورة عن مالك<sup>12</sup>.

- أطول مدّة الحمل خمس سنين، وهي الرواية المشهورة عن مالك<sup>13</sup>.

1 ابن حزم، المحلّي، ج: 10، ص: 131.

2 المرجع نفسه، ج: 10، ص: 131-132.

3 مالك بن أنس، الموطأ، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي) كتاب الطلاق، باب جامع عدّة الطلاق، رقم الأثر: 70، ج: 2، ص: 582.

4 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 4، ص: 217.

5 المرجع نفسه، ج: 4، ص: 217.

6 التّسفي، كنز الدقائق، ينظر ابن نجيم، البحر الرائق، ج: 4، ص: 276.

7 الروياني، بحر المذهب، ج: 11، ص: 401.

8 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 121.

9 المرجع نفسه.

10 الروياني، بحر المذهب، ج: 11، ص: 394.

11 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 121.

12 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 923.

13 ابن شاس، عقّد الجواهر الثّمينة، ج: 2، ص: 262.

- أطول مدّة الحمل ست سنين، وهو قول للمالكية<sup>1</sup>.
- أطول مدّة الحمل سبع سنين، وهو قول ربيعة، والليث، والزّهري<sup>2</sup>، ورواية عن مالك وهي شاذّة<sup>3</sup>.
- أطول مدّة الحمل حتى تيّأس وهو قول أشهب من المالكية<sup>4</sup>.
- أطول مدّة الحمل لا حدّ له، وهو قول أبو عبيد<sup>5</sup>، والشوكاني<sup>6</sup>.
- يمكن أن نُجمل أدلّة القول الثاني فيما يلي:
- أقصى مدّة الحمل سنّة هو أقرب إلى المعتاد، لأنّ هذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتّجربة، والحكم إنّما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالتّادر، ولعلّ التّادر أن يكون مستحيلاً<sup>7</sup>.
- عن عائشة رضي الله عنها قالت: (ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين ولا قدّر ما يتحوّل ظلّ عود المغزل).<sup>8</sup>
- تأقيت أكثر الحمل سنتين كما في تأقيت أكثر الرّضاع سنتين<sup>9</sup>.
- حملت مولاة لعمر بن عبد الله ثلاث سنين<sup>10</sup>.
- عن سعيد بن المسيّب أن عمر بن الخطّاب رضي الله عنه قال: (أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو؟ فإنّها تنتظر أربع سنين، ثمّ تعتدّ أربعة أشهر وعشرًا ثمّ تحلّ).<sup>11</sup>، وجه الدّلالة أنّ عمر رضي الله عنه ضرب لامرأة المفقود أربع سنين، وإنّما ذلك لأنّه أكثر الحمل<sup>12</sup>.
- عن معمر عن أيوب قال: (كتب الوليد إلى الحجاج أن سل من قبلك عن المفقود إذا جاء وقد تزوّجت امرأته؟) فسأل الحجاج أبا مليح بن أسامة، فقال أبو مليح: حدثني بنيهمة بنت عمير الشيبانية، أنّها فقدت زوجها في غزاة غزاها فلم تدر أهلك أم لا، فتربّصت أربع سنين، ثمّ تزوّجت فجاء زوجها الأوّل وقد تزوّجت، قالت: فركب زوجاي إلى عثمان فوجداه محصوراً، فسألاه وذكر له أمرهما، فقال عثمان: أعلى هذه الحال؟، قال: قد وقع ولا بدّ، قال عثمان: فخير الأوّل بيّن امرأته ويّين صداقها، قال: فلم يلبث أن قُتل عثمان، فركبا بعد حتّى أتيا علياً بالكوفة فسألاه؟ فقال: أعلى هذه الحال؟، قال: قد كان ما ترى، ولا بدّ من القول فيه، قالت:

1 ابن عبد البرّ، الكافي في فقه أهل المدينة، القسم: 2، ص: 614.

2 الروياني، بحر المذهب، ج: 11، ص: 281.

3 ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج: 2، ص: 262.

4 المرجع نفسه.

5 الروياني، بحر المذهب، ج: 11، ص: 394.

6 الشوكاني، السّبل الجزار، ص: 398-399.

7 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 4، ص: 217.

8 البيهقي، السنن الكبرى، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل، رقم الأثر: 15552، ج: 7، ص: 728.

9 الروياني، بحر المذهب، ج: 11، ص: 401.

10 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 121.

11 مالك بن أنس، الموطأ (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، كتاب الطلاق، باب عدّة التي تفقد زوجها، رقم الأثر: 52، ج: 2، ص: 575.

12 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 923، ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 122.

وأخبراه بقضاء عثمان فقال: ما أرى لهما إلّا ما قال عثمان، فاختار الأوّل الصّدّاق، قالت: فأعنت زوجي الآخر بألفين كان الصّدّاق أربعة آلاف، ورّد أمّهات أولادكّن له تزوجنّ بعده ورّد أولادهنّ معهنّ، علم أنّه قاله.<sup>1</sup> وجه الدّلالة أنّ ما روي عن عثمان وعليّ رضي الله عنهما هو مثل ما روي عن عمر، ولا يخالف عليهم فيه.<sup>2</sup>

- عن الوليد بن مسلم قال: "قلت لمالك بن أنس: إنّي حدثت عن عائشة رضي الله عنها أنّها قالت: لا تزيد المرأة على حملها على سنتين قدر ظلّ المغزل، فقال: سبحان الله من يقول هذا، هذه جارتنا امرأة محمّد بن عجلان امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة تحمل كلّ بطن أربع سنين.<sup>3</sup> وما لا نصّ فيه يرجع فيه إلى الوجود، وقد وجد الحمل لأربع سنين، وإذا تقرّر وجوده، وجب أن يُحكم به، ولا يُزاد عليه، لأنّه ما وجد<sup>4</sup>.

- روي عن أهل المدينة أنّ نساء الماجشون كنّ يلدن لأربع سنين، ولو لم يكن مدّة للحمل لوجب أن لا يلحق به الولد إذا ادّعاه وأكذبتة، وفي لحوقه به دليل على أنّه من مدّته<sup>5</sup>.

- أنّ هَرَمَ بن حَبان حملته أمّه أربع سنين، وكذلك منظور بن ريان، ومحمّد بن عبد الله بن جبير، وإبراهيم بن نجيح العقيلي، وهذا إذا وجد في الأعيان ففي العامّة أكثر فوجب الحكم به<sup>6</sup>.

- لأنّ الله تعالى ذكر الحمل مطلقاً، ولا حدّ له في اللّغة، ولا في الشّرع فرجع فيه إلى العرف والعادة، وقد وُجدت الأربع سنين عادةً في نادر من النّساء<sup>7</sup>.

- روي أنّ امرأة ابن عجلان وُلدت له في خمس سنين<sup>8</sup>.

- روي أنّ امرأة ابن عجلان وُلدت له أيضاً في سبع سنين<sup>9</sup>.

- لم يرد في حديث صحيح، ولا حسن، ولا ضعيف مرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وآله أنّ أكثر مدّة الحمل أربع سنين، وإن اتّفقت كُتّب التاريخ على حكاية ذلك، إلّا أنّ هذا الاتّفاق لا يدلّ على أنّ الحمل لا يكون أكثر من هذه المدّة، كما أنّ أكثريّة التّسعة أشهر في مدّة الحمل لا تدلّ على أنّه لا يكون في التّادر أكثر منها، فإنّ

1 عبد الزّزاق الصّنعاني، المصنّف، كتاب الطّلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، رقم الأثر: 12325، ج: 7، ص: 88-89.  
2 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 923-924.  
3 البيهقي، السّنن الكبرى، كتاب العُدّة، باب ما جاء في أكثر الحمل، رقم الأثر: 15553، ج: 7، ص: 728.  
4 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 121-122.  
5 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 924.  
6 الروياني، بحر المذهب، ج: 11، ص: 394.  
7 المرجع نفسه.  
8 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 924.  
9 أبو بكر التّميمي الصّقلّي، الجامع لمسائل المدوّنة، ج: 10، ص: 572، ابن رشد الجد، المقدمات الممهّدات، ج: 1، ص: 526.

ذلك خلاف الواقع، والحاصل أنّه ليس هناك ما يُوجب القُطع بل إذا كان ظاهرُ بطن المرأة أنّ فيه حملاً وتجد ما تجده الحامل فعليها الانتظار ما دامت كذلك وإن طالّت المدّة<sup>1</sup>.

\* التّرجيح.

يترجّح والله أعلم القول بأنّ أقصى مدّة الحمل عشرة أشهر لما يلي:

- عملاً بقوله تعالى: ﴿فَسأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: 43]، فإنّه بالرّجوع إلى أهل الاختصاص من الأطباء فلا تتجاوز مدّة الحمل التّسعة أشهر إلا ببعض الأسابيع على أكثر تقدير فقد جاء في قرار المنظّمة الإسلاميّة للعلوم الطّبيّة: "يستمرّ نماء الحمل منذ التّلقيح حتّى الميلاد معتمداً في غذائه على المشيمة، والاعتبار أنّ مدّة الحمل بوجه التّقريب مائتان وثمانون يوماً، تبدأ من أول أيام الحيضة السّوية السّابقة للحمل، فإذا تأخّر الميلاد عن ذلك ففي المشيمة بقية رصيد يخدم الجنين بكفاءة لمدّة أسبوعين آخرين، ثمّ يُعاني الجنين المجاعة من بعد ذلك، لدرجة تُرفع نسبة وفاة الجنين في الأسبوع الثّالث والأربعين، والرّابع والأربعين، ومن النّادر أن ينجو من الموت جنين بقي في الرّحم خمسة وأربعين أسبوعاً."<sup>2</sup>

- عملاً بالقاعدة الفقهيّة العبرة للغالب الشّائع لا للنادر، فالأحكام تُبنى على الغالب الشّائع الكثير لا النّادر القليل، والغالب هو التّسعة أشهر وأسابيع، وعملاً بقاعدة الاحتياط فإنّه يُضاف للتّسعة أشهر أسابيع حفظاً للأعراض، اعتباراً بما قرّره أهل الاختصاص من الأطباء.

ج- أقلّ وأقصى مدّة الحمل في القانون.

نصّت على مدّة الحمل المادّة 42 ق أ ج: "أقلّ مدّة الحمل ستّة أشهر، وأقصاها عشر (10) أشهر."<sup>3</sup>، وأكّدها قرار المحكمة العليا: "من المقرّر قانوناً أنّ أقلّ مدّة الحمل هي ستّة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومتى تبيّن -من قضيّة الحال- أنّ مدّة الحمل المحدّدة قانوناً وشرعاً غير متوفرة... فإنّ قضاة الموضوع لما قَضَوْا برفض دعوى إثبات التّسبب، لأنّ التّسبب لا يثبت بالعلاقة غير الشّرعية طَبَّقُوا صَحِيح القانون"<sup>4</sup>، فيكون القانون الجزائري قد أخذ بالإجماع في أقلّ مدّة الحمل، وما تمّ ترجيحه وقرّره أهل الاختصاص في أقصى مدّة الحمل، لكن ما يُعاب على القانون الجزائري أنّه لم يُحدّد التّقويم المعتمد في الحساب هل هو الهجري أم الميلادي؟، فترك الأمر غامضاً بيّن المادّة 3 ق م ج التي تعتبر التّقويم الميلادي في الحساب ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك، ويبيّن المادّة 222 ق أ ج التي تُحيل إلى الشّريعة في كلّ ما لم يرد في هذا القانون، وبالتالي اعتماد التّقويم الهجري، لأنّ التّسبب

1 الشّوكاني، السّبل الجرار، ص: 398-399.

2 المنظّمة الإسلاميّة للعلوم الطّبيّة، الموضوع أقصى مدّة الحمل، النّدوة الثّالثة سَنَة 1987 م، <https://islamqa.info/ar/answers/140103>، تاريخ الاطّلاع: 2023/09/28 م.

3 القانون رقم: 84-11، المتضمّن قانون الأسرة الجزائري، السّالف الذّكر، ص: 912.

4 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 210478، تاريخ: 1998/11/17 م، المجلّة القضائيّة، ع: خاص، 2001 م، ص: 85.

حقّ لله كما جاء في قرار المحكمة العليا: "كما أنّ إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنّه من حقوق الله فيثبت حتّى مع الشكّ وفي الأنكحة الفاسدة طبقاً لقاعدة إحياء الولد".<sup>1</sup>

2/ كيفة حساب مدّة الحمل.

أ- كيفة الحساب بأقلّ مدّة الحمل.

حتّى يثبت نسب الولد فلا بدّ أن لا يولد لأقلّ مدّة الحمل من تاريخ الزواج، فإذا وُلد لأقلّ هذه المدّة فلا يثبت، وقد اختلف الفقهاء في الزمن الذي يبدأ فيه الحساب على أقوال:

\* القول الأوّل: ذهب الأحناف إلى أنّ وقت الحساب يبدأ من زمن عقد النكاح<sup>2</sup>، والدليل:

- عن عائشة رضي الله عنها قالت: { كَانَ عْتَبَةُ عَهْدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدٍ: أَنَّ ابْنَ وَليدَةَ زَمْعَةَ مِنِّي، فَأَقْبَضَهُ إِلَيْكَ، فَلَمَّا كَانَ عَامَ الْفَتْحِ أَخَذَهُ سَعْدٌ، فَقَالَ: ابْنُ أَخِي عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَامَ عَبْدُ بِنِ زَمْعَةَ، فَقَالَ: أَخِي وَابْنُ وَليدَةَ أَبِي، وَوُلِدَ عَلِيٌّ فِرَاشِهِ، فَتَسَاوَقَا إِلَى النَّبِيِّ صلى الله عليه وآله، فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أَخِي، قَدْ كَانَ عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَالَ عَبْدُ بِنِ زَمْعَةَ: أَخِي وَابْنُ وَليدَةَ أَبِي، وَوُلِدَ عَلِيٌّ فِرَاشِهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وآله: هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بِنِ زَمْعَةَ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجْرُ، ثُمَّ قَالَ لِسُودَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ: اِخْتَجِي مِنْهُ، لِمَا رَأَى مِنْ شَبْهِهِ بَعْتَبَةَ، فَمَا رَأَاهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ. }<sup>3</sup>، فالتسبب يثبت بمجرد الفراش الثابت بالنكاح، ولا يشترط معه التمكن من الوطء، لأنّ التمكن من الوطء حقيقة لا يمكن الوقوف عليه لاختلاف طبائع الناس فيه، وفي الأوقات، فيجب تعليق الحكم بالنسب الظاهر، وهو النكاح الذي لا يُعقد شرعاً إلا لهذا المقصود، ومتى قام النسب الظاهر مقام المعنى الخفي سقط اعتبار المعنى الخفي ودار الحكم مع التسبب الظاهر وجوداً وعدمًا<sup>4</sup>.

- تعليق الحكم على النسب الظاهر إذا قام مقام المعنى الخفي أصلٌ كبير مُعتبر في كثير من المسائل كما أُقيم السفر مقام حقيقة المشقة في إثبات الرخصة بسبب السفر، وأقيم تجدد الملك في الأمة مقام اشتغال رجمها بماء الغير في تجدد وجوب الاستبراء<sup>5</sup>.

- التمكن من الوطء إنّما كان معتبراً لمعنى الماء، وقد سقط اعتبار حقيقة الماء لإثبات النسب فيسقط ما كان معتبراً لأجله أيضاً وهو الوطء<sup>6</sup>.

1 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 202430، تاريخ: 1998/12/15م، ع: خاص، 2001م، ص: 77.

2 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 3، ص: 607، السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 45.

3 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، حُرّة كانت أو أمة، رقم الحديث: 6749، ص: 1672.

4 السرخسي، المبسوط، ج: 17، ص: 156، الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 3، ص: 607.

5 المرجع نفسه.

6 المرجع نفسه، ج: 17، ص: 156-157.

- استحساناً يُنتال لإثبات النسب، وقد أمكن ذلك بأن يُجعل كأنه تزوّجها، وهو مخالط لها فوافق الإنزال النكاح ثم وُجد الطلاق بعد ذلك لأنه حكمه، وحكم الشيء يعقبه أو يُقارنه فيكون العُلوق مقارناً للإنزال فيثبت به النسب، فصار كتزوّج المغربي المشرقية، وبينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوّجها للإمكان العقلي، وهو أن يصل إليها بخطوة كرامة من الله تعالى<sup>1</sup>.

\* القول الثاني: ذهب ابن تيمية إلى أنّ مدّة الحمل تبدأ من ثبوت الدخول<sup>2</sup>، والدليل:

- لا تصير الزوجة فراشاً إلا بالدخول<sup>3</sup>، فالدخول اليقيني هو الذي يتحقّق به معنى الفراش، لا بمجرد الاحتمال، لقوله ﷺ: {الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ}.<sup>4</sup>

\* القول الثالث: ذهب المالكية<sup>5</sup>، والشافعية<sup>6</sup>، والحنابلة<sup>7</sup> إلى أنّ مدّة الحمل تبدأ من إمكان الدخول، والدليل: - لا سبيل إلى معرفة حقيقة الوطء، فعلق الحكم على إمكان الوطء في النكاح<sup>8</sup>.

\* الترجيح.

يترجح والله أعلم ما ذهب إليه الجمهور من أنّ بدأ حساب مدّة الحمل يكون من إمكانيّة التلاقي بين الزوجين، فلا يمكن اعتبار مجرد العقد مع استحالة التلاقي، وإلا تجرّأ الناس في دعوى إثبات النسب فألحقوا أولاداً بغير آبائهم، ولا يمكن في المقابل الوقوف على حقيقة الدخول وإثباته، فيسهل على أقوام نفي أنساب آبائهم، فكان الموقف الوسط هو إمكانيّة التلاقي، الذي يمكن إثباته من جهة، واحتياطاً للنسب من جهة أخرى.

\* الموقف القانوني.

نصّت المادة 41 ق أ ج: " يُنسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينهه بالطرق المشروعة."<sup>9</sup>، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ برأي الجمهور بما فيهم المالكية، وأكد على هذا قرار المحكمة العليا من ذلك:

- " يثبت النسب بالزواج الصحيح وينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال."<sup>10</sup>

1 الزيلعي، تبين الحقائق، ج: 3، ص: 38-39.

2 ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، المجلد: 5، ص: 508.

3 المرجع نفسه.

4 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، حرّة كانت أو أمة، رقم الحديث: 6749، ص: 1672.

5 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 219.

6 الشربيني، مغني المحتاج، ج: 3، ص: 443.

7 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 79-80.

8 المرجع نفسه، ج: 8، ص: 80.

9 القانون رقم: 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر، ص: 912.

10 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 204821، تاريخ: 1998/10/20م، المجلة القضائية، ع: خاص،

2001م، ص: 82.

"- من المقرّر شرعاً أنّ الولد للفراش الصّحيح، وأنّ أقلّ مدّة الحمل هي سِتّة أشهر، ومن ثمّ فإنّ الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوماً لا يثبت نسبه لصاحب الفراش...، وأنّ الاتّصال الجنسي المزعوم قبل العقد يُعدّ زناً وأنّ ولد الزّنا لا يُنسب لأبيه."<sup>1</sup>.

#### ب- كَيْفِيَّةُ الحِسَابِ بِأقصى مدّة الحمل.

يثبت النّسب من المطلّقة إذا كانت ولادته لم تتجاوز أكثر مدّة الحمل من تاريخ الطّلاق، ولم يتمّ نفيه، وأمّكن الاتّصال بين الرّوجين، وعلى ما تمّ ترجيحه، فلا تكون الولادة لأكثر من عشرة أشهر من تاريخ الطّلاق، حيث جاء في قرارات المحكمة العليا: "يثبت الولد لأبيه متى كان الرّواج شرعياً، ومن المقرّر أيضاً أنّه ينسب الولد لأبيه إذا وُضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وأنّ عدّة الحامل وُضع حملها وأقصى مدّة 10 أشهر من تاريخ الطّلاق أو الوفاة."<sup>2</sup>، "الولد يُنسب لأبيه متى كان الرّواج شرعياً وأمّكن الاتّصال، ولم يتّفه بالطّرق المشروعة."<sup>3</sup>

وطلاق الرّوج له صورتين:

- الطّلاق أمام المحكمة: فإذا طلق الرّوج داخل المحكمة فينبغي أن يكون تاريخ صدور الحُكم من تاريخ طلاق الزوج لا أن يتأخر عنه، لأنّ ذلك سيترتب عنه زيادة في مدّة ثبوت النّسب، واحتمال أن يلحق بالمطلق ولد غير ولده: "ينسب الولد لأبيه إذا وُلد خلال المدّة المحدّدة قانوناً، المحسوبة من تاريخ صدور الحُكم النّاطق بالطّلاق."<sup>4</sup>.

- الطّلاق العرفي: طلاق الرّوج خارج المحكمة ينبغي أن يكون الحُكم المثبت له من تاريخ الطّلاق حتى لا تزيد مدّة إثبات الحمل، فيلحق بالمطلق نسب ليس له، حيث نصّت المادّة 43 ق أ ج: "يُنسب الولد لأبيه إذا وُضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة."<sup>5</sup>، وقد فسّرت المادّة 60 ق أ ج المراد بالانفصال حيث جاء نصّها: "عدّة الحامل وُضع حملها، وأقصى مدّة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطّلاق أو الوفاة."

1 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 35087، تاريخ: 1984/12/17م، المجلّة القضائيّة، ع: 1، 1990م، ص: 86.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 222674، تاريخ: 1999/06/15م، المجلّة القضائيّة، ع: 1، 1999م، ص: 126.

3 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 172379، تاريخ: 1997/10/28م، المجلّة القضائيّة، ع: خاص، 2001م، ص: 70.

4 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 330464، تاريخ: 2005/03/23م، المجلّة القضائيّة، ع: 1، 2005م، ص: 293.

5 القانون رقم: 84-11، المتضمّن قانون الأسرة الجزائري، السّالف اللّكّر، ص: 912.

### المبحث الثّاني: الآثار الماليّة لتعليق الطّلاق على حكم القاضي.

المال من المقاصد الضروريّة التي جاءت الشّريعة لحفظه، ولما ترتّب على تعليق الطّلاق على

حكم القاضي آثارٌ ماليّة، كانت العناية بها أمراً لا بدّ منه، وهذا مضمون مَطْلَبِي هذا المبحث على

النّحو التّالي:

المطلب الأوّل: النّفقة، وأجرة الرّضاع والحضانة.

المطلب الثّاني: المتعة والتّعويض.

### المطلب الأوّل: النّفقة، وأجرة الرّضاع والحضانة.

من أهمّ الآثار الماليّة لتعليق الطّلاق على حكم القاضي حقّ النّفقة، وأجرة الرّضاع والحضانة، لذا فإنّ الوُفوف على رأي الشّريعة والقانون فيها أمر مهمّ، وذلك من خلال الفرعين التّاليين.

#### الفرع الأوّل: نفقة المطلّقة خلال فترة العِدّة.

##### أولاً: تعريف النّفقة.

1/ لغةً: النّفقة من نَفَقَ، التّون والفاء والقاف أصلان صحيحان، يدلّان على معنيّين:

الأوّل: انقطاع شيءٍ وذهابه، ومنه نَفَقَتِ الدّابة نُفُوقاً: ماتت، وَانْفَقَ الرَّجُلُ: افتقر، وذُهِبَ ما عنده<sup>1</sup>، قال تعالى: ﴿إِذَا لَأْمَسَكُمُ خَشِيَّةُ الْإِنْفَاقِ﴾ [الإسراء: 100]، واليَمِينُ الكاذبة مُنْفَقَةٌ للسِّلعة مُمَحَقَةٌ للبركة، وَنَفَقَ البِيعُ نَفَاقاً: راج، وَنَفَقَتِ السِّلعةُ تَنَفَّقَ نَفَاقاً: غَلَتِ وَرُغِبَ فيها<sup>2</sup>.

الثّاني: إخفاء شيءٍ وإغماضه، ومنه النّفق: سَرَبَ في الأرض له مَخْلَصٌ إلى مكان<sup>3</sup>، وفي المثل: ضَلَّ دُرَيْصٌ نَفَقَهُ أَي جُحِرَهُ، قال تعالى: ﴿فَإِنْ اسْتَطَعْتَ أَنْ تَبْتَغِيَ نَفَقًا فِي الْأَرْضِ أَوْ سُلْمًا فِي السَّمَاءِ﴾ [الأنعام: 36]، والنّفقة والنّافقاء: جُحِرَ الضَّبُّ واليَرْبُوعُ، وقيل: النّفقة والنّافقاء مَوْضِعٌ يُرْفِقُهُ اليَرْبُوعُ مِنْ جُحْرِهِ، فإذا أُتِيَ مِنْ قِبَلِ القاصِعاءِ ضَرَبَ النّافِقاءَ برأسه فخرج، وَنَفِقَ اليَرْبُوعُ وَنَفَّقَ وَانْتَفَقَ وَنَفَّقَ: خَرَجَ مِنْهُ<sup>4</sup>، ومنه اشتقاق النّفق، لأنّ صاحبه يَكْتُمُ خلاف ما يُظْهَرُ، فكأنّ الإيمان يَخْرُجُ مِنْهُ، أو يَخْرُجُ هو مِنَ الإيمانِ في خفاء<sup>5</sup>. وقد يكون الأصل في الباب واحد، وهو الخُروجُ، ومنه النّفق: المسلّك النّافذ الذي يُمكن الخُروجَ مِنْهُ<sup>6</sup>.

##### 2/ اصطلاحاً:

- ما به قوام مُعتاد حال الآدمي دون سرف<sup>7</sup>.

- ما يصرفه الزّوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن وكلّ ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين النّاس وحسب وسع الزّوج<sup>8</sup>.

1 ابن فارس، معجم مقاييس اللّغة، كتاب النون، باب التّون والفاء وما يثلثهما (نفق)، ج: 5، ص: 454.

2 ابن منظور، لسان العرب، حرف القاف، فصل التّون (نفق)، المجلد: 10، ص: 357.

3 ابن فارس، معجم مقاييس اللّغة، كتاب التّون، باب التّون والفاء وما يثلثهما (نفق)، ج: 5، ص: 454-455.

4 ابن منظور، لسان العرب، حرف القاف، فصل التّون (نفق)، المجلد: 10، ص: 358.

5 ابن فارس، معجم مقاييس اللّغة، كتاب التّون، باب التّون والفاء وما يثلثهما (نفق)، ج: 5، ص: 455.

6 المرجع نفسه.

7 ابن عرفة، المختصر الفقهي ج: 5، ص: 5.

8 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج: 1، ص: 169.

يدلّ التعريف الاصطلاحي على أنّ ما به حياة الإنسان، على الوجه المتعارف به عند النّاس باعتدال دون مبالغة يدخل في النّفقة، وقد أشارت إلى هذا المعنى المادّة 78 ق أ ج: "تشمّل النّفقة: الغداء والكسوة والعلاج، والسّكن أو أجرته، وما يُعتبر من الضروريات في العُرف والعادة."<sup>1</sup>

### 3/ العلاقة بين التعريف اللّغوي والاصطلاحي.

يظهر أنّ التعريف اللّغوي أعمّ من التعريف الاصطلاحي، إذ أنّ التعريف الاصطلاحي يدخل تحت المعنى الأوّل للتعريف اللّغوي، وهو انقطاع الشّيء وذهابه، فما يُخرجه المُنفق من مال لمستحقّه ينقطع عنه ويذهب. ثانياً: حُكم النّفقة للمطلّقة.

يختلف حُكم النّفقة للمطلّقة على حسب حال المطلّقة

### 1/ نفقة المطلّقة الرجعية وسكناها في العِدّة.

تجب نفقة المطلّقة طلاقاً رجعيّاً أثناء عِدّتها سواء كانت حاملاً أو حائلاً، والدليل مايلي:

- قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ [الطلاق: 1]، لا تُخرج المطلّقة من بيتها، ما دام لزوجها عليها رجعة، وكانت في عِدّة<sup>2</sup>.

- قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولِي حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، السياق كلّه في الرجعيّات، وإمّا نصّ على وجوب الإنفاق على الحامل، وإن كانت رجعية، لأنّ الحمل تطول مدّته غالباً فاحتجيج إلى النّصّ على وجوب الإنفاق إلى الوضع، لئلا يُتوهم أنّه إمّا تجب النّفقة بمقدار مدّة العِدّة<sup>3</sup>.

- لأنّ الرجعية خصائص النّكاح ثابتة لها ما خلا الوطاء، فالنّفقة واجبة لها بالزّوجية، والسكني تابع للنّفقة<sup>4</sup>.

- نقل الإجماع في ذلك الجصاص<sup>5</sup>، وابن عبد البرّ<sup>6</sup>، والشافعي<sup>7</sup>، وابن قدامة<sup>8</sup>، وابن حزم<sup>9</sup>.

1 القانون رقم: 84-11، المتضمّن قانون الأسرة الجزائري، السّالف الذّكر، ص: 914.

2 الطّبري، تفسير الطّبري، سورة الطّلاق، ج: 23، ص: 32.

3 ابن كثير، تفسير ابن كثير، سورة الطّلاق، ج: 4، ص: 1910.

4 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 933.

5 الجصاص، أحكام القرآن، ج: 5، ص: 349.

6 ابن عبد البرّ، الاستنكار، ج: 6، ص: 165.

7 الشافعي، الأمّ، ج: 5، ص: 237.

8 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 233.

9 ابن حزم، مراتب الإجماع، ص: 89.

2/ نفقة المطلقة البائن وسكناها في العدة.

أ- نفقة وسكنى البائن الحامل.

اختلف الفقهاء في نفقة وسكنى البائن الحامل على قولين:

\* القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>1</sup>، والمالكية<sup>2</sup>، والشافعية<sup>3</sup>، والحنابلة<sup>4</sup> إلى أنه تجب لها النفقة والسكنى في عدتها، والدليل:

- قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولِي حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، وأوجب الله تعالى السكنى للمطلقة على الإطلاق، وقيد النفقة بالحمل، ولم يُرد به الرجعية لأنها في معاني الأزواج فدل أنه أراد به البائنة<sup>5</sup>.

- قوله ﷺ لفاطمة بنت قيس: { لَا نَفَقَةَ لَكَ إِلَّا أَنْ تَكُونِي حَامِلًا }<sup>6</sup>، في الحديث دليل على وجوب النفقة للمطلقة بائناً إذا كانت حاملاً<sup>7</sup>.

- لأن الحمل ولده، ولا يمكنه الإنفاق عليه إلا بالإنفاق عليها، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب<sup>8</sup>.

- من الإجماع نقل الإجماع الكاساني<sup>9</sup>، والقرطبي<sup>10</sup>، والزركشي<sup>11</sup>.

\* القول الثاني: ذهب ابن حزم إلى أنه لا نفقة لها ولا سكنى<sup>12</sup>، والدليل:

قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولِي حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، أراد الله هنا الرجعيات فقط وليست عامة في كل مطلقة، لارتباط هذه الآية بالآيات السابقة التي نصت على أن للزوجات النفقة والكسوة<sup>13</sup>.

1 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 464.

2 مالك بن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 243.

3 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 237، مصطفى الخرن، وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، المجلد: 2، ص: 156.

4 الزركشي، شرح الزركشي، المجلد: 6، ص: 21.

5 الروياني، بحر المذهب، ج: 11، ص: 482-483.

6 أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في نفقة المتوتة، رقم الحديث: 2290، ج: 2، ص: 287.

7 الشوكاني، نيل الأوطار، ج: 6، ص: 360.

8 الزركشي، شرح الزركشي، المجلد: 6، ص: 21.

9 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 4، ص: 464.

10 القرطبي، تفسير القرطبي، سورة الطلاق، ج: 18، ص: 168.

11 الزركشي، شرح الزركشي، المجلد: 6، ص: 21.

12 ابن حزم، المحلى، ج: 10، ص: 89، وما بعدها.

13 المرجع نفسه، ج: 10، ص: 90، وما بعدها.

\* التَّرجيح.

يظهر من الأدلة السابقة والله أعلم رُجحان مَنْ قال بأنَّ للبائن الحامل النَّفقة، لدلالة حديث فاطمة بنت قيس على ذلك صراحة، والآية جعلت النَّفقة لكلِّ مطلقه حامل، ولا دليل واضح على التَّخصيص.

ب- نفقة وسكنى البائن الحائل.

اختلف الفقهاء في النَّفقة والسُّكنى لها على أقوال:

\* القول الأوَّل: ذهب الحنفيَّة إلى أنَّه لها السُّكنى والنَّفقة<sup>1</sup>، والدليل:

- قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 1]، يتضمَّن ذلك الطَّلاق الثلاث وما دونها، ثمَّ جاء نسق الخطاب: ﴿وَإِنْ كُنْ أَوْلَتْ حَمْلًا فَانْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، ومعلوم أنَّ لفظ الحمل راجع إلى البيونة وغيرها، ولما لم يكن الحمل شرطاً في استحقات الرَّجعية النَّفقة، وإنما استحقتها لأجل كونها معتدَّة من طلاق، كان كذلك البائن<sup>2</sup>.

- قال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: 6]، الأمر بالإسكان أمر بالإنفاق، لأنها لا تمكَّن من الخروج للكسب لكونها عاجزة بأصل الحلقة لضعف بُنيتهن<sup>3</sup>، كما أنَّ هذه الآية دالة على جوب نفقة للمبتوتة من ثلاثة أوجه<sup>4</sup>:

الأوَّل: أنَّ السُّكنى لما كانت حقاً في مال وقد أوجبها الله تعالى بنصِّ الكتاب، والآية قد تناولت المبتوتة والرَّجعية، اقتضى ذلك وجوب النَّفقة قياساً على السُّكنى لأنها حق في مال.

الثَّاني: أنَّ المضارَّة تقع في النَّفقة كما تقع في السُّكنى.

الثَّالث: أنَّ التَّضييق كما يكون في السُّكنى يكون في النَّفقة أيضاً، فعليه النَّفقة عليها، ولا يُضَيِّق عليها فيها.

- في قراءة ابن مسعود رضي الله عنه: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ وَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾، فذلك دليل على أنَّ النَّفقة مُستحقة لها بسبب العِدَّة، وأنَّ قوله: ﴿وَإِنْ كُنْ أَوْلَتْ حَمْلًا﴾ لإزالة إشكال مدَّة الحمل إذا طالت، فَتستوجب النَّفقة خلال هذه المدَّة بقوله تعالى: ﴿حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾<sup>5</sup>.

- عن أبي إسحاق، قال: (كنت مع الأسود بن يزيد جالساً في المسجد الأعظم، ومعنا الشَّعبي، فحدَّث الشَّعبي بحديث فاطمة بنت قيس، أنَّ رسول الله صلى الله عليه وآله، لم يجعل لها سُكنى ولا نفقة، ثمَّ أخذ الأسود كفاً من خصي، فخصبه به، فقال: وَيَلِّكُمُ تُحَدِّثُ بِمِثْلِ هَذَا، قال عمر: لا تترك كتاب الله وسُنَّة نبيِّنا صلى الله عليه وآله لقول امرأة، لا

1 أبو جعفر الطحاوي، مختصر الطحاوي، ينظر الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، المجلد: 5، ص: 289.

2 المرجع نفسه، المجلد: 5، ص: 291.

3 الكاساني، بدائع الصَّنائع، ج: 3، ص: 607.

4 جمال الدِّين المنبجي، اللُّباب في الجمع بين السُّنة والكتاب، ج: 2، ص: 699.

5 السرخسي، المبسوط، ج: 5، ص: 202.

ندري لعلها حفظت، أو نسيت، لها السكنى والتفقة، قال الله ﷻ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مَبِينَةٍ﴾ [الطلاق: 1]<sup>1</sup>، فأخبر عمر رضي الله عنه أن وجوب التفقة والسكنى مأخوذ من الكتاب والسنة، فلما لم يوجد في الكتاب ذكر التفقة منصوصاً للمبتوتة، ووجد ذكر السكنى، علم أن ما ذكره من السنة إنما هي في التفقة، أو على أن عمومها يقتضي أن يكون في الأمرين جميعاً الكتاب والسنة، ولم يفرق عمر بين السكنى والتفقة فيما أنكر عليها<sup>2</sup>.

- المعنى الذي به تستحق المرأة التفقة في حال الزوجية، هو تسليم نفسها في بيت الزوج، والدليل على ذلك أن الناشزة لا نفقة لها لعدم التسليم، فلما كان التسليم الذي به استحقت التفقة في حال النكاح موجوداً في حال العدة وجب أن تستحق التفقة<sup>3</sup>.

- أن السبب في استحقاق المطلقة التفقة هو العدة، والحامل والحائل في هذا السبب سواء<sup>4</sup>.

\* القول الثاني: ذهب المالكية<sup>5</sup>، والشافعية<sup>6</sup>، إلى أن لها السكنى ولا نفقة لها، والحناابلة ذهبوا إلى أنه لا نفقة لها رواية واحدة ولها السكنى في رواية<sup>7</sup>، والدليل:

- قال تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق: 1] وقال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: 6]، فذكر الله تعالى المطلقات جملة، ولم يخص منهن مطلقة دون مطلقة فجعل على أزواجهن أن يسكنوهن من وُجدهن، وحرّم عليهم أن يخرجوهن<sup>8</sup>، كما أن الآية دلّت على أن السكنى حق لله تعالى فلم تسقط بالطلاق<sup>9</sup>.

- عن الثريعة بنت مالك، وهي أخت أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال لها - حين أخبرته أن زوجها قُتل - { اْمْكُثِي فِي بَيْتِكَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ }<sup>10</sup>، فلما أوجب السكنى لها في عدة الوفاة فأولى أن تجب لها في عدة الطلاق<sup>11</sup>.

1 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها، رقم الأثر: 46- (1480)، ج: 2، ص: 1118-1119.

2 الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، المجلد: 5، ص: 290، و295.

3 المرجع نفسه، المجلد: 5، ص: 292.

4 السرخسي، المبسوط، ج: 5، ص: 203.

5 مالك بن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 243.

6 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 237.

7 ابن الفراء، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، ج: 2، ص: 219.

8 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 235.

9 ابن الفراء، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، ج: 2، ص: 220.

10 أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في المتوفى عنها تنتقل، رقم الحديث: 2300، ج: 2، ص: 291.

11 الماوردي، الحاوي، ج: 11، ص: 247.

- البائن لها السُّكنى كالرَّجعية لأتَّما معتدَّة من طلاق<sup>1</sup>.
- البائن لها السُّكنى لأجل حرمة النَّسب ووجوب حفظه، وذلك لا يزول بزوال الرُّوجية، ويفارق النَّفقة لأتَّما عوض من الاستمتاع وقد زال<sup>2</sup>.
- قال تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولِي حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، دلَّت الآية على أنَّ المطلَّقة البائن إذا كانت حائلاً فلا نفقة لها<sup>3</sup>، لأنَّه أمر بالنَّفقة على ذوات الأحمال منهنَّ، فدلَّ ذلك على أنَّه لا نفقة على غير ذوات الأحمال منهنَّ، ولما كانت المطلَّقة التي يملك زوجها رجعتها في معاني الأزواج عليه نفقتها وسكناها، ولم يُعلم في ذلك مخالف من أهل العِلْم كان المراد بالآية غيرها من المطلَّقات، وهي المطلَّقة التي لا يملك الرُّوج رجعتها<sup>4</sup>.
- عن فاطمة بنت قيس: { أَنَّ أَبَا عَمْرٍو بْنَ حَفْصٍ طَلَّقَهَا الْبَتَّةَ، وَهُوَ غَائِبٌ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَكَيْلَهُ بِشَعِيرٍ، فَسَخِطَتْهُ، فَقَالَ: وَاللَّهِ مَا لَكَ عَلَيْنَا مِنْ شَيْءٍ، فَجَاءَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ، فَقَالَ: لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ. }<sup>5</sup>، دلَّ الحديث على سقوط نفقة التي لا يملك الرُّوج رجعتها<sup>6</sup>.
- البائن كالمتوفى عنها لا نفقة لها، لأنَّ النَّفقة في مُقابلة التَّمكُن من الاستمتاع، وقد زال ذلك بالبينونة<sup>7</sup>.
- \* القول الثالث: ذهب الحنابلة في الرواية الصَّحيحة<sup>8</sup> المشهورة<sup>9</sup>، والظَّاهريَّة<sup>10</sup>، واختيار ابن عبد البر<sup>11</sup> إلى أنَّه لا سُكنى لها ولا نفقة، والدليل:
- قال تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولِي حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، في هذا دليل بَيِّن على أنَّ البائن إن لم تكن ذات حمل فلا نفقة لها<sup>12</sup>.

1 القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، رقم المسألة: 1496، المجلد: 2، ص: 796، الماوردي، الحاوي، ج: 11، ص: 247.

2 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 933.

3 القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، رقم المسألة: 1495، المجلد: 2، ص: 795-796.

4 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 237.

5 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الطَّلَاق، باب المطلَّقة ثلاثاً لا نفقة لها، رقم الحديث: 36-1480، ج: 2، ص: 1114.

6 الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 238.

7 القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، رقم المسألة: 1495، المجلد: 2، ص: 796.

8 ابن الفراء، المسائل الفقهيَّة من كتاب الرِّوايتين والوجهين، ج: 2، ص: 219.

9 الزُّركشي، شرح الزُّركشي على مختصر الخرقى، المجلد: 6، ص: 21.

10 ابن حزم، المحلَّى، ج: 10، ص: 73-74.

11 ابن عبد البر، التَّمهيد، ج: 12، ص: 98، وما بعدها.

12 المرجع نفسه، ج: 12، ص: 96.

- عن فاطمة بنت قيس قالت: { طَلَّقَنِي زَوْجِي عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لَا سُكْنَى لَكَ وَلَا نَفَقَةٌ. }<sup>1</sup>، وفي رواية قالت: { قال رسول الله ﷺ: الْمُطَلَّقةُ ثَلَاثًا لَا سُكْنَى لَهَا وَلَا نَفَقَةٌ، إِنَّمَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ لِمَنْ يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ. }<sup>2</sup>، في الحديث دليل على أنّ المطلقة ثلاثاً ليس لها نفقة، ولا سُكْنَى<sup>3</sup>.  
- السُّكْنَى حقٌّ يجب على الزوج يسقط بالبينونة كالنفقة، لأنّها لما لم تستحق النفقة لم تستحق السُّكْنَى، ودليله الحائل المتوفى عنها<sup>4</sup>.  
\* الترجيح.

سبب اختلافهم هو اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس، ومعارضة ظاهر الكتاب لذلك، والأولى في هذه المسألة إمّا القول بأنّ لها الأمرين جميعاً مصيراً إلى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة، وإمّا القول بتخصيص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور، فلا يكون لها الأمرين جميعاً، وأمّا التفريق بين إيجاب النفقة والسُّكْنَى فعسير لضعف دليله<sup>5</sup>، وعليه فيترجح والله أعلم قول من قال بأنّه لا نفقة لها ولا سُكْنَى لما يلي:  
- أنّ حديث فاطمة بنت قيس الصحيح جاء صريحاً في أنّه لا نفقة لها ولا سُكْنَى.  
- لا يوجد نصّ صريح يفرّق بين النفقة والسُّكْنَى للبائن الحائل.  
- بالبينونة انقطعت الزوجية بينهما.  
- أمّا قول عمر رضي الله عنه فقد جاء خلاف نصّ السنة الثابتة<sup>6</sup>.

#### \* الموقف القانوني.

نصّت على حقّ المطلقة في النفقة والسُّكْنَى المادة 61 ق أ ج: " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدّة طلاقها أو وفاة زوجها إلاّ في حالة الفاحشة المبيّنة ولها الحقّ في النفقة في عدّة الطلاق."<sup>7</sup>، واجتهادات المحكمة العليا منها: " نفقة المطلقة ومنها السكن أثناء العدّة على عاتق الزوج"<sup>8</sup>، لم يفرّق المقنن الجزائري بين مطلقة وأخرى في استحقاقها النفقة والسُّكْنَى، وعلى هذا فيكون موقفه بالنسبة للتشريعة الإسلامية على النحو التالي:  
- صورة الطلاق الرجعي لا وجود لها إلاّ في الطلاق العربي فإن اعترف به فيكون قد وافق الإجماع.

1 علاء الدّين بن بلبان، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، كتاب الرّضاع، باب النفقة، رقم الحديث: 4251، المجلد: 10، ص: 64.  
2 الدّار قطني، سنن الدّار قطني، كتاب الطّلاق وغيره، رقم الحديث: 3952، ج: 5، ص: 40-41.  
3 الصّنعاني، سبل السّلام، المجلد: 3، ج: 6، ص: 224.  
4 ابن الفراء، المسائل الفقهيّة من كتاب التّواضع والوجوه، ج: 2، ص: 220.  
5 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 178-179.  
6 ابن عبد البر، التمهيد، ج: 12، ص: 98.  
7 القانون رقم: 84-11، المتضمّن قانون الأسرة الجزائري، السّالف الذّكر، ص: 913.  
8 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 390091، تاريخ: 2007/04/11م، المجلّة القضائيّة، ع: 1، 2008م، ص: 245.

- في البائن الحامل وافق الجمهور بما فيهم المالكية.
  - في البائن الحائل وافق الحنفية وخالف الجمهور بما فيهم المالكية.
- بالنسبة للطلاق العربي فإن اعترف به بأثر رجعي فسيكون لها النفقة خلال فترة العدة، وإن ثبت عنده من تاريخ الحكم فسيكون لها كذلك لكن الإشكال قد تتغير حال عدتها فتتغير مدة استحقاقها.
- ثالثاً: تقدير النفقة.

وهنا مسألتان:

### 1/ مقدار النفقة.

اختلف الفقهاء في المسألة على مذهبين:

\* المذهب الأول: ذهب الجمهور من الحنفية<sup>1</sup>، والمالكية<sup>2</sup>، والشافعية في القديم<sup>3</sup>، والحنابلة<sup>4</sup> إلى أنها بقدر كفاية المرأة، والدليل:

- قال تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 231]، والمعروف الكفاية على قدر حالها<sup>5</sup>، مطلقاً عن التقدير فمن قدر فقد خالف النص، ولأنه أوجبها باسم الرزق، ورزق الإنسان كفايته في العرف والعادة<sup>6</sup>.

- قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 226]، فيلزم على الزوج نفقة زوجته قوتاً، وكسوة، وسكنى بما يصلح لمثلها<sup>7</sup>.

- قال تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: 7]، فيها أمر للذي عنده السعة بالإنفاق على قدر السعة مطلقاً عن التقدير<sup>8</sup>.

- قال ﷺ: { وَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ }<sup>9</sup>، إيجاب أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف، وإيجاب قدر الكفاية، وإن كان أقل من المد أو من رطلي الخبز إنفاق بالمعروف<sup>10</sup>.

1 السرخسي، المبسوط، ج: 5، ص: 181.

2 القاضي عبد الوهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، رقم المسألة: 1527، المجلد: 2، ص: 806.

3 الشربيني، مغني المحتاج، ج: 3، ص: 559.

4 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 231.

5 أبو الفرج المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج: 9، ص: 230.

6 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 5، ص: 149.

7 صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخص الفقهي، ج: 2، ص: 448.

8 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 5، ص: 149.

9 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، رقم الحديث: 147-1218)، ج: 2، ص: 886، وما بعدها.

10 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 196-197.

- عن عائشة، أنّ هند بنت عتبة، قالت: { يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَقَالَ: حُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ، بِالْمَعْرُوفِ. }<sup>1</sup>، دلّ الحديث على أنّ نفقة الزوجة مُقدّرة بالكفاية<sup>2</sup>، وقد رُدّها إلى العِلْم بمقدار كفايتها، ولم يقدرها بحد<sup>3</sup>.

- نقل ابن حجر الإجماع فقال: "الواجب الكفاية ولا سيما وقد نُقل بعض الأئمة الإجماع الفعلي في زمن الصحابة والتابعين على ذلك، ولا يُحفظ عن أحد منهم خلافه".<sup>4</sup>.

- لأنّها نفقة واجبة، لدفع الحاجة، فتقدّر بالكفاية، كنفقة المملوك<sup>5</sup>.

- التّفقة في مقابلة الاستمتاع، فلما وجب أن تبذل له من الاستمتاع قدر كفايته بالمعروف، فكذلك يلزمه بدل التّفقة لها<sup>6</sup>.

- لأنّها محبوسة لحقّ الزوج ومفترّغة نفسها له فتستوجب الكفاية عليه في ماله فعن عائشة أنّ رسول الله ﷺ قال: { الْحَرَاجُ بِالضَّمَانِ. }<sup>7</sup>، كالعامل على الصدقات لما فرّغ نفسه لعمل المساكين استوجب كفايته في ما لهم، والقاضي لما فرّغ نفسه لعمله للمسلمين استوجب الكفاية في ما لهم<sup>8</sup>.

\* المذهب الثاني: ذهب الشافعية<sup>9</sup>، والظاهرية<sup>10</sup>، والقاضي أبو يعلى من الحنابلة<sup>11</sup> إلى أنّها مقدّرة بقدر مُعيّن - وقد اختلفوا في تقديرها-، والدليل:

- قال تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق: 7]، ففرّق بين الموسر والمعسر وأوجب على كل واحد منهما على قدر حاله، ولم يُبيّن المقدار فوجب تقديره بالاجتهاد<sup>12</sup>، كما دلّت الآية على اعتبار التّفقة بالزوج فسقط بذلك اعتبار كفايتها<sup>13</sup>.

1 البخاري، صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم يُنفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، رقم الحديث: 5364، ص: 1367.

2 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 5، ص: 149.

3 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 783.

4 ابن حجر، فتح الباري، ج: 9، ص: 500.

5 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 232.

6 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 783.

7 ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب التجارات، باب الحراج بالضمان، رقم الحديث: 2243، ج: 2، ص: 754.

8 السرخسي، المبسوط، ج: 5، ص: 181، الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 5، ص: 113-114.

9 الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 150-151.

10 ابن حزم، المحلّي، ج: 9، ص: 250-251.

11 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 232.

12 الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 150-151، سالم الغمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المجلد: 11، ص: 203.

13 الماوري، الحاوي، ج: 11، ص: 423.

- قال تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 231]، أراد المعروف عند النّاس، والعرف والعادة عند النّاس أنّ نفقة الغني والفقير تختلف<sup>1</sup>.

- قول النبي ﷺ لهند: { خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكِ، بِالْمَعْرُوفِ }<sup>2</sup>، لم يقل: خذي ما يكفيك ويطلق، بل بالمعروف، والمعروف عند النّاس يختلف بيسار الرّوج وإعساره، وقد علّم من حالها أنّ كفايتها لا تزيد على نفقة الموسر، وكان أبو سفيان موسراً<sup>3</sup>.

- إذا اعتبرت النّفقة بالكفاية كنفقة القريب لَسَقَطَت نفقة المريضة، وَمَنْ هي مُسْتغْنِيَةٌ بالشّبع في بعض الأيّام<sup>4</sup>.

#### \* الموقف القانوني.

لم يرد في نصوص قانون الأسرة الجزائري ولا اجتهادات المحكمة العليا تقديرها بقدرٍ مُعيّن، بل ترك أمر تقديرها للقاضي مراعيّاً في ذلك حال الطّرفين وظروف المعاش، كما نصّت على ذلك المادّة 79 ق أ ج<sup>5</sup>، وما تحتاجه المطلّقة حسب العرف والعادة كما نصّت على ذلك المادّة 78 ق أ ج، ومنه يكون موقف المشرّع الجزائري موافقاً لمذهب الجمهور بما فيهم المالكيّة.

#### \* التّرجيح.

سبب اختلاف الفقهاء تَرَدّد حَمْل النّفقة في هذا الباب على الإطعام في الكفارة، أو على الكسوة، وذلك أنّهم اتفقوا أنّ الكسوة غير محدودة، وأنّ الإطعام محدود<sup>6</sup>، وتقديرها بقدر مُعيّن تقييد لمطلق بلا دليل، وحديث هند شاهد قوي على أنّ التّقدير يكون على قدر كفايتها، والله أعلم.

1 سالم العُمري، البيان في مذهب الإمام الشّافعي، المجلد: 11 ص 203-204.

2 البخاري، صحيح البخاري، كتاب النّفقات، باب إذا لم ينفق الرّجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، رقم الحديث: 5364، ص: 1367.

3 سالم العُمري، البيان في مذهب الإمام الشّافعي، المجلد: 11، ص: 204.

4 الشّريبي، مغني المحتاج، ج: 3، ص: 559.

5 القانون رقم: 84-11، المتضمّن قانون الأسرة الجزائري، السّالف الذّكر، ص: 914.

6 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 104.

2/ مجال من يكون تقدير النفقة؟

إذا اختلفت حالة الزوجين بأن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، فقد اختلف الفقهاء فيمن تقدّر به على النحو التالي:

\* **المذهب الأول:** ذهب الحنفية في قول<sup>1</sup>، والمالكية في المعتمد<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup> إلى أنّ النفقة تكون بحالهما، أي وسطاً بين نفقة الموسرين ونفقة المعسرين، والدليل:

- قال تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق: 7]، وقال النبي ﷺ لهند: { خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكِ، بِالْمَعْرُوفِ }<sup>4</sup>، فالآية دلّت على اعتبار حاله، والحديث على اعتبار حالها، فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبراً من وجه، وحالها كذلك<sup>5</sup>.

- إن كانت معسرة تحت زوج موسر فتستوجب عليه دون ما تستوجب إذا كانت موسرة، لأنّ الظاهر أن دون ذلك يكفيها، وإن كانت موسرة والزوج معسراً فتستوجب عليه فوق ما تستوجب إذا كانت معسرة، لتحصّل كفايتها بذلك<sup>6</sup>.

- أنّ اعتبار حالتهما في تقدير النفقة نظراً من الجانبين أولى من اعتبار حال أحدهما<sup>7</sup>.

\* **المذهب الثاني:** ذهب الحنفية في ظاهر القول<sup>8</sup>، والشافعية<sup>9</sup>، والظاهرية<sup>10</sup> إلى أنّ النفقة تكون بحال المطلق، والدليل:

- قال تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: 234]، بيّنت الآية أنّ التكليف بحسب الوُسع، وأنّ النفقة على الرّجال بحسب حالهم<sup>11</sup>.

- قال تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق: 7]، دلّت الآية على اعتبار النفقة بالزوج واختلافها بيساره وإعساره<sup>12</sup>.

1 السرخسي، المبسوط، ج: 5، ص: 182.

2 الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج: 2، ص: 509.

3 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 232.

4 البخاري، صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم يُنفق الرّجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، رقم الحديث: 5364، ص: 1367.

5 أكمل الدين الباري، العناية شرح الهداية، ج: 2، ص: 626، ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 232.

6 السرخسي، المبسوط، ج: 5، ص: 182.

7 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 5، ص: 153.

8 السرخسي، المبسوط، ج: 5، ص: 182.

9 الماوردی، الحاوي، ج: 11، ص: 423.

10 ابن حزم، المحلّي، ج: 9، ص: 249.

11 السرخسي، المبسوط، ج: 5، ص: 182.

12 الماوردی، الحاوي، ج: 11، ص: 423، أكمل الدين الباري، العناية شرح الهداية، ج: 2، ص: 626.

- لما زوّجت المرأة نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين، فلا تستوجب على الزوج إلا بحسب حاله<sup>1</sup>.

\* الموقف القانوني.

نصت على تقدير النفقة المادة 79 ق أ ج: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"، واجتهادات المحكمة العليا منها: "من المقرر فقهاً وقضاً أنّ تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعد مخالفة للقواعد الشرعية. لما كانت جهة الاستئناف - في قضية الحال - قضت بتخفيض النفقة المحكوم بها للزوجة ابتدائياً دون البحث عن دخل الزوج وحالة معيشة الزوجة، ودون حساب مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان فإنّهما بقضائهما كما فعلت خالفت القواعد الشرعية<sup>2</sup>". وعلى هذا المشرع الجزائري يكون قد أخذ بقول أصحاب المذهب الأول، والذين منهم المالكية.

\* التّرجيح.

يترجّح بما سبق والله أعلم قول من قال بأنّ النفقة تقدر على حسب حال الزوجين، وذلك جمعاً بين الأدلة التي راعت حالهما عملاً بقاعدة إعمال الدليلين أولى من إهمال أحدهما ما أمكن، ولأنّ النفقة تكليف مالي فلا يمكن أن يُكلّف الزوج مالا يُطيقه، وما لا قدرة له عليه، وهي حق للزوجة تُراعى فيها ظروف معيشتها. ومنه نخلص إلى أنّ النفقة الواجبة للزوج على زوجته والتي قد تكون مطلقة في عدتها تحكّمها ثلاثة ضوابط وهي:

- أن تكون على قدر استطاعة الزوج.
- أن تكون على قدر كفاية المرأة.
- أن تكون على حسب العادة والعرف.

1 المترخسي، المبسوط، ج: 5، ص: 182.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 44630، تاريخ: 1987/02/09م، المجلة القضائية، ع: 3، 1990م، ص: 55.

الفرع الثاني: أجره الرضاع والحضانة.

أولاً: أجره الرضاع.

1/ تعريف أجره الرضاع.

أ- لغةً.

\* رَضِعَ الرَّاءُ وَالضَّادَّ وَالْعَيْنَ أَصْلًا وَاحِدًا، وَهُوَ شُرْبُ اللَّبَنِ مِنَ الضَّرْعِ أَوْ التَّدْيِ<sup>1</sup>، رَضِعَ الصَّبِيُّ أُمَّهُ يَرْضَعُهَا رَضَاعًا، مِثْلَ سَمِعَ يَسْمَعُ سَمَاعًا بِالْكَسْرِ لُغَةً تَهَامَةً، وَرَضِعَ يَرْضَعُ رَضْعًا، مِثْلَ: ضَرَبَ يَضْرِبُ ضَرْبًا لُغَةً أَهْلُ نَجْدٍ<sup>2</sup>، وَيُقَالُ امْرَأَةٌ مُرَضِعٌ إِذَا كَانَ لَهَا وَلَدٌ تُرَضِعُهُ، فَإِنْ وَصِفَتْ بِإِرْضَاعِهَا الْوَلَدَ يُقَالُ مَرَضِعَةٌ، وَالْمَرَضِعَةُ: أَنْ يَرْضَعَ الْوَلَدُ أُمَّهُ وَفِي بَطْنِهَا وَلَدٌ<sup>3</sup>، وَالتَّرْضُوعَةُ الَّتِي تُرَضِعُ وَلَدَهَا، وَالتَّرْضِيعَتَانِ: ثَنِيَّتَا الصَّبِيِّ الْمُتَقَدِّمَتَانِ اللَّتَانِ يَشْرَبُ عَلَيْهِمَا اللَّبَنَ، وَالْجَمْعُ رَوَاضِعٌ، وَقِيلَ: الرِّوَاضِعُ: مَا نَبَتَ مِنْ أَسْنَانِ الصَّبِيِّ ثُمَّ سَقَطَ فِي عَهْدِ الرِّضَاعِ، يُقَالُ سَقَطَتْ رَوَاضِعُهُ، وَيُقَالُ الرِّوَاضِعُ: سَتٌّ مِنْ أَعْلَى الْفَمِّ، وَسَتٌّ مِنْ أَسْفَلِهِ، وَرَضِعَ الرَّجُلُ كَأَنَّهُ كَالشَّيْءِ يُطْبَعُ عَلَيْهِ، فَرَضِعَ وَرَضِعَ أَي لَوْمًا، وَمِنْهُ قَوْلُ سَلْمَةَ ابْنِ الْأَكْوَعِ رضي الله عنه: (أَنَا ابْنُ الْأَكْوَعِ، وَاليَوْمَ يَوْمَ الرِّضَاعِ)<sup>4</sup>، أَيَّ الْيَوْمِ يَوْمَ هَلَاكِ اللَّثَامِ، وَالتَّرْاضِيعُ: الرَّاعِي الَّذِي لَا يَمْسُكُ مَعَهُ مَحْلَبًا إِذَا سُئِلَ اللَّبَنَ اعْتَلَّ بِذَلِكَ، أَيُّ بَأَنَّهُ لَا مَحْلَبَ لَهُ، وَإِذَا أَرَادَ الشَّرْبَ رَضِعَ حَلْوَبَتَهُ، وَقِيلَ: اللَّثِيمُ الرَّاضِعُ: مَنْ يَأْكُلُ الْحُلَالََةَ مِنْ بَيْنِ أَسْنَانِهِ لَوْماً لثلاً يَفُوتُهُ شَيْءٌ، وَقِيلَ: اللَّثِيمُ الرَّاضِعُ: مَنْ يَرْضَعُ النَّاسَ، أَيُّ يَسْأَلُهُمْ<sup>5</sup>.

\* أجز: الهمزة والجيم والراء أصلان يمكن الجمع بينهما بالمعنى، فالأصلان هما:

- الأول: الكراء على العمل، وهو الأجر والأجرة والفعل أجز يأجز أجزاً، والمفعول مأجور، والأجيز: المُسْتَأْجِرُ، وَالْإِجَارَةُ مَا أُعْطِيَ مِنْ أَجْرٍ فِي عَمَلٍ، فَالْأَجْرُ جِزَاءُ الْعَمَلِ، وَمِنْ ذَلِكَ مَهْرُ الْمَرْأَةِ، قَالَ تَعَالَى: ﴿قَاتُوهُمْ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6].

- الثاني: جبر العظم الكسير، يقال أجزت يده، أي جبرت على غير استواء.

1 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الراء، باب الراء والضاد وما يثلاثهما (رضع)، ج: 2، ص: 400.

2 الجوهري، الصحاح تاج اللغة، باب العين، فصل الراء (رضع)، ج: 3، ص: 1220، مرتضى الزبيدي، تاج العروس، فصل الراء مع العين، (رضع)، ج: 21، ص: 95-96.

3 الفيروز آبادي، القاموس المحيط، باب العين، فصل الراء (رضع)، ص: 722، ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الراء، باب الراء والضاد وما يثلاثهما (رضع)، ج: 2، ص: 400، ابن منظور، لسان العرب، كتاب العين المهملة، فصل الراء (رضع)، المجلد: 8، ص: 126-127.

4 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجهاد والبيتر، باب من رأى العدو فنأدى بأعلى صوته: يا صباحاه، حتى يسمع الناس، رقم الحديث: 3041، ص: 748.

5 مرتضى الزبيدي، تاج العروس، فصل الراء مع العين (رضع)، ج: 21، ص: 96-97، الجوهري، الصحاح تاج اللغة، باب العين، فصل الراء (رضع)، ج: 3، ص: 1220.

والمعنى الجامع بينهما أن أُجْرَةَ العامل كأثما شيء يُجبر به حاله فيما لحقه من كدّ فيما عمله<sup>1</sup>.  
ب- اصطلاحاً.

لم يقف الباحث في اطلاعه المتواضع على تعريف اصطلاحى لأجرة الرّضاع لذلك من خلال معنى الأجرة، والرّضاع فإنّه يمكن تعريفها بمايلي: هي المقابل المالى الذي تأخذه المرضعة من ولى الولد نظير الإرضاع خلال مدّة الرّضاع.

## 2/ إلزام المطلقة بالإرضاع.

اتفق الفقهاء على أنّ الرّضاع واجب على الأمّ ديانةً تسأل عنه أمام الله تعالى حفاظاً على حياة الولد، سواء أكانت متزوجةً بأبي الرّضيع، أم مطلّقة منه وانتهت عدّتها أم لا، واختلفوا في وجوبه عليها قضاءً، فهل للقاضي إجبارها عليه أم لا؟<sup>2</sup>.

## أ- إلزام المعتدة من طلاق رجعي بالإرضاع.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على النحو التّالى:

\* **المذهب الأوّل:** ذهب الجمهور من الحنفيّة<sup>3</sup>، والشّافعيّة<sup>4</sup>، والحنابلة<sup>5</sup>، والظاهرية<sup>6</sup> إلى أنّ الرّجعية لا تلزم بالإرضاع، فهي محيرة بين الإرضاع وعدمه، والدليل:

- قال تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَسْرُوعٌ لَهُ أُخْرِيٌّ﴾ [الطلاق: 6]، وإذا اختلفا فقد تعاسرا<sup>7</sup>، وعليه أن يبحث عن مرضعة لابنه ممّا يدلّ أنّ لها أن ترفض الإرضاع، لأنّها ليست مجبرةً عليه.

- قال تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وُلْدُهُ وَوَلَدُهَا بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: 231] أي: لا تُضارّ بالزّام الإرضاع مع كراهتها<sup>8</sup>.

- الإيجاب على الرّضاع لا يخلو، إمّا أن يكون لحق الولد، أو لحق الزّوج، أو لهما، لا يجوز أن يكون لحق الزّوج، لأنّه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها، ولا على خدمته فيما يختصّ به، ولا يجوز أن يكون لحق الولد، لأنّ ذلك لو كان له للزّمة بعد الفُرقة، ولا يجوز أن يكون لهما، لأن ما لا مناسبة فيه، لا يُثبت الحُكم بانضمام بعضه إلى بعض فلو كان لهما لثبت الحُكم به بعد الفُرقة<sup>9</sup>.

1 ابن فارس، معجم مقاييس اللّغة، كتاب الهمة، باب الهمة والجيم وما يثلثهما (أجر)، ج: 1، ص: 62-63، ابن منظور، لسان العرب، حرف الزّاء، فصل الألف (أجر)، المجلد: 4، ص: 10-11، مرتضى الزّبيدي، تاج العروس، فصل الهمة مع الزّاء (أجر)، ج: 10، ص: 24، وما بعدها.

2 هبة التّرجيلي، الفقه الإسلامى وأدلّته، ج: 7، ص: 698.

3 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 5، ص: 204.

4 الشّيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 162.

5 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 250، أبو الفرج المقدسي، الشّرح الكبير على متن المقنع، ج: 9، ص: 296.

6 ابن حزم، المحلّى، ج: 10، ص: 170-171.

7 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 250.

8 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 5، ص: 204.

9 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 250.

- لا تُجبر الأمُّ على نفقة الولد مع وجود الأب، فلم تُجبر على الرّضاع<sup>1</sup>.

\* المذهب الثّاني: ذهب المالكيّة إلى أنّ الرّجعية تلزم بإرضاع ولدها إذا كانت ممّن عادتھا إرضاع ولدها، أمّا عالية

القدر فلا تُجبر على الإرضاع<sup>2</sup>، في حين لم يُفرّق شيخ الإسلام ابن تيميّة بين الشّريفة وغيرها<sup>3</sup>، والدليل:

- قال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَّمَّ الرُّضْعَةُ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 231]، فدخلت نفقة الولد في نفقة أمّه لأنّه يتغذى بها<sup>4</sup>، ولما كانت

الرّجعية في حُكم غير المطلقة للزوم نفقتها، كان عليها الرّضاع حتّى يستغني<sup>5</sup>.

- اختصّ مالك دون فقهاء الأمصار باستثناء عالية القدر من عموم الآية لأصل من أصول الفقه، وهو

العمل بالمصلحة، ولأنّ العرف عدم تكليفها بذلك، وهو كالشّروط<sup>6</sup>، والمصلحة هنا هو محافظتها على شرف

مكاتها، وهذا يدخل في حفظ العرض.

\* التّرجيح.

يترجح والله أعلم قول شيخ الإسلام في إلزام الرّجعية بالإرضاع لكون نفقتها على زوجها، ومنها يتغذى

ابنها، وقد أمر الشّرع الأمّ بالإرضاع دون تفریق بين شريفة وغيرها، ومعلوم أنّ العرف لا يعمل به إذا أبطل واجباً.

ب- إلزام المعتدة من طلاق بائن بالإرضاع.

اتفق الفقهاء من الحنفيّة<sup>7</sup>، والمالكيّة<sup>8</sup>، والشّافعيّة<sup>9</sup>، والحنابلة<sup>10</sup>، والظاهرية<sup>11</sup>، وشيخ الإسلام ابن تيميّة<sup>12</sup>

إلى أنّ البائن لا تُجبر على الإرضاع، والدليل:

- قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: 6]، جعل تعالى أجر الرّضاع على الأب

لا على الأمّ المطلقة مع وجودها، فدلل أنّ الرّضاع ليس عليها<sup>13</sup>.

1 الشّيرازي، المذهب، ج: 3، ص: 162، ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 243.

2 الخرشي، شرح مختصر خليل، ج: 4، ص: 206.

3 ابن تيميّة، الفتاوى الكبرى، المجلد: 5، ص: 519.

4 المرجع نفسه.

5 التفراوي، الفواكه الدّواني، ج: 2، ص: 104.

6 المرجع نفسه.

7 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 5، ص: 204.

8 الخرشي، شرح مختصر خليل، ج: 4، ص: 206.

9 الشّيرازي، المذهب، ج: 3، ص: 162.

10 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 250.

11 ابن حزم، المحلّي، ج: 10، ص: 170-171.

12 ابن تيميّة، الفتاوى الكبرى، المجلد: 5، ص: 519.

13 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 5، ص: 204.

- قال تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 231]، فإذا أريد به المطلقات ففيه أنه لا إرضاع على الأمّ حيث أوجب بدّل الإرضاع على الأب مع وجود الأمّ<sup>1</sup>.  
- ومن رأى عدم إجبار الرجعية على الإرضاع قاس البائن عليها<sup>2</sup>.  
- من الإجماع: "ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقةً خلافاً"<sup>3</sup>.  
مع العلم أنّ الفقهاء اتفقوا على وجوب الإرضاع على الأمّ قضاءً في ثلاث حالات وهي<sup>4</sup>:  
\* ألا يقبل الطفل الرضاع إلا من ثدي أمّه.  
\* ألا توجد مرضعة أخرى سواها.  
\* إذا عدم الأب لاختصاصها به.  
ويظهر من هذه الحالات الثلاث التي اتفق الفقهاء فيها على إجبار الأمّ بالإرضاع رعاية مقصد حفظ النفس.

#### \* الموقف القانوني.

لم يرد في قانون الأسرة الجزائري ما يدلّ على إلزام الأمّ بالإرضاع، بل إنّ إلغاء المادة 39 ق أ ج- والتي جاء نصّها: "يجب على الزوجة:  
1- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة،  
2- إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم،  
3- احترام والدي الزوج وأقاربه."<sup>5</sup> قرينة على أنّ الأمّ غير ملزمة بالإرضاع، وعلى هذا فإنّ المشرع الجزائري يكون قد وافق الجمهور في عدم إلزام المطلقة الرجعية بالإرضاع وخالف المالكية، ووافق الإجماع في المطلقة البائن، لكنه لم يستثن حالات الضرورة التي تُلزم فيها الأمّ بالإرضاع، وتجاهل أمراً تتوقّف عليه حياة إنسان.

1 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 5، ص: 204.

2 الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 162.

3 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 250.

4 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 7، ص: 699.

5 ملغاة بالأمر رقم 05-02 المتضمن تعديل وإتمام قانون الأسرة، السالف الذكر، ص: 22.

### 3/ حُكم أجره الرّضاع للمطلّقة.

أ- استحقاق المطلّقة لأجرة الرّضاع أثناء العِدّة.

\* استحقاق المطلّقة طلاقاً رجعيّاً لأجرة الرّضاع.

- الرّأي الأوّل: ذهب الحنفية<sup>1</sup>، وأبو حامد الاسفرايني وهو المشهور من مذهب الشّافعية<sup>2</sup>، والظاهرية<sup>3</sup> إلى أنّها لا تستحقّ الأجرة، والدليل:

- قال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: 231]، في الآية أمر بصيغة الخبر، والأمر يُفيد الوجوب فيكون الإرضاع واجباً عليها شرعاً، والاستتجار على مثل هذا العمل لا يجوز<sup>4</sup>.

- قال تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وُلْدُهُ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: 231]، والمراد هنا النفقة، وقد عطفها على الإرضاع الذي ذُكر في الدليل الأوّل، وفي هذا إشارة إلى أنّ النفقة لها بمقابلة الإرضاع، فإذا استوجب عوضاً بمقابلة الإرضاع فلا يستوجب عوضاً آخر بالشرط، والرجعية نكاحها باق بقاء العِدّة<sup>5</sup>.

- أنّ الإرضاع عمل مستحقّ عليها ديانةً، والاستتجار على مثل هذا لا يجوز كالاستتجار على كنس البيت، والتقبيل، واللمس، وما أشبه ذلك، لأنّها تتحد في كونها مقصودة من النّكاح، والولد مقصود بالنّكاح فكانت هي في الإرضاع عاملة لِنفسها معنى فلا تستوجب الأجر على الرّزق بالشرط، وهكذا القول في سائر أعمال البيت، وما يرجع منفعتة إليهما فهو لا يستوجب عليه الأجر بالشرط<sup>6</sup>.

- لا يجوز لها أخذ الأجرة على الإرضاع في حال بقاء النّكاح، لأنّ أوقات الرّضاع مُستحقة للرّزق للاستمتاع ببذل وهو النفقة، فلا تستحقّ عوضاً آخر<sup>7</sup>.

- الرّأي الثّاني: ذهب الشّافعية<sup>8</sup>، والحنابلة<sup>9</sup> إلى أنّها تستحقّ الأجرة على الإرضاع، والدليل:

- قال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضْعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 231]، وقال سبحانه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ

1 وذكر ابن رستم عن محمد بن الحنفية إلى أنّ الأجرة تكون من مال الرضيع إن كان له مال، ينظر السرخسي، المبسوط، ج: 15، ص: 128.

2 سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المجلد: 11، ص: 265، البغوي الشافعي، التهذيب، ج: 6، ص: 388، الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 162،

3 ابن حزم، المحلى، ج: 10، ص: 174.

4 السرخسي، المبسوط، ج: 15، ص: 128.

5 المرجع نفسه.

6 السرخسي، المرجع السابق، ج: 15، ص: 128.

7 البغوي، التهذيب، ج: 6، ص: 388، الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 162، الروياني، بحر المذهب، ج: 11، ص: 505.

8 المرجع نفسه، ج: 6، ص: 388، الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 162، الروياني، بحر المذهب، ج: 11، ص: 505.

9 ابن قدامة، المغني، ج: 5، ص: 369.

أَجُورُهُنَّ» [الطلاق: 6]، فهذا خَبْر يُرَاد به الأَمْر، وهو عام في كلِّ والده<sup>1</sup>، وإذا كان يجوز استئجار المرضِعة الأجنبيّة، فقد دلّت الآيات على أنّ الأمّ أحقّ بأجرة الرّضاعة منها لأنّ الأمّ أحنُّ وأشفقُّ، ولبنها أَمْرًا من لبن غيرها، فكانت أحقّ به من غيرها، ولأنّ في رضاع غيرها تفويتاً لحقّ الأمّ من الحضانة، وإضراراً بالولد، ولا يجوز تفويت حقّ الحضانة الواجب، والإضرار بالولد لغرض إسقاط حقّ أوجهه الله تعالى على الأب<sup>2</sup>.

- لأنّ الطّفّل إنّما يتغدّى بما يتولّد في المرضِعة من اللّبن، وذلك إنّما يحصل بالغذاء فوجبت النّفقة للمرضِعة لأنّها في الحقيقة له<sup>3</sup>.

- لأنّه عمل يجوز أخذ الأجرة عليه بعد البيونة فجاز أخذ الأجرة عليه قبل البيونة كالنّسج<sup>4</sup>.

- لأنّه عقد إجارة يجوز مع غير الرّوج إذا أذن فيه فجاز مع الرّوج كإجارة نفسها للخياطة<sup>5</sup>.

- لأنّ كل عقد صحّ أن يعقده الرّوج مع غير الرّوجة صحّ أن يعقده مع الرّوجة كالبيع<sup>6</sup>.

- الرّأي الثّالث: ذهب المالكيّة<sup>7</sup> إلى التّفريق بين من يرضع مثلها فإنّها تُجبر على الإرضاع، ولا تستحقّ الأجرة، ويَبْن من لا يرضع مثلها فلا تُجبر عليها، وتستحقّ الأجرة إن أرضعت، والدليل على هذا التّفريق:

- عملاً بقاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، فمن كان عادتھا الإرضاع فإنّها تُرضع بغير أجرة، ومن كانت عادتھا عدم الإرضاع لعلو قدر فلا تُجبر ولها الإرضاع بالأجرة<sup>8</sup>، قال القرطبي: "والأصل أنّ كلّ أمّ يلزمها رضاع ولدها كما أخبر الله عز وجل، فأمر الرّوجات بإرضاع أولادهنّ، وأوجب لهنّ على الأزواج النّفقة والكسوة والرّوجية قائمة، فلو كان الرّضاع على الأب لذكره مع ما ذكره من رزقهنّ وكسوتهنّ، إلّا أنّ مالكا رحمه الله دون فقهاء الأمصار استثنى الحسيبة فقال: لا يلزمها رضاعة فأخرجها من الآية وخصّصها بأصل من أصول الفقه وهو العمل بالعادة، وهذا أصل لم يتفطن له إلّا مالك، والأصل البديع فيه أنّ هذا أمر كان في الجاهلية في ذوي الحسب وجاء الإسلام فلم يُغيّره، وتمادى ذوو الثروة والأحساب على تفرّيع الأمّهات للمتعة بدفع الرّضعاء للمراضع إلى زمانه فقال به، وإلى زماننا فحققناه شرعاً"<sup>9</sup>.

1 ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 8، ص: 249.

2 المرجع نفسه، ص: 251.

3 البهوتي، دقائق أولي التّهي لشرح المنتهى، ج: 3، ص: 242.

4 الشّيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 162.

5 أبو الفرج المقدسي، الشّرح الكبير على متن المقنع، ج: 9، ص: 294.

6 سالم العُمري، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المجلد: 11، ص: 265.

7 الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج: 4، ص: 206.

8 التّقراوي، الفواكه الدّواني، ج: 2، ص: 112.

9 القرطبي، تفسير القرطبي، سورة البقرة، ج: 3، ص: 172-173.

- التّرجيح.

الراجح ممّا سبق والله أعلم القول بأنّه لا أجره لها، لأنّ الرّضاع أمرٌ جُبلت عليه فطرتها، فهو واجب عليها ما دام أبو الطّفل يُنفق عليها، ولا فَرْق في الواجبات بيّن شريفة ووضيعة، فمن حقّ الابن على أمّه أن تُرضعه هي إلا إذا وُجد مانع يمنعها من ذلك.

\* استحقاق المطلقة طلاقاً بانئاً لأجرة الرّضاع.

- الرّأي الأوّل: ذهب الجمهور من المالكيّة<sup>1</sup>، والشافعيّة<sup>2</sup>، والحنابلة<sup>3</sup>، والظاهرية<sup>4</sup>، والحنفيّة في رواية<sup>5</sup>، إلى أنّها تستحقّ الأجرة، والدليل:

- قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَمْرُهُمْ بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: 6]، فمن حقّ المرأة المطلقة أن ترضع ولدها بأجرٍ مثلها<sup>6</sup>، لأنّ الله تعالى فرض على أبي المولود تسليم الأجرة لها على رضاعها لمولوده منها بعد بينوتها منه<sup>7</sup>.

- قال تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسْتَرضِعْ لَهُ أُخْرِي﴾ [الطلاق: 6]، فإن اختلف الرّجل والمرأة فطلبت المرأة في أجرة الرّضاع كثيراً، ولم يُجبها الرّجل إلى ذلك، أو بذل الرّجل قليلاً ولم توافقه عليه، فليسترضع له غيرها، فلو رضيت الأمّ بما استؤجرت به الأجنبية فهي أحقّ بولدها<sup>8</sup>.

- لأنّه لا يملك الاستمتاع بها فكان لها الأجرة على الإرضاع، بخلاف ما لو استأجرها في حال الرّوجيّة<sup>9</sup>.

- الرّأي الثّاني: ذهب الحسن بن زياد من الحنفيّة<sup>10</sup> إلى أنّها لا تستحقّ الأجرة وهي في عدتها، والدليل:

- لأنّها في نفقته فكانت هذه الحال كما قبل الطّلاق<sup>11</sup>، لأنّ العدة من أحكام النّكاح، ولهذا تجب فيها التّفقة والسكّني، ولا يجوز دفع الزّكاة إليها، والشّهادة لها فلم ينقطع في حقّ هذه الأحكام فكذا في هذا الحكم<sup>12</sup>.

1 الحرشي، شرح مختصر خليل، ج: 4، ص: 206.

2 الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 162.

3 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 250.

4 ابن حزم، المحلّي، ج: 10، ص: 175.

5 الزّيلعي، تبين الحقائق، ج: 3، ص: 63.

6 ابن رشد الجد، البيان والتّحصيل، ج: 5، ص: 148.

7 الطّبري، تفسير الطّبري، سورة البقرة، ج: 4، ص: 245، سورة الطّلاق، ج: 23، ص: 65.

8 ابن كثير، تفسير ابن كثير، سورة الطّلاق، ج: 4، ص: 1910.

9 سالم العمّري، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المجلد: 11، ص: 266.

10 المترخسي، المبسوط، ج: 15، ص: 128.

11 المرجع نفسه.

12 الزّيلعي، تبين الحقائق، ج: 3، ص: 63.

- الترجيح.

يظهر والله أعلم رجحان قول الجمهور في استحقاقها لأجرة الرضاع، لأن الآية صريحة في استحقاق البوائن لأجرة الرضاع، كما أنّها أجنبية عنه لا نفقة لها، فكان استحقاق الولد لنفقة تخصّ طعامه أمر واجب على الأب، وبما أنّ طعامه في مرحلة الرضاع هو حليب أمه، والذي لا يكون إلا بأجرة لأمه تشتري به طعاماً لها عملاً بقاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

ب- استحقاق المطلقة لأجرة الرضاع بعد العدة.

اتفق الفقهاء من الحنفية<sup>1</sup>، والمالكية<sup>2</sup>، والشافعية<sup>3</sup>، والحنابلة<sup>4</sup>، والظاهرية<sup>5</sup> على استحقاق المطلقة لأجرة الرضاع بعد انتهاء عدتها، والدليل:

- قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَمْرُهُمْ بَيْنَكُمْ مَعْرُوفٌ﴾ [الطلاق: 6]، أي إذا وضعت حملهنّ وهنّ طوالق فقد بنّ بانقضاء عدتهنّ ولها حينئذ أن ترضع الولد ولها أن تمتنع منه، فإن أرضعت استحققت أجرة مثلها، ولها أن تعاقد أباه، أو وليه على ما يتفقان عليه من أجرة<sup>6</sup>.
- لأنّها صارت أجنبية منه بالبينونة، وإرضاع الولد على الأب كنفقته بعد الفطام<sup>7</sup>.
- لها الأجر لأنّه لا نفقة لها ولا كسوة<sup>8</sup>.

\* الموقف القانوني.

يُعاب على قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا أنّها لم تتناول هذا الأمر رغم أهميته، إلا أنّه يمكن أن نستنبط موقفه في أجرة الرضاع من خلال مايلي:

- أنّ القانون لم يلزم الأمّ بالإرضاع.

- نصّ القانون على أن نفقة الولد على أبيه، حيث نصّت المادة 75 ق أ ج: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سنّ الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمرّ في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".<sup>9</sup>

1 السترخسي، المبسوط، ج: 15، ص: 128.

2 أبو بكر التميمي الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، ج: 9، ص: 436.

3 البغوي، التهذيب، ج: 6، ص: 388.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 250.

5 ابن حزم، المحلى، ج: 10، ص: 175.

6 ابن كثير، تفسير ابن كثير، سورة الطلاق، ج: 4، ص: 1910، ابن حزم، المحلى، ج: 10، ص: 175.

7 السترخسي، المبسوط، ج: 15، ص: 128.

8 اللّخمي، التبصرة، ج: 5، ص: 2175.

9 القانون رقم: 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف اللّكر، ص: 914.

- اعتبار المحكمة العليا نفقات أخرى تتعلق بالصغير من حق الأم على الأب كمصاريف الحمل حيث جاء في أحد قراراتها: "تعتبر مصاريف وضع الحمل نفقة إضافية يتحملها الزوج طالما الوضع ناجم عن العلاقة الزوجية".<sup>1</sup>

- بموجب المادة 222 ق أ ج يُرجع إلى الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد في هذا القانون. يظهر مما سبق أنّ المشرع الجزائري يرى باستحقاق المطلقة لأجرة الرضاع في كل الحالات وهي:  
- في عِدَّة الطلاق الرجعي، إذا كان القاضي سيثبت الطلاق العرفي بأثر رجعي، ويكون بذلك قد وافق الشافعية والحنابلة.

- في عِدَّة الطلاق البائن، ويكون بذلك قد وافق الجمهور.  
- بعد العِدَّة، ويكون بذلك قد وافق ما عليه الفقهاء.

#### 4/ المدة التي تستحق فيها المطلقة أجره الإرضاع.

اتفق الفقهاء من الحنفية<sup>2</sup>، والمالكية<sup>3</sup>، والشافعية<sup>4</sup>، والحنابلة<sup>5</sup>، والظاهرية<sup>6</sup>، على أنّ المدة التي تستحق فيها المطلقة المرضعة الأجر هي حولين كاملين، والدليل:

- قال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَّمَّ الرُّضْعَةُ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 231]، جعل الله تعالى الحولين الكاملين تمام مدة الرضاع، وليس وراء التمام شيء<sup>7</sup>، وعليه مؤونة الرضاع إلى انقضاء الحولين<sup>8</sup>.

- من الإجماع: "إنّ مدة الرضاع في حق استحقاق الأجره على الأب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة أجره الرضاع بعد الحولين بالإجماع، وتستحق في الحولين بالإجماع."<sup>9</sup>  
- لأنّ ما كان بعد الحولين فهو زائداً على الكمال أشبه الحلوى<sup>10</sup>.

1 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 478795، تاريخ: 2009/02/11م، المجلة القضائية، ع: 1، 2009م، ص: 269.

2 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 5، ص: 77.

3 التفراوي، الفواكه الدواني، ج: 2، ص: 104.

4 الشيرازي، المهذب، ج: 3، ص: 161-162.

5 أبو الفرج المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج: 9، ص: 297.

6 ابن حزم، المحلى، ج: 9، ص: 274-275.

7 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 5، ص: 76.

8 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 15، ص: 574.

9 برهان الدين بن مازة، المحيط البهاني، ج: 3، ص: 70.

10 ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج: 7، ص: 174.

\* الموقف القانوني.

بما أنّ المشرّع الجزائري لم يتناول أجرة الرضاع، فلن يتناول المدّة التي تستحقّ فيها المطلقة لهذه الأجرة، إلاّ أنّه بالرجوع إلى المادة 29 ق أ ج: "لا يحرم الرضاع إلاّ ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا."<sup>1</sup>، وقرار المحكمة العليا: "من المقرّر شرعاً أنّ مدّة الرضاعة الكاملة هي عامين فقط، ولا يُمكن منع الأب من حقّ الزيارة بحجّة الإرضاع مادام سنّ المحضون تجاوز السنتين."، فإنّ مدّة الرضاع هي حولين، وبالرجوع كذلك إلى نصّ المادة 222 ق أ ج، فإنّ المشرّع الجزائري سيوافق حكم الإجماع.

ثانياً: أجرة الحضانة.

1/ تعريف أجرة الحضانة.

أ- لغةً.

\* حَضَنَ الحاء والضاد والتون أصل واحد يُقاس، وهو حفظ الشيء وصيانته<sup>2</sup>، حَضَنَ الطائر بيضه إذا ضمّه إلى نفسه تحت جناحيه، وكذلك المرأة إذا حَضَنَتْ ولدها، وحَضَنَ الصبيّ يَحْضُنُهُ حَضْنًا: ربّاه، والحضّانة مصدر الحاضن والحاضنة وهما المؤكّلان بالصبيّ يحفظانه ويؤريانه<sup>3</sup>.

والحِضْنُ: ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل: هو الصدر والعُضدان وما بينهما، والجمع أْحْضَانٌ، ومنه الاختِضَانُ، وهو احتمال الشيء وجعله في الحِضْنِ كما تَحْتَضِنُ المرأة ولدها فتحتمله في أحد شقيها، فعن خولة بنت حكيم: { أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خَرَجَ مُحْتَضِنًا أَحَدَ ابْنَيْ ابْنَتَيْهِ }<sup>4</sup>، أي حاملاً له في حِضْنِهِ، والحِضْنُ: الجنب، وحِضْنُ الشيء جانبه، ومنه حِضْنُ اللَّيْلِ: جانبه، وحِضْنُ الرَّجُلِ: جنباه، وحِضْنُ المفازة شقاها، والفلاة ناحيتها، ونواحي كلّ شيء أْحْضَانُهُ، وحِضْنُ الجبل ما يطيف به<sup>5</sup>، وحَضَنْتُهُ عن كذا حَضْنًا وحَضَانَةً، إذا نَحَيْتُهُ عنه واستبددت به دونه، وحَضَنْتُهُ عن حاجته أي حبستُهُ عنها<sup>6</sup>، والحِضَانُ: أن تقصُر إحدى طُبيقتي العنز وتطول الأخرى جداً، فهي حَضُونٌ بَيِّنَةُ الحِضَانِ، بالكسر، والحِضُونُ من الإبل والغنم والنساء: الشطور، وهي التي أحد خلفيها أو ثدييها أكبر من الآخر، والحِضْنُ العاج<sup>7</sup>.

\* تمّ تعريف الأجرة لغةً فيما سبق.

1 القانون رقم: 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر، ص: 911.

2 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الحاء، باب الحاء والضاد وما يثلثهما (حِضْنُ)، ج: 2، ص: 83.

3 ابن منظور، لسان العرب، حرف التّون، فصل الحاء المهملة (حِضْنُ)، المجلد: 13، ص: 123، الجوهري، الصحاح تاج اللغة، باب التّون، فصل الحاء (حِضْنُ)، ج: 5، ص: 2102.

4 أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، مسند النساء، حديث خولة بنت حكيم، رقم الحديث: 27314، ج: 45، ص: 293.

5 ابن منظور، لسان العرب، حرف التّون، فصل الحاء المهملة (حِضْنُ)، المجلد: 13، ص: 122.

6 الجوهري، الصحاح تاج اللغة، باب النون، فصل الحاء (حِضْنُ)، ج: 5، ص: 2102.

7 ابن منظور، لسان العرب، حرف التّون، فصل الحاء المهملة (حِضْنُ)، المجلد: 13، ص: 124.

ب- اصطلاحاً.

لم يقف الباحث في اطلاعه المتواضع في كتب الفقه والقانون على تعريف اصطلاحى لأجرة الحضانة لذلك من خلال معنى الأجرة، والحضانة فإنه يمكن تعريفها بمايلي: هي المقابل المالى الذي يستحقه الحاضن مقابل رعاية المحضون والقيام على جميع شؤونه.  
إلا أنه بعد وضع هذا التعريف وجد الباحث في الانترنت تعريفات لأجرة الحضانة مشابهة لهذا التعريف منها:

- هو المبلغ التقدي الذي يدفعه الملتزم بالتفقة للحاضنة نظير قيامها بعمل هو خدمة المحضون<sup>1</sup>.  
- هو عبارة عن مبلغ محدد يدفعه الشخص الذي يلتزم بدفع التفقة للحاضنة التي ستقوم على رعاية وخدمة ابنه المحضون<sup>2</sup>.

- هي المقابل للقيام بتربية المحضون ومصالحه<sup>3</sup>.

2/ إلزام المطلقة بالحضانة.

اختلف الفقهاء في إجبار المطلقة بالحضانة على النحو التالي:

\* المذهب الأول: ذهب الحنفية في رأي وهو الذي عليه الفتوى<sup>4</sup>، والمالكية في المشهور<sup>5</sup>، والشافعية<sup>6</sup>، والحنابلة<sup>7</sup> إلى أنها لا تجبر على الحضانة، والدليل:

- عن عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جدّه عبد الله بن عمرو: { أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثدي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: أنت أحق به ما لم تنكحي. }<sup>8</sup>، دلّ الحديث على أنّ الحضانة حقّ للأُم، ولأنّه يلحقها ضرر بالتفرقة بينها وبين ولدها، كما أنّها أحقّ عليه وأرقق به<sup>9</sup>، ولها أن تنازل عن حقّها.

1 أحمد حسنى، كل ما تريد معرفته عن أجر الحضانة وشروطه طبقاً للقانون، 31 مايو 2021م، <https://www.youm7.com/story/2021/5/31>، 2024/01/11م.

2 ندى العتوم، ما هي أجرة مسكن الحضانة؟، 04 يوليو 2021م، <https://e3arabi.com>، تاريخ الاطلاع: 2024/01/11م.

3 وزارة التضامن والإدماج الاجتماعي المغربية، ما معنى أجرة الحضانة؟، <https://social.gov.ma>، تاريخ الاطلاع: 2024/01/11م.

4 ابن نجيم، البحر الرائق، ج: 4، ص: 280.

5 ابن جزى، القوانين الفقهية، ص: 384، القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 940.

6 البغوي، التهذيب، ج: 6، ص: 390.

7 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 246.

8 أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، رقم الحديث: 2276، ج: 2، ص: 283.

9 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 940.

- كلّ مَنْ يجب عليه النّفقة يجب عليه القيام بالحضانة، لأنّها من المؤون المتعلّقة بالكفاية<sup>1</sup>، ونفقة الصّبي لا تجب على الأمّ وإمّا على أبيه.

- لأنّ الأمّ قد تعجز عن الحضانة<sup>2</sup>، ولا ينبغي أن تُلزم بما لا تطيقه.

\* المذهب الثّاني: ذهب الحنفيّة في رأي<sup>3</sup>، والمالكيّة في قول إلى أنّها تُجبر<sup>4</sup>، والدليل:

- حضانة الأم لولدها حقّ له، لأنّها لو اختلعت على ترك ولدها عند الرّوج، فالخلع جائز والشّروط باطل<sup>5</sup>، كما أنّ الغرض منها حفظ الصّبي ومراعاة مصلحته دون مراعاة أمر الأمّ، لذلك فإنّه يؤخذ منها إذا تزوّجت وإن لحقها الضّرر بأخذه، وكذلك إذا غاب الأب غيبة استقرار<sup>6</sup>، ومعلوم أنّ كلّ حقّ هو واجب على الطّرف الآخر، وفي مسألتنا هو الحاضن، وأوّل الحاضنين هي الأمّ.

\* الموقف القانوني.

لا يوجد نصّ قانوني يُلزم الأمّ بالحضانة، وأكّدت اجتهادات المحكمة العليا أنّ لها أن تتنازل عليها فقد جاء في أحد قراراتها: "من المقرّر قانوناً أنّ الحضانة إذا لم يطلبها من له الحقّ فيها مدّة تزيد عن سنّة بدون عذر سقط حقّه فيها، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعدّ خرقاً للقانون، ولما كان من الثّابت في قضية الحال أنّ السنّة لم تمض بعد على المطالبة بالحضانة من قبل الأمّ وهي لازالت متمسّكةً بها، فإنّ قضاة المجلس بجرماهم الأمّ من حقّ الحضانة وإسنادها للجدّة من الأب يكونوا قد خالفوا القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."<sup>7</sup>، وبطبيعة الحال المقصود هنا أنّه إذا وُجد حاضن غيرها أمّا إذا لم يوجد فتُلزم بالحضانة جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرّر شرعاً وقانوناً أنّ تنازل الأمّ عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم فإن لم يوجد فإنّ تنازلها لا يكون مقبولاً وتُعامل معاملة نقيض قصدها ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يُخالف هذا المبدأ يُعدّ مخالفاً لأحكام الحضانة."<sup>8</sup>، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالقول الذي يرى عدم إلزام الأمّ بالحضانة، إلّا أنّه يؤاخذ عليه أنّه حدّد سقوطه بمرور سنة، ومثل هذا والله أعلم من الحقوق التي لا تسقط مع مرور الزّمن، فللحاضن الحق أن يطالب به.

1 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 15، ص: 566.

2 ابن نجيم، البحر الرّائق، ج: 4، ص: 280.

3 المرجع نفسه، ج: 4، ص: 281.

4 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 940.

5 ابن نجيم، البحر الرّائق، ج: 4، ص: 281.

6 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 940، السرخسي، الميسوط، ج: 6، ص: 169.

7 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 58220، تاريخ: 1990/02/05م، المجلّة القضائيّة، ع: 3، 1993م، ص: 53.

8 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 51894، تاريخ: 1988/12/19م، المجلّة القضائيّة، ع: 4، 1990م، ص: 70.

\* التّرجيح.

بما أنّ الحضّانة هي رِعاية الصّغير والقيام على شؤونه، ولا يمكن أن تتصوّر رِعايةً دون نفقة، ونفقة الصّبي هي على أبيه، وليست على أمّه قال تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 231]، إذأ فلا تكون مسؤوليّة الحضّانة على الأمّ، ومنه يترجّح قول الجمهور، والله أعلم.

3/ حُكم أجره الحضّانة للمطلّقة.

اختلف الفقهاء في استحقاق المطلّقة الأجره على الحضّانة على النحو التّالي:

- المذهب الأوّل: ذهب الشّافعيّة<sup>1</sup>، والحنابلة<sup>2</sup>، وقول للمالكيّة<sup>3</sup>، إلى أنّها تستحق الأجره، والدليل:  
- الأمّ إذا طلبت أجرّاً على الحضّانة فهو بمثابة طلبها الأجر على الإرضاع<sup>4</sup>، وبما أنّه يجوز لها طلب الأجره على الإرضاع جاز لها كذلك على الحضّانة.
- أجره الحضّانة من أسباب الكفاية كالنفقة، فتجب على من تلزمه نفقة الصّغير للحاضن<sup>5</sup>.
- على القول بأنّ الحضّانة حقّ للمحضون أوجب للحاضن أجره على الحضّانة<sup>6</sup>، عملاً بقاعدة العُمن بالعم، فيما أنّه ستحصل منفعة للمحضون فلا بد أن يتحمّل تبعاتها من تجب عليه نفقته.
- كلّ عقد يصحّ أن تعقده مع غير الزوج، يصحّ أن تعقده معه، كالبيع، وبما أنّه يجوز لها أن تأخذ عليها العوض من غيره، جاز لها أخذه منه، كتمن ما لها<sup>7</sup>.
- المذهب الثّاني: ذهب المالكيّة في المشهور إلى أنّها لا تستحقّ الأجره<sup>8</sup>، والدليل:  
- على القول بأنّ الحضّانة حقّ الحاضن، لم يوجب أجره على ذلك لأنّه لا يستقيم أن يكون من حقّه أن يكفله ويؤويه إلى نفسه، ويجب له بذلك عليه حقّ<sup>9</sup>.
- المذهب الثّالث: ذهب الحنفيّة إلى التّفريق بين حالتين فأنّاء العِدّة لا تستحقّ الأجره - وفي البائن روايتين -، وبعدها تستحقّ الأجره<sup>10</sup>، والدليل:

1 البغوي، التهذيب، ج: 6، ص: 390.

2 الحجّاوي المقدسي، الإقناع في مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج: 4، ص: 157.

3 ابن رشد الجدّ، البيان والتّحصيل، ج: 4، ص: 286.

4 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 15، ص: 566-567.

5 سليمان بن منصور الجمل، حاشية الجمل، ج: 7، ص: 341.

6 ابن رشد الجدّ، البيان والتّحصيل، ج: 4، ص: 286.

7 ابن قدامة، المغني، ج: 5، ص: 370.

8 ابن رشد الجدّ، البيان والتّحصيل، ج: 4، ص: 286، ابن جزري، القوانين الفقهيّة، ص: 384.

9 المرجع نفسه.

10 ابن عابدين، منحة الخالق، ينظر ابن نجيم، البحر الرّائق، ج: 4، ص: 282.

- علّة كونها لا تستحقّ أُجرة الحضانة أثناء العِدّة أنّ الحضانة حقّها ولا تستوجب على إقامة حقّها أُجرةً، ويجب عليها ديانةً حضانة ابنها، ولأنّ النّفقة ثابتة لها، وعلّة استحقاقها الأجرة بعد العِدّة - وإن وجبت عليها ديانةً حضانته - أنّها إذا حَضنته فقد حَبست نفسها في تربيته فيجب لها على الأب ما يقوم مقام الإنفاق عليها وهو أُجرة الحضانة<sup>1</sup>.

\* التّرجيح.

بما أنّه قد ترجّح لدى الباحث في المسألة السّابقة أنّه لا يمكن إجبارها على الحضانة، فإنّ لها أن تطلب أُجرةً عليها، لأنّ هذه الأجرة هي في مُقابل الجهد الذي ستبذله في سبيل رعاية الصّغير شأنها في ذلك شأن أجنبيّة أخرى، إلّا أنّ في عِدّة الطّلاق الرّجعي ليس لها ذلك على اعتبار أنّها في حُكم الرّوجة، وهذا من واجباتها تجاه أسرتها، والله أعلم.

\* الموقف القانوني.

لم يتناول قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا هذا الأمر رغم أهميته، ولا يمكن الاستناد على نصّ المادّة 222 ق أ ج لأنّ فقهاء الشّريعة الإسلاميّة قد اختلفوا في استحقاق المطلّقة لأجرة الحضانة، إلّا أنّه يمكن أن نستنبط موقفه من خلال مايلي:

- أنّ القانون لم يُلزم الأمّ بالحضانة.

- نصّ القانون على أن نفقة الولد على أبيه، حيث نصّت المادّة 75 ق أ ج: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سنّ الرّشد والإناث إلى الدّخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقليّة أو بدنيّة أو مزاولاً للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب."

- "الحُكم بأجرة شهريّة للحاضنة مقابل سهرها وقيامها بحضانة أولادها والذين أُسندت حضانتهم لها لا يُعدّ مخالفةً جوهريةً في الإجراءات لأنّ قيام الحاضنة بهذه المهمّة في بلد أجنبي بما يحتوي عليه من تقاليد وصعوبة في الحياة وتعقيداتها ليست نفس المهمّة إذا أُسندت لها في وطنها وموطنها...، حتّى وإنّ القانون الجزائري لا ينصّ عليها، ومع ذلك فهي تشجيع وتدفّع الحاضنة للقيام بمحضونها بكل ما تملك من جهد."<sup>2</sup>.

يُظهر مدلول ما سبق أنّ للمطلّقة الحقّ قانوناً في المطالبة بأجرة الحضانة.

1 ابن عابدين، المرجع السابق، ينظر ابن نجيم، البحر الرّائق، ج: 4، ص، 282، ابن عابدين، ردّ المختار، ج: 5، ص: 260  
2 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 355718، تاريخ 2006/04/12م، المجلّة القضائيّة، ع: 1، 2006م، ص: 481-480.

4/ المدة التي تستحقّ بها المطلقة أجره الحضانة.

سيقتصر في هذه المسألة على المدة التي تستحقّ فيها الأمّ الحضانة، وقد اختلف فيها الفقهاء على النحو التالي:

\* **الحنفية:** فرّقوا بين الذكر والأنثى في مدة الحضانة فقالوا في الذكر حتّى يستغني عن أمّه فيأكل ويشرب ويلبس وحده، ودُكر عن محمّد حتّى يستنجي وحده، وليس في ذلك تقدير مُعين، وقدّرها الخصّاف بسبع سنين أو ثمان سنين، أمّا بالنسبة للأنثى فحتّى تحيض، وعن محمّد حتّى تبلغ أو تشتهي<sup>1</sup>، والدليل:

- العُلام إذا بلغ حدّ أن يأكل ويشرب وحده فقد بلغ حال قبول التّأديب فكان الأب أولى به لتأديبه وتعليمه، لأنّ في بقائه عند أمّه ضرر عليه إذا عقل، لأنّه سيتخلّق بأخلاق النّساء، وينشأ على آدابهنّ، ولا ولاية لأحد على الصّغير فيما فيه ضرر عليه<sup>2</sup>، مع أنّ القياس أن يكون العُلام في حضانة أمّه إلى وقت البلوغ إلاّ أنّه استحساناً يحتاج إلى التّأديب والأب أقدر على ذلك<sup>3</sup>.

- تستحقّ الأمّ حضانة الأنثى إلى أن تحيض، لأنّ الأصل في الولاية المستحقة بالولاد على الصّغير لا تزول إلاّ بالبلوغ، كالأب والجدّ استحقاّ الولاية على الصّغير بالولاد، فلم تزل ولايتهما إلاّ بالبلوغ<sup>4</sup>.

- أمّا بالنسبة لاستثناء الأمّ في عدم سقوط حضانة الأنثى عنها عند بلوغ سنّ الاستغناء مع أنّ القياس استواء الأنثى والعُلام في ذلك، لأنّ الأنثى وإن استغنت عن التّربية فإنّها تحتاج إلى تعلم الغزل والطّبخ وغسل الثّياب والأمّ على ذلك أقدر<sup>5</sup>.

\* **المالكية:** فرّقوا بين الذكر والأنثى فقالوا بالنسبة للذكر حتّى يبلغ على المشهور، وفي قول إلى الإثغار، والأنثى حتّى تتزوّج ويدخل بها<sup>6</sup>، والدليل:

- عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه عبد الله بن عمرو: { **أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ، وَتُدْبِي لَهُ سِقَاءً، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي.** }<sup>7</sup>، فأطلق<sup>8</sup>، ولم يقيدّه بسنّ مُعينة ممّا يدلّ على أنّه ببلوغه صار مكلفاً يستطيع بعدها الاختيار، أو الاعتماد على نفسه.

1 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 5، ص: 212-213.

2 الجصّاص، شرح مختصر الطّحاوي، المجلد: 5، ص: 325، السرخسي، المبسوط، ج: 5، ص: 208.

3 علاء الدّين السّمقندي، تحفة الفقهاء، ج: 2، ص: 230.

4 الجصّاص، شرح مختصر الطّحاوي، المجلد: 5، ص: 324.

5 السرخسي، المبسوط، ج: 5، ص: 207-208.

6 ابن جزّي، القوانين الفقهيّة، ص: 383، مالك بن أنس، المدوّنة، ج: 2، ص: 258، أبو الحسن الرّجراجي، منهاج التّحصيل، ج: 4، ص: 150.

7 أبوداود، سنن أبي داود، كتاب الطّلاق، باب من أحقّ بالولد، رقم الحديث: 2276، ج: 2، ص: 283.

8 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 941.

- تستمر حضانة الأنتى إلى ما بعد البلوغ لأنَّ الابنة محتاجة من الحفظ والمراعاة أكثر مما يحتاج إليه الابن، وحاجتها إلى ذلك بعد البلوغ أكثر وأشدَّ<sup>1</sup>.

- الأنتى بلوغها لم يؤثر في سقوط إجبار الأب إياها عن النِّكاح، فلم يؤثر في سقوط حضانة الأم عليها كحال الصَّغير<sup>2</sup>.

\* الشَّافعية: لم يُفرِّقوا بين الذكر والأنتى وقالوا إنَّ حضانة الأم تستمر إلى سنِّ التَّمييز وغالباً ما يكون في سنِّ السَّابعة أو الثَّامنة، وقد يتقدَّم أو يتأخَّر<sup>3</sup>، وهذا راجع إلى فطنة وذكاء المحضون أو بلادته<sup>4</sup>، والدليل:

- قال ﷺ: { أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي }<sup>5</sup>، عن أبي هريرة رضي الله عنه: { أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَيْرَ غُلَامًا بَيْنَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ، وَقَالَ: يَا غُلَامُ هَذِهِ أُمَّكَ وَهَذَا أَبُوكَ }<sup>6</sup>، فالحديث الأول أعطى للأم حقَّ الحضانة، والثاني أعطى الصَّبي حقَّ التَّخيير إذا وصل إلى سنِّ يميز فيها، وإن كان القياس يقتضي إدامة الحضانة للأم، إلاَّ أنَّه لا مبالاة بطرق القياس المظنون مع صحَّة الخبر<sup>7</sup>، ففي هذا السنِّ يكون المحضون متمكِّناً من ضبط وتحصيل ومعرفة أسباب الاختيار<sup>8</sup>.

\* الحنابلة: حضانة الأم تستمر إلى السَّبع سنين سواء للذكر أو الأنتى<sup>9</sup>، وفي قول للذكر حتى يأكل ويشرب ويتوضَّأ ويلبس وحده<sup>10</sup>، والدليل:

- عن عمارة الجرمي قال: (خيرني عليَّ رضي الله عنه، بين أُمِّي، وعمِّي، ثمَّ قال لأخ لي أصغر منِّي: وهذا أيضاً لو قد بلغ مبلغ هذا لخيرته).<sup>11</sup>، (وكنت ابن سبع أو ثمان سنين).<sup>12</sup>

1 القاضي عبد اهاب، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، رقم المسألة: 1543، المجلد: 2، ص: 810-811، القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 941.

2 المرجع نفسه، المجلد: 2، ص: 810.

3 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 15، ص: 545.

4 الماوردي، الحاوي، ج: 11، ص: 502.

5 أبوداود، سنن أبي داود، كتاب الطَّلَاق، باب من أحقَّ بالولد، رقم الحديث: 2276، ج: 2، ص: 283.

6 ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب تخيير الصَّبي بين أبويه، رقم الحديث: 2351، ج: 2، ص: 787-788.

7 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 15، ص: 546.

8 الماوردي، الحاوي، ج: 11، ص: 502.

9 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 246-247.

10 ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج: 7، ص: 187-188.

11 البيهقي، السنن الكبرى، كتاب التَّفَقَات، باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة، فالأمُّ أحقُّ بولدها ما لم تنزَّج، وكانوا صغاراً، فإذا بلغ أحدهم سبع أو ثمان سنين وهو يعقل خيَّر بين أبيه وأمه، وكان عند أيهما اختار، رقم الأثر: 15761، ج: 8، ص: 6.

12 المرجع نفسه، كتاب التَّفَقَات، باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة، فالأمُّ أحقُّ بولدها ما لم تنزَّج، وكانوا صغاراً، فإذا بلغ أحدهم سبع أو ثمان سنين وهو يعقل خيَّر بين أبيه وأمه، وكان عند أيهما اختار، رقم الأثر: 15762، ج: 8، ص: 6.

- سِنَّ السَّبْعِ هِيَ أَوَّلُ حَالِ أَمْرِ الشَّرْعِ فِيهَا بِمُخَاطَبَتِهِ بِالصَّلَاةِ<sup>1</sup>، قَالَ ﷺ: { مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعِ سِنِينَ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا، وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرٍ وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَصَاحِجِ }<sup>2</sup>  
- لِأَنَّهَا السِّنُّ الَّتِي لَا يُتَحَاجُّ فِيهَا الصَّبِيُّ إِلَى حَمْلِ أُمِّهِ لَهُ، وَمُبَاشَرَةَ خِدْمَتِهِ، فَهُوَ مُسْتَعْنٍ عَنِ ذَلِكَ، فَكَانَ لَهُ حَقُّ الْإِخْتِيَارِ<sup>3</sup>.

- الصَّبِيُّ إِذَا بَلَغَ حَدًّا يُعْرَبُ عَنْ نَفْسِهِ، وَيُمَيِّزُ بَيْنَ الْإِكْرَامِ وَضَدِّهِ، فَمَالٌ إِلَى أَحَدِ الْأَبْوِينِ، دَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ أَرْفَقَ بِهِ، وَأَشْفَقَ عَلَيْهِ<sup>4</sup>.

- الْغَرَضُ مِنَ الْحِضَانَةِ مَصْلَحَةُ الْمَحْضُونِ، وَمَصْلَحَةُ الْأُنْثَى بَعْدَ السَّبْعِ أَنْ تَكُونَ مَعَ أَبِيهَا لِأَنَّهَا تَحْتَاجُ إِلَى الْحِفْظِ، وَالْأَبُ أَوْلَى بِذَلِكَ، كَمَا أَنَّهُ يَبْلُوغُهَا السَّبْعَ، قَارِبَتِ الصَّلَاحِيَّةَ لِلتَّرْوِيجِ<sup>5</sup>، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: { أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَهَا وَهِيَ بِنْتُ سَبْعِ سِنِينَ، وَرَفَّتْ إِلَيْهِ وَهِيَ بِنْتُ تِسْعِ سِنِينَ، وَلَعَبَهَا مَعَهَا، وَمَاتَ عَنْهَا وَهِيَ بِنْتُ ثَمَانَ عَشْرَةَ }<sup>6</sup>.

\* الْمَوْقِفُ الْقَانُونِي.

نَصَّتْ عَلَى مَدَّةِ الْحِضَانَةِ الْمَادَّةُ 65 ق 65 أ ج: "تَنْقُضِي مَدَّةَ حِضَانَةِ الذَّكَرِ بِلُغُوهِ (10) سَنَوَاتٍ، وَالْأُنْثَى بِلُغُوهِهَا سِنَّ الزَّوْجِ، وَلِلْقَاضِي أَنْ يَمُدِّدَ الْحِضَانَةَ بِالنِّسْبَةِ لِلذَّكَرِ إِلَى (16) سَنَةٍ إِذَا كَانَتْ الْحَاضِنَةُ أَمَا لَمْ تَتَزَوَّجْ ثَانِيَةً، عَلَى أَنْ يَرَاعَى فِي الْحُكْمِ بَانْتِهَائِهَا مَصْلَحَةَ الْمَحْضُونِ."<sup>7</sup>، وَقَرَّارَ الْحَكْمَةِ الْعَلِيَا: "مِنَ الْمَقَرَّرِ قَانُونًا أَنَّهُ تَنْقُضِي مَدَّةَ حِضَانَةِ الذَّكَرِ بِلُغُوهِ 10 سَنَوَاتٍ وَالْأُنْثَى بِلُغُوهِهَا سِنَّ الزَّوْجِ وَلِلْقَاضِي أَنْ يَمُدِّدَ الْحِضَانَةَ بِالنِّسْبَةِ لِلذَّكَرِ إِلَى 16 سَنَةٍ إِذَا كَانَتْ الْحَاضِنَةُ أَمَا لَمْ تَتَزَوَّجْ مَعَ مَرَاغَاتِ مَصْلَحَةَ الْمَحْضُونِ، وَمِنْ ثَمَّ فَإِنَّ الْقَضَاءَ بِمَا يُخَالِفُ هَذَا الْمَبْدَأَ يُعَدُّ مَنَعْدَمًا لِلْأَسَاسِ الْقَانُونِي وَمَا كَانَ ثَابِتًا فِي قَضِيَّةِ الْحَالِ أَنَّ الْمَجْلِسَ الْقَضَائِيَّ لَمَّا لَمْ يَوْضَحْ فِي قَرَارِهِ عُمُرَ الْأَوْلَادِ الَّذِينَ تَشْمَلُهُمُ الْحِضَانَةُ خَالَفَ الْقَانُونَ. وَمَتَى كَانَ ذَلِكَ اسْتَوْجِبَ نَقْضَ الْقَرَارِ الْمَطْعُونِ فِيهِ."<sup>8</sup>، وَبِهَذَا يَكُونُ مَوْقِفُ الْمَقْنَنِ الْجَزَائِرِيِّ عَلَى النَّحْوِ التَّالِي:

- بِالنِّسْبَةِ لِلذَّكَرِ شَابَهُ مَوْقِفَهُ الشَّافِعِيَّةَ.

1 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 240.

2 أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، رقم الحديث: 495، ج: 1، ص: 133.

3 ابن قدامة، المغني، ج: 8، ص: 240.

4 المرجع نفسه.

5 ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج: 8، ص: 241.

6 مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، رقم الحديث: 71-1422، ج: 2، ص: 1039.

7 القانون رقم: 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر، ص: 914.

8 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 59156، بتاريخ: 19/03/1990م، المجلة القضائية، ع: 2، 1991م، ص: 76.

- بالنّسبة للأنتى على اعتبار أنّه لا يُعتبر سنّ الرّواج هو الحيض بل ببلوغها 19 سنّة حسب نصّ المادّة 7 ق أ ج، فإنّه يكون بذلك قد أتى بقول لا أصل له عند الفقهاء.

\* التّرجيح.

بما أنّ الحضانة هي مسؤوليّة رعاية وتربية الصّغير، والتي تتطلّب من الحاضن جهداً ومشقّةً يستحقّ عليها أجره، فإنّ هذه الأجرة تكون إلى غاية سنّ التّكليف، وهي السنّ التي يكون فيها المحضون مسؤولاً عن تصرفاته، دون تفرّيق بين ذكر أو أنثى، قال عليه السلام: { رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبَرَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ، أَوْ يُفِيقَ }<sup>1</sup>، والله أعلم.

5/ مسألة عودة حقّ الحضانة للأمّ المطلّقة.

اتفق الفقهاء على أنّه إذا تزوّجت الأمّ المطلّقة بزواج أجنبي عن المحضون سقط حقّها في الحضانة<sup>2</sup>، فإذا طلّقت اختلف الفقهاء في حقّ عودة الحضانة إليها على النحو التّالي:

\* المذهب الأوّل: ذهب الحنفيّة إلى أنّ حقّها في الحضانة يعود إليها في الطّلاق البائن، ولا يعود إليها في عدّة الطّلاق الرّجعي حتّى تنقضي عدّتها<sup>3</sup>، والدليل:

الرجعية لا يعود حقّها لقيام المانع منه وهو الرّوجية، أمّا بعد انقضاء عدّتها والبائن، فيعود حقّها لزوال المانع كالنّاشئة لا نفقة لها ثمّ تعود بالعود إلى منزل الرّوج<sup>4</sup>.

\* المذهب الثّاني: ذهب المالكيّة في المشهور إلى عدم رجوع حقّها في الحضانة، وفي قول آخر يرجع حقّها<sup>5</sup>، والدليل:

أنّ الأمّ إذا تركت ولدها لعذر عاد لها حقّها بزوال العذر، وإن تركت ولدها باختيارها سقط حقّها، ولا يرجع إليها في رواية مالك<sup>6</sup>، فعلى ذلك فإنّ الرّواج على المشهور هو إسقاط لحقّها باختيارها، وعلى القول الآخر فإنّ الرّواج عذر كالمرض، يعود لها حقّها بزواله.

1 ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الطّلاق، باب طلاق المعتوه والصّغير والنائم، رقم الحديث: 2041، ج: 1، ص: 658.

2 وهبة التّرجيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج: 7، ص: 728.

3 شيخي زاده، مجمع الأنهر، ج: 2، ص: 168، الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 5، ص: 211.

4 المرجع نفسه، ج: 2، ص: 168-169.

5 ابن عبد البرّ، الكافي في فقه أهل المدينة، القسم: 2، ص: 626.

6 اللّخمي، التّبصرة، ج: 6، ص: 2569.

\* المذهب الثالث: ذهب الشّافعيّة<sup>1</sup>، والحنابلة<sup>2</sup> إلى رجوع حقّها إليها ولو في عدّة الطّلاق الرّجعي، والدّليل:  
- سقوط حضانتها بالزّوج كسقوطها بجنون أو فسق، وهي تعود إلى حقّها بالإفاقة من الجنون، والعدالة بعد الفسق، فكذلك تعود بالطلاق بعد النّكاح، لأنّ تعلق الحُكم بعلة يوجب إسقاطها بزوال تلك العلة<sup>3</sup>.  
- أنّ حضانتها تأخّرت بالتّزويج، ولمّ تبطل لانتقالها إلى أمّها المدّلية بها، ولو بطلت حضانتها لما انتقلت إلى من أدلى بها<sup>4</sup>.  
- الرّجعية مطلّقة كالبائن فتساوى معها في حقّ الحضانة<sup>5</sup>.  
\* الموقف القانوني.

نصّت المادّة 66 ق أ ج<sup>6</sup> على أنّه يسقط حقّ الحضانة بالزّوج بغير قريب مُحرم، ونصّت المادّة 71 من نفس القانون<sup>7</sup> على أنّه يعود الحقّ في الحضانة إذا زال سبب سُقوطه غير الاختياري، فهل يُعتبر الزّواج بأجنبي سبباً غير اختياري يعود به حقّ الحضانة إذا زال أم لا؟، جاء في نصّ قرارات المحكمة العليا أنّه سبب غير اختياري من ذلك: "من المقرّر قانوناً أنّه يعود الحقّ في الحضانة إذا زال سبب سُقوطها غير الاختياري، ومتى تبيّن في قضية الحال أنّ المطعون ضدها قد تزوّجت بغير قريب مُحرم ثمّ طلّقت منه ورُفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقّها في الحضانة، فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بحقّها في الحضانة طبقاً لأحكام المادّة 71 من قانون الأسرة قد طبّقوا صحيح القانون. متى كان ذلك استوجب رفض الطعن".<sup>8</sup>، و: "إنّ القضاء بسقوط الحضانة عن الطاعنة رغم زوال سبب السقوط، ودون الرّد على الدّفع المثار من طرفها فيما يخصّ طلاقها من غير قريب مُحرم رغم أنّ لها حقّ العودة في المطالبة بالحضانة طبقاً للمادّة 71 من ق أ يُعدّ مخالفةً للقانون وقصور في التّسبيب".<sup>9</sup>، وعليه فمن حقّ المطلّقة عودة الحضانة إليها بعد الطّلاق وهنا نكون أمام حالتين:

- الطّلاق البائن: يُعتبر الطّلاق القضائي بائناً وبالتالي سيرجع إليها حقّها بمجرد صدور الحُكم.

1 الماوردي، الحاوي، ج: 11، ص: 510.

2 ابن قدامة، المغني: 8، ص: 248.

3 الماوردي، الحاوي، ج: 11، ص: 510.

4 المرجع نفسه.

5 ابن قدامة، المغني: 8، ص: 248.

6 القانون رقم: 84-11، المتضمّن قانون الأسرة الجزائري، السّالف الذّكر، ص: 914.

7 القانون رقم: 84-11، المتضمّن قانون الأسرة الجزائري، السّالف الذّكر، ص: 914.

8 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 201336، بتاريخ: 1998/07/21م، ع: خاص، 2001م، ص: 178.

9 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 252308، بتاريخ: 2000/11/21م، المجلّة القضائيّة، ع: 2، 2001م، ص: 284.

- الطّلاق الرّجعي: على اعتبار أنّه لا وجود له في الطّلاق القضائي، وإمّا يكون في حالة الطّلاق العربي، ولكن عند إثباته بحكم قضائي سيكون بائناً، وعليه سيرجع إليها حتّى بمجرد صدور الحُكم، وإذا ثبت بأثر رجعي ولم تنته العِدّة فإنّها لازالت في حُكم الرّوجية ومنه فالسّبب الذي أسقط حَقّها لم يزل بعد قائماً.

\* التّرجيح.

يظهر ممّا سبق حقّ البائن في رجوع حضانة أبنائها إليها لزوال المانع، أمّا الرّجعية في عدّتها فهي في حُكم الرّوجة تسمع لزوجها وتُطيعه، ولا تحتجب منه ولها أن تتزيّن، وعليه نفقتها، وبالتالي فله الحقّ في منع المحضون من دخول بيت الرّوجية، إذا كيف ستحضنه؟، كما أنّها مدّة ليست بالطّويلة، ويفصل في أمرها إمّا برجوعها، أو بينونتها، وعليه فالرّاجح والله أعلم قول الحنفيّة.

### المطلب الثاني: المتعة والتعويض.

إنّ التَّمييز بَيْنَ المتعة والتَّعْوِيز كحَقِّ مَالِي لِلْمُطَلَّقة فِي فرعين ضرورة حتمية حتى تتضح صورة كل منهما من وجهة النظر الشرعية والقانونية.

#### الفرع الأول: المتعة.

#### أولاً: تعريف المتعة.

#### 1/ لغةً:

متع الميم والتاء والعين أصلٌ صحيح يدلّ على منفعة، وامتداد مدّة في خير<sup>1</sup>، والمتاعُ والمتعةُ اسمان يقومان مقام المصدر الحقيقي وهو التَّمْتِيعُ<sup>2</sup>، ومن أهل التحقيق من ذهب إلى:

- أنّ الأصل في الباب التَّلذُّذ، مَتَعَ النَّهَارَ لِأَنَّهُ يُتَمَتَّعُ بِضِيَّائِهِ، والمتاع: الانتفاع بما فيه لذّة عاجلة<sup>3</sup>، والمتعةُ: العمرة إلى الحجّ، وَقَدْ تَمَتَّعَ وَاسْتَمَتَّعَ؛ أي حلّ له كلّ شيء كان حرّم عليه في إحرامه من النساء والطيب، والمتعةُ: التمتع بالمرأة لا على سبيل الاستدامة، والمتاعُ: السِّلعة، وكلّ ما يُتَنَفَعُ به من عروض الدّنيا قليلاً وكثيرها<sup>4</sup>، ومَتَّعَتِ الْمُطَلَّقةُ بِالشَّيْءِ، لَأَنَّهَا تَتَنَفَعُ بِهِ<sup>5</sup>.

- وذهب بعضهم إلى أنّ الأصل الامتداد والارتفاع، والمتاع: انتفاع ممتدّ الوقت<sup>6</sup>، متع النهار: طال وامتدّ وتعالى، ومتع السراب مُتَوَعّاً: ارتفع في أول النهار، والمتاعُ: الطويل من كلّ شيء، ومَتَّعَ الشَّيْءُ: طَوَّلَهُ، يقال للجبل الطويل مائع؛ أي طويل شاق، ومتّعه الله، وأمتعته بكذا: أبقاه ليستمتع به، ومتّعة المرأة: ما وُصِلت به بعد الطلاق<sup>7</sup>.

وفي الأخير فإنّ المعاني وإن اختلفت فهي راجعة إلى أصل واحد، وهي أنّ المتاع في الأصل كلّ شيء يُتَنَفَعُ به ويُبَلِّغُ به والفناء يأتي عليه في الدّنيا، قال تعالى: ﴿يَقُومُ إِنَّمَا هَذِهِ أَحْيَاؤُ الدُّنْيَا مَتَّع﴾ [غافر: 39]، أي بُلِّغَةُ يُتَبَلِّغُ به لا بقاء له<sup>8</sup>.

2/ اصطلاحاً: قال ابن عرفة: " ما يُؤْمَرُ الرّوْجُ بِإِعْطَائِهِ الرّوْجَةَ لِطُلَاقِهِ إِيَّاهَا."<sup>9</sup>، فأغلب تعريفات الفقهاء تدور حول هذا المعنى.

1 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الميم، باب الميم والتاء وما يتلثهما (متع)، ج: 5، ص: 293.

2 ابن منظور، لسان العرب، كتاب العين المهملة، فصل الميم (متع)، المجلد: 8، ص: 331.

3 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الميم، باب الميم والتاء وما يتلثهما (متع)، ج: 5، ص: 294.

4 ابن منظور، لسان العرب، كتاب العين المهملة، فصل الميم (متع)، المجلد: 8، ص: 329، و333.

5 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الميم، باب الميم والتاء وما يتلثهما (متع)، ج: 5، ص: 293.

6 المرجع نفسه، ج: 5، ص: 294.

7 ابن منظور، لسان العرب، كتاب العين المهملة، فصل الميم (متع)، المجلد: 8، ص: 328، وما بعدها.

8 ابن منظور، المرجع السابق، المجلد: 8، ص: 329، و332.

9 المواق، التاج والإكليل، ينظر الخطاب، مواهب الجليل، ج: 5، ص: 411.

أما في قانون الأسرة الجزائري فلم يرد ذكر مصطلح المتعة أصلاً، وفي اجتهادات المحكمة العليا جاء ذكرها في سياق تناول أحكامها من ذلك: "المتعة تُمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر".<sup>1</sup>، إلا أنه في قرار آخر اعتبر المتعة تستحقها المطلقة بمجرد الطلاق، وهي غير التعويض عن الضرر حيث جاء فيه: "إنّ الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"<sup>2</sup>، ما يُلاحظ على اجتهادات المحكمة العليا هو التردد في ضبط المقصود من المتعة، فتارةً تقترب من المفهوم الشرعي، وتارةً تخالفه.

### 3/ العلاقة بين التعريف اللغوي والاصطلاحي.

يلاحظ أنّ المعنى الاصطلاحي للمتعة تضمن المعنيين اللغويين للمتعة، ففي متعة الطلاق انتفاع للمرأة بالمال، وامتداداً لما كان بين الزوجين من العشرة.

ثانياً: دليل مشروعيتها.

#### 1/ من القرآن.

قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ نِسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا هُنَّ فَرِيضَةٌ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتْعَاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 234]، أمر الله تعالى بإمتاع المطلقة بتعويضها عما فاتها بشيء تُعطاه من زوجها بحسب حاله<sup>3</sup>، وصيغة الأمر إذا كانت للطلب فإنّ دلالتها تتفاوت بين الوجوب والتدب والإباحة، مما يدلّ على مشروعية المتعة.

قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 239]، قال شريح: "إن كنت من المتقين فمتع"، وكان يقول في متاع المطلقة: "لا تأب أن تكون من المحسنين، لا تأب أن تكون من المتقين".<sup>4</sup>، ومعلوم أنّ تحصيل التقوى، والإحسان من الأمور المرغوبة فيها شرعاً، ومتعة المطلقة طريق لذلك.

قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسِرَّخُوهُنَّ سِرَّاحاً جَمِيلاً﴾ [الأحزاب: 49]، أي أعطوهنّ ما يستمتعن به من عرض أو عين مال<sup>5</sup>، وهو أمر كما في الآية السابقة.

1 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 39731، بتاريخ: 27/01/1986م، المجلة القضائية ع: 4، 1993م، ص: 61.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 235367، تاريخ: 22/02/2000م، المجلة القضائية، ع: 1، 2001، ص: 275.

3 ابن كثير، تفسير ابن كثير، سورة البقرة، ج: 1، ص: 265.

4 الطبري، تفسير الطبري، سورة البقرة، ج: 4، ص: 300.

5 المرجع نفسه، سورة الأحزاب، ج: 19، ص: 128.

- قال تعالى: ﴿يَأْيُهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزَيَّنَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعَنَّ وَأَسْرَحَنَّ سَرَا حًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 28]، أي أعطيكن حقوقكن<sup>1</sup>، وما دام أن المتعة حق إذا فهي مشروعة.  
2/ من السنة.

- عن أبي أسيد رضي الله عنه قال: { خَرَجْنَا مَعَ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم حَتَّى انْطَلَقْنَا إِلَى حَائِطٍ يُقَالُ: لَهُ الشَّوْطُ، حَتَّى انْتَهَيْنَا إِلَى حَائِطَيْنِ، جَلَسْنَا بَيْنَهُمَا، فَقَالَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم: اجْلِسُوا هَا هُنَا، وَدَخَلَ، وَقَدْ أُتِيَ بِالْجُوْنِيَّةِ، فَأُنزِلَتْ فِي بَيْتٍ فِي نَحْلِ فِي بَيْتِ أُمَيْمَةَ بِنْتِ النُّعْمَانِ بْنِ شَرَا حِيلٍ، وَمَعَهَا دَابِتُّهَا حَاصِنَةٌ لَهَا، فَلَمَّا دَخَلَ عَلَيْهَا النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم قَالَ: هِيَ نَفْسِكَ لِي، قَالَتْ: وَهَلْ تَهَبُ الْمَلِكَةَ نَفْسَهَا لِلْسُّوْقَةِ؟، قَالَ: فَأَهْوَى بِيَدِهِ يَضَعُ يَدَهُ عَلَيْهَا لَتَسْكُنَ، فَقَالَتْ: أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْكَ، فَقَالَ: قَدْ عُذْتُ بِمَعَاذِ ثُمَّ خَرَجَ عَلَيْنَا فَقَالَ: يَا أَبَا أُسَيْدٍ، اكْسُهَا رَا زِقِيَّتَيْنِ، وَأَلْحِقْهَا بِأَهْلِهَا. }<sup>2</sup>، لما متع الرسول صلى الله عليه وسلم الجوينية دل على مشروعيتها، ومعلوم أن الخطاب الموجه للرسول هو خطاب لأُمَّته إلا ما خصه الدليل به.

- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: { لَمَّا طَلَّقَ حَفْصُ بْنُ الْمَغِيرَةِ امْرَأَتَهُ فَاطِمَةَ فَآتَتْ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم فَقَالَ لِرِزْوَجِهَا: مَتَّعَهَا، قَالَ: لَا أَجِدُ مَا أُمَتَّعُهَا، قَالَ: فَإِنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْمَتَاعِ، قَالَ: مَتَّعَهَا وَلَوْ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ. }<sup>3</sup>، لفظ لا بد في الحديث من الصيغ التي تُفيد الأمر.

3/ من الأثر.

عن مالك أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأة له فتمتع بوليده<sup>4</sup>.

4/ من الإجماع.

شهدت الأخبار وأجمعت الأمة على مشروعيتها المتعة<sup>5</sup>.

1 ابن كثير، تفسير ابن كثير، سورة الأحزاب، ج: 3، ص: 1479.

2 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب من طلق، وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق؟، رقم الحديث: 5255، ص: 1339.

3 البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب المتعة، رقم الحديث: 14493، ج: 7، ص: 420.

4 مالك بن أنس، الموطأ (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، كتاب الطلاق، باب ما جاء في متعة الطلاق، رقم الأثر: 45، ج: 2، ص: 573.

5 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 13، ص: 180.

ثالثاً: حُكم المتعة.

1/ في الفقه.

يختلف حُكم المتعة بحسب اختلاف نوع المطلّقة، وبما أنّ البحث مقتصر على الطّلاق الواقع بإرادة الرّوج، وعليه فتكون أنواع المطلّقات على النحو التّالي:

أ- المتعة للمطلّقة قبل الدّخول والحلوة، ولم يُسم لها مهر.

اختلف الفقهاء في حُكم المتعة لها على المذاهب التّالية:

- المذهب الأوّل: ذهب الحنفيّة<sup>1</sup>، والشّافعيّة<sup>2</sup>، والظاهر من مذهب الحنابلة<sup>3</sup>، والظاهرية<sup>4</sup> إلى أنّها واجبة، والدليل:

- قال تعالى: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 49]، وقال: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: 234]، فالله أمر بالمتعة، والأمر يقتضي الوجوب<sup>5</sup>.

- قال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتْعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 239]، أضاف الله سبحانه المتعة إليهنّ بلام التّمليك، ثم قال: حَقًّا، وذلك دليل وجوبه<sup>6</sup>.

قال تعالى: ﴿عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 239]، وقال: ﴿عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 234]، كلمة على تُفيد الوجوب، والمراد بالمتّقين والمحسنين المؤمنون، والمؤمن هو الذي ينقاد لحُكم الشرع<sup>7</sup>.  
- لأنّه لحقها بالنّكاح ابتدالاً، وقَلّت الرّغبة فيها بالطلاق، فوجب لها المتعة<sup>8</sup>.  
- لأنّه طلاق في نكاح يقتضي عوضاً، فلم يخلُ عن العوض، كما لو سُمّي مهراً<sup>9</sup>.

1 الشّيباني الحنفي، الأصل، ج: 4، ص: 436.

2 التّووي، المجموع، ج: 16، ص: 387.

3 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 72.

4 ابن حزم، المحلّي، ج: 10، ص: 3.

5 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 239، السّرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 61، الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 3، ص: 531-532.

6 السّرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 61.

7 المرجع نفسه.

8 التّووي، المجموع، ج: 16، ص: 387.

9 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 239.

- المذهب الثاني: ذهب المالكية<sup>1</sup>، ورواية لأحمد إلى استحباب المتعة لها<sup>2</sup>، والدليل:

- قال تعالى: ﴿عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 239]، وقال: ﴿عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 234]، فلما لم يكن الخطاب عاماً على غير المحسن، ولا غير المتقي علم أنه مخفف<sup>3</sup>، وما كان من قبيل الإجمال والإحسان فليس بواجب<sup>4</sup>، فقد اقترن الأمر بما يدل على التدب، إذ خصص بالمحسنين، و الإحسان يكون بين العبد وخالقه، فلما علق تعالى المتعة بصفة لا يعلمها غيره دل على أنّ الله لم يوجب الحكم بها على الحكّام، إذ لم يجعل لهم طريقاً إلى تمييز المأمور بها من غيره<sup>5</sup>.

- قال تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ. وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ. مَتَّعُوا بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 234]، المتعة غير مقدّرة ولا معلومة، والفرائض لا بد أن تكون مقدّرة معلومة<sup>6</sup>.

- قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: 234]، فقد خصّ الله المطلق قبل الدخول وقبل التسمية برفع الحرج عنه دون غيره، والتخصيص من أجل أنّها تطلق، ولا يجب لها بالطلاق شيء بسبب من تحرج عن الطلاق في هذه الحال، فلو وجب لها المتاع إذا طلقت في هذه الحال كما يجب للمطلقة قبل الدخول وبعد التسمية نصف الصداق، وكما يجب للمطلقة بعد الدخول جميع المهر لما تحرج أحد عن طلاقها في هذه الحال كما لم يتحرج عن طلاقها في سائر الأحوال، ولما كان لتخصيصها برفع الحرج عن المطلق لها معنى<sup>7</sup>.

- لأنّ الطلاق تأثيره الإسقاط دون الإيجاب، بدليل سقوط نصف المسمى قبل الدخول، والطلاق نوع من الفراق كالموت<sup>8</sup>، والمتوفى عنها لا متعة لها.

\* الترجيح.

يترجح ممّا سبق والله أعلم مذهب الجمهور في وجوب المتعة لها للأمر الوارد في الآية، كما أنه ليس لها شيء من المهر<sup>9</sup> فجبراً لحاظها تُعطى المتعة، أمّا بالنسبة للقريظة الصّارفة التي اعتمد عليها المالكية فليست كذلك، لأنّ المندوب إليه لا يختلف فيه المتقي، والمحسن، وغيرهما، ثمّ الإيجاب على المحسن، والمتقي لا ينفى الإيجاب على

1 مالك بن أنس، المدوّنة، ج: 2، ص: 239.

2 ابن قدامة، الكافي، ج: 3، ص: 72.

3 مالك بن أنس، المدوّنة، ج: 2، ص: 239.

4 ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، ج: 3، ص: 184.

5 ابن رشد الجد، المقدمات الممهّدات، ج: 1، ص: 549.

6 المرجع نفسه.

7 المرجع نفسه.

8 أبو بكر الصّقلي، الجامع لمسائل المدوّنة، ج: 9، ص: 460.

9 أجمع أهل العلم على أنّ التي لم يُفرض لها ولم يُدخل بها لا شيء لها غير المتعة، ينظر القرطبي: تفسير القرطبي، سورة البقرة، ج: 3، ص: 200.

غيرهما، فالله سبحانه وتعالى أخبر أنّ القرآن هدىً للمتقين، ولم ينف أن يكون هدىً للناس كلهم، كذلك هنا، كما أنّ المتعة هنا بدلٌ عن واجب، وهو نصف مهر المثل، وبدلٌ الواجب واجبٌ، لأنّه يقوم مقام الواجب<sup>1</sup>.

ب- المتعة للمطلقة قبل الدخول والخلو، وقد سمّي لها المهر.

اختلف الفقهاء في حكم المتعة لها على المذاهب التالية:

- المذهب الأول: ذهب المالكية<sup>2</sup>، وظاهر مذهب الشافعية<sup>3</sup>، واختيار القُدوري من الحنفية<sup>4</sup> أنّه لا متعة لها، والدليل:

- قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: 235]، فذكر الله المطلقة قبل الدخول وبعد التسمية عقب المطلقة قبل الدخول وقبل التسمية فأوجب لها نصف الفريضة ولم يأمر لها بالمتاع، فدلّ على أنّه لم يجعل لها متاعاً واجباً ولا مندوباً إليه<sup>5</sup>، فدلّ فحوى الخطاب من الآية على أنّ المتعة ونصف المفروض يتعاقبان على التبادل<sup>6</sup>.

- لأنّها قد ملكت نصف المهر بما ابتدلت به من العقد فلم يجعل لها غيره، لئلا يُجمع بين بدلين، ولأنّ طلاقها قبل الدخول قد أسقط شرط مهرها، فلا معنى لأن تستحقّ به متعةً فوق مهرها<sup>7</sup>.

- في المتاع تسليّةً لوحشة الفراق، فلم يؤمر به لمن سمّي لها المهر، لأنّ فيما تأخذه من نصف الصّدق تسليّةً لذلك<sup>8</sup>.

- لأنّها لها نصف المفروض بحق النكاح، وليس بينهما سبب سوى النكاح<sup>9</sup>.

- المذهب الثاني: ذهب الحنفية في المشهور<sup>10</sup>، وظاهر مذهب الحنابلة أنّها مستحبة<sup>11</sup>، والدليل:

- قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَعُوهُنَّ﴾ [البقرة: 234]، ثم قال: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: 235]، فخصّ الأولى بالمتعة، والثانية بنصف المفروض، مع تقسيمه النساء قسمين، وإثباته

1 الكاساني، بدائع الصناعات، ج: 3، ص: 543.

2 مالك بن أنس، المدوّنة، ج: 2، ص: 238.

3 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 13، ص: 180.

4 ابن عابدين، ردّ المختار، ج: 4، ص: 245-246، شيخي زاده، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، ج: 1، ص: 516.

5 ابن رشد الجد، المقدمات الممهّدات، ج: 1، ص: 550.

6 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 13، ص: 181.

7 الماوردي، الحاوي، ج: 9، ص: 548، الرّوياني، بحر المذهب، ج: 9، ص: 522.

8 اللّخمي، التّبصرة، ج: 6، ص: 2513-2514.

9 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 62.

10 ابن عابدين، ردّ المختار، ج: 4، ص: 245، الكاساني، بدائع الصناعات، ج: 3، ص: 544.

11 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 240.

لكلِّ قسمٍ حُكماً، فيدلُّ ذلك على اختصاص كلِّ قسمٍ بحُكمه، لدلالة الآيتين على نفي الوجوب، وجمعاً بيِّن دلالة الآيات والمعنى، فإنَّ المتاع عوض واجب في عقد، فإذا سُمِّي فيه عوض صحيح، لمَّ يجب غيره، كسائر عُقود المعاوضة، ولأنَّها لا تجب لها المتعة قبل الفرقة، ولا ما يقوم مقامها، فلمَّ تجب لها عند الفرقة، كالمتوفى عنها زوجها<sup>1</sup>.

- المذهب الثالث: ذهب الشافعية في وقول<sup>2</sup>، والحنابلة في رواية حنبل<sup>3</sup>، والظاهرية أنَّها واجبة<sup>4</sup>، والدليل: قال تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتْعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 239]، فعَمَّ الله كلَّ مطلقَّة بالمتعة، ولمَّ يخصَّ واحدة دون أخرى، وأوجبه لها على كلِّ متق يخاف الله تعالى<sup>5</sup>.

\* الترجيح.

يترجح ممَّا سبق والله أعلم قول من قال بالاستحباب، لأنَّه وإن لمَّ يأمر نصَّ خاص بمتاع لها، إلاَّ أنَّه لمَّ يرد نصَّ بينه عن امتاعها فتدخل في عموم النصوص التي تأمر بامتاع المطلقات.

ج- المتعة للمطلقَّة بعد الدُّخول.

اختلف الفقهاء في استحقاقها المتعة على أقوال:

- القول الأوَّل: ذهب الشافعية في القديم إلى أنَّه لا متعة لها<sup>6</sup>، والدليل:

- لأنَّ الله تعالى أوجب المتعة بشرطين هما: عدم المهر، وعدم الدُّخول، فلا تجب المتعة بفقدتهما<sup>7</sup>.
- لأنَّه نكاح لمَّ يخل من عوض فلمَّ يجب فيه متعة كالمطلقَّة قبل الدُّخول إذا كان لها مهر مسمًى<sup>8</sup>.
- إذا كانت المتعة تسقط بسبب وجوب نصف المسمًى، فلأنَّ تسقط إذا وجب جميع المهر من باب أوَّل<sup>9</sup>.

- لأنَّ سبب استحقاقها المتعة لأن لا تصير مبتدلةً بغير عوضٍ، وقد صارت إلى عوضٍ فلمَّ يُجمع لها بيِّن عَوْضين<sup>10</sup>.

1 ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 7، ص: 240.

2 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 13، ص: 181.

3 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 240.

4 ابن حزم، المحلَّى، ج: 10، ص: 3.

5 المرجع نفسه، ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 240.

6 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 13، ص: 181.

7 الماوردى، الحاوي، ج: 9، ص: 548، الرُّوياني، بحر المذهب، ج: 9، ص: 522.

8 المرجع نفسه، الرُّوياني، بحر المذهب، ج: 9، ص: 522.

9 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 13، ص: 181، الماوردى، الحاوي، ج: 9، ص: 548، الرُّوياني، بحر المذهب، ج: 9، ص: 522.

10 الماوردى، الحاوي، ج: 9، ص: 548، الرُّوياني، بحر المذهب، ج: 9، ص: 522.

- القول الثاني ذهب الحنفية<sup>1</sup>، والمالكية<sup>2</sup>، وظاهر مذهب الحنابلة إلى أنها مُستحبة<sup>3</sup>، والدليل: قال تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنِ أُمْتِعُكَ وَأَسْرِحُكَ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 28]، دلت الآية على أنّ المتعة مستحبة في المدخول بها، لأنه كان قد دخل بها، فقد روى ابن سيرين، عن شريح، " أنّ امرأة خاصمت زوجها إلى شريح في المتعة، فقال شريح: لا تأبى أن تكون من المحسنين، لا تأبى أن تكون من المتقين، ولم يُجره."<sup>4</sup>، وهو مروى عن ابن عباس رضي الله عنه<sup>5</sup>.

- أنّ الأمر اقترن بما يصرفه إلى الاستحباب، وهو تخصيصه بالمحسنين لقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَيَّ الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 239]، ولقوله: ﴿حَقًّا عَلَيَّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 234] فخفف من الوجوب إلى الاستحباب<sup>6</sup>.

- الأمر للاستحباب بنفس طريقة الاستدلال على استحباب المتعة للمطلقة قبل الدخول وقد سُمّي لها المهر، وذلك جمعاً بين دلالة الآيات والمعنى، أو لاختصاص كل قسم من قسمي النساء بحكم<sup>7</sup>.

- يُحمل ذكر المتاع في الآية على الندب كما يُندب إلى الزوج أداء المهر على الكمال في غير المدخول بها، أو يحمل على التفقة والكسوة في حال قيام العدة، لأنّ كلّ ذلك متاع عملاً بالدلائل كلّها بقدر الإمكان<sup>8</sup>.

- لأنّ المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية لا تجب لها المتعة بالإجماع، فالمطلقة بعد الدخول أولى، لأنّ الأولى تستحق بعض المهر، والثانية تستحقّ الكلّ فاستحقاق بعض المهر لما منع عن استحقاق المتعة فاستحقاق الكلّ أولى<sup>9</sup>، وكلمتوفى عنها زوجها، لأنّ النكاح حقّ معاوضة وبعد تقرّر الفرض لا حاجة إلى شيء آخر<sup>10</sup>.

- المتعة وجبت بالنكاح بدلاً عن البضع إمّا بدلاً عن نصف المهر أو ابتداءً، فإذا استحققت المسمى أو مهر المثل بعد الدخول، فلو وجبت المتعة لأدى إلى أن يكون للملك واحدٍ بدلان، وإلى الجمع بين البدل والأصل في حالة واحدة، وهذا ممتنع<sup>11</sup>.

1 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 3، ص: 544، السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 62.  
 2 ابن رشد الجد، المقدمات المهدات، ج: 1، ص: 551، مالك بن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 238.  
 3 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 240.  
 4 سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، كتاب الطلاق، باب ما جاء في متاع المطلقة، رقم الأثر: 1779، القسم الثاني من المجلد الثالث، ص: 28.  
 5 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 62.  
 6 ابن رشد الجد، المقدمات المهدات، ج: 1، ص: 551، مالك بن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 238-239.  
 7 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 240-241.  
 8 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 3، ص: 545.  
 9 المرجع نفسه.  
 10 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 62.  
 11 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 3، ص: 545، السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 62.

- القول الثّالث: ذهب الشّافعية في الجديد<sup>1</sup>، والحنابلة في رواية حنبل<sup>2</sup>، والظاهرية إلى أنّها واجبة<sup>3</sup>، والدّليل:
- تستحقّ المتعة، لأنّ ما سلّم لها من المهر في مقابلة منفعة البُضع، لا في مقابلة العقد والطلاق<sup>4</sup>.
- قال تعالى: ﴿وَلَمَّا طَلَّقْتَ مَتْعُ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَيِ الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 239]، فالآية على عُمومها في كلّ مطلقّة إلا ما خصّه الدّليل في المطلقة قبل الدّخول، وليس لها مهر مسمّى، فإن قيل: أنّ هذه الآية مجمّلة فسّرها قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: 234] جوابه أنّ حمل الآيتين على عُموم وخصوص، أولى من حملها على مجمل ومفصّل، لأنّ العُموم يمكن استعماله بنفسه، والمجمل لا يمكن استعماله بنفسه<sup>5</sup>.
- قال تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنِ أُمْتِعَنَّ وَأُسْرِحَنَّ سَرَا حًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: 28]، فرض الله على النبي ﷺ إنّ اختار أزواجه الحياة الدّنيا أن يمتعهن<sup>6</sup>.
- إجماع الصحابة أنّ المتعة لكلّ مطلقّة إلا التي طلقت قبل الدّخول ولم يفرض لها مهر روي ذلك عن عمر رضي الله عنه، وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنّه كان يقول: (لكلّ مطلقّة متعة إلا التي تطلق، وقد فرض لها صداق، ولم تمسّ فحسبها نصف ما فرض لها).<sup>7</sup>، وليس يُعرف لهما في الصّحابة مخالف<sup>8</sup>.
- لأنّه طلاق لم يسقط به شيء من المهر فجاز أن تجب لها المتعة كالمطلقّة قبل الفرض، وقيل الدّخول<sup>9</sup>.
- لأنّ استكمال المهر في مُقابلة الدّخول بدليل استحقاقه بوطئ الشّبهة، فاقترضى أن تستحقّ المتعة كبديل في مُقابلة العقد الذي ابتذلت به<sup>10</sup>.
- لأنّ النّكاح الصّحيح أغلظ من النّكاح الفاسد في استحقاق العوض، بدليل أنّها في النّكاح الصّحيح تستحقّ بالطلاق فيه قبل الدّخول من العوض ما لا تستحقّه في النّكاح الفاسد، فوجب أن تستحقّ بالطلاق فيه بعد الدّخول من المتعة مع المهر ما لا تستحقّه في النّكاح الفاسد<sup>11</sup>.

1 الماوردي، الحاوي، ج: 9، ص: 548، الرّوياني، بحر المذهب، ج: 9، ص: 522-523.

2 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 240.

3 ابن حزم، المحلّي، ج: 10، ص: 3.

4 الجويني، نهایة المطلب في دراية المذهب، ج: 13، ص: 181.

5 الماوردي، الحاوي، ج: 9، ص: 548، الرّوياني، بحر المذهب، ج: 9، ص: 522.

6 الشّافعي، الأمّ، ج: 5، ص: 140.

7 مالك بن أنس، الموطأ (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، كتاب الطّلاق، باب ما جاء في متعة الطّلاق، رقم الأثر: 45، ج: 2، ص: 573.

8 الماوردي، الحاوي، ج: 9، ص: 548-549، الرّوياني، بحر المذهب، ج: 9، ص: 523.

9 المرجع نفسه، ج: 9، ص: 549، الرّوياني، بحر المذهب، ج: 9، ص: 523.

10 المرجع نفسه، الروياني، بحر المذهب، ج: 9، ص: 523.

11 المرجع نفسه، الروياني، بحر المذهب، ج: 9، ص: 523.

\* الترجيح.

يترجح والله أعلم مذهب من قال بالاستحباب، لأنّ النصوص جاءت تحثُّ على متعة المطلقة عموماً، حتى يكون الفراق بإحسان، وهو من التقوى التي يسعى المسلم لتحصيلها، قال تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَنْفِيُّكُمْ﴾ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴿[الحجرات: 13].

د- متعة المطلقة بعد الخلوة.

اختلف الفقهاء في حكم المتعة لها تبعاً لاختلافهم في الخلوة هل تأخذ حكم الدخول أم لا؟، وقد تمَّ تحرير هذا الاختلاف في مسألة العدة، ومنه فكانت أقوالهم كالتالي:

- الحنفية: على اعتبار أنّ لها حكم المدخول بها، فالمتعة لها مستحبة<sup>1</sup>.

- المالكية: على اعتبار أنّ لها حكم المدخول بها فالمتعة مستحبة<sup>2</sup>، إلا أنّ القول قوله في المتعة، فإن قال لم أمسّ فلا متعة لها عليه<sup>3</sup>.

- الشافعية: على اعتبار أنّ لها حكم غير المدخول بها، فإن لم يسّم لها المهر فهي واجبة، وإن سمّ فلا متعة لها<sup>4</sup>.

- الحنابلة: على اعتبار أنّ لها حكم المدخول بها، فظاهر المذهب حكمها مستحبة، وعلى رواية حنبل واجبة<sup>5</sup>.

- الظاهرية: على اعتبار أنّ لها حكم غير المدخول بها فهي واجبة سمّ لها أم لم يسّم لها<sup>6</sup>.

\* الترجيح.

على اعتبار أنّه قد ترجّح لدى الباحث اعتبار الخلوة دخولاً، وأنّ المتعة مستحبة للمدخول بها، فإنّ المتعة تكون كذلك للمطلقة بعد الخلوة، والله أعلم.

2/ في القانون.

عملاً ببعض اجتهادات المحكمة العليا منها ما ذكر سابقاً نجد أنّها قد أخذت بالمتعة كحقّ للمطلقة إلا أنّها لم تُفرّق بين مطلقة وأخرى أيّ أنّها ترى بوجودها لكلّ مطلقة، وهذا قول الظاهرية حيث حكموا بوجود المتعة في كلّ الحالات، ومن قرارات المحكمة العليا في استحقاق المطلقة للمتعة: "من الأحكام الشرعية أنّ للزوجة

1 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 3، ص: 520، وما بعدها.

2 المتعة عند المالكية مستحبة لكلّ مطلقة ماعدا التي طلقت قبل الدخول وسمّي لها المهر فهذه لا متعة لها، وهذا هو المشهور في المذهب، إلا أنّ بعض المالكية كابن مسلمة، وابن حبيب، والسُّيوري، لا يرون بالاستحباب بل بالوجوب، ينظر خليل، التوضيح، المجلد: 4، ص: 244.

3 مالك بن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 239.

4 ابن الرّفعة، كفاية النبيه في شرح التنبيه، ج: 13، ص: 313.

5 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 240، و248-249.

6 ابن حزم، المحلّي، ج: 10، ص: 3.

المطلّقة طلاقاً تعسيفاً نفقة عدّة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به من جرّاء الطّلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلّقة، وفي أيّ إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة مبلغاً إجمالياً من النّقود مقابل الطّلاق التعسفي" <sup>1</sup>.

رابعاً: مقدار المتعة.

في هذا العنصر سيتمّ تناول مسألتين:

### 1/ هل المتعة مقدرة أم لا؟

اختلف الفقهاء في المتعة هل هي مقدرة أو ليست مقدرة؟، على النحو التالي:

- القول الأول: ذهب الحنفية<sup>2</sup>، ورواية للشافعي في القديم<sup>3</sup>، والحنابلة إلى أنّها مقدرة<sup>4</sup>، والدليل:

- قال تعالى: ﴿مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَيَّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 234]، والمتاع اسم للعروض في العرف، ولأنّ لإيجاب الأثواب نظيراً في أصول الشّرع، وهو الكسوة التي تجب لها حال قيام النّكاح والعدّة، وأدنى ما تكتسب به المرأة، وتستتر به عند الخروج ثلاثة أثواب<sup>5</sup>.

- عن ابن عبّاس رضي الله عنه قال: (أرفع المتعة الخادم، ثمّ دون ذلك الكسوة، ثمّ دون ذلك النّفقة).<sup>6</sup> فقدرها بكسوة تجوز فيها الصّلاة، لأنّ الكسوة الواجبة بمطلق الشّرع تتقدّر بذلك، كالكسوة في الكفّارة، والسّتر في الصّلاة<sup>7</sup>

- عن الشّعبي، أنه قال في المتاع: "درع، وخمار، وملحفة، وجلباب".<sup>8</sup>

- عن معمر، عن قتادة قال: "المتعة جلباب، ودرع، وخمار".<sup>9</sup>

- عن سعد بن إبراهيم قال: (متّع عبد الرحمن بن عوف بجارية سوداء).<sup>10</sup>

1 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 41560، 1986/04/07م، المجلّة القضائية، ع: 2، 1989م، ص: 69.

2 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 3، ص: 545.

3 الماوردي، الحاوي، ج: 9، ص: 477.

4 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 242، المتعة مقدرة إذا تشاحا في قدرها، أمّا إن زاد على أعلى المتعة، أو رضيت بأقل المتعة جاز؛ لأنّ الحقّ لهما، لا يخرج عنهما، وهو ممّا يجوز بذله، فجاز ما اتفقا عليه، كالصّدق..، ينظر ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 243.

5 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 3، ص: 545.

6 ابن أبي شيبة، مصنّف ابن أبي شيبة، كتاب الطّلاق، ما قالوا في أرفع المتعة وأدناها، رقم الأثر: 18715، ج: 4، ص: 141.

7 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 243.

8 سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، كتاب الطّلاق، باب ما جاء في متاع المطلّقة، رقم الأثر: 1776، القسم الثاني من المجلد الثالث، ص: 27.

9 عبد الرزاق، المصنّف، كتاب الطّلاق، باب وقت المتعة، رقم الأثر: 12263، ج: 7، ص: 75.

10 المرجع نفسه، كتاب الطّلاق، باب وقت المتعة، رقم الأثر: 12254، ج: 7، ص: 73.

- القول الثّاني: ذهب المالكيّة<sup>1</sup> إلى أنّها غير مقدّرة، وذهب الشّافعيّة<sup>2</sup>، ورواية للحنابلة<sup>3</sup> أنّه يُرجع في تقديرها إلى الحاكم، والدليل:

- قال تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُمْ عَلَىٰ أَلْسِنَةِ قَدْرِهِ. وَعَلَىٰ أَلْسِنَةِ قَدْرِهِ. مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 234].

- المتعة تختلف باختلاف العادات في أجناس النّاس وبلدانهم، كالمهر الذي لا ينحصر بقدر<sup>4</sup>، والأمر الذي لم يرد الشّرع بتقديره، وهو ممّا يحتاج إلى الاجتهاد، يجب الرّجوع فيه إلى الحاكم، كسائر المجتهدات<sup>5</sup>.  
- المتعة عطاء يجري مجرى الهبة<sup>6</sup>، والهبة لا حدّ فيها.

\* التّرجيح.

يترجّح والله أعلم قول من قال بأنّها غير مقدّرة، لأنّ المتعة من الأمور التي يُرجع في تقديرها إلى أعراف النّاس وأحوالهم، لعدم وُزود نص قاطع في تقديرها، إلّا أنّه عند التّنازع في المتعة الواجبة فيرجع في تقديرها إلى القاضي، لأنّها من الأمور الماليّة التي تتعلّق بها حقوق المتخاصمين.

1 مالك بن أنس، المدوّنة، ج: 2، ص: 240.

2 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 13، ص: 184، الماوردي، الحاوي، ج: 9، ص: 477.

3 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 242.

4 الماوردي، الحاوي، ج: 9، ص: 477.

5 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 242.

6 المنوفي، كفاية الطالب الرّبّاني، ج: 3، ص: 182.

2/ بما تقدّر المتعة؟

اختلف الفقهاء في الاعتبار الذي تقدّر به النّفقة على النّحو التّالي:

- القول الأوّل: ذهب بعض الحنفيّة منهم أبو يوسف<sup>1</sup>، والمرغيناني<sup>2</sup>، والسترخسي، ووافقهما الكرخي في المتعة المستحبة<sup>3</sup>، وبعض المالكيّة كابن الحاجب<sup>4</sup>، وابن عبد البرّ<sup>5</sup>، وخليل<sup>6</sup>، والمتوفّي<sup>7</sup>، وابن عرفة<sup>8</sup>، ووجه للشّافعية<sup>9</sup>، والحنابلة<sup>10</sup>، والظاهرية<sup>11</sup> إلى أنّ المعتر في التّفكير حال الزّوج، والدليل:

- قال تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَعِّقِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ﴾ [البقرة: 234]، جعل المتعة على قدر حال الرجل في يساره، وإعساره<sup>12</sup>، كالنفقة<sup>13</sup> في قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتِيهَا﴾ [الطلاق: 7].

- لأنّ الإذن له في النّكاح إذن في توابعه<sup>14</sup> لقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمُسَعِّقِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ﴾ [البقرة: 234]

- روعي في المتعة قدر حال الزّوج فقط لأنّ كسرهما جاء من قبله فقط فيراعى جبرها منه، وبه يظهر الفرق بينها وبين النّفقة المراعى فيها وسعه وحالها<sup>15</sup>، لأنّ نفقة الزّوجة مستمرة فلمشقتها روعي فيها حالهما<sup>16</sup>.

- 1 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 3، ص: 546.
- 2 المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدئ، المجلد: 3، ص: 63.
- 3 السترخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 63.
- 4 ابن الحاجب، المختصر الفرعي، ينظر خليل، التوضيح المجلد: 4، ص: 246.
- 5 التتوخي، شرح التتوخي على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج: 2، ص: 59.
- 6 الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج: 4، ص: 87.
- 7 المتوفّي، كفاية الطّالب الزّتاني، ج: 3، ص: 182-183.
- 8 الدّسوقي، حاشية الدّسوقي، ج: 2، ص: 425.
- 9 الماوردى، الحاوي، ج: 9، ص: 477.
- 10 ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 242.
- 11 ابن حزم، المحلّي، ج: 10، ص: 10.
- 12 الكاساني، بدائع الصّنائع، ج: 3، ص: 546، ابن حزم، المحلّي، ج: 10، ص: 10، ابن قدامة، المغني، ج: 7، ص: 242.
- 13 الماوردى، الحاوي، ج: 9، ص: 477.
- 14 الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج: 4، ص: 87.
- 15 المرجع نفسه.
- 16 الدّسوقي، حاشية الدّسوقي، ج: 2، ص: 425.

- القول الثاني: ذهب بعض الحنفية منهم الزيلي<sup>1</sup>، والقُدوري<sup>2</sup>، ووافقهما الكرخي في المتعة الواجبة<sup>3</sup>، وبعض المالكية كأبي عمران الفاسي<sup>4</sup>، وقول للشافعية<sup>5</sup> إلى أنّ المعبر في التقدير حال الزوجة، والدليل:  
- لأنّ المتعة حُلف عن شطر المهر، وفي المهر يُعتبر حالها فكذا في المتعة<sup>6</sup>.

- القول الثالث: ذهب بعض الحنفية كالخصّاف، والولولجي، وابن نجيم المصري وهو الذي عليه الفتوى<sup>7</sup>، وبعض المالكية منهم الإمام مالك<sup>8</sup>، وابن رشد الجد<sup>9</sup>، وابن خويز منداد<sup>10</sup>، والصحيح من مذهب الشافعية<sup>11</sup> إلى أنّ المعبر في تقدير المتعة حال الزوجين، والدليل:

- قال تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَعِّقِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَيِ الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 234]، فاعتبر الله في المتعة شيئين أحدهما: حال الرجل في يساره، وإعساره، والثاني: أن يكون مع ذلك بالمعروف، فلو اعتبر حال الرجل دون حالها فلا يكون ذلك بالمعروف، لأنّه يقتضي أنّه لو تزوج رجل امرأتين إحداها شريفة، والأخرى مولاة ذنيبة، ثمّ طلقهما قبل الدخول بهما، ولم يسمّ لهما أن يستويا في المتعة باعتبار حال الرجل، وهذا منكر في عادات الناس لا معروف، ويكون خلاف النص<sup>12</sup>.  
- حال المتعة كالنفقة لأنّ المقصود تطيب نفس المطلقة بها، وذات القدر لا تطيب بالقليل<sup>13</sup>.

#### \* الترجيح.

من خلال عرض أدلة الفقهاء في المسألة يترجّح والله أعلم قول من قال بأنّ المتعة الواجبة تقدّر بحال الزوجين، على اعتبار أنّها من الحقوق المالية للزوجة فحالتها كحال النفقة، أمّا المتعة المستحبة فتقدّر بحال الزوج للدلالة الظاهرة للآية على ذلك، كما أنّها تدخل تحت التبرعات التي لا يلزم بها المكلف، والتي لا يمكن أن نتصوّر تكليف الشرع الزوج مالا طاقة له به قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: 285].

1 الزيلي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج: 2، ص: 140.

2 ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج: 3، ص: 315.

3 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 63.

4 التنوخي، شرح التنوخي على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج: 2، ص: 59.

5 ابن الزفعة، كفاية التبييه في شرح التنبيه، ج: 13، ص: 316.

6 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 63، الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 3، ص: 546، ابن الزفعة، كفاية التبييه في شرح التنبيه، ج: 13، ص: 316.

7 ابن نجيم المصري، البحر الزائق، ج: 3، ص: 259.

8 ابن أبي زيد القيرواني، التّوادر والزيادات على ما في المدوّنة من غيرها من الأمّهات، المجلد: 5، ص: 289.

9 ابن رشد الجد، المقادّيات الممهّدات، ج: 1، ص: 553.

10 التنوخي، شرح التنوخي على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج: 2، ص: 59.

11 ابن الزفعة، كفاية التبييه في شرح التنبيه، ج: 13، ص: 316.

12 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 3، ص: 546.

13 خليل، التّوضيح، المجلد: 4، ص: 246.

\* الموقف القانوني.

جاء في قرار المحكمة العليا أنّ تقدير المتعة يرجع إلى سلطة القاضي التقديرية، حيث نصّ أحد قراراتها على مايلي: "من المستقرّ عليه قضاء أنّ تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنّهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف المبدأ يُعدّ قصوراً في التعليل. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أوّل درجة دون أن يُبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل. ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه."<sup>1</sup>.

الفرع الثاني: التعويض عن الضرر للمطلقة بسبب الطلاق.

أولاً: تعريف التعويض عن الضرر.

1/ لغة.

أ- التعويض.

عَوَّضَ العَيْنَ والوَاوَ والضَّادَ كلمتان صحيحتان، إحداهما تدلّ على بدلٍ للشيء، والأخرى على زمان؛ **الأولى:** عَاوَضَ يَعُوِّضُ عَوَّضًا وَعِيَاضًا، والاسم العَوَّضُ، والمستعمل التَّعْوِيزُ<sup>2</sup>، والعَوَّضُ: البديل، ومنه عُوِّضْتُ فلاناً وَأَعُوِّضْتُهُ وَعَوَّضْتُهُ إِذَا أُعْطِيْتَهُ بَدَلَ مَا ذَهَبَ مِنْهُ، وَعَاوَضْتُ فلاناً بَعَوَّضٍ فِي المَبِيعِ الأَخْذَ والإِعْطَاءَ، وتَعَاوَضَ القَوْمُ تَعَاوُضًا أَيَّ ثَابَ مَا لَمْ يَحْمِلْهُمُ وَحَالَهُمْ بَعْدَ قِلَّةٍ<sup>3</sup>، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (فلما أحلّ الله ذلك للمسلمين - يعني الجزية - عرفوا أنّه قد عاوضهم أفضل مما كانوا وجدوا عليه مما كان المشركون يوافقون به من التجارة).<sup>4</sup>

**الثانية:** عَوَّضَ يُبْنَى عَلَى الحَرَكَاتِ الثَّلَاثِ، وهو الدَّهْرُ، والزَّمانُ، ومعناه الأبد وهو للمستقبل مِنَ الزَّمانِ كما أنّ قَطَّ لِلْمَاضِي مِنَ الزَّمانِ، فتقول عوض لا أفارقك، أي لا أفارقك أبداً، كما تقول قَطُّ ما فارقتك، ولا يجوز أن تقول عوض ما فارقتك كما لا يجوز أن تقول قَطُّ ما أفارقك<sup>5</sup>، وقيل أنّه حَرَفٌ يُرَادُ بِهَا القَسَمُ<sup>6</sup>، يقال: عَوَّضَ لا أَفْعَلُهُ، أَيَّ يَحْلِفُ بالدَّهْرِ والزَّمانِ<sup>7</sup>.

1 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 75029، بتاريخ 18/06/1991م، المجلة القضائية، ع: 2، 1994م، ص: 65.

2 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب العين، باب العين والواو وما يثلثهما (عوض)، ج: 4، ص: 188.

3 ابن منظور، لسان العرب، حرف الضاد المعجمة، فصل العين المهملة (عوض)، المجلد: 7، ص: 192.

4 البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الجزية، باب من يؤخذ منه الجزية من أهل الكتاب، وهم اليهود والنصارى، رقم الأثر: 18635، ج: 9، ص: 312.

5 ابن منظور، لسان العرب، حرف الضاد المعجمة، فصل العين المهملة (عوض)، المجلد: 7، ص: 192.

6 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب العين، باب العين والواو وما يثلثهما (عوض)، ج: 4، ص: 189.

7 ابن منظور، لسان العرب، حرف الضاد المعجمة، فصل العين المهملة (عوض)، المجلد: 7، ص: 192.

ب- الضَّر.

(ضر) الضَّاد والزَّاء ثلاثة أصول: الأول خلاف النَّفع، والثَّاني: اجتماع الشَّيء، والثَّالث: القوة<sup>1</sup>؛  
الأول: ضَرَّةٌ يَضُرُّه ضَرًّا وَضَرَّ بِهِ وَأَضَرَ بِهِ وَضَارَةٌ مُضَارَةٌ وَضِرَارًا، والاسم الضَّرُّ، وهو ضدُّ النَّفع، ومنه قوله  
﴿لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ﴾<sup>2</sup>، ومنه قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارُّوهُمُ لِأَنَّ ضِعَابَ آبَائِهِمْ كَانُوا ضَالِّينَ﴾ [البقرة: 231]، والضَّرُّ: سُوءُ  
الحال، والضَّرَاءُ: نقيض السَّرَاءِ، والضَّرُّ: النَّقصان يَدْخُلُ عَلَى الشَّيْءِ، يقال: دَخَلَ عَلَيْهِ ضَرَرٌ فِي مَالِهِ، أَي  
نَقَصَ، والضَّرِيرُ: الْمَرِيضُ الْمَهْزُولُ، والضَّرِيرُ: الضَّيْقُ، وَمَكَانٌ ذُو ضَرَرٍ أَي ضَيْقٍ، والضَّرُّ تَرْوُجُ الْمَرْأَةِ عَلَى ضَرَّةٍ،  
وَالضَّرَّتَانِ: امْرَأَتَانِ لِلرَّجُلِ، سُمِّيَتَا ضَرَّتَيْنِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا تُضَارُّ صَاحِبَتِهَا<sup>3</sup>.

الثاني: ضَرَّةُ الضَّرْعِ لِحَمَّتِهِ، وَالضَّرَّةُ الَّتِي لَا تَحْلُو مِنَ اللَّبَنِ، وَسُمِّيَتْ بِذَلِكَ لِاجْتِمَاعِهَا، وَضَرَّةُ الْإِبْهَامِ اللَّحْمِ  
الْمَجْتَمِعُ تَحْتِهَا، وَالْمُضِرُّ الَّذِي لَهُ ضَرَّةٌ مِنْ مَالٍ، وَهُوَ مِنْ صِفَةِ الْمَالِ الْكَثِيرِ<sup>4</sup>.

الثالث: الضَّرِيرُ: قُوَّةُ النَّفْسِ، يُقَالُ فُلَانٌ ذُو ضَرِيرٍ عَلَى الشَّيْءِ، إِذَا كَانَ ذَا صَبْرٍ عَلَيْهِ وَمُقَاسَاةٍ، وَيُقَالُ  
لِلْفَرَسِ: أَضَرَ عَلَى فَأْسِ اللَّجَامِ، إِذَا أَزَمَ عَلَيْهِ<sup>5</sup>.

2/ اصطلاحاً.

استخدم الفقهاء القدامى مصطلح التعويض في أبواب متفرقة من الفقه منها الزكاة، السرقة، المهر، الهبة،  
الشركات، الأضحية، الأيمان والتذور، البيع، والدييات، الصلح، الحوالة، وغير ذلك، لكن لم يعرفوه بهذا اللفظ،  
وإنما بالفاظ أخرى، من ذلك:

– العوض: "العوض اسم لما يُقَابَلُ الْمُعْوَضُ"<sup>6</sup>.

– المعاوضة قال ابن عبد السلام: "المعاوضة أخذ ما يُخَالَفُ الشَّيْءَ الْمُدَّعَى فِيهِ إِتْمَانًا فِي الْجِنْسِ أَوْ الصِّفَةِ"<sup>7</sup>.

"المعاوضة عدوله عن حقه إلى غيره"<sup>8</sup>.

1 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الضَّاد، باب الضَّاد في المضاعف والمطابق (ضر)، ج: 3، ص: 360.

2 الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، رقم الحديث: 250، المجلد: 1، ص: 498، وما بعدها، قال الألباني: حديث صحيح.

3 ابن منظور، لسان العرب، حرف الزَّاء، فصل الضاد المعجمة (ضرر)، المجلد: 4، ص: 482، وما بعدها.

4 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، كتاب الضَّاد، باب الضَّاد في المضاعف والمطابق (ضر)، ج: 3، ص: 361.

5 المرجع نفسه.

6 الكاساني، بدائع الصنائع، ج: 8، ص: 124.

7 خليل، التوضيح، المجلد: 6، ص: 262.

8 أبي شجاع، الغاية والتقريب، ينظر البئريني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج: 2، ص: 71.

- الضَّمان: "هو ضمان المثل إن كان المتلف مثلياً، وضمنان القيمة إن كان ممَّا لا مثل له."<sup>1</sup>، "هو ضمان المعاوضة فلا يُعدل إلى غيره إلا عند العجز."<sup>2</sup>، "الضَّمان هو إعطاء مثل الشَّيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات."<sup>3</sup>، "والضَّمان عبارة عن غرامة التَّألف."<sup>4</sup>

- التَّعريم: "ما قابل المتلف إمَّا لحقَّ الله سبحانه كإتلاف الصيد في الإحرام أو لحقَّ الآدمي كإتلاف ماله"<sup>5</sup>.

- من الأصول التي اعتبرها الفقهاء في التَّعويض: "أنَّ كل ما تلف وجب فيه المثل إذا قُوم لَزِمَت قيمة مثله، كالمثلي من مال الآدمي."<sup>6</sup>، "الأصل في ذوات الأمثال القضاء بالمثل والقيمة كالفرع، فلا يُعدل إليها مع إمكان الأصل."<sup>7</sup>.

ما يُلاحظ على هذه التَّعريفات والتَّأصيلات أنَّ المعتمد عند الفقهاء القدامى في التَّعويض هو الضَّرر المادِّي، وليس الأدبي، أمَّا بالنسبة للفقهاء المعاصرين فقد تضمَّنت كتبهم تعريف التَّعويض عن الضَّرر، والضَّمان نذكر من ذلك:

- "هو دَفْع ما وَجِبَ من بدلٍ بسبب إلحاق ضرر بالغير."<sup>8</sup>.
  - "يتمثَّل في وجوب الدِّية على الجنايات، وفي ضَّمان الإتلافات."<sup>9</sup>.
  - الضَّمان: "هو التَّعويض المالي عن الضَّرر المادِّي."<sup>10</sup>.
  - الضَّمان: "الالتزام بتعويض الغير عمَّا لحقه من تلف المال، أو ضياع المنافع، أو عن الضَّرر الجزئي، أو الكلِّي الحادث بالنفس الإنسانية."<sup>11</sup>
- ما يلاحظ على تعريفات المعاصرين أنَّها اختلفت تبعاً لاعتبار التَّعويض عن الضَّرر الأدبي من عدمه، فمن اعتبره أدرجه في التَّعريف، ومن لم يعتبره أخرجته من حدِّ التَّعريف.

---

1 الكاساني، بدائع الصناعات، ج: 10، ص: 78.

2 أكمل الدين الباري، العناية شرح الهداية، ج: 2، ص: 692.

3 المادة 416، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ، ص: 71.

4 الشَّوكاني، نيل الأوطار، ج: 5، ص: 357.

5 ابن القيم، أعلام الموقعين عن ربِّ العالمين، ج: 2، ص: 75.

6 ابن قدامة، المغني، ج: 3، ص: 449.

7 خليل، التوضيح، المجلد: 5، ص: 510.

8 محمَّد بن إبراهيم الموسى، وآخرون، الفقه الميسر، ج: 10، ص: 30، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج: 13، ص: 35.

9 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج: 5، ص: 63.

10 المرجع نفسه. ج: 28، ص: 264.

11 وهبة الزحيلي، نظرية الضَّمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، ص: 22.

### 3/ العَلاقة بَيْنَ التّعريف اللّغوي والاصطلاحِي.

يظهر أنّ التّعريف اللّغوي أعمّ من الاصطلاحِي، إذ أنّه يشمل البدل الذي يتقاضاه المتضرّر من فوات المنفعة وغيره.

ثانياً: مشروعية التّعويض عن الضرر.

#### 1/ من القرآن.

- قال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾ [النحل: 126] قال ابن سيرين في تفسيريها: "إن أخذ منك رجل شيئاً، فخذ منه مثله".<sup>1</sup>

- قال تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: 33]، ففي الكتابة تحصيل مصلحة، ومصلة العتق والخيرية، ومصلة العوض الذي يبدله في فداء نفسه، فلا يكون ضرر على السيد في كتابته.<sup>2</sup>

- قال تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ﴾ [الأنبياء: 78-79]، ففضى سليمان أنّه ينبغي أن تدفع الغنم إلى صاحب الحرث فينتفع بألبانها وسمونها وأصوافها، وتدفع الحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه، فإذا عاد الزرع إلى حاله التي أصابته الغنم في السنة المقبلة ردّ كل واحد منهما ماله إلى صاحبه<sup>3</sup>، فجعل سليمان عليه السلام انتفاع صاحب الحرث بالغنم مدّة تعويض على ما فاته من تلف الزرع.

#### 2/ من السنة.

- عن أنس رضي الله عنه: { أَهْدَتْ بَعْضُ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم إِلَى النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم طَعَامًا فِي قِصْعَةٍ، فَضَرَبَتْ عَائِشَةُ الْقِصْعَةَ بِيَدِهَا، فَأَلْقَتْ مَا فِيهَا، فَقَالَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم: طَعَامٌ بِطَعَامٍ، وَإِنَاءٌ بِإِنَاءٍ. }<sup>4</sup>

- عن حرام بن سعد بن محيصة: { أَنَّ نَاقَةَ لِلْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ رَجُلٍ فَأَفْسَدَتْ فِيهِ. فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ، وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتِ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا. }<sup>5</sup>

1 الطّبري، تفسير الطّبري، سورة النحل، ج: 14، ص: 405-406.

2 السّعدي، تفسير السّعدي، سورة النور، ص: 539.

3 القرطبي، تفسير القرطبي، سورة الأنبياء، ج: 11، ص: 308.

4 التّرمذي، سنن التّرمذي، أبواب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء ما يحكم له من مال الكاسر، رقم الحديث:

1359، المجلد: 3، ص: 33، قال التّرمذي: هذا حديث حسن صحيح.

5 مالك بن أنس، الموطأ، كتاب الأفضية (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، باب القضاء في الضواري والحريسة، رقم الحديث: 37، ج: 2، ص:

747-748.

- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: { مَنْ تَطَبَّبَ، وَلَمْ يُعَلِّمْ مِنْهُ طِبًّا قَبْلَ ذَلِكَ، فَهُوَ ضَامِنٌ. }<sup>1</sup>.

دلّت هذه الأحاديث على أنّ مُتلف مال الغير، والمتسبّب في الضرر ضامنٌ، وعليه التعويض.

### 3/ من الإجماع.

جاء في القرار الخامس لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي أنّ التعويض عن الضرر يشمل الضرر المالي الفعلي<sup>2</sup>، ولم يُعلم وجود قرار، أو رأي مخالف لرأي المجمع، والله أعلم.

ثالثاً: التعويض عن الضرر الأدبي للمطلقة بسبب الطلاق.

1/ تعريف الضرر الأدبي: هو الضرر الذي يلحق الإنسان بسبب الاعتداء على حرّيته، أو في عرضه، أو في شُمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو اعتباره المالي<sup>3</sup>.

2/ الموقف الفقهي من مسألة التعويض عن الضرر الأدبي.

لم يتناول الفقهاء القدامى مسألة التعويض عن الضرر الأدبي، أمّا المعاصرون فقد تناولوها واختلفوا فيها

بين الجواز، والمنع.

- المذهب الأوّل: ممّن ذهبوا إلى جواز التعويض المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث<sup>4</sup>، وقول لوهبة الرّحيلي<sup>5</sup>، وعبد الله بن محمّد الطيّار، وعبد الله بن محمّد المطلق، ومحمّد بن إبراهيم الموسى<sup>6</sup>، والسّنهوري<sup>7</sup>، والصّابوني<sup>8</sup> والدليل على ذلك:

قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُنْوَاعِ قَدَرُهُ. وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 234]، فأمر الله تعالى بإمتاعها، وهو تعويضها عمّا فاتها بشيء تُعطاه من زوجها بحسب حاله<sup>9</sup>، ولا شك أنّ الضرر الذي لحقها

1 ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الطّب، باب من تطبّب ولم يُعلم منه طبّ، رقم الحديث: 3466، ج: 2، ص: 1148.

2 مجمع الفقه الإسلامي الدّولي، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدّولي، الإصدار الرابع، 1442هـ 2020م، الدورة: 12 بالرياض من 25 جمادى الآخرة إلى 1 رجب 1421هـ الموافق 23-28 سبتمبر 2000م، قرار رقم: 109(12/3) بشأن موضوع الشّروط الجزائي، القرار الخامس، ص: 346-347.

3 دُبيان بن محمّد الدّيبان، المعاملات الماليّة أصالة ومعاصرة، المجلد: 5، ص: 483.

4 المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، الدّورة الرّابعة عشرة، القرار رقم: 54 (10/14)، 14-18 محرم 1426هـ، الموافق لـ 23-27 فبراير 2005م، التعويض عن الضرر المعنوي بسبب الطلاق، <https://www.e-cfr.org/blog/2017/05/12/>، 12/25 / 2023م.

5 وهبة الرّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج: 7، ص: 27.

6 محمّد بن إبراهيم الموسى، وآخرون، الفقه الميسر، ج: 10، ص: 31.

7 السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد: 2 (الإلتزام بوجه عام)، ج: 1، ص: 865.

8 الصّابوني، مدى حرّية الرّوجين في الطلاق، ج: 1، ص: 117-118.

9 ابن كثير، تفسير ابن كثير، سورة البقرة، ج: 1، ص: 265.

معنوي فدل ذلك على مشروعية التعويض عنه بالمال<sup>1</sup>، فعلة وجوب المتعة هي مجرد الطلاق، والحال أنها شرعت لتعويض الزوجة، فيكون من باب القياس الأولى أنّ التعويض عن الطلاق التعسفي مشروع أيضاً لجبر الضرر المعنوي والمادّي<sup>2</sup>.

- قال ﷺ: { لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ }<sup>3</sup>، فجاء الإسلام بتحريم الضرر، وهو يشمل كلّ أنواع الضرر المادية والأدبية، فيكون التعويض إما بدفع مال مقدّر أو مصالح عليه لمن أصابه الضرر<sup>4</sup>، عملاً بقواعد الشريعة العامة، كقاعدة تحريم التعرير وإيجابه الضمان، وما يترتب على قاعدة لا ضرر ولا ضرار من تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، وكذلك عملاً بمبدأ الالتزام<sup>5</sup>.

- عن أبي ذرّ رضي الله عنه قال: { كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ كَلَامٌ، وَكَانَتْ أُمُّهُ أَعْجَمِيَّةً، فَنِلْتُ مِنْهَا، فَذَكَرَنِي إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ لِي: أَسَابَبْتَ فَلَانًا، قُلْتُ: نَعَمْ، قَالَ: أَفَنِلْتَ مِنْ أُمِّهِ، قُلْتُ: نَعَمْ، قَالَ: إِنَّكَ أَمْرٌ فِيكَ جَاهِلِيَّةٌ }<sup>6</sup>، فقد رتب الإسلام الجزاء عن إيقاع الضرر الأدبي بالتوبيخ<sup>7</sup>، مما يدل على اعتبار الضرر الأدبي والعقوبة عليه.

- رتب على القذف، الحدّ لما يسببه من إيذاء أدبي ومعنوي للمقذوف وغيره<sup>8</sup>.

- التعويض المالي في كثير من المجتمعات أقوى وأبلغ في الردع من السجن، أو العقوبة الجسدية، وقد يندرج ذلك في باب التعرير بالمال إمعاناً في الردع والتزجر، وهو هدف معتبر عند إقامة العقوبات والجزاءات في الشريعة الإسلامية كي يمنع تكرار مثل ذلك الضرر ويترجم في الابتعاد عنه<sup>9</sup>.

- قال ﷺ: { فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا، فَلْيُبَلِّغِ الشَّاهِدُ الْعَائِبَ }<sup>10</sup>، فجاء تحريم العرض معطوفاً على تحريم النفس والمال، ولا يخالف

1 خالد بن عبد العزيز الجريد، التعويض عن الضرر المالي والمعنوي وتطبيقاته القضائية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، قسم الفقه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1431-1432هـ، ص: 418.

2 بن زينة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة لنماذج تطبيقية، مذكرة مكتملة لنيل شهادة الماجستير، شعبة: شريعة وقانون، قسم: الشريعة، كلية: العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد أحمد دراية، أدرار، 2005-2006م، ص: 156.

3 الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، رقم الحديث: 250، المجلد: 1، ص: 498، وما بعدها، قال الألباني: حديث صحيح.

4 محمد بن إبراهيم موسى، وآخرون، الفقه الميسر، ج: 10، ص: 30.

5 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 7، ص: 27-28.

6 البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب ما ينهى عن السب واللعن، رقم الحديث: 6050، ص: 1515.

7 محمد بن إبراهيم موسى، وآخرون، الفقه الميسر، ج: 10، ص: 30.

8 المرجع نفسه، ج: 10، ص: 31.

9 المرجع نفسه.

10 مسلم، صحيح مسلم، كتاب القسامة والمحاربن والقصاص والديات، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، رقم الحديث: 30-(1679)، ج: 3، ص: 1306.

فقيه على مبدأ التعويض فيهما إجمالاً فدلّ أنّ للعرض حكمهما وهو وجوب الضمان بالمال، والتعويض، ولما كان التعدي على العرض يغلب فيه جانب الضرر المعنوي فيكون الحديث دالاً على ضمانه، والتعويض عنه<sup>1</sup>.

- المذهب الثاني: ممن ذهبوا إلى عدم جواز التعويض وزارة الأوقاف الكويتية<sup>2</sup>، مجمع الفقه الإسلامي<sup>3</sup>، والشيخ الزرقا<sup>4</sup>، والأستاذ علي خفيف<sup>5</sup>، وسيد سابق<sup>6</sup>، والدكتور محمد علي فركوس<sup>7</sup>، ودبيان محمد الديان<sup>8</sup>، وقول لوهبة الزحيلي<sup>9</sup>، والدليل:

- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: 1]، الطلاق حق شرعي للزوج وله أن يوقعه متى شاء، فإذا مارس حقه فليس عليه أن يعرض غيره عملاً بقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان".

- قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [البقرة: 229]، نهي الله أن يطلق الرجل امرأته ثم يراجعها ولا حاجة له بما ولا يريد إمساكها، إنما ليضارها، ومن فعل ذلك فقد عرض نفسه للعذاب، لأنّ إتيان ما نهي الله عنه تعرض لعذاب الله، وهذا الخبر موافق للخبر الذي نزل بترك ما كان عليه أهل الجاهلية من الطلاق والارتجاع من غير حد<sup>10</sup> في قوله تعالى: ﴿أَلطَّلِقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكٌ﴾ [البقرة: 227]، فرتب على هذا الضرر عذاباً أخروبياً لا تعويضاً مالياً.

- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ﴾ [النساء: 29]، إنّ الإلزام بالتعويض المالي على الضرر الأدبي، لا تبيحه القواعد الفقهية، والأصول الشرعية التي تقضي بأن أخذ المال لا

1 عبد العزيز بن محمد المنهجي، دعاوى التعويض الناشئة عن المسؤوليتين التصديرية والعقدية، وتطبيقاتها في الفقه والقضاء الإداري، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في السياسة الشرعية، شعبة الأنظمة، قسم السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1424هـ، ص: 353-354.

2 وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج: 13، ص: 40.

3 مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الإصدار الرابع، 1442هـ 2020م، الدورة: 12 بالرياض من 25 جمادى الآخرة إلى 1 رجب 1421هـ الموافق 23-28 سبتمبر 2000م، قرار رقم: 109(12/3) بشأن موضوع الشرط الجزائي، القرار الخامس، ص: 346-347.

4 الزرقاء، الفعل الضار، ص: 121، وما بعدها.

5 علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص: 17، 19.

6 سيد سابق، فقه السنة، ج: 2، ص: 608.

7 محمد علي فركوس، في حكم الطلاق التّعسّفي، 21 رجب 1427هـ، الموافق ل: 15 أوت 2006م، <https://ferkous.com/home/?q=fatwa-530>، تاريخ الاطلاع: 2023/12/22م.

8 دبيان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المجلد: 5، ص: 486.

9 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج: 7، ص: 401.

10 القرطبي، تفسير القرطبي، سورة البقرة، ج: 3، ص: 156.

- يكون إلا تبرعاً، أو في مقابلة مال أخذ أو أُتلف، وإلا كان أكلاً له بالباطل، ومالاً غير جائز شرعاً أخذه، لأنّ أساس التعويض في نظر الفقهاء هو مقابلة المال بالمال، فإن قوبل المال بغير مال كان أكلاً للمال بالباطل<sup>1</sup>.
- عن عائشة رضي الله عنها في وصف لحالها في حادثة الإفك قالت: {... فَأَخْبَرْتَنِي بِقَوْلِ أَهْلِ الْإِفْكِ فَازْدَدْتُ مَرَضًا إِلَى مَرَضِي... فَبَكَيْتُ تِلْكَ اللَّيْلَةَ حَتَّى أَصْبَحْتُ لَا يَرِقُّ لِي دَمْعٌ وَلَا أَكْتَجِلُ بِنَوْمٍ، ثُمَّ أَصْبَحْتُ أَبْكِي... وَبَكَيْتُ يَوْمِي ذَلِكَ لَا يَرِقُّ لِي دَمْعٌ وَلَا أَكْتَجِلُ بِنَوْمٍ، ثُمَّ بَكَيْتُ لَيْلَتِي الْمُقْبِلَةَ لَا يَرِقُّ لِي دَمْعٌ وَلَا أَكْتَجِلُ بِنَوْمٍ وَأَبْوَايَ يَطْنَانِ أَنَّ الْبُكَاءَ فَالِقُ كَيْدِي...}<sup>2</sup>. رتب الشرع على القذف عقوبة الحد، ولو كان التعويض المالي مستحقاً لما أخرجت الشريعة بيانه، عملاً بقاعدة عدم جواز تأخير البيان عن وقت الحاجة.
- الضّرر الأدبي ليس مالاً متقوماً يعوض بمال آخر، فليس له معيار واضح، ولا ينضبط بضابط، والشريعة الإسلامية تحرص على التكافؤ الموضوعي بين الضّرر والتعويض، وهذا متعذر في التعويض المالي عن الضّرر المعنوي<sup>3</sup>، وعليه فلا يمكن تقديره، وما لا يمكن تقديره لا يكون في مقابله عوض مالي.
- القول بإلزام الزوج بالتعويض يترتب عليه إلزام الزوج بالعيش مع زوجته وهو كاره لها، وهذا يتعارض مع الأهداف العليا من الزواج، ويجعله إرادة مفروضة على علاقة الزوجين<sup>4</sup>.
- على فرض تقدير المسؤولية على الزوج في إساءة استعماله حقّ الطلاق فإنما هي مسؤولية دينية لا تدخل تحت سلطان القضاء<sup>5</sup>.
- التعويض عن الضّرر المعنوي مما يُنافي الكرامة، وتأباه المروءة، إذ كيف يقبل الإنسان مالاً مقابل تحقيره<sup>6</sup>.

1 علي خفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص: 19.

2 مسلم، صحيح مسلم، كتاب التوبة، باب في حديث الإفك وقبول توبة القاذف، رقم الحديث: 56- (2770)، ج: 4، ص: 2129، وما بعدها.

3 الزرقاء، الفعل الضار، ص: 124.

4 جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، ص: 278.

5 محمد علي فركوس، في حكم الطلاق التعسفي، 21 رجب 1427هـ، الموافق ل: 15 أوت 2006م، <https://ferkous.com/home/?q=fatwa-530>، تاريخ الاطلاع: 2023/12/22م.

6 عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، ضمان الأضرار المعنوية بالمال، رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة: 22، مكة، ص: 16.

3/ الموقف القانوني من التعويض عن الضّرر الأدبي.

أ/ الأساس القانوني لتعويض المطلّقة عن الطّلاق.

أخذت القوانين العربيّة بما فيها القانون الجزائري بمبدأ التعويض عن الضّرر الأدبي، وعلى اعتبار أنّ البحث مقتصر على أثر الطّلاق بإرادة الزّوج، فيكون الحديث عن التعويض في هذه الصّورة للطّلاق فقط دون الصّور الأخرى، وقد نصّت المادّة 52 ق أ ج: " إذا تبيّن للقاضي تعسّف الزّوج في الطّلاق حُكم للمطلّقة بالتّعويض عن الضّرر اللاحق بها. "، بناءً على ذلك فالأساس القانوني الذي تستحقّ به المطلّقة التعويض يكون بتحقيق شرطين:

- الأوّل: تعسّف الزّوج في طلاقه، وبناءً على هذا فكلّ طلاق ثبت للمحكمة تعسّف الزّوج فيه حُكم فيه بالتّعويض، وبمفهوم المخالفة كلّ طلاق من الزّوج كان له مبرّر مقبول لدى المحكمة لا يُحكّم فيه لها بالتّعويض، وقد أكّدت هذا قرارات المحكمة العليا من ذلك:

- " من المقرر قانوناً أنّ الزّوجة تستحقّ التعويض في حالة نشوز الزّوج أو تعسّفه في الطّلاق، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يُعدّ مخالفاً للقانون، ومتى تبيّن من قضيّة الحال أنّ قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتّعويض دون أن يحصل من الطّاعن أيّ تعسّف أو نشوز، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ممّا يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً. " <sup>1</sup>.

- " من المقرر أنّه يجوز تطليق الزّوجة عند تضرّرها، ومن المقرر أيضاً أنّه إذا تعسّف الزّوج في الطّلاق حُكم للمطلّقة بالتّعويض عن الضّرر اللاحق بها، ومتى تبيّن في قضيّة الحال أنّ الزّوجة طلبت التّطليق لتضرّرها من ضرب الزّوج وطردها، وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقّة في طلب التّطليق والتّعويض معاً لثبوت تضرّرها، وعليه فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزّوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطّعن. " <sup>2</sup>.

- " متى كان مقرراً قانوناً أنّ التعويض يجب على الزّوج الذي طلق تعسفاً زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلّقتها، فإنّ كلّ زوجة بادرت إلى إقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحُكم لها به، فالحُكم لها بالتّعويض غير شرعي، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يُعدّ فهماً خاطئاً للقانون، ولما كان الثابت في قضيّة الحال أنّ الزّوجة هي التي طلبت التّطليق، فإنّ قضاة المجلس الذين وافقوا على الحُكم الابتدائي وتعديلاته برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال، بالرغم من تصريح الحُكم الابتدائي بأنّ الزّوجة رفضت الرّجوع، فإنّهم بقضائهم كما

1 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 210451، بتاريخ: 1998/11/17م، المجلّة القضائيّة، ع: خاص، 2001م، ص: 252.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 192665، بتاريخ: 1998/07/21م، المجلّة القضائيّة، ع: خاص، 2001م، ص: 116.

فعلوا فهموا المادّة 52 من قانون الأسرة فهماً خاطئاً، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئياً في التّعويض والسّكن ونفقة الإهمال.<sup>1</sup>

كما هو معلوم أقرّ القانون أنّ الطّلاق من حقّ الزّوج، وليس مُطالباً بتسببيه، فكيف تستطيع المحكمة أن تحكم بأنّه تعسّفي، خصوصاً الأسباب التي لا يمكن إثباتها إلاّ بتصريحه، والتي أعطاه القانون حقّ كتمانها، وهذا ما سيجعل النّصوص القانونيّة والقرارات القضائيّة تتضارب فيما بينها.

- الثّاني: وجود ضرر لاحق بالمطلّقة، وما يلاحظ أن لفظ الضرر جاء عاماً يشمل صور الضرر بنوعيه، وبناءً على هذا فكلّ طلاق ثبت للمحكمة تعسّف الزّوج فيه حُكم فيه بالتّعويض قطعاً إذا طالبت الزّوجة بذلك، لأنّه لا يمكن أن نتصوّر طلاقاً تعسّفيّاً ليس فيه ضرر، وهذا ما سيحتّم على الزّوج تسبب طلاقه بأسباب مقبولة لدى القاضي إذا أراد أن لا يدفع التّعويض خصوصاً إذا كان من الطبقة المحدودة الدّخل، وكأنّ عدم التّسبب الذي منحه القانون صار لفئة الأغنياء فقط، ومن الأمثلة عن الضرر في قرارات المحكمة العليا التي قضت فيها بالتّعويض:

- " إنّ امتناع الزّوجة عن السّكن مع أقارب الزّوج لا يُعدّ نشوزاً وأنّ القضاء بإيقاع الطّلاق على الطّاعنة يُعدّ تعسّفاً في حقّها وتستحقّ التّعويض جبراً للضرر.<sup>2</sup>

- " من المقرّر قانوناً أنّ مسألة تقدير الضرر مسألة موضوعيّة من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع. ومتى تبيّن من قضيّة الحال أنّ الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطّلاق قبل الدّخول غير ثابتة، وأنّ عدم إتمام الزّواج بالدّخول يلحق ضرراً معنوياً بالمستأنفة، وعليه فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزّوجة قبل الدّخول والحكم بتعويضها طبّقوا صحيح القانون، ممّا يستوجب رفض الطّعن.<sup>3</sup>

- " يحقّ للزّوجة في حالة الطّلاق قبل الدّخول بها الحصول على تعويض من جزاء تفويت فرصة الزّواج من الغير عليها.<sup>4</sup>

اعتبر القضاء عدم توفير سكّن زوجيّة مستقلاً عن الأقارب، وتفويت فرصة الزّواج بسبب التأخر في الدّخول ضرر معنوي- لا يمكن أن نعتبره مالياً لأنّه لم يتعلّق بمال خاص بها-، وهذا حقّ لا يمكن إنكاره، لكن

1 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 53017، بتاريخ: 1989/03/27م، المجلّة القضائيّة، ع: 1، 1991م، ص: 56.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 251682، تاريخ: 2000/11/21م، المجلّة القضائيّة، ع: 1، 2001م، ص: 290.

3 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 216865، تاريخ: 1999/03/16م، المجلّة القضائيّة، ع: خاص، 2001م، ص: 256.

4 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 372290، تاريخ: 2006/11/15م، المجلّة القضائيّة، ع: 1، 2007م، ص: 487.

هذا الضّرر مزال شرعاً وقانوناً بطلبها التّطبيق، إذأ فعلى ماذا استحقّت التعويض- الذي لا يمكن تقديره بمال مُعين -؟، ففي هذا تُعدّ على حُرمة مال الغير الذي يُعدّ من الكليات الخمس التي جاءت الشّريعة لحفظها.

\* نماذج من القوانين العربيّة.

- ينصّ الفصل 31 م أ ش ت: " يُحكّم بالطلاق:

1- يتراضى الزوجين.

2- بناءً على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

3- بناءً على رغبة الزوج إنشاء الطّلاق أو مطالبة الزّوجة به.

4- ويُقتضى لمن تضرّر من الزوجين بتعويض عن الضّرر العادي، والمعنوي النّاجم عن الطّلاق في الحالتين

المبيّنتين بالفقرتين الثّانية والثالثة أعلاه."

- نصّت المادّة 155 ق أ ش أ: " إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول، وطلبت

من القاضي التعويض، حُكم لها على مطلقها بتعويض لا يقلّ عن نفقة سنّة ولا يزيد على نفقة ثلاث سنّات،

ويُراعى في فرضها حال الزوج عسراً ويسراً، ويُدفع جملةً إذا كان الزوج موسراً، وأقساطاً إذا كان معسراً، ولا يؤثر

ذلك على حقوقها الأخرى."

- نصّت المادّة 130 ق أ ش ك الفقرة ج: " وإن كانت الإساءة مشتركةً اقترحا التّفريق دون عوض أو

بِعوض يتناسب مع الإساءة."<sup>1</sup>، ونصّت الفقرة الأولى من المادّة 165 ق أ ش ك: " إذا انحلّ الزواج الصّحيح

بعد الدّخول تستحقّ الزّوجة -سوى نفقة عدّها- متعةً تُقدّر بما لا يجاوز نفقة سنّة حسب حال الزوج، تؤدّى

إليها على أقساطٍ شهريّة إثر انتهاء عدّها، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك في المقدار أو الأداء."<sup>2</sup>.

ما يُلاحظ على هذه القوانين أنّها وإن اتّفقت في التعويض على الضّرر المعنوي، إلّا أنّ القانون الأردني

والتونسي، وافقاً القانون الجزائري في كون طلاق الزوج في حدّ ذاته مصدر للضرر، في حين خالفهم القانون

الكويتي الذي لم يعتبر طلاق الزوج لزوجته مصدراً للضرر تستحقّ به التعويض.

\* التّرجيح.

- لا خلاف بين الفقهاء في أنّ من ألحق ضرراً معنوياً بغيره بسببٍ أو شتمٍ في أنّه يعزّر<sup>3</sup>، إلّا أنّ التعويض

المالي على الضّرر الأدبي حُكم مُستحدث، ليس له نظائر في الفقه الإسلامي، وعليه فلا مُبرّر استصلاحي

لمعالجته هكذا ما دامت الشّريعة قد فتحت مجالاً واسعاً لقمعه بالزّواج التّعزيريّة<sup>4</sup>، كما أنّه لا يمكن أن تتصوّر

1 قانون رقم: 51 لسنة 1984م، المتضمّن قانون الأحوال الشّخصيّة الكويتي، السّالف الذّكر، ص: 40.

2 قانون رقم: 51 لسنة 1984م، المتضمّن قانون الأحوال الشّخصيّة الكويتي، السّالف الذّكر، ص: 48.

3 عبد الملك بن عبد المحسن العسكّر، التعويض عن الضّرر المعنوي، مجلّة قضاء، الجمعيّة العلميّة القضائيّة السعوديّة، ع: 27، شوال 1443هـ،

ماي 2022م، ص: 184.

4 الزّرقاء، الفعل الضّار، ص: 121، و124.

أن مسألة الضرر المعنوي مسألة وليدة العصر بل هي موجودة بوجود الإنسان، فهل يُعقل أن يغفل الشرع الحكيم عن جبرها بالتعويض المالي، وقد قال ﷺ: { مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ }<sup>1</sup>، وقال الإمام مالك: "فما لم يكن يومئذ ديناً، فلا يكون اليوم ديناً."<sup>2</sup>، ولو يفتح باب التعويض عن الضرر الأدبي فلا يمكن غلقه لأنه لا حد له، ولا يمكن ضبطه لأنه أمر باطني نسبي، أما الأحاديث التي استدلت بها الفريق الأول تدل على حرمة الضرر لا على التعويض عنه، فهي ليست في محل النزاع، ولا يمكن قياس التعويض عن المتعة، لأن علتهما مختلفتان فَعِلَّةُ المتعة هي مجرد الطلاق بينما عِلَّةُ التعويض هو التّعسف في الطلاق<sup>3</sup>، كما أن الفقهاء اختلفوا في حكم المتعة بَيِّنِ الوجوب والاستحباب وَمَنْ تستحقها، هذا بالإضافة إلى أن قصد الإضرار بالزوجة لم يربّب عليه الشرع تعويضاً إنما عقوبة أخروية، والله أعلم.

### ب/ العلاقة بين تعويض المطلقة والمتعة في قانون الأسرة الجزائري.

لم يشر المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى المتعة كحق للمطلقة، في حين أشار إلى التعويض في نص المادة 52، وهنا يتبادر سؤال إلى الأذهان هل يقصد المشرع بالتعويض المتعة؟، إلا أن اجتهادات المحكمة العليا وردّ فيها ذكر المتعة والتعويض، ولكنها اجتهادات جاءت متضاربة، في كون المقصود بالتعويض هو المتعة أو أن المتعة مستقلة عنه ومن هذه الاجتهادات:

- " إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرّر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تُعطى لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حدّ ذاتها تُعتبر تعويضاً، فإنّ القضاء بما يُخالف أحكام هذا المبدأ يُعتبر خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مالي باسم متعة، وبدفع مبلغ آخر كتعويض."<sup>4</sup>

- " من المقرّر شرعاً وقضائياً أنّ المتعة تُمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرّر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان الثابت في قضيتنا الحال أنّ القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معاً، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخصّ المتعة."<sup>5</sup>

1 مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب نقض الأحكام الباطلة، وردّ محدثات الأمور، رقم الحديث: 18- (1718)، ج: 3، ص: 1343-1444.

2 الشاطبي، الاعتصام، المجلد: 1، ص: 65.

3 لاتي محمد، أساس التعويض عن الطلاق التّعسفي، مجلّة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أحمد صالح التعمامة، ع: 4، جوان 2016م، شعبان 1437هـ، ص: 259.

4 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 35912، 08/04/1985م، المجلّة القضائية، ع: 1، 1989م، ص: 89.

5 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المحكمة العليا، ملف رقم: 39731، 27/01/1986م، المجلّة القضائية، ع: 4، 1993م، ص: 61.

- " من الأحكام الشرعية أنّ للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدّة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يُحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يُخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة مبلغاً إجمالياً من التقود مُقابل الطلاق التعسفي"<sup>1</sup>.

ف نجد في هذه القرارات أنّ المحكمة تارةً اعتبرت المتعة تعويضاً تستحقّه المطلقة بمجرد الطلاق، وتارةً اعتبرت المتعة حقاً لها نتيجة للطلاق التعسفي، وتارةً اعتبرت المتعة والتعويض حقان لها نتيجة للطلاق التعسفي، إلاّ أنّه في قرار آخر حاولت تدارك الأمر بالفصل بينهما فجاء نصّه كما يلي: "الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"<sup>2</sup>، فمن هذا يظهر أنّ المحكمة قد استقر عندها أنّ المتعة تكون كتعويض عن الطلاق، والتعويض يكون للتعسف في الطلاق، مع أنّه لا يوجد نصّ قانوني صريح بحقّ المطلقة في المتعة.

#### رابعاً: الضرر المالي للمطلقة بسبب الطلاق.

قد يلحق المطلقة ضرر مادي بسبب الطلاق الواقع بإرادة الزوج المنفردة بقصد حرمانها من الميراث، وهو ما يصطلح عليه في كتب الفقه بطلاق الفار، فهل للمطلقة الحقّ في الميراث منه؟<sup>3</sup>، لأنّه إذا تمّ إتلافه فلها التعويض.

#### 1/ موقف الفقه الإسلامي من حقّ المطلقة في الميراث من الفار.

ذهب الجمهور من الحنفية، والمالكية، وقول الشافعي القديم، والحنابلة، إلى أنّ لها الحقّ في الميراث، معاملةً له بنقيض قصده<sup>4</sup>، وذهب الشافعي في الجديد<sup>5</sup>، وهو أقيس القولين وأولاهما<sup>6</sup>، والظاهرية<sup>7</sup> إلى أنّها لا ترث، ولن نبسط الكلام عن الخلاف بين الفريقين، وإنما سنقتصر على الخلاف في زمن استحقاقها للميراث بين الجمهور القائلين بحقوقها في الميراث.

1 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث، المحكمة العليا، ملف رقم: 41560، 1986/04/07م، المجلة القضائية، ع: 2، 1989م، ص: 69.

2 قرار عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث، المحكمة العليا، ملف رقم: 235367، تاريخ: 2000/02/22م، المجلة القضائية، ع: 1، 2001م، ص: 275.

3 في مسألة طلاق الفار لن نتكلّم على من طلقها طلاقاً رجعيّاً ومات في عدتها فهذه ترث بالإجماع قال ابن قدامة: "إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً يملك رجعتها في عدتها، لم يسقط التوارث بينهما، ما دامت في العدة، سواء كان في المرض أو الصحة، بغير خلاف نعلمه". ينظر، ابن قدامة، المغني، ج: 6، ص: 394.

4 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 154-155، ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ج: 2، ص: 181، الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 14، ص: 231، ابن قدامة، المغني، ج: 6، ص: 395.

5 الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، ج: 14، ص: 231.

6 الماوردي، الحاوي، ج: 10، ص: 265، الشافعي، الأم، ج: 5، ص: 254.

7 ابن حزم، المحلى، ج: 9، ص: 486.

\* الحنفيّة: ترثه إذا مات في عدّتها، ولا ترثه إذا مات بعد انقضاء عدّتها، وتفصيل ذلك؛ أنّ المريض إذا طلق زوجته المدخول بها ثلاثاً، أو طلقها واحدةً بائنةً ثمّ مات قبل أن تنقضي العِدّة فإنّ لها الميراث منه، وإذا مات بعد انقضاء العِدّة فلا ميراث لها رُوي ذلك عن شريح، وإبراهيم النخعي، وعمر بن الخطّاب رضي الله عنه، وإذا طلقها طلاقاً يملك فيه الرجعة، وانقضت عدّتها قبل موته فلا ميراث لها، وإذا طلقها قبل أن يدخل بها فلا ميراث لها<sup>1</sup>، وكذلك إذا كان الطّلاق بسؤالها فلا ميراث لها منه وإن مات وهي في العِدّة<sup>2</sup>، والدليل على ذلك مايلي:

- عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه قال: (طلق عبد الرحمن بن عوف امرأته تماضر بنت الأصبع الكلبي، ثمّ مات وهي في عدّتها فورّثها عثمان).<sup>3</sup>

- عن شريح قال: "أتاني عروة البارقي، من عند عمر في الرّجل يطلق امرأته ثلاثاً في مرضه: إنّها ترثه ما دامت في العِدّة ولا يرثها."<sup>4</sup>

- الرّويّة سبب لإرثها في مرض موته، والرّوج قصد إبطاله، فبرّد عليه قصده، بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العِدّة، دفعاً للضرر عنها، وقد أمكن لأنّ النكاح في العِدّة يبقى في حقّ بعض الآثار فجاز أن يبقى في حقّ إرثها منه<sup>5</sup>.

- حال المطلقة أنّها بعد انقضاء عدّتها حلّت للرّجال، وحلّ له هو أن يتزوّج أختها، ومع أختها ثلاث نسوة فصارت هي أجنبيّة عنه، وهو أجنبيّاً عنها فلا توارث بينهما<sup>6</sup>.

- أمّا غير المدخول بها لا ميراث لها لأنّه لا عِدّة عليها، ولها نصف المهر، وإمّا الميراث يكون لمن كانت عليها عِدّة، ولها المهر<sup>7</sup>.

- أمّا التي سألت طلاقها فلا ميراث لها لأنّها قد رضيت هي بسقوط حقّها<sup>8</sup>.

1 الشّيباني الحنفي، الأصل، ج: 4، ص: 528-529.

2 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 156.

3 الدارقطني، سنن الدار قطني، كتاب الطّلاق وغيره، رقم الأثر: 4049، ج: 5، ص: 112.

4 ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الطّلاق، من قال: ترثه ما دامت في العِدّة منه إذا طلق وهو مريض، رقم الأثر: 19038، ج: 4، ص: 171.

5 المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، المجلد: 3، ص: 238.

6 الشّيباني الحنفي، الأصل، ج: 4، ص: 528-529.

7 المرجع نفسه، ج: 4، ص: 529.

8 السرخسي، المبسوط، ج: 6، ص: 156.

\* المالكية: ترثه مادام طلقها في مرض موت ومات فيه، وتفصيل ذلك؛ إذا طلق المريض زوجته ومات من مرضه ورثته سواء؛ مات في عدتها، أو بعد انقضاء عدتها، أو بعد زواجها، وسواء طلقها قبل الدخول، أو بعده، وسواء طلقها بائناً، أو طلاقاً يملك رجعتها<sup>1</sup>، ولو سألته الطلاق وهو مريض فطلقها أو خالعا ورثته<sup>2</sup>، والدليل:

- عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف: (أنَّ عبد الرحمن بن عوف، طلق امرأته البتة، وهو مريض، فورثها عثمان بن عفان منه، بعد انقضاء عدتها.)<sup>3</sup>.

- عن عبد الرحمن بن هرمز: "أنَّ عبد الرحمن بن مفضل كان عنده ثلاث نسوة إحداهن ابنة قارظ - قال فأخبرني عثمان بن أبي سليمان أنها جويرية - وكان ذا مالٍ كثيرٍ، خرج تاجراً حتى إذا كان ببعض الطريق أخذه الفالج، فركب إليه ناس من قريش فيهم نافع بن طريف، وإنه طلق اثنتين منهم، ثم مكث بعد طلاقه إياهما سنتين، وإتحمها ورثاه، ومات في عهد عثمان، وهو - أظن - ورثهما ولا أظنهما نُكحتا."<sup>4</sup>.

- عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أنه قال: (لا تسألني امرأة من نسائي الطلاق إلا طلقتهما، وكانت ثماضر بنت الأصبغ أم أبي سلمة في خلقتها بعض ما فيه، فسألته الطلاق وهو مريض، فقال لها إذا حضت ثم طهرت فأذنيني، فأذنته فطلقها البتة، ومات في مرضه ذلك، فورثها عثمان رضي الله عنه منه بعد انقضاء العدة.)<sup>5</sup>.

- عن ابن جريح قال: "أخبرني ابن شهاب، وسألته عن رجل طلق امرأته ثلاثاً في وجع، كيف تعتد إن مات؟ وهل ترثه؟ قال: قضى عثمان في امرأة عبد الرحمن أنها تعتد، وترثه، وإنه ورثها بعد انقضاء عدتها، وإن عبد الرحمن طاوله وجعه."<sup>6</sup>.

- قال ربيعة: "وإن نكحت بعده عشرة أزواج ورثتهم جميعاً، وورثته أيضاً."<sup>7</sup>.  
- لأن الميراث إنما يثبت لها لأن الطلاق صادف سببه، وهو ثبوت الحجر عليه من أجلها، فلا فرق بين بقاء العدة، وزوالها، لوجود السبب الذي هو الحجر<sup>8</sup>.

- ترثه وإن تزوجت، لأن الميراث إنما وجب لها بإخراجه إياها منه بعد ثبوت حق الحجر لها عليه، وهذا موجود مع تزويجها، فلم يكن لاعتبار الزواج معنى كما لم يكن لاعتبار العدة معنى<sup>9</sup>.

1 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 788-789.

2 المرجع نفسه، ج: 2، ص: 789.

3 مالك بن أنس، الموطأ (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي)، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، رقم الأثر: 40، ج: 2، ص: 571.

4 عبد الزق الصنعاني، المصنف، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، رقم الأثر: 12196، ج: 7، ص: 63.

5 سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، كتاب الطلاق، باب من طلق امرأته مريضاً ومن يرثها، رقم الأثر: 1958، القسم الثاني من المجلد الثالث، ص: 66.

6 عبد الزق الصنعاني، المصنف، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، رقم الأثر: 12193، ج: 7، ص: 62.

7 مالك بن أنس، المدونة، ج: 2، ص: 89.

8 القاضي عبد الوهاب، المعونة، ج: 2، ص: 788-789.

9 المرجع نفسه، ج: 2، ص: 789.

- ترث من سألت طلاقها، لأنها مطلقة في المرض فهي كالتى لم تسأل طلاقها، ولأن الزوج قد يُضيق على زوجته حتى تسأله الخلع فحُسم الباب بتوريثها، ولأنها لما أذنت في إخراجها من الميراث بعد ثبوت سببه لا يؤثر كما لو قالت له: لست أرثك<sup>1</sup>.

\* الحنابلة: لهم روايتان؛ الأولى: أنها ترثه ما لم تتزوج وهي المشهورة، والثانية: وافقوا فيها الحنفية وهي أنها ترثه ما لم تنتهي عدتها، وتفصيل ذلك؛

إذا طلق المريض زوجته في مرض موته الذي مات به طلاقاً بائناً وقد دخل بها ثم مات في عدتها ورثته يُروى هذا عن عليّ، وعمر، وعثمان رضي الله عنهم، وبه قال شريح، وعروة والحسن، والشعبي، والنخعي، والثوري، أما بعد العدة فلاحمد روايتين المشهور أنهما ترثه ما لم تتزوج، والأخرى لا ترثه، قال أبو بكر: "لا يختلف قول أبي عبد الله في المدخول بها أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج."، أما إن طلقها قبل الدخول ففيها روايتان، أنها لا ترثه، والأخرى ترثه ما لم تتزوج<sup>2</sup>، وإن سألته الطلاق في مرضه، فأجابها، ففي ميراثها روايتان الصحيح أنها لا ترثه، والأخرى ترثه ما لم تتزوج<sup>3</sup>، واستدلوا على روايتهم المشهورة بمايلي:

- الآثار الواردة عن الصحابة التي استدلت بها المالكية.
- سبب توريثها فراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة<sup>4</sup>.
- عن أبي بن كعب قال: (لا أزال أورثها منه حتى تتزوج أو يبرأ).<sup>5</sup>
- لا ترث بعد زواجها، لأنها وارثة من زوج فلا ترث زوجاً آخر كسائر الزوجات، ولأن التوريث في حكم النكاح، فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة<sup>6</sup>.
- بزواجها مرة أخرى تكون قد فعلت باختيارها ما يُباني نكاح الأول، فأشبهه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها، وهكذا لو ارتدت في عدتها ولم تُسلم، أو فعلت ما يُباني نكاح الأول<sup>7</sup>.
- قال جابر بن زيد في غير المدخول بها: "لا ميراث لها، ولا عدة عليها"<sup>8</sup>.
- لا ترث غير المدخول بها لأنه بطلاقها لم تعد زوجةً، وليست مُعتدةً من نكاح فأشبهت المطلقة في الصبحة<sup>9</sup>.

1 القاضي عبد الوهاب، المرجع السابق، ج: 2، ص: 790.

2 أبو الفرج المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج: 7، ص: 181-182، أبو داود، مسائل الإمام أحمد، ص: 249-250.

3 ابن قدامة، المغني، ج: 6، ص: 398.

4 أبو الفرج المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج: 7، ص: 182.

5 أبو داود، مسائل الإمام أحمد، ص: 249.

6 أبو الفرج المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج: 7، ص: 183.

7 المرجع نفسه.

8 ابن قدامة، المغني، ج: 6، ص: 396.

9 المرجع نفسه، ج: 6، ص: 397.

- لا ترثه إن سألته الطلاق لأنه ليس بفار<sup>1</sup>.

\* التّرجيح.

الذي يترجّح ممّا سبق والله أعلم هو المشهور من قول الخنابلة لما يلي:

- الآثار الواردة عن الصحابة جاءت في استحقاق المطلقة في مرض الموت الميراث في عدتها، وبعد انقضاء عدتها.

- لم يرد عن الصحابة أثر في توريثها بعد زواجها.

- إذا تزوّجت صار حقّها في الميراث معلقاً بزواجها الجديد، فلا يمكن أن يتعلّق بالزوج القديم، فسبب استحقاقها للميراث الزوجية ولا يمكن أن تتعدّد، وإنما تتعدّد في حقّ الرّجل، فلو استحقّت الميراث لشابهت الرّجل في أمر مُحال أن تُشابهه فيه.

- وإن سألتها طلاقاً بئناً فلا ميراث لها لأنّها تعلم أنّ تصرفها سيمنعها من ميراثه، وتبيّن أنّ ليس له قصد جرمائها منه.

- أمّا غير المدخول بها ليس لها ميراث لأنه لا عدّة لها تربطها بزواجها.

وعليه فإنّ شروط استحقاق مطلقة الفار الميراث ما يلي:

- أن يطلقها في مرض سيهلك فيه، أو ما هو في حكم ذلك.

- أن يهلك بذلك المرض، أو ما كان في حكمه.

- أن يكون طلاقها بغير اختيارها.

- أن تكون مدخولاً بها.

- أن لا تتزوج.

- أن تتوفّر فيها شروط الميراث، وتنتفي عنها موانعه.

2/ موقف القانون من حقّ المطلقة في الميراث من الفار.

أ- موقف القانون الجزائري.

لم يرد نصّ في القانون الجزائري يتناول حقّ المطلقة في مرض الموت من الميراث، ليركّ المشرّع بذلك الأمر لاجتهادات المحاكم، وقد نصّ قرار المحكمة العليا: "لكن وحيث أنّ المرض مهما كانت حُطوره لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعاً وقانوناً بخلاف الميراث، فإنّ حقّ الطّاعة فيه ثابت شرعاً إذا طلّقت في مرض الموت، لأنه لا يوجد أيّ تلازم بين العِدّة والحقّ في الميراث حتّى ولو وقعت الوفاة بعد مدّة

1 ابن قدامة، المرجع السابق، ج: 6، ص: 398.

طويلة من انقضاء عدّتها لاحتمال أنّ طلاقه لها كان بنية جرمائها من الميراث، عملاً بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود، وعليه فالوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعيّن معه رفض الطّعن.<sup>1</sup>

يظهر من هذا القرار مايلي:

- أنّ المطلّقة لها الحقّ في الميراث، سواء في العدة أو بعد انقضائها.
- لم يُفرّق اجتهاد المحكمة العليا بين المدخول بها، وغيرها بل صرح بعدم تلازم العدة مع استحقاق الميراث، ممّا يُفهم منه أنّ غير المدخول بها تترث في طلاق مرض الموت.
- لم يُشر اجتهاد المحكمة العليا إلى حالة زواج المطلّقة في مرض الموت بزواج آخر هل تستحقّ الميراث أم لا؟، وهنا بالرجوع إلى قواعد الميراث نجد أنّها لا تترث، لأنّ زواجها قائم من زوج آخر فترث بهذه الزّوجية القائمة، والتي لا يمكن أن تتعدّد في حقّ المرأة.
- أشار اجتهاد المحكمة العليا إلى مسألة قصد الزّوج من طلاقه جرمان زوجته من الميراث، ممّا يعني أنّ الطّلاق البائن الواقع بطلب من الزّوجة لزوجها لا تترث به.

وعليه فإنّ المشرع الجزائري شابه قوله المشهور من قول الحنابلة في المدخول بها، وقول المالكية وغير المشهور من قول الحنابلة في غير المدخول بها.

هناك مسألة أخرى في القانون الجزائري خالف فيها إجماع المسلمين؛ وهي حقّ التّوارث في الطّلاق الرجعي<sup>2</sup>، فقد جعل القانون طلاق الزّوج في المحكمة بائناً بعد صدور الحكم، والذي منه تبدأ المطلّقة في حساب عدّتها، ممّا يعني أنّه إذا تُوفي أحد الزّوجين في العدة فلا يرثه صاحبه.

#### ب- موقف بعض القوانين العربيّة.

نصّت الفقرة الثالثة من المادّة 11 ق م م: "وتعتبر المطلّقة بائناً في مرض الموت في حكم الزّوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلّق في ذلك المرض وهي في عدّته."<sup>3</sup>، وعليه فقد أخذ المشرع المصري برأي الحنفية في ميراث المطلّقة في مرض الموت، فترث مادامت في عدّتها ووقع الطّلاق بغير رضاها

وقدّ هذا القانون السوري، والقطري حذو القانون المصري فجاء نصّ المادّة 116 ق أ ش س: "من باشر سبباً من أسباب البيّنونة في مرض موته أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعاً بلا رضا زوجته ومات في

1 قرار عن غرفة الأحوال الشّخصيّة والموارث، المحكمة العليا، ملف رقم: 179696، بتاريخ: 17/03/1998م، المجلّة القضائيّة، ع: خاص، 2001، ص: 99.

2 ابن قدامة، المغني، ج: 6، ص: 394.

3 القانون رقم: 77 لسنة 1943، المتضمّن قانون الموارث، الوقائع المصريّة، ع: 62، في 12 أغسطس 1943م، ص: 19.

ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدة فإنّها ترث منه بشرط أن تستمرّ أهلّيّتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت.<sup>1</sup>، ونصّت المادّة 255 ق أ ق: " يُشترط لإرث أحدّ الزوجين الآخر ما يلي:

- 1- أن يكون الزّواج صحيحاً.
  - 2- قيام الزّوجية بينهما حقيقةً أو حُكماً.
- وترث المطلّقة في مرض الموت ولو كان الطّلاق بائناً.<sup>2</sup>.

---

1 قانون قم: 59 للعام 1953م، المتضمّن قانون الأحوال الشّخصيّة، نشر بتاريخ: 1953/09/07م، مجلس الشعب، الجمهورية العربيّة السوريّة، تاريخ الاطّلاع: <http://parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=201&nid=11333&ref=tree>، تاريخ الاطّلاع: 2024/03/28م.

2 قانون رقم: 22 لسنة 2006م، المتضمّن قانون الأسرة القطري السّالف الذّكر، ص: 213.

أظهر هذا الفصل حقيقة ما أقدم عليه المشرّع الجزائري من تعليق طلاق الزّوج على حُكم القاضي، حيث أنّه أخفق إخفاقاً شديداً، وظّهر ذلك من خلال تضارب نصوصه القانونيّة والاجتهادات القضائيّة، والعُموض الذي يجعل القضاة في حيرة من أمرهم في مُراد المشرّع، وما نجم عن ذلك من مخالفة صريحة للشريعة الإسلاميّة ترتّب عنها تحليل الحرام وتحريم الحلال، وهذا لأنّه جعل من تخفيض نسبة الطّلاق شغله الشّاغل دون قراءة لعواقب ما يترتّب على ذلك، وبما أنّ المشرّع الجزائري والقاضي لا يُحلّون حراماً ولا يُجرّمون حلالاً، فإنّ المطلوب من المطلق ديانةً تنفيذ أحكام الله لأنّه متعبّد له بها.

الخاتمة

## الخاتمة.

## أولاً: النتائج.

- 1- الطّلاق في أصله مباح، وهو مذهب الجمهور للأدلة العامة على مشروعيّته، ولعدم وجود ما ينصّ على حرّمته، وتعتبره الأحكام التّكليفيّة الخمسة حسب حال كلّ شخص، فقد شرّع ضمن مقاصد الإسلام الحاجيّة لرفع الحرج والمشقة، لذا ينبغي للمسلم تحقيقها تبعداً لله تعالى.
- 2- يُلاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد أحقق كثيراً في تنظيم أحكام طلاق الرّوج بإرادته المنفردة، والسبب سعيه إلى مواكبة المجتمع الدّولي في دعوى حماية حقوق المرأة، مخالفاً بذلك الشّريعة الإسلاميّة، ومتغاضياً عن أمور مهمّة، ممّا ترتب عنه العُموض والتعارض في نصوصه، وفي أحكام الاجتهادات القضائيّة.
- 3- لم يعالج المشرّع الجزائري أهم سبب لارتفاع نسبة الطّلاق وهو الجهل لدى شريحة واسعة من المجتمع بفقّه الطّلاق لذا لم يُجدّد نفعاً للحلول التي لجأ إليها.
- 4- إنّ المقتنّ الجزائري أهمل تعريف الطّلاق، وألفاظه التي يقع بها، رغم أهميّة ضبّطها حتى يتميّز عن باقي صور التّفريق الأخرى بين الرّوجين، فتكوّن الأحكام القضائيّة مؤسّسة على الأصل الذي يقع به، ولم يُعط أهميّة للطّلاق بالكتابة والإشارة، مما سبّب فراغاً قانونياً فتح باب الاحتمالات واسعاً لمقصوده، ينجّم عنه تضارب في الأحكام القضائيّة على خلاف فقهاء الإسلام، وكذلك بعض القوانين العربيّة.
- 5 - كلّ صور الطّلاق في القانون الجزائري لها صورةٌ واحدةٌ هي البائن بينونة صغرى، ممّا يعني أنّه لا وجود لطلاقٍ رجعيّ، وما يترتّب عليه من آثار، رغم وجوده في اجتهادات المحكمة العليا في قضايا الطّلاق العربيّ، وهذا يدل على أنّ المشرّع الجزائري لم يُفرّق بين التّطبيق القضائي والطلاق بالإرادة المنفردة للرّوج، كما أنّه ترد إشكالية في مسألة توثيق الطّلاق الثلاث في الحالة المدنيّة.
- 6- لا يشترط شرعاً أن يكون الطّلاق أمام القضاء بل هو بيد الرّوج له إيقاعه داخل المحكمة أو خارجها في حين اعتبره القانون الجزائري إجراءً وجوبياً، واحتجّ البعض لذلك أنّه من باب سدّ الدّرّاع، وحكم الحاكم يرفع الخلاف، وهذه دعوى بلا دليل، وقياسها على مسألة الاشهاد في الطّلاق قياسٌ مع الفوارق.
- 7- اشترط القانون الجزائري لرفع دعوى الطّلاق المصلحة، ممّا يجعل حقّ الرّوج الشرعي في عدم تسببه دون معنى، ورغم أهميّة الصّالح بين الرّوجين شرعاً إلا أنّه لا يعد إجراءً قضائياً في الطّلاق كما هو حال القانون الذي بقي موقفه غامضاً من أثر تخلفه، وهو مهمّة إضافية تُعيق القاضي عن أداء مهامّه الأصليّة، كما أنّ اتّصاف الإجراءات القضائيّة في الجزائر بالبطء والتعقيد يدفع النّاس إلى العزوف عن المحاكم.
- 8- أعطى القانون للقاضي الحقّ في إصدار حكم الطّلاق بناءً على طلب الرّوج ولو لم يتضمن توكيلاً منه، وإن كان غائباً عن جلسة الحكم، وهذا الطّلاق غير واقع شرعاً، بل إنّ النّصوص القانونيّة والاجتهادات القضائيّة تضاربت في كون حكمه كاشف أو منشئ للطّلاق ما ترتب عنه عدم وضوح مراد المشرّع الجزائري من

مسألة إثبات الطلاق العربي، مما يجعل القضاة في حيرة من أمرهم بين الشريعة الإسلامية، وواقع يفرض ثبوته من وقت وقوعه، وبين نص قانوني لا يثبتته إلا من زمن صدور الحكم.

9- اعتبر القانون العدة من النظام العام إلا أنه لم يوضح مقصوده بالقرء، والتقويم المعتبر في الحساب، ولم يعترف بالطلاق العربي بأثر رجعي كل ذلك يؤثر في مدة العدة، وبالتالي في آثار الطلاق، وما يتعلق بها من حقوق وواجبات.

10- اكتنف النصوص القانونية النقص في الجانب المالي لآثار الطلاق كالتفكة وأجرة الرضاع والحصانة، وتردد المشرع الجزائري في اعتبار المتعة كتعويض على الطلاق، أو عن الضرر، وأخذ بالقول الذي يرى بالتعويض عن الضرر المعنوي، وهو قولٌ محدثٌ لم يذكره الفقهاء القدامى، واختلف فيه المعاصرون.

11- ووفق المشرع الجزائري في بعض المسائل من ذلك اعتبار أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأقصاها عشرة أشهر، وإثبات النسب بإمكانية التلاقي بين الزوجين، ولم يحدد النفقة بقدر معين، وراعى فيها حال الزوجين.

ثانياً: التوصيات.

1- حلاً لمشكلة ارتفاع نسبة الطلاق لابد من توعية المجتمع بفقهاء الطلاق، من خلال تفعيل دور كليات فئات المجتمع التي يمكنها المساهمة من أئمة، ودعاة، وباحثين في الدروس، والخطب، والمحاضرات، والكتب، ومقررات وزارة التربية، والتعليم العالي وغير ذلك.

2- على السلطة التشريعية، والأفراد الرجوع إلى الشريعة الإسلامية فهي من لدن حكيم خبير، والطلاق الواقع بإرادة الزوج حتى تتحقق مقاصده لابد من الالتزام بأحكامه الشرعية، لذلك ينبغي إلغاء، وتعديل جميع النصوص القانونية التي تخالف الشريعة الإسلامية.

3- يُقترح على المشرع الجزائري إلغاء المواد التالية؛ 7، 48، 49، 50، 52، 53، 53 مكرر، 65، 67، من قانون الأسرة الجزائري، وتعويضها بنصوص منها؛ "الطلاق بيد الزوج له أن يوقعه أمام القضاء أو خارجه. إذا أوقع الزوج الطلاق خارج القضاء فإن القاضي يتأكد من وقوعه ثم يثبتته بأثر رجعي.

إذا أراد الزوج إيقاع الطلاق أمام القضاء فعلى القاضي أن يحيل الزوجين إلى هيئة الصلح. إذا تضمن تقرير هيئة الصلح أنه يستحيل الصلح بين الزوجين، فإنه لا يمكن أن يصدر القاضي حكمه بالطلاق إلا إذا أوقعه الزوج أمامه، أو تضمن طلب الزوج توكيلاً للقاضي بإيقاعه."، و "الطلاق الذي يصدر من الزوج إذا لم يكن هو الثالث فإنه يقع رجعيًا سواء كان أمام القضاء أم خارجه.

يحق للزوج مراجعة زوجته من طلاق رجعي مادامت في عدتها، ولا يحتاج إلى عقد ولا مهر جديدين، ولا يُشترط، رضاها.

ينم تسجيل هذا الطلاق في سجل الحالة المدنية مع بيان الرجعة.

تتحقق الرجعة بالقول أو الفعل."، و "التعويض لا يكون إلا على الضرر المادي."،

و" لا تُلزم المطلقة بحضانة الصَّغير إلا إذا لم يوجد غيرها.

للحاضنة الحقُّ في المطالبة بأجرة الحضانة.

تستحق الحاضنة أجره الحضانة إلى سنِّ التَّكليف."

4- يُقترح تعديل المواد 42، 43، 58، 59، 61، 66 من قانون الأسرة الجزائري كالتالي: " أقلُّ مدَّة

الحمل ستة أشهر هجريَّة، وأقصاها عشرة أشهر هجريَّة، وهي المدَّة التي يثبت بها النَّسب"، و" لا عدَّة على غير المدخول بها.

تجب العدَّة بعد الخُلوة.

عدَّة المطلقة التي تحيض ثلاثة قُرُوء، والقُرء هو الحيض.

عدَّة المطلقة التي لا تحيض ثلاثة أشهر هجريَّة، فإذا كان طلاقها أثناء الشَّهر، فإنَّها تكمل الأول من الشَّهر الرابع ثلاثين يوماً.

عدَّة المطلقة الحامل تنتهي بوضع حملها كاملاً، وتخرج الحامل من العدَّة بالسَّقَط من مرحلة العَلقة إذا تمَّ التَّيقن

منه بالوسائل الحديثة، ومن مرحلة المَضغة إذا تعدَّر الكشف عنه."، و" عدَّة المطلقة المتَّوفي عنها زوجها، إذا

مات الزَّوج في عدَّة طلاق رجعي فإنَّها تعتدُّ عدَّة وفاة، وإذا كان الطَّلاق بائناً فإنَّها تُكمل عدَّتْها عدَّة مطلقة."

و" تجب النَّفقة والسَّكنى للمطلقة خلال فترة عدَّتْها إلا البائن الحائل.

يُقدر النَّفقة قاضي الموضوع بحسب حال الزَّوجين."، و" إذا تزوّجت المطلقة بزواج أجنبي عن المحضون سقط

حقُّها في الحضانة، فإن طُلقت عاد إليها حقُّها في الحضانة إن كانت بائناً."

5- جبراً للفراغ القانوني يُقترح على المشرِّع الجزائري إضافة التَّصوص التالية: " الطَّلاق حلُّ عقد التَّكاح أو

بعضه بلفظ الطَّلاق الصَّريح أو الكناية."، و" لا يحتاج في لفظ الصَّريح والكناية الظاهرة إلى نيَّة، وفي الكناية

الحقِّيَّة لا بد من النيَّة."، و" يقع الطَّلاق الثلاث بلفظ واحد، أو بألفاظ متكرِّرة طلقةً واحدة."، و" يقع

الطلاق من الغائب بالكتابة مع النيَّة.

الإشارة المتعارف على وقوع الطَّلاق بها يكون لها حكم الصَّريح من الأخرس، ومن السَّليم يقع بها

الطلاق مع النيَّة."، و" لا يقع طلاق الصَّبي والمجنون، إلا إذا ثبت ضرر عليهما من الزَّواج فيبُلِّغ القاضي بذلك

ليُصدر حكمه بالطلاق."، و" العدَّة: اسمٌ لمُدَّة معلومة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رجمها."، و" تعتدُّ المطلقة

طلاقاً بائناً في مرض الموت بأبعد الأجلين."، و" تلزم المطلقة الرَّجعية بإرضاع ولدها خلال فترة العدَّة، ولا تُجبر

البائن على الإرضاع إلا في الحالات التالية:

- ألا يقبل الطفل الرِّضاع إلا من ثدي أمه.
- ألا توجد مُرضعة أخرى سواها، ولم يقبل الرِّضاعة الاضطناعية، أو كان فيها ضررٌ عليه.

- إذا عُدَّ الأب. "، و" للمطلقة المطالبة بأجرة الرضاع خلال مدة الرضاع على ألا تتجاوز حولين كاملين بالتقويم الهجري. "، و" للمطلقة قبل الدخول ولم يسم لها المهر الحق في المتعة. يُرجع في تقدير المتعة عند التنازع إلى القاضي. "، و" تستحق مطلقة الفار الميراث بالشروط التالية: أن يطلقها في مرض سيهلك فيه، أو ما هو في حكم ذلك. أن يهلك بذلك المرض، أو ما كان في حكمه. أن يكون طلاقها بغير اختيارها. أن تكون مدخولاً بها. ألا تتزوج. أن تتوفر فيها شروط الميراث، وتنتفي عنها موانعه. "
- 6- يُنشأ في المحكمة الهيئات التالية؛ هيئة الصلح للتخفيف عن القاضي، وهيئة التحقيق في وقوع الطلاق خارج المحكمة ليتفق الحكم مع واقعة الطلاق.
- 7- يُحرر قانوناً الاستمارات التالية؛ استمارة طلب إثبات الطلاق، والتي ينبغي أن تتضمن بالإضافة إلى المعلومات الشخصية، كيفية وقوع الطلاق، وتاريخه، وحالة المطلق، واستمارة طلب إيقاع الطلاق، والتي ينبغي أن تتضمن بالإضافة إلى المعلومات الشخصية، هل يريد الزوج القيام بذلك بنفسه، أم أنه يريد توكيل القاضي فيه؟

## الفهارس

- 1- فهرس الآيات
- 2- فهرس الأحاديث
- 3- فهرس آثار الصحابة
- 4- فهرس المواد القانونية
- 5- فهرس القرارات القضائية
- 6- قائمة المصادر والمراجع
- 7- الفهرس

1- فهرس الآيات

الصفحة	السورة	رقمها	طرف الآية
.20	البقرة	101	مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ
.81	البقرة	118	إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ بَشِيرًا وَنَذِيرًا
.145	البقرة	187	وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ
.170,168	البقرة	188	يَسْتَأْذِنُكَ عَنِ الْإِهْلِ
.56, .55, 53, 50 .162, 160, 154 .178, 176, 164 .188, 183, 182 .229, 205	البقرة	226	وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ
.36, .35, 23, 19 .46, .45, 44, 39 .61, .60, 54, 50 182, 178, 78, 70 .274, 191, 188	البقرة	227	إِذَا طَلَّقُ مَرَّتَيْنِ فِيمَا سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ...
.44, 42, 35, 19 191, 190, 94, 56 .193	البقرة	228	فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ...
.176, 115, 28 .274, 180	البقرة	229	وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَعْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ
.214, 176, 32 .235, 231, 229 .238, 237, 236 .269, 246, 242, 239	البقرة	231	وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ
.199, 198, 196	البقرة	233	وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ
.232, 27, 23 .258, 257, 255 .262, 261, 259 .266, 265, 264 .272, 267	البقرة	234	لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ
.259	البقرة	235	وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ

257,255,42 .262,261,260,258	البقرة	239	وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتْعٌ بِالْمَعْرُوفِ
.208,186	البقرة	281	وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ
.267,184,86	البقرة	285	لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا
.84	آل عمران	41	إِلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا
.192	النساء	3	فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ
.120-119	النساء	20	وَإِن أَرَدْتُمْ إِسْتِبدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ
.206-205	النساء	23	حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ
.274	النساء	29	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ
.102	النساء	113	لَا حَيْزَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّحْوِيهِمْ
.102	النساء	127	وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ
.29	النساء	130	وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلا مِّن سَعَتِهِ
.164	المائدة	7	فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا
.222	الأنعام	36	فَإِنِ اسْتَطَعْتَ أَنْ تَبْتَغِيَ نَفَقًا فِي الْأَرْضِ
.168	التوبة	36	إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا
.128	هود	115	وَاصْبِرْ فَإِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ
.217	النحل	43	فَسئَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ
.271	النحل	126	وَإِن عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ
.204	الإسراء	32	وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ
.222	الإسراء	100	إِذَا لَأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ
.271	الأنبياء	79-78	وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَخْتَصِمَنَّ فِي الْخِزْيِ
.182	المؤمنون	6-5	وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حُفُظُونَ
.107	المؤمنون	8	وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رُءُوفُونَ
.205	النور	4	وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ
.192	النور	32	وَأَنكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنكُمْ
.271	النور	33	فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا

7.	الروم	20	وَمِنَ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا
.118	الروم	21	وَمِنَ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمُوتِ وَالْأَرْضِ وَاجْتِلاَفُ أَلْسِنَتِكُمْ وَاللُّوِينِكُمْ
.213	لقمان	13	وَفِصْلُهُ فِي عَامِينَ
.210	لقمان	33	وَيَعْلَمُ مَا فِي الْآرْحَامِ
.205	الأحزاب	5	أَدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ
.262,261,256	الأحزاب	28	آيُهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ
.122	الأحزاب	33	وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ
.27	الأحزاب	36	وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ
،100,90,52,50 ،43-42 ،201,189,158,156 ،257,255	الأحزاب	49	يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ
.254	غافر	39	يَقُومُ إِنَّمَا هَذِهِ الْحَيَوةُ الدُّنْيَا مَتَّعَ وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا
.214,213	الأحقاف	14	إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ
.263,206,204	الحجرات	13	يَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى
.21	المجادلة	2	الَّذِينَ يَظْهَرُونَ مِنْكُمْ مَنْ تَسَاءَلْتُمْ.....
48,46,41,39,36,31 ،162,155,78,60,52 ،226,225,223,183,177 ،274	الطلاق	1	يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ
،70,55,50,46,23 ،208,187,186,185	الطلاق	2	فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ
،170,167,166,164 ،175,173,172,171	الطلاق	4	وَالسَّى يَبْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ
،226,225,224,223 ،237,235,234,227 ،241 ،240,239,238	الطلاق	6	أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ
.266,232,230,229	الطلاق	7	لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ
.153	الجن	28	وَأَحْصِي كُلَّ شَيْءٍ عَدَدًا

2- فهرس الأحاديث

الصفحة	طرف الحديث
.21	اتَّقُوا الْمَلَاعِينَ
.205	اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوْبِقَاتِ
.27	إِذَا أَتَاكُمْ مِنْ تَرْضُونَ خَلْقَهُ وَدِينَهُ فَزُوجُوهُ
.48	إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتِهَدِ
.196	إِذَا حَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ
.124	إِذَا دَعَا الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ إِلَى فِرَاشِهِ
.124	أُرِيْتُ النَّارَ فَإِذَا أَكْثَرُ أَهْلِهَا النِّسَاءُ
.64	اعتدى، فقعدت له على طريقه ليلة
.74	اعتدي، فجعلها طليقة
.123	أَلَا أُخْبِرُكَ بِخَيْرِ مَا يَكُونُ الْمَرْءُ
.105	أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِأَفْضَلِ مِنْ دَرَجَةِ الصِّيَامِ وَالصَّلَاةِ وَالصَّدَقَةِ
.226	امْكُنِّي فِي بَيْتِكَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ
.19	أَنَّ امْرَأَةً ثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ اخْتَلَعَتْ مِنْهُ
.210	أَنَّ أَعْرَابِيًّا أَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ: إِنَّ امْرَأَتِي وَلَدَتْ عَلَامًا أَسْوَدَ
.250	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَهَا وَهِيَ بِنْتُ سَبْعِ سِنِينَ
.54	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ الْخَلْعَ تَطْلِيقًا بَائِنَةً
.249	أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَبَّرَ عَلَامًا بَيْنَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ
.249,248,244	أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءً
.109	إِنَّ رَجُلًا سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنِ الرَّجُلِ يُجَامِعُ أَهْلَهُ ثُمَّ يُكْسِلُ
.123	أَنَّ رَجُلًا، قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ تَحْتِي امْرَأَةً جَمِيلَةً
.199	إِنَّ زَوْجَهَا طَلَقَهَا ثَلَاثًا
.209	إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ عَلَيَّ مَسْرُورًا
.20	أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَقَطَ عَنْ فَرْسِهِ فَجَشَتْ سَاقَهُ
.177,23	أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ طَلَّقَ حَفْصَةَ
.177	أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ طَلَّقَ سَوْدَةَ
.91	أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَرَضَهُ يَوْمَ أُحُدٍ

.243	أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَرَجَ مُحْتَضِنًا أَحَدَ ابْنَيْ ابْنَتِهِ
.190.56	أَنَّ رِفَاعَةَ الْقُرْظِي تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَقَهَا
.201	أَنَّ زَوْجَ بَرِيرَةَ كَانَ عَبْدًا يُقَالُ لَهُ مُغِيثٌ
.196	أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ حِينَ تَأَيَّمَتْ حَفْصَةَ
.189	أَنَّ مَعْقِلَ بْنَ يَسَارٍ، كَانَتْ أُحْتُهُ تَحْتَ رَجُلٍ
.109	إِنَّ مِنْ أَشَرِّ النَّاسِ عِنْدَ اللَّهِ
.271	أَنَّ نَاقَةَ الْبُرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ رَجُلٍ فَأُفْسِدَتْ فِيهِ
.209	أَنَّ هِلَالَ بْنَ أُمَيَّةَ قَذَفَ امْرَأَتَهُ عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ بِشَرِيكِ ابْنِ سَحْمَاءَ
.86	إِنَّا أُمَّةٌ لَأُمِّيَّةٌ
.124	انْطَلَقْتُ أَنَا وَأَصْحَابِي لِي حَتَّى انْتَهَيْنَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَلَمْ نَجِدْهُ
.78.66	إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ
.100.94	إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ
.43	أَنَّهُ طَلَقَ امْرَأَتَهُ الْبَتَّةَ
.42	أَنَّهُ طَلَقَ امْرَأَةً لَهُ وَهِيَ حَائِضٌ
.227	أَنَّ أَبَا عَمْرٍو بْنَ حَفْصِ طَلَّقَهَا الْبَتَّةَ
.165	أَتَاهَا سَأَلَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَشَكَتْ إِلَيْهِ الدَّمَ
.160	أَتَاهَا طَلَّقَتْ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمَطْلُوقَةِ عِدَّةٌ
.171-170.155	أَتَاهَا كَانَتْ تَحْتَ سَعْدِ بْنِ حَوْلَةَ
.271	أَهْدَتْ بَعْضُ أَرْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ طَعَامًا فِي فَصْعَةٍ
.25	أَيُّهَا امْرَأَةٌ سَأَلَتْ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ مِنْ غَيْرِ مَا بَأَسَ
.193.41	تَزَوَّجُوا وَلَا تُطَلِّقُوا فَإِنَّ الطَّلَاقَ
.25	تَزَوَّجُوا وَلَا تَطْلُقُوا فَإِنَّ اللَّهَ لَا يَجِبُ
.204	تَعَلَّمُوا مِنْ أَنْسَابِكُمْ مَا تَصَلُونَ بِهِ أَرْحَامِكُمْ
.122.27	تُنكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ: لِمَا لَهَا
.77.66	ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ
.230	الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ
.256	خَرَجْنَا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ حَتَّى انْطَلَقْنَا إِلَى حَائِطٍ
.27	خَيْرُ النِّسَاءِ الَّتِي تَسْرَهُ

.180	دع ما يريبك
.128	دِينَارٌ أَنْفَقْتَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ
.251,94,92	رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ
.14	رهان الخيل
.168	الزَّمَانُ قَدْ اسْتَدَارَ كَهَيْئَتِهِ يَوْمَ خَلَقَ اللَّهُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ
.170	الشَّهْرُ تِسْعٌ وَعِشْرُونَ
.102	الصلح جائز بين المسلمين
.165	طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان
.46-45	طلق امرأته وهي حائض
.37-36	طَلَّقَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ
.61,35	طلقت امرأتي وهي حائض
.228	طَلَّقَنِي زَوْجِي عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَفِي رِوَايَةٍ: الْمُطَلَّغَةُ ثَلَاثًا لَا سُكْنَى لَهَا وَلَا نَفَقَةٌ
.129	الظُّلْمُ ظُلُمَاتٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ
.106	على المرء المسلم السمع والطاعة
.52	فأبن القدح عن فيك
.275	فَأَخْبَرْتَنِي بِقَوْلِ أَهْلِ الْإِفْكِ فَازْدَدْتُ مَرَضًا إِلَى مَرَضِي
.124, 24	فَإِذَا جَاءَ زَوْجُكَ فَأَقْرَبِي عَلَيْهِ السَّلَامَ
.44	فَأَرْسَلَ إِلَى امْرَأَتِهِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ بِتَطْلِيْقَةٍ
.31	فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يُطَلِّقَهَا فَلْيُطَلِّقْهَا حِينَ تَطْهَرُ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُجَامِعَهَا
.273	فَإِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ
.159	فإنه من يعش منكم بعدي يرى اختلافا كثيرا
.175	فُقُتِلَ زَوْجُ سُبَيْعَةَ الْأَسْلَمِيَّةِ
.273	كَانَ بَيْتِي وَبَيْنَ رَجُلٍ كَلَامٌ، وَكَانَتْ أُمُّهُ أَعْجَمِيَّةً، فَنِلْتُ مِنْهَا
.218,210,204	كَانَ عُتْبَةُ عَهْدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدٍ
.47, 46	كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ
.24	كَانَتْ تَحْتِي امْرَأَةٌ أُحِبُّهَا
.43	كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها

.94	كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلَّا
.28-27	كُلُّكُمْ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ
.124	كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ
.207-206، 113	كُنَّا عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ: أَنْشُدَكَ اللَّهَ إِلَّا فَضَيْتَ بَيْنَنَا بَكْتَابِ اللَّهِ
.44	لا سبيل لك عليها
.273،269،29،25	لا ضرر، ولا ضرار
.127	لا عدوى ولا طيرة
.224	لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا
.109	لا يخلون رجلٌ بامرأةٍ إلا مع ذي محرم
.25	لعن الله كلَّ ذواقٍ مطلقٍ
.56	لعن رسول الله ﷺ المحلل
.74	لقد عدت بعظيم
.256	لَمَّا طَلَّقَ حَفْصُ بْنُ الْمُغِيرَةِ امْرَأَتَهُ فَاطِمَةَ
.127	اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنَ الْجُنُونِ
.124	لو كنت امرأةً أحداً أن يسجد لأحد
.105	ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس
.138	لَيْشَرَبَنَّ نَاسٌ مِنْ أُمَّتِي الْحَمْرَ
.15	لَيْلَةٌ طَلْقَةٌ، لَا حَارَّةٌ وَلَا بَارِدَةٌ
.126	مَا أَفَادَ عَبْدٌ بَعْدَ الْإِسْلَامِ خَيْرٌ لَهُ مِنْ زَوْجٍ مُؤْمِنَةٍ
.122	مَا تَرَكَتُ بَعْدِي فِتْنَةً
.178،177،163-162،32، .184،179	مُرَّةٌ فَلْيُرَاجِعْهَا
.250	مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعِ
.165	المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها
.228	المطلقة ثلاثا
.205	مَنْ ادَّعَى إِلَى غَيْرِ أَبِيهِ
.272	مَنْ تَطَبَّبَ، وَمَنْ يُعْلَمُ مِنْهُ طِبُّ قَبْلَ ذَلِكَ، فَهُوَ ضَامِنٌ
.21	مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ، فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، فَلْيَأْتِهَا

،187، 119-118،46.37 .279	مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ
.38	هِيَ وَاحِدَةٌ
.155	وَأْتَيْتَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ كَمْ طَلَقْتَ
.86	وَإِذَا أَمَرْتَكُمْ بِأَمْرٍ فَأَتَوْا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ
.28	وَاسْتَوْصُوا بِالنِّسَاءِ خَيْرًا، فَإِنَّهُنَّ خَلْقُنَ مِنْ ضَلَعِ
.219	الْوَلَدِ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ
.229	وَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ
.198	وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ وَقَعَ فِي الْحَرَامِ
.103-102	يَا ابْنَ أَخْتِي كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَا يُفْضِلُ بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ
.41	يَا ابْنَ عُمَرَ مَا هَكَذَا أَمَرَكَ اللَّهُ
.232،231،230	يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَجِيحٌ
.40	يَا رَسُولَ اللَّهِ رَأَيْتَ لَوْ أَنِّي طَلَقْتُهَا ثَلَاثًا
.180	يَا عَبَادِي إِنِّي حَرَمْتُ الظُّلْمَ عَلَى نَفْسِي
.28	يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ، تَصَدَّقْنَ وَأَكْثِرْنَ الْاسْتِغْفَارَ

3- فهرس آثار الصحابة

الصفحة	طرف الأثر	اسم الصحابي
.213	أنّ عمر أتى بامرأة قد ولدت لستة أشهر فهمّ برجمها	عمر بن الخطاب
.208	أنّه أجاز شهادة النساء مع الرجل	
.214	أيما امرأة طلقت، فحاضت حيضة	
.215	أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو	
.103	ردوا الخصوم حتى يصطلحوا	
.38	كان عمر إذا أتى برجل قد طلق امرأته ثلاثا في مجلس	
.226-225	لا نترك كتاب الله وسنة نبينا	
.216-215	أعلى هذه الحال	
.127	إذا لم يدخل بها فرق بينهما	علي بن أبي طالب
.249	خيرني علي، بين أمي، وعمي	
.128-127	يرد من القرن، والجذام، والجنون، والبرص	
.282	أنّ عبد الرحمن بن عوف، طلق امرأته البتة	
.43	أنّه طلقها ثلاثاً	عبد الرحمان بن عوف
.256	طلق امرأة له فمتع بوليده	
.281	طلق عبد الرحمن بن عوف امرأته تماضر	
.282	لا تسألني امرأة من نسائي الطلاق إلاّ طلقته	
.264	متع عبد الرحمان بن عوف بجارية سوداء	
.163	إذا طعنت المطلقة في الدم من الحيضة الثالثة	
.163	صدقتم، تدرّون ما الأقرء؟	
.215	ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين	
.102	هي المرأة تكون عند الرجل	عائشة أم المؤمنين
.43	لتهنأك الخلافة! قال: بقتل علي تظهرين الشماتة!	
.264	أرفع المتعة الخادم	
.46	جلست عند ابن عباس فجاءه رجل فقال: إنه طلق امرأته ثلاثا	عبد الله بن عباس
.199	التعريض، وهو أن يقول: إني أريد التزويج	

.32	الطلاق على أربعة منازل	
.213	كنت معه فأتي عثمان بامرأة وضعت لسته أشهر فأمر عثمان برجمها	
.56	وذلك أنّ الرجل كان إذا طلق امرأته فهو أحق بها	
.48	فلما كان في عهد عمر تتابع الناس في الطلاق	
.283	لا أزال أورثها منه حتى تتزوج أو يبرأ	أبي بن كعب
.234	أنا ابن الأكوغ	سلمة بن الأكوغ
.191	سألت عمر عن شيء سئلت عنه بالبحرين	عبد الرحمان بن صخر
.268	فلما أحل الله ذلك للمسلمين - يعني الجزية -	الدوسي أبو هريرة
.15	رأى رجلا يطوف بالبيت حاملا أمه	عبد الله بن عمر
.38	لا تعتد بتلك الحيضة.	
.37	لا يعتد بذلك	
.262	لكل مطلقة متعة	
.184	لما طلق امرأة له، في مسكن حفصة	
.160	وعدة الحرة ثلاثة قروء	
.41	إذا أراد الرجل أن يطلق امرأته للسنه	عبد الله بن مسعود
.32	طلاق السنه أن يطلقها طاهرا من غير جماع	
.54	لا تكون تطليقة بائنه إلا في فدية، أو إيلاء	
.175	من شاء لاعنته لأنزلت سورة النساء القصرى	
.92	كُنْتُ مِنْ سَبِي بَنِي قُرَيْظَةَ	عطية القرظي

4- فهرس المواد القانونية

الصفحة	المادة	المصدر القانوني
.133	16	مرسوم رئاسي 51-96 يتضمن انضمام الجزائر مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضدّ المرأة لسنة 1979م.
.133	18	دستور 2020م.
.122	02	القانون 11-84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري
.7	03	
.87	10	
.243	29	
.202-201	34	
.126	35	
.237	39	ملغاة بالأمر 02-05
.219	41	
.217	42	
.220	43	
.17	47	
.187,180,179,51,8	50	
.194,190,51,50	51	
.125	55	
.167,166,160,140,139	58	
.174	59	
.220,176,173,171	60	
.228	61	
.250	65	
.252	66	
.252	71	
.247,241	75	
.231,223	78	

فهرس المواد القانونية.

.233,231	79	
.247,243,242,217,200,198,194,167,123,87,75,7	222	
.98	03 مكرر	الأمر رقم 02-05 المتضمن تعديل وإتمام
.195	05	القانون 11-84
.252,167,95,91	07	المتضمن قانون الأسرة
.125	08	الجزائري
.125	19	
.202,201,123	30	
.126	32	
.212	40	
.131,130,96,87,17	48	
.188,181,142,141,139,131,108,106,101,90,75,7	49	
.279,276,197,8	52	
.129,123	53	
.148,145,107	57	
.217,167	3	الأمر 58-75
.203	32	المتضمن القانون المدني
.203	33	الجزائري.
.91	40	
.185,87,76-75	60	
.101	459	
.93-92	42	القانون 10-05
95-94	43	يعدل ويتم الأمر 58-75
87	323 مكرر	المتضمن القانون المدني
.89	323 مكرر1	الجزائري
.202,201,123	339	القانون رقم: 04-82 يعدل ويتم الأمر 66- 156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري.

فهرس المواد القانونية.

.144-143	6	القانون رقم: 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
.119,95,90	13	
.97	14	
.119 ,97-96	15	
.98 ,98-97	16	
.97	17	
.138	28	
.100	32	
.100	36	
.99	37	
.99	40	
.99	46	
.99	47	
.138	75	
.144	313	
.144	327	
.144	329	
.145	336	
.148	354	
.148.107	361	
.147	380	
.147	392	
.147	393	
.100-99	423	
.99-98	426	
.97	429	
.148	434	
.97-96	436	
.95	437	
.98-97	438	
.108.106	439	
.108	440	

فهرس المواد القانونية.

.108	441	
.108	442	
.110	443	
.144,131,96	450	
.148	452	
.143	97	القانون رقم: 36
.159	145	لعام: 2010م
.166	147	المتضمن قانون الأحوال
.278,120	155	الشخصية الأردني
.137	30	أمر علي مؤرخ في: 13 أوت 1956م يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
.278,137	31	القانون ع: 7 لسنة: 1981م المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
.286-285	116	القانون رقم: 59
.120	117	لعام: 1953م
.166	121	المتضمن قانون الأحوال
.159	126	الشخصية السوري.
.117	35	القانون رقم: 188 تاريخ التشريع: 1959/12/30م المتضمن قانون الحوال الشخصية العراقي.
.143	113	القانون رقم: 22 لسنة:
.166	161	2006 المتضمن قانون
.117	164	الأسرة القطري.
.286	255	
.88	104	
.278	130	

فهرس المواد القانونية.

.167.166	157	القانون: 51 لسنة:
.278	165	1984م في شأن الأحوال الشخصية الكويتي.
.88	31	القانون: 10 سنة:
.159	52	1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق.
.285	11	القانون رقم: 77 سنة 1943م المتضمن قانون الموارث المصري.
.142	5 مكرر	القانون رقم: 100 سنة: 1985م المتضمن تعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية المصرية.
.142	21	القانون رقم: 01 سنة: 2000م المتضمن اصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصرية.
.88	73	ظهير شريف رقم:
.137	78	01.04.22 بتنفيذ القانون
.137	79	رقم: 72.03 بمثابة مدونة
.120	84	الأسرة المغربية.
.159	130	
.166	136	

5- فهرس القرارات القضائية

رقم القرار	تاريخ القرار	الغرفة القضائية	الصفحة
33762	1981/07/09م	الأحوال الشخصية والمواريث	.125
32786	1984/05/14م	الأحوال الشخصية والمواريث	.131،76،17
33719	1984/07/09م	الأحوال الشخصية والمواريث	.116
35026	1984/12/03م	الأحوال الشخصية والمواريث	.140،131
35087	1984/12/17م	الأحوال الشخصية والمواريث	.220
35322	1984/12/17م	الأحوال الشخصية والمواريث	.189،181،141-140،130،53،51
35346	1984/12/31م	الأحوال الشخصية والمواريث	.131
35912	1985/04/08م	الأحوال الشخصية والمواريث	.279
36962	1985/06/30م	الأحوال الشخصية والمواريث	.108-107
39731	1986/01/27م	الأحوال الشخصية والمواريث	.279،255
39463	1986/02/10م	الأحوال الشخصية والمواريث	.183،77-76،55،53
41560	1986/04/07م	الأحوال الشخصية والمواريث	.280،265
41100	1986/04/21م	الأحوال الشخصية والمواريث	.52
44630	1987/02/09م	الأحوال الشخصية والمواريث	.233
45867	1987/06/01م	الأحوال الشخصية والمواريث	.188
49858	1988/07/18م	الأحوال الشخصية والمواريث	.181،179،51
51894	1988/12/19م	الأحوال الشخصية والمواريث	.245
53017	1989/03/27م	الأحوال الشخصية والمواريث	.277-276
57812	1989/12/25م	الأحوال الشخصية والمواريث	.142،107
58220	1990/02/05م	الأحوال الشخصية والمواريث	.245
59156	1990/03/19م	الأحوال الشخصية والمواريث	.250
72858	1991/03/20م	الأحوال الشخصية والمواريث	.119
69798	1991/04/23م	الأحوال الشخصية والمواريث	.123
74375	1991/06/18م	الأحوال الشخصية والمواريث	.159-158
75029	1991/06/18م	الأحوال الشخصية والمواريث	.268
75141	1991/06/18م	الأحوال الشخصية والمواريث	.132،107-106
79858	1991/11/26م	الأحوال الشخصية والمواريث	.145،107
81129	1992/03/17م	الأحوال الشخصية والمواريث	.197
87301	1992/12/22م	الأحوال الشخصية والمواريث	.118
137571	1996/06/18م	الأحوال الشخصية والمواريث	.156

فهرس القرارات القضائية.

.220,123	الأحوال الشخصية والمواريث	1997/10/28م	172379
.51-50	الأحوال الشخصية والمواريث	1998/02/17م	176551
.285-284,116	الأحوال الشخصية والمواريث	1998/03/17م	179696
.276	الأحوال الشخصية والمواريث	1998/07/21م	192665
.252	الأحوال الشخصية والمواريث	1998/07/21م	201336
.219	الأحوال الشخصية والمواريث	1998/10/20م	204821
.276	الأحوال الشخصية والمواريث	1998/11/17م	210451
.217	الأحوال الشخصية والمواريث	1998/11/17م	210478
.218	الأحوال الشخصية والمواريث	1998/12/15م	202430
140,139,108	الأحوال الشخصية والمواريث	1999/02/16م	216850
.277,120	الأحوال الشخصية والمواريث	1999/03/16م	216865
.212	الأحوال الشخصية والمواريث	1999/06/15م	222627
.220	الأحوال الشخصية والمواريث	1999/06/15م	222674
.148,119,96	الأحوال الشخصية والمواريث	1999/06/15م	223019
.126	الأحوال الشخصية والمواريث	2000/05/23م	243417
.277	الأحوال الشخصية والمواريث	2000/11/21م	251682
.252	الأحوال الشخصية والمواريث	2000/11/21م	252308
.280,255	الأحوال الشخصية والمواريث	2000/02/22م	235367
.220	الأحوال الشخصية والمواريث	2005/03/23م	330464
.212	الأحوال الشخصية والمواريث	2006/03/05م	355181
.247	الأحوال الشخصية والمواريث	2006/04/12م	355718
.155	الأحوال الشخصية والمواريث	2006/07/12م	358348
.277	الأحوال الشخصية والمواريث	2006/11/15م	372290
.129,117	الأحوال الشخصية والمواريث	2006/11/15م	373707
.181,51	الأحوال الشخصية والمواريث	2007/05/09م	395557
.228	الأحوال الشخصية والمواريث	2007/07/11م	390091
.242	الأحوال الشخصية والمواريث	2009/02/11م	478795
.123-122	الأحوال الشخصية والمواريث	2012/04/12م	699785
.212	الأحوال الشخصية والمواريث	2015/09/10م	0944691
.139	الأحوال الشخصية والمواريث	2016/12/07م	1026274
.93	الأحوال الشخصية والمواريث	2017/04/05	1195456

فهرس القارات القضائية.

.123-122	المدنية	م2008/06/18	418962
.188	المدنية	م2018/11/07	1244695
.141	المدنية	م2018/12/05	1259787
.141،139،77-76	المدنية	م2022/03/02	1482026

6- قائمة المصادر والمراجع.

أولاً: القرآن الكريم وعلومه.

1. القرآن الكريم برواية ورش.
2. أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت: 370هـ)، أحكام القرآن، د ط، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1412 هـ-1992م.
3. إسماعيل بن عمر بن كثير أبو الفداء القرشي البصري ثم الدمشقي (ت: 774هـ)، تفسير القرآن العظيم، ط: جديدة منقحة مصححة، بإشراف: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1427/1426 هـ-2006م.
4. الحسين بن مسعود أبو محمد البغوي الشافعي (ت: 516هـ)، معالم التنزيل "تفسير البغوي"، د ط، حققه وخرّج أحاديثه: محمد عبد الله النمر، عثمان جمعة ضميرية، سليمان مسلم الحرش، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، 1412 هـ.
5. عبد الرحمان بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير الكلام المنان، ط: 1، قدم له فضيلة الشيخ: عبد الله بن عبد العزيز بن عقيل، وفضيلة الشيخ: محمد بن صالح العثيمين، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1424 هـ-2003م.
6. محمد بن أحمد أبو عبد الله الأنصاري القرطبي (ت: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، ط: 2، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1353 هـ - 1935 م.
7. محمد بن إدريس المطلبي القرشي أبو عبد الله الشافعي (204هـ)، تفسير الإمام الشافعي، ط: 1، جمع وتحقيق ودراسة: أحمد بن مصطفى الفرّان (رسالة دكتوراه)، دار التدمرية، السعودية، 1427 هـ-2006م.
8. محمد بن جرير أبو جعفر الطبري (ت: 310هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري)، ط: 1، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، 1422 هـ-2001م.
9. محمد بن عبد الله أبو بكر المعروف بابن العربي (ت: 543)، أحكام القرآن، ط: 3، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424 هـ - 2003م.

10. محمد بن علي بن محمد الشوكاني اليمني (ت: 1250هـ)، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية، ط: 2، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، - 1419 هـ - 1998م.
11. نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم أبو الليث السمرقندي، بحر العلوم، ط: 1، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد معوض، وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، 1413هـ-1993م.
- ثانياً: كتب الحديث الشريف وعلومه.
12. أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي (ت: 458هـ)، الجامع لشعب الإيمان، ط: 1، أشرف علي تحقيقه وتخرجه أحاديثه: مختار أحمد الندوي، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع الرياض، 1423 هـ - 2003م.
13. أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي (ت: 458هـ)، السنن الكبرى، ط: 3، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424 هـ - 2003م.
14. أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي (ت: 458هـ)، معرفة السنن والآثار، ط: 1، وثق أصوله وخرجه حديثه وقارن مسائله وصنع فهرسه وعلق عليه: الدكتور عبد المعطي أمين قلعجي، الناشر: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب)، دار الوفاء، القاهرة، 1411هـ - 1991م.
15. أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي (ت: 303هـ)، السنن الكبرى، ط: 1، حققه وخرجه أحاديثه: حسن عبد المنعم شلي، أشرف عليه: شعيب الأرنؤوط، قدم له: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1421 هـ - 2001م.
16. أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني (ت: 852هـ)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ط: 1، قرأ أصله تصحيحاً وتحقيقاً وأشرف على مقابلة نسخه المطبوعة والمخطوطة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، د.ت.
17. أحمد بن محمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني (ت: 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط: 1، حققه وخرجه أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، وآخرون، المشرف العام: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1421 هـ - 2001م.
18. بدر الدين محمود بن أحمد أبو محمد العيني (ت: 855هـ)، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ط: 1، دار الفكر، د.ت.

19. الحسين بن الحسن المروزي (ت: 246هـ)، البرّ والصّلة (عن ابن المبارك وغيره)، ط: 1، تحقيق ودراسة وتخرّيج: محمد سعيد محمد حسن بخاري، دار الوطن للنشر، الرياض، 1419هـ.
20. الحسين بن مسعود البغوي (ت: 516هـ)، شرح السنة، ط: 2، حقّقه وعلّق عليه وخرّج أحاديثه: شعيب الأرنؤوط، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403هـ - 1983م.
21. زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي المناوي القاهري (ت: 1031هـ)، فيض القدير شرح الجامع الصغير، ط: 2، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1391هـ-1972م.
22. سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني المكي (ت: 227هـ)، كتاب السنن، ط: 1، حقّقه وعلّق عليه: حبيب الرحمن الأعظمي، ملتزم النّشر والتّوزيع الدّار السّلفية، الهند، 1403هـ - 1982م.
23. سليمان بن أحمد أبو القاسم الطبراني (ت: 360هـ)، المعجم الأوسط، د ط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، الناشر: دار الحرمين للطباعة والنّشر والتّوزيع، القاهرة، 1415هـ-1995م.
24. سليمان بن الأشعث أبو داود السّجستاني الأزدي (ت: 275هـ)، سنن أبي داود، د ط، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، د ت.
25. شهاب الدّين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني (ت: 923هـ)، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، ط: 7، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1325 هـ.
26. عبد الرحمن بن أحمد أبو الفرج الشهير بابن رجب الحنبلي (ت: 795هـ)، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، ط: 1، حقّق نصوصه وخرّج أحاديثه وعلّق عليه: عبده علي كوشك، دار البشائر الإسلاميّة للطباعة والنّشر والتّوزيع، بيروت، 1436هـ-2015م.
27. عبد الرزاق بن همام أبو بكر الصنعاني (ت: 211هـ)، المصنف، ط: 1 (ج: 1، 5، 8)، ط: 2 (ج: 6، 7)، عني بتحقيق نصوصه وتخرّج أحاديثه والتعليق عليه: حبيب الرحمن الأعظمي، من منشورات المجلس العلمي، يطلب من: المكتب الإسلامي، بيروت، 1392هـ-1972م (ج: 1، 5، 8)، 1403هـ-1983م (ج: 6، 7).
28. عبد الله بن عبد الرحمن البسام التميمي (ت: 1423هـ)، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ط: 5، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، 1423هـ - 2003م.

29. عبد الله بن محمد بن أبي شيبة أبو بكر الكوفي العبسي (ت: 235هـ) المصنف في الأحاديث والآثار، ط: 1، تقديم وضبط: كمال يوسف الحوت، دار التاج، بيروت، 1409هـ-1989م.
30. علاء الدين علي بن بلبان الفارسي (ت: 739هـ)، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ط: 1، حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1412هـ - 1991م.
31. علي بن خلف بن عبد الملك ابن بطال أبو الحسن (ت: 449هـ)، شرح صحيح البخاري، ط: 2، ضبط نصّه وعلّق عليه: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، 1423هـ - 2003م.
32. علي بن عمر الدار قطني (ت: 358هـ)، سنن الدارقطني، ط: 1، حققه وضبط نصّه وعلّق عليه: شعيب الأرنؤوط، وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1424هـ - 2004م.
33. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ)، الموطأ، د ط، صحّحه ورقّمه وخرّج أحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1406هـ-1985م.
34. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت: 179هـ)، الموطأ، ط: 1، تحقيق: صفوان داوودي، دار القلم، دمشق، 1441هـ-2020م.
35. محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي (204هـ)، مسند الإمام الشافعي، د ط، دار الكتب العلمية، بيروت، د ت.
36. محمد بن إسحاق بن خزيمة أبو بكر السلمي النيسابوري (ت 311هـ)، صحيح ابن خزيمة، د ط، حققه وعلّق عليه وخرّج أحاديثه: الدكتور محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1400هـ-1980م.
37. محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري (ت: 256)، الجامع الصحيح السند المختصر من حديث سول الله ﷺ وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، ط: 1، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، لبنان، 1423هـ-2002م.
38. محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، (ت: 1182هـ)، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، ط: 3، حققه وخرّج أحاديثه وضبط نصّه: محمد صبحي حلاق، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1433هـ.

39. محمد بن عبد الله الخطيب التبريزي (ت: 741هـ)، مشكاة المصابيح، ط: 2، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت، 1399هـ-1979م.
40. محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت: 1255هـ)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأختار، ط: 1، خرّج أحاديثه وعلّق عليه: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، القاهرة، 1413هـ - 1993م
41. محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي (ت: 279هـ)، الجامع الكبير (سنن الترمذي)، ط: 1، حقّقه وخرّج أحاديثه وعلّق عليه: الدكتور بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996م.
42. محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني المعروف بابن ماجه (ت: 275هـ)، سنن ابن ماجه، د ط، حقّق نصوصه، ورقّم كتبه، وأبوابه، وأحاديثه، وعلّق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي -، القاهرة، د ت.
43. محمد شمس الحق العظيم آبادي أبو الطيب (ت: 751هـ)، عون المعبود شرح سنن أبي داود مع شرح الحافظ ابن قيم الجوزية، ط: 2، ضبط وتحقيق: عبد الرحمان محمد عثمان، الناشر: محمد عبد المحسن صاحب المكتبة السلفية، المدينة المنورة، 1388هـ-1968م.
44. محمد ناصر الدين الألباني (ت: 1420هـ)، إرواء الغليل في تخرّج أحاديث منار السبيل، ط: 1، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، 1399هـ - 1979م.
45. محمد ناصر الدين الألباني (ت: 1420هـ)، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، د ط (المجلد: 1، 4)، ط: 1 (المجلد: 6)، ط: 1 (المجلد: 7)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1415 هـ - 1995 م (المجلد: 1، 4)، 1416 هـ - 1996 م (المجلد: 6)، 1422 هـ - 2002 م (المجلد: 7).
46. محمد ناصر الدين الألباني (ت: 1420هـ)، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، ط: 1، الناشر دار المعارف، الرياض، 1412 هـ - 1992 م.
47. محمد ناصر الدين الألباني (ت: 1420هـ)، صحيح الجامع الصغير وزياداته (الفتح الكبير)، ط: 3، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، 1408هـ-1988م.
48. محمد ناصر الدين الألباني (ت: 1420هـ)، صحيح سنن أبي داود، ط: 1، الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، 1423 هـ - 2002 م.

49. محمد ناصر الدين الألباني (ت: 1420هـ)، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، ط: المجددة والمزينة والمنقحة، المكتب الإسلامي، د ت.
50. محمد ناصر الدين الألباني (ت: 1420هـ)، ضعيف سنن أبي داود، ط: 1، الناشر: مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، 1423 هـ-2002م.
51. محيي الدين يحيى بن شرف أبو زكريا النووي (ت: 676هـ)، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، د ط، تحقيق: عمار بكور، مؤسسة الرسالة ناشرون، د ت.
52. مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت: 261هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ (صحيح مسلم)، ط: 1، وقف على طبعه، وتحقيق نصوصه، وتصحيحه وترقيمه، وعدّ كتبه وأبوابه وأحاديثه، وعلّق عليه ملخص شرح الإمام النووي، مع زيادات من أئمة السنّة: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، 1412هـ-1991م.
53. يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر أبو عمر التّمري القرطبي (ت: 463هـ)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد في حديث رسول الله ﷺ، ط: 1، حقّقه وعلّق عليه: بشار عواد معروف، وآخرون، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن، 1439هـ-2017م.
54. يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر أبو عمر التّمري القرطبي (ت: 463هـ)، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمّنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كلّه بالإيجاز والاختصار، د ط، علّق عليه ووضع حواشيه: سالم محمّد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، د ت.
- ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي.
- \* الفقه الحنفي.
55. أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت: 370هـ)، شرح مختصر الطحاوي، ط: 1، تحقيق: محمد عبيد الله خان، أعد الكتاب للطباعة وراجعته وصحّحه: أ.د سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ودار السراج، المدينة المنورة، 1431 هـ - 2010 م.
56. أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر أبو الحسين القدوري الحنفي البغدادي (ت: 428هـ)، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، ط: 1، تحقيق: كامل محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418 هـ - 1997م.

57. أكمل الدّين محمد بن محمد بن محمود البابري الحنفي (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية، ط: 1، اعتنى به: أبو محروس عمرو بن محروس، دار الكتب العلمية، بيروت، 1428هـ-2007م.
58. برهان الدّين علي بن أبي بكر المرغيناني أبو الحسن (ت: 593هـ)، الهداية (شرح بداية المبتدي)، ط: 1، تحقيق: أ د سائد بكداش، دار السّراج، المدينة المنورة، 1440هـ-2019م.
59. برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن مازة أبو المعالي البخاري الحنفي (ت: 616هـ)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، ط: 1، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424 هـ - 2004 م.
60. زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ومعه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين، ط: 1، ضبطه وخرّج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ-1997م.
61. سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي (ت 1005هـ)، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ط: 1، حقّقه وعلّق عليه: أحمد عزّو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ - 2002م.
62. شمس الدّين محمد بن أبي سهل أبو بكر السّرخسي (ت: 483هـ)، د ط، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1409هـ - 1989م.
63. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي (ت: 1078هـ)، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر ومعه الدرّ المنتقى في شرح الملتقى لعلاء الحصكفي، ط: 1، خرّج آياته وأحاديثه: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ-1998م.
64. عبد الغني بن طالب بن حمادة الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (ت: 1298هـ)، اللباب في شرح الكتاب، د ط، الناشر: المكتبة العلمية، بيروت، د ت.
65. عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي أبو الفضل الحنفي (ت: 683هـ)، الاختيار لتعليل المختار، ط: 1، حقّقه وضبط نصّه وخرّج أحاديثه وآثاره: الشيخ شعيب الأرناؤوط، وآخرون، دار الرّسالة العالمية، دمشق، 1430هـ-2009م.
66. علاء الدين بن مسعود أبو بكر الكاساني الحنفي (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط: 2، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ - 2003م.

67. فخر الدّين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (ت: 743 هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية الشّلبّي لشهاب الدّين أحمد الشّلبّي (ت: 1021 هـ)، ط: 1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، (ج: 2،3) 1313 هـ، (ج: 4) 1314 هـ، (ج: 5) 1315 هـ.
68. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي (ت 861 هـ)، شرح فتح القدير، ط: 1، علّق عليه وخرّج أحاديثه: الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424 هـ-2003 م.
69. محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين المعروف بابن عابدين (ت: 1252 هـ)، ردّ المختار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار، ط: خاصة، دراسة وتحقيق وتعليق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 1423 هـ - 2003 م.
70. محمد بن الحسن الشيباني (ت: 805 هـ)، الأصل، ط: 1، تحقيق ودراسة: محمّد بوينوكال، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1433 هـ - 2012 م.
71. محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمان الحنفي الحصكفي (ت: 1088 هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ط: 1، حقّقه وضبطه: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، 1423 هـ-2002 م.
72. محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ب بدر الدين العيني (ت: 855 هـ)، البناء شرح الهداية، ط: 1، تحقيق: أيمن صالح شعبان، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، 1420 هـ-2000 م.
- \* الفقه المالكي.
73. أحمد بن غنيم بن سالم ابن مهنا النفراوي (ت: 1126 هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ط: 1، ضبطه وصحّحه وخرّج آياته: الشيخ عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418 هـ - 1997 م.
74. أحمد بن محمد بن أحمد الدردير أبو البركات (ت: 1201 هـ)، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، د ط، خرّج أحاديثه وفهرسه وقرر عليه بالمقارنة بالقانون الحديث: الدكتور كمال مصطفى وصفي، دار المعارف، القاهرة، د ت.

75. بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدِّمِيرِي (ت: 805هـ)، الشَّامِل فِي فَهْمِ الْإِمَامِ مَالِكٍ، ط: 1، ضبطه وصحَّحه: الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، 1429هـ - 2008م.
76. جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس (ت: 616هـ)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ط: 1، تحقيق: د/ محمد أبو الأجنان، أ/ عبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1415هـ - 1995م.
77. الحسن بن حسن بن عبد الله أبو بكر الكشناوي (ت: 1397هـ)، أسهل المدارك (شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك)، ط: 2، دار الفكر، بيروت، د.ت.
78. خليل بن إسحاق الجندي المالكي (ت: 776هـ)، التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ط: 1، ضبطه وصحَّحه: الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، 1429هـ - 2008م.
79. شهاب الدين أحمد بن إدريس أبو العباس الشهير بالقرافي (ت: 684هـ)، الذخيرة، ط: 1، تحقيق: الأستاذ محمد بوخبزة، وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م.
80. شهاب الدين عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي المالكي (ت: 732هـ)، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، ومعه: الإسعاد في مشكل الإرشاد، أحمد مصطفى قاسم الطنطاوي، د.ط، دار الفضيلة، القاهرة، د.ت.
81. عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري (ت: 1099هـ)، شرح الزُّرقاني على مختصر خليل، ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ط: 1، ضبطه وصحَّحه وخَرَجَ آيَاتِهِ: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ - 2002م.
82. عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني، أبو محمد (ت: 386هـ)، النُّوَادِر وَالزِّيَادَاتُ عَلَى مَا فِي الْمَدَوَّنَةِ مِنْ غَيْرِهَا مِنَ الْأُمَهَاتِ، ط: 1، تحقيق: الأستاذ/ محمد عبد العزيز الدباغ، وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999م.
83. عبد الوهاب بن علي بن نصر بن أحمد أبو محمد التُّغْلِي البغدادي (ت: 422هـ)، المعونة على مذهب عالم المدينة، د.ط، تحقيق ودراسة: حميش عبد الحق، الناشر: المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، د.ت.

84. عثمان بن المكي التوزري الزبيدي (ت: 1350هـ)، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، ط: 1، المطبعة التونسية، تونس، 1339 هـ.
85. علي بن خلف المتوفي المالكي المصري، (ت: 936هـ)، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، وبالهامش حاشية العدوي ط: 1، حققه وفصله ونسقه وأعدّ فهرسه: أحمد حمدي إمام، دار المدني، القاهرة، 1409 هـ - 1989 م.
86. علي بن سعيد أبو الحسن الرجرجي (ت: بعد 633هـ)، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحلّ مشكلاتها، ط: 1، اعتنى به: أبو الفضل الدميّاطي، أحمد بن عليّ، الناشر: دار ابن حزم، بيروت، 1428 هـ - 2007 م.
87. علي بن عبد السلام أبو الحسن التسولي (ت: 1258)، البهجة في شرح التحفة، ومعه حلى المعاصم لفكر أبي عاصم، محمد التاودي، ط: 1، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418 هـ - 1998 م.
88. علي بن محمد أبو الحسن اللخمي (ت: 478 هـ)، التبصرة، د ط، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، د ت.
89. قاسم بن عيسى بن ناجي التّوخي (ت: 837هـ)، شرح ابن ناجي التّوخي على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، ط: 1، أعتنى به: أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1428 هـ - 2007 م.
90. مالك بن أنس بن مالك الأصبجي المدني (ت: 179هـ)، المدونة الكبرى (رواية سحنون عن ابن قاسم)، ط: 1، دار الكتب العلمية، 1415 هـ - 1994 م.
91. محمد بن أحمد ابن جزى أبو القاسم الغرناطي (ت: 741هـ)، القوانين الفقهية، ط: 1، حققه وعلق عليه: ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت، 1424 هـ - 2013 م.
92. محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد القرطبي الشهير بابن رشد الجد (ت: 520 هـ)، المقدمات الممهّدات، ط: 1، تحقيق: الدكتور محمد حجي، الأستاذ سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1408 هـ - 1988 م.

93. محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد القرطبي الشهير بابن رشد الجد (ت: 520هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، ط: 2، تحقيق: الأستاذ أحمد الحبابي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1408 هـ - 1988 م.
94. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د ط، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د ت.
95. محمد بن أحمد بن محمد عlish، أبو عبد الله (ت: 1299هـ)، شرح منح الجليل على مختصر خليل، ط: 1، دار الفكر، بيروت، 1404هـ-1984م.
96. محمد بن عبد الله الخرشبي أبو عبد الله المالكي (ت: 1101هـ)، شرح الخرشبي على مختصر خليل، ط: 2، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1317هـ.
97. محمد بن عبد الله بن يونس أبو بكر التميمي الصقلي (ت: 451 هـ)، الجامع لمسائل المدونة، ط: 1، تحقيق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى - (سلسلة الرسائل العلمية الموصى بطبعتها)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1434 هـ - 2013 م.
98. محمد بن عرفة أبو عبد الله الورغمي التونسي المالكي (ت: 803 هـ)، المختصر الفقهي، ط: 1، صححه ونقحه وعلق على حواشيه: الدكتور حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، الإمارات، 1435 هـ - 2014 م.
99. محمد بن محمد بن عبد الرحمان أبو عبد الله المعروف بالحطّاب (ت: 954هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، وبأسفله التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق (ت: 897هـ)، ط: 1، ضبطه وخرّج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ-1995 م.
100. محمد بن محمد بن عبد الرحمن أبو عبد الله المعروف بالحطّاب الرّعيني (ت: 954هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط: 1، ضبطه وخرّج آياته وأحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ - 1995م.
101. يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر أبو عمر النمري القرطبي (ت: 463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، ط: 1، تحقيق وتقديم وتعليق: محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، الناشر مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1398هـ - 1978م.

\* الفقه الشافعي.

102. إبراهيم بن علي بن يوسف أبو اسحاق الفيروز ابادي الشيرازي (ت: 476هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، وبذيل صحائفه النظم المستعذب، لابن بطلال، ط: 1، ضبطه وصححه ووضع حواشيه: الشيخ زكريا عميرت، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ-1995م.
103. الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء أبو محمد البغوي الشافعي (ت: 516هـ)، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ط: 1، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418 هـ - 1997 م.
104. سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المصري الشافعي المعروف بالجمال (ت: 1204هـ)، حاشية الجمال على شرح المنهج، ط: 1، علّق عليه وخرّج آياته وأحاديثه: الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1417هـ-1996م.
105. سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ (ت: 1221هـ)، التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب)، د ط، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1345هـ.
106. سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ (ت: 1221هـ)، تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)، د ط، دار الفكر، بيروت، 1428/1427هـ - 2007م.
107. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدّين الرّملي (ت: 1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، د ط، دار احياء التراث العربي، بيروت، د ت.
108. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني الشافعي (ت 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط: 1، دار المعرفة، بيروت، 1418هـ - 1997م.
109. شمس الدين محمد بن محمد بن الخطيب الشربيني (ت 977هـ)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ط: 2، دراسة وتحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1425هـ-2004م.
110. شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي (ت: 1069هـ)، شهاب الدّين أحمد البرلسي الملقب بعميرة (ت: 957 هـ)، حاشيتنا قليوبي، وعميرة على شرح جلال الدين محمد أحمد المحلي على منهاج الطالبين، ط: 3، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1375هـ-1956م.

111. عبد الحميد الشرواني (ت: 1301هـ)، أحمد بن قاسم العبادي (ت: 992هـ)، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، د ط، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د ت.
112. عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني الشافعي (ت: 623هـ)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ط: 1، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد عوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1417 هـ - 1997 م.
113. عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، إمام الحرمين (ت: 478هـ)، نهاية المطالب في دراية المذهب، ط: 1، حققه وصنع فهرسه: أ د عبد العظيم محمود الديب، الناشر: دار المنهاج، جدة، 1428هـ - 2007 م.
114. عبد الواحد بن إسماعيل الروياني أبو المحاسن (ت: 502 هـ)، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، ط: 1، تحقيق: طارق فتحي السيد، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009 م.
115. علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن البصري، الشهير بالماوردي (ت: 450هـ)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (شرح مختصر المزني)، ط: 1، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414 هـ - 1994 م.
116. محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع أبو عبد الله (ت: 204هـ)، الأم، د ط، الناشر: دار المعرفة، بيروت، د ت.
117. محمد بن محمد بن محمد الغزالي أبو حامد (ت: 505هـ)، الوسيط في المذهب، ط: 1، حققه علق عليه: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، 1417هـ - 1997م.
118. محيي الدين بن شرف أبو زكريا النّوّوي (ت: 676هـ)، المجموع شرح المهذب، د ط، الناشر: المكتبة السلفية، المدينة المنورة، د ت.
119. مصطفى الحزن، وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط: 13، دار القلم، دمشق، 1433هـ - 2012م.
120. نجم الدين أحمد بن محمد أبو العباس المعروف بابن الرفعة (ت: 710هـ)، كفاية النبيه في شرح التنبيه، ويليها الهداية إلى أوهام الكفاية، للأسنوي، ط: 1، دراسة وتحقيق وتعليق: مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009م.

121. يحيى بن أبي الخير بن سالم أبو الحسين العمراني اليماني الشافعي (ت: 558هـ)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط: 1، دار المنهاج، بيروت، 1421 هـ - 2000 م.
- \* الفقه الحنبلي.
122. إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان (ت: 1353هـ)، منار السبيل في شرح الدليل، ط: 1، دار السلام، دمشق، 1378هـ.
123. برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح أبو إسحاق (ت: 884هـ)، المبدع شرح المقنع، ط: 1، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418 هـ - 1997 م.
124. سليمان بن الأشعث أبو داود الأزدي السجستاني (ت: 275هـ)، مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني، ط: 1، تحقيق: أبي معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، الناشر: مكتبة ابن تيمية، 1420 هـ - 1999 م.
125. شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي المقدسي الصالحي أبو التجا (ت: 968هـ)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، د ط، تحقيق وتعليق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة، بيروت، د ت.
126. شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن محمد بن قدامة أبو الفرج المقدسي الجماعيلي الحنبلي، (ت: 682هـ)، الشرح الكبير على متن المقنع، ط: جديدة بالأفست، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، 1403هـ - 1983.
127. شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي (ت: 772هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ط: 1، تحقيق وتخرىج: عبد الله بن عبد الرحمان بن عبد الله الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، 1413 هـ - 1993 م.
128. عبد القادر بن عمر الشيباني المشهور بابن أبي تغلب (ت: 1135هـ)، نيل المآرب يشرح دليل الطالب، ط: 1، حقه: الدكتور محمد سليمان عبد الله الأشقر، مكتبة الفلاح، الكويت، 1403 هـ - 1983 م.

129. عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة أبو محمد المقدسي الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: 620هـ)،  
المغني، د ط (ج: 1-10، 8، 6) / ط: 1 (7، 9)، تحقيق: الدكتور طه محمد الزيتي، وآخرون، الناشر: مكتبة  
القاهرة، القاهرة، 1388/1389 هـ - 1968/1969/1989 م.
130. عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة أبو محمد المقدسي الشهير بابن قدامة المقدسي (ت: 620هـ)،  
الكافي في فقه الإمام أحمد، ط: 1، حققه وعلّق عليه: محمد فارس، مسعد عبد الحميد السّعدني، دار  
الكتب العلمية، بيروت، 1414 هـ - 1994 م.
131. مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد بن علي ابن تيمية الحراني أبو البركات (ت:  
652هـ)، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، د ط، مطبعة السنّة المحمّدية، 1369 هـ -  
1950 م.
132. محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء القاضي أبو يعلى المعروف بـ ابن الفراء (ت:  
458هـ)، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، ط: 1، تحقيق: الدكتور عبد الكريم بن محمد  
اللاحم، مكتبة المعارف، الرياض، 1405 هـ - 1985 م.
133. محمد بن صالح بن محمد العثيمين (ت: 1421هـ)، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ط: 1، دار ابن  
الجوزي للنشر والتوزيع، الرياض، صفر 1427 هـ.
134. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت: 1051هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى (شرح  
منتهى الإرادات)، ط: 1، عالم الكتب، بيروت، 1414 هـ - 1993 م.
- \* الفقه الظاهري.
135. علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أبو محمد الأندلسي الظاهري (ت: 456هـ)، المحلى بالآثار، ط: 1،  
تحقيق: الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت، 1425 هـ - 2003 م.
- \* الفقه العام.
136. أحمد بن عبد الحليم أبو العباس تقي الدين المشهور بابن تيمية (ت: 728هـ)، مجموع فتاوى شيخ  
الإسلام ابن تيمية، د ط، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، وساعده ابنه محمد، مجمع الملك  
فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، 1425 هـ - 2004 م.
137. أحمد محمد شاكر (ت: 1958م)، نظام الطلاق في الاسلام، ط: جديدة منقحة ومزودة، مكتبة  
السنة، القاهرة، د ت.

138. تقي الدّين أحمد بن عبد الحلّيم أبو العباس المشهور بابن تيمية (ت: 728هـ)، الفتاوى الكبرى، ط: 1، تحقيق وتعليق وتقديم: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1408هـ - 1987م.
139. دُبَيَانِ بن محمد الدُّبَيَانِ أبو عمر، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ط: 2، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1434 هـ.
140. ديبان بن محمد الديبان أبو عمر، موسوعة أحكام الطهارة، ط: 2، مكتبة الرشد، الرياض، 1426هـ - 2005م.
141. شمس الدّين محمد بن أبي بكر، أبو عبد الله المعروف بابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ط: 1، رتبه وضبطه وخرّج أحاديثه: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، 1417هـ - 1996م.
142. شمس الدّين محمد بن أبي بكر، أبو عبد الله، المعروف بابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، الطّرق الحكمية في السياسة الشرعية، ط: 1، حقّقه وخرّج أحاديثه، وعلّق عليه: بشير محمد عيون، مكتبة المؤيد، بيروت، 1410هـ-1989م.
143. صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، الملخّص الفقهيّ، ط: 1، دار العاصمة للنّشر والتّوزيع، الرياض، 1423هـ.
144. عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط: 2، دار الفكر، 1968م.
145. عبد الرحمان بن عبد الله بن محمد السنّد، الشّهادة بالاستفاضة وتطبيقاتها القضائية، ط: 2، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 1440هـ-2018م.
146. عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري (ت: 1360هـ)، الفقه على المذاهب الأربعة، ط: 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424 هـ - 2003 م.
147. عبد الوهاب بن علي بن نصر أبو محمد البغدادي المالكي (ت: 422هـ)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ط: 1، قارن بين نسخه، وخرّج أحاديثه، وقدم له: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، بيروت، 1420هـ - 1999م.

148. علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد أبو بكر السمرقندي (ت: 539هـ)، تحفة الفقهاء، ط: 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405 هـ - 1984 م.
149. عليّ الخفيف (ت: 1978م)، الضمان في الفقه الإسلامي، د ط، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م.
150. علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أبو محمد الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، ط: 3، تحقيق: لجنة احياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، 1402هـ-1982م.
151. علي بن زكريا أبو محمد الأنصاري الخزرجي المنبجي (ت: 686هـ)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، ط: 2، تحقيق: الدكتور محمد فضل عبد العزيز المراد، المكتبة الحقانية، يشاور، باكستان، 1414هـ - 1994م.
152. عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية، ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجنائية، ط: 1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، 1423هـ-2002م.
153. كمال بن السيد سالم أبو مالك، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، د ط، مع تعليقات فقهية معاصرة: فضيلة الشيخ/ ناصر الدين الألباني، فضيلة الشيخ/ عبد العزيز بن باز، فضيلة الشيخ/ محمد بن صالح العثيمين، المكتبة التوفيقية، القاهرة، د ت.
154. محمد أبو زهرة (ت: 1974م)، الأحوال الشخصية، ط: 3، دار الفكر العربي، القاهرة، د ت.
155. محمد التهامي سيد سابق (ت: 1420هـ)، فقه السنة، ط: 1، الناشر: دار الفكر، بيروت، 1427/1426 هـ - 2006 م.
156. محمّد بن إبراهيم الموسى، وآخرون، الفقه الميسر، ط: 2، مدارُ الوطن للتّشّير، الرياض، 1433 هـ - 2012 م.
157. محمد بن إبراهيم بن المنذر أبو بكر النيسابوري (ت: 318هـ)، الإشراف على مذاهب العلماء، ط: 1، حقّقه وقدم له وخرّج أحاديثه: د أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، الناشر: مكتبة مكّة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتّحدة، 1426هـ-2005م.
158. محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، مختصر الفقه الإسلامي في ضوء القرآن والسنة، ط: 11، دار أصداء المجتمع، القصيم، السّعودية، 1431 هـ - 2010 م.

159. محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ط: 1، بيت الأفكار الدولية، 1430 هـ - 2009 م.
160. محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط: 1، تعليق وتحقيق وتخرّيج: محمد صبحي حسن حلاق، الناشر: مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1415هـ.
161. محمد بن صالح بن محمد العثيمين (ت: 1421هـ)، فتح ذي الجلال والاکرام بشرح بلوغ المرام، ط: 1، تحقيق وتعليق: صبحي بن محمد رمضان، وأم اسراء بنت عرفة بيومي، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع، القاهرة، 1427هـ، 2006م.
162. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليميني (ت: 1250هـ)، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ط: 1، دار ابن حزم، بيروت، 1425هـ-2004م.
163. محمد فتحي الدّرّيني (ت: 2013م)، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط: 4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1408هـ-1988م.
164. محمد مصطفى شلبي (ت: 1997م)، أحكام الأسرة في الإسلام، ط: 4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1403هـ-1983م.
165. مريم محمد صالح الظفيري، مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات، الناشر: دار ابن حزم، ط: الأولى، 1422 هـ - 2002 م.
166. مصطفى أحمد الزرقاء (ت: 1999م)، الفعل الضار والضمان فيه، ط: 1، دار القلم، دمشق، 1409هـ-1988م.
167. نخبة من العلماء، الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة، ط: 2، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، 1432هـ.
168. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، (ج: 1-23) ط: 2، (ج: 24-45) ط: 1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، من 1404هـ-1983م إلى 1427هـ-2006م.
169. وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط: 2، دار الفكر، دمشق، 1405هـ-1985م.
170. وهبة الزّحيلي، نظرية الضمان، أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، ط: 9، دار الفكر، دمشق، 1433هـ-2012م.

171. يحيى بن محمد بن هبيرة أبو المظفر الشيباني الوزير (ت: 560هـ)، اختلاف الأئمة العلماء، ط: 1، تحقيق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، 1423 هـ - 2002 م.
- رابعاً: كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية.
172. إبراهيم بن موسى بن محمد أبو إسحاق الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت: 790هـ)، الاعتصام، ط: 1، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، الناشر: دار ابن عفان، السعودية، 1412هـ - 1992م.
173. إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (ت: 790هـ)، الموافقات في أصول الشريعة، خرج أحاديثه أحمد السيد سيد أحمد علي، مع شرح تعليقات الشيخ عبد الله دراز، د ط، المكتبة التوفيقية، القاهرة، د ت.
174. جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت: 911هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي، ط: 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ - 1983م.
175. زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجم المصري (ت: 970هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط: 1، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419 هـ - 1999 م.
176. شهاب الدين أحمد بن إدريس أبو العباس المالكي الشهير بالقرافي (ت: 684هـ)، الفروق، ط: 1، قدّم له وحققه وعلّق عليه: عمر حسن القيام، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1424هـ-2003م.
177. عبد الله بن يوسف الجديع، تيسير علم أصول الفقه، ط: 1، توزيع مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1418هـ-1997م.
178. علي بن محمد بن علي الزين أبو الحسن السيد الشريف الحسيني الجرجاني (ت: 816هـ)، التعريفات، ط: 2، وضع حواشيه وفهارسه: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ - 2003م.
179. علي بن محمد بن قطان أبو الحسن الفاسي (ت: 628هـ)، الإقناع في مسائل الإجماع، ط: 1، تحقيق: حسن بن فوزي الصعيدي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، 1424 هـ - 2004 م.
180. عياض بن نامي السلمي، أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ط: 1، دار التدمرية، الرياض، 1426هـ، 2005م.

181. محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، نشر الورود على مراقبي السعود، ط: 3، تحقيق وإكمال تلميذه: الدكتور محمد ولد سيدي ولد حبيب الشنقيطي، دار المنارة، جدة، 1423هـ، 2002م.
182. محمد بن محمد بن محمد بن حسن أبو عبد الله، المعروف بابن أمير الحاج القاضي شمس الدين (ت: 879هـ)، التقرير والتحجير، ط: 1، ضبطه وصحّحه: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ - 1999م.
183. مصطفى بن عبد الله الشهير حاجي خليفة وبكاتب حلي (ت: 1067هـ)، كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، د ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ت.  
خامسا: كتب اللغة والمعاجم.
184. أحمد بن فارس بن زكرياء أبو الحسين (ت: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، د ط، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ - 1979م.
185. إسماعيل بن حماد أبو نصر الجوهري الفارابي (ت: 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ط: 2، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين، بيروت، 1399هـ - 1979م.
186. جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور أبو الفضل الإفريقي المصري (ت: 711هـ)، لسان العرب، ط: 1، دار صادر، بيروت، د ت.
187. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت: 817هـ)، القاموس المحيط، ط: 8، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1426هـ - 2005م.
188. مجّع اللّغة العربية (مصر)، المعجم الوسيط، ط: 4، مكتبة الشروق الدولية، 1425هـ-2004م.
189. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرّازي (660هـ)، مختار الصّحاح، د ط، مكتبة لبنان، بيروت، 1986م.
190. محمّد بن محمّد بن محمد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، اشتهر بالمرتضى الحسيني الزّبيدي (ت: 1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، د ط، تحقيق: مجموعة من المحققين، وزارة الإعلام، الكويت، من 1385هـ-1965م إلى 1422هـ-2001م.

سادساً: كتب السير والتراجم.

192. شمس الدين محمد بن أبي بكر أبو عبد الله الزرعي الدمشقي، المعروف بابن قيم الجوزية (ت: 751هـ)، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط: 3، حقق نصوصه، وخرّج أحاديثه، وعلّق عليه: شعيب الأرنؤوط، عبد القادر الأرنؤوط، مؤسّسة الرسالة، بيروت، 1418هـ-1998م.
193. علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أبو محمد الأندلسي (ت: 456هـ)، جمهرة أنساب العرب، ط: 5، تحقيق وتعليق: عبد السلام محمد هارون، دار المعارف، القاهرة، د.ت.
194. محيي الدين بن شرف أبو زكريا النووي (ت: 676هـ)، تهذيب الأسماء واللغات، د.ط، عنيت بنشره وتصحيحه والتعليق عليه ومقابلة أصوله: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.

سابعاً: القوانين.

195. مرسوم رئاسي رقم: 96-51 مؤرخ في 2 رمضان 1416هـ الموافق 12 يناير سنة 1996م، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع: 6، 4 رمضان 1416هـ.
196. الدستور، الصادر في 15 جمادى الأولى 1442هـ-30 ديسمبر 2020م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع: 82.
197. القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ، الموافق 09 يونيو سنة 1984م يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع: 24/السنة 21، الصادر في الثلاثاء 12 رمضان عام 1404هـ، الموافق 12 يونيو سنة 1984م.
198. الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فيفري 2005م، يعدل ويتمم القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ، الموافق 09 يونيو سنة 1984م والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع: 15، الصادر في 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فيفري 2005م.
199. الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع: 78/السنة 12، الصادر في الثلاثاء 24 رمضان عام 1395هـ، الموافق 30 سبتمبر سنة 1975م.

200. قانون رقم: 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ، الموافق 20 يونيو سنة 2005م، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع: 44م السنة 42، الصادر في الأحد 19 جمادى الأولى 1426هـ الموافق 26 يونيو 2005م.
201. قانون رقم: 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429هـ، الموافق 25 فبراير سنة 2008م يتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع: 21/السنة 45، الصادر في الأربعاء 17 ربيع الثاني عام 1429هـ، الموافق 23 ابريل سنة 2008م.
202. قانون رقم: 82-04، مؤرخ: 19 ربيع الثاني 1402هـ الموافق 13 فبراير 1982م، يعدل ويتمم الأمر رقم: 66-156 المؤرخ 18 صفر 1386 الموافق 08 يونيو 1966م، والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع: 7/ السنة: 19، الصادر: الثلاثاء 22 ربيع الثاني عام 1402هـ الموافق: 16 فبراير 1982م.
203. مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ.
204. القانون رقم: 77 لسنة 1943، المتضمن قانون المواريث، الوقائع المصرية، ع: 62، في 12 أغسطس 1943م.
205. قانون رقم: 59 للعام 1953م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية، نشر بتاريخ: 07/09/1953م، مجلس الشعب، الجمهورية العربية السورية، <http://parliament.gov.sy/arabic/index.php?node=201&nid=11333&&ref=tree>، تاريخ الاطلاع: 28/03/2024م.
206. أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376هـ (13 أوت 1956م) يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية (الرائد الرسمي ع: 66، الصادر في 17 أوت 1956م)، مجلة الأحوال الشخصية 2019م، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس.
207. قانون رقم: 188 تاريخ التشريع 1959/12/30م، يتضمن قانون الأحوال الشخصية، الوقائع العراقية، ع: 280، بتاريخ: 1959/12/30م، رقم لجزء: 1، ص: 889، <https://iraqld.e-sjc->

- services.iq/LoadLawBook.aspx?page=4&SC=151220056661242&B  
ookID=12294، تاريخ الاطلاع: 2024/03/28م.
208. القانون ع: 7 لسنة 1981م، المؤرخ في 18 فيفري 1981م، مجلة الأحوال الشخصية 2019م، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس.
209. قانون رقم 10 لسنة 1984 م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، صدر في 19/رجب/ 1393 و.ر الموافق 19/ أبريل/ 1984 ف عن مؤتمر الشعب العام، الجريدة الرسمية لدولة ليبيا، ع: 22 / 16، نشر في 03 يونيو 1984م، <https://lawsociety.ly/legislation>.
210. قانون رقم: 51 لسنة 1984م، في شأن الأحوال الشخصية، وزارة العدل، مجموعة التشريعات الكويتية، ط: 1، مطابع الخط، فبراير 2011م.
211. القانون رقم: 100 لسنة 1985م، المتضمن تعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، ع: 27(تابع)، في 4 يوليو 1985م، ص: 4.
212. القانون رقم: 1 لسنة 2000م، المتضمن اصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، ع: 4 مكرر، في 29 يناير 2001م، ص: 15.
213. ظهير شريف رقم: 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424هـ (3 فبراير 2004م)، بتنفيذ القانون رقم: 72.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع: 5184/السنة 93، 14 ذي الحجة 1424هـ (5 فبراير 2004م)، ص: 428.
214. قانون رقم: 22 لسنة 2006م صدر ب 1427/06/03هـ الموافق: 2006/06/29م، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية لدولة قطر، ع: 8، في: 28 أغسطس 2006م.
215. قانون رقم: 36، لعام 2010م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، دائرة قاضي القضاة، <https://sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/PDFs/AR/AppliedLegislations/a7walsha5seye.pdf>، تاريخ الاطلاع: 2024/03/28م.
- ثامناً: المجلة القضائية.
216. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 4/3/2/1، 1989م.
217. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 4/2/1، 1990م.

218. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 3/2، 1991م.  
219. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 4/1، 1992م.  
220. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 4/3/1، 1993م.  
221. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 2/3، 1994م.  
222. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 2، 1995م.  
223. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 1، 1999م.  
224. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 1، 2000م.  
225. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 2/1/1 خاص، 2001م.  
226. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 1، 2002م.  
227. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 1، 2005م.  
228. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 2/1، 2006م.  
229. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 1، 2007م.  
230. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 2/1، 2008م.  
231. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 1، 2009م.  
232. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 2، 2012م.  
233. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 2، 2015م.  
234. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 2، 2016م.  
235. المحكمة العليا، المجلة القضائية، ع: 1، 2017م.

تاسعاً: الكتب القانونية.

236. أحمد ابو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م.  
237. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، د ط، دار هومة، الجزائر، 2013م.  
238. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط: 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004م.  
239. بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط: 1، دار الخلدونية، الجزائر، 1429هـ - 2008م.

240. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، ط: 9، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009م.
241. حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، ط: 5، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.
242. حسين طاهري، الإجراءات المدنية والإدارية الموجزة، د ط، دار الخلدونية، الجزائر، 1442هـ-2020م.
243. حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الاجراءات المدنية والادارية، ط: 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013م.
244. عبد الرحمان بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط: 5، بيت الأفكار، الجزائر، 2022م.
245. عبد الرزاق أحمد السنهوري ت(1971م)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، د ط، دار احياء التراث العربي، بيروت، د.ت.
246. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط: 3، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996م.
247. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ط: 2، دار هومة - الجزائر، ط: 2، 2009م.
248. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، د ط، منشورات امين، د.ت.
249. الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، د ط، دار هومه، الجزائر، 2005م.
- عاشراً: الرسائل الجامعية.
252. خالد بن عبد العزيز الجريد، التعويض عن الضرر المالي والمعنوي وتطبيقاته القضائية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، قسم الفقه، كلية الشريعة، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، 1431-1432هـ.
253. عبد العزيز بن محمد المتيهي، دعاوى التعويض الناشئة عن المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، وتطبيقاتها في الفقه والقضاء الإداري، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في السياسة الشرعية، شعبة الأنظمة، قسم السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1424هـ.

254. نور الدين لمطاعي، عدة الطالق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الجزائر، 2006م.
255. عبد الحكيم بن هبري، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، السنة الدراسية، 2014/2015م.
256. عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلاميين، دراسة لنماذج تطبيقية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، شعبة: شريعة وقانون، قسم: الشريعة، كلية: العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد أحمد دراية، أدرار، 2005-2006م.
257. عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 1421-1422هـ / 2000-2001.
258. نورة بن عباس، الطعن بالاستئناف ضد الأحكام المدنية على ضوء القانون والاجتهاد القضائي، دراسة تطبيقية على مستوى مجلس قضاء الشلف، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2004/2001م.
- احدى عشر: المحاضرات.
260. إلهام شهرزاد روابح، محاضرات في مقياس قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس حقوق (السداسي الرابع)، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة -2- لونييسي علي، 2022/2023م.
261. سناء نجوم م قندوز، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس، قسم التعليم الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020/2019م.
- اثنا عشر: المقالات العلمية.
262. أمينة بوعزيز، وسعيدان أسماء، اللعان لنفي النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، ع: 4، المجلد: 57، ص: 225-242.
263. إياد عايد فتحى السمحان، ومنتهى داود حجازي، قابلية توريث المطلقة البائنة بين الفقه والقانون، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، المجلد: 41، ملحق: 3، 2014م، ص: 1066-1074.

264. إيمان سي بوغزة، دور القضاء في تفعيل الصلح الأسري على ضوء التشريع الجزائري، مجلة العلوم السياسية والقانون، المركز الديمقراطي العربي ألمانيا، ع: 21، 2020م، المجلد: 4، ص: 101-118.
265. رشيد عمري، التعسف في استعمال حق الطلاق، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة مصطفى اسطمبولي، معسكر، ع: 1، ابريل 2018م، المجلد: 19، ص: 227-256.
266. سامي محمد نمر أبو عرجة، الطلاق بالكتابة وبعض صورته المعاصرة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، جامعة الأزهر، غزة، ع: 40(2)، كانون الأول 2016م، ص: 215-254.
267. سليمان ولد خسال، سلطات القاضي في الطلاق التعسفي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع: خاص (قانون الأسرة)، ص: 61-74.
268. سميرة عبدو، التأصيل الفقهي للأمراض المعاصرة وأثرها في الفرقة بين الزوجين دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، ع: 25، جوان 2020م، المجلد: 20، ص: 37-66.
269. صالح أحمد العلي، أحمد صويلح شليبيك، الإشهاد على الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الكويتي، مجلة كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، ع: 119، 10/02/2019م، ص: 673-703.
270. عبد الحق حميش، مصطلحات الألقاب عند فقهاء المذاهب الأربعة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت، ع: 60، محرم 1426، مارس 2005م، ص: 271-355، <https://www.noor-book.com/>، تاريخ الاطلاع: 2024/03/31م.
271. عبد الحكيم بن هيري، إجراء محاولات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية وأثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ع: 5، جوان 2017م، ص: 113-133.
272. عبد الله بن محمد سعد آل خنين، ضمان الأضرار المعنوية بالمال، رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة: 22، مكة.
273. عبد الملك بن عبد المحسن العسكري، التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة قضاء، الجمعية العلمية القضائية السعودية، ع: 27، شوال 1443هـ، ماي 2022م، ص: 163-219.

274. عفاف لامية العياشي، إجراءات استصدار الحكم المثبت للطلاق العرفي في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع: 1، جانفي 2021م، المجلد: 6، ص: 146-159.
275. عماد حميدة، موسى مرمون، إشكالية تقنين إرادة الزوج في الطلاق بين الأصالة والحداثة، دراسة مقارنة مجلة العلوم الانسانية، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1 - قسنطينة-، ع: 5، ديسمبر 2019م، المجلد: 30، ص: 247-265.
276. مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الإصدار الرابع، 1442هـ 2020م، الدورة: 12 بالرياض من 25 جمادى الآخرة إلى 1 رجب 1421هـ الموافق 23-28 سبتمبر 2000م، قرار رقم: 109(12/3) بشأن موضوع الشرط الجزائي، القرار الخامس، ص: 347-346.
277. المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة 16، مكة المكرمة، ما بين 05-10/01/2002م، القرار رقم: 7، ص: 389، وما بعدها.
278. محمد بن زعمية، تقييد الطلاق بحكم القضاء دراسة تأصيلية للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع: 1، المجلد: 10، ص: 36-50.
279. محمد لاتي، أساس التعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أحمد صالح النعام، ع: 4، جوان 2016م، شعبان 1437هـ، ص: 268-257.
280. محمد ملين مسعودي، الطعن في حكم الطلاق في القانون الجزائري، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، تاريخ 12/05/2022م، ع: الأول، المجلد: السادس، ص: 679-693.
281. مراد كاملي، قراءة في الاجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة المقررة بموجب قانون الاجراءات المدنية والادارية 08-09 -، مجلة الإحياء، جامعة باتنة، ع: 13، 1430هـ - 2009م، ص: 284-288.
282. منصف المحواشي، تطوّر ظاهرة الطلاق في المجتمع التونسي: قراءة في المؤشرات الإحصائية ودلالاتها، المجلة الجزائرية في الأنثروبولوجيا والعلوم الانسانية، وهران، ع: 37، 2007م.

ثلاثة عشر: المواقع الالكترونية.

283. أحمد حسني، كل ما تريد معرفته عن أجر الحضانة وشروطه طبقاً للقانون، 31 مايو 2021م،  
<https://www.youm7.com/story/2021/5/31>
284. آمنة عاشور، لغة الإشارة وسيلة تواصل متعددة الثقافات لمجتمع الصم تتبع من ثقافة كل بلد،  
<https://www.kuna.net.kw/ArticleDetails.aspx?id=2999477&language=ar>
285. إيمان طلعت، تعرف لماذا جعل الله الطلاق بيد الرجل، 03/يوليو/2019 م- 06:45 ص،  
<https://www.elbalad.news/3889203>
286. تيار الاصلاح، الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل، 20 ذو الحجة 1442هـ الموافق 29 يوليو 2021 م-14:17،  
<https://www.noslih.com/article>
287. الـديـوان الـوطـني للإحصائيات،  
[https://www.ons.dz/IMG/pdf/DonneesStatEmploarab2012\\_2.pdf](https://www.ons.dz/IMG/pdf/DonneesStatEmploarab2012_2.pdf)
288. قرار الغرفة المدنية، المجلة القضائية، ملف رقم: 1482026، 02/03/2022م،  
<https://www.coursupreme.dz>
289. قرار عن الغرفة المدنية، المحكمة العليا، رقم القرار: 1259787، تاريخ القرار: 05/12/2018م،  
<https://droit.mjustice.dz/ar>
290. قرار عن الغرفة المدنية، المحكمة العليا، ملف رقم: 1244695، 07/11/2018م،  
<https://droit.mjustice.dz/ar>
291. المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، الدورة الرابعة عشرة، القرار رقم: 54 (10/14)، 14-18 محرم 1426هـ، الموافق لـ 23-27 فبراير 2005م، التعويض عن الضرر المعنوي بسبب الطلاق،  
[/https://www.e-cfr.org/blog/2017/05/12](https://www.e-cfr.org/blog/2017/05/12)
292. محمد بن صالح العثيمين، الحكمة في جعل الطلاق بيد الرجل وحكم الطلاق دون سبب،  
<https://islamqa.info/ar/answers/11188>.2008/03/13

293. محمد شارف، الطلاق بدون اَشهاد هل يقع أم لا؟، 2010/09/01م،  
<https://marw.dz/index.php>
294. محمد علي فركوس، في حكم الطلاق التعسفي، 21 رجب 1427هـ، الموافق ل: 15 أوت 2006م،  
<https://ferkous.com/home/?q=fatwa-530>
295. محمد علي فركوس، في فساد دعوى تقييد الطلاق بالقاضي، الكلمة الشهرية رقم: 59، 20 صفر  
1432هـ، 24 يناير 2011م، <https://ferkous.com/home>
296. موقع بيان الإسلام للرد على شبهات حول الإسلام، المشرف محمد داود، استنكار قصر حق الطلاق  
على الرجل دون المرأة، -08-01 id= Suspicion.aspx? http://bayanelislam.net/  
.0010
297. ندى العتوم، ما هي أجرة مسكن الحضانة؟، 04 يوليو 2021م، <https://e3arabi.com>
298. وزارة التضامن والادماج الاجتماعي المغربية، ما معنى اجرة الحضانة؟،  
<https://social.gov.ma>
299. ويكيبيديا الموسوعة الحرة، معدل الطلاق، آخر تعديل للمقال 11/07/2023م،  
<https://ar.wikipedia.org/wiki/>

7- الفهرس

الصفحة	المحتوى
	شكر وتقدير
	إهداء
	قائمة المختصرات
6	مقدمة
12	الفصل التمهيدي: ماهية الطلاق.
13	المبحث الأول: الطلاق تعريفه وحكمه والحكمة منه.
14	المطلب الأول: تعريف الطلاق والفرق بينه وبين الألفاظ ذات الصلة به.
14	الفرع الأول: تعريف الطلاق.
18	الفرع الثاني: الفرق بين الطلاق والألفاظ ذات الصلة به.
23	المطلب الثاني: حكم الطلاق والحكمة منه.
23	الفرع الأول: دليل مشروعية الطلاق وحكمه.
27	الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الطلاق.
30	المبحث الثاني: أقسام الطلاق.
31	المطلب الأول: أقسام الطلاق من حيث كيفية وقوعه.
31	الفرع الأول: الطلاق السني والبدعي من جهة الزمن.
39	الفرع الثاني: الطلاق السني والبدعي من جهة العدد.
50	المطلب الثاني: أقسام الطلاق من حيث أثره.
50	الفرع الأول: الطلاق الرجعي.
52	الفرع الثاني: الطلاق البائن.
58	الفصل الأول: سلطة القاضي على إرادة الزوج في الطلاق.
59	المبحث الأول: كيفية وقوع الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.
60	المطلب الأول: تعبير الزوج عن إرادته الطلاق.
60	الفرع الأول: وقوع الطلاق باللفظ.
78	الفرع الثاني: وقوع الطلاق بغير اللفظ.
90	المطلب الثاني: كيفية طلاق الزوج في القضاء.
90	الفرع الأول: الشروط والاجراءات لقبول دعوى الطلاق.

101	الفرع الثاني: اجراء القاضي للصلح.
112	المبحث الثاني: سلطة القاضي في تكييف طلاق الزوج، وماهية حكمه.
113	المطلب الأول: سلطة القاضي في تكييف طلاق الزوج.
113	الفرع الأول: سلطة القاضي في تكييف الطلاق التعسفي.
121	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تكييف الطلاق غير التعسفي.
130	المطلب الثاني: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الطلاق والطعن فيه.
130	الفرع الأول: طبيعة حكم القاضي في دعوى طلاق الزوج، واثبات الطلاق العربي.
143	الفرع الثاني: الطعن في حكم الطلاق الصادر من القاضي.
151	الفصل الثاني: آثار تعليق الطلاق على حكم القاضي.
152	المبحث الأول: الآثار الشخصيّة لتعليق الطلاق على حكم القاضي.
153	المطلب الأول: العدة والرجعة.
153	الفرع الأول: ماهية العدة.
176	الفرع الثاني: الرجعة.
195	المطلب الثاني: الخطبة واثبات النسب.
195	الفرع الأول: الخطبة.
202	الفرع الثاني: اثبات النسب في الطلاق.
221	المبحث الثاني: الآثار الماليّة لتعليق الطلاق على حكم القاضي.
222	المطلب الأول: النفقة، وأجرة الرضاع والحضانة.
222	الفرع الأول: نفقة المطلقة خلال فترة العدة.
234	الفرع الثاني: أجرة الرضاع والحضانة.
254	المطلب الثاني: المتعة والتعويض.
254	الفرع الأول: المتعة.
268	الفرع الثاني: التعويض عن الضرر للمطلقة بسبب الطلاق.
288	الخاتمة.
294	فهرس الآيات القرآنية.
297	فهرس الأحاديث النبوية.
302	فهرس آثار الصحابة.
304	فهرس المواد القانونية.

309	فهرس القرارات القضائفة.
312	قائمة المصادر والمراجع.
342	الفهرس.

## الملخص

إنّ التّغيرات الكثيرة التي عرفتها بنية المجتمع الجزائري أفرزت ظواهر أدّت إلى زعزعت استقرار الأسرة، حيث لم يعد أفرادها ينظرون إلى الزواج كرباط مقدّس ينبغي بذل الجهد للمحافظة عليه قدر الإمكان، إذ أنّ الإحصاءات الرسمية كشفت عن ارتفاع مخيف لمعدلات الطّلاق، وهي في تزايد مستمرّ من سنة لأخرى ما دفع بالمختصين إلى دقّ ناقوس الخطر محذرين من التّنامي المقلق لهذه الظّاهرة التي تهدّد النسيج الاجتماعي من عدّة وجوه، استدعى هذا الأمر تدخل المشرع الجزائري لحله من خلال سلطته التشريعيّة، فأصدر قانون الأسرة الجزائري المعدّل سنة 2005م، ومن بين مواد هذا القانون المتعلّق بالطلاق الواقع بإرادة الزّوج المنفردة، وأبرز هذه المواد المادّة 49، و50.

من بين أهم ما جاء في هذا القانون أنّه مسّ بإرادة الزّوج في الطّلاق إذ أنّه قيدها بوجود حكم قضائي، وجعل من شروط الحكم إجراء الصّلح الذي يُعدّ جوهرياً فيه، وكلّ طلاق وقع في القضاء فهو بائن، ولمّ يشر إلى الطّلاق خارج القضاء، ما يجعل حقّ الزّوج في إيقاع الطّلاق حقاً صورياً، وقد حاولت اجتهادات المحكمة العليا تدارك ذلك من خلال إثباتها للطّلاق العربي، وإقرارها في كثير من مبادئها أنّ الطّلاق من حقّ الزّوج وحده، ولا يملك أحد المساس به بما فيهم القاضي إلّا أنّ هذا لم يشفع في أنّ القانون قد مسّ بإرادة الزّوج. ترتب على هذه الإجراءات آثاراً مسّت بحقوق الزوجين، وبمقصد العرض والنّسب والمال، وأظهرت قصوراً وفراغاً قانونياً، وتناقضاً في النصوص القانونية والاجتهادات القضائيّة، وغموضاً في موقف المشرع الجزائري في كثير من القضايا ما يجعل القضاة وأطراف القضية في حيرة من أمرهم، كما أنّ هذه الإجراءات لم تحقّق الغاية المنشودة من خفض نسبة الطّلاق بل إنّها في تزايد مستمرّ.

والسبب الذي أوقع المشرع الجزائري في كلّ هذا أنّه لم يُعدّ إلى شريعة ربّ العالمين كمصدر وحيد، ولمّ ينظر إلى عواقب ما هو مقدم عليه، بل كان شغله الشّاغل خفض نسبة الطّلاق في الإحصاءات الرسميّة، وأنّ يُظهر للمجتمع الدّولي أنّه ملتزم بما وقّعه من اتفاقيات تتعلّق بحقوق المرأة، ولو كان ذلك على حساب دينه وعاداته وتقاليده، ما نتج عنه إخفاق شديد في جميع النّواحي.

لذا على المشرع الجزائري تدارك الأمر برجوعه إلى الشّريعة الإسلاميّة في كلّ المجالات، والتي من بينها موضوع الطّلاق لتكون أحكامه محقّقة لمقصد الله من الخلق بتحقيق العبودية له وحده قال تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِي﴾ [الذاريات: 56]، وقد أمر سبحانه أن يكون الحكم له وحده قال تعالى: ﴿إِنِ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [يوسف: 40]، ومخالفة شرعه لن يترتب عنها إلّا الضّرر المحض في الدّنيا والآخرة قال تعالى: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [النور: 61].

## Summary

The numerous changes that have occurred in the structure of Algerian society have led to phenomena that have destabilized the family unit. Family members no longer view marriage as a sacred bond that should be preserved as much as possible. Official statistics have revealed a disturbing rise in divorce rates, which continue to increase year after year. This alarming trend has prompted experts to raise the alarm, warning about the growing concern of this phenomenon, which threatens the social fabric in several ways. This situation led the Algerian legislator to intervene and address it through legislative power, resulting in the amended Algerian Family Law of 2005. Among the provisions of this law are articles related to divorce initiated by the unilateral will of the husband, with Articles 49 and 50 being the most prominent.

One of the key aspects of this law is that it restricts the husband's will in divorce by requiring a court ruling. This ruling is contingent upon an attempt at reconciliation, which is considered essential. Any divorce that occurs through the court is considered final, but the law does not address divorce outside of the court, which renders the husband's right to initiate divorce a mere formality. The Supreme Court's rulings have sought to address this issue by recognizing customary divorce and affirming, in many of its principles, that divorce is the exclusive right of the husband, and that no one, including the judge, can interfere with it. However, this has not mitigated the fact that the law has limited the husband's will.

These measures have had repercussions on the rights of both spouses, particularly regarding issues of honor, lineage, and property. They have exposed legal shortcomings, contradictions in legal texts and judicial interpretations, and a lack of clarity in the Algerian legislator's position on many issues, leaving judges and litigants in confusion. Furthermore, these measures have not achieved the desired goal of reducing divorce rates; in fact, they continue to rise.

The reason for the Algerian legislator's failure lies in the fact that he did not return to Sharia as the sole source of legislation and failed to consider the consequences of his actions. His primary concern was to reduce the divorce rates in official statistics and to show the international community that Algeria is committed to the agreements it signed regarding women's rights, even at the cost of its religion, customs, and traditions. This has led to a significant failure on all fronts.

Therefore, the Algerian legislator must reconsider his approach by returning to Islamic Sharia in all matters, including divorce, so that his rulings fulfill the divine purpose of creation, which is the worship of God alone. God has commanded that judgment belongs to Him alone, and deviating from His law will result in harm in both this world and the Hereafter

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
مَنْ جَاءَنَا بِحَسَنَةٍ نَّجْزِيهَا بِمِثْلِهَا  
وَمَنْ جَاءَنَا بِسَاءَةٍ نَّجْزِيهَا بِمِثْلِهَا