

جامعة مولود معمري تيزي وزو  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية

انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري  
(دراسة مقارنة)

مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون

فرع: المسؤولية المهنية

تحت إشراف:

الدكتور سعيد بويزري

إعداد الطالب

عبد الرحيم مقداش

لجنة المناقشة:

الدكتور محمد الشريف كتو – أستاذ، جامعة مولود معمري – تيزي وزو ..... رئيسا.

الدكتور سعيد بويزري – أستاذ محاضر (أ)، جامعة مولود معمري – تيزي وزو ..... مشرفا ومقررا.

الدكتور رشيد واضح – أستاذ محاضر (أ)، جامعة مولود معمري – تيزي وزو ..... ممتحنا.

تاريخ المناقشة: 2013/12/19

(وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ

بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا

تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُومًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ

الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ)

سورة البقرة الآية 231.

## إهداء

إلى والدي الحبيبين الذين كانا دائماً لي سنداً وسبباً في نجاحي في حياتي وجميع أطوار دراستي

إلى أختائي وأخي الذين ما توقفوا عن تشجيعي وتقديم الدعم لي

إلى تلك التي وقفت بجانبني دوماً، إلى زوجتي الحبيبة

إلى كل من لهم فضل علي في تعليمي

إلى جميع إخواني وأصحابي الذين وقفوا بجانبني وقدموا لي الدعم والتشجيع

إلى هؤلاء جميعاً أهدى ثمرة هذه الجهود بعد توفيق الله عز ووجل

## تشكرات

أقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الفاضل الدكتور سعيد بويزري على قبوله الإشراف علي في إنجاز هذا العمل أولاً، ثم على النصح والإرشاد والتوجيه ابتداءً من اختيار موضوع البحث إلى اللمسات الأخيرة منه، وذلك بحكم خبرته الواسعة وباعه الكبير في هذا المجال.

إلى جميع الأساتذة والزملاء، وأخص بالذكر أساتذة لجنة المناقشة الذين قبلوا الإشراف علي مناقشتي في هذا البحث مع علو قدرهم.

## مقدمة

لقد قضت حكمة الله تبارك وتعالى أن استدامة النسل البشري وعمارة الأرض يكون عن طريق التوالد والتناسل، فخلق الله تعالى الإنسان من ذكر وأنثى وفطر كل منهما على التجاذب نحو الآخر، تحقيقاً للسكن النفسي، فقال الله عز وجل: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ)<sup>1</sup>.

وتكريماً لبني آدم فقد ضبط الله عز وجل هذه العلاقة بين الذكر والأنثى، فجاءت الشريعة الإسلامية منظمة لها عن طريق سن الزواج والحث عليه من جهة، وعن طريق ضبط أحكامه على أساس يكفل للحياة الزوجية الدوام والسعادة من جهة أخرى، وهذا كله في إطار معادلة موزونة بين حقوق وواجبات كل منهما نحو الآخر.

وكما أن الشريعة عنيت بتنظيم أحكام الزواج وطرق عقده وإنشائه ثم آثاره عناية كبيرة، على وجه يوفر السعادة والسكن النفسي للزوجين، فكذاك جاءت هذه العناية في قانون الأسرة الجزائري، الذي استمد المشرع نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية وأحال إليها فيما لم يرد فيه نص وهو ما قررته المادة 222 منه والتي جاء فيها "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وبالرغم من تلك العناية فإنه قد يطرأ على الحياة الزوجية ما يعكر صفوها، فيتولد الشقاق بين الزوجين، وقد يبلغ درجة تعجز معه محاولات الصلح والتحكيم عن تجاوزه، فتكون الفرقة بينهما الحل الوحيد المتبقي لإزالة هذا الشقاق المستمر، فلأن ينتهي زواج لم يعد ينتج أهدافه ويجني ثماره، خير من الإبقاء عليه في جو مشحون بالخلافات مما يؤثر سلباً على الزوجين والأسرة والمجتمع ككل، ولم يغفل المشرع الجزائري عن تنظيم أحكام انحلال الرابطة الزوجية، التي وردت في الباب الثاني من قانون الأسرة بعنوان انحلال الزواج.

وهذا البحث يتضمن دراسة مقارنة في مدى تطابق نصوص قانون الأسرة الجزائري مع أحكام الفقه الإسلامي في موضوع انحلال الرابطة الزوجية.

ومع العلم بأن الوفاة تعتبر أحد الطرق التي ينحل بها الزواج إلا أنه لم يتم التطرق إليها في هذا البحث من خلال مبحث مستقل، إذ لا يد للزوجين فيها، إذ كان التركيز على الطرق التي يملكها الزوجان لحل الرابطة الزوجية، ومع ذلك لم أغفل الآثار المترتبة على الفرقة بين الزوجين بالوفاة.

وتم اختيار هذا البحث بالذات، قصد التناول بالدراسة الإشكالات المطروحة بموجب النزاعات القائمة بين الأزواج في المحاكم، خصوصاً ما يتعلق منها بالطريق الذي تلجأ إليه الزوجة للتحرر من علاقة لا يتحقق معها الهدف من الزواج، أو دفع لضرر كانت تعانیه، والأحكام التي يجب على المطلقة الالتزام بها، وما يقع على الزوج إذا طلق بإرادته المنفردة من التزامات مالية وأخرى شرعية هذا من جهة، ومن جهة أخرى ما يلاحظ من اضطراب

<sup>1</sup> سورة الروم، الآية 21.

وتناقض بين مواد قانون الأسرة بعضها البعض أحيانا، أو بينها وبين أحكام الشريعة الإسلامية أحيانا أخرى، وهذا ما لا يرضاه المواطن الجزائري المسلم لدينه، كما لا يرضاه المقنن الجزائري وهو الذي استمد نصوص القانون من أحكام الفقه الإسلامي.

ولهذا جاء هذا البحث عبارة عن دراسة مقارنة بين ما ورد في قانون الأسرة الجزائري من مواد متعلقة بطرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها وما جاء في الفقه الإسلامي، اعتمادا على ما ذهب إليه فقهاء المذاهب الأربعة المعتمدة، وهي المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة، يضاف إليها المذهب الإباضي والظاهرية.

وقد جاء هذا البحث في مقدمة وفصلين وخاتمة، تضمن الفصل الأول طرق انحلال الرابطة الزوجية في أربعة مباحث، عالج الأول موضوع الفسخ والثاني موضوع الطلاق والثالث التطليق والرابع الخلع، وتضمن الفصل الثاني الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية، وجاء كذلك في أربعة مباحث، الأول في الرجعة والثاني في العدة والثالث في الحضانة والرابع في النفقة.

## الفصل الأول: طرق انحلال الرابطة الزوجية

إن الحياة الزوجية قائمة على المعاشرة بين الزوجين بالمودة والرحمة والتعاون على متطلبات الحياة، وقد جعلت الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة الجزائري جملة من الأحكام لحماية هذه العلاقة من التخلخل، ما دام الزواج عقد صحيحاً، ولم يكن تحت طائلة الفسخ، ومع ذلك فإنه قد يطرأ على الحياة الزوجية ما قد يعكر صفوها، فيتعاون الزوجان على تجاوزها، ثم قد يتطلب الأمر إلى التحكيم العائلي للإصلاح بينهما، بالنصح والتذكير بعواقب هذا الخلاف على الزوجين وعلى الأبناء، غير أنه إذا استعصت هذه المشاكل عن الحل، وتراءى للزوجين استحالة استمرار هذه الرابطة الزوجية، كانت الفرقة بينهما آخر الحلول، وتنحل الرابطة الزوجية بالطرق الآتية:

- الفسخ
- الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.
- التطليق، أو التفريق القضائي.
- الخلع.

## المبحث الأول

### انحلال الرابطة الزوجية بالفسخ

إن عقد الزواج عقد مبني على نية الأبدية فهو مستمر بين الزوجين مدى الحياة ما دام نشأ صحيحاً ولم يطرأ عليه أي طارئ يفسده، أما إذا حدث خلل في تكوين العقد ونشأته، أو نشأ العقد صحيحاً ولكن طرأ عليه طارئ أفسده، فيكون هذا الزواج معيباً واقعا تحت طائلة الفسخ<sup>1</sup>، ما قد يجعل الرابطة الزوجية تنحل بالفسخ.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فإننا نجد نص في المادة 47 منه على ما يلي: " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة."

فالمادة 47 بهذا النص صريحة بأن انحلال الزواج لا يكون إلا بأحد طريقتين هما الطلاق أو الوفاة، ومع ذلك بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد في بعض مواد نص صراحة على الفسخ كطريق من طرق انحلال الزواج، مثل نص المادة 34.

ومن هنا لا بد بداية من التمييز بين الفسخ والطلاق للتعرف على الفوارق بينهما، ثم عرض آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في موضوع الفسخ، ليتم استحضار ما ورد في قانون الأسرة الجزائري في فسخ الزواج ومقارنته مع أحكام الفقه الإسلامي.

---

<sup>1</sup> توفيق شندارلي، فسخ عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل درجة الماجستير فرع عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، الجزائر، 1996، ص02.

## المطلب الأول

### تمييز الفسخ عن الطلاق

إن الفرقة بين الزوجين قد تكون طلاقاً يحدث بموجبه إنهاء عقد الزواج ولا يزول الحل المترتب عليه إلا بعد البيونة الكبرى، أي بعد الطلقات الثلاث، وقد تكون الفرقة فسخاً يحدث بموجبه نقض للعقد من أساسه وإزالة للحل الذي يترتب عليه.<sup>1</sup>

وعلى هذا فإن الفرقة التي تكون بين الزوجين فسخاً تتميز عن تلك التي تكون طلاقاً، سواء من جهة المعنى، أو من جهة السبب، أو من جهة الأثر، ولكن قبل هذا، يلزم الإشارة إلى آراء الفقهاء في ضبط الأساس الفقهي لفسخ الزواج.

### الفرع الأول

#### الأساس الفقهي لفسخ الزواج

اختلفت آراء الفقهاء في ضبط الأساس الفقهي لفسخ الزواج على أقوال عدة، فمنهم من أسس الفسخ على فكرة هلاك المعقود عليه، ومنهم من أسسه على إرادة الطرفين، ومنهم من أسسه على قاعدة لا ضرر ولا ضرار، ومنهم من أسسه على فكرة المقصود من العقد، ومنهم من أسسه على ركن الرضا.

#### أولاً: تأسيس الفسخ على فكرة هلاك المعقود عليه

حسب أصحاب هذا القول فإن فسخ الزواج يتأسس على فكرة هلاك المعقود عليه أو عدم صلاحيته، وحجة أصحاب هذا القول حديث النبي صلى الله عليه وسلم " لو بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟ "2، رواه مسلم.

وعلى هذا فإنه إذا هلك المعقود عليه في الزواج أو تعيب فلم يعد صالحاً، فإنه يجوز عندئذ فسخ الزواج.

#### ثانياً: تأسيس فسخ الزواج على إرادة المتعاقدين

إذا اتفق المتعاقدان على شروط والتزامات عند العقد ولم يتم الوفاء بها فيحق حينئذ فسخ العقد، وحجة أصحاب هذا الرأي حديث النبي صلى الله عليه وسلم " المسلمون على شروطهم "3، رواه أبو داود وأحمد.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1985، ص348.  
<sup>2</sup> أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، شرح صحيح مسلم، الجزء العاشر، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، (دون تاريخ النشر)، ص205.  
<sup>3</sup> أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي، شرح السنة، الجزء الثامن، المكتبة الإسلامية، لبنان، 1974، ص209.

### ثالثاً: تأسيس فسخ الزواج على قاعدة لا ضرر ولا ضرار

ويستند أصحاب هذا القول إلى حديث النبي صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " <sup>1</sup> رواه ابن ماجة والدارقطني، وعلى هذا الأساس يقول الفقهاء أن كل حكم في الشرع وضعي أو تكليفي يوجب ضرراً فهو مرفوع. فإذا لحق بأي من الزوجين ضرر مما يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية جاز للمتضرر أن يطلب رفع الضرر عنه بفسخ الزواج.

### رابعاً: تأسيس فسخ الزواج على فكرة المقصود من العقد

يقول ابن تيمية أنه إذا بقي من المنفعة ما ليس هو المقصود بالعقد بطل العقد، أي فسخ العقد، وهو قول أكثر العلماء، لأن المنفعة لما لم تكن مقصودة كان وجودها أو عدمها سواء، وكذلك سائر العقود التي يتعذر فيها الوصول إلى المقصود من العقد.

### خامساً: تأسيس فسخ الزواج على ركن الرضا

يرى أصحاب هذا القول بأن أساس العقد هو الرضا والمحل، مع وجوب قيام رابطة بين هذين الأساسين، لأن العقد عبارة عن اتحاد القبول بالإيجاب اتحاداً يظهر أثره في المحل وهو المعقود عليه، فإذا ما انعدم الرضا ابتداءً بأن لم يتفق الإيجاب والقبول، أو لم يظهر أثره على المعقود عليه بأن كان هالكا، كان العقد باطلاً، وإذا ما توفر ركن الرضا عند نشوء الالتزام غير أنه لم يحدث أثره بأن انعدمت الصلة التي كانت تربطه بالمحل، أو ظهر أن هذه الصلة كانت معيبة كان العقد مفسوخاً وقابلًا للفسخ على حسب الحالات. <sup>2</sup>

<sup>1</sup> ناظم محمد سلطان، قواعد وفوائد من الأربعين النووية، الطبعة السادسة، دار الهجرة، المملكة العربية السعودية، 2000، ص 272.  
<sup>2</sup> عبد المؤمن شجاع الدين، فسخ الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون اليمني والقوانين العربية، (دون دار نشر)، صنعاء، 2007، ص من 40 إلى 42.

## الفرع الثاني

### الفرق بين الفسخ والطلاق من جهة المعنى

#### أولاً: الطلاق

- الطلاق لغة هو حل القيد مطلقاً، وقيل الطلاق موضوع في الأصل للتخلية من القيد، وباقي المعاني متشعبة منه.
- الطلاق في الاصطلاح يمكن تعريفه بأنه حل قيد النكاح بألفاظ مخصوصة في الحال أو في المآل، وهو ما لا يكون إلا من زواج صحيح.<sup>1</sup>

#### ثانياً: الفسخ

- الفسخ في اللغة يطلق على عدة معانٍ، منها النقص والرفع والقطع والإزالة، يقال: فسخ العقد نقضه، ورفع.
- الفسخ في القانون المدني هو حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد المتعاقدين، إذا أخل أحدهما بالتزاماته العقدية، ليتحرر المتعاقد الآخر من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد.<sup>2</sup>
- الفسخ في الاصطلاح هو حل الرابطة الزوجية عند طروء سبب الفسخ، ويكون في العقد الصحيح وغير الصحيح.

## الفرع الثالث

### الفرق بين الفسخ والطلاق من جهة السبب

الطلاق غالباً ما تكون أسبابه من قبيل أسرار الحياة الزوجية، ليس فيها ما يتنافى مع عقد الزواج، لأن الطلاق لا يكون إلا بناء على زواج صحيح، والأسباب المؤدية إلى الطلاق كثيرة لا يمكن حصرها، فهي أسباب قد تكون مادية كالفقر وضيق المستوى المعيشي، واختلاف المركز الاجتماعي بين الزوجين، وقد تكون الأسباب معنوية كعدم الانسجام الجنسي، والخلافات المستمرة بين الزوجين، وغيرها كثير.

أما الأسباب المؤدية إلى الفسخ فإما أن تكون تداركاً لأمر اقترن بإنشاء العقد، أي الفسخ للسبب المقترن بالعقد، وإما أن تكون عارضا يمنع دوام النكاح، أي الفسخ للسبب الطارئ على العقد.

<sup>1</sup> المصري ميروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هوم، بوزريعة، الجزائر، 2010، ص43.  
<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص371.

## أولاً: الفسخ للسبب المقترن بإنشاء العقد

ومن أمثلة الأسباب المقترنة بإنشاء العقد ما كان الفسخ فيه بسبب خيار البلوغ، أو العقد على الرشيدة بمن لا يكافئها، أو الفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل عند أبي حنيفة.

## ثانياً: الفسخ للسبب الطارئ على العقد

ومن أمثاله ما كان سبب الفسخ فيه ردة أحد الزوجين، أو أن يبدر من أحدهما ما يوجب حرمة المصاهرة.<sup>1</sup>

## الفرع الرابع

### الفرق بين الفسخ والطلاق من جهة الأثر

وفي هذا المجال سيتم تبين الفرق بين الفسخ والطلاق بالنظر لما ينتجانه من أثر، وذلك من حيث: إنهاء الرابطة الزوجية، وجوب المهر، احتساب عدد الطلقات، وقوع طلاقٍ ثانٍ في عدة طلاقٍ أول، ومن حيث الأثر الرجعي.

### أولاً: إنهاء الرابطة الزوجية

- تنحل بالطلاق الرابطة الزوجية في الحال إذا كان بائناً، وفي المآل إذا كان الطلاق رجعياً.
- الفسخ تنحل به الرابطة الزوجية دائماً في الحال.

### ثانياً: وجوب المهر قبل الدخول

- يوجب الطلاق قبل الدخول للمرأة نصف المهر المسمى، فإن لم يكن المهر مسمى استحقت المتعة.
- الفسخ قبل الدخول: لا يجب فيه للمرأة شيء من المهر ولا المتعة.

### ثالثاً: احتساب عدد الطلقات

- إن الطلاق إذا وقع صحيحاً فإنه يحتسب على الزوج طلقة، حتى إذا طلقها ثلاثاً فإنها لا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً آخر، فيطلقها أو يموت عنها.
- أما الفسخ فلا يحتسب فيه على الزوج من مجموع الطلقات الثلاث، فلو أن أحد الزوجين ارتد عن الإسلام ففسخ الزواج، فإذا تاب ورجع إلى الإسلام وعاد الزوجان إلى الحياة الزوجية، فإن الزوج يملك نفس عدد الطلقات التي كان يملكها قبل الفسخ.<sup>2</sup>

### رابعاً: وقوع طلاقٍ ثانٍ في عدة طلاقٍ أول

<sup>1</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص 277.  
<sup>2</sup> عيد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة المختار، القاهرة، 2004، ص 220.

- إن المطلقة الرجعية يقع عليها طلاق ثان في عدة طلاق أول عند جمهور الفقهاء، وللزوج أن يراجعها إذا شاء من غير مهر ولا عقد جديدين.
- أما الفسخ فإنه يقع بائناً، فلا طلاق عليها في عدتها، ولا يمكن له مراجعتها.<sup>1</sup>

### خامساً: من حيث الأثر الرجعي

- الطلاق ينحل به الزواج في الحال أو المآل، وليس له أثر رجعي، أي لا يمتد أثر الطلاق إلى ما قبل إيقاعه.
  - أما الفسخ فيكون ذا أثر رجعي، فإذا كان الفسخ لسبب مقترن بإنشاء العقد، فيكون الفسخ حينئذ بأثر رجعي إلى وقت نشوء العقد، أما إذا كان الفسخ لسبب طارئ على العقد فيكون حينئذ الفسخ بأثر رجعي إلى وقت طروء السبب، ويكون بأثر رجعي من وقت قضاء القاضي به إذا كان متوقفاً عليه.<sup>2</sup>
- وهذه الفروق التي توضح الاختلاف الكبير بين الفسخ والطلاق خصوصاً من جهة آثار كل منهما، تبين لنا أهمية التمييز بينهما.
- وعلى هذا لا بد من التفصيل في موضوع الفسخ عن طريق دراسة آراء فقهاء الشريعة فيه.

---

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 45.

<sup>2</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 46.

## المطلب الثاني

### فسخ الزواج في الفقه الإسلامي

اختلفت آراء الفقهاء بين الفرقة التي تعد فسخا والفرقة التي لا تعد فسخا، ومن هنا كان لابد من استعراض أقوال الفقهاء في هذه المسألة حتى يتسنى للإمام بحالات الفسخ في الفقه الإسلامي.

#### الفرع الأول

##### حالات الفسخ عند المالكية

ذهب المالكية إلى أنه إذا كان السبب الموجب للفرقة غير راجع إلى الزوجين بل يرجع إلى الشارع الحكيم، بحيث لو أراد البقاء على الزوجية مع هذا السبب لم يصح هذا الزواج، تكون الفرقة فسخا، مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة.

وعلى هذا تكون الفرقة بين الزوجين فسخا عند المالكية في الحالات الآتية:

##### أولاً: الفرقة بسبب فساد العقد

وذلك إذا وقع العقد غير صحيح، كالزواج بالأخت أو بإحدى المحارم، أو الزواج بزوجة الغير أو معتدته.

##### ثانياً: إذا طرأ على الزواج ما يوجب الحرمة المؤبدة

كالاتصال الجنسي بشبهة من أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه، بما يوجب حرمة المصاهرة، وكذا الفرقة بسبب الرضاع.<sup>1</sup>

##### ثالثاً: الفرقة بسبب اللعان

سواء إذا لاعن الرجل امرأته أو إذا لاعن القاضي بينهما.<sup>2</sup>

واللعان أن يحلف الرجل إذا رمى امرأته بالزنا أربع مرات انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وأن تحلف المرأة عند تكذيبه أربع مرات إنه من الكاذبين، والخامسة أن لعنة الله عليها إن كان من الصادقين.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، النكاح-الطلاق، الطبعة الأولى، دار الأفاق العربية، القاهرة، 2006، ص 327.  
<sup>2</sup> مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الجيزة، 1988، ص122.  
<sup>3</sup> السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 2001، ص213.

## رابعاً: الفرقة بسبب إباء الإسلام

والفرقة تكون فسخا بسبب إباء الزوج الإسلام بعد أن أسلمت زوجته، أو إباء الزوجة غير الكتابية الإسلام بعد أن أسلم زوجها، لأن في هذا معنى لطروء فساد على العقد.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني

#### حالات الفسخ عند الحنفية

وقد اختلف فقهاء الحنفية في ضابط الفسخ، فاتفقوا بأن الفرقة إذا كانت من قبل المرأة تعتبر فسخا، وقال فريق منهم بأنه كذلك إذا كانت الفرقة من قبل الزوج وكان لها مثيل من جانب المرأة تكون فسخا.<sup>2</sup>

وعلى هذا فإن حالات الفسخ عند الحنفية هي كالآتي:<sup>3</sup>

#### أولاً: الفرقة بسبب إباء الزوجة الإسلام

تعتبر فسخا الفرقة بين الزوجين بسبب إباء الزوجة غير الكتابية الإسلام بعدما اسلم زوجها، لأن المشتركة لا تصلح لنكاح المسلم، وهذا الفسخ يتوقف على القضاء.

#### ثانياً: الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين

وتعتبر فسخا الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام، وهذا الفسخ لا يتوقف على القضاء، إذ يفترقان من تلقاء نفسيهما، وإذا لم يفترقا فرق القاضي بينهما.

#### ثالثاً: الفرقة لعدم الكفاءة

والكفاءة عرفها الدكتور عبد الرحمن الصابوني في كتاب شرح قانون الأحوال الشخصية أنها المساواة بين الزوجين في أمور اجتماعية بحيث يعتبر وجودها عاملاً من عوامل الاستقرار الزوجي، كما يعتبر الإخلال بها معكراً أو مفسداً للحياة الزوجية ويؤدي إلى الشقاق والضرر في غالب الأحوال.<sup>4</sup>

فإذا زوجت المرأة العاقلة البالغة نفسها من غير كفاء لها وبدون رضا وليها فالمرءى عن أبي حنيفة وأبي يوسف والمفتى به في المذهب عدم صحة زواجها.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 351-352.

<sup>2</sup> بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار التأليف، مصر، 1961، ص 211-212.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 349-350.

<sup>4</sup> سلمان نصر وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، الطبعة الأولى، دار الفجر، قسنطينة، الجزائر، 2005، ص 134.

وإذا زوج الولي العاصب - غير الأب الذي لم يعرف بسوء الاختيار- المرأة بغير كفاء، حق لها فسخ هذا الزواج.

والولي العاصب هو القريب الذي لا تكون قرابته للمرأة بواسطة الأنتى وحدها، كالأب والجد والأخ والعم وابن العم<sup>1</sup>، وهذا الفسخ كذلك متوقف على القضاء.

#### رابعاً: خيار بلوغ الصغير أو الصغيرة

فإذا زوج الصغير أو الصغيرة من الأولياء غير الأب أو الجد عند عدمهما وكان الزوج كفاء، والمهر مهر المثل، فإن للصغير أو الصغيرة حق طلب فسخ الزواج إذا بلغ.

#### خامساً: التفريق لنقصان المهر

إذا زوجت البالغة العاقلة نفسها من زوج كفاء لها ولكن بمهر أقل من مهر مثلها وبدون رضا أقرب عصبتها، فإن لهذا العاصب حق طلب فسخ الزواج إذا لم يتم الزوج مهر مثلها.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث

#### حالات الفسخ عند الشافعية

وضع الشافعية قاعدة مفادها أن كل فرقة بين الزوجين يوقعها الزوج أو من يقوم مقامه كالوكيل أو المفوض، تعد طلاقاً، وما عدا ذلك فهو فسخ.<sup>3</sup>

وعلى هذا فإن حالات الفسخ عند الشافعية هي:<sup>4</sup>

أولاً: فرقة إفسار مهر.

ثانياً: فرقة إفسار نفقة أو كسوة أو مسكن، بعد إمهال الزوج ثلاثة أيام.

ثالثاً: فرقة لعان.

رابعاً: الفرقة بسبب عيوب بأحد الزوجين وهي الجنون والجدام والبرص، أو رتق أو قرن بالزوجة، أو جب أو عنة بالزوج.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص88.

<sup>2</sup> عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة الثانية، دار القلم، الكويت، 1990، ص29.

<sup>3</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص52.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 252، 253.

- الرتق: انسداد محل الوطء إما باللحم أو العظم.
- القرن: شيء يبرز في فرج المرأة كقرن.
- الجب: المحبوب هو مقطوع الذكر.
- العنة: العينين هو الذي له ذكر صغير جدا كالزور.<sup>1</sup>

**خامسا: فرقة غرر.**

**سادسا: الفرقة بسبب وطء شبهة، كوطء أم زوجته أو ابنتها.**

**سابعا: فرقة إسلام أحد الزوجين أو رده.**

**ثامنا: فرقة إسلام الزوج على أكثر من أربع نساء، أو على أختين أو أكثر.**

**تاسعا: الفرقة لعدم الكفاءة.**

**عاشرا: فرقة انتقال الزوجة الكتابية من دين إلى دين آخر، كالانتقال من النصرانية إلى اليهودية.**

**حادي عشر: فرقة رضاع شرط كونه خمس رضعات متفرقات قبل مضي حولين.**

## الفرع الرابع

### حالات الفسخ عند الحنابلة

ذهب الحنابلة إلى أن كل فرقة تكون بألفاظ الطلاق صراحة أو كناية، وكذا تطليق القاضي إذا امتنع الزوج عن الطلاق بسبب الإيلاء هي كلها فرق طلاق، أما بقية الفرق فهي فسخ.<sup>2</sup>

وعلى هذا، فحالات الفسخ عند الحنابلة هي:<sup>3</sup>

**أولا: الفرقة بسبب الخلع إذا كان بغير لفظ الطلاق، وبغير نية الطلاق.**

**ثانيا: الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين.**

**ثالثا: الفرقة بسبب العيب المشترك وهو الجنون والصرع، أو لعيب مختص بالمرأة كالرتق والقرن والبخر، والقروح السيالة، وانخراق ما بين السيليين، أو مختص بالرجل كالجب والعنة.**

<sup>1</sup> محمد بن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، الدار العربية للكتاب، (دون مكان النشر)، 1985، ص 174، 175.

<sup>2</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 52.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 253، 254.

البخر: هو نتن الفرج.

رابعاً: الفرقة بسبب إسلام أحد الزوجين.

خامساً: الفرقة بسبب الإيلاء بواسطة القاضي إذا انقضت المدة وهي أربعة أشهر ولم يطلق الزوج بعدما يأمره القاضي بالطلاق.

والإيلاء هو أن يحلف الزوج ألا يطاء المرأة أكثر من أربعة أشهر، فإذا حل الإيلاء وهو أربعة أشهر، فإن لم يفئ الزوج طلقت عليه كرها.<sup>1</sup>

سادساً: الفرقة بسبب اللعان.

### الفرع الخامس

#### حالات الفسخ المتوقفة على القضاء وغير المتوقفة على القضاء

إن فسخ الزواج قد يتوقف على قضاء القاضي في بعض حالاته لوجود خفاء في سببه أو اشتراط في شروطه، فلا بد من التحقق من توافرها ومثال ذلك:

- الفرقة بسبب إيذاء الزوجة الإسلام بعدما أسلم زوجها.
- الفرقة لعدم الكفاءة.
- الفرقة بسبب خيار البلوغ لأحد الزوجين عند الحنفية.
- الفرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل.

وقد لا يتوقف الفسخ على قضاء القاضي لوضوح الأسباب الموجبة للفسخ فيفترق الزوجان بمجرد طروء سبب الفسخ<sup>2</sup>، وإن لم يفترقا من تلقاء نفسيهما تدخل القضاء للتفريق بينهما إلزاماً، وذلك مثل:

- الفسخ بسبب فساد العقد في أصله كالزواج بالمحرمة.
- الفسخ بسبب اتصال أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعها اتصالاً يوجب حرمة المصاهرة.
- الفسخ بسبب ردة الزوج.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محمد بن حارث الخشني، مرجع سابق، ص173.

<sup>2</sup> محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010، ص169.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص355.

## المطلب الثالث

### فسخ الزواج في قانون الأسرة الجزائري

نظم قانون الأسرة الجزائري موضوع فسخ الزواج في فصل النكاح الفاسد والباطل في المواد 32، 33، 34 والمادة 35، بالإضافة إلى المادة 8 مكرر 1 على النحو التالي:

- بطلان الزواج:

- إذا اشتمل الزواج على مانع يتنافى ومقتضيات العقد، استنادا إلى المادة 32.
- إذا اشتمل الزواج على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، استنادا إلى المادة 32.<sup>1</sup>
- إذا اختل ركن الرضا، استنادا إلى المادة 1/33.

- فسخ الزواج قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل:

- إذا تم الزواج بدون شاهدين، استنادا إلى المادة 2/33.
- إذا تم الزواج بدون صداق، استنادا إلى المادة 2/33.
- إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه، استنادا إلى المادة 2/33.<sup>2</sup>

- فسخ الزواج قبل الدخول وبعده:

- إذا تم بإحدى المحرمات، استنادا إلى المادة 34.<sup>3</sup>

- صحة العقد وبطلان الشرط:

- إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه، استنادا إلى المادة 35.<sup>4</sup>

- بالإضافة إلى الحالة المذكورة في المادة 8 مكرر 1 في قضية تعدد الزوجات، بحيث يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي<sup>5</sup>، وفقا للمادة 8.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> نص المادة 32: يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

<sup>2</sup> نص المادة 33: يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

<sup>3</sup> نص المادة 34: كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الإستبراء.

<sup>4</sup> نص المادة 35: إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا.

<sup>5</sup> نص المادة 8 مكرر 1: يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه.

<sup>6</sup> نص المادة 8: يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية. يمكن رئيس المحكمة أن يرخّص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

## الفرع الأول

### فسخ الزواج بسبب الشروط المقترنة بالعقد

جاء في نص المادة 32 من قانون الأسرة على أن: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد."

وجاء في نص المادة 35 من نفس القانون أن: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا."

نلاحظ من خلال نصي المادتين وجود تناقض بينهما، حيث يعتبر المشرع الجزائي في المادة 32 أن عقد الزواج باطلا في حالة وجود شرط يتنافى ومقتضيات العقد، وبالمقابل في نص المادة 35 يعتبر الزواج صحيحا والشرط باطلا.<sup>1</sup>

الشروط في الزواج هي ما يشترطه أحد الزوجين على الآخر مما له مصلحة فيه، ويراد بها تلك الشروط المقترنة بالعقد، أي المقترنة بالإيجاب أو بالقبول، ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى ثلاثة أقسام:

- شروط صحيحة تتلاءم مع مقتضى العقد.
- شروط لا تكون من مقتضى العقد ولا تنافي حكما من أحكام الزواج.
- شروط فاسدة.

**أولاً: الشروط الصحيحة:** اتفق الفقهاء على صحة الشروط التي تتلاءم ومقتضى العقد، فلا إشكال فيها.

**ثانياً: الشروط التي لا تكون من مقتضى العقد ولا تنافي حكما من أحكام الزواج:** كاشتراط أن لا يتزوج عليها أو أن لا يخرجها من بلدها، فقد اختلف الفقهاء في هذه الشروط على النحو التالي:

- الحنابلة يقولون أنها شروط صحيحة يلزم الوفاء بها.
- الحنفية يقولون أنها شروط ملغاة، والعقد صحيح.
- المالكية يقولون أنها شروط مكروهة لا يلزم الوفاء بها، بل يستحب فقط.
- الشافعية يقولون أنها شروط باطلة، ويصح الزواج بدونها.

**ثالثاً: الشروط الفاسدة:** وهي الشروط التي تتنافى ومقتضى العقد مثل توقيت العقد أي الزواج المؤقت، وآراء الفقهاء فيها على النحو التالي:

<sup>1</sup> العيش فضيل، قانون الأسرة، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مع آخر تعديلات 2005، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص33.

- الحنفية يقولون بأن الشرط الفاسد لا يفسد العقد، وإنما يلغى الشرط وحده ويصح العقد.
- وافق الحنابلة الحنفية، غير أنهم استثنوا بعض الشروط وجعلوها تبطل العقد مثل اشتراط طلاق المرأة في وقت معين.
- الشافعية يقولون بأن الشرط الفاسد يفسد العقد.
- المالكية يقولون بأنه في حالة الشرط الفاسد يجب فسخ العقد ما لم يدخل الرجل بالمرأة، فإن دخل بها مضى العقد، وألغى الشرط، وبطل المسمى، ووجب للمرأة مهر المثل.<sup>1</sup>

وبالرجوع إلى المادتين 32 و35 من قانون الأسرة الجزائري، فالقاضي حينما ترفع إليه قضية اشتملت على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، فهل يبطل الزواج طبقاً للمادة 32، أم يبطل الشرط وحده ويصح العقد طبقاً للمادة 35؟<sup>2</sup>

نلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل في كل من المادتين 32 و35 عبارة ( شرط يتنافى ومقتضى العقد) وقصد بها الشروط الفاسدة، وقد سبق توضيح آراء الفقهاء في هذا القسم من الشروط.

وبناء على ما تقدم فإذا أخذ المشرع الجزائري بالرأي الحنفي بالحكم بفساد الشرط وصحة العقد، يكون بذلك هناك خطأ في صياغة المادة 32، إذ يتوجب إزالة كلمة ( شرط ) من نص المادة 32.

وإذا أخذ المشرع الجزائري بالرأي الحنبلي الذي فرق بين الشروط الفاسدة، حيث منها ما يبطل فيه الشرط ويصح العقد، ومنها ما يبطل فيه العقد، ويكون بذلك المشرع قصد في المادة 32 ذلك الشرط الذي يبطل العقد، وقصد في المادة 35 ذلك الشرط الذي يصح فيه العقد مع إبطال الشرط، وفي هذه الحالة كان لا بد على المشرع من أجل رفع الغموض أن يميز بين هذين النوعين من الشروط في نصي المادتين المذكورتين.

وإذا أخذ المشرع الجزائري بالرأي الشافعي الذي يأخذ بأن الشرط الفاسد يبطل العقد، فعلى المشرع الجزائري حذف المادة 35، وبذلك يكون نص المادة 32 صحيحاً.

وإذا أخذ المشرع الجزائري بالرأي المالكي الذي يقول بأن الشرط الفاسد يفسد العقد قبل الدخول، أما بعد الدخول يبطل الشرط ويصح العقد، كان لا بد على المشرع أن يوضح في المادة 32 بأن الشرط الفاسد يبطل العقد قبل الدخول، ويوضح كذلك في المادة 35 ببطلان الشرط الفاسد وصحة العقد في حالة حدوث دخول.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص59، 60.  
<sup>2</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص97.

حسب ما تم عرضه في موضوع الشروط الفاسدة، فإن المشرع لم يوافق أياً من المذاهب الفقهية وعلى هذا وجب إعادة النظر في صياغة المادة 32 أو المادة 35 أو كلا المادتين على حسب الرأي الفقهي الذي يستند عليه، وحبذا لو يأخذ بالمذهب المالكي السائد في المنطقة، ولما يحققه من مصلحة<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### فسخ الزواج إذا اشتمل على مانع

جاء في نص المادة 32 من قانون الأسرة أنه يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع يتنافى ومقتضيات العقد، وقد نظم المشرع الجزائري موانع الزواج في المواد من 23 إلى 30 من قانون الأسرة:

- المادة 23: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة."
- المادة 24: "موانع النكاح المؤبدة هي:
  - القرابة.
  - المصاهرة.
  - الرضاع."
- المادة 25: "المحرمات بالقرابة هن: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت."
- المادة 26: "المحرمات بالمصاهرة هن:
  - 1- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها.
  - 2- فروعها إن حصل الدخول بها.
  - 3- أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا.
  - 4- أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا."
- المادة 27: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب."
- المادة 28: "يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه."
- المادة 29: "لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلاً أو كثيراً."

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 98.

● المادة 30: "يحرم من النساء مؤقتا:

- المحصنة.

- المعتدة من طلاق أو الوفاة.

- المطلقة ثلاثا.

كما يحرم مؤقتا:

- الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع.

- زواج المسلمة من غير المسلم."

وقد وفق المشرع الجزائري في تنظيمه لمواد موانع الزواج وقد وافق في ذلك آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث ما إن توفر مانع من هذه الموانع المذكورة بطل العقد، حتى لو كان هناك دخول وجب الفسخ.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث

#### فسخ الزواج إذا اختل ركن الرضا

الصيغة أو الإيجاب والقبول هي أساس عقد الزواج لما فيه من دلالة على الإرادة في إنشاء العقد والرضا به<sup>2</sup>، فالركن الحقيقي للزواج هو رضا الطرفين، ومن ثم يقول فقهاء الشريعة أن أركان الزواج هي الإيجاب والقبول أي الصيغة، وهي التي تعبر عن رضا الطرفين<sup>3</sup>.

و نصت المادة 33 في فقرتها الأولى على أنه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا."

وعلى ذلك فإنه متى كان هناك خلل في الرضا كان الزواج باطلا ويفسخ حتى لو كان هناك دخول.

### الفرع الرابع

#### فسخ الزواج قبل الدخول إذا انعدم الشهود

يرى جمهور الفقهاء غير المالكية أن الشهادة واجبة عند إبرام العقد، أما المالكية فيقولون بأن الشهادة تكون من وقت العقد إلى ما قبل الدخول.

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص100.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول: الزواج والطلاق، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص64.

<sup>3</sup> السيد سابق، مرجع سابق، ص23.

واتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الدخول بغير إسهاد فاسد، يجب فيه فسخ الزواج.

وبالرجوع إلى نص المادة 33 في فقرتها الثانية: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل."

إن هذه المادة تحتاج إلى ضبط فيما يخص الإسهاد، فأخذنا برأي الجمهور وجب الإشارة إلى وقت الشهادة وهي عند إبرام عقد الزواج، وإن أخذنا برأي المالكية وجب كذلك تحديد وقت الشهادة الذي يمتد من وقت إبرام العقد إلى ما قبل الدخول، غير أن ما جاء في نص المادة 2/33 بأن بعد الدخول يثبت العقد ولو تم بغير شهود فإن هذا مخالف للشريعة باتفاق جمهور فقهاء المذاهب الأربعة، إذ أن الدخول بلا إسهاد يجعل الزواج فاسدا ووجب فسخه.<sup>1</sup>

## الفرع الخامس

### فسخ الزواج قبل الدخول إذا انعدم الصداق

ذهب المالكية أنه لا يشترط ذكر المهر عند العقد، فإن لم يذكر عند العقد فلا بد من ذكره عند الدخول، أو يتقرر صداق المثل بالدخول، أما في حالة اشتراط عدم المهر أو في حالة التراضي على الزواج بدون مهر، فلا يصح الزواج ويجب فسخه قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

أما جمهور الفقهاء غير المالكية يرون أنه لا يفسد العقد بالزواج بدون مهر أو باشتراط عدم المهر، إذ يجب فيه مهر المثل بالدخول.<sup>2</sup>

أما ما جاء في المادة 2/33 أنه إذا تم الزواج بدون صداق يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل، فإن هذا يوحي بأن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية الذين قالوا بفسخ الزواج قبل الدخول، غير أن المشرع أغفل الشرط الذي وضعه المالكية للفسخ وهو الاتفاق على عدم المهر أو اشتراط عدمه، لأنه في حالة مجرد عدم ذكر المهر أو عدم تسميته لا يفسخ بسببه الزواج لا قبل الدخول ولا بعده وإنما يثبت بمهر المثل بالدخول.

## الفرع السادس

### فسخ الزواج قبل الدخول إذا انعدم الولي في حالة وجوبه

لا يصح الزواج بدون ولي عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، أما الحنفية فيقولون بأنه يصح للمرأة البالغة الراشدة أن تعقد زواجها بدون إذن وليها، ويستحب أن تكل عقد زواجها لوليها.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص72.  
<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص81.

والمشرع الجزائري أخذ برأي الحنفية في هذا الموضوع، وهذا ما يؤكد نص المادة 11 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره."

أما ما تعنيه المادة 2/33 أنه إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، ليس الولاية على المرأة الذي نظمته المادة 1/11 التي سبق الإشارة إليها، وإنما المقصود هو ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 11 التي تنص: "يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له."

وعلى هذا فالفسخ المترتب على زواج بدون ولي في المادة 2/32 هو في حالة زواج القصر، وفي موضوع الولاية على القصر يجب التمييز بين الفاقدة الأهلية وناقصها، وبين أن يكون ذكرا أو أنثى.

فأما الذكر الفاقدة الأهلية إذا عقد الزواج، فإن عقده يقع باطلا فيفسخ قبل الدخول وبعده، وأما إذا كان الذكر ناقصا للأهلية فإذا عقد زواجه بدون وليه فإن زواجه يكون صحيحا متى توفرت الشروط اللازمة غير أنه يتوقف على إجازة وليه، فإن شاء أجازته وإن شاء رده فيفسخ.<sup>1</sup>

وأما الأنثى سواء كانت فاقدة للأهلية أو ناقصتها، فلا يجوز أن تعقد زواجها بدون وليها، ومتى وقع هذا الزواج كان باطلا، يفسخ قبل الدخول وبعده، وهذا ما عليه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية.

وعلى هذا كان من الأفضل للمشرع الجزائري في المادة 32 حينما تكلم عن فسخ الزواج الذي يتم بدون ولي في حالة وجوبه، أن يبين الفرق بين القاصر الذكر والأنثى، وأن يبين كذلك أن الفسخ يتوقف على مدى إجازة الولي لهذا الزواج أو عدم إجازته له.

## الفرع السابع

### فسخ الزواج بإحدى المحرمات

تنص المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الإستبراء."

والموضوع الذي نظمته المادة 34 الذي هو المحرمات من النساء، هو نفسه الموضوع الذي نصت عليه المادة 32 المتعلق بموانع الزواج، فالاختلاف فقط في التسمية، فعلى المشرع الجزائري تدارك هذا التكرار الوارد في المادتين 32 و34 حتى لا يوحي بأن المادتين تعالجان موضوعين مختلفين مما قد يسبب خلطا وتشتيتا في الفهم.

<sup>1</sup> السيد سابق، مرجع سابق، ص91.

## الفرع الثامن

### فسخ الزواج بالمرأة الثانية

أباحَت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات، يقول الله عز وجل: (..فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنًا وَثُلَاثًا وَرُبَاعًا فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ...) <sup>1</sup>.

وتنص المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري على: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية."

واستنادا إلى ما تقدم فإن المشرع الجزائري أباح تعدد الزوجات في حدود الشريعة الإسلامية، غير أنه حدد له شروط هي:

- وجود مبرر شرعي.
- توفر نية العدل.
- إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها.
- تقديم طلب ترخيص بالزواج إلى رئيس محكمة مكان مسكن الزوجية.
- القدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة <sup>2</sup>.

ونصت المادة 8 مكرر 1 على أن: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه."

واستنادا إلى هذه المادة فإنه يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يحصل الزوج على الترخيص، غير أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن مصير هذا الزواج الجديد بعد الدخول إذا تم بدون ترخيص، فقط أشار في المادة 8 مكرر أنه في حالة تدليس يحق لكل زوجة طلب التطلق <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سورة النساء، الآية 03.

<sup>2</sup> يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2011، ص21.

<sup>3</sup> نص المادة 8 مكرر: في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلق.

## المبحث الثاني

### انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

قدس الإسلام الزواج و سماه ميثاقا غليظا، ووضع له من القواعد ما يضمن بقاءه واستمراره ومع ذلك فقد شرع الطلاق استثناء علاجاً للحياة الزوجية المضطربة، لأنه رغم قداسة هذا الميثاق الغليظ إلا أنه مراعاة لطابع الناس وما يستجد أثناء الحياة الزوجية فإنه من غير المعقول القول بعد جدوى الطلاق ما دام في محله، إذا استحال استمرار الحياة الزوجية.

ولكن يكون ذلك بعد استفراغ الجهد وتحكيم العقل من أجل طرح كل ما يكون سبباً للوصول إلى الطلاق غير أنه ليس كل ما يتمناه المرء يدركه والقاعدة الفقهية تقول: الضرر يزال.

والأصل أن الطلاق هو بيد الرجل وحده يوقعه بإرادته المنفردة لما فطره الله عز وجل عليه، ومع ذلك قيده الشرع بجملة من الأحكام والإجراءات التي ينبغي عليه اتباعها حتى يقع طلاقه و يعتبر صحيحا.

## المطلب الأول

### مشروعية الطلاق

لقد تم التطرق سابقا إلى تعريف الطلاق في اللغة وفي الإصطلاح بمناسبة دراسة الفرق بين الفسخ والطلاق، أما ما سيتم تناوله في هذا المبحث هو الحكمة من تشريع الطلاق وجعله بإرادة الزوج المنفردة، فيكون بيد الرجل دون المرأة.

### الفرع الأول

#### الحكم الشرعي للطلاق

اتفق فقهاء الشريعة على كون الطلاق جائز للرجل متى وجدت إليه حاجة، وذلك بنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الفقهاء، غير أنهم اختلفوا في الأصل فيه أهو الحضر أم الإباحة<sup>1</sup>.

#### أولا: من القرآن الكريم

يقول الله عز وجل (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...)<sup>2</sup>

ويقول أيضا: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ...)<sup>3</sup>

ويقول أيضا: (لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ...)<sup>4</sup>

#### ثانيا: من السنة النبوية

قول النبي صلى الله عليه وسلم: " إنما الطلاق لمن أخذ بالساق "<sup>5</sup>، رواه بن ماجة والدارقطني.

" عن عمر بن الخطاب أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها "<sup>6</sup>، رواه أبو داود والنسائي.

<sup>1</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2006، ص214.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 229.

<sup>3</sup> سورة الطلاق، الآية1.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>5</sup> مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن القاسم الحراني، المنتقى في الأحكام الشرعية من كلام سيد البرية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، لبنان، 2003، ص 131.

<sup>6</sup> المبارك بن محمد ابن الأثير الجزري، جامع الأصول في أحاديث الرسول، الجزء الحادي عشر، الطبعة الثانية، دار الفكر، لبنان، 1983، ص 409.

## ثالثاً: إجماع الفقهاء

المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بأن الطلاق جائز والأولى عدم ارتكابه، فالأصل فيه أنه خلاف الأولى.<sup>1</sup>

ويقصد الفقهاء من مصطلح خلاف الأولى ترك ما فعله راجح عن تركه، أو فعل ما تركه راجح عن فعله.

وذهب فريق من الأحناف إلى أن الطلاق مباح كون آيات الطلاق جاءت مطلقة بلا قيد، وفريق آخر من الأحناف قالوا بأن الأصل في الطلاق هو الحضر.

والطلاق قد تعتريه الأحكام الخمسة، فيكون واجبا أو حراما أو مكروها أو مندوبا أو مباحا، وذلك بحسب حالة الرجل والمرأة، وحسب ما يفضي إليه الطلاق من مصلحة أو مفسدة.<sup>2</sup>

وللحنابلة تفصيل حسن في هذا الموضوع، فعندهم قد يكون الطلاق واجبا كطلاق الحكيمين في الشقاق بين الزوجين، إذا توصلنا إلى أن الطلاق هو الوسيلة الوحيدة لقطع هذا الشقاق، وكذا طلاق المولي بعد تربص أربعة أشهر. ويكون الطلاق حراما إذا وقع من دون حاجة إليه استنادا إلى حديث النبي صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار"، ومنهم من يقول أنه مكروه وليس حراما استنادا لحديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي رواه أبو داود " ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق"<sup>3</sup>، ويكون مباحا عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها، والمندوب يكون في حالة تفریط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها.<sup>4</sup>

## الفرع الثاني

### الحكمة من تشريع الطلاق

يعد الطلاق من محاسن الشريعة الإسلامية، ومن دلائل واقعيته وعدم إغفالها مصالح الناس وظروفهم، ودليل ذلك أنه مع كونها -أي الشريعة الإسلامية- تحتل على الزواج وترغب فيه وتحرص أيما حرص على دوام الرابطة الزوجية، والتضييق من حالات اللجوء إلى حل الزواج عن طريق سن التحكيم بين الزوجين والصلح بينهما، إضافة إلى ترغيب الأزواج في الصبر وتحمل خلق الزوجة فيقول تعالى: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُنَّ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا)<sup>5</sup>، ويقول النبي صلى الله عليه وسلم: " لا يفرك مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقا رضي منها آخر"<sup>6</sup>، رواه مسلم.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص362.

<sup>2</sup> عبد القادر درداوي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص288.

<sup>3</sup> المبارك بن محمد ابن الأثير الجزري، جامع الأصول في أحاديث الرسول، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، لبنان، 1983، ص 623.

<sup>4</sup> السيد سابق، مرجع سابق، ص163.

<sup>5</sup> سورة النساء، الآية 19.

<sup>6</sup> المبارك بن محمد ابن الأثير الجزري، جامع الأصول في أحاديث الرسول، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الفكر، لبنان، 1983، ص 517.

إلا أنها وفي نفس الوقت لم تغفل عن طبيعة النفوس البشرية، لما قد يحدث أثناء الحياة الزوجية من خلاف وشقاق، والذي قد يبلغ مبلغه فيستحيل معه دوام عشرة مستقرة بين الزوجين، فتكون مصلحتهما في وقوع الفرقة بينهما.<sup>1</sup>

فلا يتصور استقامة حياة زوجية وبين الزوجين التباين والتنافر، فحين تنعدم الألفة ويحل محلها الشقاق والخلاف يستحيل لأي منهما القيام بالتزاماته الزوجية، ولرفع الحرج عنهما جعل الله لهما مخرجا من هذا الشقاء ليستبدل كل منهما زوجا آخر قد يأتلف به ويتبادل معه المودة والرحمة، وإن يفترقا يغن الله كلا من سعته.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث

#### الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل

أباحت الشريعة الإسلامية للزوج أن يستقل بحل رابطة الزوجية ويطلق بإرادته المنفردة، بينما الزوجة لا يمكنها ذلك، ولا تملك إلا اللجوء إلى القضاء، وترجع الحكمة في ذلك إلى سببين:

#### السبب الأول:

يرجع إلى الفطرة التي فطر الله عز وجل عليها كلا من الرجل والمرأة، فطبيعة المرأة في الغالب سريعة الانفعال شديدة التأثير، تدفعها العواطف إلى أبعد المدى، فلو كان حل الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة لكانت هذه الرابطة مهددة بالحل لأي سبب سواء كان جديا أو واهيا، ولا ينقص هذا طبعاً من قدر النساء، فمنهن ذوات عقل وحزم وأناة وقدرة على ضبط النفس وتقدير العواقب حين النوائب، ومن الرجال من يغلب عليهم الحمق ويتلاعب بهم الغضب، غير أن التشريع يبني على الأصل والغالب في شأن وطبيعة الرجال، وهذه هي فطرة الله التي فطر الناس عليها.

#### السبب الثاني:

الطلاق يلزم الزوج التزامات مالية من مؤجل الصداق ونفقة العدة والمتعة وغيرها، وكذلك يضيع عليه ما أنفقه من مهر ونفقة، وإن أراد الزواج ثانية فعليه تبعات مالية جديدة من مهر وتكاليف الزواج<sup>3</sup>، وكل هذا يؤثر في نفسية الرجل مما يجعله يتريث في إيقاع الطلاق.

<sup>1</sup> نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص114.

<sup>2</sup> عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص129.

<sup>3</sup> عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص130.

## الفرع الرابع

### حكم الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

أباح قانون الأسرة الجزائري الطلاق تماشياً مع أحكام الشريعة الإسلامية، فجاء نص المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري بما يلي: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة."

ومن خلال المادة 47 المذكورة أعلاه يلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل لفظ الطلاق ليشمل الطلاق بإرادة الزوج المنفردة والطلاق بالتراضي وطلب التطلق من طرف الزوجة والخلع<sup>1</sup>، وهذا ما يؤكد نص المادة 48 من قانون الأسرة الذي جاء فيه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون."

والمادة 53 مكرر إنما تنظم موضوع طلب التطلق من طرف الزوجة التي تنص على: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها."

وتنظم المادة 54 موضوع الخلع وتنص في فقرتها الأولى على: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي."

<sup>1</sup> محمد باوني، عقد الزواج وأثاره، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، قسنطينة، 2009، ص107.

## المطلب الثاني

### درء الطلاق بالصلح

صحيح أن الإسلام شرع نظام الطلاق تحقيقاً للمصلحة إذا استحال دوام العشرة الزوجية، غير أنه قد لا تكون أسباب الشقاق عميقة بالقدر الذي يجعل معالجتها بالصلح مستحيلاً، درءاً للطلاق الذي لا يكون إلا بعد انقطاع سبل الإصلاح بين الزوجين.

### الفرع الأول

#### الصلح بين الزوجين

أمام ظهور بوادر تولد الخوف من حدوث شقاق بين الزوجين، أو أمام شقاق واقع بينهما، عالجت الشريعة الإسلامية هذا الأمر عن طريق الإصلاح بين الزوجين وذلك بتحكيم حكيم، يقول الله عز وجل: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا<sup>1</sup> إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)<sup>1</sup>

وتكمن مهمة الحكيم في بذل جهدهما لإصلاح ما بين الزوجين بعد التعرف على أسباب الخلاف والمتسبب فيه، فإن وجدوا أن أحد الزوجين مذنباً حملاه المسؤولية ونصحاه للرجوع عن معاملته السيئة مع الآخر، وتذكير الزوجين بعاقبة هذا الشقاق عليهما وعلى الأبناء والأسرة ككل.

حتى إذا كانت النفرة غير قابلة للعلاج وبلغ الشقاق بين الزوجين مبلغه، وتعذر الإصلاح بينهما بعد استقراغ الجهد فيه، لم يبق إلا التفريق بينهما<sup>2</sup>، يقول تعالى: (وَإِنْ يَنْفَرَا يَغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ<sup>3</sup> وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا)<sup>3</sup>.

#### أولاً: الصلح في قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.

تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة." - انتهت المادة -

<sup>1</sup> سورة النساء، الآية 35.

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة، شريعة القرآن من دلائل إجازته، دار العروبة، القاهرة، 1961، ص 33.

<sup>3</sup> سورة النساء، الآية 130.

يستنتج من المادة المذكورة أعلاه بأن الطلاق لا يثبت إلا بموجب حكم قضائي، وأي طلاق عرفي يقع شفهيًا ضمن قواعد الفقه الإسلامي لا يعتد به قانونًا ولا يحتج به تجاه الغير، إذ لا تقر المحكمة الطلاق إلا بعد قيام القاضي بإجراءات الصلح بين الزوجين لدرء الطلاق في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع دعوى الطلاق، بحيث يتوجب على القاضي إعداد محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، مع العلم بأن إصدار الحكم بالطلاق مباشرة دون المرور بإجراءات الصلح يجعل الحكم معيبًا بمخالفة القانون، ويعرضه للنقض إذا وقع الطعن فيه أمام المحكمة العليا<sup>1</sup>.

تنص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرًا عن مهمتهما في أجل شهرين."

يفهم من المادة المذكورة بأن التحكيم هو وسيلة أخرى يلجأ إليها القاضي إذا فشلت مساعي الصلح، بتعيين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة للإصلاح بينهما، على أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي في أجل شهرين.

### ثانياً: مناقشة قانون الأسرة الجزائري

- عدم الإعتداد بالطلاق الذي يتلفظ به الزوج، ما لم يكن صادراً عن الجهة القضائية طبقاً للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري مخالف لما استقر عليه فقهاء الشريعة من صحة الطلاق الذي يصدر عن إرادة الزوج المنفردة ولو كان عرفياً.
- الخلط الذي ينجم عن حساب العدة الشرعية بسبب هذا النص، مما يؤدي إلى ازدواجية العدة بين عدة شرعية وأخرى قانونية، تفضي إلى إشكالات وتناقضات محتملة بين ما نظمته الشريعة الإسلامية على وجه الإلزام وما جاء به قانون الأسرة الجزائري، من حيث جواز الرجعة قانوناً وعدم جوازها شرعاً إضافة إلى مسائل أخرى سيتم التفصيل فيها في موضوع العدة لاحقاً.
- إذا انتهت مساعي الصلح بين الزوجين إلى طريق مسدود لم يبق إلا أن ينفصلا بطلب من أحدهما، أو كليهما متفقين بحيث ينهيان عقد الزواج كما أنشأه أول مرة<sup>2</sup> وهذا ما يعرف بالطلاق بالتراضي.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثالثة، دار هوم، الجزائر، 2011، ص 120، 119.

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة، شريعة القرآن من دلائل إعجازه، مرجع سابق، ص 33، 34.

## الفرع الثاني

### الطلاق بالتراضي

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

وبناء على هذا النص فإنه يمكن للزوجين فك الرابطة الزوجية بالتراضي، وهو شكل من أشكال الصلح بينهما عن طريق الطلاق الطريف أو اللطيف كما يعبر عليه بعض الفقهاء الفرنسيين ( le divorce gracieux )<sup>1</sup>.  
ونظم المشرع الجزائري الطلاق بالتراضي من الناحية الإجرائية في المواد 427 إلى 435 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما فيما يتعلق بصلاحيات قاضي شؤون الأسرة المرفوع أمامه دعوى طلاق بالتراضي فهو الاستماع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ليتأكد من رضائهما، ويحاول الصلح بينهما إذا أمكن، وإلا ينظر مع الزوجين أو وكلاهما ( المحامين ) في الاتفاق الذي تراضيا من خلاله على الطلاق، وللقاضي أن يعدل في شروط الاتفاق إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام، ثم يصدر القاضي حكما يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق، طبقا للمادة 431 إجراءات مدنية وإدارية<sup>2</sup>، والتي تنص على: يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور، من قبول العريضة، ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما، ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا.

ينظر مع الزوجين أو وكلاهما في الاتفاق، وله أن يلغي أو يعدل في شروطه، إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام.

يثبت القاضي إرادة الزوجين، بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من الطلاق الذي يعرف بالطلاق الإتفاقي أو الطلاق بالتراضي إنما هو وحي من التشريعات الغربية، إذ لا يوجد له أصل في الشريعة الإسلامية، رغم أن هناك من يقول بأن الطلاق بالتراضي يندرج تحت نظام الخلع.

<sup>1</sup> أعمار يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو، 2010، ص 182.  
<sup>2</sup> عيد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الأبيار، الجزائر، 2011، ص 45.

## الفرع الثالث

### الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

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

تعرض المشرع الجزائري إلى الطلاق بإرادة الزوج المنفردة في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، بحيث نص صراحة على إمكانية حل الزوج للرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، ويكون المشرع الجزائري بهذا قد سار على نهج فقهاء الشريعة الإسلامية.<sup>1</sup>

حل عقد الزواج أمر خطير نظرا لما يترتب عليه من مخاطر على الزوجين والأولاد خصوصا، ولذلك ينبغي التنبيه أنه مع كون الزوج يملك حل الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، إلا أنه مقيد في ذلك بشروط عليه مراعاتها.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> عبد الفتاح تقيّة، مرجع سابق، ص 42.  
<sup>2</sup> يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، (الزواج والطلاق)، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2008، ص 51.

## المطلب الثالث

### شروط إيقاع الطلاق

يشترط لإيقاع الطلاق شروط، يتعلق بعضها بالزوج المطلِّق، وبعضها يتعلق بالزوجة المطلَّقة، ويتعلق البعض الآخر بالصيغة أو مايقع به الطلاق<sup>1</sup>.

### الفرع الأول

#### الشروط المتعلقة بالمطلِّق

ذكر الفقهاء جملة من الشروط ينبغي أن تتوفر في المطلِّق حتى يعتد بكلامه وطلاقه، وقد اختلف في بعض حالات الطلاق استنادا إلى تحقق تلك الشروط أو عدم تحققها.

#### أولا: شرط البلوغ

فلا بد أن يكون المطلِّق بالغاً، وعليه فطلاق الصغير سواء كان مميزاً أو غير مميز لا يصح<sup>2</sup>، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وإن كان الحنابلة أجازوا طلاق المميز إذا كان يعقل الطلاق ويعلم بأن زوجته تبين منه وتحرم عليه إذا طلقها<sup>3</sup>.

#### ثانياً: شرط العقل

والعقل من شروط التكليف، فلا يقع طلاق من زال عقله بجنون أو إغماء أو نحو ذلك مما فيه زوال للعقل أو إنقاصه له، وألحق فقهاء الشريعة عدة مسائل متعلقة بهذا الشرط على النحو التالي:

- أ- **طلاق السفية:** يقع طلاق السفية في القول الراجح عند أهل العلم، ومنهم الأئمة مالك والشافعي وأبو حنيفة، وقال الإمام عطاء بعدم وقوعه، والأولى في المسألة هو وقوعه لأن السفية يملك محل الطلاق ويقع طلاقه كالرشيد، والحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ما هو محجور عليه فيه<sup>4</sup>.
- ب- **طلاق الغضبان:** إذا وصل الغضب بالرجل إلى درجة لا يدري فيها ما يقول ويفعل، وينسى ما قاله وفعله بعد ذهاب غضبه، فإن طلاقه في هذه الحالة لا ينفذ وذلك لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: " لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"<sup>5</sup>، رواه أحمد وأبو داود، والإغلاق هو الغضب الذي يغلق على

<sup>1</sup> عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 218.

<sup>2</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، مرجع سابق، ص 231.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 364.

<sup>4</sup> موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1997، ص 350.

<sup>5</sup> محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، لبنان، 1988، ص 1250.

الرجل إرادته وقصده. أما الغضب الخفيف الذي لا يمنع صاحبه من إدراك ومعرفة ما يقول ويفعل فطلاقه واقع.<sup>1</sup>

ت- **طلاق السكران**: إذا كان السكر نتيجة تناول مسكر أو مخدر لضرورة كالعلاج، أو جهل أو إكراه، فغاب عقل الرجل نتيجة لذلك فهذا طلاقه لا يقع، أما السكران بخمر أو نبيذ وهو متعمد ارتكاب المحذور فاختلف الفقهاء في وقوع طلاقه، فمذهب الإباضية في المسألة أن السكران الذي فقد عقله بتناول خمر أو ما يشبهها مما يزيل العقل متعمدا يقع طلاقه صحيحا ويكون معتبرا شرعا، وتترتب عليه جميع أحكام الطلاق كالصاحي.<sup>2</sup>

وقال الحافظ بن عبد البر أن الراجح في المسألة عدم وقوع طلاق السكران لأنه إذا كان العقل مناط التكليف كيف يكلف السكران وهو لا عقل له.<sup>3</sup>

### ثالثا: شرط الاختيار

والمراد بالاختيار هو أن لا يكون الشخص مكرها على إيقاع الطلاق، فإن حدث وأكره على النطق به فإن طلاقه لا يقع عند جمهور الفقهاء، لأنه إنما تُلَفِظُ بالطلاق تحت الضغط دفعا لضرر ما أو أذى وهو لا يريد، وهذا استنادا لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"<sup>4</sup>، رواه ابن ماجة.

### رابعا: شرط القصد

يشترط بالاتفاق القصد لإيقاع الطلاق، والمراد بالقصد هو التلفظ بالطلاق قصدا، وإن لم يكن قاصدا معناه ولم ينو، ويندرج تحته كل من:

أ- **طلاق الهازل**: والهازل هو الذي يصدر كلاما على وجه اللهو واللعب دون قصد ترتيب آثاره عليه، وذهب جمهور الفقهاء إلى إيقاع طلاق الهازل لأنه قصد التلفظ بالطلاق حتى وإن لم يرد معناه،<sup>5</sup> واستدلوا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: " ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة"<sup>6</sup>، رواه الترمذي.

ب- **طلاق المخطئ والجاهل**: المخطئ هو الذي أراد كلاما فسبقه لسانه إلى الطلاق، كما لو أراد أن يقول زوجتي مسافرة فقال زوجتي طالق.

<sup>1</sup> عبد القادر درداوي، مرجع سابق، ص 240.

<sup>2</sup> بكير محمد الشيخ بالحاج، فتاوى الإمام الشيخ بيوض إبراهيم بن عمر، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المطبعة العربية، غرداية، الجزائر، 1988، ص 433.

<sup>3</sup> علي بن راشد الديبان، اختيارات الحافظ ابن عبد البر الفقهية في الأحوال الشخصية والجنائيات والحدود والأقضية، الطبعة الأولى، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2005، ص 199.

<sup>4</sup> محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، لبنان، 1988، ص 659.

<sup>5</sup> عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له ( قانون 09-05 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 221.

<sup>6</sup> أبو العلاء محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، الجزء الرابع، دار الفكر، لبنان، 1995، ص 289.

أما الجاهل فهو من يتلفظ بالطلاق وهو لا يعرف معناه، كما لو قال أعجمي زوجتي طالق وهو لا يعرف معناها، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الطلاق لا يقع في هاتين الحالتين<sup>1</sup>.

ت- طلاق الفضولي: الفضولي هو من أوقع الطلاق عن غيره بدون إذنه، وهذا الطلاق لا يقع إلا إذا أجازة الزوج، فإن أجازة وقع الطلاق من يوم الإجازة لا من يوم إيقاع ذلك الفضولي<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### الشروط المتعلقة بالمطّقة

والمطّقة هي المرأة التي يقع عليها الطلاق إذا كان النكاح قائماً، ويستوي في ذلك أن يكون النكاح قائماً حقيقة أو حكماً.

يكون النكاح قائماً حقيقة في حالة زواج صحيح قائم بالدخول بالمرأة، ويكون قائماً حكماً في حال المرأة المعقود عليها عقداً صحيحاً قبل الدخول بها، وفي حال المرأة التي تكون في عدة طلاق رجعي<sup>3</sup>.

وتفصيلاً لما تقدم، يقع الطلاق على المرأة في الحالات التالية:

- إذا كانت المرأة في عصمة رجل بزواج صحيح وتم الدخول بها.
- إذا كانت المرأة معقود عليها بزواج صحيح ولم يتم الدخول بها.
- إذا كانت المرأة في عدة من طلاق رجعي.

ولا يقع الطلاق على المرأة في الحالات التالية:

- إذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى، فلا يلحقها طلاق آخر أثناء عدتها لاستنفاد الزوج حقه في عدد الطلقات.
- إذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى، فلا يلحقها طلاق آخر إذا انقضت عدتها لانتهاء رابطة الزوجية بانقضاء العدة.
- إذا كانت المرأة أجنبية عن الرجل، فلا يقع الطلاق عليها، كما لو قال رجل لو تزوجت فلانة فهي طالق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أحمد محمد المومني، وإسماعيل نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخله، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2009، ص76، 75.

<sup>2</sup> عبد القادر درداوي، مرجع سابق، ص245.

<sup>3</sup> عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء ( الزواج )، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1984، ص270.

<sup>4</sup> علي بن راشد الديبان، مرجع سابق، ص267.

## الفرع الثالث

### الشروط المتعلقة بالصيغة

أجمع الفقهاء بأن الطلاق يقع باللفظ وبالكتابة، بالعربية أو بغيرها، كما يقع بالإشارة.<sup>1</sup>

#### أولاً: إيقاع الطلاق باللفظ

ويشترط في اللفظ أن يكون مضافاً إلى الزوجة حقيقة أو حكماً، فيكون مضافاً إلى الزوجة حقيقة بأن يذكرها في صيغة الطلاق، كأن يقول: أنت طالق، أو زوجتي طالق. ويكون مضافاً إلى الزوجة حكماً بالألفاظ التي ليس فيها خطاب للزوجة ولا ذكر لها، كأن يقول: علي الطلاق.<sup>2</sup>

#### ثانياً: إيقاع الطلاق بالكتابة

اتفق الفقهاء على صحة إيقاع الطلاق بالكتابة ولو مع القدرة على النطق، ويشترط في الكتابة أن تكون مستبينة ومرسومة.

والكتابة المستبينة هي الكتابة التي يبقى لها أثر بحيث يمكن قراءتها بسهولة، أما الكتابة المرسومة هي التي تكتب معنونة إلى الزوجة وموجهة إليها.<sup>3</sup>

#### ثالثاً: إيقاع الطلاق بالإشارة

لا يصح الطلاق بالإشارة للقادر على الكلام وذلك عند جمهور الفقهاء، أما من لا يقدر على الكلام كأخرس فيقع طلاقه بالإشارة، لأنه لا طريقة له للتعبير عليه إلا بالإشارة فتقوم مقام اللفظ، واشترط بعض الفقهاء أن لا يكون قادراً على الكتابة لأن الكتابة أدل على المقصود من الإشارة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 222.

<sup>2</sup> أحمد محمد المومني، وإسماعيل نواهضة، مرجع سابق، ص 77.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 382.

<sup>4</sup> سالم بن عبد الغني الرفاعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2002، ص 576.

## المطلب الرابع

### أقسام الطلاق

للطلاق تقسيمات عدة وذلك باختلاف معيار التقسيم سواء من حيث اللفظ، أو من حيث الوصف الشرعي، أو من حيث الرجعة أو من حيث الصيغة.

### الفرع الأول

#### تقسيم الطلاق من حيث دلالة اللفظ

ينقسم الطلاق من حيث دلالة اللفظ إلى قسمين: طلاق صريح وطلاق كنائي.

#### أولاً: الطلاق الصريح

ويكون الطلاق صريحا إذا وقع باللفظ الذي يستعمل لحل الرابطة الزوجية لغة أو عرفا، مثل: أنت طالق أو طلقتك أو أنت حرام.

وحكم هذا اللفظ الصريح إذا تلفظ به المطلق أن يقع به الطلاق من غير احتياج إلى نية، لأن غلبة استعماله في الطلاق جعله ظاهرا فيه.

#### ثانياً: الطلاق الكنائي

يقع الطلاق الكنائي بكل لفظ لم يوضع للطلاق، ولكن اقترن به من القرائن ما جعل المراد به هو الطلاق، أو جعله يحتمل إرادة الطلاق.

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن دلالة الحال من القرائن التي يقع بها الطلاق من غير نية، فإن لم تكف دلالة الحال للدلالة على الطلاق فإنه يقع به إن وجدت النية.<sup>1</sup>

وذهب المالكية والشافعية إلى أنه لا يقع الطلاق بالكناية إلا إذا وجدت النية، ولا عبارة بدلالة الحال أو القرينة.<sup>2</sup>

ومن أمثلة ألفاظ الكناية أن يقول الزوج لزوجته: أنت بائن، أو الحقي بأهلك.

<sup>1</sup> بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 233.

<sup>2</sup> أحمد محمد المومني، وإسماعيل نواهضة، مرجع سابق، ص 31.

## الفرع الثاني

### تقسيم الطلاق من حيث الوصف الشرعي

ينقسم الطلاق من حيث الوصف الشرعي إلى طلاق سني وطلاق بدعي.

#### أولاً: الطلاق السني

وسمي سنيا نسبة لموافقته للسنة، وهو أن يطلق الرجل امرأته في طهر لم يمسه فيها، طلقة واحدة، ثم يدعها تمضي على عدتها ولا يتبعها بطلاق آخر أثناءها، فإن أحب أرجعها ما دامت في عدتها، وإن لم يحب ذلك تركها فإن انقضت عدتها جاز لها الزواج من غيره.<sup>1</sup>

أ- **شروط الطلاق السني:** بالنظر إلى التعريف السابق يكون الطلاق سنيا إذا توفرت في الشروط التالية:

- أن يكون بطلقة واحدة فقط لا أكثر.
- أن يكون بطلقة واحدة وكاملة لا ببعضها.
- أن يكون في طهر، أي في غير حيض ولا نفاس.
- أن لا يكون الزوج قد جامعها في ذلك الطهر.
- أن لا يتبعها طلقة أخرى في نفس العدة.<sup>2</sup>

ب- **طلاق الصغيرة واليانسة والحامل وغير المدخول بها:** يجوز طلاق الصغيرة التي لم تحض بعد واليانسة من المحيض وكذا الحامل في أي وقت من الأوقات ويكون الطلاق سنيا بشرط أن يكون بطلقة واحدة، إذ هذا الطلاق لا يوصف بالسنية من حيث الوقت وإنما من حيث العدد.

#### ثانياً: الطلاق البدعي

وسمي بدعياً نسبة إلى البدعة وهو نقيض السنة، وهو كل طلاق انتفت منه أحد شروط الطلاق السني المذكورة سابقاً.

وقد اختلف الفقهاء في حكم الطلاق البدعي هل يقع أم لا يقع، فجمهور الفقهاء ومنهم فقهاء المذاهب الأربعة قالوا بأن الطلاق البدعي يقع فهو يحتسب طلقة، وإن كان فاعله قد ارتكب معصية<sup>3</sup>. وقال طائفة من العلماء أنه لا يقع لأنه طلاق لم يشره الله تعالى<sup>4</sup>، وبهذا قال شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وابن حزم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن حارث الخشني، مرجع سابق، ص 191.

<sup>2</sup> عبد القادر درداوي، مرجع سابق، ص 266.

<sup>3</sup> علي بن راشد الديبان، ص 206.

<sup>4</sup> يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، دار القلم، الكويت، 2002، ص 518.

<sup>5</sup> عبد العزيز بن عبد الله الراجحي، الغفهام في شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام للحافظ ابن حجر العسقلاني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2005، ص 208.

## مسألة الطلاق بالثلاث في مجلس واحد

والطلاق بالثلاث في مجلس واحد صورة من صور الطلاق البدعي، جمهور الفقهاء ومنهم المذاهب الأربعة أخذوا بما ذهب إليه عمر بن الخطاب بأن الطلاق الثلاث في مجلس واحد يقع ثلاث طلاقات أخذًا باجتهاده وموافقة كثير من الصحابة له.

وذهب فريق من الفقهاء إلى أن الطلاق بالثلاث في مجلس واحد يقع تطليقة واحدة ومنهم ابن تيمية وابن القيم، واستندوا في ذلك إلى أن المطلق في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، وفي خلافة أبي بكر، وصدرا من خلافة عمر إذا جمع الطلاقات الثلاث بلفظ واحد جعلت طلقة واحدة، فعن ابن عباس رضي الله عنه قال: " كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وستين من خلافة عمر، طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيته عليهم، فأمضاه عليهم"<sup>1</sup>، رواه مسلم.

فراجع في المسألة أن الطلاق بالثلاث في مجلس واحد هو طلقة واحدة، لأن هذا هو الأصل، وإنما جعله عمر ابن الخطاب ثلاث تطليقات لما رأى الناس قد استعجلوا فيه فطلقوا خلافا للسنة، وأخذ الفقهاء بعد ذلك بنهج عمر في هذه المسألة<sup>2</sup>، وهذا هو المعتمد في المذهب الإباضي<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث

#### تقسيم الطلاق من حيث الرجعة

ينقسم الطلاق من حيث الرجعة إلى طلاق رجعي وطلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى.

#### أولاً: الطلاق الرجعي

أ- **تعريف الطلاق الرجعي:** هو الذي يملك فيه الرجل مراجعة زوجته ما دامت في العدة ولو بدون رضاها، لأنها لا تزال في عصمته<sup>4</sup>.

ب- **شروط الطلاق الرجعي:** يكون الطلاق رجعياً ويأخذ أحكامه إذا توافرت فيه شروط هي:

- أن تكون المرأة مدخولاً بها.
- أن لا تكون الطلقة الثالثة، أي أن لا يكون قد طلقها مرتين من قبل.
- عدم انقضاء عدة المرأة، لأنه بانتهاء العدة انقضت الرجعية وصار الطلاق بائناً.

<sup>1</sup> أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، مرجع سابق، ص 68.

<sup>2</sup> ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1423 هـ، 2003 م، ص 392.

<sup>3</sup> بكير محمد الشيخ بالحاج، مرجع سابق، ص 426.

<sup>4</sup> عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1983، ص 126.

### ت- أحكام المطلقة طلاقا رجعيا:

- التوارث، بحيث لو مات أحد الزوجين اثناء العدة يرثه الآخر.
- جواز الخلوة، لأن الأصل أن تمكث المطلقة في بيت الزوجية ولا تغادره إلا بانتهاء عدتها.
- تراجع المطلقة طلاقا رجعيا بدون مهر ولا عقد جديدين، لأن العصمة لم تنحل ما لم تنقض العدة.
- تراجع المطلقة ولو دون رضاها، لأن رابطة الزوجية لا تزال قائمة<sup>1</sup>.

### ثانيا: الطلاق البائن بينونة صغرى

أ- تعريف الطلاق البائن بينونة صغرى: هو الطلاق الذي يملك فيه الرجل مراجعة المرأة المطلقة بعقد جديد ومهر جديد.<sup>2</sup>

#### ب- حالات الطلاق البائن بينونة صغرى:

- كل طلاق رجعي انقضت عدته.
- الطلاق الذي يوقعه القاضي ليس الذي يوقعه لعدم الإنفاق إذ هو عند المالكية رجعي وهو عند غيرهم بائن لأنهم يعتبرونه فسخ، وإنما ذلك الذي يوقعه بسبب عيب في الزوج، أو تضرر الزوجة من غيبة الزوج أو حبسه، لأن التجاء الزوجة إلى القضاء في هذه الحالات لا يكون إلا لدفع الضرر عنها وحسم الزواج ولا يتحقق ذلك إلا بالطلاق البائن.
- فرقة الخلع.<sup>3</sup>

#### ت- أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى:

- عدم التوارث بين الطرفين سواء انتهت العدة أم لم تنته.
- يجوز للمطلق الزواج من المطلقة من جديد ولكن بعقد ومهر جديدين، سواء أثناء عدتها منه أو بعد انتهائها، وله أن يدخل بها ولو في عدتها.
- يتم الزواج الجديد برضا المرأة ولها حق القبول أو الرفض.
- لا يجوز أن يخلو الرجل بمن بانئت منه بينونة صغرى.

### ثالثا: الطلاق البائن بينونة كبرى

أ- تعريف الطلاق البائن بينونة كبرى: هو الطلاق الذي لا يملك فيه الرجل مراجعة من طلقها إلا بعد أن تتكح زوجا غيره، فيطلقها أو يموت عنها بعد البناء.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> عبد القادر درداوي، مرجع سابق، ص 276.

<sup>2</sup> عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ص 126.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 435.

<sup>4</sup> عبد الرحمن الصابوني، ص 126.

## ب- حالات الطلاق البائن بينونة كبرى:

- إذا طلق الرجل امرأته الطلقة الثالثة فإنها تبين منه بينونة كبرى.
- الطلاق الثلاث في مجلس واحد على رأي جمهور الفقهاء، وإن كان الراجح أن لا يعتبر كذلك كما تم إيضاحه سابقاً.

## الفرع الرابع

### تقسيم الطلاق من حيث الصيغة

بالنظر إلى صيغة الطلاق من حيث اشتمالها على شرط أو إضافة إلى زمن مستقبل، ينقسم الطلاق إلى منجز ومضاف ومعلق.

#### أولاً: الطلاق المنجز

هو ما صدر بصيغة مطلقة غير مضافة إلى زمن مستقبل ولا معلقة على حصول أمر في المستقبل، فيكون صاحبه بذلك قصد الطلاق في الحال، كأن يقول لامرأته: أنت طالق أو مطلقة.<sup>1</sup>

**حكم الطلاق المنجز:** وقوع هذا الطلاق في الحال، وترتب آثاره بمجرد صدوره، متى كان الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والزوجة محلاً لوقوعه.<sup>2</sup>

#### ثانياً: الطلاق المضاف

هو ما اقترنت الصيغة فيه بزمن مستقبل، فأضيف حصول الطلاق إلى وقت في المستقبل، كأن يقول لامرأته: أنت طالق غداً، أو أنت طالق بعد شهر.

**حكم الطلاق المضاف:** ذهب المالكية إلى أن الطلاق المضاف يقع حالاً، لأن قوله أنت طالق بعد شهر كقوله أتزوجك لشهر، وهذا زواج مؤقت والزواج المؤقت باطل.

وذهب جمهور الشافعية والحنفية والحنابلة إلى وقوع الطلاق المضاف عند حلول الزمن المضاف إليه، إذا كان الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق عند صدور الطلاق المضاف، وأن تكون الزوجة صالحة لإيقاع الطلاق عليها عند حلول الزمن الذي أضيف إليه الطلاق.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، مرجع سابق، ص 279.

<sup>2</sup> عبد القادر حرز الله، مرجع سابق، ص 239.

<sup>3</sup> أحمد محمد المومني واسماعيل أمين نواهضة، مرجع سابق، ص 38.

### ثالثاً: الطلاق المعلق

هو ما رتب على وقوعه حصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات التعليق -أي أدوات الشرط- مثل: إن، إذا، متى، لو، ونحوها كأن يقول لامرأته: إذا ذهبت إلى المكان الفلاني فأنت طالق، أو إذا خرجت دون إذني فأنت طالق<sup>1</sup>.

**حكم الطلاق المعلق:** وقوع الطلاق عند توفر ما علق عليه دون حاجة إلى إيقاع طلاق جديد، وذلك إن كان الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق وأن تكون الزوجة أهلاً لإيقاع الطلاق عليها عند وقوع الشيء المعلق عليه<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> عبد القادر حرز الله، مرجع سابق، ص 239.  
<sup>2</sup> أحمد محمد المومني واسماعيل أمين نواهضة، مرجع سابق، ص 39.

## المبحث الثالث

### انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق القضائي

صحيح أن الشريعة الإسلامية جعلت الطلاق بيد الرجل يوقعه بإرادته المنفردة، ولكن في نفس الوقت لم تهدر حق المرأة في الطلاق إذا لحق بها ضرر ماديا كان أو معنويا، وذلك عن طريق طلب التطليق، أو ما يعرف عند الفقهاء بالتفريق القضائي.<sup>1</sup>

لم يعرف المشرع الجزائري التطليق في قانون الأسرة، بل اكتفى بالتصريح على حق المرأة في طلب التطليق في مطلع المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري الذي جاء فيها: يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية. ثم ذكر تلك الأسباب في الفقرات العشرة التي تتضمنها هذه المادة.

إن التطليق ينهي العلاقة الزوجية بطلب من الزوجة وإيرادتها المنفردة عن طريق اللجوء إلى القضاء، إلا أن المشرع الجزائري اشترط لقبول دعوى التطليق تأسيسها على أحد الأسباب الوارد ذكرها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على النحو التالي.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> الزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002، 2003، ص 18.

<sup>2</sup> منصور نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 18.

## المطلب الأول

### التطليق بسبب تخلي الزوج عن التزاماته الزوجية

إن من أهداف الزواج بناء أسرة تملؤها المودة والرحمة والتعاون بين الزوجين على متطلبات الحياة الكريمة، وذلك في إطار مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة، وإن إخلال أحدهما بالتزاماته الزوجية يؤدي إلى الإضرار بكيان هذه الأسرة.

فإذا كان الإخلال من طرف الزوجة فللزواج حق تطبيقها بإرادته المنفردة باعتبار العصمة بيده، أما إذا كان الإخلال من طرف الزوج كالامتناع عن أداء النفقة أو هجر الزوجة مدة لا تطيقها، وكذا مخالفة الشروط التي اتفق عليها الزوجان في عقد الزواج، فهنا يحق للمرأة أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطليق دفعا لما لحقها من أذى.

## الفرع الأول

### طلب التطليق لعدم الإنفاق

تعد النفقة من حقوق الزوجة على زوجها وتثبت لها بعقد الزواج الصحيح، فإذا أخل الزوج بها حق للزوجة طلب التطليق استنادا إلى ذلك.<sup>1</sup>

### أولا: آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق

ذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق، لأن الزوج لا يخرج على أن يكون معسرا أو موسرا، فإن كان معسرا فلا ظلم منه لعدم الإنفاق، أما إن كان موسرا فبالرغم من كونه ظالما غير أن دفع ظلمه لا يتعين بالتفريق بين الزوجين وإنما بطرق أخرى، كبيع ماله جبرا عنه للإنفاق على زوجته، أو تهديده بالحبس.<sup>2</sup>

أما فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فقالوا بأن للزوجة الخيار بين البقاء معه على عسره، أو مفارقتة عن طريق طلب التطليق منه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> منصور نورة، مرجع سابق، ص 21.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 512.

<sup>3</sup> عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 1997، ص 287.

## ثانيا: طبيعة الفرقة لعدم الإنفاق

جعل المالكية التطلق لعدم الإنفاق رجعيا، إذ يجوز للزوج مراجعة زوجته في عدتها إذا أثبت قدرته على الإنفاق<sup>1</sup>، وقال الشافعية والحنابلة بأنه فسخ للزواج<sup>2</sup>.

## ثالثا: التطلق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري

لقد أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور من الفقهاء الذين أجازوا التطلق لعدم الإنفاق، وقد أورد ذلك صراحة في الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة التي تنص على:

"يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية:

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

تنص المادة 78 على: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة."

تنص المادة 79 على: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم."

تنص المادة 80 على: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى."

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة المذكورة سابقا، يلاحظ بأن الزوجة ليس لها الحق في طلب التطلق لعدم الإنفاق إلا بتوفر شرطين:

**الشرط الأول:** عدم إنفاق الزوج عليها بعد صدور الحكم القضائي بوجوب ذلك عليه.

**الشرط الثاني:** أن لا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج<sup>3</sup>.

إن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى المهلة التي يمكن أن تمنح للزوج كي ينفق على زوجته بين صدور الحكم بوجوب النفقة وطلب التطلق، في حين قدرها الإمام الشافعي بمدة ثلاثة أيام، أما الإمام أحمد فقال لا يؤجل، ويؤجل عند المالكية لمدة يراها القاضي مناسبة، وقد قدرها بعض المالكية بشهر.

<sup>1</sup> عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1983، ص 848.

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص353.

<sup>3</sup> سلمان نصر وسعاد سطحي، فقه الطلاق في ضوء الكتاب والسنة، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة، دار السلام، قسنطينة، الجزائر، 2009، ص82.

أما المشرع الجزائري فاشتراط فقط أن يكون لدى الزوجة حكم بوجود النفقة صادر ضد الزوج وامتناعه عن الإنفاق رغم ذلك، وهذا ما يحيل إلى الاعتقاد بضرورة مراعاة أحكام الفقرة الأولى من المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري وهو أجل شهرين متتاليين<sup>1</sup>، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم 34791 والذي جاء فيه:

" متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطلق من زوجها، وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه ابن عاصم بقوله: الزوج إن عجز عن الإنفاق في أجل شهرين استحق بعدهما الطلاق. وأن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية..."<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### طلب التطلق للهجر في المضجع

من الحقوق المتبادلة بين الزوجين المقاربة بينهما واستمتاع كل منهما بالآخر، استجابة للفطرة الإنسانية التي جعل الله عز وجل تحقيقها بالزواج، والإخلال بهذا الالتزام من طرف الزوج بأن يهجر امرأته في المضجع مدة لا تطبقها يسبب ضررا لها، مما يجعل للزوجة الحق في طلب التطلق لهذا السبب، غير أن الهجر له صور مختلفة.

### أولا: الإيلاء

#### أ- تعريف الإيلاء:

الإيلاء في اللغة هو الحلف.

أما في الشرع هو أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته أربعة أشهر أو أكثر أو بإطلاق دون تحديد.

ب- **حكم الإيلاء:** الإيلاء حرام، لأنه يمين على ترك الواجب<sup>3</sup>. يقول الله عز وجل: (لَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ

تَرْبِصُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ. وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ).<sup>4</sup>

فإذا مضت الأربعة أشهر وقع الطلاق مباشرة طلقة واحدة بلا رجعة، والأربعة أشهر عدة سابقة،

وللمرأة أن تتزوج بعد ذلك بلا عدة، وهذا هو مذهب الأحناف والمعتمد عليه في المذهب الإباضي.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> نص الفقرة الأولى من المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري: يعاقب بالحبس من (6) ستة أشهر إلى (3) سنوات وبغرامة مالية من 50.000 دج إلى 300.000 ألف دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعهم، وذلك رغم صدور حكم ضده بالزامه بدفع نفقة إليهم.

<sup>2</sup> منصور بن نورة، مرجع سابق، ص 29.

<sup>3</sup> عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 137.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآيتان 226، 227.

<sup>5</sup> أحمد بن يوسف اطفيش، تيسير التفسير، الجزء الثاني، المطبعة العربية، غرداية، الجزائر، سنة 1997، ص 55.

والرأي الراجح في الإيلاء هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ومنهم الإمام مالك والإمام الشافعي والإمام أحمد أنه بعد مضي الأربعة أشهر يوقف الحاكم المولي، فإما أن يفيء - أي يجامع زوجته - وإما أن يطلق، فإن رفض الزوج الطلاق وأبى الفيء طلق عليه الحاكم.<sup>1</sup>

### ت- طبيعة الفرقة التي تقع بالإيلاء:

- ذهب المالكية والشافعية وبعض الحنابلة إلى أن الفرقة التي تقع بسبب الإيلاء طلاق رجعي، سواء طلق بنفسه أو طلق عليه القاضي.<sup>2</sup>
- وذهب الحنفية وبعض الحنابلة بأنه يقع بائنا.
- وفي رواية أخرى للحنابلة أنه يرجع إلى تقدير القاضي بما يراه مناسباً للحال.<sup>3</sup>

### ثانياً: الظهار

#### أ- تعريف الظهار:

- الظهار لغة هو مصدر مأخوذ من الظهر.
- شرعا هو أن يشبه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه على التأبيد، أو بجزء منها يحرم عليه النظر إليه كالظهر والبطن والفخذ، كان يقول: أنت علي كظهر أمي.<sup>4</sup>

#### ب- حكم الظهار:

- لا يجوز للزوج الذي ظاهر من زوجته أن يجامعها حتى يؤدي كفارة الظهار، وهي أن يعتق رقبة فإن لم يجد يصوم شهرين متتابعين فإن لم يستطع يطعم ستين مسكينا بهذا الترتيب<sup>5</sup>، يقول الله عز وجل: (الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُم مِّنْ نِّسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ (2) وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَخَرِيرٌ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكَ تُوعِظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ (3) فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَاطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ (4))<sup>6</sup>

- ذهب المالكية والحنابلة وبعض الشافعية وبعض الحنفية بأن الظهار يطبق عليه حكم الإيلاء، أي أن المرأة المظاهر منها إذا رفعت أمرها إلى القاضي بعد مضي الأربعة أشهر، فعلى القاضي أن

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص322.

<sup>2</sup> عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 963.

<sup>3</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص324.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 585.

<sup>5</sup> سامح عبد السلام، نظام الأسرة بين حضارتين، دراسة مقارنة في فقه الأحوال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الغربي بمكوناته الرومانية والمسيحية والحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 211.

<sup>6</sup> سورة المجادلة، الآيات، 2، 3، 4.

- يأمر الزوج بالتكفير عن ظهاره والرجوع إلى زوجته، فإن أجاب فقد انتهى حكم الظهار وإذا امتنع أمره بالطلاق أو طلق عليه.
- وذهب الشافعي وجمهور الحنفية أنه إذا ظاهر الزوج من زوجته ثم تركها لأكثر من أربعة أشهر فلا يطبق عليه حكم الإيلاء ولا يوقف.
- والقول الأول أكثر اعتباراً لأنه متى وقع الضرر وجب إزالته، وترك الوطء بدون عذر أكثر من أربعة أشهر<sup>1</sup> فيه إضرار بالزوجة وهو معتبر شرعاً قياساً على الإيلاء.

### ثالثاً: التفريق بسبب ترك الوطء من غير إيلاء ولا ظهار

يرى المالكية والحنابلة أن من ترك وطء زوجته بدون عذر فلها أن تطلب التطلاق لذلك، وعلى القاضي أن ينظر الزوج مدة الإيلاء، ثم إما أن يطأ وإما أن يطلق، فإن أبى طلق عليه القاضي، وقال جمهور المالكية يطلق عليه القاضي دون ضرب أجل ويجتهد في ذلك.

### رابعاً: التطلاق للهجر في المضجع في قانون الأسرة الجزائري.

جعل المشرع الجزائري الهجر في المضجع من الأسباب المبررة لطلب التطلاق، وذلك بنص المادة 53 في فقرتها الثالثة التي جاء فيها أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد وافق المالكية والحنابلة بجواز التفريق لترك الوطء أكثر من أربعة أشهر سواء كان بإيلاء أو ظهار أو بدونهما.

غير أن هناك تفصيلات أغفلها القانون بسبب عدم تطرقه للإيلاء والظهار، وهما مرتبطان ارتباطاً وثيقاً بموضوع ترك الوطء<sup>2</sup>.

- ففي الإيلاء لا يطلق القاضي، وليس للمرأة حق طلب التطلاق إلا بعد أن يوقف الزوج فيأمره القاضي بالوطء، فإن أبى وطلبت الزوجة التطلاق أمره أن يطلقها، فإن أبى طلق عليه القاضي، وهذا الترتيب لا بد منه عند الفقهاء.
- أما في الظهار فإنه بعد مضي الأربعة أشهر يوقف الزوج ويأمره القاضي بالتكفير عن ظهاره أولاً ثم الفء، فإن أبى وطلبت الزوجة التطلاق أمره به، فإن أبى طلق عليه القاضي.
- أما إذا ترك الزوج الوطء من غير إيلاء ولا ظهار فقانون الأسرة الجزائري جاء بما يحقق المصلحة متفقاً مع ما ذهب إليه الحنابلة وبعض المالكية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 326، 327.

<sup>2</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 329.

<sup>3</sup> منصور نورة، مرجع سابق، ص 36.

## الفرع الثالث

### التطليق بسبب غياب الزوج

منح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق بسبب غياب الزوج، وذلك في الفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، التي جاء فيها أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

والغائب هو الذي يغادر مكانه دون عودة بحيث تكون حياته معلومة، فإن جهلت حياته اعتبر مفقوداً، وجاء في المادة 110 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود."

وتنص المادة 109 من نفس القانون على: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم."

### أولاً آراء الفقهاء في التطليق للغياب

- ذهب الحنفية والشافعية بأن الغيبة لا تكون سبباً للتفريق بين الرجل وزوجته وإن طالبت المدة.
- وقال المالكية والحنابلة بحق المرأة في طلب التطليق إذا غاب الزوج عنها ولو ترك لها ما تنفقه على نفسها، مع اختلاف في التفاصيل<sup>1</sup> كالتالي:
- عند المالكية أقل مدة يمكن للمرأة بعدها طلب التطليق سنة، وبعض المالكية جعلوا أقلها ثلاث سنوات، ولم يفرقوا بين الغياب بعذر أو بدونه.
- أما الحنابلة فأقل المدة عندهم ستة أشهر من الغياب، وأن يكون الغياب بدون عذر<sup>2</sup>.

### ثانياً: التطليق للغياب في قانون الأسرة الجزائري

لقد أخذ المشرع الجزائري برأي المالكية والحنابلة في جواز أن تطلب الزوجة التطليق بسبب غياب الزوج عنها وذلك حسب المادة 53 من قانون الأسرة المذكورة سابقاً.

والملاحظ أن هذه المادة قيدت جواز طلب التطليق للغياب بثلاثة شروط:

- 1- الغيبة بعد مضي سنة، وهذا هو المعتمد عند المالكية.
- 2- أن تكون الغيبة بدون عذر، وهذا هو المعتمد عند الحنابلة.
- 3- عدم الإنفاق على الزوجة طوال هذه المدة.

<sup>1</sup> بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 294.  
<sup>2</sup> اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 129.

فإذا تخلف شرط من هذه الشروط الثلاثة لن يستجاب للزوجة لطلبها في التطلاق، وكان أولى أن يكتفي المشرع الجزائري بالشرطين الأولين دون الثالث المتعلق بالإفراق في مدة الغياب، وذلك حسب ما صرح به ممن قال من الفقهاء بجواز التطلاق للغياب.<sup>1</sup>

إضافة إلى ذلك قد عالجت الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري موضوع طلب التطلاق لعدم الإفراق، فإذا كانت المرأة الغائب عنها زوجها ولم يترك لها ما تنفقه على نفسها بإمكانها أن تؤسس دعواها في طلب التطلاق على عدم الإفراق لا على الغياب، وكانت المرأة الغائب عنها زوجها وترك لها ما تنفقه على نفسها لا يمكنها من تأسيس دعواها على سبب الغياب، فما الجدوى إذن من إدراج هذه الفقرة المتعلقة بالغياب كسبب من أسباب طلب التطلاق.

### ثالثاً: التطلاق في حالة المفقود

جاء تعريف المفقود في المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري المذكورة سابقاً، ثم جاءت المادة 112 من نفس القانون لتعطي زوجة المفقود الحق في طلب التطلاق منه<sup>2</sup>، ومن هنا يفهم أن المشرع الجزائري قصد بمصطلح الغيبة في الفقرة الخامسة من المادة 53 كلا من الغائب والمفقود، بإعطاء الحق لزوجتيهما في طلب التطلاق.

## الفرع الرابع

### التطلاق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

ذهب الفقهاء إلى أنه متى كانت الشروط المتفق عليها في العقد صحيحة لزم الوفاء بها، وفصل الحنايلة في المسألة فقالوا متى كانت الشروط صحيحة سواء يقتضيها العقد أو لا يقتضيها مادامت فيها منفعة لأحد العاقدين وجب الوفاء بها، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه الجماعة، " أحق الشروط أن يوفى به ما استحلتم به الفروج "<sup>3</sup>، مادامت الشروط لا تخل بمقصود العقد ولم يرد في الشرع ما ينهى عنها<sup>4</sup>، وإن لم يوف الزوج بها فللزوجة الخيار، إن شاءت أقامت وإن شاءت فارقت.

وقد نص المشرع الجزائري على أن: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، تعتبر من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلاق وذلك في الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>1</sup> عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000، ص 157.

<sup>2</sup> نص المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري: لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون.

<sup>3</sup> مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن القاسم الحراني، مرجع سابق، ص 65.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 58.

وعلى ذلك متى أخل الزوج بالتزاماته العقدية فإنه واستنادا لنص المادة 53 فقرة تسعة من قانون الأسرة،  
للزوجة أن تقيم ضده دعوى قضائية وتطلب تطلقها منه.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 44.

## المطلب الثاني

### التطليق بسبب العيوب

قد يكون بأحد الزوجين عيب يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة، بحيث يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، فإن كان العيب متصلًا بالزوجة بحيث تضرر منه الرجل هنا لا تثار المشكلة كون الزوج يملك حل الزواج بإرادته المنفردة، ولكن إذا اتصل العيب به فما مدى إمكانية الزوجة من التحرر من علاقة زوجية لا يتحقق معها ثمرة الزواج؟

### الفرع الأول

#### آراء الفقهاء في طلب التطليق للعيوب

##### أولاً: رأي الظاهرية

ذهب الظاهرية وعلى رأسهم الإمام بن حزم إلى عدم جواز التفريق بين الزوجين لأي عيب، سواء كان في الزوج أم في الزوجة، وإن كان الزوج يملك أن يطلق بإرادته المنفردة.<sup>1</sup>

##### ثانياً: رأي جمهور الفقهاء

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم فقهاء المذاهب الأربعة إلى جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب، إلا أنهم اختلفوا في موضعين:

- هل يثبت الحق في التفريق لكل من الزوجين، أم للزوجة فقط؟
- ما هي العيوب التي يثبت بها حق طلب التفريق؟<sup>2</sup>

##### أ- ثبوت حق طلب التفريق:

ذهب الأحناف إلى أن الحق في التفريق للعيوب يثبت للزوجة دون الزوج، لأن الزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق.

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أن طلب التفريق للعيوب ثابت لكلا الزوجين.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، 516.  
<sup>2</sup> عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 279.  
<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 516.

## ب- العيوب التي يثبت بها حق طلب التفريق:

- 1- المذهب الحنفي: للزوجة الحق في طلب التطلاق إذا وجدت في زوجها عيبا من العيوب التناسلية الثلاث وهي: الجب والعنة والخصاء، ثم ألحقوا التآخذ والخنوثة فصارت عندهم خمسة.
- 2- المذهب المالكي: العيوب التي يفسخ بها النكاح ثلاثة عشر عيبا:
  - عيوب مشتركة بين الزوجين وهي الجنون والجدام والبرص.
  - عيوب خاصة بالرجل وهي، الخصاء والعنة والإعتراض.
  - عيوب خاصة بالمرأة وهي: القرن والعفل والرتق والبخر والإفشاء.
- 3- المذهب الشافعي: العيوب سبعة وهي:
  - عيوب مشتركة بين الزوجين وهي الجنون والجدام والبرص.
  - عيوب خاصة بالرجل وهي الجب والعنة.
  - عيوب خاصة بالمرأة وهي الرتق والقرن.
- 4- مذهب الحنابلة: عيوب النكاح ثمانية وهي:
  - عيوب مشتركة بين الزوجين وهي الجنون والجدام والبرص.
  - عيوب خاصة بالرجل وهي الجب والعنة.
  - عيوب خاصة بالمرأة وهي الرتق والقرن والعفل.<sup>1</sup>

وقال بعض الفقهاء بأن العيوب التي تجعل للمرأة حق التطلاق غير محصورة وإنما هو كل ما لا يحصل به مقصود النكاح، وبهذا قال الإمام الزهري وابن القيم وبعض الحنابلة.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### طبيعة الفرقة بسبب العيب

#### أولا: مذهب المالكية والحنفية

ذهب المالكية والأحناف إلى اعتبار الفرقة بسبب العيب طلاق بائن ينقص به عدد الطلقات، لأن فعل القاضي مضاف إلى الزوج وكأنه طلقها بنفسه، وهذا هو المعتمد عند الأحناف، ولأنها فرقة بعد زواج صحيح فهي إذن طلاق لا فسخ، وهذا هو المعتمد عند المالكية، وجعلوا الطلاق بائنا لرفع الضرر عن المرأة، إذ لو جاز للزوج مراجعتها قبل انقضاء العدة عاد الضرر مرة أخرى.

<sup>1</sup> محمد أحمد المستريحي، حكم التفريق بين الزوجين للعيوب لاسيما الوراثية، استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، جامعة اليرموك، الأردن، 2003، ص 62، 63، 64.

<sup>2</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 343.

## ثانياً: مذهب الشافعية والحنابلة

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن هذه الفرقة فسخ لا طلاق، والفسخ لا ينقص به عدد الطلقات، وللزوج إعادة الزوجة بعقد ومهر جديدين، لأنها فرقة من جهة الزوجة، إما بطلبها التطلق بسبب عيب في الزوج أو كان التفريق بسبب عيب فيها، ومتى كانت الفرقة من جهة الزوجة فهي فسخ وليس طلاق.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث

#### أثر التفريق بسبب العيب على المهر

يختلف أثر التفريق بسبب العيب بين الزوجين على المهر إذا وقع قبل الدخول أو بعده.

#### أولاً: إذا وقعت الفرقة قبل الدخول

- ذهب الأحناف إلى أن التفريق بسبب العيوب هو طلاق بائنة يترتب عليها ما يترتب على الطلاق الواقع قبل الدخول، وبالتالي تستحق المرأة نصف ما سماه لها الزوج من صداق.
- ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا كان العيب في الرجل فالتفريق جاء من قبل المرأة باختيارها، فلا مهر لها، وإن كان العيب في المرأة فقد جاء بسببها أيضاً، فلا يجب لها شيء بسبب تدليسها عليه.<sup>2</sup>

#### ثانياً: إذا وقعت الفرقة بعد الدخول

- ذهب الشافعية إلى أن العيب إذا حدث بعد العقد وقبل الوطء وجهله الزوج فلها مهر المثل، أما إن حدث بعد العقد والوطء فلها المسمى كاملاً، ولا يرجع الزوج بالمهر على من غره من ولي أو زوجة لاستيفائه منفعة البضع المتقوم عليه بالعقد، أما العيب الحادث بعد العقد والوطء فلا يرجع بالمهر بسببه لانتهاء التدليس.<sup>3</sup>
- ذهب الحنفية ومشهور مذهب الإمام أحمد إلى وجوب المهر المسمى كله سواء كان التفريق للعيب من قبل الزوج أو من قبل الزوجة، وقال بعض الحنابلة بوجوب أحد الأمرين: المسمى من الصداق أو مهر المثل.
- قال المالكية: إذا كانت الفرقة بسبب الزوج لعيب فيه وجب عليه المسمى كاملاً، وإن كان العيب في الزوجة فلها المسمى كاملاً ويعود الزوج على من غره من الزوجة أو وليها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 523.

<sup>2</sup> محمد أحمد المستريحي، مرجع سابق، ص 150.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 524.

<sup>4</sup> محمد أحمد المستريحي، مرجع سابق، ص 152.

## الفرع الرابع

### التطليق للعيب في قانون الأسرة الجزائري

أباح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للعيوب، إلا أنه لم يعرف المقصود بالعيوب ولم يبين نوعه، أهو ما تعلق بالعيوب الجنسية أم غير ذلك، واكتفى بوصفه بأنه كل عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وذلك في الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها بعبارة: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.<sup>1</sup>

ويكون المشرع الجزائري بهذا قد وافق الإمام الزهري وابن القيم وبعض الحنابلة الذين قالوا بأن العيوب الموجبة للخيار غير محصورة، وهذا أجدر بالأخذ لإعطاء حق المرأة في التطليق لكل عيب أو مرض دون حصر مادام يحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

إضافة إلى ذلك فقد وافق المشرع الجزائري مذهب الحنفية في إعطاء حق التطليق للزوجة دون الزوج، وإن كان قد أخذ بالمرجوح عن الراجح إلا أنه لم يخرج عن دائرة الفقه الإسلامي.

ومع ذلك يلاحظ إغفال المشرع الجزائري مسألة رجوع الزوج بالمهر على من غره بالمرأة التي تحمل عيبا ولا يتحقق معها الهدف من الزواج، فكان مذهب الجمهور أحرى بالاعتبار في هذه المسألة.<sup>2</sup>

لم يوضح المشرع الجزائري نوع الفرقة التي تقع بسبب العيب أهى فسخ أم طلاق، وكان الأفضل تبيان ذلك نظرا لما يترتب عليه من أحكام مختلفة.

أخذ المشرع الجزائري بجواز التطليق للعيوب وقيده بجملة من الشروط، وإن لم يفصلها في قانون الأسرة غير أن المحكمة العليا ذهبت في عدة أحكام إلى بيان ذلك، وتتمثل هذه الشروط في:

- أن يكون العيب في الزوج.
- أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- أن يكون العيب من العيوب المستمرة الدائمة التي لا يتوقع الشفاء منها.
- أن تقوم الزوجة برفع دعوى تطليقها إلى القاضي.
- أن لا يحكم القاضي بتطليقها إلا بعد التأكد من صحة دعواها التي تثبتها بمختلف الوسائل، ويمكن له الاستعانة بالخبرة والمختصين والأطباء.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> منصورى نورة، مرجع سابق، ص 48.

<sup>2</sup> المصرى مبروك، مرجع سابق، ص 343.

<sup>3</sup> اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 79.

- أن يؤجل القاضي الحكم بالتطليق إلى مدة معلومة لا تتجاوز السنة.<sup>1</sup>

ومن قرارات المحكمة العليا في هذه المسألة ما صدر عنها بتاريخ 1984/11/19 تحت رقم 437841 الذي جاء فيه: " متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها، وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه، حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية".

---

<sup>1</sup> منصورى نورة، مرجع سابق، ص 50.

## المطلب الثالث

### التطبيق للتدليس وما فيه مساس بشرف الأسرة

إذا قام الزوج بالتدليس على الزوجة ولم يحترم الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات، أو كانت سلوكاته غير مستقيمة ومن شأنها أن تهز كيان الأسرة وتهدد استقرارها، هذا يعطي للمرأة الحق في طلب التطبيق.

### الفرع الأول

#### طلب التطبيق للتدليس

يجوز للمرأة طلب التطبيق إذا لم تحترم الشروط المتعلقة بتعدد الزوجات، والتي نظمها المادة 08 مكرر من قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>، ويتجلى ذلك في حالة تدليس الزوج على زوجته بأنه غير متزوج ثم ظهر خلاف ذلك، أو في حالة استصدار الرخصة القضائية دون احترام الشروط المتعلقة بالتعدد التي نظمها المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري<sup>2</sup>، من حيث العذر ونية العدل، أو ليست له القدرة الكافية لتحمل تكاليف الزواج، أو عدم موافقة الزوجة أصلاً على التعدد<sup>3</sup>.

وقد أجمع الفقهاء على العدل بين الزوجات، فمن لم يأنس من نفسه القدرة على العدل لم يباح له أن يتزوج بأكثر من واحدة، أما إن خالف هذا وتزوج صح زواجه غير أنه كان آنما، مع ثبوت حق الزوجة المتضررة في طلب التطبيق، يقول الله عز وجل: (...فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنَّى وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنِ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا)<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني

#### حالة الحكم على الزوج بما يمس شرف الأسرة

لقد نصت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الرابعة على أنه يجوز للزوجة طلب التطبيق في حالة: الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

<sup>1</sup> نص المادة 08 مكرر من قانون الأسرة الجزائري: في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطبيق.  
<sup>2</sup> نص المادة 08 من قانون الأسرة: يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية. يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

<sup>3</sup> عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 91، 92.

<sup>4</sup> سورة النساء، الآية 3.

ومن خلال نص هذه المادة يستخلص أنه لا يمكن للزوجة الحصول على التطلاق للسبب المذكور سابقا إلا بتوفر الشروط التالية:

### أولاً: أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائزاً قوة الشيء المقضي به

وكان المشرع في النص القديم يشترط أن يكون محل الحكم عقوبة مقيدة لحرية الزوج، بينما في النص الجديد اكتفى بالحكم على الزوج عن جريمة، وبالتالي إذا حكمت المحكمة على الزوج بالحبس مع وقف التنفيذ يعتبر الشرط متوفراً خلافاً لما كان عليه في السابق، لأن الفقرة الرابعة من المادة 53 من النص القديم لقانون الأسرة اشترطت أن يحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية لمدة أكثر من سنة، وحسناً فعل المشرع الجزائري بإلغاء هذا الشرط، لأنه لو كانت العبرة بالحبس لاستطاعت الزوجة تأسيس طلبها في التطلاق على غياب الزوج، أما ما تقتضيه هذه الفقرة هو إمكانية الزوجة من التحرر من علاقة زوجية غير سوية بسبب ارتكاب الزوج جريمة مشينة، إضافة إلى ذلك فإن جمهور الفقهاء لم يجيزوا التفريق لحبس الزوج أو اعتقاله أو أسرهم مهما طالّت المدة، أما المالكية أجازوا التفريق لحبس الزوج إذا طلبت الزوجة ذلك وادعت الضرر بعد سنة من حبسه، لأن هذا المحبوس في الحقيقة هو غائب، وهم يجيزون التفريق للغيب سواء كان بعذر أو بغير عذر.<sup>1</sup>

### ثانياً: أن تكون الجريمة المعاقب عليها فيها مساس بشرف الأسرة

أي أن الفعل الذي ارتكبه الزوج يشكل وصمة عار في جبين الأسرة، كالاغتداء على الأصول وهناك الأعراض وخطف الأطفال.

### ثالثاً: أن تجعل الجريمة المرتكبة مواصلة العشرة الزوجية أمراً مستحيلاً

حيث تتحول المودة بين الزوجين إلى بغض وكره، بحيث تصبح الحياة بينهما جحيماً لا يطاق، ولا يتصور في حالة كهذه تحقيق أهداف الزواج.<sup>2</sup>

## الفرع الثالث

### حالة ارتكاب فاحشة مبينة

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 53 في فقرتها السابعة على جواز طلب الزوجة التطلاق إذا ارتكب الزوج فاحشة مبينة.

<sup>1</sup> منصور نورة، مرجع سابق، ص 54.  
<sup>2</sup> اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 126.

والواقع أن مصطلح الفاحشة المبينة مصطلح فضفاض وواسع، إذ أن الفاحشة في الفقه الإسلامي يندرج تحتها كل فعل من كبائر الذنوب من شرك بالله وزنا وشرب الخمر وغيرها.<sup>1</sup>

ولعل الفاحشة المبينة المقصودة في نص المادة السابقة هي فاحشة الزنا، والتي تعني ارتكاب علاقة جنسية مع من لا تحل له، وهو ما يمنح الزوجة حق طلب التطليق إذا أثبتت للقاضي ذلك بالوسائل المعترف بها شرعا كشهادة الشهود أو محضر من الجهات المختصة بذلك.<sup>2</sup>

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن المشرع الجزائري أصاب لما أتاح للزوجة حق طلب التطليق إذا تعلق الأمر بارتكاب الزوج فاحشة مبينة دون حاجة لاستصدار حكم يقضي بإدانة الزوج، وهذا ما يميز الفقرة السابعة عن نص الفقرة الرابعة من نفس المادة 53 التي جاء فيها حق الزوجة طلب التطليق في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، غير أنه كان من الأفضل لو حدد المشرع المقصود من الفاحشة المبينة، فهي محصورة في فاحشة الزنا فقط أو تتعداها إلى غيرها من الكبائر، رفعا للالتباس.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 168.

<sup>2</sup> منصور نورة، مرجع سابق، ص 61.

<sup>3</sup> منصور نورة، مرجع سابق، ص 63.

## المطلب الرابع

### التطليق للضرر

إن الحياة الزوجية مبنية على المودة والرحمة، فلا يجوز للزوج أن يسيء إلى زوجته بما يضرها بالقول أو الفعل، يقول الله عز وجل: (...وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...)<sup>1</sup>، والفقهاء عندما يتكلمون عن الضرر المعتبر شرعا غالبا ما يعنون الشقاق بين الزوجين والنشوز كأهم مظاهره، غير أنهم اختلفوا في جواز طلب التطليق بسبب الضرر.

### الفرع الأول

#### آراء الفقهاء في جواز التطليق للضرر

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب الضرر مهما كان شديدا، لأن دفع الضرر عن الزوجة ممكن بغير طلاق، وذلك بأن ترفع أمرها إلى القاضي الذي يحكم بتأديب الزوج حتى يتوقف عن إلحاق الضرر بها.

وقال المالكية بجواز التفريق بين الزوجين للضرر، وذلك بأن ترفع الزوجة أمرها إلى القاضي فإن أثبتت ذلك الضرر طلقها منه.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني

#### طلب التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

##### أولا: تعريف الشقاق

الشقاق هو ذلك الخلاف العميق المستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية، ومتى غلبت العداوة والتنافر على الحياة الزوجية استحال معها تحقيق الهدف من الزواج المبني على مباشرة الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين.

##### ثانيا: جواز طلب التطليق للشقاق

كما سبق فإن الأحناف والحنابلة والشافعية لم يجيزوا التفريق للضرر ولا للشقاق بين الزوجين، أما المالكية فقد أجازوا ذلك.

<sup>1</sup> سورة النساء، الآية 19.  
<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 527.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القاضي قبل أن يحكم بالتطليق وجب عليه القيام بمحاولة الصلح بين الزوجين عن طريق الحكّمين، وقد تم تناول موضوع الصلح فيما سبق، يقول الله عز وجل ( وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا )<sup>1</sup>، حتى إذا فشلت مساعي الصلح حكم القاضي بالتطليق دفعا للضرر وجلبا للمصلحة والعدل.<sup>2</sup>

### ثالثا: التطليق بسبب الشقاق في قانون الأسرة الجزائري

نص قانون الأسرة الجزائري صراحة على جواز التطليق بسبب الشقاق المستمر إذا طلبته الزوجة، وذلك في الفقرة الثامنة من المادة 53 التي جاء فيها أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين.

وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها، ومن بينها ما تضمنه القرار الصادر بتاريخ 1999/06/15، ملف رقم 224655 الذي جاء فيه: " من المستقر عليه قضاء 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 المسؤول عن الضرر، ... وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وبتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون"<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث

#### التفريق بين الزوجين بسبب النشوز

تنص المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري على: " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر."

من خلال هذه المادة يتبين لنا أن النشوز قد يكون من الزوج كما قد يكون من الزوجة.

#### أولا: نشوز الزوجة

النشوز في اللغة الارتفاع، وهو مأخوذ من النَّشَز أي ما ارتفع من الأرض وعلا<sup>4</sup>، وتكون المرأة ناشزا في نظر الشرع إذا امتنعت أو قصرت في حق زوجها مما أوجبه الله عليها من طاعته والقيام بحقه.

<sup>1</sup> سورة النساء، الآية 35.

<sup>2</sup> عبد القادر درداوي، مرجع سابق، ص 312.

<sup>3</sup> لوعيل محمد لمين، مرجع سابق، ص 77.

<sup>4</sup> عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 142.

ونشوز الزوجة له أحكامه الخاصة به من حيث علاجه والآثار المترتبة عليه، غير أنه ليس هو المقصود بهذا البحث، لأن محل الدراسة هو حق الزوجة في طلب التطلاق بسبب نشوز الزوج.

### ثانيا: نشوز الزوج

يكون نشوز الزوج عن طريق جحود الزوجية بغير عذر شرعي، وعدم امتثاله لأحكام الزواج ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له.<sup>1</sup>

وقد سبق الذكر بأن المالكية أجازوا التفريق للضرر وجعلوا النشوز تحت غطاءه، وقالوا بأن المرأة ترفع أمرها إلى القاضي في شأن زوجها الناشز، وأعطوا لها الخيار في أن تطلب دفع الظلم عنها إذا رغبت أن تبقى تحت عصمته، أو أن تطلق منه.

والمشروع الجزائري أخذ برأي المالكية في جواز التطلاق للضرر، إضافة إلى ذلك نص صراحة على التطلاق بسبب النشوز وهو في ذلك لم يخرج عن دائرة الفقه المالكي، غير أنه يؤخذ عليه في عدم تبين متى يكون الزوج ناشزا، وهذا ما يجعل سلطة القاضي مطلقة في تقدير عناصر ومكونات النشوز.<sup>2</sup>

### الفرع الرابع

#### طلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا

جاء في الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري بأن للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا.

ويكون المشروع الجزائري بذلك قد أورد عبارة عامة وشاملة، إذ لم يتقيد بضرر معين، وهذا ما يؤكد بأن الحالات المذكورة في فقرات المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري إنما جاءت على سبيل المثال لا الحصر، وحسنا فعل المشروع الجزائري، إذ أن الضرر يختلف تقديره من زوجة إلى أخرى، ومن وقت لآخر، مع الإشارة أن قواعد الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعا محددة من الضرر.<sup>3</sup>

وفي هذا يقول الفقيه الخرشي: " إذا ثبت بالبينة عند القاضي أن الزوج يضار زوجته وهي في عصمته، ولو كان الضرر مرة واحدة، فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة وإن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بانئة...، ومن الضرر قطع كلامه عنها، وتحويل وجهه عنها، وضربها ضربا مؤلما... "4.

<sup>1</sup> اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 142.

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 126.

<sup>3</sup> اليزيد عيسات، مرجع سابق، ص 143.

<sup>4</sup> عبد القادر درداوي، مرجع سابق، ص 313.

## المبحث الرابع

### انحلال الرابطة الزوجية بالخلع

إن الحياة الزوجية لا تقوم إلا على السكن والمودة والرحمة وحسن المعاشرة، وذلك عن طريق أداء كل من الزوجين ما عليه من واجبات، ولكن قد يحدث لسبب من الأسباب أن يكره الرجل زوجته أو أن تكره المرأة زوجها بالرغم من أن الإسلام يوصي بالصبر والاحتمال لما في ذلك من أجر جزيل، لكنه في المقابل أوصى بعلاج ما يمكن أن يكون من مسببات هذه الكراهية بثتى الطرق.

أما إذا أصبحت الحياة الزوجية غير قابلة للإصلاح فإن الشريعة التي جاءت مراعية لظروف الناس وطبائعهم رخصت بالعلاج المتمثل في الفرقة بين الزوجين، يقول الله عز وجل (...وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُنَّ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا)<sup>1</sup>.

فإن كانت الكراهية من جانب الزوج فبيده الطلاق الذي هو حق من حقوقه وله أن يستعمله في حدود ما شرع الله عز وجل، أما إن كانت الكراهية من جانب الزوجة فقد أباح لها الإسلام الخلع الذي هو طريق من طرق انحلال الزواج.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> سورة النساء، الآية 19.  
<sup>2</sup> السيد سابق، مرجع سابق، ص 200.

## المطلب الأول

### مفهوم الخلع

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الخلع، بيان مشروعيته، حكمه والحكمة من تشريعه.

### الفرع الأول

#### تعريف الخلع

##### أولاً: تعريف الخلع لغة

الخلع بفتح الخاء يستعمل في الأمور الحسية، كخلع ثوبه أي أزاله عن بدنه، ويستعمل كذلك في الأمور المعنوية كخلع الرجل امرأته إذا أزال زوجيتها، وخلعت المرأة زوجها إذا افتدت منه.

والخلع بضم الخاء يستعمل في الأمرين كذلك، ولكن الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجية، أو مجازاً باعتبار أن المرأة لباس الرجل والعكس، يقول الله عز وجل: (... هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ...) <sup>1</sup>.

وقال الفقهاء بأن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، وخص الخلع بالضم في إزالة الزوجية <sup>2</sup>.

##### ثانياً: تعريف الخلع شرعاً

- عرفه الحنفية بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو فيما معناه مقابل عوض.
- عرفه المالكية بأنه طلاق بعوض أو بدونه.
- عرفه الشافعية بأنه فرقة بعوض يأخذه الزوج.
- عرفه الحنابلة بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج <sup>3</sup>.

وعلى العموم فكل التعاريف من مقيد بلفظ الخلع والبدل إلى مقيد بالبدل تفيد بأن الخلع هو طلاق المرأة من زوجها مقابل ما تبذله له من عوض <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 187.

<sup>2</sup> محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، سنة 1983، ص 551، 552.

<sup>3</sup> محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 285.

<sup>4</sup> منال محمود المنتشي، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2009، ص 38.

## الفرع الثاني

### مشروعية الخلع

الخلع جائز شرعا من القرآن الكريم والسنة النبوية وما ذهب إليه الفقهاء من إجماع.

#### أولاً: من القرآن الكريم

يقول الله عز وجل: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ).<sup>1</sup>

فقوله تعالى: (... فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ...) هو استخفاف المرأة بحق زوجها وسوء طاعتها إياه<sup>2</sup>، وقوله تعالى: (... فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...) نص صريح في جواز الخلع وهو قول عامة المفسرين والفقهاء.<sup>3</sup>

فالآية الكريمة منعت الزوج بشكل صريح أن يأخذ شيئاً مما أعطاه للزوجة نظير طلاقها إلا في حالة خوف الزوجين ألا يقيما حدود الله، حيث رفع الحرج والجناح عليهما فيما تدفعه الزوجة لزوجها من مال نظير طلاقها، فلا إثم عليها فيما أعطت ولا إثم عليه فيما أخذ.<sup>4</sup>

#### ثانياً: من السنة النبوية

وتثبت مشروعية الخلع في السنة من حديث ابن عباس رضي الله عنه: "أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته، قالت نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"<sup>5</sup>، رواه البخاري.

فمن الحديث أن امرأة ثابت بن قيس لا تريد مفارقة زوجها لسوء خلقه ولا لنقصان دينه وإنما هي كرهت التقصير فيما يجب عليها من حق زوجها بسبب بغضها له، وهو ما جاء في الحديث بعبارة الكفر أي كفران العشير، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن ترد له بستانه مقابل حصولها على الطلاق، وهذا هو أول خلع وقع في الإسلام.<sup>6</sup>

الإسلام.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 229.

<sup>2</sup> عبد الرحمن التعالبي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 214.

<sup>3</sup> إسماعيل موسى مصطفى عبد الله، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008، ص 18.

<sup>4</sup> باديس ذيباني، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 61.

<sup>5</sup> أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء العاشر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004، ص 338.

<sup>6</sup> تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1395 هـ، (1975م)، ص 46.

## ثالثاً: من الإجماع

أجمعت الأمة في عصر الصحابة على جواز الخلع ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم، وقد نقل هذا الإجماع غير واحد من العلماء.

وممن نقل الإجماع الإمام بن حجر العسقلاني فقال: وأجمع العلماء على مشروعية الخلع إلا بكر بن عبد الله المزيني التابعي المشهور، وكأنه لم يثبت عنده أو لم يبلغه، وانعقد الإجماع بعده على اعتباره.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث

#### حكم الخلع

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم المذاهب الأربعة إلى أن الخلع جائز مع الكراهة، واتفقوا كذلك على أنه لا يجوز للزوج أن يعضل زوجته ليحملها على أن تفتدي نفسها، ولكن إذا فعل ذلك فقد اختلف الفقهاء في خلعه وأخذ العوض منها إلى قولين:

**القول الأول:** وذهب إليه الحنفية وهو أنه لا يجوز للزوج أن يعضل زوجته، ولكن لا يبطل بعضه الخلع إذا طلبته الزوجة، ولا يطيب له أخذ العوض، لقوله تعالى: (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا...)<sup>2</sup>.

فإن النهي في الآية لا يدل على فساد الخلع وإنما يفيد كراهة أخذ الزوج شيئاً منها، أما إذا فعل فهو جائز قضاء.<sup>3</sup>

**القول الثاني:** وذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة، وهو أن الخلع باطل في حالة العضل، والعوض مردود عليها إن أخذ منها، ويقع به طلاق رجعي، لأنه طلاق ليس في مقابل مال، وذلك لقوله تعالى: (...وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ...)<sup>4</sup>، ولأنه عوض أكرهت على بذله بغير حق فلا يستحقه الزوج.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ص 338.

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية 20.

<sup>3</sup> عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1997، ص 157، 158.

<sup>4</sup> سورة النساء، الآية 19.

<sup>5</sup> زينب عبد السلام أبو الفضل، العرض القرآني لقضايا النكاح والفرقة، دراسة تحليلية جامعة بين تفسير الآيات وفقهاها، دار الحديث، القاهرة، 2006، ص 463.

## الفرع الرابع

### الحكمة من تشريع الخلع

لقد أشار القرآن الكريم إلى الحكمة من تشريع الخلع في نفس الآية التي نصت على مشروعيته وهو قوله تعالى: (...إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...)<sup>1</sup>.

فتشريع الخلع هو للتوقي من تعدي حدود الله التي حددها للزوجين من حسن المعاشرة وقيام كل منهما بما عليه من حقوق للأخر.

فالحياة الزوجية تقوم على دعائم وأسس تضمن لها النجاح والصلاح، فإذا تهدمت تلك الدعائم وتلاشت تلك الأسس أصبحت الأسرة بناء هشاً لا تتحقق معه الغاية من الزواج.

فإذا شعرت المرأة ببيغضها في استمرار الحياة الزوجية، ووجدت في زوجها ما لو وجدته فيها لطلقها، وخشيت أن تخوض في حدود الله، فهنا يأتي التشريع الرباني الحكيم بأن يمنح المرأة الحق في الخلع كما منح الرجل الحق في إيقاع الطلاق<sup>2</sup>.

ويمكن القول بأن تشريع الخلع من روائع وعظمة التشريع الإسلامي وهو رد على الذين قالوا بأن الإسلام انتقص من قدر المرأة أو كبل إرادتها وسلب حريتها، فإن كان للرجل طريق واحد لحل الرابطة الزوجية وهو الطلاق بإرادته المنفردة، فإن للمرأة طريقان: إما بإرادتها المنفردة عن طريق الخلع وإما عن طريق طلبها التطلق من القضاء.

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 229.  
<sup>2</sup> سامح عبد السلام، مرجع سابق، ص 175، 176.

## المطلب الثاني

### شروط الخلع

كسائر طرق انحلال الرابطة الزوجية فإن للخلع ضوابط شرعية تحكمه، منها ما هو متعلق بالزوج المخالعة، ومنها ما هو متعلق بالمخالعة، وضوابط أخرى متعلقة بالصيغة والعيوض.

### الفرع الأول

#### شروط الزوج المخالعة

**أولاً:** يجب أن يكون الزوج المخالعة أهلاً لإيقاع الطلاق، فلا يصح الخلع من السكران والمجنون والمعتوه والمكره وفاقد التمييز بسبب الغضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض، كما لا يصح الخلع من المريض مرض الموت أو من شخص في حالة يغلب عليها الهلاك، فكل من لم يصح طلاقه لم يصح خلعه، أي بصيغة أعم يشترط في المخالعة ما يشترط في المطلق.<sup>1</sup>

**ثانياً:** إذا طلبت المرأة من زوجها الخلع مع توافر دواعيه، فلا بد للزوج أن يجيبها إلى ذلك، وقال بعض الفقهاء بالوجوب، والبعض قالوا بالاستحباب والندب.

واستدلوا في ذلك إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس في الحديث السابق: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة.

### الفرع الثاني

#### شروط الزوجة المخالعة

**أولاً:** أن تكون الزوجة المخالعة محلاً للطلاق، بمعنى آخر أن تكون أهلاً لإيقاع الطلاق عليها، وذلك بأن تكون هنالك زوجية قائمة حقيقة أو حكماً.

**ثانياً:** يشترط فيها أن تكون أهلاً للتصرفات المالية بأن تكون راشدة عاقلة غير محجور عليها، وهذا حتى يلزم العوض.

<sup>1</sup> فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبع على نفقة جامعة السليمانية، إقليم كردستان، العراق، 2004، ص 223.

أما إذا وقع الخلع دون توفر هذا الشرط فإن الفقهاء فصلوا فيه على النحو التالي:

- أ- يقع الطلاق بائنا ولا يلزم العوض، فإن قبض الزوج العوض رده وإن لم يقبضه فذمة الزوجة بريئة منه، وبهذا قال المالكية.
- ب- لا يلزم الطلاق ولا يلزم المال عند الأحناف.
- ت- عند الشافعية لا يلزم العوض وتقع طلقة رجعية، إلا أن تكون تطلقه لم يكن بقي له عليها غيرها.
- ث- وكذلك قال الحنابلة بعدم لزوم العوض، علما أن الخلع عندهم فسخ وليس طلاق.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث

#### شروط العوض

العوض هو البديل الذي تدفعه الزوجة لتقتدي نفسها من زوجها، إذ هو الذي أعطاه أحكامه وميزه عن أنواع الفرق الأخرى.<sup>2</sup>

#### أولا: مقدار العوض

إن مقدار ما يجوز أن تختلع به المرأة من عوض هو محل خلاف بين الفقهاء، فمنهم من لم يحدد له سقفا ومنهم من حدد أكثره.

أ- يرى الإمام مالك والشافعي أنه يجوز للمرأة أن تختلع بأكثر من قيمة صداقها أو بمثله أو بأقل منه، واستدلوا في ذلك إلى قوله تعالى: (...فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...)<sup>3</sup>، فالنص القرآني عام للقليل والكثير.

ب- يرى الإمام أحمد وأبو حنيفة أنه لا يستحب للزوج أن يأخذ أكثر مما أعطاه عملا بظاهر حديث ثابت بن قيس.<sup>4</sup>

#### ثانيا: فيما يجوز أن يكون عوضا للخلع

اتفق جمهور الفقهاء على أن كل ما يصلح مهرا فهو يصلح عوضا في الخلع، وقالوا بأنه كما يصح أن يكون بدل الخلع مالا يصح أن يكون من المنافع المقومة بمال<sup>1</sup>، ومنها:

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 269.

<sup>2</sup> إسماعيل موسى مصطفى عبد الله، مرجع سابق، ص 39.

<sup>3</sup> سورة النساء، الآية 19.

<sup>4</sup> عبد العزيز رمضان سمك، الفرق بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 144.

- أ- إسقاط الحضانة في مقابل الخلع: فقد يكون بدل الخلع هو أن تسقط الزوجة حقها في الحضانة ما لم يصب المحضون ضررا جراء ذلك.
- ب- الخلع مقابل إرضاع الصغير: يصح أن يكون بدل الخلع هو مقابل إرضاع الصغير، بحيث ترضع الزوجة ولدها مدة الرضاع بدون أجر.
- ت- الخلع مقابل الإنفاق على الصغير: يصح العوض أن يكون بنفقة الزوجة على الصغير مدة معلومة.

## الفرع الرابع

### شروط الصيغة

الصيغة هي ما يعبر به أطراف الخلع على وقوعه، إذ لا بد منها سواء بالألفاظ الصريحة في معنى الخلع أو الكنايات عنه.<sup>2</sup>

#### أولا: اللفظ الصريح

وهو ما قطع بصراحته فيما استخدم فيه، وهو لفظ الخلع وما اشتق منه<sup>3</sup>، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء نظرا لكثرة استعماله، مثل: خالعتك، أبرأتك.

ومما لا شك فيه أنه متى كان الخلع صريحا وقع صحيحا عند الفقهاء إذا استوفى شروطه.

#### ثانيا: اللفظ بالكناية

ولفظ الخلع بالكناية قال به كل من الشافعية والحنابلة وذلك إذا صاحبتة دلالة الحال، وهي تشمل كل كنايات الطلاق عند الشافعية، أما عند الحنابلة فهي نحو قوله: بارأتك، أو أبنتك، أو أبرأتك.<sup>4</sup>

#### ثالثا: مطابقة الإيجاب والقبول

لمعرفة مدى اشتراط الفقهاء مطابقة الإيجاب والقبول في الصيغة، سيتم عرض ما تضمنته آراؤهم من أحكام فيما يتعلق بالإيجاب والقبول.

#### أ- مذهب الأحناف:

<sup>1</sup> سامح عبد السلام، مرجع سابق، ص 195.

<sup>2</sup> عبد العزيز رمضان سمك، مرجع سابق، ص 114.

<sup>3</sup> علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 39.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 483.

- إن الزوج لا يملك الرجوع عن إيجابه قبل قبول الزوجة، لأن إيجاب الخلع منه معناه تعليق الطلاق على قبولها.
- إن قام الزوج من المجلس الذي أوجب فيه قبل إجابة الزوجة فلا يبطل الإيجاب.
- إذا أوجبت الزوجة الخلع ابتداء وخرجت من المجلس الذي أوجبه فيه، أو قام الزوج من المجلس قبل القبول بطل إيجابها، وليس له القبول بعد قيامه أو قيامها من المجلس الذي تم فيه الإيجاب.<sup>1</sup>

#### ب- مذهب المالكية:

- يشترط أن يكون الإيجاب والقبول في الخلع في مجلس واحد، فإن قامت الزوجة من مجلسها قبل أن يتم القبول بطل الإيجاب.<sup>2</sup>

#### ت- الشافعية:

- للموجب حق الرجوع قبل القبول.
- يشترط القبول في المجلس باللفظ أو ما يقوم مقامه من الإشارة أو الكتابة لمن لا يقدر على النطق.
- مطابقة الإيجاب للقبول.
- أن لا يحدث بين الإيجاب والقبول ما يدل على الإعراض.<sup>3</sup>

#### ث- الحنابلة:

- لكل من الزوجين حق الرجوع عن إيجابه قبل قبول الآخر.
- أن يكون القبول في نفس المجلس الذي تم فيه الإيجاب.
- يشترط مطابقة القبول للإيجاب.<sup>4</sup>

من خلال عرض آراء الفقهاء، وفيما يتعلق بشرط توافق الإيجاب والقبول، يلاحظ إجماعهم على ضرورة ووجوب مطابقة الإيجاب والقبول، ومع هذا فإن هذا التطابق وإن جاء عاما ولكنه متعلق فيما يخص على الاتفاق

<sup>1</sup> عامر سعيد الزبياري، مرجع سابق، ص 129.

<sup>2</sup> سامح عبد السلام، مرجع سابق، ص 182.

<sup>3</sup> عامر سعيد الزبياري، مرجع سابق، ص 136.

<sup>4</sup> عامر سعيد الزبياري، مرجع سابق، ص 140.

على البديل لا على مبدأ الخلع أساسا، وهذا ما رجحه عبد الرحمن الصابوني أثناء تعريفه للخلع فقال: الخلع قد يكون بطلب من الزوجة أو بطلب من الزوج، ويتم بالتراضي بينهما وإلا كان بحكم القاضي.<sup>1</sup>

#### رابعاً: اقتران صيغة الخلع بشرط أو إضافتها إلى أجل

اتفق المالكية والشافعية والأحناف وبعض الحنابلة على جواز الخلع بصيغة التعليق<sup>2</sup>، وفصل فقهاء الأحناف في المسألة فقالوا: للزوج أن يعلق الخلع على شرط أو أن يضيفه إلى أجل، ويكون القبول للزوجة عند تحقق الشرط أو حلول الأجل، ولا يجوز للزوج الرجوع عن إيجابه قبل قبول الزوجة أو رفضها.

---

<sup>1</sup> عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ص 495.  
<sup>2</sup> سامح عبد السلام، مرجع سابق، ص 179، 180.

## المطلب الثالث

### الخلع في قانون الأسرة الجزائري

لقد أجاز المشرع الجزائري الخلع كطريق من طرق انحلال الرابطة الزوجية من جهة الزوجة، ونص عليه صراحة في قانون الأسرة الجزائري.

### الفرع الأول

#### تعريف الخلع في قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم."

بالرجوع إلى المادة 54 المذكورة أعلاه فإن المشرع الجزائري نص صراحة على جواز مخالعة الزوجة من زوجها<sup>1</sup>، بمعنى مفارقة الزوجة زوجها عن طريق الخلع، غير أنه لم يتطرق إلى تعريف الخلع، ومع ذلك ومن خلال النظر في صياغة هذه المادة قد يفهم ضمناً بأن المشرع الجزائري عرف الخلع بأنه فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تدفعه إلى الزوج مفتدية به نفسها.

### الفرع الثاني

#### شروط الخلع في قانون الأسرة الجزائري

إن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على شروط الخلع واكتفى ببيان جواز مفارقة الزوجة زوجها مقابل مال يتفق عليه الزوجان أو يحدده القاضي عند اختلافهما.

<sup>1</sup> محمد باوني، مرجع سابق، ص 124.

ومع ذلك يمكن استنباط بعض الشروط من خلال التدقيق في صياغة المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على النحو التالي:

### أولاً: قيام رابطة الزوجية<sup>1</sup>

ويستفاد هذا الشرط من خلال ما ورد في مطلع المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: يجوز للزوجة دون موافقة الزوج...، فلا يطلق زوج وزوجة إلا على من كانت تربط بينهما رابطة زوجية صحيحة حقيقة أو حكماً.

### ثانياً: مقابل الخلع

ويستفاد هذا الشرط من خلال ما ورد في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى التي جاء فيها: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، فهذا المقابل المالي يقدم من الزوجة إلى الزوج نظير انفصالها عنه.

ومن جهة أخرى فإن المشرع الجزائري أعطى للزوجين حرية التفاهم على المال الذي يتفقان عليه مقابل الخلع، قليلاً كان أو كثيراً، أكبر من مهر المثل أو أقل منه، إلا إذا حصل خلاف بينهما حوله فهنا يتدخل القاضي لحل النزاع وتحقيق العدل والإنصاف، وذلك بالحكم في المقابل بما لا يتجاوز صدق المثل وقت صدور الحكم<sup>2</sup>، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت صدور الحكم."

يضاف إلى ذلك أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة أن يكون البديل من بعض المنافع المقومة بالمال، حيث أجاز الفقهاء ذلك، وكان هذا أولى، وذلك بإعطاء فرصة للزوجة في الخلع خصوصاً إذا ما توفرت ضوابطه الشرعية في حالة عدم امتلاكها مقابلاً مالياً تقفدي به نفسها، فلعلها تتمكن من دفع العوض منفعة تحقيقاً للمصلحة.

## الفرع الثالث

### موافقة الزوج للخلع

من خلال دراسة آراء الفقهاء في شروط صيغة الخلع يتضح إجماعهم على ضرورة تطابق الإيجاب والقبول، غير أن هذا التطابق هل هو متعلق بمبدأ الخلع بحد ذاته أم فيما يخص الاتفاق على البديل؟

<sup>1</sup> منصورى نورة، مرجع سابق، ص 115.  
<sup>2</sup> عيد القادر درداوي، مرجع سابق، ص 321.

الأصل أن هذا التطابق في الإيجاب والقبول يتعلق بالاتفاق على البذل، وإلى ذلك ذهب الإمام مالك، بحيث للمرأة الكارهة لزوجها أن تلجأ إلى القاضي للمطالبة بالخلع، وهذا الأخير وجب عليه تعيين حكمين للصلح بين الزوجين، فإن لم يتوصلا إلى الصلح فرق القاضي بينهما بغير رضا الزوج.<sup>1</sup>

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فإن المادة 54 منه قبل التعديل كانت تنص على أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

أما بعد التعديل أضاف المشرع الجزائري في المادة 54 عبارة " دون موافقة الزوج"، وفي إطار المقارنة بين هذين النصين يمكن القول بأن المشرع الجزائري قبل التعديل لم يسمح بإيقاع الخلع دون موافقة الزوج على مبدأ الخلع.<sup>2</sup>

وبهذا قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1991/04/23 الذي جاء فيه: " حيث أن التفسير بأسباب الحكم المطعون فيه كان مخالفا لقصد المشرع المنصوص عليه في أحكام المادة 54 من قانون الأسرة، ذلك أن المشرع اشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يمكن فرضه عليه من طرف القاضي، وإن أحكام المادة أعلاه تجيز للقاضي حق التدخل في الاتفاق على مبلغ الخلع فقط لا على مبدأ الخلع الذي يترك لإرادة الزوج..."<sup>3</sup>، وبهذا جاء قرار المحكمة العليا في منتهى الصراحة بوجوب رضا الزوج لصحة الخلع.

أما بعد تعديل 2005 وبإضافة المشرع الجزائري عبارة " دون موافقة الزوج"، أصبح الخلع جائزا سواء كان الزوج راضيا بوقوعه أم غير راض، أي أن رضا الزوج لم يعد شرطا في صحة الخلع، بل يحصل بالرغبة المنفردة من المرأة في إيقاعه ومفارقة زوجها به.<sup>4</sup>

وبهذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/07/21، ملف رقم 83603، الذي جاء فيه:

" من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

إن المادة المذكورة من ( ق - أ ) تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم، دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا.

<sup>1</sup> منصور نورة، مرجع سابق، ص 130.

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 129.

<sup>3</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 422، 423.

<sup>4</sup> عبد القادر درداوي، مرجع سابق، ص 321.

وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال- لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون...<sup>1</sup>

وعلى العموم فإن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 54 من قانون الأسرة فيما تضمنته من أحكام الخلع لم يخرج عن دائرة الفقه الإسلامي، لأنه بجمع آراء الفقهاء فإن الزوجة إذا ما طلبت المخالعة من زوجها فعليه أن يعرضها ويعرف سبب نشوزها أو كراهيتها، فلعل أمراً طارئاً سبب هذا، وإن تعذر ذلك فالواجب على الزوج ديانة أن يستجيب لطلبها في الخلع، ومن الفقهاء من قال يستحب له ذلك وليس واجبا عليه.

فإن لم يستجب الزوج لطلب الزوجة في الخلع فما عليها إلا أن ترفع أمرها إلى القضاء فيفرق القاضي بينهما مخالعة، على أنه يستحب ألا يزيد ما تدفعه الزوجة عوضاً للخلع عن المهر الذي دفعه زوجها لها.<sup>2</sup>

ومع ذلك كان أولى بالمشرع الجزائري أن يفصل أكثر في موضوع الخلع، لأن مادة واحدة في هذه المسألة لا تكفي كونها صورة لها من الحساسية ما يجعلها مهمة وخطيرة للغاية، فالأمر متعلق بحق المرأة الإرادي والمنفرد في إيقاع الطلاق مقابل مال تدفعه.<sup>3</sup>

ولعل أهم ما يمكن اقتراح إضافته من أحكام في موضوع الخلع هو:

- فيما يتعلق بشروط طرفي الخلع من زوج وزوجة وذلك سواء فيما تعلق بحل الرابطة الزوجية، أو ما تعلق بالمعاملة المالية المتمثلة في البذل.
- التطرق إلى شروط البذل مع ما يمكن أن يكون عوضاً وما يحضر أن يكون عوضاً.
- النص على المنافع التي يمكن أن تكون بدلاً للخلع، كالرضاع والحضانة والنفقة على الصغير.

<sup>1</sup> لوعيل محمد لمين، مرجع سابق، ص 79.

<sup>2</sup> عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ص 628، 629.

<sup>3</sup> باديس ذبياني، مرجع سابق، ص 81.

## الفصل الثاني: آثار انحلال الرابطة الزوجية

إذا وقعت فرقة بين الزوجين، بغض النظر عن طريقة انحلال هذا الزواج ، سواء بالفسخ أو بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو بالتطليق أو بالخلع، فإن ثمة آثار تترتب عليها، لأن الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة المستمد منها كما نظما الحياة الزوجية حين استمرارها، ونظما الفرقة بين الزوجين إذا استحال دوام العشرة بينهما، فإنهما كذلك نظما ما يترتب من آثار على انفصال الزوجين عن بعضهما، لما في ذلك من الأهمية العظمى والحكم الجليلة التي ستظهر جليا من خلال دراسة الآثار التالية:

- الرجعة.
- العدة.
- الحضانة.
- نفقة الزوجية.

## المبحث الأول

### الرجعة

من الآثار المترتبة على الطلاق الرجعي أن يثبت للزوج مراجعة زوجته وردها إليه، وهذا الأمر لما له من الأهمية البالغة، جاءت الشريعة الإسلامية مبيحة له، منظمة لأحكامه، فلم يدخر الفقهاء فيه جهداً لضبطه لأنه متعلق بمسألة حماية العلاقة بين الرجل والمرأة وضبطها من أجل إبقائها في دائرة الحلال من جهة، ومن جهة أخرى لما للرجعة من حكمة ربانية في حماية الأسرة من الانهيار، وكذلك لما فيها من معاني استدراك ما وقع به انحلال الرابطة الزوجية، بعد هدوء العقل وذهاب الغضب.

والمشعر الجزائري ما كان له أن يخرج عن هذا الإطار الفقهي المتعلق بالرجعة، وهو الذي استمد مواد قانون الأسرة من أحكام الشريعة الإسلامية، وأحال إليها كذلك بنص صريح في ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة الجزائري.

فجاء نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."

## المطلب الأول

### مفهوم الرجعة

حين قام الفقهاء بتعريف الرجعة في الاصطلاح لم يبتعدوا عن المعنى اللغوي لها، ومع ذلك اختلفت تعريفاتهم.

### الفرع الأول

#### تعريف الرجعة

##### أولاً: الرجعة في اللغة

- يقال الرجعة بفتح الراء وبكسرها، والفتح أفصح، وهي عود المطلق إلى مطلقته.<sup>1</sup>
- ويقال فلان يؤمن بالرجعة، أي يؤمن بالرجوع إلى الدنيا بعد الموت، وهذا المفهوم عند الشيعة وليس هو موضوع هذا البحث.

##### ثانياً: الرجعة في الاصطلاح

وقد عرفها فقهاء المذاهب الأربعة بتعريفات مختلفة.

##### أ- تعريف الرجعة عند الأحناف:

الرجعة هي استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال، وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك<sup>2</sup>، وبمعنى آخر هي استدامة الملك القائم بلا عوض ما دامت في العدة.

فالرجعة عند الأحناف إذن هي استدامة الملك، وبناء عليه فإن الطلاق الرجعي عندهم يترتب عليه عدم حرمة الوطء، لأن بفعله هذا استدام الملك القائم.

##### ب- تعريف الرجعة عند المالكية:

الرجعة هي عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد.

وعرفها بعض المالكية بأنها رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها.

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 431.

<sup>2</sup> سلمان نصر وسعاد سطحي، مرجع سابق، ص 120.

## ت- تعريف الرجعة عند الشافعية:

الرجعة هي رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة.

## ث- تعريف الرجعة عند الحنابلة:

الرجعة هي إعادة الزوجة المطلقة غير البائن إلى ما كانت عليه بغير عقد.

من التعاريف السابقة يلاحظ بأن جمهور فقهاء المذاهب الأربعة يرون بأن الطلاق ينهي العلاقة الزوجية، وبالتالي فالمطلقة طلاقاً رجعياً تكون محرمة على مطلقها في زمن العدة ما لم يراجعها، والرجعة تعيد هذه العلاقة من جديد بعد زوالها.

باستثناء فقهاء الأحناف الذين يرون بأن الطلاق لا ينهي العلاقة الزوجية أثناء فترة العدة، والمطلقة رجعياً غير محرمة على زوجها خلال هذه الفترة، والنكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه بدليل قوله تعالى: (...وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ...) <sup>1</sup>، فانه عز وجل سمى المطلق بعلاً أي زوجاً أثناء فترة العدة وهذا دليل على أن الزوجية ما زالت قائمة خلالها <sup>2</sup>.

إضافة إلى ذلك يستفاد من التعاريف السابقة أن الفقهاء أجمعوا على أن الرجعة في العدة تكون بلا عقد جديد.

## الفرع الثاني

### مشروعية الرجعة

قد ثبتت مشروعية الرجعة في كتاب الله عز وجل، وفي سنة النبي صلى الله عليه وسلم، وكذلك بالإجماع.

### أولاً: من القرآن الكريم

يقول الله عز وجل: (وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنْنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا...) <sup>3</sup>، فقوله تعالى (وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ) أي أن زوجها الذي طلقها أحق بردها ما دامت في عدتها، إذا كان مراده بردها الإصلاح والخير <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 228.

<sup>2</sup> سلمان نصر وسعاد سطحي، مرجع سابق، ص 120، 121.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 228.

<sup>4</sup> عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الجزائر، 1990، ص 290.

## ثانياً: من السنة

في ذلك ما روي عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له: " مره فليراجعها، ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء".<sup>1</sup>

## ثالثاً: الإجماع

وقد نقل بعض العلماء إجماع الأمة على جواز الرجعة، ومنهم الإمام ابن المنذر الذي ذكر بأنه قد أجمع العلماء على أن الحر إذا طلق دون الثلاث له الرجعة في العدة.<sup>2</sup>

## الفرع الثالث

### الحكمة من تشريع الرجعة

إن الطلاق هو آخر ما يجب أن يلجأ إليه في حالة ما إذا وجد ما يعكر صفو الحياة الزوجية ويهدد استقرارها، ولهذا لم يجعله الشارع لازماً للزوج من أول أمر وقوعه، بل أباح له الرجعة بعد الطلقة الأولى والثانية، وهذه نعمة من الله عز وجل القائل في محكم تنزيله: (وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَةَ اللَّهِ لَا تُحْصُوهَا إِنَّ اللَّهَ لَعَفُورٌ رَحِيمٌ).<sup>3</sup>

وقد يدخل بين العشيرين ما يجعل كل منهما يخيل إليه أن زوجه لا يصلح لعشرته، خصوصاً إذا استحکم الغضب على أحدهما أو كليهما، فيعتقد أن راحته لا تكون إلا بالانفصال عنه .

حتى إذا طلق الرجل زوجته ثم هدأت عواصف الغضب وعاد إليه رشده وعقله، وندم على ما كان منه، جعل الشارع الحكيم فرصة للتدارك، فأباح للزوج مراجعة مطلقته فتعود العلاقة الزوجية إلى ما كانت عليه قبل الطلاق.

ومن جهة أخرى كما تقدم فإن الفرقة قد تكون لسبب من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلق في الحالات التي يكون فيها رجعيًا، كالتطلق للإعسار بالنفقة مثلاً عند المالكية إذ جعلوه رجعيًا، فإذا ارتفع الضرر بإيسار الزوج كان له حق المراجعة.

<sup>1</sup> صحيح مسلم بشرح النووي ج 3 659.

<sup>2</sup> عيد العزيز رمضان سمك، مرجع سابق، ص 166.

<sup>3</sup> سورة النحل، الآية 18.

## الفرع الرابع

### ما تحصل به الرجعة

هناك من الفقهاء من قال أن الرجعة تكون بالقول فقط، ومنهم من قال أنها كما تكون بالقول تكون كذلك بالفعل، وهذه آراء الفقهاء في ذلك.

#### أولاً: عند الشافعية

يرى الشافعية بأن الرجعة لا تكون إلا بالقول فقط، لأن الله تعالى قال في كتابه العزيز: (...وَيُعَوِّلُهَا أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ...)<sup>1</sup>، وهذا يدل على أن المراجعة تكون بالقول دون الفعل من وطء وغيره، غير أن الأخرس إذا راجع امرأته بكتابة له أو إشارة تعقل لزمها الرجعة.

#### ثانياً: عند المالكية

إن الرجعة كما تكون بالقول فإنها تكون أيضاً بالوطء شريطة أن ينوي به الرجعة، لأن الفعل عند المالكية مع النية يقوم مقام القول.

#### ثالثاً: عند الأحناف والحنابلة

ذهب الأحناف والحنابلة إلى أن الرجعة كما تكون بالقول فإنها تكون كذلك بالوطء، سواء نوى به الرجعة أم لم ينو.

#### ترجيح المسألة:

والراجح في المسألة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأن الرجعة تكون بالقول وتكون بالفعل، وهذا لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر: "مره فليراجعها"، وليس في هذا تخصيص من قول أو فعل، ولأن المطلقة الرجعية تعتبر في حكم الزوجة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 228.

<sup>2</sup> عيد العزيز رمضان سمك، مرجع سابق، ص 170.

## المطلب الثاني

### شروط الرجعة

حتى تكون الرجعة صحيحة ومعتمدة شرعا، وضع لها فقهاء الشريعة الإسلامية شروطا تضبطها، على النحو التالي:

#### الفرع الأول

##### شروط متعلقة بطبيعة الطلاق

###### أولاً: أن يكون الطلاق دون الثلاث

فلكي تكون الرجعة صحيحة يشترط أن تكون الطلقة دون الثلاث، أي أن يكون الطلاق رجعياً وليس بائناً، لأنه متى أتم الزوج الطلقات الثلاث حرمت عليه مطلقته حتى تنكح زوجاً غيره فيطلقها أو يموت عنها بعد البناء.

###### ثانياً: أن يكون الطلاق بعد الدخول

يشترط كذلك أن يكون الطلاق قد وقع بعد البناء بالمطرفة، أما إن كان قبله فلا رجعة فيه لأنه لا عدة على غير المدخول بها، والرجعة إنما تكون في العدة<sup>1</sup>، يقول الله عز وجل: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً)<sup>2</sup>.

###### ثالثاً: أن يكون الطلاق بغير عوض

يشترط أن لا تكون الفرقة خلعاً، لأن ما كان طلاقاً بعوض فلا رجعة فيه، إذ البذل في الخلع إنما جعل لتفتدي المرأة به نفسها من الزوج، ولا يتحقق ذلك مع ثبوت الرجعة<sup>3</sup>.

###### رابعاً: أن تتم الرجعة في أثناء عدة طلاق رجعي

فالرجعة لا تصح إلا ما دامت العدة لم تنقض بعد، فمتى انقضت العدة بانتهت المرأة من الرجل ولم تعد محلاً للمراجعة، وأجمع الفقهاء على عدم جواز الرجعة بعد انقضاء العدة إلا بعقد زواج جديد، والعدة تختلف من حالة إلى أخرى وهو ما سيتم تفصيله في موضوع العدة كما سيأتي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عيد العزيز رمضان سمك، مرجع سابق، ص 168.

<sup>2</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.

<sup>3</sup> عيد العزيز رمضان سمك، مرجع سابق، ص 169.

<sup>4</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، مرجع سابق، ص 167.

## الفرع الثاني

### شروط متعلقة بالصيغة

قد تكون الرجعة بالقول أو بالفعل كما سبق، وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط في الصيغة أن تكون منجزة، بمعنى أن لا تكون معلقة على شرط ولا مضافة إلى زمن مستقبل.<sup>1</sup>

## الفرع الثالث

### شروط الإشهاد

لما كانت الرجعة هي استدامة لملك الزوجية القائم بين الزوجين وعودة المطلقة إلى عصمة زوجها على نكاحها ومهرها السابقين من غير تجديد العقد، اختلف الفقهاء في مسألة الإشهاد على الرجعة في كونها شرطا من شروط صحتها.

### أولا: القول بوجوب الإشهاد لصحة الرجعة

إذا راجع الرجل زوجته المطلقة وهي في عدتها، وجب عليه أن يشهد على رجعتها قبل تمام عدتها، أما إن راجعها ولم يشهد على ذلك كانت الرجعة باطلة، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: (فَإِذَا بَلَغَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ...)<sup>2</sup>.

وذهب إلى هذا القول الإمام الشافعي في مذهبه القديم وبعض الحنابلة، وعللوا ذلك لما يترتب على الشهادة من ثبوت الرجعة وعدم إنكارها بما لا يفتح المجال لمن ساءت نيته، كأن يراجع الرجل زوجته دون إشهاد ثم ينكر ذلك، أو أن يدعي بأنه راجعها وهو لم يراجعها، وقد يتفاقم الأمر إلى حد اتهامها بالجمع بين أكثر من زوج من باب الكيد لها والإضرار بها.<sup>3</sup>

### ثانيا: القول بعدم وجوب الإشهاد لصحة الرجعة

الإشهاد على الرجعة مستحب وليس بواجب، فإذا راجع الرجل زوجته المطلقة طلاقا رجعيا ولم يشهد على ذلك صحت الرجعة وعادت الزوجة إلى زوجها، ولا أثر لعدم الإشهاد على هذا النكاح.

<sup>1</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، مرجع سابق، ص 167.

<sup>2</sup> سورة الطلاق، الآية 2.

<sup>3</sup> عيد العزيز رمضان سمك، مرجع سابق، ص 171.

وقالوا بأن الأمر الوارد في الآية الكريمة في قوله تعالى (...وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ...)، هو أمر محمول على الاستحباب وليس على الوجوب.

وقال باستحباب الإشهاد على الرجعة وليس الوجوب كل من المالكية والأحناف والإمام الشافعي في مذهبه الجديد وبعض الحنابلة.

وذهب الإمام مالك بأن للمرأة أن تمنع نفسها عن زوجها حتى يشهد، حيث قال لامرأة طلقها زوجها ثم راجعها ولم يشهد فأراد أن يدخل بها فقالت المرأة لا تدخل بي حتى تشهد على رجعتي، فقال الإمام مالك: قد أحسنت وأصابت حين منعه نفسها حتى يشهد على رجعتها<sup>1</sup>، ومع ذلك لم يقل الإمام مالك بوجوب الإشهاد على الرجعة.

### ترجيح المسألة

الراجح في الإشهاد ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأنه مستحب وليس واجب لصحة الرجعة، وأن الأمر الوارد في الآية الكريمة هو أمر استحباب لا أمر وجوب، إضافة إلى ذلك لم يؤثر نص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أو عن صحابته رضوان الله عليهم أنهم قالوا ببطلان الرجعة إذا تخلف الإشهاد عليها<sup>2</sup>.

## الفرع الرابع

### شرط إعلام الزوجة بالرجعة

إذا راجع الزوج زوجته المطلقة طلاقاً رجعيًا هل يشترط إعلام الزوجة بهذه الرجعة حتى تكون صحيحة أم لا يشترط ذلك؟ وفي ذلك ذهب الفقهاء إلى قولين:

### أولاً: القول بوجوب إعلام الزوجة لصحة الرجعة

إذا راجع الزوج زوجته من طلاق رجعي وجب عليه إعلامها وإلا لم يكن مراجعاً لها، وبهذا قال الظاهرية واستدلوا بقوله تعالى: (...وَيُعَوِّلْنَهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا...) <sup>3</sup>.

فقال الإمام ابن حزم<sup>4</sup> بأن الله تعالى أمر الزوج الذي يملك الرجعة وهو أحق بها، بالرد إذا كان يريد من الرجعة إصلاحاً، وإذا كتم الرجعة ولم تعلم بها الزوجة فلم يرد بذلك إصلاحاً.

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 435.

<sup>2</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 436.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 228.

<sup>4</sup> هو الإمام علي بن حزم الأندلسي، وهو زعيم المذهب الظاهري، وهو المذهب السني الخامس بعد المذاهب الأربعة.

## ثانياً: القول بعدم وجوب إعلام الزوجة لصحة الرجعة

إعلام الزوجة بالرجعة مستحب ومندوب إليه، فإن لم يعلمها صحت الرجعة، وبهذا قال فقهاء المذاهب الأربعة.

### ترجيح المسألة

والراجح في المسألة ما ذهب إليه جمهور فقهاء المذاهب الأربعة بأن الرجعة ليس من شروط صحتها إعلام الزوجة بها، لأن النصوص الواردة في ذلك جاءت مطلقة عن قيد إعلام الزوجة كما هو الحال في الإشهاد على الرجعة.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، مرجع سابق، ص 167.

## المطلب الثالث

### الرجعة في قانون الأسرة الجزائري

تطرق قانون الأسرة الجزائري إلى مسألة الرجعة، ولكن بصورة مقتضبة يكتنفها الكثير من الغموض وعدم الدقة، سواء من حيث التعريف أو الشروط أو المدة التي تجوز فيها الرجعة.

### الفرع الأول

#### تعريف الرجعة في قانون الأسرة الجزائري

جاء نص المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد."

ومن خلال المادة السابقة الذكر يلاحظ بأن المشرع الجزائري استعمل عبارة " من راجع زوجته"، وهذه العبارة تستخدم عادة في الدلالة على الرجوع الذي يكون بعد طلاق رجعي<sup>1</sup>، ثم ربط فترة جواز الرجعة بمرحلة الصلح، وعلى هذا فإن الرجعة بمفهوم قانون الأسرة الجزائري هي: مراجعة الزوج زوجته بعد أن طلقها طلاقا رجعيا بدون عقد جديد أثناء فترة محاولة الصلح، وبعقد جديد بعد ذلك.

ومن خلال هذا التعريف الذي تم اقتراحه استنادا إلى ما تضمنته المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري يمكن إبداء الملاحظات التالية:

إن المشرع الجزائري ربط الرجعة بفترة الصلح، ولم يقل أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية بذلك، بل أجمعوا بأن الرجعة تكون في عدة طلاق رجعي، ومن جهة أخرى كأن الثلاثة أشهر التي جعلها كحد أقصى للصلح هي نفسها عدة المطلقة، وهذا لا يستقيم، لأن العدة تختلف مدتها حسب الحالات التي سيتم دراستها فيما بعد.

أما فيما يتعلق بفترة مرحلة الصلح فقد نص عليها قانون الأسرة الجزائري في المادة 49، وحددها بمدّة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق.<sup>2</sup>

إن الرجعة كما تناولها قانون الأسرة الجزائري يشوبها الكثير من الخلل والغموض، فلو افترضنا مثلا تعثر جلسات محاولة الصلح بتخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسات دون اعتذار فإن ذلك يعتبر رفضا ضمنيا منه

<sup>1</sup> نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، الطبعة الثانية، دار فسيحة، الجزائر، 2009، ص 48.  
<sup>2</sup> نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري: لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.  
يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.  
تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

للصلح، ومثل هذا الوضع يعفي القاضي من انتظار نهاية الثلاثة أشهر، فيحرر بذلك محضرا بفشل الصلح ويحكم بالطلاق.<sup>1</sup>

ومن هنا يمكن القول بأن الثلاثة أشهر التي جعلها المشرع الجزائري من أجل الصلح عبارة عن أقصى حد له، ويمكن أن تتقلص المدة لأي سبب من الأسباب التي يراها القاضي دليل على فشل الصلح وبالتالي تعفيه من انتظار كل المدة، فيحكم بالطلاق، وبهذا يزول حق الزوج في مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، وسيوضح الخلط الذي وقع فيه القانون بصورة أدق أثناء دراسة شروط الرجعة في قانون الأسرة الجزائري.

## الفرع الثاني

### شروط الرجعة في قانون الأسرة الجزائري

لم يتطرق المشرع الجزائري بشكل صريح إلى الشروط الواجب توافرها لصحة الرجعة إلا ما جاء من خلال نصي المادتين 50 و 51 من قانون الأسرة.

نص المادة 50: من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد.

نص المادة 51: لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.

ومن خلال المادتين المذكورتين يمكن استخلاص الشروط التالية:

### أولاً: أن يكون الطلاق رجعياً

ويستفاد هذا الشرط من العبارة الواردة في المادة 50 " من راجع زوجته"، والمراجعة لا تكون في الفقه الإسلامي إلا من طلاق رجعي، أما قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق صراحة إلى الطلاق الرجعي والبائن، إلا ما يفهم ضمناً من خلال نفس المادتين السابقتين، بحيث يكون رجعياً قبل انتهاء محاولة الصلح وباتناً بينونة صغرى بعد صدور الحكم بالطلاق، وهذا خروج عن أحكام الفقه الإسلامي، الذي مرده بسبب الخلط بين فترة الصلح والعدة، فكان الأجدر على المشرع أن يتحرى الدقة ويضع كل مصطلح في مكانه.

<sup>1</sup> عيد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 120.

## ثانيا: أن تكون الرجعة في أثناء محاولة الصلح

فقد نص قانون الأسرة الجزائري صراحة بأن الرجعة تكون أثناء فترة محاولة الصلح بدون عقد جديد، أما إذا صدر الحكم بالطلاق لم يراجعها إلا بعقد جديد.

## ثالثا: شرط رفع دعوى الطلاق

بما أن الرجعة لا تكون إلا أثناء محاولة الصلح كما نصت عليه المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري، فإنه بالرجوع إلى المادة 49 من نفس القانون فإن محاولة الصلح يجريها القاضي في مدة لا تتجاوز الثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع دعوى الطلاق، وعلى هذا استلزاما لا تكون الرجعة إلا بعد رفع دعوى الطلاق وقبل نهاية الصلح سواء طالّت المدة إلى ثلاثة أشهر أو قصرت عن ذلك لأي سبب من الأسباب.

## رابعا: عدم اكتمال الطلقات الثلاث

نصت المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري صراحة أنه لا يمكن للرجل أن يراجع من طلقها ثلاثا إلا بعد أن تنزوج غيره، ثم يطلقها أو يموت عنها بعد البناء<sup>1</sup>، لأنه بعد اكتمال الطلقات الثلاث فإنها تبين منه بينونة كبرى. بالنظر إلى الشروط السابقة الذكر المستقاة من المواد 49، 50 والمادة 51 من قانون الأسرة، باستثناء الشرط الرابع أين هناك توافق بين أحكام القانون وأحكام الفقه الإسلامي، فإن الشروط الثلاثة الأخرى تعكس بوضوح وقوع المشرع الجزائري في خلط كبير وعدم التزامه الدقة أثناء تناوله أحكام الرجعة.

## الفرع الثالث

### مناقشة قانون الأسرة الجزائري

نظرا للخلط الحاصل في قانون الأسرة الجزائري في موضوع الرجعة فإنه من اللازم تبيان ما خالف فيه القانون أحكام الفقه الإسلامي المتفق عليها.

## أولا: ربط فترة الرجعة بفترة الصلح

وهو الخلط الجوهرى في المسألة بحيث صرح قانون الأسرة الجزائري أن للزوج أن يراجع مطلقته أثناء محاولة الصلح، سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا بينونة صغرى، وسواء انتهت العدة أم لم تنته، فما دامت فترة الصلح باقية - والتي حددها قانون الأسرة بثلاثة أشهر - فللزوج حق المراجعة بلا عقد جديد.

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 445.

إضافة إلى ذلك لم يأتي في قانون الأسرة الجزائري ما يدل على عدم جواز مراجعة غير المدخول بها إلا بعقد جديد.

فشرط الرجعة إذن هو بقاء فترة الصلح، فإذا حكم القاضي بالطلاق فليس للزوج حق المراجعة ولو كان الطلاق رجعياً ولم تنته العدة، مع العلم أنه قد أجمع أهل العلم أن للزوج مراجعة زوجته ما دامت في عدة طلاق رجعي بدون عقد ولا مهر جديدين، وأجمعوا كذلك بأنه ليس للرجل مراجعة مطلقته البائن منه بينونة صغرى ولو في عدتها إلا بعقد ومهر جديدين، كالتطبيق بسبب العيب بحيث يقع باننا مباشرة بعد الحكم به.

وبذلك يكون القانون قد خالف بصورة واضحة أحكام الفقه الإسلامي في مسألة الرجعة، وهو بهذه المخالفة إما يحرم الزوج من حق أثبته له الشرع الحنيف في حالة ما إذا حكم القاضي بالطلاق قبل مضي العدة في الطلاق الرجعي.

وقد يصل الأمر إلى تحريم ما هو حلال، أو تحليل ما هو حرام، فإذا أراد الزوج مراجعة مطلقته الرجعية في عدتها بعد حكم القاضي بالطلاق، تكون المرأة بحكم الشرع زوجته أما بحكم القانون فليست كذلك فالقانون بذلك قد حرم حلالاً.

وإذا راجع الرجل مطلقته أثناء فترة الصلح وقد انتهت عدتها الشرعية، فإن الرجعة صحيحة قانوناً وهي غير صحيحة شرعاً، فيكون بذلك قد أحل حراماً.<sup>1</sup>

### ثانياً: ازدواجية العدة

من المتفق عليه شرعاً أن الرجعة تكون أثناء العدة التي يبدأ سريانها من يوم وقوع الطلاق، غير أن قانون الأسرة الجزائري خالف هذا الإجماع، وخلق ما يعرف بـعدة قانونية لا تتماشى إطلاقاً مع العدة الشرعية التي هي الأصل، وذلك حين اعتبر القانون بداية سريان فترة الرجعة من يوم رفع الدعوى، وتنتهي بحكم القاضي بالطلاق، فلا هو أخذ بيوم إيقاع الطلاق لبداية حساب فترة الرجعة وهذا هو الواجب في الاعتبار، ولا هو أخذ بيوم حكم القاضي بالطلاق لبداية حسابها، وهذا ما لا يتماشى تماماً مع أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي التي تكون في العدة التي يبدأ حسابها من يوم إيقاع الطلاق.

وتجدر الإشارة إلى أن الكثير من القضايا لا ترفع إلى القضاء إلا بعد مضي مدة طويلة من الطلاق قد تزيد عن انتهاء مدة العدة، وبرفع الدعوى يبدأ القاضي في محاولة الصلح تطبيقاً لأحكام القانون والتي قد تستمر إلى ثلاثة أشهر، ويجيز خلالها القانون للرجل مراجعة زوجته بلا عقد جديد.

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 445.

إن ربط فترة الرجعة بفترة الصلح أدى إلى خلق عدة قانونية مطاطية غير ثابتة قد تمتد فتطول وقد تنقلص فتقتصر، ومخالفة تماما للعدة الشرعية التي أمر الله عز وجل الناس أن يطلقوا لها، والمعلوم شرعا بأن العدة ثابتة لا تتغير مدتها في الحالة الواحدة، وإنما تختلف حالاتها على حسب كل حالة وهذا ما سيتم تفصيله أثناء دراسة موضوع العدة، فيقول الله عز وجل: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ...)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> سورة الطلاق، الآية 1.

## المبحث الثاني

### العدة

الزواج هو نواة المجتمع وأصل استمراره، وهو السنة الكونية التي تجعل للحياة قيمة وتقديراً، فهو الحنان الطبيعي والتعاون الصادق على أعباء الحياة ومتطلباتها، ولذلك جاء الإسلام مرغبا له في إطار ضوابطه الصحيحة، ولم يخلو قانون من قوانين الدول المعاصرة من أحكام منظمة للزواج، وكذلك قوانين الدول العربية والإسلامية التي استمدت أحكام مواد قانون أحوالها الشخصية من الشريعة الإسلامية، ولم يخرج المشرع الجزائري عن هذا المنطق فجاءت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري مدوية وصريحة بالرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي فيما لم يتم النص عليه في القانون.<sup>1</sup>

ومع ذلك فإن العلاقة الزوجية قد يطرأ عليها ما يعكر صفوها، فيجعل ما يؤدي إلى استحالة استمرارها ودوامها، فاقتضت الطبيعة البشرية أن تكون هناك خلافات بين الأزواج ومشاكل، ومن هذه الزيجات ما لا يصمد أمام هذه الصدمات مما يؤدي إلى حدوث الفرقة بين الزوجين.

إضافة إلى ذلك قد تفجع الزوجة بموت زوجها، فكل نفس ذائقة الموت فقال تعالى: (إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ)<sup>2</sup>.

فكل امرأة انفصلت عن زوجها بطلاق أو وفاة الزوج، أوجب عليها الشرع أحكاما منها العدة، وهذا ما سيتم تناوله في هذا المبحث عن طريق دراسة العدة في إطار أحكام الفقه الإسلامي وما جاء به قانون الأسرة الجزائري.

<sup>1</sup> نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري: كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.  
<sup>2</sup> سورة الزمر، الآية 30.

## المطلب الأول

### مفهوم العدة

في هذا المطلب سيتم دراسة العدة من حيث تعريفات الفقهاء لها وأدلة ثبوتها الشرعية وكذا الحكمة من تشريعها.

### الفرع الأول

#### تعريف العدة في الفقه الإسلامي

##### أولاً: العدة في اللغة

العدة لغة بكسر العين وتشديد الدال هي الإحصاء، يقال عدد الشيء أي أحصاه، وجمعها عدد. وقد تطلق العدة ويراد بها المعدود<sup>1</sup>، وجاء ذلك في قوله تعالى: (إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرْمٌ...)<sup>2</sup>

##### ثانياً: العدة في الإصطلاح

تعددت تعريفات الفقهاء للعدة شرعا، لكنها جاءت متقاربة المعنى.

- أ- **تعريف العدة عند الأحناف:** هي تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته. والتربص هو الانتظار، بمعنى أن المرأة تحصي فترة انتظارها مدة معينة لانقضاء ما بقي من آثار الزواج عليها.<sup>3</sup>
  - ب- **تعريف العدة عند المالكية:** هي مدة يمتنع فيها الزواج بسبب طلاق أو موت الزوج أو فساد النكاح. والمراد بالمنع هو منع المرأة من الزواج وليس منع الرجل.
  - ت- **تعريف العدة عند الشافعية:** هي إسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها في زوجها.
- والتربص يشمل المرأة دون الرجل حيث لا عدة له إلا في حالين هما:
- الحالة الأولى:** إن طلق امرأته وأراد التزوج بمن لا يجوز جمعها معها كأختها، فيجب عليه أن ينتظر حتى تنقضي عدة مطلقته.

<sup>1</sup> محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 647.

<sup>2</sup> سورة التوبة، الآية 36.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 624.

**الحالة الثانية:** من معه أربع زوجات وطلق إحداهن ثم أراد التزوج بخامسة، فيجب عليه أن ينتظر حتى تنتهي عدة المطلقة.

وهذا الانتظار من الرجل وإن وجد فيه بعض معنى العدة إلا أنه لا يسمى عدة شرعا.<sup>1</sup>

وجاء في التعريف ( لمعرفة براءة رحمها) وهذا لغير الصغيرة والأيسة، أما المقصود بلفظ ( التعبد ) في التعريف فهو الصغيرة والأيسة.

**ث- تعريف العدة عند الحنابلة:** هي التربص المحدد شرعا.

**ج- تعريف العدة عند بعض الفقهاء المتأخرين:**

- عرفها محمد مصطفى شلبي فقال: هي أجل حدده الشارع للمرأة التي حصلت الفرقة بينها وبين

زوجها بسبب من الأسباب التي تمتنع عن التزوج فيه بغير زوجها الأول.<sup>2</sup>

- عرفها أبو زهرة فقال: هي أجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح، فإذا حصلت الفرقة بين

الرجل وأهله لا تنفصم عرى الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة، بل تتربص المرأة ولا

تتزوج غيره حتى تنتهي تلك المدة التي قدرها الشارع.<sup>3</sup>

- عرفها محمد بن صالح العثيمين فقال: هو تربص محدود شرعا بسبب فرقة نكاح وما ألحق به.<sup>4</sup>

وما يلاحظ من التعاريف السابقة للعدة أنها تدور كلها في فلك واحد بحيث اتفقت على كون العدة هي مدة

حددها الشرع وتمكثها المرأة بسبب انتهاء زواجها وتمتنع فيها عن الزواج.

## الفرع الثاني

### أدلة مشروعية العدة

ثبتت مشروعية العدة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة واتفق الفقهاء عليها بالإجماع، وفيما يلي

عرض لهذه الأدلة.

<sup>1</sup> محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 648.

<sup>2</sup> محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 647.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 372.

<sup>4</sup> محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، للإمام موسى بن أحمد بن موسى سالم الحجاوي، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الأنصار، القاهرة، 2003، ص 551.

## أولاً: من القرآن الكريم

يقول الله عز وجل: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ...)<sup>1</sup>

ويقول أيضاً: (وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...)<sup>2</sup>

ويقول أيضاً: (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).<sup>3</sup>

ويقول أيضاً: (وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...)<sup>4</sup>

## ثانياً: من السنة

جاءت في السنة أحاديث كثيرة في العدة منها:

قول النبي صلى الله عليه وسلم: " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً"<sup>5</sup>، رواه مسلم.

عن المسور بن مخرمة: "أن سبيعة الأسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليل، فجاءت النبي صلى الله عليه وسلم فاستأذنته أن تتكح فأذن لها فنكحت"<sup>6</sup>، رواه البخاري.

## ثالثاً: من الإجماع

انعقد الإجماع على وجوب العدة من عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى وقتنا الحاضر، ولم يقل بخلاف ذلك أحد من الفقهاء.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> سورة الطلاق، الآية 01.

<sup>2</sup> سورة الطلاق، الآية 04.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية، 234.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية، 228.

<sup>5</sup> أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، الجزء الثالث، (دون دار نشر)، المدينة المنورة، 1964، ص 239.

<sup>6</sup> أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ص 400.

<sup>7</sup> محمد حسام رحيمة، العدة الشرعية وأحكامها في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الاعلام، دمشق، سوريا، 1995، ص 12.

## الفرع الثالث

### الحكمة من مشروعية العدة

إن من تشريع العدة حكم كثيرة لها من الأهمية البالغة ما لا يتحقق من دونها، ويمكن إدراج بعضها فيما يلي:

**أولاً:** التعرف على براءة الرحم، وذلك بالتأكد من عدم وجود حمل من الرجل الذي طلقها منعا لاختلاط الأنساب، فلو لم تكن العدة وتزوجت المرأة بآخر فلا يعلم ولدها من أي الرجلين هو، لذلك كانت العدة معروفة قبل الإسلام، فلما جاء الإسلام أقرها بعد أن خلصها مما كان بها من إضرار للمرأة.

**ثانياً:** ثبوت الرجعة، وذلك عن طريق التنويه بعظم شأن هذا الزواج، إذ أنه لا ينتهي مباشرة بمجرد وقوع الفرقة، بل بانتظار مدة من الزمن كافية ليتروى كل من الزوجين ويزول غضبه وتهادأ نفسه، وبذلك تكون العدة فسحة ليراجع فيها الرجل زوجته، فتعود الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه من قبل بلا عقد ولا مهر جديدين، ولا تكون الرجعة هكذا إلا ما دامت العدة لم تنقض.<sup>1</sup>

**ثالثاً:** إظهار المرأة حزنها على فراق زوجها بوفاته، وذلك إظهاراً للوفاء له من جهة، وإحساناً إلى أهله الذين ارتبطت بهم برابطة المصاهرة.<sup>2</sup>

## الفرع الرابع

### سبب وجوب العدة

تجب العدة على المرأة بأحد أمرين: فرقة بوفاة أو فرقة بغير وفاة.

### أولاً: الوفاة كسبب لوجوب العدة

ويقصد بها وفاة الزوج، سواء كانت الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخول بها، من زواج صحيح، وذلك لقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا...)،<sup>3</sup> فالآية الموجبة لعدة الوفاة لم تقيد بالدخول من عدمه بل جاءت مطلقة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 627.

<sup>2</sup> عيلة عبد العزيز عامر، الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 306.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 234.

<sup>4</sup> بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 297.

## ثانياً: الفرقة بين الزوجين بغير وفاة كسبب لوجوب العدة

إذا كانت الفرقة بغير وفاة فلا عدة على غير المدخول بها لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا...) <sup>1</sup>.

إذا كانت مدخولا بها حقيقة أو حكما - باستثناء الشافعي الذي قال بأن الخلوة لا توجب العدة- فإنه تجب عليها العدة إذا كان الزواج صحيحا لقوله تعالى: (وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...) <sup>2</sup>، أما إذا كان الزواج فاسدا فلا تجب العدة إلا على المدخول بها حقيقة عند جمهور الفقهاء غير المالكية <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.  
<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 228.  
<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 628.

## المطلب الثاني

### أنواع العدة

أنواع العدة ثلاثة: عدة بالأقراء وعدة بالأشهر وعدة بوضع الحمل، بالإضافة إلى ذلك فإن العدة قد تنتقل وتتغير من نوع إلى آخر.

### الفرع الأول

#### عدة الأقراء

#### أولاً: المقصود بالأقراء

يطلق القراء لغة على الحيض والطمهر معاً، فهو لفظ مشترك بينهما، ويجمع على أقراء وقروء وأقراء، وأصله هو الوقت.<sup>1</sup>

أما في الاصطلاح فقد اختلف الفقهاء بالمقصود به في قوله تعالى: (وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...) <sup>2</sup> إلى قولين:

**القول الأول:** المراد بالقراء هو الحيض، وقال به الحنفية والحنابلة<sup>3</sup>، واستدلوا في ذلك بما يلي:

- قوله تعالى: (وَاللَّائِي يَنَسْنَ مِنَ الْمُحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ...) <sup>4</sup>، فدللت الآية على أن المرأة تنتقل عند عدم الحيض إلى الأشهر، فهنا قامت الأشهر مقام الحيض في العدة فدل ذلك على أن الأقراء هي الحيض.
- الحديث الذي رواه أحمد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير حامل حتى تحيض حيضة"<sup>5</sup>، فدل الحديث على أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالاستبراء بالحيضة، وقد أجمع العلماء بأن الاستبراء في شراء الجوارى يكون بالحيض، فكذا العدة ينبغي أن تكون بالحيض لأن الغرض واحد وهو براءة الرحم.

**القول الثاني:** المراد بالقراء الطهر، وقال به المالكية والشافعية والظاهرية<sup>6</sup>، واستدلوا في ذلك بما يلي:

<sup>1</sup> محمد عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، الجزء الثالث، المكتبة التوفيقية، القاهرة، 2008، ص 264.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 228.

<sup>3</sup> فاروق عبد الله كريم، مرجع سابق، ص 237.

<sup>4</sup> سورة الطلاق، الآية 04.

<sup>5</sup> أبو الفيض أحمد بن الصديق الغمري، الهداية في تخريج أحاديث البداية (بداية المجتهد لابن رشد)، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار عالم الكتب، لبنان،

1987، ص 467.

<sup>6</sup> فاروق عبد الله كريم، مرجع سابق، ص 237.

- قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ...) <sup>1</sup>، فاللام الموجودة في قوله تعالى: (لِعَدَّتِهِنَّ) جاءت بمعنى "في"، أي طلقوهن في وقت العدة، وأمر الله أن يكون الطلاق في الطهر لا في الحيض إذ الطلاق في الحيض محذور شرعا، فيكون المراد بالقرء الطهر الذي تطلق فيه النساء.

- عن مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أنها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق حين دخلت في الدم من الحيضة الثالثة، قال ابن شهاب: فذكر ذلك لعمره بنت عبد الرحمن فقالت: صدق عروة وقد جادلها في ذلك ناس فقالوا: إن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه (ثلاثة قروء)، فقالت عائشة: صدقتم تدرون ما الأقراء؟ إنما الأقراء الأطهار. <sup>2</sup>

### نتيجة الاختلاف بين القولين:

إذا طلق الرجل امرأته في طهر، انتهت عدتها حسب من يقول بأن القرء طهر بمجيء الحيضة الثالثة، وأما حسب من قال بأن القرء حيض فلا تنقضي عدتها إلا بالاغتسال من الحيضة الثالثة.

وقد رجح القول الأول بأن القرء حيض غير واحد من الفقهاء المعاصرين منهم وهبة الزحيلي وأبو زهرة وذلك لأن الغرض من العدة هو معرفة براءة الرحم، وهو ما يعرف بالحيض لا بالطهر. <sup>3</sup>

### ثانيا: علي من تجب عدة الأقراء

تجب عدة الأقراء على كل مفارقة لزوجها بطلاق أو فسخ بعد الدخول بها حقيقة أو حكما، ومقدارها ثلاثة قروء لقوله تعالى: (وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...) <sup>4</sup>، وشروطها:

- أن لا تكون صغيرة لم تبلغ سن الحيض.
- أن لا تكون آيسة تجاوزت سن الحيض.
- أن لا تكون حاملا.
- أن لا تكون الفرقة بسبب الوفاة. <sup>5</sup>

وتجب عدة الأقراء كذلك على المرأة بالفرقة من طلاق أو وفاة من زواج فاسد ما لم تكن حاملا. <sup>6</sup>

<sup>1</sup> سورة الطلاق، الآية 01.

<sup>2</sup> محمد عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، مرجع سابق، ص 264.

<sup>3</sup> سميرة عبد المعطي محمد ياسين، أحكام العدة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، عمادة الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007، ص 16.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 228.

<sup>5</sup> محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 341.

<sup>6</sup> محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 373.

## الفرع الثاني

### عدة الأشهر

تنقسم عدة الأشهر إلى قسمين: أحدهما يجب بدلا عن الأقراء، والآخر يجب أصلا بنفسه، وتفصيل ذلك يأتي

فيما يلي:

#### أولا: القسم الذي يجب بدلا عن الأقراء

يقول الله تعالى: (وَاللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ...)<sup>1</sup>، فتقوم العدة بالأشهر بدلا من الأقراء، وتقدر بثلاثة أشهر إذا كانت الفرقة بينها وبين زوجها بغير وفاة وذلك في الحالات التالية:

- الصغيرة التي لم تحض بعد.
- الأيسة التي تجاوزت سن الحيض.
- البالغة التي لم يأتها الحيض قط.<sup>2</sup>

#### ثانيا: عدة الأشهر الأصلية بذاتها

وهي عدة من توفي عنها زوجها أو ما يعرف بعدة الوفاة، وسبب وجوبها وفاة الزوج، ومدتها أربعة أشهر وعشرة أيام، أما شرط وجوبها هو أن يكون الزواج صحيحا فقط سواء كانت المعتدة مدخولا بها أم غير مدخول بها، وسواء كانت ممن تحيض أم ممن لا تحيض<sup>3</sup>، لقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا...)<sup>4</sup>.

## الفرع الثالث

### عدة الحامل

إذا حدثت الفرقة بين الزوجين بطلاق أو وفاة وكانت المرأة حاملا فإن عدتها تكون بوضع حملها ولو وضعته بيوم من وفاة زوجها، وبهذا قال جمهور الفقهاء مستدلين بقوله تعالى: (... وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سورة الطلاق، الآية 04.

<sup>2</sup> عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 361.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 634.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 234.

<sup>5</sup> سورة الطلاق، الآية 04.

وذهب بعض الصحابة إلى أن الحامل التي توفي عنها زوجها تعتد بأبعد الأجلين من الوضع أو عدة الوفاة، وروي هذا عن علي بن أبي طالب وابن عباس رضي الله عنهم مستدلين في ذلك بقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا...)<sup>1</sup>، وقوله تعالى: (... وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ... )، وذلك عن طريق الجمع بين الدليلين.

والراجح في المسألة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأن عدة الحامل وضع الحمل، خصوصا إذا علم بأن آية (... وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ... ) نزلت متأخرة عن آية (... وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ... ) فبالتالي تكون ناسخة لها فيما تعلق بعدة الحامل من وفاة.<sup>2</sup>

واستنادا لما سبق فإن عدة الحامل من طلاق أو وفاة هي وضع الحمل كاملا بانفصاله كله حيا أو ميتا، وإذا كان الحمل توأما أو متعددا فتتقضي العدة بوضع الأخير، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء، وقال الأحناف تنتهي العدة إذا نزل أكثر الحمل.

أما إذا لم يكن الحمل مكتمل النمو عند نزوله وظهر فيه شيء من ملامح الأدمي انقضت به العدة<sup>3</sup>، واختلف الفقهاء في المضغة التي لم يظهر فيها شيء من ملامح الأدمي، فقال المالكية بانقضاء العدة ولو وضعت علقة وهو دم متجمد خلافا للجمهور.<sup>4</sup>

وتجدر الإشارة إلى أنه مع العلم الحديث يمكن التأكد من السقط أنه بداية خلق آدمي فتتقضي به العدة، أم هو مجرد دم متجمع ولا يزال الحمل في بطن أمه فلا تتقضي به العدة.

## الفرع الرابع

### تغير العدة

تبدأ كل مطلقة عدتها بالنوع المتفق مع حالها وقت ابتدائها، ولكن قد يعرض لها ما يوجب تغيير نوع العدة بمقتضى الأمر الطارئ على عدتها، وبالتالي لا بد من تغيير العدة، وقد تنتقل من الأشهر إلى الأقران كما قد تنتقل من الأقران إلى الأشهر، وقد تنتقل أيضا في المقدار مع بقائها دائما بالأشهر.

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 234.

<sup>2</sup> محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 343.

<sup>3</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 397، 398.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي مرجع سابق، ص 635.

## أولاً: انتقال العدة من الأشهر إلى الأقرء

تكون العدة بالأشهر للمطلقة التي لم تحض إما لصغرها وإما لبلوغها ولم تأتها بعد دورتها وإما لبلوغها سن اليأس، غير إنها إذا رأت الدم قبل أن تنتهي عدتها من الأشهر الثلاثة فإنها تستأنف العدة من جديد ولكن بالأقرء، لأن العدة بالشهور كانت بديلاً عن القروء فلا يجوز الاعتداد بها مع وجود أصلها.<sup>1</sup>

## ثانياً: انتقال العدة من الأقرء إلى عدة الحمل أو إلى الأشهر

- إذا شرعت المطلقة عدتها بالأقرء، ثم ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم القروء وتعدت بوضع الحمل، لأن الأقرء دليل على براءة الرحم في الظاهر، أما الحمل فدليل على شغل الرحم قطعاً، فيسقط الظاهر بالقطع.
- إذا طلقت المرأة التي تحيض، فحاضت مرة أو مرتين ثم آيست، انتقلت عدتها من الأقرء إلى الأشهر.<sup>2</sup>
- إذا كانت المطلقة تعند بالأقرء ثم توفي زوجها في أثناء عدتها، انتقلت عدتها من ثلاثة قروء إلى عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام، بشرط أن يكون طلاقها رجعياً وليس بانناً.<sup>3</sup>

## ثالثاً: الانتقال في مقدار العدة

إذا كانت عدة المطلقة ثلاثة أشهر كونها من غير ذوات الحيض، ثم توفي زوجها في أثناء عدتها، انتقلت عدتها من ثلاثة أشهر إلى عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام، فرغم بقاء العدة بالأشهر إلا أنها تغيرت في مقدارها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> عيلة عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 310.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 645.

<sup>3</sup> عيلة عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 310.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 646.

## المطلب الثالث

### العدة في قانون الأسرة الجزائري

لقد نظم المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة المسائل المتعلقة بآثار انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة، وجاءت في ذلك المواد 58، 59، 60 والمادة 61 منظمة لآثار انحلال الزواج من حيث العدة.

#### الفرع الأول

##### تعريف العدة

ولمعرفة ما إذا عرف المشرع الجزائري العدة، يستلزم عرض ما جاء في قانون الأسرة من مواد منظمة لها:

المادة 58: تعدد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق.

المادة 59: تعدد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده.

المادة 60: عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

المادة 61: لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق.

من خلال المواد المذكورة من قانون الأسرة يلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يتطرق تماما إلى تعريف العدة، ربما كون مدلولها من الأمور المعلومة في الدين بالضرورة، بالإضافة إلى نص المادة 222<sup>1</sup> من قانون الأسرة الجزائري في الإحالة إلى أحكام الفقه الإسلامي فيما لم يرد فيه نص، وبالرجوع إلى آراء الفقهاء في تعريف العدة فإنها جاءت متقاربة إلى حد كبير مما لا يستدعي الفصل فيها.

<sup>1</sup> نص المادة 222: كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

## الفرع الثاني

### المعتدة في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى المواد المتعلقة بأحكام العدة في قانون الأسرة الجزائري نجد أنها تنص على ثلاث حالات مختلفة للمعتدة، وكل حالة تخص وضعية معينة تكون عليها المرأة وقت انحلال الزواج فتلزمها هي دون غيرها، وتتمثل هذه الحالات في:

#### أولاً: عدة المطلقة المدخول بها غير الحامل

وجاء النص على هذه الحالة في المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري: "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق."

واستناداً إلى نص هذه المادة فإن عدة المطلقة المدخول بها غير الحامل هي ثلاثة قروء، وهو متوافق تماماً مع ما جاء في الفقه الإسلامي، ومع ذلك كان من الأفضل على المشرع الجزائري أن يبين المقصود من القراء، لأن الإحالة إلى الفقه الإسلامي لا يحل الإشكال نظراً لاختلاف الفقهاء في القراء وهو الحيض أم الطهر، مع العلم أنه ينجر عن هذا الاختلاف فرق في مدة العدة، إذ مدة من تعدت بالحيض أطول من مدة من تعدت بالطهر، لأن من تعدت بالطهر تنتهي عدتها بمجرد بداية الحيضة الثالثة، أما من تعدت بالحيض فلا تنتهي عدتها إلا بعد الاغتسال من الحيضة الثالثة، فكان على المشرع الجزائري الفصل في ذلك باختيار أحد القولين حتى لا تختلف مدة العدة من محكمة لأخرى.<sup>1</sup>

#### ثانياً: عدة المطلقة المدخول بها غير الحامل اليائسة من المحيض

وتطرقت إلى هذه الحالة المادة 58 المذكورة أعلاه، فتكون عدة المطلقة المدخول بها غير الحامل واليائسة من المحيض ثلاثة أشهر، وهي بدل عن القروء كما تم إيضاحه سابقاً، وإن لم يشر قانون الأسرة الجزائري إلى هذا البديل إلا أنه يفهم بدهاءة إذ يستحيل على من يئست من المحيض أن تعدت بالأقراء، وعلى هذا أقام فقهاء الشريعة الإسلامية.

ومع ذلك فإن المشرع الجزائري قد أغفل عدة الصغيرة التي لم تحض بعد، ولعل ذلك لأنه لا يجيز زواجها ابتداءً<sup>2</sup>، عن طريق تحديده سن الزواج ببلوغ 19 سنة في المادة 07/1 من قانون الأسرة الجزائري<sup>3</sup>، إلا أنه أغفل أنه هو نفسه صرح في نفس المادة بإمكانية الزواج قبل تمام 19 سنة بترخيص من القاضي، وقد يقع عليها الطلاق وهي لم تحض بعد لصغر سنها.

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 421.

<sup>2</sup> سلمان نصر وسعاد سطحي، مرجع سابق، ص 150.

<sup>3</sup> نص المادة 1/07 من قانون الأسرة الجزائري: تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

ومن جهة أخرى فقد تتجاوز المرأة سن 19 سنة بكثير وتتأخر حيضتها، وبالتالي يكون حكمها نفس حكم الصغيرة التي لم تحض بعد، فكان من الأولى على المشرع الجزائري الإشارة إلى عدة المطلقة التي لم تحض بعد سواء لصغر سنها أو لتأخر دورتها رغم بلوغها، وتكون عدتها نفس ما تعتد به اليائسة من المحيض، وهذا تماشيا مع الواقع من جهة، ومع ما ذهب إليه الفقهاء من جهة أخرى.

### ثالثا: عدة المتوفى عنها زوجها

تنص المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده.

واستنادا إلى هذه المادة فإن عدة المتوفى عنها زوجها هي أربعة أشهر وعشرة أيام، ويشار إلى أن هذه المادة لم توضح ما إذا كانت المتوفى عنها زوجها حاملا أم غير حامل، غير أنه بالرجوع إلى المادة 60 من نفس القانون والتي تناولت عدة الحامل من طلاق أو وفاة والتي تنص على: عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة. فإنه يستفاد بأن المادة 59 إنما المقصود بها المعتدة من وفاة ما لم تكن حاملا.<sup>1</sup>

### رابعا: عدة زوجة المفقود

نصت عليها المادة 59 من قانون الأسرة المذكورة سابقا، وعدتها هي نفس عدة من توفي عنها زوجها ويبدأ حسابها ابتداء من تاريخ صدور الحكم بفقده، وهذا يوافق ما ذهب إليه فقهاء المالكية والحنابلة الذين قالوا بأن امرأة المفقود تنتظر أربع سنين - وهو ما يمثل في القانون فترة الانتظار لصدور الحكم بفقده - ثم تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام.<sup>2</sup>

### خامسا: عدة الحامل

تنص المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

ويفهم من الإطلاق الوارد في هذه المادة بأن عدة الحامل سواء من طلاق أو من وفاة هي بوضع الحمل، وهذا هو الرأي الصائب الموافق لما ذهب إليه جمهور الفقهاء خلافا لمن قال بأن تعتد الحامل من وفاة بأبعد الأجلين، كما تم الإشارة إليه سابقا.

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 421.  
<sup>2</sup> عيد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 335.

## سادسا: عدة غير المدخول بها

يلاحظ بأن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يتناول عدة غير المدخول بها من طلاق ولا من وفاة، ولعل هذا السكوت يفيد بأن غير المدخول بها ليس لها عدة، ولكن يجب التفصيل في المسألة.

- لو قصد المشرع الجزائري بهذا السكوت بأن المطلقة قبل الدخول بها ليس لها عدة، فهذا صواب وموافق لما ذهب إليه الفقهاء.

- أما لو قصد بأن من توفي عنها زوجها قبل الدخول بها ليس لها عدة كذلك فيكون بذلك قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية التي أوجبت العدة على من مات زوجها قبل الدخول بها أو بعده.<sup>1</sup>

وعلى هذا يلزم على المشرع الجزائري التدخل للفصل في المسألة حتى ينجلي عنها كل لبس، سواء فيما تعلق بعدم وجوب العدة على غير المدخول بها من طلاق، ووجوبها في الوفاة قبل البناء وبعده.

## سابعا: وجوب العدة على أساس صحة الزواج أو فساده

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى مسألة علاقة صحة الزواج أو فساده مع حالات ثبوت العدة من عدمها، وقد تم تفصيل ما ذهب إليه الفقهاء في هذه المسألة سابقا.

## الفرع الثالث

### أحكام العدة في قانون الأسرة الجزائري

جاءت الأحكام المتعلقة بالعدة في القانون الجزائري في المادة 61 منه والتي تنص على: لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق.

### أولا: عدم خروج المعتدة من مسكن الزوجية

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 61 منه المذكورة سابقا أن على المعتدة من طلاق أو وفاة الإقامة في المسكن العائلي ما دامت في عدتها، وليس لأحد أن يخرجها من البيت إلا في حالة الفاحشة المبينة، غير أن القانون لم يفرق بين المعتدة من طلاق بائن والمعتدة من طلاق رجعي، فإذا أجمع الفقهاء بأن المطلقة رجعيًا تعتد في بيت الزوجية فإنهم اختلفوا في البائن، فقال الحنابلة والظاهرية بعدم استحقاقها السكنى بينما قال المالكية والشافعية

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 420.

والأحناف باستحقاقها السكنى، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ برأي الجمهور من المالكية والشافعية والأحناف.<sup>1</sup>

أما المعتدة من وفاة فقال المالكية بأن لها حق السكنى مدة معينة إذا كان السكن مملوكا للزوج، أو مستأجرا ودفع أجرته قبل وفاته وإلا فلا.<sup>2</sup>

أما في حالة الفاحشة المبينة فقد نص قانون الأسرة الجزائري أنه ليس للمعتدة حق السكنى، وبهذا قال الفقهاء استنادا إلى قوله تعالى: (... لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ...) <sup>3</sup>.

### ثانيا: الحق في النفقة للمعتدة من طلاق

جاء في المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري بأن للمعتدة من طلاق الحق في النفقة، دون التفرقة فيما إذا كان الطلاق رجعيا أو بانئا، إضافة إلى ذلك لم يشر إلى فيما إذا كانت المطلقة حاملا أو غير حامل، وبالتصريح بأن الحق في النفقة للمعتدة من طلاق وعدم ذكر المعتدة من وفاة يعني أن هذه الأخيرة لا حق لها في النفقة.

بالرغم من أن موضوع النفقة سيتم دراسته في مبحث مستقل لاحقا، ومع ذلك يشار إلى ما ذهب إليه الفقهاء فيما يتعلق بحق المعتدة في النفقة كما يلي:

- أ- إذا كانت المعتدة مطلقة طلاقا رجعيا وجبت لها النفقة باتفاق الفقهاء.
- ب- إذا كانت المعتدة مطلقة طلاقا بانئا فهناك حالتان:
  - الحالة الأولى: إذا كانت معتدة من طلاق بائن وكانت حاملا وجبت لها النفقة باتفاق الفقهاء.
  - إذا كانت معتدة من طلاق بائن ولم تكن حاملا فلا نفقة عليها عند المالكية والشافعية والحنابلة، بينما قال الأحناف بأن لها النفقة.<sup>4</sup>
- ت- إذا كانت معتدة من وفاة فلا نفقة عليها بالاتفاق لانتهاء الزوجية بالموت.<sup>5</sup>

### ثالثا: أحكام أخرى متعلقة بالعدة ولم يتطرق إليها قانون الأسرة الجزائري

أ- **تحريم الخطبة:** لا يجوز للأجنبي خطبة المعتدة من طلاق أو وفاة، ويجوز التعريض بخطبة المعتدة من وفاة لقوله تعالى: (وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ...) <sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عبد القادر درداوي، مرجع سابق، ص 342.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 659.

<sup>3</sup> سورة الطلاق، الآية 01.

<sup>4</sup> عبد القادر درداوي، مرجع سابق، ص 342.

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 659.

<sup>6</sup> سورة البقرة، الآية، 235.

- ب- **تحريم الزواج للمعتدة:** لا يجوز للأجنبي بالإجماع نكاح المعتدة لقوله تعالى: (...وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ...)<sup>1</sup>.
- ت- **ثبوت نسب المولود في العدة.**
- ث- **ثبوت الإرث في العدة:** إذا مات أحد الزوجين قبل انقضاء عدة المطلقة طلاقاً رجعيًا ورثه الآخر بلا خلاف<sup>2</sup>.
- ج- **الرجعة:** متى لم تنقض عدة المطلقة طلاقاً رجعيًا فمن حق الزوج مراجعتها بلا عقد ولا مهر جديدين، أما من بانث منه فليس له مراجعتها إلا بعقد ومهر جديدين ما لم تكن بينونة كبرى.

---

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 235.  
<sup>2</sup> عيد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 343.

## المبحث الثالث

### الحضانة

قد يطرأ على الحياة الزوجية ما يعكر صفوها، فإذا اشتد الخلاف بين الزوجين واستحال تجاوزه، وحدثت النفرة بينهما، ويصل الأمر إلى الطلاق

وكثيرا ما يكون انحلال الرابطة الزوجية مصحوبا بأبناء في أمس الحاجة إلى الرعاية، إذ لا ذنب لهم في تحمل تبعات النزاع الحاصل بين الوالدين بما لا يد لهم فيه، ومن هنا تظهر أهمية مسألة حضانة الأبناء.

وفي هذا الجانب فإن الشريعة الإسلامية التي تصلح لكل زمان ومكان، بل التي لا يصلح الزمان والمكان إلا بها، جاءت بما يحفظ لهؤلاء الأبناء حقوقهم ويكفل رعايتهم عن طريق تنظيم الأحكام المتعلقة بالحضانة، وكذلك الأمر بالنسبة للتشريعات والقوانين الوضعية في الدول العربية والإسلامية على وجه الخصوص، وتقنيات دول العالم على وجه العموم لم تفتقر إلى تنظيم مسألة الحضانة، ومنها المشرع الجزائري الذي أدرج المواد المنظمة للحضانة في قانون الأسرة كأثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية.

وفي هذا المجال من الدراسة سيتم التطرق إلى أحكام الحضانة وفق ما جاء في الفقه الإسلامي من جهة، وما أورده المشرع الجزائري في قانون الأسرة من جهة أخرى.

## المطلب الأول

### مفهوم الحضانة

ومن خلال هذا المطلب سيتم تعريف الحضانة ومشروعيتها فقها وقانونا، ثم ترتيب المستحقين لها كما أورده الفقهاء من جهة، وكما رتبهم قانون الأسرة الجزائري من جهة أخرى.

### الفرع الأول

#### تعريف الحضانة

##### أولاً: تعريف الحضانة في اللغة

الحضانة بفتح الحاء وكسرهما لغة هي ضم الشيء إلى الحضن وهو الجنب أو الصدر أو العضدان وما بينهما.

يقال: حضن الشيء واحتضنه إذا ضمه إلى جنبه، وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى صدرها.<sup>1</sup>

##### ثانياً: تعريف الحضانة في الفقه

لقد عرف فقهاء الشريعة الحضانة بتعاريف كثيرة والملاحظ أنها متشابهة فيما بينها، بل وصلت إلى حد التطابق أحيانا، وفيما يلي عرض لما أورده بعض الفقهاء في تعريف الحضانة شرعا.

أ- التعريف الذي قدمه عبد الرحمن الجزيري في كتابه الفقه على المذاهب الأربعة: الحضانة هي حفظ الصغير والعاجز والمجنون والمعتوه مما يضره قدر المستطاع، والقيام على تربيته ورعاية مصالحه من تنظيف وإطعام وما يلزم راحته.<sup>2</sup>

ب- التعريف الذي قدمه السيد سابق في فقه السنة: الحضانة هي عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة، أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره، وتعهده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه ويضره، وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا، كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها.<sup>3</sup>

ت- التعريف الذي قدمه وهبة الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته: الحضانة هي تربية الولد لمن له حق الحضانة، أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، كطفل، وكبير مجنون، وذلك برعاية شؤونه من تدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه ووقايته مما يهلكه أو يضره.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 753.

<sup>2</sup> عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 455.

<sup>3</sup> السيد سابق، مرجع سابق، ص 226.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 717.

ث- التعريف الذي قدمه محمد مصطفى شلبي في كتابه أحكام الأسرة في الإسلام: الحضانة هي القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره، برعاية شؤونه من تدبير طعامه وملبسه وتطهيره ووقايته مما يهلكه أو يضره.<sup>1</sup>

### ثالثاً: الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

لقد عرف المشرع الجزائري الحضانة في المادة 62 من قانون الأسرة والتي جاء نصها كما يلي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك."

بالرجوع إلى المادة 62 المذكورة أعلاه يلاحظ بأن التعريف الذي قدمه قانون الأسرة الجزائري يعتبر من أحسن التعاريف في هذا المجال من حيث شموله حاجيات المحضون الصحية والدينية والتربوية والخلقية.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### مشروعية الحضانة

الحضانة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

### أولاً: مشروعية الحضانة من القرآن الكريم

يقول الله عز وجل: (وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا)<sup>3</sup>.

حث الله عز وجل في الآيتين الكريمتين على رعاية الآباء عند الكبر، وهو مظنة العجز والحاجة إلى الرعاية، معززا بالتذكير بما قدماه من تربية وحضانة ورعاية للأبناء في مرحلة الصغر، فلا أقل من أن تقابل الحسنة بمثلها والبيدئ أفضل، والآيتان الكريمتان فيهما معنى الرعاية والحضانة لكل من هو في حاجة إليها سواء كان صغيراً أو كبيراً.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 753.

<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 139.

<sup>3</sup> سورة الإسراء، الآيتان، 23، 24.

<sup>4</sup> محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 362.

## ثانياً: مشروعية الحضانة من السنة

وذلك فيما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، قال: "أنت أحق به ما لم تنكحي"<sup>1</sup>، رواه أحمد.

## ثالثاً: مشروعية الحضانة من الإجماع

ذكر ابن رشد في المقدمات بأن الأمة أجمعت على مشروعية الحضانة.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث

#### المستحقون للحضانة

لقد دل الحديث المذكور سابقاً لما قال النبي صلى الله عليه وسلم للمرأة: "أنت أحق به ما لم تنكحي"، على أنه إذا افترق الأبوان وبينهما ولد، فالأم أحق به من الأب ما لم يبق بالأم ما يمنع تقديمها، وهذا ما لا يعرف فيه خلاف.<sup>3</sup>

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والأحناف بأنه إذا فقدت الأم أو لم تكن أهلاً للحضانة انتقلت الحضانة إلى أمها، أي جدة المحضون من أمه<sup>4</sup>، وفيما عدا هذا فقد اختلف الفقهاء في ترتيب المستحقين للحضانة كما يلي:

#### أولاً: ترتيب مستحقى الحضانة عند الأحناف

والراجح عند الأحناف أنه تثبت الحضانة للأقارب من النساء والرجال على الترتيب التالي: أحق الناس بالحضانة الأم، ثم أمها، ثم أمها وإن علت، ثم أم الأب، ثم أمها وإن علت، ثم الأخت الشقيقة، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم الخالة لأبوين، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب، ثم بنت الأخت الشقيقة، ثم بنت الأخ لأم، ثم بنت الأخ لأب، ثم العمة لأبوين، ثم العمة لأم، ثم العمة لأب.

فإن لم يوجد أحد من النساء المذكورات ممن تستحق الحضانة انتقلت إلى العصابات من الرجال حسب ترتيبهم في الإرث، على النحو التالي: الأب، ثم الجد، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق،

<sup>1</sup> أبو عبد الله أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، بيت الأفكار الدولية، الرياض، السعودية، 1998، ص 507.

<sup>2</sup> محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 362.

<sup>3</sup> ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الآثار، القاهرة، 2005، ص 240.

<sup>4</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 508.

ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم لأب، ثم عم الأب الشقيق، ثم عم الأب لأب، مع الملاحظة أن غير المحارم من العصابات الأصل أنه ليس لهم حق حضانة الأنثى ولهم حق حضانة الذكر.

ثم يأتي بعد ذلك الرجال المحارم من غير العصابات وهم: الجد لأم، ثم الأخ لأم، ثم ابن الأخ لأم، ثم العم لأم، ثم الخال الشقيق، ثم الخال لأب، ثم الخال لأم، مع ملاحظة أن غير المحارم منهم ليس لهم حق الحضانة.<sup>1</sup>

### ثانياً: ترتيب مستحقي الحضانة عند المالكية

يستحق الحضانة الأقارب من الإناث والذكور وفق الترتيب التالي: الأم، ثم أم الأم، ثم أمها وإن علت، ثم الخالة الشقيقة، ثم الخالة لأم، ثم عممة الأم، ثم أم الأب، ثم أم أم الأب و أم أب الأب، والقريبى منهن تقدم على البعدى، والتي من جهة أمه تقدم على التي من جهة أبيه، ثم تنتقل الحضانة إلى الأب، ثم الأخت، ثم عممة المحضون أخت أبيه، ثم عممة أبيه أخت جده، ثم خالة أبيه، ثم بنت الأخ الشقيق، ثم بنت الأخ لأم، ثم بنت الأخ لأب، ثم على بنت الأخت كذلك.

وإذا اجتمع هؤلاء قدم الأصلح للحضانة، ثم تنتقل الحضانة إلى الوصي ذكراً كان أو أنثى، ثم الأخ الصغير، ثم الجد من جهة الأم، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم، ويقدم الأقرب على الأبعد.<sup>2</sup>

### ثالثاً: ترتيب مستحقي الحضانة عند الشافعية

الأم، ثم أم الأم، ثم أم الأب، ثم الأخوات، ثم الخالات، ثم بنات الأخ وبنات الأخت، ثم العمات، ثم لكل ذي محرم وارث من العصابات على ترتيب الإرث كما جاء عند الأحناف.<sup>3</sup>

### رابعاً: ترتيب مستحقي الحضانة عند الحنابلة

أحق الناس بالحضانة الأم، ثم أمها، ثم أم أمها وإن علت، ثم الأب، ثم أمهاته وإن علت، ثم الجد، ثم أمهاته، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، ثم الخالة لأبوين، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب، ثم العممة لأبوين، ثم العممة لأم، ثم العممة لأب، ثم خالات أمه، ثم خالات أبيه، ثم بنات إخوته وبنات أخواته، ثم بنات أعمامه، ثم بنات عماته، ثم بنات أعمام أمه وبنات أعمام أبيه، ويقدم في ذلك كله الأشقاء ثم لأم ثم لأب.<sup>4</sup>

### خامساً: تعدد أصحاب الحق في الحضانة

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة أنه إذا تعدد مستحقو الحضانة من درجة واحدة كأختين شقيقتين مثلاً، كان أولاهم بها أصلحهم للحضانة قدرة وخلقاً، فإن تساوا قدم أكبرهم سناً.

<sup>1</sup> محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 365، 366.

<sup>2</sup> عبد الرحمن الجزيري، ص 456.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 722.

<sup>4</sup> عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 457.

## سادسا: ترتيب مستحقي الحضانة عند الظاهرية

إن الإمام بن حزم يقدم الأصلح للحضانة، فإن تساوا فالأم والجدة، ثم الأب والجد، ثم الأخ والأخت، ثم الأقرب فالأقرب، وإذا كانت المحضونة أنثى فليس لمن هو ليس من ذوي محارمها من العصابات أو غيره حق الحضانة، وهذا على الصحيح عند جميع المذاهب.<sup>1</sup>

## سابعا: ترجيح مسألة ترتيب مستحقي الحضانة

يصعب الترجيح في المسألة مع غياب الأدلة القطعية فيها، فالفقهاء اجتهدوا في ذلك مراعاة لمصلحة المحضون، ويمكن القول في هذا المجال بأنه يقدم الأصلح بحال المحضون في دينه وخلقه وتعليمه وتنقيفه، على أن تقدم الأم ثم أمها، ثم الأب فأمه، ثم الأصلح فالأصلح للمحضون من النساء والرجال.<sup>2</sup>

## الفرع الرابع

### المستحقون للحضانة في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة على ما يلي: الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

استنادا إلى صياغة المادة 64 فإن المشرع أورد مستحقي الحضانة بذلك الترتيب الوارد فيها نظرا لاستعماله الأداة "ثم" التي تفيد الترتيب.

وقد أحسن المشرع الجزائري حين نص صراحة على مراعاة مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة، وهو بذلك لم يخرج عن دائرة الفقه الإسلامي خصوصا ما ذهب إليه ابن حزم الذي قال بتقديم الأصلح للحضانة.

غير أنه يلاحظ بأن المشرع الجزائري في المادة 64 من قانون الأسرة المذكورة سابقا قد قدم الأب عن الجدة من الأم، ويكون بذلك قد خالف ما اتفق عليه فقهاء المذاهب الأربعة بلا خلاف والذين رتبوا الجدة من الأم بعد الأم مباشرة لأنها تقوم مقام الأم، وقد ورد نص في أولوية الأم عن الأب في الحضانة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 509.

<sup>2</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 510.

<sup>3</sup> حديث "أنت أحق به ما لم تنكحي"، المذكور في مشروعية الحضانة من السنة.

## المطلب الثاني

### شروط الحضانة

لما كان الغرض من الحضانة تحقيق مصلحة المحضون ودفع ما يلحق به من ضرر، فإنه اشترط في الحاضنة من النساء والحاضن من الرجال شروط بها يثبت الحق في الحضانة، ويتخلفها يسقط هذا الحق وينتقل إلى من يليه.

### الفرع الأول

#### الشروط العامة

والشروط العامة هي تلك الشروط المشتركة في من تسند إليه الحضانة، سواء كان من الرجال أو من النساء.

#### أولاً: البلوغ

يشترط في الحاضن - رجلاً أو امرأة - البلوغ، لأن غير البالغ عاجز عن رعاية نفسه إذ هو ممن يحتاج إلى الحضانة أصلاً، فكيف له القيام بشؤون غيره، فلا يمكن إسنادها إليه.<sup>1</sup>

#### ثانياً: العقل

فلا حضانة للمجنون والمعتوه، لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما، فلا يحسن الواحد منهما القيام بمصالحه فضلاً عن القيام بمصالح غيره.<sup>2</sup>

#### ثالثاً: القدرة على القيام بشؤون الحضانة

وهي الاستطاعة على صون المحضون والقيام على شؤونهم، فالعاجز عن القيام بمتطلبات الحضانة لمرض أو كبر سن أو عاهة أو نحوها لا يكون أهلاً للحضانة.<sup>3</sup>

#### رابعاً: الأمانة على الدين والأخلاق

اشترط الشافعية والحنابلة إسلام الحاضنة ولم يشترطه المالكية والأحناف فقالوا بصحة حضانة غير المسلمة الكتابية أو غير الكتابية، ولكنهم اختلفوا في مدة بقاء المحضون عندها، فقال الحنفية مدته إلى أن يعقل الأديان ببلوغه

<sup>1</sup> عيلة عبد العزيز عامر، الرضاع والحضانة فقها وقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 91.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 726.

<sup>3</sup> عبد العزيز رمضان سمك، مرجع سابق، ص 245.

سن السابعة، أو إذا اتضح ببقائه عندها خطر على دينه، وقال المالكية يبقى عندها إلى غاية انتهاء مدة الحضانة شرعا، لكن تمنع من تغذيته الحرام، وإن خشي ذلك أعطي حق الرقابة لأحد المسلمين، وأما الحاضن إذا كان رجلا فاشتراط الأحناف إسلامه ولم يشترطه المالكية.

أما الأمانة على الأخلاق فقال الفقهاء بأنه لا حضانة لغير أمين على تقويم أخلاق المحضون كالفاسق رجلا كان أو امرأة، من سكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام<sup>1</sup>، وقد خالفهم في ذلك آخرون منهم ابن قيم الجوزية في كتابه زاد المعاد، ومن المعاصرين عبد الرحمن بن ناصر السعدي، فقالوا بأن الفاسق لا تسقط حضانته<sup>2</sup>.

### خامسا: عدم السفر بالمحضون

ذهب بعض الفقهاء إلى القول أن الأصل هو عدم الانتقال بالمحضون من مكان الحضانة إلى مكان آخر، سواء كان الانتقال مؤقتا، أو بغرض الإقامة الدائمة، غير أن حاصل الأمر عندهم هو رعاية مصلحة المحضون.<sup>3</sup>

## الفرع الثاني

### الشروط الخاصة بالنساء

تكملة للشروط العامة السابقة، فإن الفقهاء اشترطوا شروطا خاصة إذا كانت الحاضنة امرأة.

### أولا: أن لا تكون متزوجة من غير ذي محرم من الصغير

يشترط في الحاضنة ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير، أو بقريب غير محرم منه، وهذا باتفاق الفقهاء، خشية أن يعامل الصغير معاملة غير حسنة أو يؤدي.

### ثانيا: أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم

يشترط كذلك أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم للصغير، فالأم والأخت من الرضاعة محرم له لكنهما ليستا رحما فلا حضانة لهما، كما أن بنت العم وبنت العممة وبنت الخال وبنت الخالة لا حضانة لهن كونهن غير محرم للصغير وإن كن رحما له.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 727.

<sup>2</sup> أبو مالك محمد بن حامد بن عبد الوهاب، أحكام الرضاعة الحضانة النفقات، دار البصيرة، الإسكندرية، 2002، ص 61.

<sup>3</sup> محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 373.

<sup>4</sup> بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 326.

### ثالثاً: عدم الامتناع عن الحضانة مجاناً والأب معسر

قال الأحناف إذا امتنعت من أسندت لها الحضانة من حضانة الطفل مجاناً والأب معسر لا يستطيع دفع أجره الحضانة، وقبلت قريبة أخرى بحضانته مجاناً، سقط حق الأولى وانتقل إلى الثانية، لأن عدم الامتناع شرط من شروط الحضانة.<sup>1</sup>

### رابعاً: الانفراد بالسكنى عن أم الصغير المتزوجة

اشترط المالكية بعدم سكنى الحاضنة مع أم الصغير المتزوجة، فلا حضانة للجدة مثلاً إذا سكنت مع بنتها في مسكن واحد، إلا إذا استقلت بالسكنى عنها.<sup>2</sup>

## الفرع الثالث

### الشروط الخاصة بالرجال

تكلمة للشروط العامة السابقة، فإن الفقهاء اشترطوا شروطاً خاصة إذا كان الحاضن رجلاً.

### أولاً: أن يكون محرماً للمحضون إذا كانت أنثى

قال الحنابلة والأحناف بأنه يشترط أن يكون الحاضن محرماً للأنثى إذا بلغت سناً تكون فيه مشتهة، وحددوا سنها بسبع سنوات، ولا يكون هذا الشرط قائماً ما دون ذلك، أما إذا لم يكن للأنثى غيره فيجوز إبقاؤها عنده بأمر من القاضي إذا كان مأموناً عليها، وأجاز الشافعية تسليمها لحاضن غير محرّم إن رافقته بنته أو نحوها كأخته الثقة.

### ثانياً: أن يكون عند الحاضن من يصلح للحضانة

اشترط المالكية أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء، كزوجة أو أم أو خالة أو عمّة، إذ لا قدرة ولا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء، فإن لم يكن عند الرجل من يصلح للحضانة من النساء فلا حق له في الحضانة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عيلة عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 127.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 729.

<sup>3</sup> عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 360.

## الفرع الرابع

### سقوط الحضانة وعودتها

إذا لم تتوفر في الحاضن - رجلا كان أو امرأة - أحد الشروط السابقة الواجب توافرها في الحضانة سقطت عنه ومنع منها.

أما إذا زال هذا المانع فقد ذهب جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة إلى القول بعودة الحضانة إلى صاحبها التي أسقطت منه.

وقال المالكية أنه إذا سقط الحق في الحضانة لمانع لا خيار للحاضن فيه مثل المرض ثم زال هذا المانع بالشفاء تعود الحضانة إلى صاحبها، أما إذا كان المانع اختياريا كأن تتزوج الأم بغير قريب محرم للمحضون ثم انفصلت عنه بطلاق أو وفاة فلا تعود الحضانة إليها، لأن سقوط الحضانة كان لسبب باختيارها.<sup>1</sup>

## الفرع الخامس

### استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، يثبت للحاضن أو الحاضنة الحق في الحضانة إذا ما توفرت فيه شروطها، وإلا سقط حقه فيها، وتفصيل ذلك فيما يلي:

#### أولاً: شروط استحقاق الحضانة

فيما يتعلق بشروط الحضانة فقد تطرق إليها قانون الأسرة الجزائري ولكن بشكل عام دون تفصيل فيها، وقد جاء في المادة 1/67 من قانون الأسرة التي تنص على: تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه.

ويفهم من هذا النص بأن شروط الحضانة واردة في المادة 62، وبالرجوع إلى هذه المادة 62 من قانون الأسرة نجد أنها تنص على ما يلي: الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.

واستنادا إلى ما تقدم فإن شروط الحضانة في قانون الأسرة الجزائري هي:

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 733.

أ- أن يكون الحاضن أهلاً لرعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً.<sup>1</sup>

وقد أحسن المشرع الجزائري حين ذكر هذا الشرط مستقلاً، على أساس أن أهم شرط في الحاضن أن يكون أهلاً لحضانة الطفل<sup>2</sup>، ثم ذكر بعد ذلك شروطاً تكميلية.

ب- الشروط التكميلية للشرط الأساسي للحضانة الواردة في قانون الأسرة جاءت بها المواد المنظمة لمسقطات الحضانة، لأن الأسباب التي تسقط بها الحضانة هي في الأصل شروط غير متوفرة للحضانة، ويمكن القول بأن هذه الشروط جاءت تكميلية للشرط الأول الأكثر أهمية والأساسي وهو أهلية القيام بالحضانة، وفيما يلي أسباب سقوط الحضانة.

### ثانياً: سقوط الحق في الحضانة

أسباب سقوط الحق في الحضانة كما جاءت بها مواد قانون الأسرة الجزائري هي كما يلي:

أ- **زواج الحاضنة بغير قريب محرم:** فمتى تزوجت الحاضنة بغير قريب محرم للصغير سقط حقها في حضانتها وانتقل إلى غيرها، وجاء النص على هذا في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون.

ب- **سقوط الحضانة بالتنازل عنها:** وجاء النص على هذا السبب في المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري المذكورة أعلاه، بحيث أقرت بأنه للحاضنة حق التنازل عن الحضانة، ولكن قيد هذا الحق بشرط ألا يضر ذلك التنازل بمصلحة المحضون، أما إذا كان هذا التنازل يتبعه ضرر بمصلحة المحضون وكانت الحاضنة أهلاً للحضانة لم يقبل منها هذا التنازل.<sup>3</sup>

ت- **سقوط الحق في الحضانة لعدم المطالبة بها:** ونصت على هذا السبب المادة 68 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.

وبهذا فإن القانون نص صراحة بأن عدم المطالبة بالحضانة دون عذر مدة سنة يسقط الحق فيها، ويفهم بمفهوم المخالفة أنه إذا كان هناك عذر لعدم المطالبة بالحضانة وإن طالت المدة لا يكون سبباً في سقوط هذا الحق.

<sup>1</sup> محمد باوني، مرجع سابق، ص 154.

<sup>2</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 519.

<sup>3</sup> عيد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 141.

وما يمكن إدراجه في هذا المجال أنه كان من الأفضل على المشرع الجزائري أن يضيف في آخر المادة 68 المذكورة أعلاه عبارة " ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون " مثلما فعل مع التنازل في الحضانة، لأنه إذا اقتضت مصلحة المحضون أن يكون عند من لم يطلب الحضانة مدة سنة ثم طالب بها بعد ذلك فلا تسقط مراعاة لهذه المصلحة.<sup>1</sup>

ث- سقوط حق الحضانة بالسفر: وقد جاء النص على هذا السبب في المادة 69 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون.

ومن خلال هذه المادة يستفاد بأنه إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي فإن حقه في الحضانة يسقط، إلا إذا قدر القاضي بأن مصلحة المحضون تتطلب بأن يبقى مع حاضنه.<sup>2</sup>

ج- سقوط حق الحضانة بالسكن مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم: وجاء النص على هذا السبب في المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم.

ويستفاد من أحكام هذه المادة أنه متى أسندت الحضانة إلى الجدة أو الخالة فإن حقه في الحضانة يسقط بالسكن مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم للمحضون.

وما يلاحظ في هذا المجال بأن القانون ذكر الجدة والخالة دون غيرهما، فهل جاء ذلك على سبيل المثال أم الحصر؟

وبالرجوع إلى ما ذهب إليه الفقهاء كما تم التطرق إليه سابقا في شروط الحضانة، يجب أن يكون ذكر الخالة والجدة جاء على سبيل المثال لا الحصر، لأن الفقهاء لما أوردوا هذا الشرط لم يذكروا استثناءات لأي حاضنة من الحواضن، ولعله كان من الأفضل على المشرع الجزائري لو أضفى على المسألة مزيدا من الوضوح حتى ينجلي عنها هذا اللبس.

## الفرع السادس

### عودة الحضانة بعد السقوط

نصت المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري.

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 522.  
<sup>2</sup> عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 142.

ومعنى ذلك أنه إذا سقط حق الحضانة ممن له حق فيها لسبب من الأسباب المذكورة سابقا، فإنه بزوال ذلك السبب يعود حق الحضانة لصاحبه، غير أن المشرع الجزائري اشترط في عودة حق الحضانة ألا يكون سبب سقوطها اختياريا، وهو بهذا يكون قد أخذ برأي المالكية الذين قالوا بعدم عودة حق الحضانة إذا كان سبب سقوطه اختياريا، فكان من الأفضل لو أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور في المسألة، بأن يعود الحق في الحضانة بزوال سبب سقوطها سواء كان السبب اختياريا أم غير اختياري، خصوصا إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك.

## المطلب الثالث

### أحكام الحضانة

سيتم في هذا المجال التطرق إلى الأحكام المترتبة عن إسناد الحضانة من حيث مدتها، زيارة المحضون، وأجرة الحضانة.

#### الفرع الأول

##### مدة الحضانة

##### أولاً: مدة الحضانة في الفقه الإسلامي

تبتدئ مدة الحضانة من وقت ولادة الطفل، أما انتهاءها فيختلف تبعاً لاختلاف المحضون بالذكورة أو الأنوثة، وقد اتفق الفقهاء على استمرار الحضانة حتى سن يستطيع فيها المحضون أن يقوم وحده بحاجاته الأولية من أكل ولبس ونظافة جسمه، واختلفوا في استمرارها بعد ذلك.<sup>1</sup>

**قال الأحناف:** بأن الحاضنة أما كانت أو غيرها أحق بالمحضون الذكر حتى يستغني عن خدمة النساء ويستقل بنفسه في الأكل والشرب واللبس والتنظيف، وقدرها ببلوغه سن السابعة، أما إذا كان المحضون أنثى فالحاضنة أحق بها حتى تحيض، وحددها بعضهم ببلوغها تسع سنين.<sup>2</sup>

**وقال المالكية:** بأن الذكر يترك في الحضانة حتى يحتلم والأنثى حتى تنزوج.

**وقال الشافعية والحنابلة:** بأن الغلام يبقى في الحضانة حتى يبلغ سبع سنين، وبعد ذلك يخير بين أبويه إذا تنازعا فيه، فأيهما اختار فهو أولى به، أما الأنثى فقال الشافعية بأنها مثل الغلام، أما الحنابلة فقالوا إذا بلغت الأنثى سبع سنين فأبوها أحق بها.<sup>3</sup>

##### ثانياً: مدة الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 65 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه (10) عشر سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى (16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تنزوج ثانية. على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون.

<sup>1</sup> محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 781.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 742.

<sup>3</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 513، 514.

فالمادة 65 المذكورة أعلاه واضحة في مدة انتهاء الحضانة سواء كان المحضون ذكرا أو أنثى، وعلى كل حال فإن سن الحضانة وانتهائها موضع اجتهاد بين الفقهاء والذي مداره تحقيق مصلحة المحضون.

كما علق محمد بلتاجي<sup>1</sup> على التقنين المصري الذي قضى بتمديد سن الحضانة من 10 إلى 15 سنة للذكر، ومن 12 سنة إلى سن التزويج للأنثى، إذا كانت مصلحة المحضون في ذلك، فقال: "وما استحدثه التقنين فهو اجتهاد كأبي اجتهاد آخر، فإذا تبين تحقيقه للمصالح المبتغاة منه فيها ونعمت، وإلا وجب العمل على تغييره بما يحقق مصلحة المحضون في إطار الشريعة ومقرراتها."

وقياسا على هذا فإن التقنين الجزائري أيضا مجتهد في موضع الاجتهاد، فإذا تحققت المصلحة المبتغاة فيها ونعمت، وإن لم تتحقق فعليه أن يأتي بما فيه مصلحة المحضون التي أكد عليها الفقهاء، كما أكد عليها قانون الأسرة نفسه في المادة 65 المذكورة أعلاه، إذ جاء في آخرها: على أن يراعى في الحكم بانتهائها - أي مدة الحضانة - مصلحة المحضون.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني

### زيارة المحضون

إن زيارة المحضون حق لغير الحاضن من الأبوين، وهو مقرر شرعا باتفاق الفقهاء، فليس للحاضنة أن تمنع الأب من رؤية ولده، وليس للأب إذا كان هو المحضون من أن يمنع الأم رؤية ولدها.<sup>3</sup>

وقد جاء في قانون الأسرة الجزائري النص على حق زيارة المحضون في المادة 64 التي تنص على ما يلي: الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

ومن خلال هذه المادة يمكن إبداء الملاحظات التالية:

**أولاً:** إن قانون الأسرة لم يحدد مكان ممارسة حق الزيارة، أيكون ذلك في المنزل الذي يقيم فيه المحضون أم في أي مكان آخر، تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي الذي يراعى في ذلك العرف والعادة ومصلحة المحضون، وحسنا ما فعل بعدم تضييقه لما هو واسع.

<sup>1</sup> هو محمد بلتاجي حسن، أحد أعلام الحركة الفقهية بمصر والعالم العربي، ولد سنة 1939، وتوفي سنة 2004.

<sup>2</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 519، 520.

<sup>3</sup> عيد العزيز رمضان سمك، مرجع سابق، ص 256.

**ثانياً:** إن القانون لم يحدد زمن الزيارة ومواعيدها، وترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي أيضاً كما هو الحال في مكان الزيارة.<sup>1</sup>

ويشار في الأخير بأن حق زيارة المحضون من الحقوق التي حماها القانون نظراً لأهميته البالغة، فرتب عقوبات جزائية لمن يخل بهذا الحق ويعبث به حسب ما نصت عليه المادة 328 من قانون العقوبات الجزائي التي جاء فيها: 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 وكذلك كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو أبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف. وتزداد عقوبة الحبس إلى ثلاث سنوات إذا كانت قد أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني.

### الفرع الثالث

#### أجرة الحضانة وتوابعها

وسيتم في هذا المجال التطرق إلى أجرة الحضانة، وكذا أجرة مسكن الحضانة.

#### أولاً: أجرة الحضانة

إن لفقاء المذاهب الأربعة تفصيل في أجرة الحضانة على النحو التالي:

- أ- **المالكية:** ليس للحاضن أجرة على الحضانة سواء كانت أما أو غيرها، وبغض النظر عن حال الحاضنة، فإن كانت فقيرة ولولدها المحضون مالا فإنه ينفق عليها من مال ولدها لفقرها وليس للحضانة، أما الولد المحضون فله على أبيه النفقة والكسوة والغطاء والفرش، والحاضنة تقبضه منه وتتفقه عليه وهذا داخل في باب النفقة.<sup>2</sup>
- ب- **الحنابلة:** للحاضنة طلب أجرة الحضانة، والأم أحق بحضانة ولدها ولو وجدت متبرعة تحضنه مجاناً، غير أن الأم لا تجبر على حضانة ولدها، وإذا استؤجرت امرأة للرضاع والحضانة لزمها بالعقد، وإن ذكر بالعقد الرضاع لزمته الحضانة تبعاً، وإن استؤجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع، وإذا امتنعت الأم سقط حقها وانتقل إلى غيرها.

<sup>1</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 519.  
<sup>2</sup> محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 379، 380.

ت- **الشافعية:** أجره الحضانة ثابتة حتى للأم وهي غير أجره الرضاع، فإن كانت الأم هي المرضعة وطلبت الأجره على الرضاع والحضانة أجيبت، ثم إن كان للصغير مال كانت الأجره في ماله، وإلا فعلى الأب أو من تلزمه نفقته.<sup>1</sup>

ث- **الأحناف:** الحاضنة إما أن تكون أما للطفل أو غير أم له، فإن كانت غير الأم استحققت الأجره على الحضانة ما لم تتبرع بها، وإن كانت الأم فإنها لا تستحق أجره على الحضانة إذا كانت زوجة لأب الصغير أو معتدة له من طلاق رجعي بلا خلاف في المذهب، ولها أجر الحضانة إذا كانت معتدة له من طلاق بائن في المعتمد عليه في المذهب، لأنها في هذه الحالات تستحق النفقة من والد الصغير للزوجية أو للعدة ولا تستحق على هذا نفقة أخرى نظير حضانة ولده، فإذا لم يكن لها نفقة على الأب لانتهاه العدة أو لسبب آخر استحققت أجره على الحضانة.<sup>2</sup>

### ثانياً: أجره مسكن الحضانة:

اتفق الحنفية على المختار عندهم والمالكية على المشهور عندهم على وجوب أجره مسكن الحضانة للحاضن والمحضون إذا لم يكن لهما مسكن، لأن أجره المسكن من النفقة الواجبة على الصغير، وتجب على من تجب عليه نفقته.<sup>3</sup>

وقال بعض المالكية بوجوب أجره المسكن على من تجب عليه نفقة الصغير دون تفرقة في ما إذا كان للحاضنة مسكن أم لا.<sup>4</sup>

### ثالثاً: أجره الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة، سكناً ملائماً للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

ففيما يتعلق بأجره الحضانة لم يتطرق إليها قانون الأسرة، ولعله بهذا ذهب إلى ما قال به المالكية بأنه ليس للحاضنة أجره الحضانة وخالف الجمهور الذين قالوا باستحقاقها، وكان من الأفضل لو ربط القانون استحقاق أجره الحضانة من عدمه بمصلحة المحضون من حيث قدرة الحاضنة على الإنفاق عليه من عدم قدرتها على ذلك.

أما فيما تعلق بمسكن الحضانة فقد نصت عليه صراحة المادة 72 المذكورة أعلاه، ويستفاد منها أن للحاضنة الحق في مسكن الحضانة إذا توفر ما يلي:

<sup>1</sup> عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 462.

<sup>2</sup> محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 728.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 736.

<sup>4</sup> عيلة عبد العزيز عامر، مرجع سابق، ص 198.

- أ- أن يصدر حكم قضائي بطلاقها يتضمن إسناد الحضانة إليها، بغض النظر عن ما إذا كان المحضون واحدا أو أكثر.
- ب- أن تكون الحاضنة أما للمحضون، إذ لو كانت الحاضنة غيرها لأمكن لها نقل المحضون إلى مسكنها لتمارس فيه حق الحضانة، فلا يحتاج الأمر إلى توفير سكن للحاضنة.
- ت- أن يكون للأب مسكن ملائم يمكن أن يمنحه لمطلقاته لتمارس فيه حضانة ولده، وإن لم يكن له مسكن فيجب عليه أن يدفع لها بدل الإيجار.

وعلى إثر ما تقدم يمكن إبداء الملاحظات التالية:

بالنظر إلى الفقرة الأخيرة من المادة 72 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

فإنه يمكن القول بأنه من غير المعقول تصور نزاع قام بين الزوجين إلى حد الطلاق ثم بعد ذلك بيقين في نفس المسكن بعد انتهاء العدة، فإما أن تكون خرجت أو أخرجت من بيت الزوجية، إذ لم يعد لأحدهما أن يطبق الإقامة مع الآخر.

ومن جهة أخرى فإن من بانّت من زوجها لم يجز أن يبقىا معا في مسكن واحد إذ يحضر الخلوة بينهما، فكيف لها أن تبقى في مسكن الزوجية إلى حين تنفيذ الحكم القاضي بتوفير السكن أو بدل الإيجار إلا إذا خرج الزوج من ذلك البيت إلى حين تنفيذ الحكم.

ومن جهة ثالثة لم ينص القانون عن المدة التي تستحق فيها الحاضنة مسكنا للحضانة أو بدل الإيجار، فهل يبقى لها هذا الحق حتى لو تزوجت بقريب محرم للمحضون؟ علما أن المادة 52 من النص القديم قبل تعديل قانون الأسرة كانت تشير إلى هذا الأمر.<sup>1</sup>

وعلى إثر ما تقدم فإنه من الأفضل على المشرع الجزائري تعديل ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 72 المتعلقة ببقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، حتى تتماشى مع الواقع ولا تخالف الشرع.

<sup>1</sup> عيد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 145، 146.

## المبحث الرابع نفقة الزوجية

تعود النفقة في حقيقتها إلى أحد سببين اثنين هما: الزواج والقرابة، وبما أن موضوع البحث هنا يتعلق بالزواج فسيتم اقتصار الدراسة على أحكام النفقة الزوجية.

إن النفقة الزوجية من أهم حقوق الزوجة على زوجها، ويفتضي هذا أن يكون من الأفضل تناول هذا الموضوع فيما يتعلق بالحقوق والواجبات الزوجية، إلا أنه لما يترتب عن النفقة الزوجية من منازعات والتي تزداد حدتها خاصة بعد الفرقة بين الزوجين، استدعى ذلك أن يتم إدراجها كأثر من آثار انحلال الرابطة الزوجية، إضافة إلى أن قانون الأسرة الجزائري قد تناولها كأثر من آثار الطلاق.

## المطلب الأول

### مفهوم النفقة الزوجية

رغم أن المقصود بالدراسة في هذا البحث هو النفقة كأثر من آثار انحلال الزواج، غير أنه إتماماً للفائدة، سيتم في هذا المطلب التطرق إلى مفهوم النفقة بداية من تعريفها وذكر مشتملاتها وشروط استحقاقها.

### الفرع الأول

#### تعريف النفقة الزوجية

##### أولاً: النفقة في اللغة

تأتي النفقة في اللغة على استعمالات عدة منها:

- أ- النفوق: وهو مصدر الفعل نفق، ويستعمل للدابة، يقال نفقت الدابة، أي هلكت.
- ب- الإنفاق: وهو مصدر الفعل أنفق، وهو بمعنى صرف المال، يقال أنفق الدراهم، أي صرفها وأفناها.
- ت- النفاق: وهو مصدر الفعل نَفَقَ، بمعنى راج، يقال نفقت السلعة نفاقاً، أي راجت رواجاً.<sup>1</sup>

##### ثانياً: النفقة في الاصطلاح

تعددت تعاريف الفقهاء للنفقة، غير أنها تبدوا متقاربة إلى حد كبير، وفيما يلي ما عرفها به فقهاء المذاهب الأربعة:

- أ- **تعريف النفقة عند الأحناف:** هي الإدرار على الشيء بما به بقاؤه. ويتبين من فقهاء الحنفية أنهم عرفوا النفقة استناداً إلى مقصدها، أي الإنفاق على الإنسان من زوجة وأولاد وأقارب وكل من تلزم نفقته، بما فيه المحافظة على سلامته وحياته، والملاحظ أنهم استخدموا لفظ "الشيء" لشمول كل ما له حياة من حيوان ونبات فضلاً عن الإنسان.
- ب- **تعريف النفقة عند المالكية:** هي قوت وإدام وكسوة ومسكن بالعادة. القوت: هو ما يؤكل من طعام مقتات به كالخبز والدقيق. الإدام: هو ما فيه دسم كاللبن واللحم والزيت.

<sup>1</sup> جاسر جودة علي العاصي، نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، عمادة الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، قسم القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007، ص 03.

الكسوة: ما يلبس لكل من الصيف والشتاء.

المسكن: يشمل البيت و مرافقه.

بالعادة: بحسب العادة الجارية بين أهل بلد الزوجين في القوت والإدام والكسوة والمسكن.

ت- تعريف النفقة عند الشافعية: الإنفاق هو الإخراج، ولا يستعمل إلا في خير.

والملاحظ أن الشافعية أطلقوا لفظا عاما وهو الإخراج دون النظر إلى تفاصيل موضحة له.

ث- تعريف النفقة عند الحنابلة: هي كفاية من يمونه خبزا وأدما وكسوة وتوابعها.<sup>1</sup>

يلاحظ من التعريفات السابقة أنها تناولت النفقة بصفة عامة، وبما أن المقصود بالدراسة في هذا المبحث هو

نفقة الزوجة فيكون التعريف المختار كالتالي:

نفقة الزوجة هي ما يطالب به الزوج شرعا نحو زوجته من طعام وشراب وملبس ومسكن وفراش وخدمة

وما يتبع ذلك حسب العرف في إطار القواعد الشرعية.<sup>2</sup>

### ثالثا: تعريف نفقة الزوجة في قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو

دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

وتنص المادة 78 منه على ما يلي: تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من

الضروريات في العرف والعادة.

وتنص المادة 79 منه على ما يلي: يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا

يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.

وتنص المادة 80 منه على مايلي: تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء

على بيينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.

استنادا إلى المواد المذكورة أعلاه فإن القانون لم يورد تعريفا مباشرا صريحا للنفقة، غير أنه بالرجوع إلى

المادتين 74 و78 يمكن القول بأن النفقة في قانون الأسرة الجزائري هي: ما يجب للزوجة على زوجها من غذاء

وكسوة وعلاج وسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيينة.

<sup>1</sup> جاسر جودة علي العاصي، مرجع سابق، ص 04، 05.

<sup>2</sup> محمد يعقوب طالب عبيدي، أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، دار الهدى النبوي، المنصورة، مصر، 2004، ص 21.

## الفرع الثاني

### حكم نفقة الزوجة

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب النفقة للزوجة مسلمة كانت أو كتابية، وقد ثبت وجوبها لها بالقرآن والسنة والإجماع.<sup>1</sup>

#### أولاً: من القرآن الكريم

قال الله تعالى: ( لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا... )<sup>2</sup>.

فأمر الله عز وجل في هذه الآية بوجوب الإنفاق على الزوجة على حسب سعة الزوج.

قال الله تعالى: (... وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ... )<sup>3</sup>.

فجاء في هذه الآية أنه على والد الطفل نفقة الوالدات وكسوتهن بالمعروف، أي بما جرت به عادة أمثالهن في بلدهن من غير إسراف ولا إقتار.<sup>4</sup>

قال الله تعالى: ( الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ... )<sup>5</sup>.

قال القرطبي: فضل الله الرجال على أزواجهم من سوقهم إليهن مهورهن وإنفاقهم عليهن من أموالهم وكفايتهم إياهن مؤنهن، وذكر القاسمي أن المقصود في الآية المهور والنفقات، وقال القرطبي: متى عجز عن نفقتها لم يكن قواماً عليها.<sup>6</sup>

#### ثانياً: من السنة

وردت أحاديث كثيرة تفيد وجوب النفقة على الزوجة، منها ما رواه أبو داود عن معاوية القشيري قال: أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: ما تقول في نساءنا؟ قال: " أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسبن ولا تضربوهن ولا تقبحوهن".<sup>7</sup>

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 786.

<sup>2</sup> سورة الطلاق، الآية 07.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 233.

<sup>4</sup> عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، مرجع سابق، ص 304.

<sup>5</sup> سورة النساء، الآية، 34.

<sup>6</sup> صلاح الدين سلطان، نفقة المرأة وقضية المساواة، الطبعة الأولى، دار نهضة مصر، مدينة السادس من أكتوبر، مصر، 1999، ص 21.

<sup>7</sup> محمود بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، الجزء السابع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1989، ص 130.

ومنها كذلك حديث عائشة أن هند قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم.

فقال: " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف "، رواه الجماعة إلا الترمذي.<sup>1</sup>

### ثالثاً: من الإجماع

لقد أجمعت الأمة في كل العصور على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، ولم يخالف في ذلك أحد من أهل العلم.<sup>2</sup>

## الفرع الثالث

### شروط استحقاق النفقة

في شروط استحقاق النفقة قولان، قول ذهب إليه جمهور الفقهاء، وقول ذهب إليه المالكية.

### أولاً: شروط استحقاق النفقة عند جمهور الفقهاء غير المالكية

- أ- ألا تمتنع المرأة من تمكين نفسها لزوجها: بحيث لو منعت الزوجة نفسها عن زوجها بدون عذر شرعي اعتبرت ناشزا فيسقط حقها في النفقة.<sup>3</sup>
- ب- أن تكون الزوجة سالحة للمعاشرة الزوجية وتحقيق أغراض الزوجية ومتطلباتها:<sup>4</sup> لأن تخلف هذا الشرط يحول إلى عدم تحقيق الهدف من الزواج، وبالتالي النفقة لا تكون واجبة على الزوج، إلا أن ينفق عليها مروءة وكرماً.
- ت- أن يكون عقد النكاح صحيحاً: لأن الزواج غير الصحيح لا تستحق الزوجة بموجبه النفقة، إذ الواجب على الزوجين في غير النكاح الصحيح الافتراق، فلا يجوز لهما أن يتعاشرا معاشرة الأزواج.<sup>5</sup>
- ث- ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بغير عذر شرعي أو بسبب ليس من جهته: فنشوز الزوجة مثلاً بمغادرة بيت الزوجية بدون رضا الزوج، وعدم الرجوع إليه رغم طلبه بذلك يسقط على الزوج وجوب النفقة، أما إن فات حق الزوج في احتباس الزوجة بسبب من جهته فإن الزوجة تستحق النفقة.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن القاسم الحراني، مرجع مرجع سابق، 184.

<sup>2</sup> محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 439.

<sup>3</sup> السيد سابق، مرجع سابق، ص 116.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 789.

<sup>5</sup> محمد يعقوب طالب عبيدي، مرجع سابق، ص 36.

<sup>6</sup> محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 440.

## ثانيا: شروط استحقاق النفقة عند الملكية:

اشترط الملكية لوجوب النفقة على الزوجة شروطا قبل الدخول، وشروطا أخرى بعد الدخول، وتفصيل ذلك فيما يلي:

### أ- شروط استحقاق النفقة قبل الدخول: وهي أربعة:

- 1- أن تمكن الزوجة زوجها من الدخول بها بعد العقد وعدم الامتناع عن ذلك.
- 2- أن تكون الزوجة مطيقة للوطء، فإن كانت صغيرة لا تصلح للدخول بها فلا نفقة لها، وإن دخل بها لزمته النفقة.
- 3- أن يكون الزوج بالغاً، فلو كان صغيراً ولم يدخل بها فلا نفقة لها، أما إن دخل بها فلها النفقة.
- 4- ألا يكون أحد الزوجين مشرفاً على الموت عند الدعوة إلى الدخول، أما لو دخل بها رغم ذلك فعليه النفقة.

### ب- شروط استحقاق النفقة بعد الدخول: وهما شرطان:

- 1- أن يكون الزوج موسراً، أما إذا كان معسراً فلا نفقة عليه مدة إعساره.
- 2- ألا تفوت الزوجة على زوجها حق الاحتباس بدون مسوغ شرعي، فلو فوتت ذلك بالنشوز فلا نفقة لها.<sup>1</sup>

## ثالثا: شروط استحقاق النفقة في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون.

ويستفاد من هذه المادة بأنه تجب النفقة للزوجة على زوجها إذا توافرت الشروط التالية:

- أ- **الدخول بالزوجة أو دعوتها إليه ببيينة:** وفي هذا وافق القانون ما عليه جمهور الفقهاء من أن النفقة تجب للزوجة بالدخول بها أو بالدعوة إلى ذلك.<sup>2</sup>
- ب- **أن يكون الزواج صحيحاً:** رغم أن القانون لم يذكر هذا الشرط صراحة، إلا أنه من الممكن استخلاصه من عبارة المادة 74 المذكورة أعلاه التي جاء في مطلعها " تجب نفقة الزوجة على زوجها "، وباستعمال هذه العبارة بهذا الإطلاق يفهم ضمناً أن المقصود بها هو الزواج الصحيح.
- ت- **مسألة نشوز الزوجة:** مما يؤخذ على قانون الأسرة الجزائري عدم النص على نفقة الناشز، هل تجب لها أم تسقط في حقها لنشوزها؟ بالرغم من أن الفقهاء قد اتفقوا على أن الناشز لا نفقة لها، وعليه يقترح

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 791.  
<sup>2</sup> عيد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 105.

على المشرع الجزائري أن يفصل في مسألة سقوط نفقة الناشز عن طريق تحديد متى تكون الزوجة ناشزا ومتى لا تعد كذلك.

## الفرع الرابع

### مشمات النفقة

اتفق الفقهاء على أن النفقة تشمل كل من الإطعام والكسوة والإسكان، ومنهم من أضاف ضروريات أخرى لازمة في النفقة كالخدمة وأدوات الزينة وغيرها، غير أنهم اختلفوا في مقدارها.

#### أولاً: نفقة المأكل

اختلف الفقهاء في تقدير نفقة الزوجة في المأكل إلى مذهبين:

أ- ذهب جمهور الفقهاء من الأحناف والمالكية والحنابلة إلى أن نفقة الإطعام مفروضة على الكفاية وليس فيها تقدير محدد ملزم، ووافقهم في ذلك الشافعي في مذهبه القديم.

ب- ذهب الشافعي في الجديد إلى أن نفقة الأكل مقدرة بمقدار محدد، وهي مُدَّين في كل يوم إذا كان موسراً، ومد إذا كان معسراً، ومد ونصف إذا كان متوسط الحال.<sup>1</sup>

#### ثانياً: نفقة الكسوة

اتفق جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة على أنه يفرض للزوجة كسوة على حسب كفايتها، أما فيما تعلق بزمن تجديد هذه الكسوة فذهب الأحناف والمالكية والشافعية وقول عند الحنابلة أنها مرتين في السنة، كسوة في أول الصيف وأخرى أول الشتاء، وقال الحنابلة في الصحيح عندهم أنها مرة واحدة في السنة تشمل كسوة للصيف وأخرى للشتاء.<sup>2</sup>

#### ثالثاً: سكن الزوجة

أجمع الفقهاء قولاً واحداً بوجود توفير سكن شرعي للزوجة، والسكن الشرعي هو ما يكون مشتملاً على كل ما يلزم للسكنى من أثاث وفراش وأنية ومرافق مما تحتاجه الأسرة، ويراعى في ذلك حالة الزوج المالية من يسار وإعسار ووضع الاجتماعي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محمد يعقوب طالب عبيدي، مرجع سابق، ص 44.

<sup>2</sup> جاسر جودة علي العاصي، مرجع سابق، ص 97.

<sup>3</sup> محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 455.

## رابعاً: مشتملات النفقة في قانون الأسرة الجزائري

نصت المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

من خلال المادة 78 يتبين بأن النفقة تشمل على كل من الغذاء والكسوة والسكن والعلاج وإلى الضروريات التي تلزم الزوجة في العرف والعادة.

ويظهر أن تعداد مشمولات النفقة الزوجية الوارد في هذه المادة يتوافق تماماً مع ما جاء في الفقه الإسلامي إلا فيما تعلق بالعلاج، فإن المذاهب الأربعة لم يقولوا قديماً بوجود نفقة العلاج، وقد أحسن المشرع الجزائري حين نص على استحقاق الزوجة للعلاج، لأن في هذا العصر ضرورة العلاج أكد من ضرورة الطعام والكسوة.<sup>1</sup>

وفي هذا المجال قال الدكتور وهبة الزحيلي: "قرر فقهاء المذاهب الأربعة أن الزوج لا يجب عليه نفقة التداوي، ويظهر لدي أن مداواة لم تكن في الماضي حاجة أساسية، فلا يحتاج الإنسان غالباً إلى العلاج لأنه يلتزم بقواعد الصحة والوقاية، فاجتهاد الفقهاء مبني على عرف قائم في عصرهم، أما الآن فقد أصبحت الحاجة إلى العلاج كالحاجة إلى الطعام والغذاء بل أهم ...، لذا فإننا نرى وجوب نفقة الدواء على الزوج كغيرها من النفقات الضرورية".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم باجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2012، ص 442.  
<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 794.

## المطلب الثاني

### نفقة المعتدة

للرأة في العدة أحوال عديدة، فهي تختلف في الطلاق عنها في الوفاة، وتختلف في الحمل عنها في عدمه، وبتنوع العدة تنوع حديث الفقهاء في نفقات المعتدات، وبيان هذه النفقات على النحو التالي:

### الفرع الأول

#### نفقة المعتدة الرجعية

لقد تم الحديث فيما سبق عن الطلاق الرجعي، أما في هذا المقام فسيتم التركيز على أحكام النفقة المترتبة عليه.

لقد اتفق جمهور الفقهاء من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة بالإجماع على وجوب النفقة على الزوج للمعتدة من طلاق رجعي، سواء كانت المرأة حاملا أم حائلا<sup>1</sup>، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: (...وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ...)<sup>2</sup>، بحيث اعتبر الله عز وجل المطلقة الرجعية زوجة بنص الآية، فجعل للزوج الحق في ردها إلى عصمة نكاحه دون إذنها ما لم تنته العدة إذ الزوجية قائمة، وبالتالي فالنفقة ثابتة لها.

واستدلوا كذلك بقوله تعالى: (... لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا)<sup>3</sup>، فالله عز وجل بين أن للمطلقة طلاقا رجعيا حق الإسكان على زوجها ما دامت في العدة، فلا يجوز له أن يخرجها من بيت الزوجية، واعتبر إخراجها لها منه منافيا لتقوى الله، كما أن الله تعالى بين أنه يحرم على المطلقة الرجعية الخروج من بيت الزوجية ما دامت في العدة، وإن هي خرجت بدون عذر فإن ذلك يعتبر منها عصيانا وارتكابا لأمر محظور.

وبما أن النفقة كما سبق الإشارة إليه تكون شاملة للكفاية في المطعم والملبس والمسكن، وحيث أن الآية صرحت بوجوب السكنى للرجعية، فيجب لها استلزاما بقية أجزاء النفقة ومشتملاتها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 816.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 228.

<sup>3</sup> سورة الطلاق، الآية 01.

<sup>4</sup> محمد يعقوب طالب عبيدي، مرجع سابق، ص 125.

## الفرع الثاني

### نفقة المعتدة البائن

لقد تم الحديث فيما سبق عن الطلاق البائن، أما في هذا المقام فسيتم التركيز على أحكام النفقة المترتبة عليه، والتي تختلف على حسب حالة المعتدة في كونها حاملا أو حائلا.

#### أولاً: البائن الحامل

اتفق الفقهاء من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة بأن المعتدة من طلاق بائن تجب لها النفقة إذا كانت حاملا، وهذا بالإجماع، وقالوا بأن وجوب النفقة راجع للحمل لا لأجل العدة، باستثناء الأحناف الذين قالوا بأن النفقة واجبة لها بسبب العدة، والراجح ما ذهب إليه الجمهور.<sup>1</sup>

واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: (...وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...)<sup>2</sup>، ووجه الدلالة أن الله عز وجل بين في هذه الآية الكريمة بأن للمطلة الحامل مطلقا الحق في النفقة بكل مشتملاتها، وهذا الوجوب مؤقت بزمن محدد وهو إلى حين وضع الحمل، لأن الحمل هو ولد المطلق، وبالتالي واجب عليه الإنفاق عليه، ولا يمكنه الإنفاق على الحمل إلا بالإنفاق على الحامل، غير أن الحنابلة خالفوا جمهور الفقهاء فقالوا بأن للبائن الحامل النفقة من دون السكنى.<sup>3</sup>

#### ثانياً: البائن غير الحامل

ذهب الفقهاء في حكم النفقة والسكنى للحائل المعتدة من طلاق بائن إلى ثلاثة مذاهب.

أ- **المذهب الأول:** يجب للبائن الحائل ما دامت في عدتها السكنى والنفقة، وهذا مذهب الأحناف ومن الصحابة، عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت ومن التابعين سعيد بن المسيب، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مَنْ وُجِدَكُمْ...)<sup>4</sup>.  
وجه الدلالة من الآية: أوجبت الآية الكريمة السكنى لكل مطلقة، والنفقة تجب تبعا لوجوب السكنى، فحيثما وجبت السكنى في الشرع وجبت النفقة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 289.

<sup>2</sup> سورة الطلاق، الآية 06.

<sup>3</sup> محمد يعقوب طالب عبيدي، مرجع سابق، ص 126.

<sup>4</sup> سورة الطلاق، الآية 06.

<sup>5</sup> جاسر جودة علي العاصي، مرجع سابق، ص 16.

ب- **المذهب الثاني:** يجب للبائن الحائل ما دامت في عدتها السكنى دون النفقة، وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية وبعض الحنابلة، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: (أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...)<sup>1</sup>.

**وجه الدلالة من الآية:** أوجب الله عز وجل في الآية السكنى للبائن مطلقاً، ثم خصص الحامل بالنفقة.<sup>2</sup>

ت- **المذهب الثالث:** لا يجب للحائل البائن في عدتها السكنى ولا النفقة، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة في المعتمد لديهم، واستدلوا في ذلك بحديث فاطمة بنت قيس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فيها عندما طلقت ثلاثاً: " ليس لها سكنى ولا نفقة"<sup>3</sup>، رواه مسلم.

وفي رواية قالت: " طلقني زوجي ثلاثاً فلم يجعل لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة"<sup>4</sup>.

وفي رواية أخرى، أنها أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: " لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً"<sup>5</sup>.

**وجه الدلالة:** إن منطوق الحديث صريح في عدم وجوب النفقة والسكنى للبائن الحائل، حيث ثبت ذلك من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن قول صاحبة الحادثة فاطمة بنت قيس.

ث- **ترجيح المسألة:** لقد تطرق الإمام ابن القيم إلى المسألة بالنظر إلى ما ذهب إليه الفقهاء في مسألة نفقة وسكنى البائن الحائل، وناقش أدلتهم بالتفصيل مرجحاً في ذلك ما ذهب إليه الحنابلة والظاهرية في أنه لا نفقة ولا سكنى لها، وذلك لصحة وصراحة ما دل عليه حديث فاطمة بنت قيس.<sup>6</sup>

### الفرع الثالث

#### نفقة المعتدة من وفاة

اختلف الفقهاء في وجوب النفقة للمعتدة من وفاة استناداً إلى معيارين، أولهما هو التفريق بين النفقة والسكنى، والثاني هو التفريق ما إذا كانت المعتدة حائلاً أم حاملاً، وتفصيل ذلك فيما يلي:

#### أولاً: سكن المعتدة من وفاة إذا كانت حاملاً

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى مذهبين:

أ- **المذهب الأول:** عدم وجوب السكنى للمعتدة الوفاة الحامل، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في أحد القولين والحنابلة في المعتمد عندهم.

<sup>1</sup> سورة الطلاق، الآية 06.

<sup>2</sup> جاسر جودة علي العاصي، مرجع سابق، ص 19.

<sup>3</sup> أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، مرجع سابق، ص 93.

<sup>4</sup> أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، مرجع سابق، ص 95.

<sup>5</sup> محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 1254.

<sup>6</sup> ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ص من 291 إلى 302.

ب- **المذهب الثاني:** وجوب السكنى لمعتدة الوفاة الحامل، وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية في الأظهر  
وقول عند الحنابلة<sup>1</sup>.

### ثانيا: سكنى المعتدة من وفاة إذا كانت غير حامل

كذلك اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى مذهبين:

أ- **المذهب الأول:** عدم وجوب السكنى لمعتدة الوفاة الحائل، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في أحد  
القولين والحنابلة في المعتمد عندهم.

ب- **المذهب الثاني:** وجوب السكنى لمعتدة الوفاة الحائل، وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية في الأظهر  
وقول عند الحنابلة<sup>2</sup>.

### **ثالثا: نفقة المعتدة من وفاة إذا كانت حاملا:**

كذلك اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى مذهبين:

أ- **المذهب الأول:** عدم وجوب النفقة لمعتدة الوفاة الحامل، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية  
والحنابلة في المعتمد عندهم.

ب- **المذهب الثاني:** وجوب النفقة لمعتدة الوفاة الحامل، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة في قول عندهم.

### **رابعا: نفقة المعتدة من وفاة إذا كانت غير حامل**

اتفق جمهور فقهاء المذاهب الأربعة على عدم وجوب النفقة لمعتدة من وفاة إذا لم تكن حاملا<sup>3</sup>.

## **الفرع الرابع**

### **نفقة المعتدة في قانون الأسرة الجزائري**

تنص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق.

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 482.

<sup>2</sup> جاسر جودة علي العاصي، مرجع سابق، ص 31.

<sup>3</sup> محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 151.

يستفاد من خلال المادة 61 السابقة الذكر بأن القانون أوجب السكنى للمعتدة من طلاق أو وفاة، وبالإضافة إلى ذلك أوجب النفقة للمعتدة من طلاق، بينما لا نفقة للمعتدة من وفاة، وفي هذا كله لم يفرق قانون الأسرة الجزائري بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن من جهة، ومن جهة أخرى لم يفرق كذلك بين أن تكون المرأة حاملا أو غير حامل.

وبالنظر إلى الأحكام التي تضمنتها المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بأراء الفقهاء فيما يتعلق بنفقة وسكنى المعتدة سواء من طلاق أو وفاة، فإنه يمكن القول بأن ما جاء به قانون الأسرة لم يخرج عن دائرة الفقه الإسلامي، وقد أتى في ذلك بما يناسب القضاء.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 485.

## المطلب الثالث

### المتعة

إن من آثار الطلاق نفقة المتعة، وسيتم في هذا المجال من الدراسة التطرق إلى المتعة وأحكامها في الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري.

### الفرع الأول

#### تعريف المتعة

#### أولاً: المتعة في اللغة

المتعة في اللغة مشتقة من المتاع، وهي ما يستمتع وينتفع به، وتطلق المتعة لغة على معانٍ أربع:

الأول: متعة الحج، وهي مذكورة في الحج.

الثاني: النكاح إلى أجل، أو ما يعرف بزواج المتعة.

الثالث: إمتاع المرأة زوجها في مالها على ما جرت به العادة في بعض البلدان.

الرابع: متعة المطلقة<sup>1</sup>، وهي محل البحث هنا، بحيث ما سيأتي في هذا المجال من المتعة إنما يتعلق بمعنى

متعة المطلقة دون المعاني الأخرى.

#### ثانياً: المتعة في الاصطلاح

المتعة هي ما تمتع به الزوجة وتعطاه تعويضاً لها عن الفرقة بينها وبين زوجها من الثياب التي تلبسها المرأة

للخروج عادة، أو ما يعادلها من مال أو أي عوض<sup>2</sup>.

وعرفها الدكتور عمر سليمان الأشقر بما يلي: المتعة مبلغ من المال يختلف باختلاف حال الزوج يسرا

وعسراً، يدفعه الزوج لمطلقاته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 316.

<sup>2</sup> أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، مصر، 1988، ص 25.

<sup>3</sup> عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 270.

## الفرع الثاني

### حكم المتعة

اختلف الفقهاء في حكم المتعة إلى مذاهب ثلاثة:

#### أولاً: وجوب المتعة لكل مطلقة

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة، لا فرق بين من طلقت قبل الدخول أو بعده، أو من فرض لها الصداق أم لم يفرض، فالكل سواء، وذهب إلى هذا علي بن أبي طالب والحسن وسعيد بن جبير، واستدلوا بقوله تعالى: (وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ...) <sup>1</sup>، بحيث جاءت الآية عامة لكل مطلقة <sup>2</sup>.

#### ثانياً: استحباب المتعة لكل مطلقة

إن المتعة مستحبة لكل مطلقة وليست بواجبة، وذهب إلى هذا الإمام مالك وابن أبي ليلى، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: (وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ) <sup>3</sup>، وبقوله تعالى: (...وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ) <sup>4</sup>.

وجه الاستدلال من الآيتين أن الله عز وجل جعل المتعة في الأولى حقا على المتقين دون غيرهم، وجعلها في الثانية حقا على المحسنين دون غيرهم، وقيدتها بالمعروف في كلتا الآيتين، ولو كانت واجبة لما خص بها المحسنين والمتقين ولما قيدها بالمعروف <sup>5</sup>.

#### ثالثاً: وجوب المتعة للمفوضة

يسمى نكاح المرأة قبل الدخول التي لم يسم لها المهر بنكاح المفوضة، بكسر الواو وفتحها، فنكاح التفويض هو النكاح الذي سكت فيه العاقدان عن تسمية المهر عند العقد.

وذهب أصحاب هذا القول إلى أن المتعة واجبة للمفوضة، وهي المطلقة التي لم يفرض لها مهر دون غيرها من المطلقات، وذهب إلى هذا أبو حنيفة والشافعي وأحمد، واستدلوا بقوله تعالى: (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصِفُ مَا فَرَضْتُمْ...) <sup>6</sup>، وقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسِرَّحُوهُنَّ سِرَّاحًا جَمِيلًا) <sup>7</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآية 241.

<sup>2</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 227.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 241.

<sup>4</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>5</sup> عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 271.

<sup>6</sup> سورة البقرة، الآية 237.

<sup>7</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.

وجه الاستدلال من الآيتين أنه في الأولى تقرر استحقاق نصف المهر بطلاق من دون مساس مع التسمية فلا تجب المتعة، وفي الثانية تقرر وجوب المتعة من غير مساس ولم يسم المهر.<sup>1</sup>

واستنادا لما سبق يمكن القول بأن أحكام المتعة تكون بحسب حال المطلقة والذي لا يخرج على أن يكون من الأحوال التالية:

- مطلقة قبل الدخول بها وقبل فرض المهر.
- مطلقة قبل الدخول بها وبعد فرض المهر.
- مطلقة بعد الدخول بها فرض المهر أم لم يفرض.
- المتوفى عنها زوجها.

#### أولاً: المطلقة قبل الدخول بها وقبل فرض المهر

ذهب جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة والظاهرية بأن المتعة واجبة للمطلقة غير المدخول بها التي لم يفرض لها الصداق، وقال المالكية بأن المتعة ليست واجبة لها وإنما مستحبة.<sup>2</sup>

#### ثانياً: المطلقة قبل الدخول بها وبعد فرض المهر

أجمع الفقهاء بأن المطلقة غير المدخول بها التي فرض لها الصداق أن لها نصف المسمى لقوله تعالى: (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...)،<sup>3</sup> ثم اختلفوا في حق المتعة لها، فقال الجمهور من الحنفية<sup>4</sup> والشافعية<sup>5</sup> والحنابلة<sup>6</sup> بأنه لا متعة لها، وقال المالكية بأن المتعة مستحبة لها وغير واجبة، وقال وقال علي بن ابي طالب والحسن وسعيد بن جبيرة وابن حزم أن المتعة واجبة لها إذ أوجبوها في جميع الحالات كما سبق.

#### ثالثاً: المطلقة بعد الدخول بها فرض المهر أم لم يفرض

اتفق الفقهاء بلا خلاف بأن المهر ثابت للمدخول بها إن فرض، وإن لم يفرض كان لها مهر المثل<sup>7</sup>، غير أنهم اختلفوا في حكم المتعة لها.

<sup>1</sup> أحمد فتحي بهنسي، مرجع سابق، ص 36.

<sup>2</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 226.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 237.

<sup>4</sup> أحمد فتحي بهنسي، مرجع سابق، ص 36.

<sup>5</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 318.

<sup>6</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 319.

<sup>7</sup> محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 201.

ذهب الشافعي في مذهبه الجديد، والحنابلة في قول عندهم، وعلي بن أبي طالب والحسن وسعيد بن جبير وابن حزم الظاهري بأن المتعة واجبة للمطلقة بعد الدخول فرض المهر أم لم يفرض.

وذهب مالك والشافعي في القديم وفي رواية عن أحمد وهي ظاهر المذهب والحنفية بأن المتعة للمطلقة بعد الدخول مستحبة وليست بواجبة.<sup>1</sup>

### رابعاً: المتوفى عنها زوجها

أجمع الفقهاء بأنه لا متعة للمتوفى عنها زوجها.<sup>2</sup>

ترجيح المسألة: إن الآيات التي استدلت بها الفقهاء في حكم المتعة هي كالتالي:

قوله تعالى: (وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)<sup>3</sup>، ويستفاد منها وجوب المتعة للمطلقة مطلقاً.

مطلقاً.

قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيراً)<sup>4</sup>، جاء فيها النص على المتعة قبل الدخول مطلقاً.

قوله تعالى: قوله تعالى: (لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَنْعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (236) وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ (237))<sup>5</sup>، جاء فيها النص على المتعة قبل الدخول وقبل الفرض، وعلى وعلى نصف المهر قبل الدخول وبعد الفرض.

قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسْرَخْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيراً)<sup>6</sup>، جاء فيها النص على المتعة بعد الدخول مطلقاً.

ومن مجموع ما سبق يمكن القول بوجود المتعة لكل مطلقة، إلا التي طلقت قبل الدخول بها وقد فرض لها، فتستحق نصف المسمى<sup>7</sup>، وفي هذا يقول أحمد شاكر في كتابه نظام الطلاق في الإسلام: " والخلاف في وجوب

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 227.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 319.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 241.

<sup>4</sup> سورة الأحزاب، الآية 49.

<sup>5</sup> سورة البقرة، الأيتان، 236، 237.

<sup>6</sup> سورة الأحزاب، الآية 28.

<sup>7</sup> عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، " الزواج، فرق الزواج، حقوق الأولاد والأقارب"، دراسة مقارنة فقها وقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص426.

المتعة للمطلقة المدخول بها وغير المدخول بها إذا سمي لها الصداق، خلاف معروف مفصل في كتب التفسير والفقه، والذي نرضاه ونختاره، وجوبها لكل مطلقة مطلقاً، إلا التي سمي لها مهرها ولم يدخل بها، جمعا بين الآيات واستعمالاً لكل آية في نصها وموضعها، وهو مذهب الشافعي وقول لأحمد واختاره ابن تيمية<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث

#### تقدير المتعة

لم يرد نص في تقدير المتعة ونوعها فاجتهد الفقهاء في ذلك، فقدرها الأحناف بثلاثة أثواب على أن لا تزيد عن نصف المهر، وقال الشافعية المستحب أن لا تنقص عن ثلاثين درهماً أو ما قيمته، وقال المالكية والحنابلة أن المتعة معتبرة بحال الزوج يسارا وإعسارا، وأقلها كسوة كاملة تجزيها صلاتها<sup>2</sup>.

وخلاصة الأمر فإنه يمكن القول بأن المتعة تكون بحسب حال يسار الزوج أو إعساره، لقوله تعالى: (...وَمَنْعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَعِّبِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ...) <sup>3</sup>، ومرجع التقدير فيها إلى الاجتهاد في ضوء ضوء ما تعارف الناس عليه، وهذا مما يختلف باختلاف الأشخاص والعصور والبلاد، ولذا وجب الرجوع فيها إلى الحاكم كسائر المجتهدين<sup>4</sup>.

### الفرع الرابع

#### سبب استحقاق المتعة

إن استحقاق المتعة لا يكون بمجرد الفرقة بين الزوجين دون وفاة، وإنما هي في حالة الطلاق الذي يستبد به الزوج فتغتم المرأة به، فالمتعة لا تكون إلا في حالة الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، دون ما تعلق بطلب التطلق ولا الفسخ ولا الخلع<sup>5</sup>.

### الفرع الخامس

#### المتعة في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الأسرة على ما يلي: إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

يستفاد من خلال هذه المادة الأحكام التالية:

<sup>1</sup> المصري مبروك ، مرجع سابق، ص 230.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 320، 321.

<sup>3</sup> سورة البقرة، الآية 236.

<sup>4</sup> عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 273.

<sup>5</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 231.

- تحديد تعسف الزوج في الطلاق موكل إلى تقدير القاضي، فإن رأى تعسفاً حكم للمطلقة بالتعويض، وإن لم ير ذلك لم يحكم لها بالتعويض.
- لم يحدد القانون مقدار التعويض، فهو متروك لتقدير القاضي.
- لم تبين المادة طبيعة الضرر الموجب للتعويض، وهو الضرر المادي أم المعنوي أم كليهما.
- لم تفرق المادة بين المطلقة قبل الدخول أو بعده، ولا بين من فرض لها المهر ومن لم يفرض لها، ولا بين الرجعية والبائن.
- التعويض للمطلقة يكون في حالة تعسف الزوج في الطلاق، بمعنى أنه يكون في حالة الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.

بعد عرض ما تضمنته المادة 52 المذكورة أعلاه من أحكام، يطرح التساؤل: هل يمكن القول بأن التعويض الوارد في هذه المادة هو نفسه ما عبر عليه الفقهاء بالمتعة؟

وللإجابة على هذا التساؤل وجب عقد مقارنة بين هذا التعويض وما تم دراسته في موضوع المتعة.

### أولاً: أن يكون الطلاق بإرادة الزوج المنفردة

اتفق قانون الأسرة الجزائري في هذه المادة كون التعويض مستحق في حالة الطلاق بإرادة الزوج مع ما جاء في الفقه من سبب أو علة استحقاق المتعة.

### ثانياً: تعسف الزوج في الطلاق

إذا رأى القاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض، وحين الكلام عن التعسف في إيقاع الطلاق يفهم بأن المرأة يلحقها الضرر في حالة التعسف، بينما لا يلحقها هذا الضرر إذا لم يتعسف الزوج في طلاقها، والتساؤل المطروح هو ماذا يقصد القانون بالتعسف، فهذه العبارة عامة ولا يمكن الوصول إلى ما ترمي إليه كما وردت في سياق هذه المادة، ومن جهة أخرى فإنه متى طلق الرجل امرأته فإنه يلحق بها الضرر المعنوي بداهة، وقد يتبعه في أغلب الأحيان الضرر المادي، وهذا بمجرد الطلاق تعسف فيه الزوج أم لم يتعسف، إلا أن الفقه الإسلامي حسم الأمر حينما قرر أن التعويض يكون للمرأة بالطلاق دون النظر إلى قضية التعسف وهو ما يعرف في الفقه بالمتعة<sup>1</sup>، ومن هنا يتبين الاختلاف بين التعويض المذكور في المادة 52 والمتعة التي أوجبها الله عز وجل للمطلقة، لقوله تعالى: (وَالْمُطَلَّاتُ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المصري مبروك، مرجع سابق، ص 235.  
<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 241.

### ثالثاً: طبيعة المطلقة

لم تفرق المادة 52 بين المطلقة الرجعية والبائن، ولا بين المدخول بها وغير المدخول بها، ولا بين المفروض لها وغير المفروض لها المهر، و يفهم من هذا الإطلاق أن لجميع هؤلاء المطلقات الحق في التعويض بشرط تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، وقد تم التطرق سابقاً إلى أن جمهور الفقهاء قالوا بعدم استحقاق المتعة لغير المدخول بها المفروض لها المهر، وحسبها نصف المسمى، لقوله تعالى: (لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (236) وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ (237))<sup>1</sup>.

وعلى ضوء ما تقدم من مقارنة فإنه لا يمكن القول بتاتا بأن التعويض الذي نصت عليه المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري هو المتعة نفسها التي شرعها الله عز وجل للمطلقات، أما التعويض المذكور في المادة 53 مكرر<sup>2</sup> وفي المادة 55<sup>3</sup> من قانون الأسرة فهو غير متعلق بالمتعة جزماً لأن الأول يكون لمن تطلب التطليق، والثاني يكون في حالة النشوز وقد يحكم به للزوجة كما قد يحكم به للزوج، ولعل هذا ما يؤكد أن المشرع الجزائري أغفل مسألة المتعة، أو استبدالها بالتعويض عن الضرر، ولو راعى القانون جميع أحكام المتعة خصوصاً في ما تعلق بالمادة 52 لكان اجتهاداً متميزاً وحسناً، بحيث يضاف إلى المتعة التي أوجبها الله عز وجل بالقرآن، ذلك التعويض الذي يكون في حالات خاصة يقدرها القاضي بسبب الضرر، مع وجوب التفصيل في أمرين: الأول فيما تعلق بمفهوم التعسف، والثاني في تحديد الضرر.

<sup>1</sup> سورة البقرة، الآيةان، 236، 237.

<sup>2</sup> نص المادة 53 مكرر: يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

<sup>3</sup> نص المادة 55: عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر.

## خاتمة

لقد تبين من خلال هذا البحث أن شريعة الإسلام جاءت بأسمى النظم والأحكام المنظمة للعلاقة الزوجية عموماً، وعلى الخصوص فيما تعلق بتنظيم أحكام انحلال الرابطة الزوجية إذ هو موضوع ما تم تناوله خلال هذه الدراسة.

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي، والذي جاء مثلاً تطبيقياً حياً للنظام الإسلامي في فقه الأسرة، فقد نظم العلاقة الزوجية في مختلف مراحلها، بداية من أول خطوة متعلقة بالخطبة وأحكامها، مروراً بإنشاء العقد وما ألحقه من شروط وأركان وضوابط، إلى توزيع الحقوق والواجبات بين الزوجين وإحاطتها بالوسائل المادية منها والمعنوية اللازمة التي تجعل من الحياة الزوجية مستقرة.

ومن محاسن هذا القانون أنه راعى الفطرة البشرية وطبائع الناس، وذلك بالتسليم بأنه رغم كل العناية والإحاطة بالحياة الزوجية، إلا أنه قد يطرأ عليها ما يعكر صفوها ويهدد استقرارها، سواء كانت الأسباب متعلقة بأحد الزوجين أو خارجة عنهما، فيقوم الخلاف والشقاق، وهنا أيضاً تدخل القانون بالعلاج، إذ ليس من المعقول تنظيم العلاقة الزوجية في حالة الاستقرار وإغفالها في حالة الاضطراب، فجاءت نصوص قانون الأسرة بما يكون علاجاً للنشوز من أحدهما والشقاق المستمر بينهما، ابتداءً من الدائرة المصغرة المتمثلة في الزوجين عن طريق النصح وتسوية الخلافات بالحوار والتأديب أحياناً، انتقالاتاً إلى التحكيم العائلي والصلح القضائي.

ومع ذلك فإنه إذا اشتد الخصام وبلغ الشقاق مبلغه بحيث يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية في حالة مستقرة، فقد جاء القانون مرة أخرى بأسمى نظام استمده من الشريعة الإسلامية لعلاج هذه المشكلة، وهو الفرقة بين الزوجين بالمعروف، إذ لم يكتف بالنص على الفرقة فحسب، بل أوجب أن تكون بالمعروف، حتى لا تتضرر المرأة ويهدر حقها، ولا يتعسف الرجل ويظلمها، وعموماً حتى لا يتأذى طرف على حساب الآخر، وذلك سواء فيما تعلق بطريقة الفرقة التي قد تكون طلاقاً، أو طلباً للتطليق أو خلعاً، وذلك على حسب من يبادر إلى الفرقة دفعاً للضرر شريطة مراعاة ضوابط اللجوء إلى ذلك وإلا قد يرفض الطلب إلى حين الأخذ بالاعتبار ما أحاط به القانون من تنظيمات للفرقة بين الزوجين، والقانون لم يتوقف عند هذا الحد بل تناول حتى مرحلة ما بعد الانفصال عن طريق تنظيم آثار الفرقة، المتمثلة في حقوق وواجبات، فالرجعة حق للرجل ما دامت الزوجة في العدة التي تعتبر واجبة على المطلقة، والحضانة هي حق لهما كما هي واجب عليهما في نفس الوقت في إطار ما جاء به الشرع والقانون، والنفقة واجبة على الرجل حق للمرأة ولدها كما هو مفصل في هذا البحث.

ومع كل هذه المحاسن المذكورة التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري في هذا الموضوع، تجدر الإشارة إلى أنه بموجب صياغة مواد هذا القانون، تبين من خلال هذه الدراسة المقارنة بينه، أن بعض المواد القانونية وردت أحيانا مخالفة لأحكام الفقه الإسلامي، ومواد أخرى جاءت مضطربة ومتناقضة فيما بينها، وأخرى جاءت يكتنفها الغموض والعموم في موضع كان الفصل فيه أولى وأوجب ومثال ذلك:

### 1- نصوص مخالفة لأحكام الفقه الإسلامي:

- عدم الاعتبار بطلاق الزوج ما لم يصدر حكم القاضي به.
- التساوي في الأحكام بين الطلاق الرجعي واليبائن.
- ربط الرجعة بالعدة القانونية المتمثلة بفترة الصلح بدل العدة الشرعية.
- ابتداء حساب العدة من وقت إصدار الحكم بالطلاق بدل وقت إيقاعه.

### 2- نصوص مضطربة ومتناقضة فيما بينها:

- تناقض القانون مع نفسه في الشروط المقترنة بعقد الزواج، حيث نص مرة على أن الشرط المنافي للعقد يفسخ الزواج قبل الدخول ويثبت به بعده، ثم نص في موضع آخر أنه يبطل الشرط ويصح العقد.

### 3- نصوص غامضة وعامة:

- عدم توضيح ما هي الشروط المنافية للعقد.
- عدم تفصيل متى يكون الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق ومتى لا يكون كذلك، مع عدم إيضاح المقصود من التعسف.
- عدم الفصل في المقصود من القرء، رغم ما يترتب على ذلك من اختلاف في مدة العدة.
- عدم وضوح المقصود من العبارة "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية..." الواردة في نص المادة 51 من قانون الأسرة، أهو الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج؟ أم المقصود هو مسألة الطلاق الثلاث في مجلس واحد؟ وقد سبق الحديث حول هذه المسألة من الناحية الفقهية في هذا البحث، مع بيان القول الراجح فيها فقها، والذي يحقق أكثر مصلحة واقعا.

وهذه كانت أمثلة عن بعض الملاحظات الواردة في هذا البحث على نصوص قانون الأسرة الجزائري، وتفصيل ذلك موجود في قلب هذا البحث، ومرجعها ما جاء في الفقه الإسلامي من أحكام، مادام المشرع الجزائري جعل الشريعة الإسلامية هي المرجع فيما تعلق بالأحوال الشخصية، فما كان ليخالف أحكامها عمدا، إلا ما جاء عن عموم لفظ أوقع في اللبس أو الغموض أو التناقض والاضطراب، وهذا ما لا يسلم منه البشر ولو اجتمعوا، إذ مدار الأمر تدارك الخلل بالتصحيح والتصويب.

## قائمة المراجع

### أولاً: الكتب

- 01- القرآن الكريم
- 02- أ عمر يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو، 2010.
- 03- أحمد محمد المومني، وإسماعيل نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخله، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان، الأردن، 2009.
- 04- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الآثار، القاهرة، 2005.
- 05- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء العاشر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004.
- 06- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1423 هـ، 2003 م.
- 07- أبو مالك محمد بن حامد بن عبد الوهاب، أحكام الرضاعة الحضانة النفقات، دار البصيرة، الإسكندرية، 2002.
- 08- أبو عبد الله أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، بيت الافكار الدولية، الرياض، السعودية، 1998.
- 09- امحمد بن يوسف اطفيش، تيسير التفسير، الجزء الثاني، المطبعة العربية، غرداية، الجزائر، سنة 1997.
- 10- أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، الجزء الرابع، دار الفكر، لبنان، 1995.
- 11- أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، مصر، 1988.
- 12- أبو الفيض أحمد بن الصديق الغمري، الهداية في تخريج أحاديث البداية ( بداية المجتهد لابن رشد)، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار عالم الكتب، لبنان، 1987.
- 13- أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي، شرح السنة، الجزء الثامن، المكتب الإسلامي، لبنان، 1974.
- 14- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، الجزء الثالث، ( دون دار نشر)، المدينة المنورة، 1964، ص 239.
- 15- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، شرح صحيح مسلم، الجزء العاشر، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، ( دون تاريخ).
- 16- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومه، بوزريعة، الجزائر، 2010.
- 17- العيش فضيل، قانون الأسرة، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مع آخر تعديلات 2005، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007.
- 18- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الفتاح للإعلام العربي، القاهرة، 2001.

- 19- المبارك بن محمد ابن الأثير الجزري، جامع الأصول في أحاديث الرسول، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الفكر، لبنان، 1983.
- 20- المبارك بن محمد ابن الأثير الجزري، جامع الأصول في أحاديث الرسول، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، لبنان، 1983.
- 21- المبارك بن محمد ابن الأثير الجزري، جامع الأصول في أحاديث الرسول، الجزء الحادي عشر، الطبعة الثانية، دار الفكر، لبنان، 1983.
- 22- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم باجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2012.
- 23- باديس ذبياني، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
- 24- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول: الزواج والطلاق، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.
- 25- بكير محمد الشيخ بالحاج، فتاوى الإمام الشيخ بيوض إبراهيم بن عمر، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المطبعة العربية، غرداية، الجزائر، 1988.
- 26- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار التأليف، مصر، 1961.
- 27- تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1395 هـ، (1975م).
- 28- زينب عبد السلام أبو الفضل، العرض القرآني لقضايا النكاح والفرقة، دراسة تحليلية جامعة بين تفسير الآيات وفقهها، دار الحديث، القاهرة، 2006.
- 29- سلمان نصر وسعاد سطحي، فقه الطلاق في ضوء الكتاب والسنة، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة، دار السلام، قسنطينة، الجزائر، 2009.
- 30- سامح عبد السلام، نظام الأسرة بين حضارتين، دراسة مقارنة في فقه الأحوال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الغربي بمكوناته الرومانية والمسيحية والحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 31- سلمان نصر وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، الطبعة الأولى، دار الفجر، قسنطينة، الجزائر، 2005.
- 32- سالم بن عبد الغني الرافي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2002.
- 33- صلاح الدين سلطان، نفقة المرأة وقضية المساواة، الطبعة الأولى، دار نهضة مصر، مدينة السادس من أكتوبر، مصر، 1999.
- 34- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2011.
- 35- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الابيار، الجزائر، 2011.
- 36- عبلة عبد العزيز عامر، الرضاع والحضانة فقها وقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

- 37- عبد العزيز رمضان سمك، الفرق بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 38- عبد القادر درداوي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010.
- 39- عبلة عبد العزيز عامر، الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 40- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له ( قانون 05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 41- عبد المؤمن شجاع الدين، فسخ الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون اليمني والقوانين العربية، (دون دار نشر)، صنعاء، 2007.
- 42- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، النكاح-الطلاق، الطبعة الأولى، دار الآفاق العربية، القاهرة، 2006.
- 43- عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 44- عبد العزيز بن عبد الله الراجحي، الغفهام في شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام للحافظ ابن حجر العسقلاني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار العاصمة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2005.
- 45- علي بن راشد الديبان، اختيارات الحافظ ابن عبد البر الفقهية في الأحوال الشخصية والجنايات والحدود والأقضية، الطبعة الأولى، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2005.
- 46- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة المختار، القاهرة، 2004.
- 47- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
- 48- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000.
- 49- عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1997.
- 50- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 1997.
- 51- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، " الزواج، فرق الزواج، حقوق الأولاد والأقارب"، دراسة مقارنة فقها وقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 52- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة الثانية، دار القلم، الكويت، 1990.
- 53- عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الجزائر، 1990.
- 54- عبد الرحمن الثعالبي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

- 55- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء ( الزواج )، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1984.
- 56- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1983.
- 57- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1983.
- 58- فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طبع على نفقة جامعة السليمانية، إقليم كردستان، العراق، 2004.
- 59- لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، دار هومه، الجزائر، 2010.
- 60- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2006.
- 61- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010.
- 62- منصور نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- 63- محمد باوني، عقد الزواج وآثاره، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار بهاء الدين للنشر والتوزيع، قسنطينة، 2009.
- 64- منال محمود المنشي، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه وآثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2009.
- 65- محمد عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، الجزء الثالث، المكتبة التوفيقية، القاهرة، 2008.
- 66- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.
- 67- محمد يعقوب طالب عبيدي، أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، دار الهدى النبوي، المنصورة، مصر، 2004.
- 68- مجد الدين عبد السلام بن عبد الله بن القاسم الحراني، المنتقى في الأحكام الشرعية من كلام سيد البرية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، لبنان، 2003.
- 69- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، للإمام موسى بن أحمد بن موسى سالم الحجاوي، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الأنصار، القاهرة، 2003.
- 70- موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1997.
- 71- محمد حسام رحيمة، العدة الشرعية وأحكامها في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الاعلام، دمشق، سوريا، 1995.

- 72- محمود بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، الجزء السابع، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1989.
- 73- محمد ناصر الدين الالباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، لبنان، 1988.
- 74- محمد ناصر الدين الالباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، لبنان، 1988.
- 75- مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الجيزة، 1988.
- 76- محمد بن حارث الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، الدار العربية للكتاب، (دون مكان النشر)، 1985.
- 77- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، سنة 1983.
- 78- محمد أبو زهرة، شريعة القرآن من دلائل إعجازه، دار العروبة، القاهرة، 1961.
- 79- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.
- 80- نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، الطبعة الثانية، دار فسيلة، الجزائر، 2009.
- 81- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.
- 82- ناظم محمد سلطان، قواعد وفوائد من الأربعين النووية، الطبعة السادسة، دار الهجرة، المملكة العربية السعودية، 2000.
- 83- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1985.
- 84- يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2011.
- 85- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، (الزواج والطلاق)، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2008.
- 86- يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، دار القلم، الكويت، 2002.

## ثانيا: المذكرات الجامعية

- 01- إسماعيل موسى مصطفى عبد الله، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008.
- 02- اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002.
- 03- توفيق شندارلي، فسخ عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، بحث لنيل درجة الماجستير فرع عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، الجزائر، 1996.

- 04- جاسر جودة علي العاصي، نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، عمادة الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، قسم القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007
- 05- سميرة عبد المعطي محمد ياسين، أحكام العدة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، عمادة الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007.
- 06- محمد أحمد المستريحي، حكم التفريق بين الزوجين للعيوب لاسيما الوراثية، استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الفقه وأصوله، جامعة اليرموك، الأردن، 2003.

### ثالثاً: القوانين

- 01- قانون رقم 08 – 09 مؤرخ في 918 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 02- قانون رقم 84 – 11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر 05 – 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- 03- قانون رقم 66 – 156 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات معدل ومتمم بالقانون رقم 09 – 01 المؤرخ في صفر 1430 الموافق 25 فبراير 2009.

## الفهرس

02	إهداء
03	تشكرات
04	مقدمة
06	الفصل الأول: طرق انحلال الرابطة الزوجية
07	المبحث الأول: انحلال الرابطة الزوجية بالفسخ
08	المطلب الأول: تمييز الفسخ عن الطلاق
08	الفرع الأول: الأساس الفقهي لفسخ الزواج
10	الفرع الثاني: الفرق بين الفسخ والطلاق من جهة المعنى
10	الفرع الثالث: الفرق بين الفسخ والطلاق من جهة السبب
11	الفرع الرابع: الفرق بين الفسخ والطلاق من جهة الأثر
13	المطلب الثاني: فسخ الزواج في الفقه الإسلامي
13	الفرع الأول: حالات الفسخ عند المالكية
14	الفرع الثاني: حالات الفسخ عند الحنفية
15	الفرع الثالث: حالات الفسخ عند الشافعية
16	الفرع الرابع: حالات الفسخ عند الحنابلة
17	الفرع الخامس: حالات الفسخ المتوقعة على القضاء وغير المتوقعة على القضاء
18	المطلب الثالث: فسخ الزواج في قانون الأسرة الجزائري
19	الفرع الأول: فسخ الزواج بسبب الشروط المقترنة بالعقد
21	الفرع الثاني: فسخ الزواج إذا اشتمل على مانع
22	الفرع الثالث: فسخ الزواج إذا اختل ركن الرضا
22	الفرع الرابع: فسخ الزواج قبل الدخول إذا انعدم الشهود
23	الفرع الخامس: فسخ الزواج قبل الدخول إذا انعدم الصداق
23	الفرع السادس: فسخ الزواج قبل الدخول إذا انعدم الولي في حالة وجوبه
24	الفرع السابع: فسخ الزواج بإحدى المحرمات

25	الفرع الثامن: فسخ الزواج بالمرأة الثانية
26	المبحث الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق
27	المطلب الأول: مشروعية الطلاق
27	الفرع الأول: الحكم الشرعي للطلاق
28	الفرع الثاني: الحكمة من تشريع الطلاق
29	الفرع الثالث: الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل
30	الفرع الرابع: حكم الطلاق في قانون الأسرة الجزائري
31	المطلب الثاني: درء الطلاق بالصلح
31	الفرع الأول: الصلح بين الزوجين
33	الفرع الثاني: الطلاق بالتراضي
34	الفرع الثالث: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
35	المطلب الثالث: شروط إيقاع الطلاق
35	الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالمطلق
37	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمطلقة
38	الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالصيغة
39	المطلب الرابع: أقسام الطلاق
39	الفرع الأول: تقسيم الطلاق من حيث دلالة اللفظ
40	الفرع الثاني: تقسيم الطلاق من حيث الوصف الشرعي
41	الفرع الثالث: تقسيم الطلاق من حيث الرجعة
43	الفرع الرابع: تقسيم الطلاق من حيث الصيغة
45	المبحث الثالث: انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق القضائي
46	المطلب الأول: التطليق بسبب تخلي الزوج عن التزاماته الزوجية
46	الفرع الأول: طلب التطليق لعدم الإنفاق
48	الفرع الثاني: طلب التطليق للهجر في المضجع
51	الفرع الثالث: التطليق بسبب غياب الزوج
52	الفرع الرابع: التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج
54	المطلب الثاني: التطليق بسبب العيوب

54	الفرع الأول: آراء الفقهاء في طلب التطلاق للعيوب
55	الفرع الثاني: طبيعة الفرقة بسبب العيب
56	الفرع الثالث: أثر التفريق بسبب العيب على المهر
57	الفرع الرابع: التطلاق للعيوب في قانون الأسرة الجزائري
59	المطلب الثالث: التطلاق للتدليس وما فيه مساس بشرف الأسرة
59	الفرع الأول: طلب التطلاق للتدليس
59	الفرع الثاني: حالة الحكم على الزوج بما يمس شرف الأسرة
60	الفرع الثالث: حالة ارتكاب فاحشة مبينة
62	المطلب الرابع: التطلاق للضرر
62	الفرع الأول: آراء الفقهاء في جواز التطلاق للضرر
62	الفرع الثاني: طلب التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين
63	الفرع الثالث: التفريق بين الزوجين بسبب النشوز
64	الفرع الرابع: طلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا
65	المبحث الرابع: انحلال الرابطة الزوجية بالخلع
66	المطلب الأول: مفهوم الخلع
66	الفرع الأول: تعريف الخلع
67	الفرع الثاني: مشروعية الخلع
68	الفرع الثالث: حكم الخلع
69	الفرع الرابع: الحكمة من تشريع الخلع
70	المطلب الثاني: شروط الخلع
70	الفرع الأول: شروط الزوج المخالعة
70	الفرع الثاني: شروط الزوجة المخالعة
71	الفرع الثالث: شروط العوض
72	الفرع الرابع: شروط الصيغة
75	المطلب الثالث: الخلع في قانون الأسرة الجزائري
75	الفرع الأول: تعريف الخلع في قانون الأسرة الجزائري
75	الفرع الثاني: شروط الخلع في قانون الأسرة الجزائري

76	الفرع الثالث: موافقة الزوج للخلع
79	الفصل الثاني: آثار انحلال الرابطة الزوجية
80	المبحث الأول: الرجعة
81	المطلب الأول: مفهوم الرجعة
81	الفرع الأول: تعريف الرجعة
82	الفرع الثاني: مشروعية الرجعة
83	الفرع الثالث: الحكمة من تشريع الرجعة
84	الفرع الرابع: ما تحصل به الرجعة
85	المطلب الثاني: شروط الرجعة
85	الفرع الأول: شروط متعلقة بطبيعة الطلاق
86	الفرع الثاني: شروط متعلقة بالصيغة
86	الفرع الثالث: شرط الإشهاد
87	الفرع الرابع: شرط إعلام الزوجة بالرجعة
89	المطلب الثالث: الرجعة في قانون الأسرة الجزائري
89	الفرع الأول: تعريف الرجعة في قانون الأسرة الجزائري
90	الفرع الثاني: شروط الرجعة في قانون الأسرة الجزائري
91	الفرع الثالث: مناقشة قانون الأسرة الجزائري
94	المبحث الثاني: العدة
95	المطلب الأول: مفهوم العدة
95	الفرع الأول: تعريف العدة في الفقه الإسلامي
96	الفرع الثاني: أدلة مشروعية العدة
98	الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية العدة
98	الفرع الرابع: سبب وجوب العدة
100	المطلب الثاني: أنواع العدة
100	الفرع الأول: عدة الأقراء
102	الفرع الثاني: عدة الأشهر
102	الفرع الثالث: عدة الحامل

103	الفرع الرابع: تغيير العدة
105	المطلب الثالث: العدة في قانون الأسرة الجزائري
105	الفرع الأول: تعريف العدة
106	الفرع الثاني: المعتدة في قانون الأسرة الجزائري
108	الفرع الثالث: أحكام العدة في قانون الأسرة الجزائري
111	المبحث الثالث: الحضانة
112	المطلب الأول: مفهوم الحضانة
112	الفرع الأول: تعريف الحضانة
113	الفرع الثاني: مشروعية الحضانة
114	الفرع الثالث: المستحقون للحضانة
116	الفرع الرابع: المستحقون للحضانة في قانون الأسرة الجزائري
117	المطلب الثاني: شروط الحضانة
117	الفرع الأول: الشروط العامة
118	الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالنساء
119	الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالرجال
120	الفرع الرابع: سقوط الحضانة وعودتها
120	الفرع الخامس: استحقاق الحضانة في قانون الأسرة الجزائري
122	الفرع السادس: عودة الحضانة بعد السقوط
124	المطلب الثالث: أحكام الحضانة
124	الفرع الأول: مدة الحضانة
125	الفرع الثاني: زيارة المحضون
126	الفرع الثالث: أجر الحضانة وتوابعها
129	المبحث الرابع: نفقة الزوجية
130	المطلب الأول: مفهوم النفقة الزوجية
130	الفرع الأول: تعريف النفقة الزوجية
132	الفرع الثاني: حكم نفقة الزوجة
133	الفرع الثالث: شروط استحقاق النفقة

135	الفرع الرابع: مشتملات النفقة
137	المطلب الثاني: نفقة المعتدة
137	الفرع الأول: نفقة المعتدة الرجعية
138	الفرع الثاني: نفقة المعتدة البائن
139	الفرع الثالث: نفقة المعتدة من وفاة
140	الفرع الرابع: نفقة المعتدة في قانون الأسرة الجزائري
142	المطلب الثالث: المتعة
142	الفرع الأول: تعريف المتعة
143	الفرع الثاني: حكم المتعة
146	الفرع الثالث: تقدير المتعة
146	الفرع الرابع: سبب استحقاق المتعة
146	الفرع الخامس: المتعة في قانون الأسرة الجزائري
149	خاتمة
151	قائمة المراجع
157	الفهرس

Ce travail concernant les différents types de divorce et ses effets, est une étude comparative entre les dispositions du code de la famille algérien et celles du "fiq'h" islamique.

L'islam connaît la répudiation des femmes par les hommes, mais aussi, si les conditions requises sont remplies, le divorce demandé par la femme.

Selon les articles: 48, 53 et 54 du code de la famille algérien, le divorce peut être prononcé par la volonté de l'époux, par la volonté de l'épouse en demandant au juge le divorce pour l'une des causes indiquées dans l'article 53 du code de la famille algérien, par consentement mutuel par l'un des deux époux et accepté par l'autre ou par requête conjointe des deux époux, l'épouse a également la possibilité de se séparer de son conjoint sans l'accord de ce dernier moyennant le versement d'une somme "khol'â".

Comme le code de la famille et la loi islamique "charia" ont organisé les types de divorce, ils ont pareillement structuré ses effets: la reprise de l'épouse, la retraite légale "idda", le droit de garde "hadana" et la pension alimentaire.

هذا البحث يمثل دراسة مقارنة بين نصوص قانون الأسرة الجزائري وأحكام الفقه الإسلامي فيما يتعلق بطرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها.

وتماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية فإن قانون الأسرة الجزائري نص على جواز الفرقة بين الزوجين، سواء بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة متى توفرت الشروط اللازمة لذلك.

وبالرجوع إلى أحكام المواد 48، 53 و54 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن الفرقة بين الزوجين تكون إما بإرادة الزوج المنفردة، أو بطلب من الزوجة عن طريق التفريق القضائي، استنادا إلى أحد الأسباب التي نصت عليها المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، كما قد تكون الفرقة باتفاق الزوجين أو ما يعرف بالطلاق بالتراضي، وتكون كذلك بطلب من الزوجة دون رضا الزوج مقابل بدل تدفعه له عن طريق الخلع.

وكما نظمت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الفرقة بين الزوجين إذا استحال دوام العشرة بينهما، فإنهما كذلك نظما ما يترتب على انفصال الزوجين عن بعضهما من آثار، وتتمثل في: الرجعة، العدة، الحضانة والنفقة الزوجية، لما في ذلك من الأهمية العظمى والحكم الجليلة التي ستظهر جليا من خلال الاطلاع على هذا البحث.