جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

فك الرابطة الزوجية بالتطليق
بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
دراسة مقارنة

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلامية – تخصص: شريعة وقانون

الطالبين:
محمد غـويـــــني
عبد الحفيظ حميدي

المشرف:
استاذ: طيب بن شهرة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
محمد لطفي كينة	أستاذ محاضر	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	رئيسا
طيب بن شهرة	استاذ مساعد أ	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	مشرفا ومقررا
عبد الغني حوبة	أستاذ محاضر	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية: 1440– 1441هـ/ 2019–2020م

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

فك الرابطة الزوجية بالتطليق
بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري
دراسة مقارنة

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر
في العلوم الإسلامية – تخصص: شريعة وقانون

الطالبين:
محمد غـويـــــني
عبد الحفيظ حميدي

المشرف:
استاذ: طيب بن شهرة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
محمد لطفي كينة	أستاذ محاضر	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	رئيسا
طيب بن شهرة	أستاذ مساعد أ	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	مشرفا ومقررا
عبد الغني حوبة	أستاذ محاضر	جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي	ممتحنا

السنة الجامعية: 1440– 1441هـ/ 2019–2020م

بسم الله الرحمن الرحيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ﴾

[النساء: 130]

الإهداء الأول

إلى والدي الكريمين،

بارك الله في حياتهما، وجزاهما عني خير الجزاء

ورزقهما دوام الصحة والعافية، إلى زوجتي الغالية

وأبنائي وبناتي فلذاتي أكبادي الأعزاء

إلى زملائي الطلبة الذين رافقوني

في مشوار دربي، إلى هؤلاء جميعا،

أهدي ثمرة جهدي

المتواضع.

الإهداء الثاني

إلى روح والدي الكريمين،

تغمدهما الله برحمته وأسكنهما فسيح جناته،

وجزاهما عني خير الجزاء، إلى من تولاني بالتربية

والرعاية خالي الكريم، بارك الله في عمره ورزقه دوام الصحة

والعافية، إلى زوجتي الفاضلة وأبنائي وبناتي

فلذاتي أكبادي الأعزاء، إلى زملائي الطلبة

الذين رافقوني في مشوار دربي،

إلى هؤلاء جميعا،

أهدي ثمرة

جهدي.

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله

حتى يبلغ الحمد والشكر منتهاه

ذو الفضل والمنة القائل في كتابه الكريم:

﴿لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ [إبراهيم: 9]،

والذي تكرم علينا بنعمة الإسلام والعقل

وأرشدنا إلى خير سبيل، سبيل العلم النافع.

ثم نهدي شكرنا وامتناننا إلى جميع الأساتذة

الذين ساهموا في تكويننا طيلة مشوارنا الدراسي

ونخص بالذكر الأستاذ المشرف طيب بن شهرة

الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه القيمة

التي كانت عونا لنا في إتمام هذا البحث،

نسأل الله له المزيد من

العلم النافع.

شكرا للجميع وجزاكم الله عنا خير الجزاء

والحمد لله أولا وآخرا.

قائمة المختصرات

ج	جزء
ص	صفحة
هـ	هجري
م	ميلادي
لا.ن	لا ناشر
لا.م	لا مكان طبع
لا.ط	لا طبعة
د.ت	دون تاريخ
ع	عدد
ع.خ	عدد خاص
غ.أ.ش	غرفة الأحوال الشخصية
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ق.إ.م.إ.ج	قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري
ق.ع.ج	قانون العقوبات الجزائري
م.ع	المحكمة العليا
م.ق	المجلة القضائية

الملخص

فك الرابطة الزوجية مفهوم شامل لكل أنواع الطلاق، اقتصرنا فيه على موضوع "التطليق"، وقد ركزنا فيه على الإطار المفاهيمي للتطليق، وكذا الإجراءات والآثار المترتبة عليه، كما تضمن صلب موضوعه الإجابة عن الإشكال الذي طرح؛ والذي مفاده إلى أي مدى توافق المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي في مسألة التطليق؟ بحيث توصلنا إلى أن هناك توافق إلى حد بعيد بين ما نص عليه المشرع الجزائري وما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يخص التطليق إلا في بعض الشروط والأحكام، مثل قانون التعدد.

Abstract:

The dismantling of the marital bond is a comprehensive concept of all types of divorce, in which we have focused on the subject of "divorce", in which we focused on the conceptual framework of divorce, as well as the procedures and implications of it, as well as the crux of its subject to answer the problem that has been raised, which is to what extent is the compatibility of the Algerian legislator with Islamic jurisprudence on the issue of divorce? We have come to the conclusion that there is a great consensus between what the Algerian legislator stipulated and what islamic law says with regard to divorce except in certain terms and conditions, such as the law of pluralism.

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين وصل اللهم وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

سبحان من اتصف بالكمال وتفرد بالوحدانية، وخلق كل شيء فقدره تقديرا ودبر شؤون خلقه أحسن تدبير، وجعل من كل شيء زوجين مصداقا لقوله تعالى :

﴿**وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ**﴾ **[الذاريات: 49]** وشرع الزواج لبني البشر القائل في كتابه: ﴿**وَهُوَ الَذِے خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرا فَجَعَلَهُ نسَبا وَصِهْرا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرا**﴾ **[الفرقان: 54]**، يلجأ إليه كل من الرجل والمرأة ليجد كل طرف في الآخر الأنس و الاستقرار و السكون، مما ينتج أسرة متماسكة ، بوجودها يهنأ المجتمع، وبصلاحها تسعد الأمة، والأصل في عقد الزواج التأبيد والاستمرار ومن ثم كانت الزمنية فيه مفسدة له، لكن لكل أصل عام هناك استثناء؛ وهو أنه قد يحدث وأن يصيب بعض الأسر التنافر والتباعد والشقاق، مما يصعب على المصلحين إرجاع الأمر على ما كان عليه، وتصبح العيشة مستحيلة بين الزوجين؛ غير أن دين الإسلام دين فطرة وحياة يعالج المشكلات الإنسانية من منظور واقعي، أوجد الحلول لكل المشاكل التي قد تواجه الإنسان، ومنها المشاكل الأسرية، التي تؤدي إلى استحالة المعيشة وإلى دمار الأسر، لذا شُرّع الطلاق كحل للمشكل، رغم أنه من أبغض الحلال عند الله لكنه يبقى الوسيلة الوحيدة في العديد من الحالات، قال الله ﷻ: ﴿**وَإِنْ يَّتَفَرَّقَا يُغْنِ اِللَّهُ كُلّا مِّن سَعَتِهِۦ وَكَانَ اَللَّهُ وَٰسِعاً حَكِيما**﴾ **[النساء: 129]**، وكذلك الشأن للمشرع الجزائري الذي نص على انعقاد الزواج وما يتعلق به من شروط وأركان، كما نص بالمقابل على انحلال هذا العقد في المادة 47والتي نصت على أنه: "**تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة**"، والطلاق يكون بالإرادة المنفردة للزوج؛ لأنه صاحب العصمة في هذا الشأن، إلا أنه وبالمقابل قد بكون حقا للزوجة المتضررة إذا أثبتت ذلك ورفعت دعواها إلى القاضي بطلب التطليق، وهذا الأخير هو موضوع بحثنا والموسوم ب: "**فك الرابطة الزوجية بالتطليق بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري "دراسة مقارنة "**.

أولا: أهمية الموضوع

وتبدو أهمية هذا الموضـــوع جلية من خلال دراســـة ظاهرة متفشـــية في مجتمعنا عامة وبأسـرنا خاصـة والتي باتت تعكر صـفو حياة الأسـر وتهدم كيانها مما جعل الكثير يندد بإلغاء مواد في قانون الأســـرة وآخرون يتهمونه بالقصـــور والتحيز، كما أن الأســـرة هي النظام الاجتماعي فهي منبع الاستقرار والازدهار لأي مجتمع من المجتمعات، وبالتالي يعتبر هدم هذه الخلية الأساسية مسألة تستحق الدراسة.

ثانيا: الإشكالية:

لقد تطرق المشـــرّع الجزائري من خلال قانون الأســـرة وقانون الإجراءات المدنية إلى موضوع التطليق، وقد سبقه إلى ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية، ومنه نطرح الإشكال التالي:

إلى أي مدى توافق المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي في مسألة التطليق؟

ويندرج تحت هذا الإشكال العام أسئلة فرعية:

- ما مفهوم التطليق وما هي أسباب وقوعه؟
- ما هي الإجراءات اللازم إتباعها للحكم به؟
- ما هي الآثار المترتبة عليه؟

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

وهي على نوعين أسباب موضوعية وأسباب شخصية نتطرق في البداية إلى:

1- الأسباب الموضوعية

-انتشار ظاهرة الطلاق والتطليق في المحاكم الجزائرية.

- جهل الناس بطرق الوقاية من الطلاق أو التطليق والتخفيف من انتشاره في المجتمع.

- قلة الوعي بالآثار الخطيرة للطلاق بصفة عامة باعتباره يشمل الأسرة والمجتمع بأكمله.

2- الأسباب الشخصية

- الميل إلى مواضيع قانون الأسرة والتعرف على أحكامه.

- الرغبة الشخصية في خوض موضوع التطليق، لتفادي أسبابه.

رابعا: أهداف الموضوع:

- عرض مسألة التطليق في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.
- معرفة الأسباب التي تخول للزوجة طلب التطليق.
- بيان موقف الفقه الإسلامي من أسباب التطليق المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري.
- دراسة ما جاءت به التعديلات الأخيرة لقانون الأسرة الجزائري بخصوص التطليق.
- بيان إجراءات التقاضي في دعوى التطليق وكيفية سيرها.
- بيان آثار الحكم بالتطليق وما يثبت للزوجة وما يثبت للأولاد جراء الحكم بالتطليق.

خامسا: الدراسات السابقة

لقد تعرض بعض الباحثون لموضوع التفريق القضائي بين الزوجين في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في العديد من الدراسات، أما بحثنا هذا فقد اقتصر على دراسة موضوع التطليق بين الزوجين وفق الشريعة الإسلامية، وعلى ضوء قانون الأسرة الجزائري ومن أهم هذه الدراسات:

- عبد المومن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري. (أطروحة جامعية لنيل درجة ماجستير في الفقه الإسلامي) معهد الشريعة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة 1991م. وقد تطرق فيه بإسهاب للطلاق بكل أنواعه، وعدّد أسبابه، دون أن يتطرق إلى الآثار الناتجة عنه، أما بحثنا فقد تناول موضوع التطليق وأسبابه والآثار الناتجة عنه.
- النجار عدنان علي، التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني. (رسالة ماجستير) كلية الشريعة والقانون، جامعة فلسطين، لسنة 2004م.

وقد شملت هذه الدراسة الطلاق في القانون الفلسطيني ومقارنته بالفقه الإسلامي على خلاف بحثنا الخاص بالتطليق في القانون الجزائري والفقه الإسلامي.

– يوسف عزيرية، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، مذكرة التخرج للقضاء، المعهد الوطني للقضاء لسنة 2004 م، وقد استعنا به من الجانب القانوني، غير أنه لم يتطرق إلى الجانب الفقهي إلا قليلا.

سادسا: منهج البحث: اعتمدنا في هذه الدراسة ثلاثة مناهج.

المنهج الاستقرائي: في جمع المادة العلمية وتتبع آراء الفقهاء في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المنهج التحليلي: لتحليل المواد القانونية في قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية ما تعلق منه بموضوع التطليق.

المنهج الوصفي: للتعرف على ظاهرة التطليق، وتفسير الظروف المحيطة بها، للتوصل إلى النتائج والاقتراحات المتعلقة بهذه الظاهرة.

المنهج المقارن: دراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مع التطرق إلى بعض الاختلافات المذهبية في هذا الموضوع.

ولإنجاز هذا البحث اتبعنا الخطة التالية:

سابعا: خطة البحث

قسّم البحث إلى مقدمة وفصلين وخاتمة، الفصل الأول منه تحت عنوان الإطار المفاهيمي للتطليق ويندرج تحته مبحثين، المبحث الأول: مفهوم التطليق ومشروعيته، بمطلبين متتابعين: الأول تناول مفهوم التطليق، والثاني: تناول مشروعية التطليق، وأما المبحث الثاني: أسباب التطليق في الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري، وقد تضمن مطلبين متتاليين: الأول تناول أسباب توافق فيها المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي، والثاني: أسباب انفرد بها المشرع الجزائري.

أما الفصل الثاني: بعنوان الإجراءات والآثار المترتبة عن التطليق، واندرج تحته مبحثين: المبحث الأول بعنوان: الإجراءات الشكلية للتقاضي في دعوى التطليق، في مطلبين يتناولان على الترتيب، طرق رفع دعوى التطليق، ومراحل سير دعواه، ويتضمن المبحث الثاني الآثار المترتبة عنه، في مطلبين اثنين، تناول الأول المتعلقة بالزوجة، وتضمن الثاني المتعلقة بالولد.

وعلى منوال هذه الخطة نشرع في دراسة الفصل الأول والذي عنوانه الإطار المفاهيمي للتطليق

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للتطليق في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

لقد أقرت الشريعة الإسلامية للزوج الحق في فك الرابطة الزوجية بمحض إرادته ووفقا لمشيئته لما له من قوامة وعصمة على المرأة، مصداقا لقول الحق سبحانه وتعالى في محكم تنزيله: ﴿**ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ**﴾ **[النساء: 34]**، كما أنها بالمقابل أنصفت المرأة وأعطتها الحق في فصل العلاقة الزوجية التي لم تجن منها إلا ضنك المعيشة، وما ترى في استمرارها غير ازدياد الأمر سوءً، لذا نجد أن الشريعة الإسلامية أوجدت لها حلا وفتحت لها بابا حيث أوكلت أمرها إلى القاضي بأن يحكم لها ب: "**التطليق**" إذا توافرت الأسباب المنصوص عليها شرعا وقانونا.

من هذا المنطلق فما مفهوم التطليق وما هي أسبابه؟

والإجابة على هذا السؤال في هذا الفصل الذي قسم إلى مبحثين: المبحث الأول شمل مفهوم التطليق ومشروعيته، والمبحث الثاني: تناول أسباب التطليق بين الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم التطليق ومشروعيته

لقد أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطليق، ووجب على القاضي بالتالي الاستجابة لطلبها متى وجد السبب الذي يقتضي حالة الفرقة بين الزوجين وفي هذا مصلحة إذا استحالت الحياة الزوجية ووقع ضرر على الزوجة.

فما هو مفهوم التطليق وما هي مشروعيته؟

وللإجابة على هذا ارتأينا أن نقسم المبحث إلى مطلبين، الأول يضم: مفهوم التطليق، والثاني: يتضمن مشروعية التطليق.

المطلب الأول: مفهوم التطليق

إدراكا لمفهوم التطليق وإزالة لكل غموض يتعلق بهذا المصطلح، يتعين علينا تعريفه لغة واصطلاحا وفقها و قانونا، ك(فرع أول)، ثم نبين الفرق بين التطليق وما يشابهه من مصطلحات، ك(فرع ثان).

الفرع الأول: التعريفات الواردة للتطليق

أولا: تعريف التطليق لغة: مأخوذ من الفعل طلق[1]، يطلق، طلاقا وتطليقا، ويقال تطلقت الخيل أي مضت إلي الغاية طلقا، لم تحبس.

والتطليق: التخلية والارسال وحل العقد ويكون الاطلاق بمعنى الترك والارسال، طلوقا وطلاقا تحرر من قيده ونحوه والمرأة من زوجها طلاقا تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته[2].

ثانيا: تعريف التطليق اصطلاحا

التطليق هو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة، يتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة، ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف، والتطليق

[1] أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب. تحقيق: عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، ج4(لا.ط؛ القاهرة: دار المعارف، د.ت)، ص ص2694-2695.

[2] إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط. تحقيق: مجمع اللغة العربية، ج2 (لا.ط؛ لا.م: دار الدعوى، د.ت)، باب حرف الطاء، ص563.

يكون بطلب من الزوجة وبموافقة القاضي، وتدخل القاضي هنا لأن العصمة ليست بيد الزوجة وتبعا لذلك فهي لا تملك أن تطلق نفسها بنفسها من زوجها، ولذا أجازت لها الشريعة الالتجاء إلى القضاء لإنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج[1].

ثالثا: تعريف التطليق فقها

ولقد جاء في هذا عدة تعاريف للتطليق، وأضبط هذه التعريفات هو: أن التطليق (التفريق القضائي) إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناءً على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق، والضرر، وعدم الإنفاق، أو بدون طلب من الزوجة حفظا لحق الشارع، كما إذا ارتد أحد الزوجين[2].

نجد أن المذهب الحنفي اقتصر في العيوب الموجبة للطلاق على العيوب التناسلية فقط (كالجب و الخصاء والعنّة،...) وأن القاضي لا يملك إلا الطلاق لعيب الزوج.

أما بالنسبة للمذهب المالكي فقد وسع في ذلك فجعل التفريق لعدم الإنفاق، والتفريق للعيوب المستحكمة بدون التقيد بعدد معين، والتفريق للضرر والغياب والسجن.

رابعا: تعريف التطليق قانونا

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا واضحا لمعنى التطليق فقد اكتفى فقط بذكر أسبابه من خلال نص المادة53 ق.أ.ج، إذ يفهم من هذا أن المشرع يوكل الأمر في تحديد مفهوم التطليق للفقه والقضاء، و هو ما يتجسد عمليا من خلال الدور الذي يقوم به القضاء في تحديد المضامين القانونية و منها مضمون التطليق الوارد ضمن ق.أ.ج.

الطلاق يكون ملك الزوج دون الزوجة كما هو معروف؛ غير أن الزوجة إن لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية يمكن لها أن ترفع الأمر للقاضي ليفرق بينها وبين زوجها؛ وهذا ما

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج1(ط: 4؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005م)، الزواج والطلاق، ص273.

[2] محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء. دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، (لا.ط؛ الإسكندرية: الجامعة الجديدة، 2007م)، ص27.

يسمى بالتطليق ويتم بحكم قضائي بناءً على طلب الزوجة، وذلك شرط أن يكون هذا الطلب أمام القضاء وأمام المحكمة واستنادا إلى القانون[1].

هذا ما يتبين من قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ1984/12/03م لتحديد مفهوم التطليق: "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة و أنّه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للزوجة المتضررة، و ترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية"[2].

يمكننا تعريف التطليق بأنه رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين زوجها لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة [3].

إذا التطليق هو وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية للزوجة، وهو يؤسس على توافر الضرر الذي يصيبها من خلال تقاعس الزوج عن أداء واجباته الزوجية مما يفسح المجال أكثر لتأسيس دعوى التطليق وهذا ما ينتج للزوجة فك الرابطة الزوجية.

مما سبق نستخلص أن للتطليق شروط تتمثل في:

1- لابد أن يتم التطليق في المحكمة أمام القاضي.

2- أن يكون هذا الطلب من الزوجة المتضررة.

3- أن لا يستعمل التطليق إلا إذا تعذر الاتفاق بين الزوجين وتوفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 53من ق أج.

الفرع الثاني: الفرق بين التطليق وما يشابهه من مصطلحات

تختلف طرق انحلال الرابطة الزوجية حسب المعطيات والظروف التي تؤدي إليها وتتمثل هذه الطرق في الطلاق والخلع والتطليق والفسخ.

---

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص273.

[2] قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 12/03/ 1984م، مسار إليه لدى خالد قاري، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. (مذكرة لنيل شهادة، الماستر فرع القانون الخاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، 2013م، ص11.

[3] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة. مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا. (لا.ط؛ الجزائر: مطبعة طالب، 2008م)، ص35.

أولا: الفرق بين التطليق والطلاق

1- الطلاق لغة: أطلقت الناقة أي حل عقالها، وبمعنى الحل والتخلية والإرسال[1].

2- الطلاق شرعا: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه[2]، وهو فسخ وفك عقد النكاح قولا أو مآلا ويكون بلفظ العبارات الخاصة بالطلاق قائما على الإرادة المنفردة للزوج.

يختلف التطليق عن الطلاق كون أن الطلاق يقع بإرادة الزوج وذلك لأن العصمة بيده، أما عن التطليق فيكون بطلب من الزوجة وبإرادة القاضي، ويتدخل القاضي في هذه الحالة لأن العصمة ليست بيد الزوجة وهي لا تملك أن تطلق نفسها من زوجها لذا أجاز لها القانون والشريعة حق اللجوء إلى القضاء لإنهاء الرابطة الزوجية [3].

ليس للقاضي أية سلطة في قبول أو نفي تصرف الزوج في الطلاق، بينما التطليق يتم بناء على حكم القاضي بعد إثبات الزوجة لما تدعيه إثباتا ماديا نافيا للجهالة.

- فالطلاق هو من حق الرجل، بينما التطليق هو بطلب من الزوجة نظرا للضرر المعتبر شرعا.
- الطلاق قد يتم قبل الدخول بالزوجة فيعد طلاقا بائنا ببينونة كبرى.
- التطليق لا يكون إلا إذا كان الدخول حقيقيا بالزوجة وحكم القاضي بالتطليق يعد طلاق بائن ببينونة صغرى لأنه يمكن للزوج أن يراجع زوجته إذ انتفى لديه سبب التطليق.
- في الطلاق يمكن للزوج أن يوكل أو يفوض نائبا عنه في طلاق زوجته أما التطليق لا يتم إلا بإرادة منفردة وبطلب شخصي من الزوجة ولا يجوز لها أن تفوض أو أن يناب عنها في هذا الطلب إلا في حالة واحدة إذا كانت قاصرا غير مدخول بها.

---

[1] ابن منظور، لسان العرب. المصدر السابق، ص2694.

[2] أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة ت620هـ، المغني. ج10(ط: 2؛ القاهرة: هجر للنشر والطباعة والتوزيع، 1412هـ /1992م)، ص332.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. ج9(ط: 2؛ دمشق، دار الفكر، د.ت)، ص327.

ثانيا: الفرق بين التطليق والخلع

1- تعريف الخلع:

- عرفه الحنفية بأنه:"إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه"[1].
- عرفه المالكية بأنه: "طلاق بعوض"[2].
- عرفه الشافعية بأنه: "فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع"[3].
- عرفه الحنابلة بأنه: "مفارقة الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أومن غيره بألفاظ مخصوصة"[4].

إن الخلع هو ذلك النظام الذي يمكّن المرأة من إنهاء الحياة الزوجية، عندما يتعذر عليها إثبات قيام أحد الأسباب التي نصت عليها المادة53من قانون الأسرة بخصوص التطليق مستندة في ذلك على نص المادة58من نفس القانون وهذا هو الذي كرسه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا[5].

ثالثا: الفرق بين التطليق والفسخ

يتميز التطليق عن الفسخ بما يلي:

1- الفسخ قد ينقض عقد الزواج في بعض الحالات ويجعله كأن لم يكن كالفسخ بسبب خيار البلوغ أو الإفاقة، وقد لا ينقضه في بعض الحالات كالفسخ بسبب ارتداد الزوجة عن الإسلام.

---

[1] زين الدين بن إبراهيم المعروف ابن نجيم ت1096هـ، بحر الرائق شرح كنز الدقائق. (ط: 2؛ لا.م: دار الكتاب الإسلامي، د.ت)، ص77.

[2] محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي المالكي ت803هـ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج2 (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت)، ص347.

[3] الإمام الشافعي ت204هـ، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير. ج8(ط: 2؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م)، ص249.

[4] البهوتي ت1051هـ، كشاف القناع عن متن الإقناع. ج4(ط: 2؛ بيروت: عالم الكتب، 1997م)، ص186.

[5] لعمارة محمد صورية، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري وتعديلات المقترحة. (الزواج و الطلاق)، مذكرة تخرج للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، 2005م/2002م، ص171.

2– التطليق لا ينقض العقد مطلقا، ويكون إنهاء العلاقة الزوجية بالتطليق لسبب من الأسباب المذكورة في م 53 ق، أ، ج.

أما إنهاء العلاقة الزوجية بالفسخ فيكون بسبب حالات طارئة على العقد تتنافى مع نقاء الزواج واستمراره كردة الزوجة أو اتصال الزوج بأم زوجته أو ابنتها أو اتصال الزوجة بابن الزوج أو أبيه.

3– الفسخ قد يكون قبل الدخول بمجرد العقد أما التطليق فلا يكون إلا بعد الدخول[1].

المطلب الثاني: مشروعية التطليق وطبيعته

لمعرفة الدليل الشرعي للتطليق وبيان طبيعته القانونية والشرعية، قسم هذا المطلب إلى فرعين، (الأول) منه تناول مشروعية التطليق، و(الثاني) طبيعته القانونية والشرعية.

الفرع الأول: مشروعية التطليق

لم ترد آيات تدل صراحة على مشروعية التطليق، إلا أن هناك من الآيات ما يدل ضمنيا على مشروعيته، ومن ذلك حق طلب المرأة التطليق إذا لحق بها ضرر للحفاظ على الهدف الأسمى الذي شرع من أجله النكاح.

أولا: دليل مشروعية التطليق.

1– من الكتاب:

– قال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمسَاكُ بِمَعرُوفٍ أَو تَسرِيحُ بِإِحسَٰن ﴾ [البقرة: 229]

***وجه الدلالة:** ومثل الحق الشرعي في تطليق اللعان لمظنة انتفاء حسن المعاشرة بعد أن تلاعنا ومثل حق المرأة في حكم الحاكم لها بالطلاق للإضرار بها وحذف وصف الطلاق لأن السياق دال عليه فصار التقدير: الطلاق الرجعي مرتان، وقد أخبر عن الطلاق بأنه مرتان فعلم أن التقدير: حق الزوج في إيقاع التطليق الرجعي مرتان فأما الطلقة الثالثة فليست برجعية، وقد دل على هذا قوله تعالى بعد ذكر المرتين (**فإمساك بمعروف**) وقوله بعده: (**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره**)، ولما كان المراد بيان حكم جنس

[1] محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي. كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع 1416هـ/1996م، ص199.

الطلاق باعتبار حصوله من فاعله وهو إنما يحصل من الأزواج كان لفظ الطلاق آيلا إلى معنى التطليق كما يؤول السلام إلى معنى التسليم[1].

- قال الحق سبحانه: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ اَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوف﴾ [الطلاق: 2]

***وجه الدلالة:** حكم الإمساك بالمعروف إن الزوج إذ لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها، فإن لم يفعل خرج عن حد المعروف، فيطلقها منه الحاكم من اجل الضرر اللاحق بها في بقائها عند من لا يقدر على نفقتها، فإن قيل: إذا كان هذا العاجز عن النفقة لا يمسك بالمعروف، فكيف تكلفونه أنتم غير المعروف، وهو الإنفاق، ولا يجوز تكليف مالا يطاق؟ قلنا: إذ لم يطق الإنفاق بالمعروف أطاق الطلاق بالمعروف، وإلا الإمساك مع عدم الإنفاق ضرار[2].

الأصل في العلاقة بين الزوجين أن تقوم على المعاشرة بالمعروف وأن تقوم على تبادل الحقوق المشروعة بينهما، فإذا انتفى أهم هذه الحقوق وهو الإمساك بالمعروف تعيّن المفارقة بالمعروف لرفع الضرر عن الزوجة[3].

- قوله تعالى: ﴿فَأَمسِكُوهُنَّ بِمَعرُوفٍ أَو سَرِّحُوهُنَّ بِمَعرُوف وَلَا تُمسِكُوهُنَّ ضِرَارا لِّتَعتَدُواْ وَمَن يَفعَل ذَٰلِكَ فَقَد ظَلَمَ نَفسَهُ﴾ [البقرة: 231]

***وجه الدلالة:** قال الإمام الشافعي: وقد أمر الله تعالى بالإمساك بالمعروف والتسريح بالإحسان ونهى عن الضرر[4].

أن الإمساك بالمعروف هو القيام بما يجب للزوجة من حقوق على الزوج، فإذا فات ذلك انتقلنا إلى البديل، وهو التسريح بمعروف، ثم جاءت الآية بصريح النهي عن الإمساك

---

[1] محمد الطاهر بن عاشور ت1393هـ، التحرير والتنوير. ج1 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة التاريخ العربي، 1420هـ /2000م)، ص645.

[2] ابن العربي ت543هـ، أحكام القرآن. راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه، محمد عبد القادر، ج1 (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م)، ص396.

[3] نايف محمد الجنيدي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون. (ط:1؛ عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010م)، ص205.

[4] الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس ت204هـ، تفسير الإمام الشافعي. جمع وتحقيق أحمد مصطفي الفران (ط:1؛ السعودية: دار التذمرية، 1428هـ/2006م)، ص375.

الذي يلحق الضرر بالمرأة بدون تفصيل في أنواع الضرر، فدل ذلك على أن الإمساك مع الضرر والإمساك بالمعروف نقيضان لا يجتمعان، فإذا كان الإمساك بالمعروف انتفى الضرر، وإذا غاب الإمساك بالمعروف تحقق الضرر، ثم بين الحق -تبارك و تعالى- أن الذي يمسك زوجته ضرار يعتبر ظالما لنفسه، لاعتدائه على زوجته، وعلى أحكام الله لأن ظلمه يؤدي إلى اختلال المعاشرة الزوجية، و فوات مصالح النكاح، فيكون السبيل لرفع الضرر هو التفريق عقوبة دنيوية له[1].

- قوله عز من قائل: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغنِ ٱللَّهُ كُلّا مِّن سَعَتِهِۦۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيما﴾ [النساء: 130].

***وجه الدلالة:** واعلم أنه تعالى ذكر جواز الصلح إن أرادا ذلك، فإن رغبا في المفارقة فالله سبحانه بيّن جوازه بهذه الآية أيضاً، ووعد لهما أن يغني كل واحد منهما عن صاحبه بعد الطلاق، أو يكون المعنى أنه يغني كل واحد منهما بزوج خير من زوجه الأول، ويعيش أهنأ من عيشه الأول[2]، وتدل الآية على جواز التفريق بين الزوجين إذا تعذر الصلح بينهما، ويكون التفريق بينهما في هذه الحالة خيرا لهما من استمرار حياة التعب والشقاق، وإذا لم تتم الفرقة بإرادة الزوج؛ أي بالطلاق أو بالخلع يمكن للقاضي أن يدخل بطلب أحد الزوجين للتفريق بينهما لرفع الضرر وحل النزاع والشقاق بينهما[3].

2- من السنة:

- قول رسول الله ﷺ: **(لا ضرر ولا ضرار)** [4].

---

[1] النجار عدنان علي، التفريق القضائي بين الزوجين. "دراسة فقهية مقارنة" بقانون الأحوال الشخصية الفلسطينية. (رسالة ماجستير)، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 2004م، ص ص8- 9 .

[2] فخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي الشافعي ت 604هـ، التفسير الكبير. (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية ،1421هـ/2000م)، ص55.

[3] نايف، محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون. المرجع السابق، ص206.

[4] مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي ت 179هـ، الموطأ. ج2(لا.ط؛ بيروت : دار الكتب العلمية، د.ت)، كتاب الأقضية. باب القضاء في المرفق، رقم: 2758، ص1078.

***وجه الدلالة:** الضرر خلاف النفع، والضرار من الاثنين، فالمعنى ليس لأحد صاحبه بوجه، ولا لاثنين أن يضر كل منهما بصاحبه ظنا أنه من باب التبادل فلا إثم فيه، والضرر كل ما يلحق الأذى ببدن الزوجة أو نفسها أو يعرضها للهلاك[1]، في الحديث بمعناه نهي عن الضرر، وإن كان لفظه الإخبار؛ أي لا يضر بعضهم بعضا، الحديث عام، فالضرر الواقع من أحد الزوجين على الآخر من جملة الضرر المنهي عنه، فيجب إزالته وفقا للقاعدة الفقهية "**الضرر يزال**" ومن أمره بإزالته، لاستحالة الأمر بنقضين، ولا معنى لذلك إلا جواز التفريق إذا توفرت الأسباب.

– وروى محارب ابن دثار بن عمر أن النبي ﷺ قال: (**أَبْغَضُ الْحَلاَلِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلاَقُ**)[2]، ويشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع ولكن بأسبابه ودواعيه، وروي عنه أنه طلق حفصة ثم أرجعها وما ورد عن النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير يؤكد مشروعية الطلاق في الإسلام عن أبي عمر رضي الله عنهما قال: لاعن النبي ﷺ رجل و امرأة من الأنصار وفرق بينهما[3]. ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين فكان حكما منه ﷺ بالتفريق[4].

– عن أبي هريرة رضي الله عنه قال؛ قال النبي ﷺ: (**أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ مَا تَرَكَ غِنًى وَالْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنْ الْيَدِ السُّفْلَى وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ تَقُولُ الْمَرْأَةُ إِمَّا أَنْ تُطْعِمَنِي وَإِمَّا أَنْ تُطَلِّقَنِي وَيَقُولُ الْعَبْدُ أَطْعِمْنِي وَاسْتَعْمِلْنِي وَيَقُولُ الِابْنُ أَطْعِمْنِي إِلَى مَنْ تَدَعُنِي فَقَالُوا يَا أَبَا هُرَيْرَةَ سَمِعْتَ هَذَا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لَا هَذَا مِنْ كِيسِ أَبِي هُرَيْرَةَ**)[5].

---

[1] عبد الكريم زيدان، المفضل في أحكام المرأة وبين المسلم في الشريعة الإسلامية. ج5(لا.ط؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ت)، ص437.

[2] أبو داوود سليمان بن الأشعث ت275هـ، السنن. تحقيق: شعيب الارنؤوط–محمد كامل قرة بللي، ج3 (ط:1؛ لا.م: دار الرسالة العالمية، 1430هـ/2009م)، باب في طلاق السنة، رقم: 1863، ص505.

[3] محمد بن إسماعيل البخاري ت256، الجامع الصحيح. ضبط وترقيم وشرح وفهرسة:د.مصطفي البغا،ج7 (ط:1؛ لا.م: دار طوق النجاة، 1422هـ)،كتاب الطلاق، باب التفريق بين المتلاعنين، رقم: 5026، ص56.

[4] بدر الدين محمود بن احمد العيني، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري. (ط:1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت)، ص229.

[5] البخاري، المصدر نفسه، ص63.

ووجه الدلالة دل هذا الحديث على جواز التفريق لعدم الإنفاق وكذلك لأي عذر يضر بالحقوق الزوجية[1].

3- من الإجماع:

منذ عصر الرسول ﷺ إلى يومنا هذا تم الاتفاق بالإجماع على جواز الفرقة بين الزوجين ولكن نلاحظ أن الفرقة بين الزوجين مقيدة بما يخدم مصلحة الزوجين.

4- من المعقول

من غايات النكاح وأهدافه هو أن يجد كل من الزوجين بصحبة الآخر الهدوء والمودة والسكينة لروحه وجسده؛ لكي تنشأ الأسرة سليمة والمجتمع سليم من التفكك والضياع ويحفظ النوع البشري[2].

- قال تعالى: ﴿وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم:21]، ولكن الحياة الزوجية لا تخلو من المشاكل و الشقاق، فيبدأ بالإرشاد و النصح ثم الإصلاح قدر المستطاع، فإذا نفذ صبر الزوجين أو أحدهما، أصبحت العلاقة الزوجية جحيما لا تطاق و أمست لا تحقق المقاصد المرجوة منها، فإن الشارع لا يأمر بالإبقاء على هذه العلاقة بل يفصل في ذلك بما فيه الصالح العام، و ذلك بالإذن بالفراق إذا لم يجد سبيلا للمصلحة، وليستأنف كل من الزوجين حياة بروابط زوجية جديدة تناسبه، وتحقق مقاصد الشارع من النكاح[3].

- قال تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغۡنِ ٱللَّهُ كُلّٗا مِّن سَعَتِهِۦۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمٗا﴾ [النساء: 130].

---

[1] ماجد توفيق حمادة سمور، التفريق بين الزوجين للردة أو إباء الإسلام وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، (رسالة استكمال لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي). كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية، غزة، 2010م، ص10.

[2] نايف محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون. المرجع السابق، ص207.

[3] النجار عدنان علي، التفريق قضائيا بين الزوجين. المرجع السابق، ص10.

5- من قانون الأسرة الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بالتطليق انطلاقا من نص المادة 48 الآتي نصها:" مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة"[1]، وكذا نص المادة 53 من نفس القانون والذي هو موضوع الدراسة. والتطليق وكما يصطلح عليه التفريق قد يكون طلاقا وقد يكون فسخا للعقد كحالة التفريق في العقد الفاسد كالتطليق بسبب الردة المنصوص عليها في القانون الجزائري، وهذا وحسب فقهاء القانون لم يرد لفظ التطليق في القرآن ولا في السنة أما التشريعات العربية فهناك من يستعمل مصطلح التفريق كالقانون السوري واللبناني وهناك من يستعمل مصطلح التطليق كالقانون الجزائري والمصري.

فنجد مصطلح التفريق هو المصطلح الغالب عموما في جل القوانين العربية، تماشيا بما جاء في الفقه الإسلامي بالفرقة أو التفريق، وبالتالي نلاحظ أنه لم يقم فقهاء الشريعة الإسلامية ولا الفقه القانوني بإعطاء تعريف شامل ودقيق للتطليق، وإنما قاموا بالإشارة إلى الحالات أو الأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة طلب التطليق ويكون ذلك أمام القاضي الذي يثبته بحكمه.

- أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"[2].

ثانيا: الحكمة من مشروعية التطليق

إن هدف التطليق هو رفع الضرر عن الزوجة دون الزوج إذا توافرت أسبابه، على أن تكون هذه الأسباب و المبرّرات شرعية، وعلى أن تثبت الزوجة كذلك الضرر اللاحق بها بكل وسائل الإثبات، حتى لا تتعسف في استعمال حقها، و إن كان حقها في التطليق ثابت

[1] المادة53 من القانون رقم84-11المؤرخ في9رمضان عام 1404هـ الموافق ل9 يونيو سنة 1984م المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18محرم 1426هـ الموافق ل27فبراير 2005م والمتضمن: قانون الأسرة.

[2] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 35026، الصادر بتاريخ 1984/12/03م، ع:4، ص86.

شرعا و قانونا ولكن من جهة أخرى فإن الزواج نعمة وهو عقد أبدي لازم، والطلاق والتطليق قطع لهذه النعمة ولا يجوز قطع النعمة إلا للضرورة[1].

فمن الحكم من مشروعية التطليق نذكر ما يلي:

1- حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الإنسانية، وذلك بمنع الرجل من أن يسئ استعمال ما خول له من القوامة على الأسرة[2].

2- حماية الأسرة من التفكك والانحلال، وتشرد الأولاد، وما ينجر عن ذالك من مساوئ وأخطار متنوعة على الأسرة والمجتمع[3].

3- تهذيب الرجال وتخليصهم من روح التسلط بحكم التفوق الطبيعي عليهن، حيث أوصى الرسول ﷺ بالنساء خيرا في الكثير من الأحاديث.

4- إن توسع المشرع الجزائري في أسباب التطليق، إنما هو حماية لحقوق المرأة، كي لا يبقى الطلاق حكرا على الرجل، يتلاعب به ويستعمله كوسيلة للانتقام من المرأة، وقت ما شاء وكيف ما شاء، لذلك سمح للزوجة بطلب التطليق، خاصة إذا لحقها ضرر ثابت من زوجها، **"فدرء المفاسد أولى من جلب المصالح"**[4]

خلاصة القول: أن الإسلام والقانون أقرا بحق الرجل في إنهاء عقد الزواج، كما توافقا في الإقرار بحق المرأة في فك الرابطة الزوجية، ومنه نستطيع أن نقول أن التطليق هو الوجه المقابل للطلاق.

---

[1] اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في القانون الأسرة الجزائري، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية)، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2003م، ص33.

[2] عبد الحفيظ عبد ربه، الثورة الاجتماعية في الإسلام. (لا.ط، بيروت: دار الكتاب اللبناني، 1980م)، ص100.

[3] صالح الحسيني، انحلال الرابطة الزوجية علي ضوء الأحكام المستجدة في قانون الأسرة الجزائري. (رسالة لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية تخصص أحوال شخصية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2015م، ص19.

[4] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق. (ط:1، بيروت: مؤسسة الرسالة،1981م)، ص238.

الفرع الثاني: طبيعة التطليق

سنتناول في هذا الفرع الطبيعة الشرعية والطبيعة القانونية للتطليق بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

أولا: الطبيعة الشرعية للتطليق

يرى الأحناف أن كل فرقة من جانب الزوج ولا يمكن أن تكون من جانب المرأة فهي طلاق كالفرقة بسبب الإيلاء، أما الفرقة التي تكون من قبل الزوجة ولا يمكن أن تكون من جانب الزوج فهي فسخ كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته.

أما بالنسبة للشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى القول بأن الفرقة التي تقع مع الزوج أو نائبه تعتبر طلاقا أما ما عدا ذلك فتعتبر فسخا.

ذهب المالكية إلى أن الفرق بين الطلاق والفسخ يكمن في السبب الذي أدى إلى الفرقة فإن كانت فرقة من زواج صحيح، وسواء كانت من الزوج أو من قبل الزوجة أو من طرف القاضي عدت طلاقا أما إن كانت غير راجعة لأحدهما فتعتبر فسخا.

ما يمكن استخلاصه أن كل المذاهب اتفقت على أن الفرقة تنقسم إلى طلاق وفسخ ولكن اختلفت فيما يدخل في الطلاق وفيما يدخل في الفسخ لأنها لم تعتمد على معيار دقيق ومنضبط.

حيث يرى المالكية بأن الفرقة الناتجة عن إعسار بالنفقة طلاق رجعي ولا يمكن للزوج إعادة الزوجة إلى عصمته إلا إذا ملك ما ينفقه عليها وإلا فلا تصح الرجعة. وقال ابن جزي: الطلاق بالإعسار بالنفقة رجعي، وقال الشافعية والحنابلة أن الفرقة فسخ لا طلاق لأن الطلاق يكون من فعل الزوج مباشرة أو توكيل منه، والثمرة المستخلصة من هذا الاختلاف.

فالقول بأن الفرقة للإعسار طلاق رجعي، فإنها تحسب على الزوج من عدد طلقاته التي يملكها، فلو افترضنا أن الزوج طلق زوجته مرتين قبل تطليق القاضي له فلا يمكنه إرجاعها في هذه الحالة إلا بعد أن تتزوج غيره لأن الطلاق أصبح بائنا ببينونة كبرى.

أما القول الثاني القائل بأن الفرقة للإعسار فسخ لا طلاق فإن الفرقة هنا لا تدخل في عداد طلقات الزوج إلا أنه لا سبيل له إليها إلا بعقد جديد ورضاء جديد.

أما بالنسبة للتفريق بالعيوب فقد ذهب المالكية والحنفية إلى اعتبار أن التفريق بالعيب يقع طلاقا بائنا لا فسخا؛ ذلك أن الفرقة تكون إما من الزوج أو بسبب منه ولم يوجبها فساد عقد فكانت طلاقا.

أما الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى اعتبار أن الفرقة للعيب فسخ لكونه يقع من طرف القاضي ولو تلفظ بالطلاق ظاهرا؛ لأنه ما فعل ذلك إلا بأمر من القاضي وهو مما يخضع للاجتهاد فكان فسخا لا طلاقا[1].

اتفق الفقهاء على أن الفرقة إما أن تكون طلاقا وإما أن تكون فسخا، ولكن اختلفوا فيما يدخل في الطلاق وفيما يدخل في الفسخ.ذكر الشافعية والحنابلة أن الفرقة لأجل النفقة لا تجوز إلا بحكم الحاكم لأنه فسخ مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعنة، ولا يجوز التفريق إلا بطلب المرأة وذلك لأنه لا يجوز من غير طلبها فإذا فرق الحاكم بينهما فهو فسخ ولا رجعة للزوج فيه[2].

وعن التفريق الواقع للعيب، الحنفية والمالكية يرون أنه طلاق بائن، لأن فعل القاضي يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه، وإنما جعل بائنا لأن المقصود منه دفع الضرر عن المرأة ولا يحصل ذلك إلا بالطلاق البائن، والشافعية والحنابلة ذهبوا للقول أنه فسخ، لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة لذا هي فسخ لا طلاق، وكان العيب في الزوج ظاهر، أما إذا كان فيها الزوج هو الذي طلب التفريق فقد كانت هي السبب في طلبه، والفرقة إذا جاءت من قبل الزوجة تعتبر فسخا لا طلاقا[3].

ولقد فرق الإمام مالك بين الفسخ والطلاق وذلك في قولان:

القول الأول: الفرقة طلاق لا فسخ في النكاح المختلف فيه بين المذاهب

---

[1] عبد المومن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي. (لا.ط؛ الجزائر: دار الهدى،2001م)، ص96.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية. (لا.ط؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2002م)، ص535.

[3] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام. "دراسة مقارنة" بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون (ط:4؛ الإسكندرية: الدار الجامعية، 1983م)، ص590.

القول الثاني: إذا كانت الفرقة من الشرع لا برغبة الزوجين كان فسخا أما إذا كان السبب في ذلك هو رغبة الزوجين فهو طلاق[1].

ثانيا: الطبيعة القانونية للتطليق

إن المحكمة العليا أرادت أن تعرف التطليق في الفرع السابق فيمكن أن نعطي نظرة مختصرة عن طبيعته القانونية والذي يمكن أن نعتبره رخصة استثنائية منحها المشرع للقاضي، وممارسة هذه الرخصة مقيدة بعدة قيود وشروط، وهي كلها خاضعة للسلطة التقديرية للقضاء[2]، لأن المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج قد ينقضي بناء على واقعة تتمسك بها الزوجة أمام القضاء؛ هو إثبات هذه الواقعة، ينشأ للزوجة حق إرادي في إنهاء هذا المركز؛ أي بمعنى أن هذه الفرقة تدخل تحت نظام الفسخ.

نجد في نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري أن المشرع نص على أنه: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

كما تنص المادة57 من القانون السالف الذكر على أنه: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا في جوانبها المادية

بالرجوع إلى قانون الأسرة لا نجده يبين فيما إذا كان التطليق هو عبارة عن فسخ أو طلاق وإنما نص على حالات على سبيل الحصر في المادة53 ق.أ.ج، وترك أمر تقديرها للقاضي بحيث إذا رأى بأنه فعلا تتوفر حالة من هذه الحالات فما عليه إلا الحكم بالتطليق؛ لأن القاضي في هذه الحالة يكون له دور إيجابي فهو الذي يقوم بالتقرير ما إذا أخل الزوج بالتزاماته، وبفضل هذا التقرير ينشأ حق إرادي للزوجة في إنهاء العلاقة الزوجية والحكم الذي يصدر بتطليق الزوجة هو حكم منشئ.

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. ج7(ط.2؛ دمشق: دار الفكر، 1989م)، ص510.

[2] عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي. (لا.ط؛ الجزائر: دار هومة، 1999م/2000م)، ص151.

وعند رفع الزوجة لدعوى التطليق يجب أن تثبت سبب ذلك و إلا رفضت دعواها لأن القاضي هو الذي يقدر ما إذا كان طلبها مؤسس أم لا[1].

نجد أن قانون الأسرة الجزائري في بابه الثاني المعنون بانحلال الزواج استعمل المادة48 منه الطلاق للتعبير على كل أنواع الفُرق وهذا اعتمادا على ظاهر النص غير أنه إذا تعمقنا في أحكام هذه المادة نجد أن هذا المصطلح يقصد به فقط ما يقع بإرادة الزوج، أما ما يكون بإرادة الزوجة فيسمى تطليقا[2]، وذلك استنادا إلى أحكام المادة 53 من نفس القانون، والتي جاء فيها "**لا يجوز للزوجة أن تطلب التطليق**".

ويعتبر التطليق مكنة منحها المشرع للزوجة تلجا من خلالها للقضاء بطلب الفرقة بينها وبين زوجها استنادا لأسباب محددة وللقاضي السلطة التقديرية في قبول أو رفض طلبها، ويمكن اعتبارها رخصة مقيدة بعدة قيود وشروط، وهي كلها خاضعة للسلطة التقديرية للقضاء[3]، كما أسلفنا الذكر.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد اخذ بالمذهب المالكي معتبرا بأن الفرقة للإعسار طلاقا وليست فسخا وهذا ما يستشف من المادة 48 ق،أ،ج؛ بحيث جعل الفرقة التي تقع بطلب من الزوجة طلاقا.

*ومن خلال ما تطرقنا إليه في طبيعة التطليق يمكن القول أنّ المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المالكي واعتبر التطليق طلاقا وليس فسخا لاستعماله مصطلح الطلاق.

[1] يوسف عزيرية، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا. المرجع السابق، ص06.

[2] منصوري نورة، التطليق والخلع في القانون والشريعة الإسلامية. (لا.ط: دار الهدى: عين مليلة، الجزائر، د.ت)، ص ص12-13.

[3] يوسف عزيرية، المرجع نفسه، ص06.

المبحث الثاني: أسباب التطليق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

لكي تتمكن الزوجة من حقها في التطليق، يشترط فيها إثبات الضرر، ولإثبات هذا الأخير يلزم لذلك توافر عدة أسباب، فما هي الأسباب التي بموجبها يقع التطليق؟ سنرى في هذا المبحث والذي قسم إلى مطلبين، المطلب الأول سنتطرق فيه إلى الأسباب التي توافق فيها المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني الذي اقتصر مضمونه على الأسباب التي انفرد بها المشرع الجزائري.

المطلب الأول: أسباب التطليق التي توافق فيها المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي

نجد أن فقهاء الشريعة وكذا المشرع الجزائري قد بينوا الأسباب التي من أجلها تفك الرابطة الزوجية، ولمعرفة الأسباب التي توافق فيها المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي، قسمنا هذا المطلب إلى ستة فروع، (الفرع الأول): التطليق لعدم الإنفاق، (الفرع الثاني): التطليق للغياب (الفرع الثالث): التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، (الفرع الرابع): التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، (الفرع الخامس): التطليق للعيوب، و (الفرع السادس): التطليق للضرر المعتبر.

الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق

إن التزام الزوج بالإنفاق على زوجته من الالتزامات التي يرتبها عليه عقد الزواج، فهل الإخلال بهذا الالتزام يخول زوجته طلب التطليق أو التفريق بينهما؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه انطلاقا من التعريف أولا، ثم شروط استحقاقها ثانيا، ثم موقف الفقه الإسلامي ثالثا، وأخيرا موقف المشرع الجزائري.

أولا: تعريف النفقة في اللغة وفي الاصطلاح

1- تعريف النفقة لغة: نفق ماله ودرهمه وطعامه نفقا ونفق، كلاهما نقص، وقل، وقيل فني وذهب ...، وأنفق الرجل إذا افتقر[1].

2- تعريف النفقة اصطلاحا:عرفها ابن عرفة[2] بقوله: هي ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف[3].

3- شرح التعريف: ما به قوام معتاد حال الآدمي أخرج به قوام معتاد غير الآدمي، معتاد حال الآدمي، أخرج به ما ليس بمعتاد في حاله؛ لأنه ليس بنفقة شرعية، دون سرف، أخرج به السرف؛ لأنه ليس بنفقة شرعية، ولا يحكم الحاكم به؛ والمراد هنا النفقة التي يحكم بها[4].

ثانيا: شروط استحقاق النفقة الزوجية:

1- العقد الصحيح شرعا وقانونا.

2- الدخول بالزوجة أو الخلوة الصحيحة بها، سواء أحدث الاتصال أم لم يحدث متى كان العجز عن ذلك من الزوج.

3- أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة، فإن كانت صغيرة لا تصلح للمعاشرة والخدمة لا تجب لها النفقة، لفوات الانتفاع بثمرات الزواج[5]، ومتى توفرت هذه الشروط استحقت الزوجة النفقة، ما لم تكن ناشزًا؛ كأن يطلب منها زوجها الانتقال إلى منزله فترفض دون مبرر ففي هذه الحالة تعتبر ناشزا وتسقط نفقتها[6].

---

[1] ابن منظور، لسان العرب. ج10(ط:1؛ بيروت: دار صادر)، باب النون، مادة نفق، ص375.

[2] هو أبو عبد الله محمد بن عرفة الورغمي التونسي ت803هـ محقق نظار، انتهت إليه رئاسة الفقه المالكي، له كتب في الفقه والأصول والقراءات والمنطق وغيرها. الحجوي، الفكر السامي، ج2/ص ص249-250.

[3] أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة. (ط:1؛ دار الغرب الإسلامي، بيروت: لبنان، 1993م)، ص321.

[4] الرصاع، شرح حدود ابن عرفة. المصدر السابق، ص321.

[5] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص172.

[6] المرجع نفسه.

ثالثا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق لعدم الإنفاق

ذهب المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] إلى أنه: إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته ولم يجد ما ينفقه عليها في حين أنها لم تصبر عليه، جاز لها أن تطلب التطليق عند القاضي، فإذا رفعت أمرها إليه، أمر الزوج وخيره بين الإنفاق أو الطلاق، فإذا لم يأخذ بأحد الأمرين قام القاضي بتطليقها.

وقد استدلوا في ذلك بقوله تعالي﴿ **وَإِذَا طَلَّقتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَبَلَغنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمسِكُوهُنَّ بِمَعرُوفٍ أَو سَرِّحُوهُنَّ بِمَعرُوف وَلَا تُمسِكُوهُنَّ ضِرَارا لِّتَعتَدُواْ وَمَن يَفعَل ذَٰلِكَ فَقَد ظَلَمَ نَفسَهُ**﴾ **[البقرة: 231]**، فإمساك المرأة دون الإنفاق عليها إضرار بها، وقوله عز وجل: ﴿**ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمسَاكُ بِمَعرُوفٍ أَو تَسرِيحُ بِإِحسَٰن** ﴾ **[البقرة: 229]**، فليس من الإمساك بمعروف عدم الإنفاق عليها، إن عدم الإنفاق يعد أشد إيذاء للزوجة وظلماً لها من وجود عيب بالزوج، فكان التفريق لعدم الإنفاق أولى، كما استدلوا على ذلك بقوله **تعالى**: ﴿**وَعَلَى ٱلمَولُودِ لَهُ رِزقُهُنَّ وَكِسوَتُهُنَّ بِٱلمَعرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفسٌ إِلَّا وُسعَهَا**﴾ **[البقرة: 233]**، وكذا قوله ﷺ:(**لا ضرر ولا ضرار**)[4]، فمتى امتنع الزوج عن الإنفاق لعجزه، أو امتنع ظلماً منه مع قدرته، كان للزوجة حق طلب التفريق من القاضي[5].

وقال ابن القيم: "أنه إذا كانت المرأة قد تزوجته وهي عالمة بإعساره أو كان الزوج موسر ثم أعسر، لا تملك الزوجة طلب الفرقة في هاتين الحالتين؛ أما إذا كان قد غرر بها عند الزواج، فقال إنه موسر ثم تبين لها إعساره، فإنه يكون لها حق الفسخ".

---

[1] ابن العربي، أحكام القرآن. المصدر السابق، ص200.

[2] الشافعي، الأم. المصدر السابق، ص91.

[3] ابن قدامه، المغني. شرح مختصر الخرقي. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج10(ط: 3؛ السعودية: دار عالم الكتب، 1997م)، ص573.

[4] مالك بن أنس، الموطأ. المصدر السابق، رقم: 2758، ص1078.

[5] بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية.ج1(لا.ط؛ بيروت: دار النهضة العربية، د.ت)، الزواج والطلاق، ص431.

بينما يرى الحنفية بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق؛ لأنه إن كان معسراً فلا ظلم منه بعدم الإنفاق لقوله تعالى: ﴿**لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا**﴾ **[الطلاق: 7]**، فلا نظلمه بإيقاع الطلاق عليه.

أما إذا كان موسرا فهو ظالم بعدم الإنفاق، ولكن دفع ظلمه لا يتعين بالتفريق، بل بوسائل أخرى كبيع ماله جبرًا عنه للإنفاق على زوجته[1]، أو أن تستدين الزوجة أو تنفق على نفسها إن كان لها مال، على أن يكون هذا في ذمة الزوج.

والفرقة بسبب العجز عن النفقة عند المالكية، طلاق بائن إن كانت قبل الدخول، لا يمكن للزوج مراجعة زوجته[2]، أما إذا وقعت بعد الدخول فهو طلاق رجعي، وللزوج مراجعة المرأة إن أيسر في عدتها؛ لأنه تفريق لامتناعه عن الواجب عليه لها.

وذكر الشافعية والحنابلة أن الفرقة لأجل النفقة لا تجوز إلا بحكم الحاكم، فلا يجوز له التفريق إلا بطلب المرأة لذلك؛ لأنه لحقّها، فإذا فرّق الحاكم بينهما فهو فسخ لا رجعة للزوج فيه[3]، وأنه حتى وإن تزوجت المرأة الرجل عالمة بعسره، أو رضيت بالإقامة معه بعد إعساره وعدم إنفاقه، أو تزوجته بشرط أن لا ينفق عليها، كل هذا لا يسقط حقها في طلب التفريق للإعسار؛ لأن النفقة تتجدد كل يوم فالمرأة لا تملك نفقة المستقبل، فلا يصح إسقاط حق لم يجب بعد.

أما المالكية يرون أن من تتزوج وهي عالمة بإعسار زوجها، تكون قد رضيت بعيبه، فلا تملك الفسخ[4].

رابعا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لعدم الإنفاق

نص المشرع الجزائري في المادة 53 فقرة 1 من ق .أ.ج على أنه :

" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. ج9(ط:4؛ سوريا: دار الفكر، 2012 م)، ص481.

[2] شهاب الدين القرافي ت684، الذخيرة. ج4(ط:1؛ لبنان: دار الغرب الإسلامي، 1994م)، ص450.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص482.

[4] أبو وليد سليمان الباجي، المنتقى شرح الموطأ. ج4(لا.ط؛ بيروت: دار الكتاب العربي، د.ت)، ص132.

عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج. مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون"

كما تنص المادة 78 من ق.أ.ج على أنه:

"تشمل النفقة: الغذاء، والكسوة، والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة."

من خلال المادة يتضح بأن النفقة تشمل: الغذاء من طعام وشراب، اللباس المسكن الصالح أو أجرته، العلاج والضروريات في العرف والعادة.

ولقد أدخل المشرع الجزائري ضمن النفقة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وفي إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود سعة الزوج بلا إسراف ولا تقصير، ذلك أن ما اعتبره المشرع الجزائري من الضروريات في العرف والعادة يتغير بتغير الزمان والمكان والأحوال، فقد يصبح ما لم يكن مطلوبا في وقت ما، لازما في وقت آخر أو العكس[1].

أجاز المشرع الجزائري للزوجة أن تطلب التطليق لعدم إنفاق زوجها عليها طبقا للفقرة الأولى من المادة 53 من ق.أ.ج، واضعا لها عدة شروط لابد من توافرها، تتمثل فيما يلي:

1– أن ترفع دعوى مسبقا ضد زوجها لاستصدار حكم يأمره بالنفقة، فإن رفض الإنفاق عليها ولم ينفذ الحكم، هنا يمكن للزوجة أن ترفع دعوى ضده تطلب فيها التطليق لعدم امتثاله للحكم الذي يأمره بالنفقة[2].

2– أن تكون غير عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج، فإن كانت عالمة بذلك ووافقت على الزواج به سقط حقها في طلب التطليق لعدم الإنفاق.

3– مراعاة أحكام المواد 80.79.78 من قانون الأسرة الجزائري أن النفقة الممتنع عن تقديمها هي التي تتعلق بالأكل والشرب واللباس والعلاج والمسكن وما يدخل في الضروريات

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص173.

[2] بلحاج العربي، صور الطلاق في قانون الأسرة الجزائري. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسة، الجزائر، 1990م، ع: 3، ص ص574-575.

حسب قدرة زوجها، فلا يمكنها أن تطالبه بما يفوق قدرته المالية، وعليه لابد عند تقدير القاضي للنفقة أن يراعي حال الطرفين وظروف المعاش[1].

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد مقدار النفقة التي أعسر بها الزوج بحد أدنى والذي يصلح كسبب لتأسيس دعوى التطليق، كما أنه لم يبين المدة التي ترفع خلالها الزوجة دعوى التطليق، إن كانت نفسها المدة المذكورة في المادة331/1من ق.ع.ج [2] والمتمثلة في مدة"شهرين"،كما أنه لم يبين وصف وطبيعة هذه الفرقة إن كانت طلاقا رجعيا أم بائنا، على خلاف معظم التشريعات العربية الأخرى التي اعتبرت التفريق بسبب الإعسار طلاقا رجعيا، حيث يمكن للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة، لكن لا بد من تحقق أمرين هما:

الأول: أن يتحقق يساره، وأن يثبت ذلك أمام القاضي.

الثاني: أن ينفق عليها فعلاً، لأنه إذا أثبت يساره، فقد وجبت لها نفقة العدة، لأن المطلقة الرجعية لها النفقة وإن لم يراجعها الزوج، متبعة في ذلك المذهب المالكي[3].

من خلال ما رأينا في هذا المطلب نجد أن المشرع الجزائري وجمهور الفقهاء قد اتفقوا على جواز التفريق بسبب الإعسار في النفقة، وكذلك في أنه لا طلاق إلا بعد الامتناع عن النفقة بعد صدور الحكم.

الفرع الثاني: التطليق للغياب

من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الزوج، المحافظة على الأسرة ورعايتها باعتباره هو رب الأسرة، ولا يتأتى هذا بغيابه عن مسكن الزوجية؛ حيث قد يؤدي هذا الغياب إلى

---

[1] بلحاج العربي، صور الطلاق في قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص ص573-574.

[2] تنص المادة1/ 331 من الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق ل 8يونيو 1996م يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر2006م، الصادر بالجريدة الرسمية عدد84 ،الصادر بتاريخ 21 ديسمبر 2006م علي أنه يعاقب بالحبس من ستة 6 أشهر إلى ثلاث 3 سنوات وبغرامة من 50000 إلى300000 دينار جزائري كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين 2 عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته،وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه ،وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم.

[3] محمد سماره، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية. المرجع السابق، ص342.

اهتزاز كيان هذه الأسرة واستقرارها، فهل يمكن للزوجة التي غاب زوجها عن مسكن الزوجية أن تطلب التطليق؟

وهذا ما سنسلط الضوء عليه؛ لكن قبل ذلك لابد من تحديد المقصود بالغياب.

أولا: المقصود بالغياب

يقصد بالغيبة أو الغياب أن يكون الرجل في موضع لا يسهل إحضاره أمام القضاء، ومراجعته فيما تدعيه زوجته عليه، سواء كان غائبا عن البلد حقيقة أو كان مختفيا في البلد نفسه، وسواء كانت غيبته مسافة قصر الصلاة أم كانت دونها، غير أن بعض الفقهاء يرجح أن الرجل لا يكون غائباً إلا إذا كان خارج بلدته التي يقيم فيها مع زوجته، على أن تكون تلك الغيبة مسافة القصر أو أكثر[1].

ثانيا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق للغياب

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في التطليق بسبب الغياب، فالحنفية والشافعية لا يرونها سببا للتفريق وإن طالت مدة الغياب، لانعدام ما يصلح أن يكون سببا لذلك، ولعدم وجود دليل شرعي يجيز ذلك.

بينما ذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التطليق بسبب الغيبة الطويلة التي تستوحش منها الزوجة وتتضرر منها، حتى وإن تيسرت لها النفقة[2].

لكن هؤلاء اختلفوا في نوع الغيبة ومدتها وفي التفريق حالاً، وفي نوع الفرقة:

يرى المالكية: أنه لا فرق في نوع الغيبة بين أن تكون بعذر كطلب العلم أو العمل أو التجارة أو بغير عذر، وجعلوا حد الغيبة الطويلة سنة فأكثر على المعتمد، وفي رواية أخرى ثلاث سنوات.

---

[1] محمد سماره، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية. المرجع السابق، ص331.

[2] أحمد أبو البركات الدردير، الشرح الكبير. ج2(لا.ط؛ بيروت: دار الفكر العربي، د. ت)، ص 431.- رمضان علي السد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون القضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان.(ط:1؛ لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2006)، ص548.

ويفرق القاضي في الحال بمجرد طلب الزوجة إن كان مكان الزوج مجهولا، وينذره إما بالحضور أو الطلاق أو إرسال النفقة، ويحدد له مدة بحسب ما يرى إن كان مكان الزوج معلوما، ويكون الطلاق بائنا.

أما الحنابلة: فقالوا تجوز الفرقة للغيبة إلا إذا كانت لعذر، فإن كانت لعذر فلا يجوز التفريق بينهما، وحدُّ الغيبة 6 أشهر فأكثر، أخذا من فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، حيث كان يأمر الجند بالعودة إلى نسائهم كل أربعة أشهر. ويفرق القاضي في الحال متى أثبتت الزوجة ما تدعيه، والفرقة تكون فسخاً لا طلاقاً؛ لأنها فرقة من جهة الزوجة، والفرقة من جهة الزوجة تكون عندهم فسخ[1].

ثالثا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للغياب

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

1- أن يغيب الزوج غيبة طويلة تفوق السنة، تحسب هذه المدة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى، لأنه لا يجوز للزوجة أن ترفع الدعوى ضد زوجها الغائب لتطليقها منه، إذا كان غيابه لم يمض عليه سنة من الزمن، وهذا مستمد من الفقه المالكي الذي جعل الغيبة من سنة إلي ثلاث سنوات[2].

2- أن يغيب الزوج عن زوجته دون عذر شرعي وقانوني مقبول دفعه لذلك، ذلك أنه لو غاب الزوج عن زوجته لمدة سنة أو أكثر بسبب تأديته الخدمة العسكرية، أو لتأدية خدمة عامة أو من أجل التعلم أو العمل وما شابه ذلك، فإنه لا تقبل دعوى التطليق لغياب الزوج في مثل هذه الحالات [3].

واشترط المشرع الجزائري أن تكون الغيبة بدون عذر مقبول متبعًا في ذلك مذهب الحنابلة.

---

[1] بدارن أبو العينين بدارن، الفقه المقارن للأحوال الشخصية. المرجع السابق، ص447.

[2] بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص297 .

[3] تركماني نبيلة، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية.(مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية)،كلية الحقوق بن عكنون،جامعة الجزائر، 2000م، ص59.

3– أن يغيب الزوج عن زوجته دون أن يترك لها مالا تنفقه على نفسها وأولادهما، أما إذا غاب لمدة سنة بعذر أو بغير عذر وترك لها مالا تنفق منه على نفسها وأولادهما، فإنه لا يجوز لها طلب التطليق في هذه الحالة.

على القاضي أن يتأكد من توفر كل هذه الشروط حتى يحكم بالتطليق، فإن تخلف شرط واحد من هذه الشروط ترفض الدعوى ولا يحكم لها بالتطليق[1].

غير أنه لم يبين إن كان التفريق بسبب الغيبة طلاقاً رجعياً أو بائناً أو فسخاً، على عكس ما نصت عليه معظم التشريعات العربية الأخرى، والتي أجازت التفريق للغيبة لمدة سنة فأكثر بغير عذر مقبول، بعد إنذار الزوج بتطليقه عليها إن لم يحضر أو ينقلها إليه أو يطلقها، وتكون الفرقة طلاقاً بائناً في القانون المصري، أما القانون السوري تكون طلاقاً رجعيا.

مما سبق ذكره يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد وافق رأيه رأي المالكية والحنابلة في التفريق بسبب الغياب على عكس رأي الشافعية والحنفية.

الفرع الثالث: التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر

لتحديد الهجر كسبب من أسباب التطليق يتعين علينا تحديد مفهومه (أولا)، وموقف فقهاء الشريعة الإسلامية منه (ثانيا)، ثم موقف المشرع الجزائري من الهجر (ثالثا).

أولا: مفهوم الهجر: يتعين تعريفه لغة واصطلاحا.

1– تعريف الهجر لغة: هو هجر الشيء هجرا، وهجرا بمعنى تركه، أي اعتزال الرجل عن زوجته من غير أن يطلقها[2].

2– تعريف الهجر اصطلاحا: لقد جاء في تفسير قوله ﷻ : ﴿**وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ**﴾ **[النساء:34]**، في المراقد أي لا تداخلوهن تحت اللحف وهو كناية عن الجماع ، أو هو أن يوليها ظهره في المضجع لأنه لم يقل عن المضاجع[3].

---

[1] اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في القانون الأسرة الجزائري. مرجع سابق، ص ص133 – 134.

[2] مسعود جبران الرائد، معجم لغوي عصري. (ط:7؛ بيروت: دار علم الملايين، 1992م)، ص833.

[3] عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي ت710 هـ، مدارك التنزيل وحقائق التأويل. تحقيق: سيد زكريا، (لا.ط؛ لا.م: مكتبة نزار مصطفى الباز، د.ت)، ص225.

3- مشروعية الهجر: من قوله ﷻ: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾ **[النساء:34]**.

ثانيا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق بالهجر في المضجع

اختلف فقهاء فقهاء الشريعة الإسلامية في التطليق للهجر في المضجع على أقوال:

1- قول المالكية: قالوا إن كانت له زوجة واحدة وتركها دون وطء، ورفعت أمرها إلى القاضي، وله أن يقضي لها في كل أربع ليال ليلة واحدة، وهو واجب عندهم إذا انتفى العذر، أما إذا امتنع بقصد الإضرار مدة لا تتحملها فلها الحق في طلب التطليق.

جاء في الشرح الكبير أن للزوجة حق طلب التطليق إذا ترك زوجها مباشرتها[1].

2- قول الشافعية[2] والحنفية[3]: لا يوجبون الجماع لأنه حق له، فأجاز له تركه كسكن الدار المستأجرة ولأن الداعي إلى الاستمتاع هو الشهوة والمحبة، وعلى ذلك فلا يمكن إيجابه، والمستحب أن لا يعطلها في ذلك فلم يقولوا بالتفريق.

3- قول الحنابلة: يجب علي الزوج أن يطأ زوجته كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن هناك عذر؛ لأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما، وقد حددوها بأربعة أشهر قياسا على الإيلاء، ولما جاء في الأثر عن حكم ابن كعب ، فإن القاضي يفرق بينهما كما يفرق بسبب الإيلاء فإن لم يقدر الزوج على وطء زوجته كل أربعة أشهر فرق القاضي بينهما[4].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من التطليق للهجر في المضجع

يشترط للتطليق للهجر في المضجع في القانون الجزائري، توافر شروط أساسية معينة حتى يمكن للزوجة أن تلجأ للقضاء وهي:

---

[1] ابن عرفة الدسوقي، الشرح الكبير. المصدر السابق، ص431.

[2] أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ت476هـ، المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج2(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1995م)، ص67.

[3] علاء الدين أبو بكر الكاساني ت587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج4 (لا.ط؛ بيروت: دار الكتاب العربي ،1982) ، ص ص175-177.

[4] ابن قدامة، المغني. المصدر السابق، ص124.

1– أن يهجرها زوجها في المضجع، ويترك فراش الزوجية ويدير لها ظهره ولا يعاملها معاملة الأزواج بل ينصرف عنها ويهمل وجودها.

2– أن يستمر هذا الهجر لمدة تفوق أربعة أشهر متتالية بحيث لا يقع بين الشهر والآخر أي اتصال بينهما ولو لمرة واحدة طيلة هذه المدة، وإن وقع ذلك ولو لمرة واحدة فلا نكون بصدد هجر أربعة أشهر حقيقية[1].

أن يكون هذا الهجر عمديا ومقصودا وأن لا يكون هناك ما يبرره لا من الناحية الشرعية ولا من الناحية القانونية.

وأما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني كوجود الزوج في المستشفى أو في الخدمة العسكرية أو في مكان آخر من أجل القيام بوظيفته، فإن الهجر في هذه الحالات له مبرراته وأسبابه المعقولة[2].

ومما سلف ذكره تستخلص أن المشرع الجزائري قد وافق الجمهور في طلب التطليق بسبب الهجر لأكثر من أربعة أشهر بدون عذر شرعي.

الفرع الرابع: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

قد يحدث أن يدرج الزوجان شروطاً معينة أثناء إبرام عقد الزواج أو في عقد لاحق، فيلتزمان بتنفيذهما لهذه الشروط، فإن حدث وأخل الزوج بتنفيذ الشروط الواردة في العقد، فهل يحق للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي وتطلب التطليق لإخلال زوجها بما تم الاتفاق عليه من شروط في عقد الزواج أو في عقد آخر لاحق؟، وهذا ما سنجيب عليه من خلال استعراض موقف الفقهاء في هذه المسألة، وكذا موقف المشرع الجزائري بخصوصها.

لكن قبل التطرق لذلك، علينا أولا بيان ما هو الشرط.

---

[1] نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص)، جامعة الجزائر، 2000م، ص135.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص289.

أولا: تعريف الشرط سنتطرق إلى تعريف الشرط في اللغة ثم في الاصطلاح

1- تعريف الشرط لغةً:

يعرف الشرط بأنه "إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه"، ويعرف كذلك على أنه ما يشترطه المتعاقد في عقوده والتزاماته تجاه نفسه أو غيره، أو ترتيب وقوع أمر على أمر آخر بواسطة أداة ملفوظة نحو "إن زرتني زرتك" أو مقدرة نحو "ادرس تحفظ"[1].

2- تعريف الشرط اصطلاحا:

هو الوصف الظاهر المنضبط الذي جعله الشارع مكمل لأمر شرعي، واستلزم من عدمه العدم، ولم يستلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته[2].

ثانيا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها عقد الزواج

الشروط في عقد الزواج أنواع مختلفة: منها ما يجب الوفاء بها باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية، ومنها ما لا يجوز الوفاء بها باتفاق الفقهاء، ومنها ما هو محل اختلاف بين فقهاء التشريع الإسلامي.

1- الشروط الصّحيحة باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية:

وهي الشروط التي تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، بأن تكون موجبة لحكم من أحكام العقد، فتجب بالعقد من غير شرط، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن يدفع لها مهراً، أو أن ينفق عليها، أو أن يعاشرها بالمعروف، ونحو ذلك، أو مؤكدة لحكم يقتضيه العقد، باشتراط الزوجة أو وليها أن يكون والد الزوج مثلا ضامنا لتنفيذ الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج، بأن يضمن وفاء الزوج بالمهر كاملا، أو يضمن قيامه أي الزوج بالإنفاق على الزوجة بما يتناسب مع أمثالها.

أو تكون هذه الشروط قد دل على صحتها واعتبارها دليل من الشرع، وهذه الشروط دل على صحتها وإعتبارها دليل شرعي من الكتاب أو السنة أو الإجماع أن تشترط الزوجة على زوجها أن تكمل دراستها بعد الزواج ونحو ذلك[1].

---

[1] المنجد الأبجدي. (ط:1؛ لبنان: دار المشرق،1967م)، ص591.

[2] محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه الإسلامي. (ط:5 ؛ الجزائر: الشهاب، 1994)، ص351.

2- الشروط غير الصحيحة باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية

أ- الشروط التي تناقض مقتضى عقد الزواج:

وهي التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تؤكد ما يقتضيه ولم يرد الشرع بجوازها ولم يجر بها العرف، فإذا اقترن عقد الزواج بشرط يناقض مقتضاه، كان هذا الشرط باطلا باتفاق الفقهاء، وكأن تشترط الزوجة على زوجها حق الخروج من البيت متى شاءت دون استئذان منه، أو أن تكون لها القوامة عليه، أو أنها غير ملزمة بطاعته، أو أن يكون لها أكثر من ضرتها عند القسمة.

فهذه الشروط تناقض مقتضى عقد الزواج، ولذا فهي باطلة باتفاق الفقهاء؛ لأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلا تصح، وصح عقد الزواج مع بطلان هذه الشروط؛ لأنها شروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به.

ب – الشروط التي ورد نهي الشارع عنها:

وهي الشروط التي ورد نهي الشارع عنها بنصوص صريحة، مثل أن تشترط الزوجة طلاق ضرتها لقولهﷺ :(**لَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ وَلَا تَنَاجَشُوا وَلَا يَزِيدَنَّ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ وَلَا يَخْطُبَنَّ عَلَى خِطْبَتِهِ وَلَا تَسْأَلْ الْمَرَأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا لِتَسْتَكْفِئَ إِنَاءَهَا**[2]) .

أو يزوج شخص ابنته أو أخته مثلا لشخص آخر على أن يزوجه هو ابنته أو أخته أو أي امرأة في ولايته ويجعلا صداق هذه بصداق تلك وهو ما يسمى بنكاح الشغار، وكأن يشترط الزوج والزوجة تأقيت النكاح وهو ما يسمى بنكاح المتعة أو النكاح المؤقت، وكأن يتزوج مطلقة ثلاثا بشرط إحلالها لزوجها، وهو ما يسمى بنكاح المحلل لما رواه عقبة بن عامر أنه قال: قال رسول **الله** ﷺ : **"أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ؟ " قَالُوا: بَلَى، يَا رَسُولَ**

---

[1] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، (بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص: فقه وأصوله)، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، نوقشت في2009م، ص 455- 456.

[2] البخاري، الجامع الصحيح. تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج3(ط:1؛ لا.م :دار طوق النجاة، 1422 ه)كتاب الشروط، باب ما لا يجوز في النكاح، رقم: 2723، ص191.

اللَّهِ، قَالَ: "هُوَ الْمُحَلِّلُ، لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ"[1]، فهذه الأنواع من الأنكحة قد وردت نصوص عن الشارع بالنهي عنها، فتكون باطلة بسبب ذلك النهي، بالإضافة إلى أن البعض منها قد اشتمل على ما يناقض مقتضى عقد الزواج، وما يتعارض مع الحكمة من تشريعه[2].

3- الشروط المختلف فيها بين فقهاء الشريعة الإسلامية:

وهي ما عدا الشروط الصحيحة باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية وغير الصحيحة باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية كذلك، وهي التي يشترطها أحد الزوجين على الآخر ولا تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه ولم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، ويكون فيها منفعة للمشترط. كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا ينقلها من دارها أو بلدها، أو ألا يسافر بها إلى بلد آخر، أو أن تشترط عليه خروجها إلى العمل بعد الزواج[3] ،واختلف الفقهاء في مدى صحة هذه الشروط، ومدى إلزامية الوفاء بها على ثلاثة مذاهب:

أ- المذهب الأول: أن هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها، فإن لم يف بها من اشترطت عليه كان من حق المشترط فسخ العقد، وهو مذهب الحنابلة، واستدلوا في ذلك بقوله ﷺ: (**الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**)[4]وقوله ﷺ:(**أحق الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ**)[5]، وهذه الشروط لم تحل حراما أو تحرم حلالا، فتكون صحيحة، والوفاء بها واجب بنص هذا الحديث.

---

[1] أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجة، السنن. تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، أحمد برهوم، ج 3(ط:1؛ لا.م: دار الرسالة العالمية،1430هـ/2009م)،كتاب الطلاق، باب المحلل والمحلل له رقم: 1936، ص118.

[2] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص457 458.

[3] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص458-459 .

[4] البخاري، الجامع الصحيح. المصدر السابق، ج2، باب أجر السمسرة، د.رقم، ص970.

[5] المصدر نفسه، باب الشروط في المهر عند عقد النكاح، رقم:2572، ص 970.

ب- المذهب الثاني: أن هذه الشروط باطلة والعقد صحيح، فبطلانها لا تأثير له في صحة العقد، وعليه فلا يلزم الوفاء بها، وهو مذهب الحنفية والشافعية، واستدلوا على ذلك بما روي عن عائشة رضي الله عنها أن الرسول ﷺ قال:(.... **مَا بَالُ رِجَالٍ مِنْكُمْ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَأَيُّمَا شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ فَقَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ مَا بَالُ رِجَالٍ مِنْكُمْ يَقُولُ أَحَدُهُمْ أَعْتِقْ يَا فُلَانُ وَلِيَ الْوَلَاءُ إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**[1]) .

ج- المذهب الثالث: أن هذه الشروط مكروهة، والوفاء بها غير لازم، بل مستحب، ما لم تقترن بما يستلزم الوفاء بها، كاليمين بالطلاق والعتاق والتمليك والحط من الصداق ونحوه، وهو مذهب المالكية، ومما استدلوا به على قولهم هذا ما روي أن رجلا تزوج امرأة وشرطت عليه ألا يخرجها من دارها، فتخاصما إلى علي كرم الله وجهه فقال:(**شرط الله قبل شرطها**)، ولم يري لها شيئا[2].

وقوله ﷺ:(...**فَأَيُّمَا شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ** ...)

وبعد عرض رأي الفقهاء في الشروط المقترنة بعقد الزواج، يتبين أن المذهب القائل بصحة هذه الشروط ولزومها ووجوب الوفاء بها هو الأقوى كأصل عام، طالما قبلها الطرف الآخر، فإن لم يف بها من اشْتُرِطت عليه، كان من حق المشترط فسخ العقد، ما دام لم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، ولم تكن موافقة لمقتضى عقد الزواج، ولا منافية لمقتضاه.

[1] البخاري، الجامع الصحيح. المصدر السابق، كتاب الشروط، باب المكاتب ومالا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله، ص198.

[2] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص ص459-462.

ثالثا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

لقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الحنابلة، وخالف الفقهاء الآخرين في أصل الاشتراط في عقد الزواج ووجوب الوفاء بالشروط، التي يريانها –الزوج والزوجة– ضرورية في العقد لكونها تعود بمنفعة مقصودة لأحدهما أو كليهما.

الفرع الخامس: التطليق للعيوب

لاشك أن العيوب في أحد الزوجين توهن الحياة الزوجية، وقد تقضي على الألفة بين الزوجين، وهي تؤثر على مقاصد الزواج، وإلزام الزوج والزوجة كلاهما بضرورة إبقاء الزواج قد يكون فيه الإرهاق لهما، فلابد من سبيل إلى الفرقة، ولأن الزوج هو الذي يملك الطلاق، فالقاضي هو الذي يرفع الغبن عن الزوجة في مثل هذه الأحوال[1].

فما هي هذه العيوب التي قد تلجأ الزوجة بسببها لطلب التطليق أمام القضاء؟ وما موقف الفقهاء والقانون الجزائري من التطليق للعيوب؟

أولا: المقصود بالعيوب وأنواعها

سنحاول في هذا الفرع التطرق للعيوب التي من شأنها أن تؤثر على الحياة الزوجية، وتدفع الزوجة لطلب التطليق بسببها وذلك بتبيان ما المقصود بالعيوب (أولا)، وذكر أنواعها (ثانيا).

1– المقصود بالعيوب في اللغة وفي الاصطلاح

أ– تعريف العيوب لغةً: العيوب جمع عيب، والعَيْبُ و العَيْبَة: الوَصمةُ، ويقال عَيَّبَه: أي نسبه إلى العيب، وجعله ذا عيبٍ، ويقال شيء معيب ومعيوبٌ؛ أي فيه عيب.[2]

ب– تعريف العيوب اصطلاحاً: من التعريفات الواردة للعيوب ما يلي:

[1] محمد أحمد سراج، محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة في الإسلام. (لا.ط؛ مصر: دار المطبوعات لجامعية، د.ت)، ص106.

[2] ابن منظور، لسان العرب. المصدر السابق، ص3184.

– هو الرداءة أو النقيصة التي يخلو منها الخلق السليم، أو هو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به نقصا والفطرة الخلقية التي هي أساس الأصل[1].

– هو ما يفوت المستحق بالعقد والمستحق بالعقد عندهم هو الوطء وكل عيب لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر كبير[2].

– هو ما منع الوطء حسا أو طبعا، أو قلل من كمال اللذة، ويشمل في ذلك العيوب الجنسية، والمانع بالطبع هو كل عيب تنفر النفس قربان صاحبه وهو كل عيب معد[3].

هو نقصان بدني أو عقلي، في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة لا استقرار فيها وينفر أحد الزوجين من الآخر[4].

2– أنواع العيوب

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في عدد العيوب، حيث قال المالكية: أنها ثلاثة عشر، وقال الشافعية والحنابلة: أنها سبعة، أما الحنفية فقالوا: إنها علتان فقط وحصروهما بالجُب والعنة، وأضاف البعض الخصاء أيضا.

أما ابن القيم فتوسع إلى أكثر مما ذهب إليه المالكية، حيث قال أن كل عيب ينفر الزوج الآخر ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة، يوجب الخيار، وأن الاقتصار على عيبين، أو ستة، أو سبعة، أو ثمانية، دون ما هو أولى منها أو مساوٍ لها فلا وجه له.

فالعمى والخرس والطرش، وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة، فهو كالمشروط عرفا، وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، لمن

---

[1] محمد بن فراموز بن علي الشهير بالمولى ت885هـ، درر الحكام شرح غرر الأحكام. ج2 (لا.ط؛ لا.م: دار إحياء الكتب العربية، د.ت)، ص160.

[2] علاء الدين الكاساني ت587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. المصدر السابق، ص323.

[3] محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل. ج3(لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت)، ص236.

[4] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري. (ط:1؛ الجزائر: دار الخلدونية، 2009)، ص113.

تزوج امرأة وهو لا يولد له، أخبرها أنه عقيم وخيِّرها، وما ألزم الله ورسوله مغرور قط، ولا مغبونا بما غرر به أو غبن به.

قسم فقهاء الشريعة العيوب من حيث نسبتها إلى الزوجين إلى ثلاثة أقسام:

أ- عيوب خاصة بالرجال: وهذه العيوب هي الجُب[1]، العنة[2]، الخصاء[3].

ب- عيوب خاصة بالنساء:وهي الرتق[4]، القرن[5].

ج- عيوب مشتركة بين الزوجين: وهي الجنون و الجذام[6]و البرص[7].

وبما أننا بصدد دراسة موضوع التطليق، فإننا سنقتصر على دارسة العيوب الخاصة بالرجال ومدى جواز التفريق بسببها.

ثانيا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق للعيوب

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة جواز التفريق للعيوب من عدمه:

فالظاهرية يرون بأن العيوب لا أثر لها على عقد الزواج، ويستوي في ذلك عيوب الرجل وعيوب المرأة، فإذا ما تم عقد الزواج صحيحاً، لا يجوز فسخه بجذام ولا برص ولا جنون ولا

---

[1] المجبوب: هو المقطوع ذكره وأنثياه، ينظر: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي ت422هـ، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: أبو أويس محمد بوخبزة الحسني التطواني. ج1(ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1425هـ/2004 م)، كتاب النكاح وما يتصل به، ص117.

[2] العنين: هو الذي له الذكر لا يتأتى به الجماع مثله لصغره وامتناع تأتي إيلاجه. ينظر: أبو محمد عبد الوهاب، التلقين. المرجع نفسه، ص177.

[3] الخصي: هو المقطوع أنثياه. ينظر أبو محمد عبد الوهاب، التلقين. المرجع السابق، ص117.

[4] الرتق: داء الفرج المانع من وطئها، ويقصد به انسداد مسلك الذكر في الفرج، ويكون باللحم أو العظم. ينظر: أبو محمد عبد الوهاب، التلقين. المرجع نفسه، ص118.

[5]القرن: داء الفرج المانع من وطئها: ويقصد به نمو لحمية في الفرج على شكل قرن، وبذلك لا تصلح للجماع. ينظر: أبو محمد عبد الوهاب، التلقين. المرجع نفسه، ص118.

[6]الجذام: يقصد به علة يحمر بها العضو ثم يتقطع، ثم يسود ثم يتقطع ثم يتناثر، ينظر: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج.ج3(ط:1؛ لا.م: دار الكتب العلمية، 1415هـ/1994م)، ص202.

[7] البرص: داء معروف، بياض شديد يقع في الجسد على شكل بقع، ينظر: ابن منظور، لسان العرب.ج7، المرجع السابق، ص5.

عنة ولا خصاء ولا جُب، فإن وجدت الزوجة بزوجها أحد هذه العيوب، فليس لها الحق في طلب التفريق، سواء كان العيب حادثا قبل العقد أو بعده، وليس على القاضي التفريق بينهما، ولا أن يضرب أجلاً، بل هي امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق[1].

بينما ذهب القاضي شريح[2] وأبو ثور وابن شهاب الزهري[3] إلى جواز التفريق مطلقاً، وأن كل عيب بأحد الزوجين ينفر الآخر منه، ويحول دون المقصود من النكاح، يثبت به حق طلب التفريق من الرجل والمرأة[4].

واختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية لم يقتصر فقط حول جواز التفريق بسبب العيوب وحول العيوب التي يثبت بها حق التفريق، إنما اختلفوا كذلك فيمن يثبت له الحق في التفريق، هل يثبت لكلي الزوجين أم للزوجة فقط؟

المالكية والشافعية والحنابلة ذهبوا إلى جواز التفريق لعيب الرجل والمرأة على سواء، وأن التفريق حق لهما على السواء وأنه عند وجود عيب مماثل أو غير مماثل في الآخر، فإن هذا لا يمنع من حق طلب التفريق الثابت لأحد الزوجين؛ لأن كلا منهما يتضرر بهذه العيوب، أما اللجوء إلى الطلاق فيؤدي إلى الإلزام بكل المهر بعد الدخول وبنصفه قبل الدخول.

وفي التفريق بسبب العيب يعفى الرجل من نصف المهر قبل الدخول، وبعد الدخول لها المسمى بالاتفاق، لكن يرجع الزوج بالمهر بعد الدخول على ولي الزوجة لتدليسه بكتمان

---

[1] محمد أحمد سراج، محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص107.

[2] هو أبو أمية شريح ابن الحارث القاضي ت82هـ، تولى القضاء في عهد علي، وقيل أن الذي استقضاه عمر على قضاء الكوفة، وبقي بالقضاء خمسا وسبعين سنة، ثم استعفي الحجاج فأعفاه الشيرازي، طبقات الفقهاء،ج1، ص80.

[3] محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب ت123هـ، يمتد نسبه إلى لؤي بن غالب من قريش، حافظ زمانه، سمع من بعض الصحابة كابن عمر وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك، وروى عنه خلف كثير/ الذهبي، سير أعلام النبلاء.ج5 ،ص326.

[4] محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي. (ط:1؛مصر: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، 1996م)، ص255.

العيب، ولا سكنى لها ولا نفقة. وقد اختلفوا هؤلاء عن الأحناف في عدم قصر حق التفريق على المرأة وحدها[1].

ويرى الإمام أحمد بن حنبل أنه لا يمكن لامرأة المجبوب أن تطلب التفريق إذا قام بها مانع يمنع مباشرتها كالرتق، كما يشترط الشافعي في امرأة العنين إذا طلبت التفريق أن لا يقوم بها ما يمنع من مباشرتها[2]والفرقة بسبب العيب لا تكون إلا بادعاء صاحب المصلحة و بحكم من القاضي، ولأن الزوجين يختلفان في ادعاء وجود العيب وعدم وجوده، فالقول قول منكر العلم بالعيب مع يمينه في عدم علمه بالعيب؛ لأنه الأصل.

فإن تبين أن الزوج مجبوب، فرق القاضي بين الزوجين في الحال؛ لأنه لا يرجى شفاؤه، فيمهله القاضي سنة كاملة من وقت الخصومة، حتى ولو اعترف أما إذا كان عنيناً أو خصيا بما تدعيه الزوجة، لعله يستطيع الوصول إليها، فإن وصل إليها انتهت الدعوى واستمرت الزوجية، وإلا فرق القاضي بينهما، فقد روي عن عمر بن الخطابﷺ أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها، فأجله حولاً، فلما انقضى الحول ولم يصل إليها خيَّرها فاختارت نفسها، ففرق بينهما وجعلها تطليقة بائنة[3].

وهذه السنة تحتسب قمرية لأنها المعروفة في تقدير الزمن في عهد الصحابة، ويبدأ احتساب السنة من وقت الحكم بالتأجيل[4].

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص485.

[2] محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي. المرجع السابق، ص ص254 -255.

[3] كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير. ج4(ط:1؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 2003م)، كتاب الطلاق، باب العنين وغيره، ص267.

[4] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الخصية، الزواج والطلاق. ج1(لا.ط؛ لبنان: دار النهضة العربية، 1957م)، ص ص436 -437.

وفي رأي الحنفية والحنابلة: إن كانت المرأة ثيباً، فالقول قول الزوج بيمينه؛ لأن الظاهر يشهد له، فإن حلف رفضت دعوى الزوجة، وإن رفض خيَّرها القاضي بين البقاء معه وبين الفرقة، فإن اختارت الفرقة فرق بينهما.

فإن جاءت بعد مضي سنة وطلبت التفريق لعجزه عن الاتصال بها وتم كشفها على امرأة أو امرأتين، وقالتا أنها بكرا خيَّرها القاضي فإن اختارت التفريق فرق بينهما، وإن قررتا أنها ثيب كان القول قول الزوج بيمينه.

أما المالكية فقالوا: أنه إذا ادعى الوطء في مدة السنة، صدق الزوج بيمينه، وإن نكل عن اليمين، حلفت الزوجة أنه لم يطأ، وفرق بينهما قبل تمام السنة إن شاءت[1].

واشترط الفقهاء لثبوت حق التفريق بسبب العيب شرطين، هما:

1– أن لا يكون طالب التفريق عالما بالعيب وقت العقد أو قبله، لأن العلم به في العقد يسقط الحق في طلب التفريق للعيب؛ لأن قبوله التعاقد رغم علمه بالعيب يعد رضا منه بالعيب.

2– أن لا يرضى بالعيب بعد العقد حال إطلاعه عليه، فإن كان طالب التفريق جاهلا بالعيب، ثم بعد العقد علم به ورضي به، سقط حقه في طلب التفريق[2].

لكن إذا حدث العيب بعد الزواج، هل يمكن التفريق في هذه الحالة كذلك؟

ويرى الشافعية والحنابلة أنه يجوز التفريق للعيب سواء كان العيب قائما قبل العقد أو بعده لحصول الضرر به، ولأنه لا خلاص للمرأة إلا بطلب التفريق بخلاف الرجل.

واستثنى الشافعية من العيوب طروء العنة بعد الدخول، فإنها لا تجيز طلب الفسخ لحصول مقصود النكاح، واستيفائها حقها منه بمرة واحدة.

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع سابق، ص489.

[2] المرجع نفسه.

أما الحنفية فقالوا أنه إذا جُبَّ الرجل أو أصبح عنيناً بعد الزواج، وكان قد دخل بزوجته ولو مرة واحدة، لا يحق لها طلب الفسخ، لسقوط حقها بالمرة الواحدة قضاءً.

أما المالكية فقالوا أنه إذا كان العيب بالزوجة فلا يحق للزوج طلب التفريق، أما إذا كان بالزوج فيحق لها طلب التفريق إذا كان هذا العيب جنوناً أو جذاماً أو برصاً، لشدة التأذي بها وعدم الصبر عليها، وليس لها الحق في طلب التفريق للعيوب التناسلية الأخرى من جُبٍ أو عنة أو خصاء[1].

ثالثا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للعيوب

وضع المشرع الجزائري عدة شروط، حتى يمكن أن يكون العيب الموجود بالزوج سببا للتفريق بين الزوجين بناء على طلب الزوجة، تتمثل هذه الشروط في:

1-أن يكون العيب موجودا بالزوج فقط دون الزوجة، لأن العيوب إذا كانت في الزوجة فالزوج يملك طلاقها في أي وقت يريد بإرادته المنفردة.

2- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المرجو من الزواج، أي تمنع الدخول والاستمتاع، أو الأمراض الضارة أو المنفرة التي تعكر صفو الحياة الزوجية القائمة على المودة والألفة.

3- أن لا تكون عالمة بحال زوجها قبل التعاقد، فإن تزوجته وهي تعلم بوجود العيب، سقط حقها في طلب التطليق، لأن زواجها منه حينئذ يعتبر بمثابة رضا منها بالعيب وإسقاطا لحقها في طلب التطليق[2].

4- أن يتم إثبات ما تدعيه الزوجة بكافة وسائل الإثبات بالخبرة أو شهادة الشهود، أو الإقرار أو غيرها.

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق ، ص490.

[2] العربي بلحاج، صور الطلاق قانون الأسرة الجزائري. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المرجع السابق، ص ص570 -571.

فإذا رفعت الزوجة دعوى التطليق لعيب ما بزوجها على المحكمة طبعا أن تتأكد من وجود العيب، وذلك بالاعتماد على أهل الخبرة والعلم، هذا إن لم يكن هناك إقرار من طرف الزوج وبعد التأكد من وجود العيب لا بد من معرفة مدى قابليته للعلاج فإن كان هناك أمل للعلاج، وجب على المرأة أن تنتظر مدة سنة، يمهل فيها القاضي زوجها من أجل العلاج، فإن لم يشفى يقضي القاضي بالتطليق[1].

ورغم أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينص على منح أجل أو مهلة للزوج من أجل العلاج والشفاء من العيب، خاصة إذا كان العيب قابلا للزوال والشفاء، إلا أنه جرى القضاء في الجزائر على منح مثل هذه المدة للزوج وانتظار انتهائها ومدى شفاء الزوج من العيب المثار بسببه دعوى التطليق من طرف زوجته، وما يؤكد ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1984/11/10م حيث جاء فيه: من المقرر في الفقه الإسلامي وكل ما جرى به القضاء؛ أنه إذا كان الزوج عاجزًا عن مباشرة زوجته، يُضرَب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر أن تكون الزوجة أثناء المدة بجانب زوجها وبعد انتهاء هذه المدة، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم لزوجته بالتطليق، وعليه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية[2].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يحدد العيوب التي يمكن لزوجة المصاب بها أن تطلب التطليق على أساسها، وحسنا فعل عندما لم يحددها.

غير أنه لم يتطرق لحالة حدوث العيب بعد الزواج وبعد الدخول بالزوجة، ولم يبين حكم القانون بالنسبة لهذه الحالة.

[1] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم: 34784، الصادر بتاريخ 1984/11/10م، المجلة القضائية، ع1989/03م، ص 73.

[2] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم: 34784، المرجع السابق، ص73.

كذلك ما يعاب على المشرع الجزائري أنه حصر العيوب في تلك العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف المرجو من الزواج، قاصداً بذلك العيوب التناسلية متجاهلا العيوب الأخرى التي قد تنفر الزوجة من زوجها حتى ولو لم تؤثر على الهدف من الزواج، خصوصا إذا كانت تجهلها قبل العقد أو الدخول مثل العرج والعمى وباقي الإعاقات الأخرى.

الفرع السادس: التطليق للضرر المعتبر

قد يقوم الزوج بأفعال تؤذي زوجته، فتسبب لها أضراراً مادية أو معنوية، كضربه لها، أو إجبارها على القيام بما هو محرم شرعاً وقانوناً، فهل تستطيع الزوجة في هذه الحالة أن تدلي بأمرها إلى القاضي لما لحقها من ضرر من زوجها ليحكم لها بالتطليق ؟

هذا ما سنحاول توضيحه من خلال تبيان موقف فقهاء الشريعة الإسلامية، والمشرع الجزائري حول هذه المسألة، إلا أنه يتطلب منا بداية الإشارة إلى المقصود بالضرر، والشروط الواجب توفرها فيه.

أولا: تعريف الضرر والشروط الواجب توافرها فيه

لابد في البداية من تعريف الضرر وتحديد المقصود به الذي يمكن أن يكون سبباً من أسباب التطليق، ثم تحديد الشروط الواجب توافرها في الضرر الذي يكون سبباً من أسباب التطليق.

1- تعريف الضرر في اللغة وفي الاصطلاح

أ- تعريف الضرر لغةً: الضرر من الضَّرِ والضُّر، وهو ضد النفع وسوء الحال[1].

ب- تعريف الضرر اصطلاحا:

هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل، كالشتم المقذع والقبيح المخل بالكرامة، والضرب المبرح، والحمل على فعل ما حرم الله، والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه الشرع ونحوه.[2]

[1] ابن منظور، لسان العرب. المصدر السابق، ص2572.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص495.

وهو: الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة، سواء تعلق ذلك الحق أو المصلحة بسلامة جسده أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك[1].

2- الشروط الواجب توافرها في الضرر

حتى يكون الضرر سببا يمكن للزوجة أن تؤسس طلبها في التطليق أمام القضاء، لابد من توافره على هذه الشروط:

أ- يجب أن يكون الضرر محقق الوقوع[2]؛ أي أن يكون حالا أو وقع فعلا؛ ويقصد بهذا أن لا يكون الضرر احتماليا أو افتراضيا، وشرط تحقق الضرر لا يكون فقط بعد الدخول والبناء، بل يكون كذلك قبل الدخول، وهذا تأسيسا على المذهب المالكي الذي لا يفرق بين المدخول بها، وغير المدخول بها في طلب التفريق للضرر، فتسمع الدعوى في الحالتين.

ب- يشترط في الضرر الموجب للتفريق أن يكون شخصيا، ومقتضى هذا الشرط أن يلحق الضرر بالزوجة شخصيا سواء كان ماديا أو معنويا.

ج- أن يكون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية، بحيث تتوتر العلاقة الزوجية، مما يستتب الخلاف والشقاق بين الزوجين.[3]

ثانيا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق للضرر

لقد اختلف الفقهاء حول جواز التفريق بين للزوجين للضرر بين معارض ومؤيد.فلم يجز الحنفية والشافعية[4] الحنابلة[5] التفريق للشقاق أو للضرر مهما كان شديد لأن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق ،عن طريق رفع الأمر للقاضي، والحكم عن الرجل بالتأديب

---

[1] فريحاوي كمال، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة. (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية) كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001م، ص14.

[2] فريحاوي كمال، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص22.

[3] فريحاوي كمال، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 22.

[4] الشربيني، مغني المحتاج. المصدر السابق، ص344.

[5] ابن قدامة، المغني. المصدر السابق، ص ص262-263.

حتى يرجع عن الأضرار، جاء في مغني المحتاج:"فإن أساء خلقه وآذاها بضرب أو غيره بلا سبب نهاه عن ذلك ولا يعزره، فإن عاد إليه،وطلب تعزيره من القاضي عزره بما يليق به لتعديه عليها ".

بينما ذهب المالكية وأحد قولي الحنابلة إلى جواز التفريق للضرر، واحتجوا على قولهم، بالسنة في قول الرسولﷺ:(**لا ضرر ولا ضرار**)[1]، يرون أنه يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي حتى يحكم بالتفريق بينهما إذا أصابها ضرر من زوجها، كأن يقوم بضربها أو شتمها وسبها أو هجرها أو إكراهها على فعل محرم[2]، أو يفعل بها ما يوجب القصاص لها منه، وكان شريرا يخاف عليها منه إذا اقتصت منه، وليس من الضروري تكرار الضرر حتى يحكم للمرأة بالطلاق، وإنما يكفي حدوث الضرر ولو مرة واحدة[3].

ثالثا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للضرر

أجاز المشرع الجزائري التطليق للضرر في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، منتهجا بذلك ما ذهب إليه المالكية، مستعملا عبارة "كل ضرر معتبر شرعا" وهي عبارة واسعة المدلول إذ تشمل كل أنواع الضرر من ضرر مادي وضرر أدبي، تاركا بذلك السلطة التقديرية الواسعة للقاضي لتقدير الضرر[4]، كما أنه يمكن أن تستغرق هذه العبارة كل أسباب التطليق الأخرى.

ولقد وضع المشرع عدة شروط لابد من توافرها حتى يحكم القاضي بالتطليق للضرر، تتمثل هذه الشروط في:

---

[1] مالك بن أنس، الموطأ. المصدر السابق، رقم: 2758، ص1078.

[2] أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل. ج5(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1995م)، ص270.

[3] محمد سماره، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية. المرجع سابق، ص ص333 - 334.

[4] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص301.

1- أن يقع الضرر من الزوج، أي يصدر من الزوج شخصياً، فإن كان صادرًا مثلا من عائلته فلا يمكن لها طلب التطليق للضرر لأن الضرر لم يصدر من الزوج.

2- أن يكون الزوج متعمدا الإضرار بزوجته، أي يقوم بالإضرار بها بإرادته الكاملة.

3- أن يكون الضرر الذي أصاب الزوجة معتبر شرعاً، دون تحديد نوع معين للضرر[1].

فإذا ما توافرت هذه الشروط وقامت الزوجة بإثبات الضرر، أمكن للقاضي أن يحكم بالتفريق بين الزوجين، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط، أو إن عجزت الزوجة عن إثبات الضرر رفضت دعواها.

نستخلص مما سبق أن الشريعة الإسلامية أعطت للمرأة حق طلب التطليق متى تضررت من معاشرة زوجها وأثبتت هذا الضرر، وقد ساير المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية في حق المرأة لطلب التطليق تاركا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في هذا المجال.

المطلب الثاني: الأسباب التي انفرد بها المشرع الجزائري

للتعرف على الأسباب التي انفرد بها المشرع الجزائري قسمنا هذا المطلب إلى أربعة فروع حيث تطرقنا في (الفرع الأول) إلى التطليق للشقاق المستمر وفي (الفرع الثاني) التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري وفي الفرع الثالث التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة وفي الفرع الرابع التطليق لارتكاب الزوج فاحشة بينة.

الفرع الأول: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

أولا: تعريف الشقاق في اللغة وفي الاصطلاح

1- تعريف الشقاق لغة: المشاقة والشقاق:غلبة العداوة والخلاف،وشاقه مشاقة وشقاقا خالفه[2].

2- تعريف الشقاق اصطلاحا:هو سوء العشرة بين الزوجين واستمرار التنافر بينهما، بسبب من الزوج أومن الزوجة، أو بسببهما معا[1].

[1] محمد سماره، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية. المرجع السابق، ص302.

[2] ابن منظور، لسان العرب. المصدر السابق، ص2301.

أو هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة[2].

بحيث لم تعد الحياة الزوجية معه تستحق أن تحرص الزوجة عليها، لما ينشأ عن ذلك من مفاسد شتى[3].

ويجد الشقاق مصدره في قوله تعالى:﴿**وَإِن خِفتُم شِقَاقَ بَينِهِمَا فَٱبعَثُواْ حَكَما مِّن أَهلِهِۦ وَحَكَما مِّن أَهلِهَا إِن يُرِيدَا إِصلَٰحا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَينَهُمَا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرا**﴾ **[النساء: 35]**.

ثانيا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

يرى الحنفية والشافعية والحنابلة[4] عدم جواز التفريق للشقاق والضرر مهما كان شديداً لأنه دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، والحكم على الرجل بالتأديب حتى يرجع عن الإضرار بها.

أجاز المالكية[5] التفريق للشقاق، حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما وبلاء، لقوله ﷺ: (**لا ضرر ولا ضرار**)[6]، وبناء عليه ترفع المرأة أمرها للقاضي، فإن أثبتت صحة دعواها طلقها منه، وإن عجزت رفضت دعواها، فإن كررت الإدعاء بعث القاضي حكمين، حكما من أهلها وحكما من أهل زوجها، لفعل الأصلح من جمع وصلح أو تفريق بعوض أو بدونه، لقوله تعالى:﴿ **وَإِن خِفتُم شِقَاقَ بَينِهِمَا فَٱبعَثُواْ حَكَما مِّن أَهلِهِۦ وَحَكَما مِّن أَهلِهَا إِن يُرِيدَا إِصلَٰحا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَينَهُمَا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرا**﴾ **[النساء: 35]**.

---

[1] الشربيني، مغني المحتاج. المصدر السابق، ص342.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص495.

[3] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مصر: دار الكتب القانونية، 2009م، ص 120.

[4] الشربيني، مغني المحتاج. المصدر السابق، ص344.

[5] الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته. ج3(ط:1؛ بيروت: الريان للطباعة، 1423هـ/ 2002)، ص12.

[6] مالك بن أنس، الموطأ. المصدر السابق، رقم: 2758، ص1078.

واتفق الفقهاء على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما، واتفقوا على أن قولهما في الجمع نافذ بغير توكيل من الزوجين[1].

واختلف الفقهاء في تفريق الحكمين بين الزوجين إذا اتفقا عليه، إن كان يحتاج إلى إذن من الزوج أم لا؛ فقال الجمهور (الحنفية وأحد قولي الشافعية والحنابلة)؛ يعمل الحكم بتوكيل من الزوج، فليس للحكمين أن يفرقا بين الزوجين دون إذنهما[2].

وقال المالكية: ينفذ قول الحكمين في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما، بدليل ما رواه مالك عن الإمام علي بن أبي طالب ﷺ أنه قال في الحكمين "إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع "[3].

الطلاق الذي يوقعه القاضي بسبب الشقاق طلاق بائن، لأن الضرر لا يزول إلا به.لأنه إذا كان الطلاق رجعيا تمكن الزوج من مراجعة المرأة في العدة، والعودة إلى الضرر[4].

ثالثا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطليق استحدثه المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005م، حيث أمكن للزوجة المتضررة من طول الخصام والشقاق المستمر بينها وبين زوجها وسوء العشرة بينهما أن تلجأ للقضاء وتطلب التطليق[5].

---

[1] أبو الوليد محمد بن أحمد الشهير بابن رشد الحفيد ت595هـ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج2(ط:4؛ مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1395هـ/1975م)، ص99 .

[2] المرجع نفسه.

[3] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد المصدر السابق، ص99.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. مرجع سابق، ص596.

[5] ابن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية. (ط:1؛ الجزائر: دار الخلدونية، 2008م)، ص205.

ومصدر هذه الفقرة المستحدثة هو الاجتهاد القضائي، لاسيما اجتهاد المحكمة العليا والتي جسدت ذلك فعليا في بعض القرارات منها القرار رقم: 224655 الصادر بتاريخ: 15 /06/ 1999م والذي جاء فيه ما يلي: من المستقر عليه قضاءً أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا ومتى تبين –في قضية الحال– أن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج، وأن الزوج هو المسئول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير مسكن منفرد للزوجة؛ مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صريح القانون[1].

فبمجرد رفع دعوى التطليق للشقاق للمرة الثانية بعد رفض الدعوى الأولى لعدم إثبات الضرر، يتعين على القاضي تعيين حكمين من أهل الزوجين وجوبا، بغية التوفيق والإصلاح بينهما وهذا طبقا للفقرة الأولى من المادة 56[2] من ق.أ.ج[3].

الفرع الثاني: التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري

أباحت المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري تعدد الزوجات، لكنها وضعت له قيوداً وألزمت الزوج باحترام هذه القيود، فهل يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لمخالفة زوجها أحكام هذه المادة؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عليه، مبينين في ذلك موقف الفقهاء والمشرع الجزائري حول هذه المسألة.

---

[1] م .ع، غ.أ.ش، ملف رقم: 224655 الصادر بتاريخ: 1999/06/15م ، المجلة القضائية، ع.خ، 2001م، ص 129.

[2] تنص المادة 56 من ق.أ.ج على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي حكمين، حكما من أهل الزوج، وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين.

[3] القانون رقم 84-11المؤرخ في 9رمضان 1404هـ الموافق9 يونيو1984م المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في18 محرم1426هـ الموافق 27فبراير2005م المتضمن قانون الأسرة.

أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق لزواج الزوج من امرأة أخرى

إن الإسلام على خلاف ما يدعيه مهاجموه لم يشرع تعدد الزوجات، ولم ينشئه نظاما جديدا جاء به، وإنما وضع له من الأحكام ما يضبطه ويجعل للمرأة فيه وضع كرامة، فلا تقبل زوجا لا ترضاه، ولا زوجا في عصمته امرأة أخرى[1]، ومشروعية تعدد الزوجات مستمدة من قوله عز وجل﴿ **وَإِن خِفتُم أَلَّا تُقسِطُواْ فِي ٱلۡيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَاءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ فَإِن خِفتُم أَلَّا تَعدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَو مَا مَلَكَت أَيۡمَٰنُكُم ذَٰلِكَ أَدنَىٰ أَلَّا تَعُولُواْ**﴾ **[النساء: 3]**، ورغم إلزام الزوج بالعدل بين زوجاته، قد لا يتمكن من ذلك، وهذا الأمر شائع الحدوث، فالرسول ﷺ مثلا حين كان يقسم بين زوجاته أمهات المؤمنين، كان يقول: «**اللَّهُمَّ هَذِهِ قِسْمَتِي فِيمَا أَمْلِكُ، فَلَا تَلُمْنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ**»[2]، فالعدل بين الزوجات وما يسببه انعدامه من ضرر لإحدى الزوجات هو أساس طلب التطليق من الزوجة المضرورة.

ويرى الإمام مالك فإنه يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي وتطلب التطليق إذا ما أصابها ضرر جراء زواج زوجها من امرأة أخرى[3]؛ أي التطليق للضرر الناتج عن عدم العدل بين الزوجات، وليس لتعدد الزوجات.

ثانيا: موقف قانون الأسرة من التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري.

من خلال المادة 08 [1]من ق.أ.ج نستخلص عدة شروط لابد من توافرها لتعدد الزوجات وهي:

---

[1] أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مصر: دار الكتب القانونية، 2004م، ص266.

[2] محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترمذي، الجامع الصحيح سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون. ج3(لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت)، باب التسوية بين الضرائر، رقم:1140،ص446.

[3] أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، المرجع السابق، ص 282.

1- وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى، والمشرع الجزائري في هذا الصدد لم يوضح ما هو المبرر الشرعي مما يجعل الأمر موكولا إلى الاجتهاد القضائي لتعريف هذه العبارة، فقد تكون المبررات الشرعية كمرض الزوجة الأولى أو عقمها، أو وجود الزوج خارج القطر لمدة طويلة، وعدم استطاعته على جلب زوجته الأولى وأبنائه منها إلى المكان الذي يوجد فيه.[2]

2- ضرورة توفر شروط ونية العدل بين الزوجات، والملاحظ أن المشرع الجزائري استعمل عبارة "شرط ونية العدل" دون أن يوضح ما المقصود بشرط ونية العدل، ولعلها تفيد في مرحلة أولى شروط العدل المادي أي كل زوجة تتمتع ماديا بما تتمتع به الأخرى من مستوى في السكن والإنفاق واللباس، والمأكل وغيرها، وأما نية العدل فهي بطبيعة الأمر موكولة إلى ضمير الزوج المقدم على الزواج ثانية وهو أمر مستبعد مبدئياً، إذ أن الزوجة الثانية عادة ما تحضا بمعاملة أحسن من الزوجة الأولى، وغالبا ما يفشل الزوج في العدل بين زوجاته خاصة من ناحية العواطف[3]، وهذا ما نجده في قوله عز وجل:﴿ **وَلَن تَستَطِيعُواْ أَن تَعدِلُواْ بَينَ ٱلنِّسَاءِ وَلَو حَرَصتُم فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلمَيلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلمُعَلَّقَةِ وَإِن تُصلِحُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورا رَّحِيما**﴾ **[النساء: 129]**.

---

[1] تنص المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:"يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي، وتوفرت شروط ونية العدل.-ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي هو مقبل على الزواج بها، أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.-يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما، وأثبت الزوج المبرر الشرعي، وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

[2] عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون/ 84 11قانون الأسرة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، ع: 41، 2003م، ص94.

[3] عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 94.

3- إخبار الزوجة التي هي في عصمته برغبته في الزواج بأخرى، وكذلك إخبار المرأة التي ينوي العقد عليها والزواج منها بأن في عصمته زوجة أخرى، فإن تخلف هذا الشرط جاز للزوجتين السابقة واللاحقة أن تطلب التطليق بناءً على غش الزوج لهما أو لإحداهما.

4- وجوب تقديم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية، وعلى القاضي أن يتأكد من موافقة الزوجة السابقة والمرأة المقدم على الزواج منها، وكذا من توفر المبرر الشرعي وقدرة الزوج على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية فإذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول[1].

لكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه رغم تشديده على ضرورة حصول الزوج على ترخيص بالزواج من القاضي بعد موافقة زوجته السابقة والزوجة اللاحقة في حالة التعدد؛ إلا أنه يمكن تفادي هذا الشرط والزواج من جديد دون الحصول على ترخيص بذلك عن طريق الزواج العرفي، فقد يلجأ الزوج المقبل على الزواج ثانية إلى الزواج العرفي فيتزوج ثانية زواجا عرفيا ثم يطلب تثبيته أمام المحكمة وما على القاضي سوى الحكم بتثبيته حتى ولو لم توافق الزوجة الأولى والزوجة اللاحقة، أو تعلما حتى.

نستخلص أن المشرع الجزائري لم يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية في التعدد من حيث المبدأ مع مخالفتها من حيث الشروط.

الفرع الثالث: التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة

قد يرتكب الزوج بعض الجرائم التي تمس بشرف العائلة، وتشوه سمعتها، ويعاقب عليها قانوناً مما قد يلحق الضرر بزوجته، لاسيما إذا حكم عليه بالسجن لسنوات طوال، فهل يمكن للزوجة هنا أن تطلب التطليق بمجرد الحكم على زوجها في جريمة ما، بغض النظر عن نوع الجريمة المرتكبة أو نوع العقوبة المحكوم بها حتى؟

[1] طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص123.

وهذا ما سنحاول التعرف عليه من خلال التعرض لموقف الفقهاء والمشرع الجزائري من هذه المسألة.

أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى جواز التطليق بسبب الحكم على الزوج بالحبس، فمنهم من أجاز ذلك ومنهم من لم يجز ذلك.

يرى الحنفية والشافعية أنه لا يفرق بين الزوج وزوجته بسبب حبسه مهما طال، والمالكية و الحنابلة الذين يرون التفريق لغيبة الزوج لم يصرح بالتفريق لحبس الزوج[1].

ولم يصرح بذلك إلا بن تيمية من الحنابلة في فتاويه فيقول في باب عشرة النساء:"القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما مما يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود".

ولكن المذهب المالكي صرح بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق لأن مناط التفريق عندهم هو بعد الزوج عن زوجته سواء كان باختياره أو قهرا عنه كما في الأسير؛ لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد، وهذا المعنى متحقق في زوجة المحبوس[2].

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة

في البداية تجدر الإشارة إلى أن المادة 4/53 من قانون الأسرة الجزائري تم تعديلها بموجب الأمر رقم 05/02 حيث كانت تنص قبل التعديل على: "يجوز للزوجة أن تطلب

[1] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام. "دراسة مقارنة" بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون (ط:4؛ الإسكندرية: الدار الجامعية، 1983م)، ص613.

[2] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام. المرجع السابق، ص613.

التطليق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"[1].

حيث قام بحذف "العقوبة الشائنة"، كما قام بحذف العبارة الدالة على تحديد مدة العقوبة "أكثر من سنة"، واكتفى بالنص على الآتي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق:

4/53 في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،".

وبتحليل نص المادة4/53 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري وضع عدة شروط حتى تقبل دعوى التطليق ويحكم للزوجة بالتطليق، تتمثل هذه الشروط في:

1- يجب أن يصدر ضد الزوج حكم في جريمة معينة، حائز لقوة الشيء المقضي فيه، بحيث يصبح غير قابل للطعن فيه لا بالطرق العادية ولا الطرق غير العادية[2].

ولا يهم ما نوع العقوبة المحكوم بها على الزوج، إذ قد تكون عقوبة سالبة للحرية كالسجن أو الحبس، كما قد تكون عقوبة غير سالبة للحرية مثل الغرامة، فالمشرع لم يحدد نوع العقوبة إن كانت سالبة للحرية أم لا، مثل ما كان منصوص عليه في المادة 4/53من قانون الأسرة قبل التعديل الأخير، التي كانت توجب كشرط للحكم بالتطليق أن يصدر ضد الزوج حكم بجريمة معينة بالحبس لمدة أكثر من سنة، فالمشرع حدد مدة العقوبة بسنة فأكثر، فإن كانت مدة العقوبة أقل من سنة؛ لا يجوز الحكم بالتطليق في هذه الحالة، وبموجب التعديل الأخير لم يشترط المشرع نوع العقوبة إن كانت سالبة للحرية أم لا كما لم يحدد مدتها.

2- أن تكون الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، أي أن تكون الأفعال التي ارتكبها الزوج من تلك التي تمس شرف الأسرة وسمعتها.

---

[1] القانون رقم84-11المؤرخ ف09رمضان1404هـ الموافق9 يونيو1984م.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. (ط:3؛ الجزائر: دار هومة، 1996م)، ص 266.

والإشكال الذي يثار هو ما هي الجرائم الماسة بشرف الأسرة؟ فعبارة "شرف الأسرة " واسعة المدلول، ويمكن أن يندرج تحتها الجرائم الأخلاقية كالاغتصاب وهتك العرض مثلا، ولعل هذا ما كان يقصده المشرع من خلال عبارة: "جريمة ماسة بشرف الأسرة"[1]، وقد صنفت الجرائم التي تمس بشرف الأسرة في قانون العقوبات الجزائري[2].

ولقد أحسن المشرع حين تدارك الوضع وعدل هذه الفقرة بإزالة وحذف عبارة "عقوبة شائنة"، حيث أنه كان قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005م، يصف العقوبة التي يحكم بها القاضي على الزوج بالشائنة، تاركا الفعل المرتكب من قبل الزوج، وكان الأجدر به أن يصف الفعل المرتكب من الزوج لا العقوبة التي يحكم بها القاضي.

3– أن تستحيل مع هذه الجريمة مواصلة العشرة والحياة الزوجية، فتتغير العلاقة بين الزوجين وتتوتر بسبب هذا الحكم، ويتحول الحب والمودة إلى بغض وكراهية، وتستحكم الخلافات الحادة بينهما، فيستحيل استمرار الحياة بينهما[3].

فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعة، جاز للقاضي أن يحكم بالتطليق.

نلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية نظروا لهذا السبب من جهة البعد والغيبة عن الزوجة في حين أن المشرع نظر إلى الفعل المجرّم، ومن جهة أخرى نستخلص أن المشرع الجزائري وافق جمهور الفقهاء في اعتبار هذا السبب موجبا للتطليق.

---

[1] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص199 .

[2] ينظر: قانون العقوبات الجزائري الفصل الثاني (من المادة 304-382مكرر). امر رقم 156/66المؤرخ في 08يونيو 1966م يتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم، لاسيما بالقانون 14-01المؤرخ في 2014م. وهنالك تعديل جديد لقانون العقوبات 2017م وفي 2020م.

[3] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص267.

الفرع الرابع: التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبيّنة

قد يرتكب الزوج جريمة من الجرائم، يُعاقب عليها قانوناً تلحق بزوجته أضرارا مادية كانت أم معنوية، وقد يرتكب أيضاً أفعالاً توصف شرعاً بأنّها فاحشة مبيّنة، فهل يمكن للزوجة أن تطلب التطليق لإتيان زوجها فاحشة مبيّنة؟

وهذا ما سنكتشفه من خلال التعرض بداية لمدلول الفاحشة المبيّنة، وتبيين موقف كل من الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري من التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبيّنة.

أولا: المقصود بالفاحشة المبيّنة في اللغة وفي الاصطلاح

1- تعريف الفاحشة المبينة لغة: الفحش والفحشاء والفاحشة، هو ما عظم من الأفعال والأقوال، كما يقصد بها القبيح من الأفعال والأقوال[1].

2- تعريف الفاحشة المبينة اصطلاحا: من الصعب تحديد ما هي الأفعال التي توصف بالفاحشة المبيّنة؛ غير أنّه وردت عدة آيات في القرآن الكريم تصور الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك والأنظمة إخلالا كبيرا كالزنا لقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَقرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلا**﴾ **[الإسراء: 32]**، ينصرف الذهن عند ذكر عبارة فاحشة مبيّنة إلى الزنا مباشرة.

غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية حين تصنيفهم للفاحشة المبيّنة؛ قالوا أنّ الفاحشة في مدلولها الشرعي لا تنحصر فقط في جريمة الزنا، إنما تتعداها إلى الجرائم التي أقرّ لها الشارع الحكيم عقوبات محددة ومعينة تسمى الحدود، ومن هذه الجرائم بالإضافة إلى الزنا: القذف، السرقة، الردة وغيرها، وهي أيضا تسمى بالفواحش[2].

[1] ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ص 3355.

[2] ديابي: باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر.(لا.ط؛ الجزائر: دار الهدى، 2007م)، ص48.

ثانيا: موقف قانون الأسرة الجزائري من التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة

أجاز المشرع الجزائري للزوجة حسب المادة53 من قانون الأسرة، أن تطلب التطليق إذا ارتكب زوجها فاحشة مبينة، غير أن هذه الفقرة لم تحدد المقصود بالفاحشة المبينة، فقد تنصرف إلى الخيانة الزوجية أو الجرائم الأخلاقية، فمصطلح الفاحشة جاء بصيغة النكرة في هذه الفقرة، لذلك لابد من إحالتها إلى الشريعة الإسلامية والتي فصلت في ذلك على النحو السابق ذكره[1].

وحتى تقبل دعوى التطليق في هذه الحالة، لابد من توافر شروط معينة، تتمثل هذه الشروط في:

1– أن يكون هذا الفعل الذي ارتكبه الزوج مخلاً بالحياء والآداب العامة، أي كل فعل منافٍ لمبادئنا الإسلامية ويعتبر فاحشة ومن الكبائر.

ولقد نص المشرع الجزائري عليها –الفاحشة– في فقرة خاصة بها، وذلك لما لمثل هذه الأفعال من تأثير على الزوجة وعلى كيان الأسرة ككل وتعريضها للتصدع والتفكك.

2– يجب أن يكون هذا الفعل قد ارتكب من طرف الزوج، كما يجب أن تكون العلاقة القائمة بين الزوجة طالبة التطليق والزوج مرتكب الفاحشة المبينة، أساسها عقد زواج صحيح شرعاً وقانوناً، أي مستوفٍ لكل أركانه وشروطه الشرعية والقانونية، ولا يزال قائماً إلى حين رفع دعوى التطليق، فلا تقبل دعواها إذا كان الزواج باطلا[2]، فإن عجزت الزوجة عن إثبات الضرر الذي لحقها جراء ارتكاب زوجها الفاحشة رغم توافر الشروط السالفة الذكر، فإن

[1] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 205.

[2] نعيمة زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005م، ص141.

دعواها قد ترفض، وهذا طبعا راجع للسلطة التقديرية للقاضي ومدى اقتناعه بما قدم إليه من وثائق تثبت دعواها.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يبين إذا ما كان الأمر يتطلب صدور حكم بالإدانة بالفاحشة المبينة التي ارتكبها الزوج حتى يحكم بالتطليق وفقا للمادة 53 ق.أ.ج، أم يكفي اكتشاف الزوجة ارتكاب زوجها الفاحشة، خاصة أن عبء الإثبات يقع على الزوجة[1]، وخصوصاً إذا كان هذا الفعل هو الزنا، فالمشرع لم يحدد الطرق والوسائل التي تثبت بها الزوجة ارتكاب زوجها فاحشة الزنا، أي هل تقبل دعواها دون تطبيق القاعدة الشرعية الواردة في قوله تعالى﴿ **وَٱلَّذِينَ يَرمُونَ ٱلمُحصَنَٰتِ ثُمَّ لَم يَأتُواْ بِأَربَعَةِ شُهَدَاءَ فَٱجلِدُوهُم ثَمَٰنِينَ جَلدَة وَلَا تَقبَلُواْ لَهُم شَهَٰدَةً أَبَدا وَأُوْلَٰئِكَ هُمُ ٱلفَٰسِقُونَ**﴾ **[النور: 4]**، أم أنه يجب عليها أن تأتي بأربع شهود[2].

نستخلص مما سبق أن المشرع الجزائري اعتبر الفاحشة المبيّنة سببا في طلب الزوجة للتطليق وقد أحال تصنيف هذه الفاحشة للشريعة الإسلامية.

[1] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 205.

[2] نعيمة زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون. المرجع السابق، ص ص140 -141.

الفصل الثاني

الإجراءات والآثار المترتبة عن التطليق بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

لقد نظم الشارع الحكيم كل أنواع العقود التي تبرم بين البشر أدق تنظيم، وأمرنا بالوفاء بها، بأحسن تبيين في كتابه المبين بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ **[المائدة:1]** ويأتي على رأس هذه العقود عقد النكاح؛ حيث عبر عنه بالميثاق الغليظ، لما له من أهمية بالغة وآثار عميقة كالميراث والنسب، وغيرها.

إلا أنه قد تعترض هذا العقد الذي نظم الحياة الزوجية بعض المشاكل التي تحول دون استمرار هذه العلاقة، مما يستدعي فكها بإحدى وسائل الانفصال، نذكر منها بوجه الخصوص (التطليق محل الدراسة).

وقد تضمن هذا الفصل مبحثين، الأول منهما الإجراءات الشكلية للتقاضي في دعوى التطليق، والثاني تناول الآثار المترتبة عن التطليق

المبحث الأول: الإجراءات الشكلية للتقاضي في دعوى التطليق

تضمّن قانون الأسرة الجزائري القواعد الأساسية لبناء هيكل الأسرة (بيان أحكام الزواج والطلاق وحقوق وواجبات الزوجين وحقوق الأولاد والوالدين)، ولكنه لم يتضمن الإجراءات التي تحدد طريق الوصول إلى مثل هذه الحقوق وضمان القيام بهذه الواجبات إلا في حالات قليلة جدا، مما يجعلنا نستأنس بقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فلكي تكون دعوى التطليق ذات قيمة شرعية قانونية ومستوفية لشروطها لا بد من إتباع قواعد الإجراءات الأساسية لرفع الدعوى، وسنتطرق في هذا المبحث، إلى طرق رفع دعوى التطليق في المطلب الأول، ومراحل سير الدعوى في المطلب الثاني.

المطلب الأول: رفع دعوى التطليق

سنحاول في هذا المطلب بيان طرق رفع الدعوى إلى المحكمة، في (الفرع الأول) والشروط اللازمة في قبول الدعوى، في (الفرع الثاني)، وجهة إصدار الحكم بالتفريق المتمثلة في الاختصاص النوعي والإقليمي، في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: طرق رفع الدعوى إلى المحكمة

تنص المادة 14[1] من ق. إ.م.إ[2] بأنه: ترفع الدعوى إلى المحكمة إما بإيداع عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله، ومؤرخة وموقعة منه لدى مكتب الضبط، وإما بحضور المدعي أمام المحكمة، وفي الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع، تقيد الدعاوى المرفوعة إلى

[1] المادة 14من ق.إ.م.إ: ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف.

[2] قانون رقم 08-09المؤرخ في 18صفر عام 1429هـ الموافق 25فبراير2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المحكمة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية وتاريخ الجلسة.

من تحليل نص هذه المادة يتضح لنا أن هناك طريقتان لرفع دعوى التطليق وإقامتها أمام المحكمة وهما:

الطريقة الأولى: رفع الدعوى بواسطة طلب مكتوب يتقدم به المدعي إلى المحكمة يطلب منها أن تحكم له بالرجوع أو الطلاق أو النفقة أو الحضانة أو بغير ذلك[1]، ويشترط في العريضة أن تكون طلبا مكتوبا على نسختين يحتوي علي البيانات اللازمة وعلى الأدلة و الوثائق التي تؤكد الطلب، وتشتمل على تاريخ اليوم التي حررت فيه، وموقعة من طرف المدعي[2].

الطريقة الثانية: رفع الدعوى بواسطة تصريح شفهي أمام المحكمة، وهنا يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع، ويصبح هذا المحضر وثيقة رسمية تقوم مقام العريضة المكتوبة[3].

وخلاصة القول أنه: لرفع الدعوى لدى المحكمة على المدعي أن يتقدم بطلب مكتوب إلى المحكمة، أو بواسطة تصريح شفهي أمام المحكمة.

الفرع الثاني: شروط قبول دعوى التطليق

من ق.إ.م.إ نصت المادة 13 "على عدم جواز رفع دعوى أمام القضاء من شخص لم تتوفر لديه المصلحة والصفة"[4]، انطلاقا من هذا النص يتبين لنا أنه لقبول الدعوى لا بد أن يتوفر شرطين وهما المصلحة والصفة، فما المقصود بهما؟

---

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص341.

[2] المرجع نفسه، ص342.

[3] المرجع نفسه.

[4] المادة 13من ق.إ.م.إ: لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون؛ يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه؛ كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون.

أولا: الصفة

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا للصفة، حيث نص فقط عليها كشرط لقبول الدعوى، لكنها تعتبر تبريرا للمصلحة الشخصية المباشرة وتكون في صاحب الحق أو من يقوم مقامه قانونا أو قضاء أو اتفاقا كالولي أو الوصي أو الوكيل أي ممثله[1].

فالصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء، وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي[2]، والصفة بهذا المعنى تنطبق على الزوج أو الزوجة نفسهما أو أحد ممثلهما قانونا كالمحامي والولي أو الوصي، وأن يتمتع بأهلية التقاضي؛ أي يكون متمتعا بسن الرشد المدني وهو 19سنة، ومتمتعا أيضا بقواه العقلية وغير محجوز عليه[3].

وعليه فإن فقدان شرط الصفة سيؤدي حتما إلى الحكم بعدم قبول الدعوى، كما يجب أن يكون هناك نسخة من عقد الزواج، وأن يقدمها المدعي إلى المحكمة رفقة عريضة افتتاح دعوى، و إذا لم يقدم هذه النسخة فإن المحكمة ستحكم حتما بعدم قبول الدعوى[4].

ثانيا: المصلحة

تعرف المصلحة بأنها المنفعة أو الفائدة التي تعود للمدعي من الحكم له بما طلبه، وهذا لا يعني الحكم لصالحه فقد يحكم لغير صالحه ورغم ذلك فالمصلحة متوفرة، لأن مسألة القبول سابقة على الفصل في موضوع الدعوى[5]، وتقتضي في المدعي والمدعى عليه والمتدخل في

---

[1] محمد إبراهيمي، الوجيز في شرح الإجراءات المدنية. ديوان المطبوعات الجامعية، ج1(ط:3، الجزائر: لا.ن، 2006م)، ص ص27-26.

[2] عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (ط:2، الجزائر: منشورات بغدادي، 2009م)، ص34.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص342.

[4] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. المرجع السابق، ص ص229 – 230.

[5] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. (ط:3، الجزائر: دار هومة، 1996م)، ص330.

الخصام توافر المصلحة كما تفترضه المقولة الشهيرة "**لا دعوى بدون مصلحة**"[1]؛ أي أن الالتجاء إلى القضاء يحقق فائدة حماية مشروعة[2].

ويجب أن تكون قانونية وشرعية، و أنها تستند على القانون، وأن يكون النزاع المعروض للفصل فيه قد نشأ حقا وقد اعتدى عليه بالفعل[3].

وعليه فإن المصلحة في مجال فك الرابطة الزوجية هو أن يكون الهدف من إقامة الدعوى من الزوجة ضد الزوج هو الحصول على حكم يضمن حماية مصلحة شرعية وإقرارها، لأن عدم توفر شرط المصلحة يؤدي حتما إلى عدم قبول الدعوى[4].

وفي نهاية هذا الفرع نلاحظ أنه يشترط في المدعي لقبول دعواه توفر شرطي الصفة والمصلحة.

الفرع الثالث: جهة إصدار الحكم بالتطليق

تنظر المحكمة في جميع القضايا المرفوعة إليها، بما فيها قضايا شؤون الأسرة، وتتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع وهذا ما جاء به ق.إ.م.إ. الجديد حسب المادة 32 منه، وعليه يمكن تحديد الاختصاص النوعي والإقليمي كالآتي:

أولا: الاختصاص النوعي

يقصد بالاختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها في نوع محدد من الدعاوى[5]، ويستند الاختصاص بالنسبة لقسم شؤون الأسرة إلى مضمون ق.أ.ج الذي يضبط جانب الموضوع المتعلق بقضايا شؤون الأسرة، فيما ينظم قانون الإجراءات الشكل الإجرائي، حيث ذكرت المادة 423 من ق.إ.م.إ. دعاوى انحلال الرابطة الزوجية وتوابعها في

[1] عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. المرجع السابق، ص66.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص342.

[3] محمد إبراهيمي، الوجيز في شرح الإجراءات المدنية والادارية. المرجع السابق، ص ص23-26.

[4] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. المرجع السابق، ص329.

[5] عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. المرجع السابق، ص74.

فقرتها الأولى، بالإضافة إلى الدعاوى الأخرى، وهي دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة، ودعاوى إثبات الزواج والنسب ودعاوى متعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم، باعتبارها أهم الدعاوى التي يرفعها القضاة[1].

ثانيا: الاختصاص الإقليمي

الاختصاص الإقليمي هو: ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي[2]؛ حيث حددت المادة 426 من ق.إ.م.إ. الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة لقولها:" تكون المحكمة مختصة إقليميا ... 03- في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي..." ، وذلك بمسكن الزوج[3].

ووفق ما رأينا في هذا الفرع يتبين لنا أنه تتم جدولة قضايا شؤون الأسرة المرفوعة إلى المحكمة، أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع محددة حسب الاختصاص النوعي والإقليمي.

المطلب الثاني: مراحل سير دعوى التطليق

يجب على الزوجة في طلب التطليق كأول إجراء: أن تقدم عريضة افتتاح دعوى التطليق مكتوبة على نسختين كتابة واضحة وسليمة من الأخطاء تذكر فيها وباختصار ما يطلب الحكم به وأسباب طلبها، وتشير إلى الحجج والأدلة وكل الوثائق التي تؤكد وتؤيد طلبها، كما يجب أن تشير فيها إلى اسمها ولقبها و عنوانها ومهنتها وإلى اسم ولقب وعنوان ومهنة خصمها الذي هو الزوج، ثم تضع عليه تاريخ اليوم الذي حررت به وقدمته إلى مكتب الضبط مع توقيعها، وتسلمه مباشرة إلى رئيس مكتب الضبط بالمحكمة المختصة مرفقا بوصل الرسوم القضائية[4].

---

[1] عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية. المرجع السابق، ص ص228- 229.

[2] المرجع نفسه، ص83.

[3] المرجع نفسه، ص329.

[4] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد. المرجع السابق، ص327 .

نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن ترفع الدعوى إلى القضاء طبقا لنص المادة14 بورقة تسمى "**عريضة افتتاح دعوى**"وهذه العريضة تودع لدى المحكمة من طرف المدعي أو وكيله أو محاميه[1].

الفرع الأول: إجراءات الصلح والتحكيم من منظور المشرع الجزائري ومنظور الشريعة الإسلامية

إجراءات الصلح والتحكيم في قضايا الأحوال الشخصية هي من الإجراءات الهامة والأولية التي يجب على القاضي القيام بها بصفة إجبارية قبل النطق بالطلاق[2].

ولقد خص المشرع الجزائري مرحلة الصلح بعناية كبيرة لما لها من أهمية بالغة على الأسرة، فالصلح باعتباره آلية اجتماعية لفض النزاع والأزمات التي تزعزع كيان الأسرة، على هذا الأساس وانطلاقا من تعاليم ديننا الحنيف نص قانون إ.م.إ. بأن الصلح وجوبي وفرض على القاضي إتباع إجراءات معينة لنجاحه، كما سمح للقاضي وتطبيقا لما جاء في قانون الأسرة بتعيين حكمين لمحاولة فض النزاع.

أولا: إجراءات الصلح: سنتطرق إلى إجراءات الصلح من المنظور الشرعي أولا ثم من منظور المشرع الجزائري ثانيا.

1- الصلح من المنظور الشرعي

أ- تعريف الصلح: ولمعرفة مدلول الصلح يتعين تعريفه وبيان الحكمة منه، وذكر أنواعه.

- تعريف الصلح لغة: (صلح) الصلاح ضد الفساد صلح يصلح ويصلح صلاحا وصلوحا وهو صالح والجمع صلحاء، والإصلاح نقيض الإفساد وأصلح الشيء بعد فساده أقامه والصلح تصالح القوم بينهم والصلح السلم[1].

[1] فريجه حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ديوان المطبوعات الجامعية، 2010م، ص17.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص356 .

– تعريف الصلح شرعا: عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ومثار الفتن[2].

وهو: عقد وضع لرفع المنازعة[3].

ب– مشروعية الصلح: الصلح بين الناس مندوب، ويستمد مشروعيته من قوله تعالى: ﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ** ﴾ **[النساء : 128]** وقال ﷺ: (**الصلح جائز بين المسلمين**)[4] وقال عمر رضي الله عنه: "ردوا الخصوم كي يصطلحوا."

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: أجود ما يكون الصلح عن إنكار لأن الحاجة إلى جوازه أمس؛ لأن الصلح لقطع المنازعات وإطفاء الثائرات[5].

ج– حكمته: الحفاظ على المودة والألفة بين المسلمين، ونبذ التفرقة واستئصال أسبابها المؤدية إليها[6].

د– أنواع الصلح: يكون الصلح بين مسلمين وأهل حرب بعقد الذمة أو الهدنة أو الأمان، وبين أهل بغي وأهل عدل، وبين زوجين إذا خيف الشقاق بينهما أو خافت المرأة إعراض زوجها عنها، وبين متخاصمين في غير مال، وبين متخاصمين في المال[7].

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ص516.

[2] عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار. المرجع السابق، ص5.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص168.

[4] أبو بكر البيهقي ت458هـ، السنن الكبرى. تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج6 (ط:3؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ /2003م)، كتاب الصلح، رقم: 11153، ص105.

[5] عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، المرجع السابق، ص5.

[6] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص170.

[7] المرجع نفسه.

2- موقف المشرع الجزائري من الصلح

نص المشرع الجزائري في المادة 49 من ق.أ.ج بأنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"[1]، ويتضح من هذا النص أنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر بحكم من القضاء، وأن محاولة الصلح أصبح إجراء إجباري يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق، وإذا لم يتم هذا الإجراء فإن الحكم الصادر بالطلاق يكون معيبا[2].

تتم محاولة الصلح تحت مراقبة القاضي وبجلسات سرية وهي وجوبية وهذا ما نصت عليه المادة 439 من ق.إ.م.إ. بقولها: "محاولة الصلح وجوبية و تتم في جلسة سرية" وكذا تكون في تاريخ محدد نص المادة 440 من ق.إ.م.إ حيث يقوم القاضي بسماع الزوجين كل واحد على انفراد و دون حضور الوكالة أو المحامين و بحضور كاتب الضبط، ثم يستمع إليهما مجتمعين لمواجهة أقوالهما و محاولة تقريب مواقفهما، و يلجأ إلى حضور أحد الأقارب للمشاركة في محاولة الصلح إذا طلب منه ذلك الزوجين، و هذا الطلب المشترك يعني أن لهذا الشخص مكانة لدى الزوجين قد تساهم في تجاوز الأزمة[3].

فحضور الغير في جلسة الصلح هو أمر مستحدث بموجب القانون الجديد بناء على تدخل لجنة الشؤون القانونية والإدارية أو لحريات حيث استبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة نظرا لخصوصية النزاع وسريته وحساسيته لمراعاة تقاليد الأسرة الجزائرية[4].

وقد نصت المادة 442 من ق.إ.م.إ. على أنه: "يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب

---

[1] الأمر رقم05 -02، المؤرخ في 27 فبراير2005 م، والمتضمن قانون الأسرة.

[2] عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. المرجع السابق، ص343.

[3] القانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008/2/25م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4] المرجع نفسه.

أمر غير قابل لأي طعن في جميع الحالات، يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح 03 أشهر من تاريخ رفع الدعوى".

ويؤخذ عن ذلك بعين الاعتبار ما تم الاتفاق عليه من طرف الزوجين، ويمكن للقاضي في هذه المرحلة والى حين صدور الحكم في الموضوع تعديل أو إلغاء هذه التدابير في حالة ظهور واقعة جديدة بأمر غير قابل للطعن. فإذا توصل القاضي إلى الصلح بين الزوجين يقوم أمين الضبط بتحرير محضر يوقعه مع القاضي والزوجين ويوضع بأمانة الضبط، وهذا المحضر سند تنفيذي.

وهذا ما نصت عليه المادة 443 من ق.إ.م.إ[1].

وفي حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين رغم مهلة التفكير الممنوحة لهما، فيشرع القاضي في مناقشة القضية المعروضة.

وفي حالة غياب أحد الزوجين عن جلسة الصلح لاستحالة الحضور أو المانع، أمكن القاضي تأجيلها إلى موعد أو ندب قاض آخر لسماعه في إطار إنابة قضائية، أما إذا تم تكليف الزوج شخصيا وغاب عن الجلسة دون تقديم عذر مقبول يحرر القاضي محضرا عن ذلك[2].

قد صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا تعتبر فيها أن إجراء الصلح هو إجراء وجوبي ولابد من القيام به، ويترتب عدم القيام به خطأ في تطبيق القانون، منها قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1991/06/18م الذي جاء فيه أنه: " **من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم عدة محاولات صلح من طرف القاضي ثم فإن القضاة إن حكموا بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق هذا القانون**".

[1] عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. المرجع السابق، ص344.

[2] المرجع نفسه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون[1].

نستخلص أن كلا من الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري قد أوليا عملية إجراء الصلح أهمية كبيرة وقد شدد المشرع الجزائري في هذا الجانب.

ثانيا: التحكيم: بيانا لهذا الإجراء ارتأينا أن نلقي عليه نظرة شرعية، وأخرى قانونية، ثم نجري مقارنة بينهما.

1- التحكيم من المنظور الشرعي

أ- تعريف التحكيم: لبيان المقصود من التحكيم يتعين علينا تعريفه، وذكر شروط الحكمين وسلطتهما.

- تعريف التحكيم لغة: حكم حكما، صار حكيما، أحكم الفرس، حكمه ويقال أحكم فلانا عن الأمر، والتجارب فلانا جعلته حكيما والشيء والأمر أتقنه، احتكم الشيء والأمر، توثق وصار محكما والخصمان إلى الحاكم رفعا خصومتهما إليه وفي الشيء والأمر تصرف فيه كما يشاء يقال احتكم في مال فلان واحتكم في أمره[2].

تحاكما احتكما، استحكم الشيء والأمر احتكم وفلان صار حكيما وتناهى عما يضره وعليه الشيء التبس يقال استحكم عليه الكلام[3].

---

[1] قرار المحكمة العليا، رقم 75141، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ1991/06/18م، المجلة القضائية لسنة1992م، ع1، ص75.

[2] إبراهيم مصطفى. أحمد الزيات. حامد عبد القادر. محمد النجار، المعجم الوسيط. مرجع سابق، ص190.

[3] المرجع نفسه، ص190.

– تعريف التحكيم اصطلاحا هو:

* تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما[1].

* تحكيم الخصمين شخصا من الرعية دون القاضي وإذا حكّم خصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض جازَ [2].

* أن يختار أطراف الخصومة طرفا ثالثا بتراضيهما ليفصل في النزاع القائم بينهما طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية[3].

ب– إرسال الحكمين: إذا ادعى كل من الزوجين ظلم صاحبه ولا بينة لهما، رفع الأمر إلى القاضي لتوجيه حكمين إليهما، حكماً من أهله وحكماً من أهلها، للإصلاح أو التفريق[4].

والتحكيم مشروع من قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾ **[النساء: 35]**، ومن قوله تعالى: ﴿**فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا**﴾ **[النساء: 65]**.

واختلف أهل التأويل في المقصود في المخاطبين في هذه الآية من المأمور ببعث الحكمين؟ فقال بعضهم: المأمور بذلك السلطان الذي يرفع إليه ذالك ...، وقال آخرون المأمور بذلك الرجل والمرأة[1].

---

[1] علاء الدين الحصكفي ت1088هـ، الدر المختار في شرح تنوير الأبصار. ج5(لا. ط؛ بيروت: دار الفكر، 1386هـ) فرع في الأشباه والمنظومة المحبية، ص428.

[2] أبو الحسن الماوردي ت450هـ، الحاوي الكبير. ج16(لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت) مستوى باب ما على القاضي في الخصوم والشهود، ص648.

[3] محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري. المعدل بالأمر05-02، المرجع السابق، ص263.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص324.

واتفق الجمهور من العلماء على أن المخاطب بقوله تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ** ﴾ الحكام والأمراء...، وقيل المراد الزوجان...، وقيل الخطاب للأولياء[2].

والراجح أن الخطاب موجه للحكام ومن ينوبهم من القضاة وغيرهم؛ لأنهم هم الذين بإمكانهم إزالة الشقاق بما يرونه مناسبا وإلزام الزوجين به.

وهذا ما عليه الجمهور كما قال القرطبي[3].

ج- الشروط الواجب توفرها في الحكمين: أن يكونا حران مسلمان ذكران عدلان مكلفان فقيهان عالمان بالجمع والتفريق؛ لأن التحكيم يفتقر إلى الرأي والنظر، ويجوز أن يكونا من غير أهلهما، والأولى أن يكونا من غير أهلهما؛ لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم ولا الوكالة.

وينبغي لهما أن ينويا الإصلاح، وأن يلطفا القول، وأن ينصفا، ويرغبا ويخوفا، ولا يخصا بذلك أحد الزوجين دون الآخر، ليكون أقرب للتوفيق بينهما[4].

د- سلطة الحكمين في التطليق: نرى أن الفقهاء في حق الحكمين في التفريق، على قولين:

- القول الأول: يجوز لهما التفريق لكونهما مبعوثين من قبل القاضي فلهما حرية اتخاذ ما يريانه مناسبا، إما الإصلاح أو التفريق لقوله تعالى: ﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ **[البقرة: 229]**، وقوله تعالى: ﴿**وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا**﴾ **[النساء:** 130]، وبه قال المالكية [5].

---

[1] أبو جعفر محمد جرير الطبري ت 310هـ، جامع البيان عن تأويل آي القرآن. ج4(لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت)، ص45.

[2] أبو عبد الله محمد القرطبي، ت671هـ، الجامع لأحكام القرآن. ج2(لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت)، ص175.

[3] عبد المومن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي. مرجع سابق، ص117.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص324.

[5] أبو وليد سليمان الباجي ت 494هـ، المنتقي شرح موطأ مالك. تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا. ج5 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م)، ص ص404-405.

– القول الثاني: لا يجوز لهما التفريق لكونهما وكيلين عن الزوجين إلا بوكالة من الزوجين؛ لأن الطلاق إلى الزوج وبذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا بإذنهما فمهمتهما الإصلاح فحسب، وبه قال الحنفية[1] وهو قول للشافعية[2] ورواية عن أحمد[3].

2– موقف المشرع الجزائري من التحكيم

خص المشرع الجزائري ندب الحكمين للإصلاح بين الزوجين في حالة تفاقم الخصام بينهما مالم يثبت الضرر، طبقا للمادة 56 من ق.أ.ج التي نصت على أنه: "**إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين**[4]" وهذا ما نصت عليه المادة 446 من ق.إ.م.إ : "**إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة أجاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة**".

ويتم التحكيم تحت مراقبة القاضي الذي يطلعه الحكمان على ما يعترض مهمتهما من إشكالات، يحرر الحكمان محضرا عن الصلح الذي يتم بين الزوجين ويصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن[5]، وهذا ما نصت عليه المادة 448 من ق.إ.م.إ.

كما يجوز للقاضي إنهاء مهمة الحكمين تلقائيا إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة بموجب نص المادة 448 من ق.إ.م.إ.

---

[1] الجصاص، أحكام القرآن. ج2 (لا.ط؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1986م)، ص191.

[2] الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي. المصدر السابق، ص488.

[3] ابن قدامه، المغني. شرح مختصر الخرقي، المصدر السابق، ص264.

[4] الأمر رقم05 –02 ، المؤرخ في 27 فبراير2005م، والمتضمن قانون الأسرة.

[5] عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. المرجع السابق، ص344.

– حيث يفهم من هذه النصوص أن المشرع الجزائري لا يلجأ إلى ندب الحكمين إلا في حالة تفاقم الخصام وعدم تبين الضرر، على خلاف ما هو ثابت شرعا من أن ندب الحكمين يكون لمجرد خوف الشقاق، منعا لاستمراره وتفاقمه كوسيلة ناجعة لإعادة الأمر إلى ما كان عليه، ولمعرفة الطرف المسيء من المتضرر من ثم تكون مهمة الحكمين الأساسية هي الإصلاح لا مجرد معرفة الضرر للمتضرر للحكم له بالتعويض[1].

مما تم بيانه نستخلص أن الشريعة الإسلامية اتفقت مع المشرع الجزائري في ندب الحكمين، واختلفت معه في أسبقية توظيفهما.

الفرع الثاني: طبيعة الأحكام الصادرة عن التطليق

الأصل أن جميع الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم بصفة ابتدائية، قابلة للاستئناف طبقا لنص المادة الثالثة من ق.إ.م.إ. إلا ما استثني بنص خاص.

وقد جاء في نص المادة 57 من ق.أ.ج. أن أحكام الطلاق لا يقبل الطعن فيها بالاستئناف أمام المجالس القضائية إلا في جوانبها المادية لكنها لم تنص على أنها تصدر نهائية[2].

ولقد اختلفت آراء ووجهات نظر رجال القانون في هذا النوع من الأحكام، بينما ينادي الثاني بقابليتها له، ولكل فريق منهما حججه وأسانيده وذلك ما سنستعرضه تباعا فيما يلي[3]:

أولا: عدم جواز الطعن بالاستئناف

أخذ أصحاب هذا الاتجاه بحرفية نص المادة 57 من ق.أ.ج، و بذلك فهم لا يجيزون استئناف الأحكام القضائية الصادرة بالتفريق، ولا يفرقون بين الأحكام الصادرة بالطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة ولا بالطلاق بالتراضي بين الزوجين ولا بالتطليق بطلب من الزوجة، و

[1] محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري. المعدل بالأمر05-02، المرجع السابق، ص ص260-261.

[2] الأمر رقم05 -02، المؤرخ في 27 فبراير 2005م، والمتضمن قانون الأسرة.

[3] منصوري نورة، التطليق والخلع في الشريعة الإسلامية. المرجع السابق، ص73.

جعلوها غير قابلة للاستئناف[1]، مستندين في ذلك على المادة 48 من ق.أ.ج التي نصت على أن الطلاق حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي بين الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين53 ، 54 من نفس القانون.

ولهذا الرأي ما يدعمه في اجتهاد المحكمة العليا، إذ صدر عنها عدة قرارات في هذا المضمار والإطار اعتبرت فيها الأحكام في التطليق غير قابلة للاستئناف، وذلك عندما قبلت للطعن فيها بالنقض مباشرة علما أن الطعن بالنقض لا يجوز إلا في الأحكام الصادرة عن المحاكم ابتدائيا ونهائيا تبعا لما تقضي به المادة 231 من ق.إ.م.إ وما قبول المحكمة العليا للطعن بالنقض مباشرة في أحكام التطليق سوى دليلا يؤكد على أنها تعتبرها أحكاما نهائية[2].

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 1998/07/21م تحت رقم: 98-2001م والذي جاء فيه عن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست الإجراءات الجوهرية، وأن لفظ الطلاق أو التطليق يصدر دائما نهائيا". وهو الاتجاه الذي تبناه قضاة محكمة مقر مجلس بسيدي بلعباس ويتبين ذلك من خلال الفصل في قضايا التطليق من بينها:

الحكم الصادر بتاريخ 2004/09/29م والذي قضى نهائيا بتطليق المدعية من المدعى عليه جاء فيه: "حيث ثبت للمحكمة من خلال موضوع المطالبة القضائية التي عجز فيها المدعى عليه عن إثبات قيامه بواجباته الزوجية المتمثلة في الإنفاق على زوجته ورعايتها خلال فترة فراره من الالتزام العسكري، فإنه و أمام غيابه عن جلسة الصلح التي من خلالها أعلنت المدعية عن رغبتها في التطليق بسبب غياب الزوج عنها مدة ثلاثة سنوات وثمانية أشهر و ذلك منذ فراره من الجيش الشعبي الوطني الذي كان عضوا كطيار وأنه تم القبض عليه في الفترة الأخيرة، فإنه يتفحص أوراق الملف لاسيما طلب الشطب من السجلات و التي ثبت من خلالها الإجراء

[1] منصوري نورة، التطليق والخلع في الشريعة الإسلامية. المرجع السابق، ص73.

[2] المرجع نفسه.

التأديبي الذي تعرض إليه المدعى عليه بسبب فراره لمدة طويلة منذ 2000/05/30م، وأن المدعية قدمت دليلا قاطعا على ثبوت غياب الزوج عنها مدة طويلة تجاوزت الثلاث سنوات فإنه يتعين الاستجابة لطلبها الرامي إلى التطليق لتأسيسه قانونا[1].

ثانيا: جواز الطعن بالاستئناف

يرى أنصار هذا الاتجاه أن أحكام التطليق قابلة للطعن فيها بالاستئناف لاعتبار هذا الأخير، أحد طرق الطعن العادية في الأحكام القضائية، والذي يعد مبدأ أساسيا من المبادئ التي يقوم عليها النظام القضائي الجزائري ألا وهو مبدأ التقاضي على درجتين[2].

فالقاعدة العامة أن جميع الدعاوى ترفع أمام محكمة الدرجة الأولى وجميع أحكامها تكون ابتدائية ومن ثم قابليتها للاستئناف أمام المجالس القضائية إلا ما استثني بنص خاص وتلك هي القاعدة المكرسة بمقتضى المادة 03 من ق.إ.م.إ.

وبرروا ذلك بأن إنهاء الرابطة الزوجية بالتطليق يعد من صلب عمل القاضي، وبذلك فهو عمل قضائي بحيث يختلف في التقدير من قاض إلى آخر، ولذلك وجبت رقابته من طرف قضاة الاستئناف على هذا الأساس اعتبروا أحكام التطليق قابلة للاستئناف[3].

وبذلك فالأحكام القاضية بحل الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة وبناء على معيار التمييز بين الطلاق والفسخ هي أحكام بالفسخ وبالتالي لا يمكن أن تدخل تحت نص خاص، ومن ثمة تسترجع القاعدة العامة سلطتها وتصبح الأحكام الفاصلة في مسألة التطليق قابلة للاستئناف[4].

---

[1] قرار المحكمة العليا، رقم98-2001م، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ 1998/07/21م.

[2] منصوري نورة، التطليق والخلع في الشريعة الإسلامية. المرجع السابق، ص75.

[3] المرجع نفسه، ص76.

[4] المرجع نفسه.

وقد صدر في هذا الإطار القرار عن المحكمة العليا بتاريخ: 1993/04/27م برفض الطعن بالنقض في القرار الصادر عن مجلس قضاء بسكرة في: 1990/06/16م والذي صرح بإلغاء الحكم المستأنف فيه والقضاء من جديد بالتطليق وقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "فالقضاء بالتطليق عن طريق المجلس المندرج في اختصاصه ذلك أن المادة 57 من ق.أ.ج لا تجيز الاستئناف في الأحكام بالطلاق والحكم المستأنف لم يقض بالطلاق وإنما بالتطليق".

وانطلاقا مما سبق واستنادا إلى المادة 57 من ق.أ.ج الآتي نصها: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية"، وعلى هذا الأساس يمكن القول أن أحكام التطليق غير قابلة للاستئناف[1].

ومنه نستخلص أن المشرع الجزائري توافق والفقه الإسلامي في الحكم الصادر عن التطليق، وأحقية الزوجة في طلب التعويض.

[1] الأمر رقم05 -02، المؤرخ في 27 فبراير2005م. والمتضمن قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: الآثار الناتجة عن التطليق بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

بمجرد صدور الحكم الذي يقضي بالتطليق ينتهي عقد الزواج وتنتهي معه أمورا عدة وسلطات كان يملكها الزوجين على بعضهما، فالتطليق إنهاء للحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين، غير أنه يترتب على ذلك آثار منها: ما هو منوط بالزوجة كالعدة والنفقة..، ومنها ما هو منوط بالأولاد كالحق في النسب والحضانة...، ولدراسة هذه الآثار قسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول خاص بالآثار المتعلقة بالزوجة والمطلب الثاني خاص بالآثار المتعلقة بالأولاد.

المطلب الأول: الآثار المترتبة عن التطليق والمتعلقة بالمرأة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

يترتب عن التطليق آثار شرعية وقانونية، لابد أن يلتزم بها كل من الزوجين، ولمعرفة هذه الالتزامات قسمنا هذا المطلب إلى أربعة فروع، (الفرع الأول) تضمن واجب العدة، و(الفرع الثاني) الحق في النفقة، (والفرع الثالث) الحق في متاع البيت، أما (الفرع الرابع) فقد تطرقنا فيه إلى الحق في التعويض.

الفرع الأول: واجب العدة

بعد أن يفارق الزوج زوجته بأي نوع من أنواع الفرقة سواء كانت وفاة أو طلاقا، فإن عرى الزوجية لا تفصم من كل الالتزامات بمجرد وقوعها؛ بل تنتظر الزوجة المطلقة أو المتوفى زوجها فترة زمنية معينة لا تتزوج ولا تخطب، حتى تنقضي هذه الفترة التي بينها الشرع وحددها المشرع والتي سميت بالعدة[1].

[1] محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة. (ط:1؛ مراكش: المطبعة والوراقة الوطنية زنقة أبو عبيدة 2010م)، ص157.

أولا: العدة من المنظور الشرعي

1- تعريف العدة

أ- تعريف العدة لغة: مصدر عدّ وهو: الإحصاء والحسب[1]، يقال عددت الشيء؛ أي أحصيته.

ب- تعريف العدة اصطلاحا: عرف الفقهاء العدة تعريفات مختلفة منها:

- العدة عند الحنفية: اسم لأجل ضرب لانقضاء من بقي من آثار النكاح، وكذلك عرفها في تعريف آخر مدة محددة شرعا لانقضاء ما بقي من آثار الزواج[2].

- العدة عند الجمهور: مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها. أو للتعبد، أو لتفجعها على زوجها[3].

ويلاحظ أن جميع تعريفات الفقهاء متقاربة والاختلاف بينها لفظي لا يؤدي إلى الاختلاف في المعنى المقصود من العدة، ولكن يبقى تعريف الحنفية هو التعريف الجامع المانع[4].

2- مشروعية العدة: اتفق الفقهاء على مشروعية العدة ووجوبها على المرأة عند وجود سببها واستدلوا على ذلك من قوله تعالى: ﴿**لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ**﴾، **[البقرة: 226]**، وقوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا**﴾ **[البقرة: 234]**.

---

[1] ابن منظور، لسان العرب. المصدر السابق، ص864.

[2] علاء الدين الكاساني ت587، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج7 (لا.ط؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1982م)، ص190.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. مرجع سابق، ص589.

[4] ليلى حسن محمد الزوبعي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية. (ط: 2؛ الأردن: مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، 2000م)، ص29.

3- الحكمة من مشروعية العدة

أ- القصد منها تحقق براءة رحم المطلقة، من حمل المطلق.

ب- انتظار الزوج لعله أن يرجع. فبراءة الرحم تحصل بحيضة أو طهر واحد، وما زاد عليه تمديد في المدة انتظارا للرجعة[1].

ج- إمهال الزوجين مدة من الزمن لكي يستطيعان مراجعة نفسيهما فيمهل الزوج مراجعة نفسه في إرجاع مطلقته وإمهال الزوجة أيضا مراجعة نفسها والمقارنة بين الحياة مع الزوجة وبين البعد عنها[2]. وذلك يتجلى من خلال قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا**﴾، **[الطلاق: 1]**.

د- التنويه بفخامة أمر النكاح واحترامه وتعظيمه[3]، بانتظار طويل، ولولا ذلك لكان بمنزلة لعب الصبيان يُنظم ثم ينفك بسرعة.

4- أنواع العدة: للعدة ثلاثة أنواع هي:

أ_ عدّة الإقراء(الحيض): واختلف العلماء في المراد من القروء، والذي عليه فقهاء المدينة، وجمهور أهل الأثر أنّ القرء: هو الطهر، وهذا قول عائشة وزيد بن ثابت، وابن عمر وجماعة من الصحابة من فقهاء المدينة ومالك، والشافعي في أوضح كلامه، وابن حنبل.

والمراد به الطهر الواقع بين دمين، وقال علي وعمر وابن مسعود وأبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى: إنه الحيض، وعن الشافعي في أحد قوليه أنه الطهر المتنقل منه إلى الحيض، وهو

---

[1] محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير. المرجع السابق، ص372.

[2] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية. المرجع السابق، ص35.

[3] المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري. (لا.ط؛ الجزائر: دار هومه للطباعة والنشر، 2010م)، ص39.

وفاق لما فسر به أبو عبيدة، وليس هو بمخالف لقول الجمهور: إنّ القرء الطهر، فلا وجه لعدة قولا ثالثا[1].

ب- عدة الأشهر: وتعتد بها من ليست من ذوات الحيض أو كانت يائسة فإنها تعتد بثلاثة أشهر[2]، ودليله قوله تعالي:﴿**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: 4]**،كما تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام متى كانت غير حامل وقت وفاة زوجها[3]، ودليله قوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾، [البقرة: 234]**.

ج- عدة وضع الحمل: وأولات الأحمال أجلهن أي منتهى عدتهن أن يضعن حملهن ولو نحو مضغة وعلقة ولا فرق في ذلك بين أن يكن مطلقات أو متوفى عنهن أزواجهن كما روي عن عمر وابنه فقد أخرج مالك والشافعي وعبد الرزاق وابن أبي شيبة وابن المنذر عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل فقال : إذا وضعت حملها فقد حلت[4]،
ودليله قوله تعالى: ﴿**وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، [الطلاق: 4]**.

[1] محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير. المرجع السابق، ص372.

[2] المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص211.

[3] المرجع نفسه، ص212.

[4] محمود الألوسي أبو الفضل ت1270هـ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني. ج28(لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي: د.ت)، ص137.

ثانيا: العدة من منظور المشرع الجزائري

سن المشرع الجزائري على العدة كأول أثر من آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني المعنون بـ "**انحلال الزواج.**"

وقد اتجه المشرع عندنا الاتجاه الغالب في الشريعة الإسلامية في تحديده لأنواع العدة على النحو التالي:

1- لا عدة على المطلقة غير المدخول بها.

2- عدة اليائس من المحيض ثلاثة أشهر.

3- عدة المطلقة الغير حامل ثلاث قروء.

4- عدة الحامل وضع حملها سواء كانت في طلاق أو وفاة.

5- عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا.

6- عدة زوجة المفقود أربعة أشهر وعشرا.

وقد نص المشرع الجزائري على هذه النقاط في كل من المواد التالية فالمادة 58 من ق.أ.ج نصت على ما يلي: "**تعتد المطلقة المدخول بها الغير حامل بثلاث قروء واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق**".

وفي المادة 56 قانون الأسرة الجزائري نص المشرع على أنه" **تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده** [1]".والمادة 60 ق. أ. ج تنص على "**عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشر أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة**".

[1] المادة 56 من الأمر رقم05-02 المؤرخ في18محرم1426الموافق 27فبراير2005م، والمتضمن قانون الأسرة.

نستخلص مما سبق: إن وجوب العدة من الثوابت الشرعية التي لا يجوز للمرأة ترك العمل بها، لأنها ثبتت بالنصوص الصحيحة والصريحة، لأن العدة هي حق لله بالأول لا يملك الزوج أو الزوجة إسقاطها، وقد جاء موقف المشرع الجزائري موافقا للشريعة الإسلامية في أحكام العدة.

الفرع الثاني: الحق في النفقة

يلتزم المطلق بالإنفاق على مطلقته وأولاده بعد فك الرابطة الزوجية وفقا للحالات المنصوص عليها شرعا وقانونا، وللإلمام بالموضوع يتعين أولا تحديد مفهوم النفقة، ثم أنواع النفقة.

أولا: نفقة المرأة من منظور الشرع

لقد سبق وأن تكلمنا عن مفهوم النفقة في الفصل الأول، وعليه نكتفي بالبحث في موضوع نفقة المرأة؛ حيث تجب نفقة المعتدة بقول الفقهاء:

1- رأي الحنفية: ولكل مطلقة بثلاث أو واحدة السكنى والنفقة ما دامت في العدة أما المطلقة الرجعية فلأنها في بيته منكوحة له كما كانت من قبل وإنما أشرف النكاح على الزوال عند انقضاء العدة وذلك غير مسقط للنفقة كما لو آل منها أو علق طلاقها بمضي شهر فأما المبتوتة فلها النفقة والسكنى ما دامت في العدة عندنا[1].

2- رأي الجمهور غير الحنفية: سبب وجوب النفقة هو الزوجية وهو كونها زوجة للرجل، ورتبوا عليه أنه تجب النفقة للمطلقة طلاقاً رجعياً، أو بائناً وهي حامل، لبقاء حق الزوج، أما المبتوتة إذا كانت حاملاً، فلها عند المالكية والشافعية السكنى، ولا نفقة لها لزوال النكاح بالإبانة، وكان ينبغي ألا نفقة للمبتوتة ولا سكنى لها، لكن ترك القياس بالنص القرآني:

[1] شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط. المصدر السابق، ص361.

﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ﴾ **[الطلاق: 6]**، والتزم الحنابلة في أنه لا نفقة لها ولا سكنى[1].

ثانيا: نفقة المرأة من منظور المشرع الجزائري

تثبت النفقة للمرأة بعد الحكم بالتطليق وتشمل نفقة العدة ونفقة الإهمال.

1- نفقة الإهمال

تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة[2]، وبالرجوع إلى نص المادة 80 من ق،أ،ج نجدها صريحة وواضحة في أن الزوجة تستحق النفقة من يوم رفع الدعوى أمام القضاء و ذالك كأصل عام[3]، واستثناء يجوز للقاضي أن يحكم لها بهذا الحق لمدة سنة قبل رفع الدعوى و ذلك إذا أثبتت الزوجة عدم أداء الزوج لالتزاماته وإهماله لها خلال تلك المدة[4].

وضع المشرع هذا الاستثناء مراعاة للحالات العديدة التي يغادر فيها أحد الزوجين لبيت الزوجية وتدوم فيها الفرقة بينهما مدة زمنية في المطالبة القضائية بالطلاق دون أن يلتزم الزوج بالإنفاق على زوجته، فالنفقة واجبة على الزوج إلى حين يفصل القاضي بالتطليق[5].

2- نفقة العدة

تستحق المعتدة من طلاق بعد الدخول النفقة أثناء مدة عدتها[6]، وتختلف أحكامها فيما إذا كان الطلاق رجعيا[7] أو بائنا[1].

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص105.

[2] وهو ما تضمنته المادة 74 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون.

[3] نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية. (مذكرة لنيل شهادة الماجستير)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2000م، ص246.

[4] عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة. (لا.ط؛ الجزائر: منشورات ثالة،2007)، ص117.

[5] المرجع نفسه.

[6] سعد فضيل، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص363 .

[7] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق. المرجع السابق، ص314.

أ- نفقة المعتدة من طلاق رجعي

تجب النفقة للمعتدة في عدة الطلاق الرجعي وهو ما اتفق عليه الفقهاء، ذلك لأنه في مدة العدة تبقى المطلقة يحكم الزوجة لقوله تعالى: ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ**﴾ **[البقرة: 228]**

من خلال استقراء أحكام قانون الأسرة يتبين أن المشرع لم ينص صراحة على الطلاق الرجعي ولكنه من خلال نص المادة 50 من قانون الأسرة فقد أجاز للزوج أن يرجع زوجته أثناء محاولة الصلح دون عقد جديد، وعليه فإنه أثناء سير دعوى الطلاق وخلال فترة إجراء القاضي لمحاولة الصلح بين الزوجين التي لا تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى فالزوجة تستحق النفقة طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.

ب- نفقة المعتدة من طلاق بائن

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة نفقة المعتدة من طلاق بائن فمنهم من قال بوجوب النفقة والسكن لها، مثلها مثل المعتدة من طلاق رجعي، أنها تعد في بيت الزوجية ومنهم من قال بوجوب المسكن للمطلقة دون النفقة إلا أن تكون حاملا، إلا أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الفقهاء بوجوب النفقة وهو ما أخذ به المشرع الجزائري[2].

نص المشرع الجزائري صراحة من خلال المادة 61 من قانون الأسرة على أن الزوجة المطلقة لا تخرج من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها ولها الحق في النفقة في عدة طلاقها[3].

---

[1] طارق آل سالم بن أنور، الواضح في أحكام الطلاق. (لا. ط؛ مصر: دار الإيمان، 2004م)، ص ص74-77.

[2] سمية عبد العزيز، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص196.

[3] المرجع نفسه.

ج- نفقة الأولاد

يلزم الأب بالإنفاق على أولاده وفق ما جاء في نص المادة 75 من قانون الأسرة أنه: **تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط عنه بالكسب"**

من خلال نص المادة 75 من قانون الأسرة يتبين أن المشرع الجزائري لم يفرق بين نفقة الولد في حالة قيام الرابطة الزوجية بين أبويه ونفقته في حال انحلالها، مما يستدعي تطبيق المادة في الحالتين[1]، ويستخلص من خلالها أنه يشترط لاستحقاق الولد النفقة توفر مجموعة من الشروط وهي:

- أن يثبت نسب الولد إلى أبيه لكي يلزم الأب بالنفقة عليه، ويكفي تقديم وثائق الحالة المدنية سيما شهادة الميلاد التي تحدد هوية الوالدين وكذا البطاقة العائلية للحالة المدنية لإثبات ذلك، وفي حالة وجود نزاع بشأنه فلابد من إثبات النسب بموجب حكم قضائي.

تجدر الملاحظة أنه في حالة تكفل أحد الزوجين بطفل ومن ثم تم فك الرابطة الزوجية بينهما فإن التزام الكفيل بالإنفاق على الولد المكفول يخضع لأحكام المادة 116 من قانون الأسرة[2] وليس نص المادة 75 من ذات القانون، وقد أصدرت المحكمة العليا قرار بتاريخ 2013/06/13م جاء فيه: **نفقة الطفل المكفول يحملها بعد الطلاق الشخص الكافل المذكور في عقد الكفالة وليس الزوج المطلق، ولا تأخذ المحكمة بالاتفاق الحاصل بين الطرفين على إسناد كفالة المكفول للمطلقة وإنفاق المطلق عليه**[3].

---

[1] صورية غربي، حماية الحقوق المالية للقصر في قانون الأسرة الجزائري. (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015م، ص48.

[2] تنص المادة 116 من قانون الأسرة:" **الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي**".

[3] م.ع.غ.أ.ش ملف رقم 0813942، مجلة المحكمة العليا، ع:01، 2014م، ص309.

– ألاّ يكون لهذا الولد مال، أما إذا كان للولد مال كاف لتوفير حاجياته ومتطلباته فإن حقه في النفقة من مال أبيه سيسقط ويصبح من واجبه هو أن ينفق على نفسه من المال الذي في ذمته، وذلك وفقا للقاعدة التي تقضي نفقة الشخص في ماله أولا ويشترط في مال الصغير أن يكون حاضرا في يد وليه وليس محل نزاع أو مالا غائبا وإلا كانت النفقة على الأب حتى يحضر مال الصغير[1].

– يجب على الأب أن ينفق على أولاده خلال المدة المحددة قانونا كأصل عام، فإن نفقة الذكر تسقط ببلوغه 19 سنة والبنت بزواجها والدخول بها[2]، ولكن قد تظل مستمرة رغم بلوغ الذكر19 سنة إذا كان الطفل مصابا بآفة عقلية أو بدنية تحول دون تمكنه من كسب رزقه كما قد ينشغل بالدراسة في هذه الحالات الأب يبقى ملزما بالإنفاق عليه رغم أنه تجاوز السن القانونية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد تسقط النفقة قبل بلوغه لهذه السن، فقد يتمكن الولد من الحصول على عمل قبل أن يبلغ من العمر 19 سنة وبالتالي فإن النفقة يكون قد استغنى عنها بالكسب[3].

– يشترط في المنفق أن يكون ميسور الحال، فإذا كان الأب عاجزا عن الإنفاق على أولاده يسقط التزامه بأداء النفقة وهذا ما تنص عليه المادة 76 من قانون الأسرة[4]، وقد أصدرت المحكمة العليا قرارا في: 2004/1/21م جاء في معرض تأسيسه أن الأولاد إن لم يكن لهم مال، ولما ثبت ذلك، فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله، وأن شهادة عدم العمل

---

[1] نشيده مداني هجيرة، حقوق الطفل بن الشريعة والقانون. (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص)، كلية الحقوق، الجزائر، 2012م، ص145.

[2] تجدر الملاحظة أن المشرع وبموجب نص المادة 75 من قانون الأسرة أكد أن نفقة الإناث تستمر إلى غاية الدخول، وعليه فإن عقد زواج البنت لا يكون مسقطا للنفقة إذا ثبت عدم الدخول بها وأنها بقيت ببيت أهلها.

[3] نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية. المرجع السابق، ص320.

[4] تنص المادة 76 من قانون الأسرة على أن: "**في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك**".

بأجر التي يتذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأم الحاضنة لا تملك حق التنازل عن نفقة الأولاد[1].

وعليه إذا قدم الأب الدليل عن عجزه في الإنفاق على أولاده، فإن التزام النفقة ينتقل إلى الأم، بشرط أن تكون هذه الأخيرة قادرة على ذلك[2].

أما فيما يتعلق بتحديد مبلغ النفقة المستحقة فإنه يخضع لتقدير القاضي، الذي يراعي في ذلك حال الطرفين وظروفهما المعيشية، ولا يراجع تقديرها إلا بعد مرور سنة من الحكم، حسب المادة 79 من قانون الأسرة[3].

ومنه نستخلص أن نفقة المعتدة والولد حق ثابت بالنصوص الشرعية والقانونية.

الفرع الثالث: الحق من متاع بيت الزوجية

من الطبيعي أن المعيشة المشتركة ما بين الزوجين، تستلزم توفير وسائل العيش اللازمة من أثاث وأدوات منزلية، وقيام كل واحد منهما بواجباته اتجاه الآخر، طبقا لما بينته الشريعة الإسلامية ونص عليه المشرع، ولكن عند حدوث الانفصال بين الزوجين قد يحدث بينهما نزاع حول متاع البيت، فكيف يضمن للمرأة حقها؟

وقبل الإجابة على هذا الإشكال يتوجب علينا التطرق إلى مفهوم متاع البيت.

أولا: تعريف متاع البيت

1- **تعريف متاع البيت لغة:** هو كل شيء ينتفع به ويتبلغ به ويتزود و الفناء يأتي عليه[4].

2- **تعريف متاع البيت اصطلاحا:** المتاع هو أثاث المنزل وفراشه، وأدوات بيت الزوجية[1]، أو المتاع هو ما ينتفع به في بيت الزوجية، ويشمل ذلك الجهاز وغيره من أثاث البيت، و الأدوات المنزلية[2].

---

[1] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية. المرجع السابق، ص86.

[2] نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية. المرجع السابق، ص316.

[3] أمر رقم 66/156 مؤرخ في 8 جوان 1966م، يتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم بالقانون رقم 06/23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006م، والمعدل والمتمم أيضا بالقانون رقم: 14/01 مؤرخ في: 04 أفريل 2014م، جريدة رسمية ع: 7؛ صادرة في: 16أفريل 2014م.

[4] ابن منظور، لسان العرب. المصدر السابق، ج8، ص328.

ثانيا: نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية في الفصل في نزاع متاع البيت: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في الحكم بملكية متاع بيت الزوجية في حالة النزاع بينهما حوله.

1- رأي الحنفية: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فما كان للنساء كالخمار، والمغازل، وما أشبه ذلك فهو للمرأة، وما كان للرجل كالسلاح والفرس ... فهو للرجل، وما كان للرجال والنساء كالخدم والفرش، وغير ذلك...فهو للرجال، في قول أبي حنيفة رحمه الله، و إن مات أحدهما فللباقي منها أيهما كان[3].

فالمرأة عندهم تأخذ متاع البيت إذا كان مما يعرف من متاع النساء، أو في حالة موت الزوج فتتحول من زوجة إلى أرملة تستحق متاع زوجها.

2- رأي الشافعية: إذا اختلف الرجل والمرأة في متاع البيت الذي هما فيه ساكنان، وقد افترقا أو لم يفترقا أو ماتا، أو مات أحدهما، فاختلف ورثتهما أو ورثة أحدهما بعد موته، فذلك كله سواء ، والمتاع إذا كانا ساكني البيت في أيديهما معا، فالظاهر أنه في أيديهما، كما تكون الدار في أيديهما، أو في يد رجلين، فيحلف كل واحد منهما لصاحبه على دعواه فإن حلفا جميعا بينهما نصفان[4]؛ لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغير ذلك.

والمرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك فالمرأة عندهم تأخذ المتاع مناصفة عندما تحلف هي والرجل؛ لأنه قد تملك متاع الرجل بالشراء أو غير ذلك[5].

3- رأي المالكية: إذا تنازعا في متاع البيت الرجل والمرأة جميعا، وقد طلقها أو لم يطلقها، وماتت أو مات هو، فما يعرف أنه متاع الرجال فهو للرجل، وما كان يعرف أنه من متاع

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص311.

[2] الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية. المرجع السابق، ص197.

[3] شمس الدين السرخسي، المبسوط. المصدر السابق، ص ص113 - 214.

[4] محمد بن ادريس الشافعي، الأم. المصدر السابق، باب اختلاف الزوجين في متاع البيت، ص95.

[5] المرجع نفسه.

النساء فهو للنساء، وما كان يعرف أنه للرجال والنساء فهو للرجال ، لأن البيت بيت الرجل، وما كان للنساء واشتراه الرجل فله أن يحلف ويكون أحق به، إلا أن يكون لها بينة أو لورثتها أنه اشتراه لها، وكذلك الحال إذا اشترت متاع الرجال وثبت ذلك بالبينة فهي أولى به منه[1].

فالمرأة عند المالكية تستحق متاع البيت إذا كان مما ينسب للنساء، أو ثبت شراؤه بالبينة حتى لو كان تصنيفه من متاع الرجال.

4- رأي الحنابلة: إذا ادعت المرأة المتاع فما كان يصلح للرجال فهو للرجل، وما كان من متاع النساء، فهو للنساء، وما ستقام أن يكون بين الرجال والنساء فهو بينهما، وإن كان متاع على يدي غيرهما، فمن أقام البينة، دفع إليه، وإن لم تكن لهما بينة، أقرع بينهما، فمن كانت له القرعة حلف وأعطي المتاع[2].

واستدلوا على ذلك: بأن كل واحد من الزوجين فيما يصلح له نوع من الترجيح، حيث أن الظاهر ما يصلح للرجال اتخذه الرجل لاستعمالها، وأن ما يصلح للنساء اتخذته المرأة لاستعمالها فيكون الترجيح حسب الصلاحية، أما بخصوص ما يصلح لهما فلا ترجيح لأحدهما على الآخر، فيكون مناصفة بينهما.

5- الترجيح: وإن أقام كل منهما البينة رجحت بينة من يدعي خلاف الظاهر، والظاهر هنا أن ما يصلح للرجال فقط يكون للزوج، وما يصلح للنساء فقط يكون للزوجة، وعلى ذلك ترجح بينة المرأة فيما يصلح للرجال فقط لأنها تثبت خلاف الظاهر، وترجح بينة الرجل فيما يصلح للنساء فقط، فيحكم بمقتضى البينتين، وتسقط البينتان فيما يصلح لهما لتعارضهما وعدم المرجح لإحداهما على الأخرى، ويكون القول فيه لمن يشهد له الظاهر مع يمينه، والظاهر

[1] مالك ابن انس الأصبحي، الموطأ. المصدر السابق، في اختلاف الزوجين في متاع البيت، ص187.

[2] ابن قدامة، المغني. المصدر السابق، ص283.

هنا يشهد للزوج لأنه صاحب البيت فيكون ما فيه ملكا له، فإن حلف حكم له، وإن امتنع عن اليمين حكم للزوجة، لأن امتناعه عن اليمين إقرارا منه بدعواها أو تنازلا منه لها.

وإذا عجزا عن البينة يكون القول قول الزوج بيمينه فيما يصلح للرجال فقط، فإن حلف حكم له به ويكون القول قول الزوجة بيمينها فيما يصلح للنساء فقط، فإن حلفت حكم لهابه، وإن نكل أحدهما أوكلاهما عن اليمين يكون إقرارا منه بدعوى الآخر فيحكم له[1].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من النزاع في متاع البيت

لم يُعَرف المشرع الجزائري متاع البيت واكتفى فقط بتنظيم مسألة النزاع حول متاع البيت في قانون الأسرة، وتعد النزاعات المطروحة بشأنها أمام القضاء من أعقد المسائل المثارة.

1- قواعد الإثبات حول متاع البيت

ينشأ بين الزوجين عند انفصالهما نزاع حول متاع البيت، حيث أنه إذا تقدم أحدهما بطلب استرداد المتاع وبالمقابل ينازع الطرف الآخر في الطلب سواء بادعاء عدم وجوده، أو بادعائه ملكية المتاع.

أ_ النزاع حول وجود متاع البيت

يثار النزاع حول وجود متاع البيت إذا طلب أحد الزوجين تمكينه من متاع البيت في حين ينكر الطرف الآخر وجوده أصلا، وعادة الزوجة هي التي تتقدم بطلب استرجاع المتاع المتواجد ببيت الزوج؛ لأنه غالبا عند مغادرتها البيت المشترك لا تأخذ كامل أغراضها.

فإذا كانت الزوجة لم تقدم البينة على صحة إدعائها وأنكر الزوج إدعاءها يتعين على الزوج أداء اليمين لوضع حد للنزاع[2]، تطبيقا لقاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1999/03/16م[3].

---

[1] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام. المرجع السابق، ص435.

[2] نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية. المرجع السابق، ص265.

[3] ملف رقم 216836، قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية عدد خاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، عدد:2، 2001م، ص245.

في حالة ما إذا ادعت المطلقة وجود متاعها بالبيت الزوجية ولا ينكر المدعى عليه (المطلق) وجوده لكنه يدعي أنها تسلمته وأخذته إليها، ففي هذه الحالة يتم تطبيق نفس القاعدة في الإثبات البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ويصبح المطلق مدعيا بشيء جديد فإذا أقام البينة قضي لصالحه، وإذا عجز عن الإتيان بذلك توجه له المحكمة يمين النفي[1]، وهو ما قضت به المحكمة العليا.

ب- النزاع حول ملكية المتاع

وضع المشرع الجزائري قواعد للفصل في النزاع الذي يدور بين الزوجين بشأن ملكية متاع البيت وذلك بموجب المادة 73 من قانون الأسرة التي تنص: "**إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين.**"

وعليه فإن المشرع ميز بين الحالات التالية للفصل في النزاع حول ملكية المتاع:

– إذا أقدم أحد الزوجين ببينة على ملكيته للمتاع فيقضي له به، سواء أكان من المعتاد للرجال أو من المعتاد للنساء[2]، فيمكن للزوج أن يقيم الدليل على تملكه ما هو معتاد للنساء كما يمكن للزوجة أن تقيم الدليل على تملكها ما هو معتاد للرجل كغرفة النوم مثلا[3].

وفي حالة انعدام الدليل ففي هذه الحالة تطبق أحكام نص المادة 73 من قانون الأسرة التي ميزت بين الحالات التالية:

– إذا ادعى الزوج ملكيته للمتاع وكان من المعتاد للرجال ولم يقدم بشأنه أي دليل تماما مثل الزوجة توجه له اليمين للحكم له به.

---

[1] باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية. المرجع السابق، ص100.

[2] سمية عبد العزيز، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص221.

[3] باديس ديابي، المرجع نفسه، ص103.

– إذا ادعت الزوجة ملكيتها للمتاع وكان من المعتاد للنساء ولم تقدم بشأنها أي دليل مثل الزوج توجه لها اليمين للحكم لها به.

– المشتركات بين الزوجين يقتسمانها مع اليمين وهو ما تضمنته الفقرة الثالثة من نص المادة 73 من قانون الأسرة، ذلك لأن المتاع المشترك قد يستعمل من الرجل ومن المرأة وتطبيقا لهذه الفقرة صدرت عدة قرارات للمحكمة العليا منها القرار الصادر بتاريخ: 2002/03/13م الذي جاء فيه :"**يتقاسم الزوجان، في حالة النزاع، الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين**[1]".

الفرع الرابع: الحق في التعويض

لم يتعرض فقهاء الشريعة والقانون المدني لتعريف التعويض، وإنما تعرضوا مباشرة لبيان طريقته وتقديره عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية.

_ حسب المادة 53 مكرر من ق.أ.ج يمكن للقاضي عند حكمه بالتطليق، أن يحكم للزوجة بالتعويض عما أصابها من ضرر.

والتعويض هو ما يعطى للمضرور لجبر الضرر الذي لحق به، أو هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على الغير[2]، وقد يتداخل مفهوم التعويض مع المتعة، هذه الأخيرة يدفعها الزوج للزوجة إذا وقع الطلاق منه، وهي عبارة عن تعويض لما أصابها من ضرر، وجبرا لخاطرها لما قام به من هدم لميثاق غليظ، غير أنه إذا كان الطلاق من جهة الزوجة فلا متعة لها[3]، إلا أن حكم القاضي بالتعويض للزوجة، يكون على أساس الضرر الذي يلحق بها من زوجها، وعلى الزوجة أن تثبت الضرر الذي لحق بها بكافة وسائل الإثبات، حتى يحكم القاضي لها بالتعويض عنه،

[1] ملف رقم 277411، قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا. ع:2، 2004م، ص359.

[2] محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق. (ط:1؛ سوريا: دار المكتبي للطبع والنشر والتوزيع،1998م)، ص48 .

[3] شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون "دراسة مقارنة"، مجلة رسالة الحقوق العلمية، العراق، جامعة بغداد، ع:1، 2009م، ص178.

وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم: 135435 بتاريخ: 1996/04/23م.

من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعاً، ولما ثبت – في قضية الحال – أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها، ويبرر التعويض الممنوح لها مما يتعين رفض الطعن[1].

وأساس الحكم بدفع التعويض للزوجة يكون على أساس الضرر الناشئ عن إرادة الزوج، وطالما لم يكن لإرادة الزوج أي دخل فيما أصاب الزوجة من ضرر لا يحكم القاضي لها بأي تعويض، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 13/ 01 /2011م جاء فيه: من المقرر قانوناً أن مرض العقم وعدم القدرة على الإنجاب، وان كان فعلا يشكل سببا من أسباب التطليق، طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، ويخول الزوجة الحق في المطالبة به، فهو لا يحمل الزوج المصاب به أية مسؤولية عن دفع التعويض لها عنه، ذلك أنه لا دخل لإرادته فيه، ومن ثمة فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإلزام الطاعن بدفع مبلغ 80000 دج تعويضا عن التطليق للمطعون ضدها استنادا فقط إلى مجرد الضرر الناتج عن ذلك العقم بغض النظر عن مصدره سواء كان بإرادة الطاعن أم بغير إرادته، يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون وعجزوا عن إعطاء تسبيب مقنع لقرارهم، الأمر الذي يعرض قرارهم للنقض جزئيا فيما يخص مسؤولية التطليق والتعويض عنه[2].

[1] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم: 135435 الصادرة بتاريخ: 1996/04/23، المجلة القضائية، ع:1، 1998م، ص129.

[2] م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 596191، الصادر بتاريخ2011/01/13م، المجلة القضائية، ع: 2، 2011م، ص271.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن التطليق والمتعلقة بالولد بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

سنتطرق في المطلب الثاني إلى الآثار المترتبة عن التطليق والمتعلقة بالولد، وقد قسم هذا المطلب إلى فرعين: (الفرع الأول)، تعلق بالحق في النسب، و(الفرع الثاني) تعلق بحق الحضانة.

الفرع الأول: حق الولد في النسب

من الحقوق التي تترتب على العلاقة الزوجية أثناء قيامها وبعد انتهائها هو النسب، نسب الولد؛ أي العلاقة التي تربطه بذويه، ولمعرفة ذلك صار لزاما علينا معرفة المقصود بالنسب.

أولا: تعريف النسب

1- تعريف النسب لغة: هو القرابة[1]

2- تعريف النسب اصطلاحا: صلة الإنسان بمن ينتمي إليهم من الآباء والأجداد.

وللنسب أهمية كبيرة في الإسلام فثبوت النسب للولد يدفع عن الولد والوالد التعرض للعار والضياع، وثبوت النسب للأم يحميها من الفضيحة والرمي بالسوء ويؤدي إلى صيانة الأسرة من كل ريبة.

ومن هنا جاءت دعوة الإسلام للآباء أن ينسبوا أبناءهم إليهم وتحريم نسب الأولاد إلى غير آبائهم، قال تعالى: ﴿**ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا**﴾ **[الأحزاب: 5]**.

كما حرم على الآباء أن ينكروا نسب أبنائهم.

[1] ابن منظور، لسان العرب. المصدر السابق، ص755.

ثانيا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من نسب الولد

1- رأي الجمهور: الولد يلحق بأبيه بعد ثبوت الفراش، وهولا يثبت إلا بعد إمكان الوطء في الزواج الصحيح أو الفاسد[1].

2- رأي الحنفية: يثبت بمجرد العقد؛ لأن مجرد المضنة كافية، ورد بمنع حصولها بمجرد العقد، بل لابد من إمكانية الوطء[2].

وأقل مدة الحمل أن لا تقل عن ستة أشهر بإجماع الفقهاء واستنتاجا للآيتين الكريمتين: قال تعالى: ﴿**وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا**﴾ **[الأحقاف: 15]**، وقوله تعالى: ﴿**وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ**﴾ **[لقمان: 14]**، فالفارق بين الثلاثين والعامين ستة أشهر وهي أقل مدة الحمل.

ونظرا لأهمية الموضوع ومنعا لاختلاط الأنساب لم يعترف الشرع الإسلامي في موضوع النسب سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح إذ جعله طريقا قي ثبوت النسب، ومن ثبت نسبه إلى أبيه بواسطة الزواج كان هذا النسب صحيحا، ولا نحتاج إلى إثباته بواسطة وسائل أخرى، ولهذا نجد الفقهاء يعبرون عن هذا " **ثبوت النسب بالفراش** "؛ أي ما ينتج عن الزواج الصحيح استنادا إلى قوله ﷺ: " **الولد للفراش وللعاهر الحجر**"[3].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من نسب الولد

نظم المشرع الجزائري كل ما يتعلق بنسب الأولاد في المواد من 40ألى 45من ق.أ.ج، وخصصت المادة 46 منه لمعالجة ظاهرة التبني التي حرمها الإسلام.

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص675.

[2] المرجع نفسه.

[3] البخاري، الجامع الصحيح. المصدر السابق، ج2، باب تفسير المشبهات، رقم:1948، ص724.

1- يثبت نسب الولد لأمه بمجرد ولادته، سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو غيره، في حين يثبت نسب الولد لأبيه في الحالات التالية:الفراش، الإقرار، البينة، نكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول، طبقا للمواد 32،33،34 من ق.أ.ج[1].

2- ونصت المادة43من ق.أ.ج على أن ينسب الولد إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال، فالمشرع الجزائري قد وضع شرطا لإلحاق الولد بالزوج المطلق،وهو ولادة الطفل قبل عشرة أشهر كاملة من يوم التفريق الفعلي بين الزوجين[2].

يخلص لدينا أن إثبات نسب الولد لأبيه، ثابت بالنصوص الشرعية والقانونية متى توفرت الأسباب لذلك.

الفرع الثاني: الحضانة

إذا كانت الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين فإن الحضانة غير مطروحة لكون الأبوين يشرفان معا وبشكل مباشر على تربية الأولاد، وفي حالة فك الرابطة الزوجية بين الزوجين فإن مشكل الحضانة يطرح بشدة، وكثيرا ما يتنازع الزوجان على الحق في الحضانة، فكل واحد منهما يريد أن يحتفظ بحضانة الصغير.

ولهذا السبب نجد أن التشريع الإسلامي قد ضبط هذا الموضوع من خلال النصوص الشرعية والاجتهادات الفقهية حتى لا يعيش الصغار في وسط صراع الأبوين وهو ما أثر إيجابا على التشريعات الوضعية ومنها المشرع الجزائري الذي نظم موضوع الحضانة من المواد 62 إلى 72 ق . أ . ج وراعى فيها أهم المسائل المرتبطة بمصلحة المحضون.

ما سنتطرق إليه في هذا الفرع؛ أولا: مفهوم الحضانة، ثانيا: موقف الفقهاء من الحضانة، ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الحضانة، رابعا: آثار الحضانة.

---

[1] المادة 40من ق.أ.ج.

[2] نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية. المرجع السابق، ص ص328-329.

أولا: مفهوم الحضانة:

يتطلب الإلمام بمفهوم الحضانة إدراك مضمونها من خلال تعريفها.

1- تعريف الحضانة

يتعين لدراسة الحضانة كأثر لفك الرابطة الزوجية التعرض لتعريفها ومن ثم إلى تحديد خصائصها.

أ- تعريف الحضانة لغة

تعني: الحضانة -بفتح الحاء - ضم الشيء إلى الحضن، جعله في حضنه[1]، والحضن الصدر و الصدر مما دون الإبط إلى الكشح، ونقول حضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جانبها أو صدرها، ونقول حضن الطائر البيض أرقده عليه [2].

ب- تعريف الحضانة فقهيا

وردت عدة تعاريف للحضانة:

عرفها الحنفية: ضم الأم ولدها إياه إلي جنبها، واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها، فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه[3].

عرفها المالكية: على أنها حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه وثيابه وتنظيف جسمه[4].

عرفها الشافعية: أنها حفظ من لا يستقل بأموره، وتربيته بما يصلحه ويقيه عما يضره[5].

عرفها الحنابلة: أنها حفظ صغير ومجنون ومعتوه وتربيتهم بعمل مصالحهم[6].

---

[1] إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط. المرجع السابق، ص182.

[2] المرجع نفسه.

[3] علاء الدين الكاساني ت587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج4 (لا.ط؛ بيروت: دار الكتاب العربي ،1982م)، ص40.

[4] الخرشي محمد بن عبد الله بن علي، شرح مختصر خليل. ج4(لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت)، ص207.

[5] أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المغربي الرشيدي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. ج7 (لا.ط؛بيروت :دار الفكر، 1404 هـ/1984م)، ص220.

[6] البهوتي منصور بن يونس الحنبلي ت1051هـ، كشاف القناع على متن الإقناع. ج5 (لا.ط؛ لا.م: دار الكتب العلمية، د.ت)، ص496.

ج- تعريف الحضانة قانونيا:

عرف المشرع الحضانة في الفقرة الأولى للمادة 62 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "**الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا**"[1].

ما يلاحظ من نص المادة، أن المشرع أخذ في تعريفه بأسباب وأهداف الحضانة ولكنه جمع أيضا بكل ما يتعلق بحاجيات المحضون الصحية والدينية والتربوية والخلقية والمادية[2]

ثانيا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الحضانة

1- حكم الحضانة:

كفالة الطفل وحضانته واجبة، لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه،و إنجاؤه من المهالك، ولا مخالف في ذلك[3].

2- حق الحضانة:

لكل من الحاضن و المحضون حق في الحضانة، فهي حق للحاضن؛ بمعنى أنه لو امتنع عنها لا يجبر عليها، لأنها غير واجبة عليه، ولو أسقط حقه فيها سقط، وإذا أراد العودة وكان أهلا لها عاد إليه حقه عند الجمهور؛ لأنه حق يتجدد عبر الزمان، وقال الجمهور لو اختلعت الزوجة على أن تترك ولدها عند الزوج صح الخلع وبطل الشرط[4].

غير أن المالكية في غير المشهور يرون: أن الحاضن إذا أسقط حقه في الحضانة دون عذر بعد وجوبها سقط حقه، ولا يعود إليه الحق بعد ذلك لو أراد ومقابل المشهور يعود إليه حقه بناء على أنها حق للمحضون[5].

---

[1] المادة 62 من الأمر رقم05 -02، المؤرخ في 27 فبراير، 2000م، والمتضمن قانون الأسرة.

[2] نشيدة مجيرة مداني، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون. (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص عقود ومسؤولية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية بن عكنون، الجزائر، 2013م، ص135

[3] ابن قدامة، المغني. المصدر السابق، ص412.

[4] السرخسي، المبسوط. المصدر السابق، ص196.

[5] الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته. المرجع السابق، ص167.

والظاهر لدى العلماء المحققين أن الحضانة تتعلق بها ثلاثة حقوق معاً: حق الحاضنة، وحق المحضون، وحق الأب أو من يقوم مقامه، فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليه، وإن تعارضت، قدم حق المحضون على غيره. وتفرع عن ذلك الأحكام الآتية [1] :

أ– تجبر الحاضنة على الحضانة إذا تعينت عليها، بأن لم يوجد غيرها.

ب– لا تجبر الحاضنة على الحضانة إذا لم تتعين عليها؛ لأن الحضانة حقها، ولا ضرر على الصغير لوجود غيرها من المحارم.

ج– إذا اختلعت المرأة من زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع عند الحنفية صحيح والشرط باطل؛ لأن هذا حق الولد، أن يكون عند أمه ما دام محتاجاً إليها.

د– لا يصح للأب أن يأخذ الطفل من صاحبة الحق في الحضانة، ويعطيه لغيرها إلا لمسوغ شرعي.

هـ– إذا كانت المرضعة غير الحاضنة للولد، فعليها إرضاعه عندها كما تقدم؛ حتى لا يفوت حقها في الحضانة.

3– مدة الحضانة:

إن حضانة الصغار تبدأ منذ الولادة والمقرر أن النساء أحق بالحضانة من الرجال[2]، وانتهاء حضانة النساء للصغار حال افتراق الزوجين مختلف فيه بين المذاهب إلى ثلاث آراء:

أ– الرأي الأول: يرى الحنفية أن حضانة الولد تمتد إلى سن التمييز وهو سبع سنين، وقيل: تسع سنين، والبنت إلى البلوغ وهو تسع سنين، وقيل إحدى عشر سنة، وسبب التفرقة بين الذكر و الأنثى هو أن الغلام يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال، والأب على ذلك أقدر وأقوم، والبنت أحوج إلي تعلم آداب النساء، و التخلق بأخلاقهن وخدمة البيت، والأم اقدر على ذلك بعد البلوغ أو الحيض[3].

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ج10، ص44.

[2] البهوتي ، شرح منتهى الإرادات. المصدر السابق، ص693.

[3] السرخسي، المبسوط. المصدر السابق، ج5، ص207.

ب- الرأي الثاني: ذهب المالكية إلى أن حضانة الغلام تستمر إلى بلوغه وتنقطع بالبلوغ ولو مريض أو مجنون علي المشهور وأما حضانة الأنثى فتستمر إلى زواجها ودخول الزوج بها[1].

ج- الرأي الثالث: ذهب الشافعية[2] والحنابلة[3] إلى أن سن الحضانة يمتد إلى التمييز وهو سبع أو ثمان سنوات، و يستوي في ذلك الذكر والأنثى؛ لأن النبي ﷺ خير غلام بين أمه وأبيه في سن التمييز، ولأن المميز أعرف بحظه ومصلحته، فيرجع إليه، ولا تخير الفتات عند الحنابلة؛ لأن الحظ و الحفظ في كيانها عند الأب[4].

4- شروط استحقاق الحضانة

قسم الفقهاء شروط استحقاق الحضانة إلى ثلاثة شروط، شروط عامة، وشروط تخص الحاضنة بمفردها، وشروط تخص الحاضن بمفرده.

أ- الشروط العامة للحضانة

يشترط في الحاضن من النساء والرجال ما يأتي:

- البلوغ: فلا حضانة للصغير ولو كان مميزاً؛ لأنه عاجز عن رعاية شؤون نفسه.

- العقل: فلا حضانة للمجنون والمعتوه؛ لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما، فلا يحسن الواحد منهما القيام بمصالحه، فضلاً عن غيره[5].

واشترط المالكية الرشد، فلا حضانة لسفيه مبذر، لئلا يتلف مال المحضون أو ينفق عليه منه ما لا يليق.

واشترطوا أيضاً مع الحنابلة عدم المرض المنفر كالجذام والبرص، فلا حضانة لمن به شيء من المنفرات.

---

[1] الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته. المرجع السابق، ص165،

[2] الشيرازي، المهذب. المصدر السابق، ص168.

[3] ابن قدامة، المغني. المصدر السابق، ج11، ص415.

[4] البهوتي، شرح منتهى الإرادات. المصدر السابق، ص698.

[5] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص49.

– **القدرة على تربية المحضون:** وهي الاستطاعة على صون الصغير في خلقه وصحته، فلا حضانة للعاجز لكبر سن أو مرض أو شغل، فالمرأة المحترفة أو العاملة إن كان عملها يمنعها من تربية الصغير والعناية بأمره، لا تكون أهلاً للحضانة، وإن كان عملها لا يحول دون رعاية الصغير وتدبير شؤونه، لا يسقط حقها في الحضانة، وقد جرى العمل في مصر على أن الطبيبات والمعلمات ونحوهن، لا يسقط حقهن في الحضانة؛ لأن الواحدة منهن تستطيع إدارة أمر الطفل بنفسها وبالتعاون مع قريبتها أو النائبة عنها[1].

ويعد الأعمى عاجزاً عن الحضانة لعدم تحقق المقصود به.

– **الأمانة على الأخلاق:** فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه، كالفاسق رجلاً أو امرأة من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام، لكن الفسق المانع من حضانة الأم بكونه فسقاً يضيع به الولد، فيكون لها حق الحضانة ولو كانت معروفة بالفجور[2]، ما لم يصبح الولد في سن يعقل فيها فجور أمه، فينتزع منها، صوناً لأخلاقه من الفساد؛ لأنها غير أمينة، أما الرجل الفاسق العصبة فلا حضانة له[3].

واشترط المالكية أمن المكان: فلا حضانة لمن بيته مأوى للفساق، أو بجوارهم بحيث يخاف على البنت المشتهاة منهم الفساد، أو سرقة مال المحضون أو غصبه[4].

– **الإسلام شرط عند الشافعية والحنابلة:** فلا حضانة لكافر على مسلم؛ إذ لا ولاية له عليه، ولأنه ربما فتنه عن دينه، ولم يشترط الحنفية والمالكية إسلام الحاضنة، فيصح كون الحاضنة

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص50.

[2] ابن عابدين، رد المحتار على الدري المختار. ج3(ط: 2؛ بيروت: دار الفكر، 1412هـ/1992م)، باب الحضانة، ص556.

[3] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص50..

[4] المرجع نفسه.

كتابية أو غير كتابية، سواء أكانت أماً أم غيرها؛ ولأن مناط الحضانة الشفقة[1]، وهي لا تختلف باختلاف الدين[2].

***رأي الحنفية**[3]: أنه يشترط إسلام الحاضن واتحاد الدين، بخلاف الحاضنة؛ لأن الحضانة نوع من الولاية على النفس، ولا ولاية مع اختلاف الدين؛ ولأن حق الحضانة عندهم مبني على الميراث، ولا ميراث بالتعصيب للرجال مع اختلاف الدين، فلو كان الطفل مسيحياً أو يهودياً، وله أخوان، أحدهما مسلم والآخر غير مسلم، كان حق الحضانة لغير المسلم.

***رأي المالكية**: أنه لا يشترط إسلام الحاضن أيضاً كالحاضنة؛ لأن حق الحضانة للرجل لا يثبت عندهم إلا إذا كان عنده من النساء من يصلح للحضانة كزوجة أو أم أو خالة أو عمة، فالحضانة في الحقيقة حق للمرأة[4].

ب– شروط خاصة بالنساء: يشترط في المرأة أيضاً ما يأتي:

– ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه؛ لأنه يعامل الصغير بقسوة وكراهية؛ ولأنها مشغولة عنه بحق الزوج.

فإن كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمه وابن عمه وابن أخيه، فلا يسقط حقها في الحضانة، لأن من تزوجته له حق في الحضانة، وشفقته تحمله على رعايته، فيتعاونان على كفالته[5].

– أن تكون ذات رحم محرم من الصغير كأمه وأخته وجدته[6]: فلا حضانة لبنات العم أو العمة، ولا لبنات الخال أو الخالة بالنسبة إلى الصبي، لعدم المحرمية، ولهن الحق في حضانة الأنثى.

---

[1] السرخسي، المبسوط. المصدر السابق، ص379.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص50.

[3] حافظ الدين النفسي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق. المصدر السابق، ص289.

[4] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص51.

[5] المرجع نفسه، ص52.

[6] المرجع نفسه.

– ألا تكون قد امتنعت من حضانته مجاناً والأب معسر لا يستطيع دفع أجرة الحضانة؛ فإن كان الأب معسراً وقبلت قريبة أخرى تربيته مجاناً، سقط حق الأولى في الحضانة، وهذا شرط عند الحنفية.

– ألا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه ويكرهه، ولو كان قريباً له.

وشرط الشافعية والحنابلة أنه إذا كان المحضون رضيعاً: أن ترضعه الحاضنة، فإن لم يكن لها لبن، أو امتنعت من الإرضاع، فلا حضانة لها؛ لأن في تكليف الأب استئجار مرضعة تترك منزلها، وتنتقل إلى مسكن الحاضنة عسراً عليه، فلا يكلف ذلك[1].

ج– شروط خاصة بالرجال

يشترط في الرجل الحاضن أيضاً ما يأتي:

– أن يكون مَحْرماً للمحضون إذا كانت أنثى مشتهاة: حذراً من الخلوة بها، لانتفاء المحرمية بينهما، وإن لم تبلغ حد الشهوة أعطيت له بالاتفاق؛ لأنه لا فتنة.

– أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمة؛ إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء، فإن لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة[2].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الحضانة

ذكر المشرع الجزائري شروط الحاضن وذلك بشكل مختصر وعام في الفقرة الثانية من المادة 62 من قانون الأسرة ينص على أنه:" ... ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص52.

[2] المرجع نفسه، ص53.

1- الشروط الخاصة بالحاضن

أ- البلوغ: فلا تسند الحضانة للصغير[1]، ولو كان مميزا[2]؛ ذلك لأن الصغير يبقى بحاجة إلى من يتولى أمره فليس بمقدوره أن يتولى شؤون غيره.

ب- العقل: لم يتطرق لهذا الشرط بصراحة في المواد المعالجة للحضانة، لأن غير العاقل يحتاج إلى رعاية، فكيف يتولى رعاية الآخرين[3]، وتطبق عليه أحكام النيابة الشرعية في المواد من 81 وما يليها.

ج- الإسلام: إن المشرع ضمن إسلام الحاضنة عندما منع المرأة المسلمة من التزوج بغير المسلم، كما ألزمها بتربية المحضون على دين أبيه، أي الإسلام المفترض في الزوج.

د- الأمانة: يمكن إدراج هذا الشرط في المادة 62 من قانون الأسرة، وذلك من خلال الحرص على هدف الحضانة المتمثل في ضمان مصلحة المحضون، وحمايته صحة وخلقا.

هـ- القدرة على تربية المحضون: يمكن أن نستشفه من المادة 67 فقرة 2 من الأمر05/02 "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة ". وهو ما جاء مطابقا لما اشترطه في عقد الزواج وذلك عند ما نص في المادة 19من نفس القانون: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج...عمل المرأة ما لم تتنافى هذا الشروط مع أحكام هذا القانون".

2- الشروط الخاصة بالحاضنة

إضافة إلى الشروط العامة التي ينبغي توفرها في الحاضنة اشترط المشرع جملة من الشروط الخاصة بها حتى تكون أهلا للحضانة تتمثل في:

أ- عدم زواج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون.

---

[1] وهو الأصل بأن يكون الحاضن كامل الأهلية ولكن في حالة ما إذا كان الزوجان أو أحدهما - ناقص الأهلية لحصولها على إعفاء شرط سن الزواج وفقا لأحكام المادة 7 من قانون الأسرة ففي هذه الحالة إذا وقع الطلاق بينهما وهما قاصران فأن الفقرة الثانية من نفس المادة منحت لهما أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري. (لا.ط؛ مصر: دار الكتب القانونية، 2009م)، ص152.

[3] بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص383.

ب- أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير: يقصد بشرط أن تكون الحاضنة رحما محرما للمحضون كأن تكون أمه أو أخته أو جدته، فلا حق لبنات العم وبنات العمة وبنات الخال وبنات الخالة بحضانة الذكور، ولهن الحق في حضانة الإناث ولا حق لابن الخال وابن الخالة وابن العم وابن العمة في حضانة الإناث، ولكن لهم الحق في حضانة الذكور[1].

ج- أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون: لممارسة الحق في الحضانة، فلا حضانة للجدة إذا سكنت مع ابنتها إذا تزوجت إلا إذا انفردت بسكن آخر عنها[2].

تجدر الملاحظة أن الدين ليس شرط لاستحقاق الحضانة، بحيث لايؤثر اختلاف دين الأم الحاضنة عن دين المحضون على علاقة الأم الطبيعية وشفقتها على أولادها، و تكون أحق بالحضانة[3]، بشرط تربية المحضون على دين أبيه لأن العقيدة الإسلامية أصح العقائد و أسلمها لتربية الطفل[4].

هذا ما أكدته المادة 62 من قانون الأسرة سالفة الذكر، واستقر عليه اجتهاد المحكمة العليا[5].

رابعا: آثار الحضانة

يترتب على الحكم بالحضانة آثار تتمثل في أنه ينشئ التزام الأب تخصيص مسكن للحاضنة لممارسة الحضانة، كما يسمح الحق في الزيارة لغير الحاضن وذلك شرعا وبقوة القانون.

---

[1] صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات في قانون الأسرة الجزائري. (مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007م، ص80.

[2] تنص المادة 70 من قانون الأسرة **"تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"**

[3] بن شيخ آث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية. ج1(ط: 2؛ الجزائر: دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2006م)، ص505.

[4] حياة عفرة، إشكالات الحضانة في الزواج المختلط. (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية) كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بودواو، 2016م، ص58.

[5] ملف رقم 52221، قرار صادر من غرفة الأحوال الشخصية مجلة قضائية، ع:1، 1993، ص48.

1- الحق في المسكن

أ- موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الحق في المسكن:

- قال تعالى: ﴿**وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾ [**الطلاق: 5**]، ﴿**وَلَا تُضَارُّوهُنَّ**﴾: (ولا تؤذوهن)، ﴿**لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ**﴾: (مساكنهن فيخرجن)، ﴿ **وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾: (ليخرجن من عدتهن) .

واختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة: فذهب مالك والشافعي والأوزاعي وابن أبي ليلى وأبو عبيدة ومحمد بن جرير إلى أن المبتوتة المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، ولها سكنى، واحتجوا بأن الله تعالى عمّ بالسكنى المطلقات كلّهن، وخصّ بالنفقة أولات الأحمال خاصة قال: (فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن).

وقال أحمد وأبو ثور: لا سكنى لها ولا نفقة، واحتجوا بحديث فاطمة بنت قيس أخت الضحاك بن قيس حين أرسل زوجها المخزومي طلاقها؛ فلم يجعل لها رسول الله ﷺ نفقة وقال لها: إنما النفقة إذا كانت له عليك الرجعة، وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم، وقد ذكرناه، وهذا قول أبي بن كعب وزيد بن ثابت.

وأما (سفيان) وأهل العراق فقالوا : لها السكنى والنفقة حاملا كانت أو حايلا، وهذا قول (عائشة) رضي الله عنها[1].

لقد اختلف الفقهاء حول أحقية وعدم أحقية الحاضنة والمحضون للمسكن على النحو التالي:

- **رأي الحنفية:** فقهاء الحنفية على خلاف في وجوب توفير مسكن الحضانة.

جاء في كتاب الدر المختار: أن عليه السكنى، وقيل: لا تجب في الحضانة أجرة المسكن.

[1] أبو إسحاق أحمد بن محمد النيسابوري. الكشف والبيان . تحقيق : الإمام أبي محمد بن عاشور ج10(ط:1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1422هـ/ 2002م)، ص340.

وقال آخرون: تجب إن كان للصبي مال، وإلا فعلى من تجب عليه نفقته، وفي كتاب النهر وجوب الأجرة لا يستلزم وجوب المسكن بخلاف النفقة[1].

– رأي المالكية: إن الصحيح تقدير السكن باجتهاد الحاكم، فينظر إلى حال الزوجين فإذا كانت موسرة فلا سكن لها على الأب، وإن كانت معسرة وجب عليه لها السكنى فقد اتفق فقهاء الحنفية والمالكية على وجوب أجرة مسكن الحضانة للحاضنة والمحضون، إذا لم يكن لهما مسكن لأن أجرة المسكن من النفقة الواجبة للصغير، فتجب على من تجب عليه النفقة: فقد قالوا بأن أجرة السكن تلزم الملتزم بالنفقة[2].

– **أما الشافعية و الحنابلة:** فقد قالوا بأن أجرة السكن تلزم الملتزم بالنفقة.والظاهر أن المذاهب الأخرى متفقة مع هذا الرأي[3].

ب– موقف المشرع الجزائري من الحق في السكن:

ألزم المشرع الأب بتخصيص سكن ملائم للحاضنة لممارسة الحضانة، وإذا تعذر عليه ذلك يدفع بدل الإيجار.

– تخصيص مسكن لممارسة الحضانة

***المسكن:** هو مكان مستقر يستخدم للإقامة بصفة دائمة أو مؤقتة، فهو ضرورة من ضروريات المعيشة الصحية السوية لأنه يلبي مجموعة من الحاجات وهو مكان راحة الأسرة وأفرادها وهو المحيط الذي تلقى فيه المرأة والطفل استقرارهما[4].

نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "**في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر للحاضنة سكنا ملائما لممارسة الحضانة...**"[5]

---

[1] ابن عابدين، رد المحتار على الدري المختار. المرجع السابق، ص562.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص58.

[3] المرجع نفسه.

[4] سمية صغيري، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري. (مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2015م، ص290،

[5] المادة 72 من الأمر02/05، والمتضمن قانون الأسرة.

وعليه فإنه وفقا لأحكام المادة فإن الإكرام الأصلي للأب يتمثل في توفير السكن عينا.

– دفع بدل الإيجار: إذا تعذر على الأب تنفيذ التزامه الأصلي المتمثل في توفير السكن عينا، فعليه دفع بدل الإيجار، ومسألة تحديد قيمة بدل الإيجار يخضع لسلطة التقديرية للقضاة، وهي مسألة واقع يتعين عليهم مراعاة الحالة المادية للمطلق وموقع المسكن ومستوى المعيشة وغيرها[1].

2– حق الزيارة

أ– موقف فقهاء الشريعة من زيارة المحضون:

– رأي الحنفية[2]: إذا كان الولد عند الحاضنة، فلأبيه حق رؤيته، بأن تخرج الصغير إلى مكان يمكن الأب أن يراه فيه كل يوم. وإذا كان الولد عند أبيه لسقوط حق الأم في الحضانة، أو لانتهاء مدة الحضانة، فلأمه رؤيته، بأن يخرجه إلى مكان يمكنها أن تبصر ولدها، كل يوم. والحد الأقصى كل أسبوع مرة كحق المرأة في زيارة أبويها، والخالة مثل الأم، ولكن كما جرى القضاء في مصر، تكون زيارتها كل شهر مرة.

– رأي المالكية [3]: للأم أن ترى أولادها الصغار كل يوم مرة، وأولادها الكبار كل أسبوع مرة. والأب مثل الأم في الرؤية قبل بلوغ سن التعليم، وأما بعد بلوغ سن التربية والتعليم، فله مطالعة ولده من آن لآخر، أي الاطلاع عليه.

– رأي الشافعية: أن المميز إن اختار أباه بعد تخييره في سن التمييز، لم يمنعه زيارة أمه. ويمنع الأب الأنثى من زيارة أمها إذا اختارته لتألف الصيانة وعدم البروز للناس. والأم أولى منها بالخروج لزيارتها لسنها وخبرتها.

ولا يمنع الأب أم المحضون من زيارته، ذكراً أو أنثى؛ لأن في المنع قطعاً للرحم، لكن لا تطيل المكث، ويمكنها من الدخول، فإن بخل بدخولها إلى منزله، أخرجه إليها.

---

[1] سمية صغيري، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص290.

[2] ابن عابدين، رد المحتار على الدري المختار. المرجع السابق، ص571.

[3] ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. المصدر السابق، ص512.

والزيارة مرة في أيام، أي في يومين فأكثر، لا في كل يوم، إلا إذا كان منزلها قريباً، فلا بأس بدخولها منزل الأب كل يوم[1].

فإن مرض المحضون، فالأم أولى بتمريضه، ذكراً أو أنثى؛ لأنها أهدى إليه، وأصبر عليه من الأب ونحوه. والتمريض يكون في بيت الأب إن رضي به، وإن لم يرض يكون التمريض في بيتها. ويجب الاحتراز في الحالين من الخلوة بها.

والحنابلة كالشافعية قالوا: إن اختار المميز أباه، كان عنده ليلاً ونهاراً، ولا يمنع من زيارة أمه، ولا تمنع هي من تمريضه، وإن اختارها كان عندها ليلاً، وعند أبيه نهاراً ليؤدبه ويعلمه.

وأما البنت فتكون عند أبيها بعد إتمام سن السابعة إلى الزفاف، ولا يمنع أحد الأبوين من زيارتها عند الآخر؛ لأن فيه حملاً على قطيعة الرحم، ولكن من غير أن يخلو الزوج بالأم، ولا يطيل المقام؛ لأن الأم صارت بالبينونة أجنبية منه، والورع إذا زارت ابنتها: تحري أوقات خروج أبيها إلى معاشه، لئلا يسمع كلامها، والكلام وإن كان غير عورة، لكن يحرم التلذذ بسماعه، وإن مرضت البنت، فالأم أحق بتمريضها في بيت الأب، لحاجتها إليه، والأم تزور ابنتها، والغلام يزور أمه على ما جرت به العادة، كاليوم في الأسبوع[2].

ب- موقف المشرع الجزائري من زيارة المحضون:

يقصد به الحق الممنوح لأحد الوالدين التي لم تثبت له حضانة الطفل بزيارة ابنه القاصر[3]، وقد جعل المشرع الحق في الزيارة مرتبط بالحضانة وهو ما يتبين من نص المادة 64 من قانون الأسرة بأنه "... **وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة**"[4] .

---

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. المرجع السابق، ص63.

[2] المرجع نفسه.

[3] نسرين شريقي، كمال بوفرورة، المرجع السابق، ص112.

[4] ما يلاحظ من نص المادة أنه جاء عاما فالمشرع لم ينظم كيفية ممارسته سواء من حيث مدة الزيارة أو مكانه، وبقيت بذلك مسألة تحديدها تخضع لسلطة التقديرية للقضاة.

فإنه يتعين على القاضي عندما يقضي بإسناد الحضانة إلى أحد الوالدين أو إلى غيرهما أن يقضي حكما لمن لم تسند له الحضانة الحق في الزيارة، سواء كانت زيارة الأب لولده، وهو في حضانة النساء أو زيارة الأم لولدها إذا كان مع أبيه[1]، ويحكم بها القاضي بقوة القانون حتى لو لم يطلبها لمن قررت لفائدته وهو ما يخرج عن القاعدة التي مفادها "لا يجوز للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصم، و تكرس حق الزيارة في عدة قرارات للمحكمة العليا نذكر منها القرار الصادر بتاريخ 1990/04/30م[2].

يلتزم الحاضن بتسليم الولد المحضون في أوقات الزيارة المحددة في الحكم القضائي لمن له الحق في ذلك، ويعد الامتناع عن تنفيذ مقتضيات الحكم في هذا الجانب جريمة يعاقب عليها القانون وذلك وفقا لأحكام المادة 328 من قانون العقوبات التي تنص على أنه: **"يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5.000 دينار الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به ..."**

خلاصة القول:

- حق الولد في الحضانة مكفول بالنصوص الشرعية والقانونية.

-لقد ثبت استحقاق المرأة المطلقة لحضانة أولادها بالقرآن والسنة، ولها في ذلك حق الأولوية شرعا وقانونا متى توافرت فيها الشروط المحددة.

-إذا تمكنت الأم من نيل حق الحضانة فبذلك يتوجب على الوالد توفير سكن، أما إذا لم تتمكن من استحقاق الحضانة لغياب الشروط التي بموجبها تنال حق الحضانة، فيبقى لها حق الزيارة.

---

[1] لحسين آث ملويا بن شيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية. المرجع السابق، ص516.

[2] الذي جاء فيه:"**ولما كان من الثابت– في قضية الحال– أن المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتيها بشرط أن لا تكون الزيارة خارج مقر سكن الزوج فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون و الشرع ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون**". ملف رقم 79891، قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، ع:1، 1992م، ص55.

– لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول أحقية المرأة الحاضنة الأم للسكن، إلا أن المشرع نص في المادة 72 على وجوب توفيره للحاضنة، وفي حالة تعذر ذلك يبقى للأب إما توفير بدل الإيجار أو إسكانها في مسكن الزوجية.

الخاتمة

لقد اهتم الإسلام بشؤون الأسرة أيما اهتمام لعظم شأنها، ولكونها اللبنة الأساسية في تكوين المجتمع ينبغي المحافظة عليها ما أمكن، لكن هذه الحياة الزوجية لا يستقر أمرها على حال فقد تضطرب وتتصدع فما يكون علاجها إلا الفصال، والتطليق هو نوع من أنواع الفصال أقره الشرع الحكيم ونص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، ولتطبيق هذا الحكم يلزم التقيد بإجراءات معينة، كما ينجر على إصداره عدة آثار معظمها ضمنها الشرع وتبعه المشرع في ذلك، وقد خلصنا من خلال هذا البحث إلى النتائج والمقترحات التالية.

أولا: النتائج

تتمثل أهم النتائج التي توصلنا إليها في ما يلي:

- توافق المشرع الجزائري مع فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم للتطليق والذي هو عبارة عن طلاق بإرادة منفردة للزوجة يتم بحكم قضائي.

- توافق المشرّع الجزائري في جل أسباب التطليق مع فقهاء الشريعة الإسلامية، والمتمثلة في: إعسار الزوج في النفقة، التطليق للغياب، العيوب المتعلقة بالزوج، الهجر الطويل، الإخلال بالشروط القبلية للزواج، التطليق للضرر المعتبر.

- انفراد المشرع الجزائري ببعض الأسباب المؤدية للتطليق ومنها: ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة الشقاق المستمر بين الزوجين، الحكم على الزوج بجريمة ماسة بشرف الأسرة، التطليق لمخالفة أحكام المادة ٨ من قانون الأسرة الجزائري والمتعلقة بتعدد الزوجات، وهذا الأخير اختلف فيه المشرع مع فقهاء الشريعة الإسلامية.

- بالنسبة لما يتعلق بإجراءات التطليق؛ اتفق المشرع الجزائري مع فقهاء الشريعة الإسلامية في التحكيم والصلح، بينما انفرد المشرع الجزائري بالإجراءات الشكلية للتطليق مثل: طرق رفع الدعوى ومراحل سيرها، وطبيعة الأحكام الصادرة عن التطليق.

- اتفاق المشرع الجزائري مع الشريعة الإسلامية في الآثار المترتبة عن التطليق ومنها: العدّة ونفقتها، الحق في التعويض، الحضانة.

- أخذ المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية وخاصة المذهب المالكي، غير أنه لم يلتزم به في كل الأحكام.

ثانيا: الاقتراحات

من خلال دراسة هذا البحث يمكن أن نستخلص منه مجموعة من الاقتراحات:

- تعديل نص المادة ٥٣ من ق.أ.ج هذا لأن نص المادة كان فضفاضا ونقترح أن تكون على النحو التالي: (يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبرا شرعا لا سيما إذا كان من بين الحالات التالية...)

- تشريع قانون يتعلق بتنظيم إجراءات التقاضي لاسيما فيما يخص وسائل الإثبات الخاصة بقانون الأسرة الجزائري، ليسهل على المتقاضين و كذلك على الطلبة الباحثين معرفة كيفية الإثبات في القضايا الأسرية التي تحتاج إلى مواد قانونية تتماشى و طبيعتها الخاصة.

- لتجنب الوصول إلى التطليق أو الطلاق بكل أنواعه نقترح وضع برامج خاصة لإعداد المقبلين على الزواج ببث برامج عائلية تساعد الزوجين على تحسين علاقتهما، وكيفية التعايش مع بعضهما وتوجيههم إلى تعاليم الشريعة الإسلامية أين توجد حلول مشاكلهم.

- تحضير المقبلين على الزواج وتأهيلهم ذهنيا ونفسيا؛ لكي يكونوا على دراية تامة بما يتعلق بأمور الزواج، حتى يتحلوا بروح المسؤولية ويتفادوا بذلك الكثير من المشاكل؛ وهذا ما يسمى ب: (مرحلة التأهيل)؛ كما هو مجربا في ماليزيا.

ننهي بحثنا هذا بحمد الله كما بدأنا باسمه فله الحمد والمنة على تيسيره وتوفيقه.

الفهارس

أولا: فهرس الآيات القرآنية

الرقم	الآية	رقم الآية	السورة	رقم الصفحة
1	﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾	226	البقرة	78
2	﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا. ﴾	228		83
3	﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمسَاكُ بِمَعرُوفٍ ...﴾	229		20-70
4	﴿ فَأَمسِكُوهُنَّ بِمَعرُوفٍ أَو سَرِّحُوهُنَّ بِمَعرُوف ﴾	231		20-8
5	﴿وَعَلَى ٱلمَولُودِ لَهُ رِزقُهُنَّ وَكِسوَتُهُنَّ بِٱلمَعرُوفِ﴾	233		20
6	:﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ﴾	234		79-78
7	﴿ وَإِن خِفتُم أَلَّا تُقسِطُواْ فِي ٱليَتَٰمَى ... ﴾	3	النساء	48
8	﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ ...﴾	34		26-01
9	﴿ وَإِن خِفتُم شِقَاقَ بَينِهِمَا ...﴾	35		46-45 69
10	﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ ...﴾	65		69
11	﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا ...﴾	128		64
12	﴿ وَلَن تَستَطِيعُواْ أَن تَعدِلُواْ بَينَ ٱلنِّسَاءِ وَلَو حَرَصتُم﴾	129		50
13	﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغنِ ٱللَّهُ كُلّا مِّن سَعَتِهِۦ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيما﴾	130		12-9 70

14	﴿يَأَيُّهَا ٱلذِينَ ءَامَنُو ا۟ أَوْفُوا۟ بِالْعُقُودِ...﴾	1	المائدة	57
15	﴿وَلَا تقرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَة وَسَاءَ سَبِيلا﴾	32	الإسراء	54
16	﴿ وَٱلَّذِينَ يَرمُونَ ٱلمُحصَنَٰتِ ... ﴾	4	النور	56
17	﴿وَمِن ءَايَٰتِهِۦٓ أَن خَلَقَ لَكُم مِّن أَنفُسِكُم أَزوَٰج ﴾	21	الروم	11
18	﴿ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾	14	لقمان	95
19	﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ﴾	5	الأحزاب	95
20	﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾	15	الأحقاف	95
21	﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ ﴾	1	الطلاق	78
	﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ اَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوف﴾	2		8
23	﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ ...﴾	4		80-79
24	﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ﴾	5		107
25	﴿ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ...﴾	6		82
26	﴿ لِيُنفِق ذُو سَعَة مِّن سَعَتِهِۦ﴾	7		21

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية

لا ضرر ولا ضرار	21-10 46-43
أَبْغَضُ الْحَلاَلِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلاَقُ	10
أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ مَا تَرَكَ غِنًى وَالْيَدُ الْعُلْيَا خَيْرٌ مِنْ الْيَدِ السُّفْلَى	11
لَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ وَلَا تَنَاجَشُوا وَلَا يَزِيدَنَّ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ	29
"أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ؟ " قَالُوا: بَلَى، يَا رَسُولَ اللَّهِ	30
الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ	31
أحق الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ	31

مَا بَالُ رِجَالٍ مِنْكُمْ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ	32-31
اللَّهُمَّ هَذِهِ قِسْمَتِي فِيمَا أَمْلِكُ، فَلَا تَلُمْنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ	49
الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ	65
الولد للفراش وللعاهر الحجر	96

ثالثا: فهرس الأعلام

العلم	**رقم الصفحة**
هو أبو عبد الله محمد بن عرفة الورغمي التونسي ت803هـ	19
هو أبو أمية شريح ابن الحارث القاضي ت82هـ	36
محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب ت123هـ	36

قائمة المصادر والمراجع

_ القرآن الكريم

أولا_ كتب التفسير

1- الألوسي: أبو الثناء شهاب الدين الفضل ت1270هـ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني. ج28 لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي: د.ت).

2- ابن العربي: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر ت543هـ، أحكام القرآن. راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه، محمد عبا القادر، ج1 (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ/2003م).

3- الجصاص: أبو بكر أحمد ت370هـ، أحكام القرآن. ج2 (لا.ط؛ بيروت: دار الكتاب العربي، 1986م).

4- الرازي: فخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي الشافعي ت 604هـ، التفسير الكبير. (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية ،1421هـ/2000م).

5- الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس ت204هـ، تفسير الإمام الشافعي. جمع وتحقيق أحمد مصطفي الفران (ط:1؛ السعودية: دار التذمرية، 1428هـ/2006م).

6-الطبري: أبو جعفر محمد جرير الطبري ت 310هـ، جامع البيان عن تأويل آي القرآن. ج4 (لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، د.ت).

7- النيسابوري: أبو إسحاق أحمد بن محمد ت405هـ، الكشف والبيان ــ تحقيق : الإمام أبي محمد بن عاشور ج10(ط: 1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي ، 1422هـ / 2002م).

ثانيا_ كتب السنة

1- أبو داوود: سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد ت275هـ، السنن. تحقيق: شعيب الارنؤوط-محمد كامل قرة بللي، ج3 (ط:1؛ لا.م: دار الرسالة العالمية، 1430هـ/2009م).

2- ابن ماجة: أبوعبد الله محمد بن يزيد القزويني ت273هـ، السنن.تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، أحمد برهوم،ج 3(ط:1؛لا.م:دار الرسالة العالمية، 1430هـ/2009م).

3- البخاري: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي ت256، الجامع الصحيح. ضبط وترقيم وشرح وفهرسة: د. مصطفى البغا، ج7 (ط:1؛ لا.م: دار طوق النجاة، 1422هـ)،.

4- البيهقي: أحمد بن حسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخرساني أبو بكر البيهقي ت458هـ، السنن الكبرى. تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج6 (ط:3؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ /2003م).

5- الترمذي: محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك الترمذي ت279هـ، الجامع الصحيح سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون. ج3(لا.ط؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي،د.ت).

6- العسقلاني: ابن حجر العسقلاني 852هـ، فتح الباري شرح صحيح البخاري. تحقيق: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل الشافعي، ج13 (ط: 1؛ بيروت: دار المعرفة، 1379هـ).

7- العيني: بدر الدين محمود بن احمد العيني ت855هـ، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري. (ط:1؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت).

ثالثا: المعاجم اللغوية

1- إبراهيم مصطفى. أحمد الزيات. حامد عبد القادر. محمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، ج2 (لا. ط؛ لا.م: دار الدعوى، د.ت).

2- ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب. تحقيق: عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، ج4 (لا. ط؛ القاهرة: دار المعارف، د.ت).

3- المنجد الأبجدي، ط:1؛ لبنان: دار المشرق، 1967م.

رابعا: كتب الفقه

1-الفقه الحنفي

أ- ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ت1225هـ، رد المحتار على الدري المختار. ج3 (ط: 2؛ بيروت: دار الفكر، 1412هـ/1992م).

ب- ابن نجيم : زين الدين ت1096هـ، بحر الرائق شـــرح كنز الدقائق. (ط: 2؛ لا.م: دار الكتاب الإسلامي، د.ت).
ت- ابن الهمام :كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ت681هـ ، شرح فتح القدير. ج4 (ط:1؛ لبنان: دار الكتب العلمية، 2003).
ث- الحصـكفي: علاء الدين الحصـكفي ت1088هـ، الدر المختار في شـرح تنوير الأبصـار. ج5 (لا. ط؛ بيروت: دار الفكر، 1386هـ).
ج- الســـرخســـي: شمس الدين أبو بكر ت 483هـ، المبســـوط. تحقيق: خليل محي الدين الميس.ج5 (ط:1؛ بيروت: دار الفكر ،1421هـ/2000م).
ح- الكاســـائي : علاء الدين أبو بكر ت587هـ، بدائع الصـــنائع في ترتيب الشـــرائع. ج4 (لا.ط؛ بيروت: دار الكتاب العربي ،1982).
خ- المولى: محمد بن فراموز بن علي ت885هـ، درر الحكام شـــرح غرر الأحكام.ج2(لا.ط؛ لا.م: دار إحياء الكتب العربية، د.ت).

2-الفقه الشافعي

أ- الرشـيدي: أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المغربي، حاشـية المغربي على نهاية المحتاج. ج7 (لا.ط؛بيروت :دار الفكر، 1404 هـ/1984م).
ب- الشـافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس ت204هـ، الأم.ج5(لا.ط؛ بيروت: دار المعرفة، 1393هـ).
ت- الشـــربيني: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج.ج3(ط:1؛لا.م:دار الكتب العلمية،1415 هـ/1994).
ث- الشـــيرازي: أبو إســـحاق إبراهيم بن علي بن يوســـف ت476هـ، المهذب في فقه الإمام الشافعي. ج2 (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1995م).
ج- الماوردي: أبو الحســـن علي بن محمد بن حبيب البصـــري البغدادي ت450هـ، الحاوي الكبير. ج16 (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت).

ح- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. ج9(ط:4،سوريا: دار الفكر، 2012).

3-الفقه المالكي

أ- ابن رشـــد الحفيد: أبو الوليد محمد بن أحمد ت595هـ،بداية المجتهد ونهاية المقتصـــد. ج 2(ط:4؛ مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1395هـ/1975م).

ب- الباجي: أبو وليد ســـليمان ت 494هـ، المنتقي شـــرح موطأ مالك. تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا. ج5 (ط: 1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م).

ت- البغدادي: أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصـــر الثعلبي البغدادي ت422هـ، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق:أبو أويس محمد بوخبزة الحســـني التطواني.ج1(ط:1؛لا.م:دار الكتب العلمية، 1425هـ/2004 م).

ث- الخرشـــي: محمد بن عبد الله بن علي ت1101هـ، شـــرح مختصـــر خليل. ج4 (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت).

ج- الدردير: سيدي أحمد أبو البركات، الشرح الكبير.ج2 (لا. ط؛ بيروت: دار الفكر العربي، د. ت).

ح- الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ت1230هـ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج2 (لا.ط؛ بيروت: دار الفكر، د.ت).

خ- الرصـــاع: أبو عبد الله محمد الأنصـــاري ت894هـ، شـــرح حدود ابن عرفة. (ط:1؛ دار الغرب الإسلامي، بيروت: لبنان، 1993م).

د- الرعيني: أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل.ج5 (ط:1؛بيروت: دار الكتب العلمية، 1995م).

ذ- الغرياني: الصـــادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته. ج3 (ط:1؛ بيروت: الريان للطباعة، 1423 هـ/ 2002م) .

ر- القرافي: شـــهاب الدين أحمد بن إدريس ت684هـ، الذخيرة.ج4(ط:1؛لبنان: دار الغرب الإسلامي، 1994م).

ز- مالك ابن انس الأصبحي ت179هـ، الموطأ. تحقيق: زكريا عميرات. ج2 (لا.ط؛ بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت).

4-الفقه الحنبلي

أ- ابن قدامه: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد ت620هـ، المغني. شرح مختصر الخرقي. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج10 (ط: 3؛ السعودية: دار عالم الكتب، 1997م).

ب- البهوتي: منصور بن يونس بن أدريس ت1051هـ، شرح منتهى الإرادات. تحقيق: عبد الله بن محسن التركي،ج5 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2000م).

ت- البهوتي منصور بن يونس ت1051هـ، كشاف القناع على متن الإقناع. ج5 (لا.ط؛ لا.م: دار الكتب العلمية، د.ت).

خامسا: كتب القانون

1- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مصر: دار الكتب القانونية، 2004م.

2- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية. صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر. (لا.ط، الجزائر: دار الهدى، 2007م).

3- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الزواج والطلاق .ج1(لا.ط؛ لبنان: دار النهضة العربية، 1957م).

4 - بن شيخ آث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية. ج1 (ط: 2؛ الجزائر: دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2006م).

5- حسين طاهري ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري،(ط:1، الجزائر: دار الخلدونية ،2009م).

6- حسين فريجه ، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ديوان المطبوعات الجامعية، 2010م.

7- الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، (ط: 1،الجزائر: دار الخلدونية ، 2008م).
8- رمضان علي السيد السرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (لا.ط؛ بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2002م).
9- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون القضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، (ط:1؛ لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2002م).
10- طارق آل سالم بن أنور، الواضح في أحكام الطلاق. (لا.ط؛ مصر: دار الإيمان، 2004م).
11- عبد الحفيظ عبد ربه، الثورة الاجتماعية في الإسلام. (لا.ط، بيروت: دار الكتاب اللبناني، 1980م).
12- عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (ط:2، الجزائر: منشورات بغدادي، 2009م).
13- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، (ط:3؛ الجزائر: دار هومة، 1996).
14- عبد الكريم زيدان، المفضل في أحكام المرأة وبين المسلم في الشريعة الإسلامية.ج5 (لا.ط؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، د.ت).
15- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. ج1 (ط:4؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية 2005م).
16- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق. (ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 1981).
17- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة. مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، الجزائر، مطبعة طالب، 2008م .

18- ليلى حسن محمد الزوبعي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية.(ط: 2؛ الأردن: مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، 2000م).
19- محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق. (ط:1؛ سوريا: دار المكتبي للطبع والنشر والتوزيع، 1998).
20- محمد الشـــافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأســـرة. (ط:1؛ مراكش: المطبعة والوراقة الوطنية زنقة أبو عبيدة 2010م).
21- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسـرة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسـلامي والقانون والقضـاء. دراسة لقوانين الأحوال الشـخصية، (لا.ط؛ الإسكندرية: الجامعة الجديدة، 2007م).
22- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإســـلامي. كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع الطبعة الأولى1416هـ/1996م.
23- محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه الإسلامي، (ط:5 ؛ الجزائر: الشهاب، 1994).
24- محمد مصـطفى شـلبي، أحكام الأسـرة في الإسـلام. "دراسـة مقارنة" بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون (ط:4؛ الإسكندرية: الدار الجامعية، 1983م)
25- المصـــري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأســـرة الجزائري. (لا.ط؛ الجزائر :دار هومه للطباعة والنشر،2010م) .
26- نايف محمد الجنيدي، عضـل النسـاء والتفريق للشـقاق بين الشـريعة والقانون. (ط:1؛ عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010م).
27- نورة منصوري، التطليق والخلع في القانون والشريعة الإسلامية. (لا.ط: دار الهدى: عين مليلة، الجزائر، د.ت).

سادسا: الرسائل الجامعية

1- حياة عفرة، إشكالات الحضانة في الزواج المختلط. (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية) كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بودواو، 2016م.

2- سمية صغيري، المركز القانوني للمرأة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق. (مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية)،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2015م.

3- سمية عبد العزيز، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري. (مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود)، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015م.

4- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات في فانون الأسرة الجزائري.(مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007م.

5- صالح الحسيني، انحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستجدة في قانون الأسرة الجزائري. (رسالة لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية تخصص أحوال شخصية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2014 /2015.

6- صورية غربي، حماية الحقوق المالية للقصر في قانون الأسرة الجزائري. (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015م.

7-عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين. دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني (رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، إشراف الدكتور أحمد السويسي)،كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية لغزة، فلسطين، 1425هـ/2004م.

8- كمال فريحاوي ، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة(مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية) كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
9- لعمارة محمد صورية، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري وتعديلات المقترحة. (الزواج و الطلاق)، مذكرة التخرج للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، 2005م/2002م.
10- ماجد توفيق حمادة سمور، التفريق بين الزوجين للردة أو إباء الإسلام وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية في قطاع غزة، (رسالة استكمال لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي). كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية، غزة، 2010م.
11- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، (بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص: فقه وأصوله)، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، نوقشت في 2009.
12- نبيلة تركماني، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية. (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية)،كلية الحقوق بن عكنون،جامعة الجزائر، 2000.
13- نشيده مداني هجيرة، حقوق الطفل بين الشريعة والقانون. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص)، كلية الحقوق، الجزائر، 2012م.
14- نعيمة تبودوشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص)، جامعة الجزائر، 2000.
15- نعيمة زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005م.
16- اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في القانون الأسرة الجزائري، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع عقود ومسؤولية)، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2003م.

17- يوسف عزيرية، التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا. (مذكرة تخرج للقضاء)، المعهد الوطني للقضاء 2003م/2004م.

سابعا: المجلات العلمية

1- شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون "دراسة مقارنة"، مجلة رسالة الحقوق العلمية، العراق، جامعة بغداد، ع:1،2009م .

2- عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون/ 84 11قانون الأسرة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر ع: 41، 2003م.

3- العربي بلحاج، صور الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسة، الجزائر، ع: 3، 1990م،.

ثامنا: النصوص القانونية

1-الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق ل 8يونيو 1996 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر2006 ،الصادر بالجريدة الرسمية عدد84 ،الصادر بتاريخ 21 ديسمبر 2006

2- القانون رقم84-11المؤرخفي 9رمضان 1404الموافق9يونيو1984المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02 المؤرخ في18محرم1426الموافق 27فبراير2005 المتضمن قانون الأسرة.

3- قانون رقم 08-09المؤرخ في 18صفر عام 1429هـ الموافق25 فبراير2008م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 66-154المؤرخ في 18صفر 1386هالموافق 8 يونيو 1966م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تاسعا: المجلات القضائية

4- المجلة القضائية، ع:03، 1989م.

5- المجلة القضائية، ع:01، 1992م.

6- المجلة القضائية، ع:01، 2014م.

7- المجلة القضائية، ع:01، 1998م.

8- المجلة القضائية، ع: 02، 2011م.
9- المجلة القضائية، ع: 02، 2004م.
10- المجلة القضائية، ع: 02، 2011م.
11- المجلة القضائية، ع: 01، 1993م.

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
إهداء	
شكر وتقدير	
مقدمة	أ
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتطليق	1
المبحث الأول: مفهوم التطليق ومشروعيته	2
المطلب الأول: مفهوم التطليق	2
الفرع الأول: التعريفات الواردة للتطليق	2
الفرع الثاني: الفرق بين التطليق وما يشابهه من مصطلحات	5
المطلب الثاني: مشروعية التطليق وطبيعته	7
الفرع الأول: مشروعية التطليق	7
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتطليق	14
المبحث الثاني: أسباب التطليق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	19
المطلب الأول: أسباب التطليق التي توافق فيها المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي	19
الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق	19
الفرع الثاني: التطليق للغياب	24
الفرع الثالث: التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر	27
الفرع الرابع: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.	28
الفرع الخامس : التطليق للعيوب	32
الفرع السادس: التطليق للضرر المعتبر	40

المطلب الثاني: أسباب التطليق التي انفرد بها المشرع الجزائري	44
الفرع الأول: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين	44
الفرع الثاني: التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري	48
الفرع الثالث: التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة	51
الفرع الرابع: التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة	54
الفصل الثاني: الإجراءات والآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية بالتطليق	56
المبحث الأول :الإجراءات الشكلية للتقاضي في دعوى التطليق	57
المطلب الأول: رفع دعوى التطليق	57
الفرع الأول: طرق رفع الدعوى إلي المحكمة	57
الفرع الثاني: شروط قبول دعوى التطليق	58
الفرع الثالث: جهة إصدار الحكم بالتطليق	60
المطلب الثاني: مراحل سير دعوى التطليق	61
الفرع الأول: إجراءات الصلح والتحكيم	62
الفرع الثاني: طبيعة الأحكام الصادرة عن التطليق	70
المبحث الثاني: الآثار الناتجة عن فك الرابطة الزوجية بالتطليق	74
المطلب الأول: الآثار المترتبة عن التطليق والمتعلقة بالمرأة	74
الفرع الأول: واجب العدة	74
الفرع الثاني: الحق في النفقة	79
الفرع الثالث: الحق من متاع بيت الزوجية	84
الفرع الرابع: الحق في التعويض	89
المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن التطليق والمتعلقة بالولد	91
الفرع الأول: الحق في النسب	91
الفرع الثاني: الحضانة	93

الخاتمة	
قائمة المصادر والمراجع	
فهرس الآيات القرآنية	
فهرس الحديث النبوي	
فهرس الأعلام	
فهرس الموضوعات	