جامعة عمار ثليجي – الاغواط –
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والحضارة
قسم العلوم الإسلامية

تقنين الفقه الإسلامي
الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري
العدة والحضانة والنفقة نموذجا

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية L.M.D تخصص فقه وأصوله

إعداد الطالبين :
. حمري مبارك
. العيدي المبروك

تحت إشراف الدكتور:
– محمد ورنيقي

السنة الجامعية :1437 / 1438 ه

2016 / 2017 م

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

نحمد الله أولا ونشكره ونثني عليه الخير كله أن وفقنا لنطلب العلم الشرعي أشرف العلوم وعلى فضله وكرمه علينا جل في علاه علوا كبيرا بإتمام هذا البحث

ومن تمام شكر الله عز وجل أن نتقدم بخالص الاحترام والتقدير الى : الدكتور محمد ورنيقي الذي قبل الإشراف على هذه المذكرة ولم يبخل علينا في النصح وتوجيه ،ولم يبخل علينا بجهده ووقته رغم مشاغله ، وكان لنا نعم السند والراعي لهذا العمل فحفظه الله ورعاه ونور طريقه وأعانه على هذه المسؤولية .

ولا ننسى بالذكر أساتذة اللكلية كل شخص ساعدنا وقدما لنا العون ولم يبخل علينا بعلمه

وكما لا ننسى الأصدقاء الذين ساعدونا وشجعونا ووقفو معنا في انجازنا لهذا العمل فشكرا لهم وأدامهم الله لنا نعم الأصدقاء والأحباب .

ولا يفوتنا أن نتقدم بجزيل الشكر الى أعضاء لجنة المناقشة على ماسيبدونه من توجيهات يستقيم بها ما أعوج من هذا البحث ليشتد عوده .

إهداء

اللهم لك الحمد في يقظتي وفي غفوتي عدد ما خلقة ومارزقت

الى اغلى ما في الوجود اسعد ما في القلوب اطيب روائع الورود

الى التي تنتشي الافئدة لذكرها ويتحول الحب الى معنى قدسي

الى من كانت المعد لجفوني والضوء لعيوني الى من حملتني على وهن اليك امي ...

الى من اعتصم زهرة شبابه واحلى أيام عمرهلأنعم بطيب العيش ورغد اليك ايي العزيز...

إلى إخوتي وأختي نجداء والى كل عائلة حمري والى أصدقائي الأعزاء

خاصة عبد القادر ونصرالدين والى رفيقي في الدرب طوال المشوار الدراسي مبروك العيدي

والى الأستاذ المشرف والى كل أساتذة القسم والى كل طلبة علوم اسلامية

حمري مبارك

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع الى كل أفراد عائلتي

والىأصدقائي في كلية العلوم الإسلامية كل باسمه والى

كل شخص ساندني في هذا البحث والى زميلي في البحث

والى الأستاذ المشرف .

اللهم لك الحمد على عطأءك وكرمك واحمدك حمد

الشاكرين ان وفقتني في دراستي

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى أله وسلم

العيدي المبروك

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين الذي تعالى في كبريائه وعظمته وجلاله فيها حمد يليق بنور وجهه العظيم سلطانه والصلاة وسلام على من أرسله ربه ليفق الناس بكتابه ويبن له ما انزل أليهم .

وعلى اله الأطهار وصحابته الأخيار أنوار الهدى الذين فقهوا عن الله كتابه وعن النبي صلى الله عليه وسلم سنته و استقاموا على ما انزل إليهم من ربهم وعلى من جاء من بعدهم مقتفين أثارهم إلى يوم الدين أما بعد :

تتميز الشريعة الإسلامية بتجدد الوقائع والاحداث ، ولهدا التجدد في الوقائع والاحداث اثر في احكام الشريعة الإسلامية ، ومن الأمور المستجدة موضوع تقنين الفقه الإسلامي من حيث التطبيق به والالزام بالقضاء بأحكامه .

ففي العصر العباسي ظهرت بدور التقنين وقد كانت من أوائل المبادرات السباقة لهدا الموضوع ، لكن ليس كما هو معروف في وقتنا الحاضر ، فالتقنين في الوقت الحالي ليس كالتقنين في الوقت الماضي .

ودراسة موضوع التقنين هي دراسة تخدم مصالح العباد وتحقق مقاصد الشارع ، فالشريعة الإسلامية إنما جاءت لرفع الحرج والتيسير على الناس .

الإشكالية :

والإشكالية التي أدنا طرحها هي :ما هو التقنين وكيف نشاء؟ وما هو حكم التقنين في شريعة الإسلامية ؟

وما هو الطلاق وما هي أنواعه وشروطه ؟وما هو أثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ؟

أسباب اختيار الموضوع :

- أولا : أهمية الموضوع حيث يشكل موضوع التقنين قضية هامة لدى علماء الشريعة والقانون .

-ثانيا :السعي وراء حل مشكلة عقبات تقنين الفقه الإسلامي خاصة في فقه الأحوال الشخصية .

-ثالثا :قضية تقنين الفقه الإسلامي من القضايا و الوقائع المستجدة لذا ولاها العلماء أهمية بالغة .

-رابعا :الميول الشخصي لقضية التقنين ومدى تأثيره على أحكام القضاة .

أهمية الدراسة :

-أولا :التقنين من القضايا و الوقائع التي تخدم الفقه الإسلامي يشكل عام وخاصة قانون الأسرة في الجزائر يشكل خاص

-ثانيا :التعرف على أراء العلماء المجيزين و المانعين لتقنين ومعرفة الراجح في ذلك .

-ثالثا :التعرف على كيفية تقنين قانون الأسرة الجزائري من طرف المشرع الجزائري

الدراسات السابقة:

لقد حظي موضوع تقنين الفقه الإسلامي بالتدوين ومن اهم الكتب

1. تقنين الفقه الإسلامي (المبدأ والمنهج والتطبيق) الدكتور محمد زكي عبد البر
2. الصياغة الفقهية في العصر الحديث (دراسة تأصليه) اعداد هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي
3. نظرات في تقنين الفقه الاسلامي (تاريخه_ فقهه ضوابطه) رافع ليث سعود جاسم القيسي
4. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، بلحاج لعربي

منهجية الدراسة: لقد سلكنا في البحث

1. من الناحية المنهجية

ترتيب الآيات القرآنية على حسب موضعها في صفحة البحث ، بالاعتماد على مصحف برواية حفص ، اما بالنسبة للأحداث فقد تم اسنادها الى مصادرها الاصلية ، وادا تكرر النقل من الكتاب اشرنا اليه باسم المؤلف والصفحة ،وادا اعتمدنا على عدة كتب لمؤلف واحد اشرنا باسم الكتاب والكاتب والصفحة ،اما ترجمة الاعلام فلم نترجم لها ، اما العنونة فكانت بخط واضح ،وبالنسبة للفواصل والنقط فقط وضعت ونعتدر لسقوط بعضها ان وجد .

والمنهج المتبع في هده الدراسة هو المنهج التحليلي وهناك بصمة للمنهج المقارن يتجلى دلك في المقارنة بين اقوال العلماء والمقارنة بين قوة الأدلة وكيفية الاستدلال بها في الموضوع.

خطة البحث :

قد تقسيم هدا البحث الى فصلين، الفصل الأول قد تكلمنا فيه عن تقنين الفقه الإسلامي، اما الفصل الثاني فقد تم التحدث فيه عن اثار الطلاق في قانون الاسرة الجزائري.

مقدمة :

الفصل الأول: تقنين الفقه الإسلامي .

المبحث الأول: ما هية التقنين و نشأته : ما هية التقنين و نشأته والجهود العملية لتقنين الفقه الجنائي الإسلامي

المطلب الأول: ما هية التقنين و نشأته

المطلب الثاني: مسألة التقنين عن المتقدمين

المطلب الثالث: **الجهود العملية لتقنين الفقه الجنائي الإسلامي**

المبحث الثاني: بيان حكم تقنين الفقه الإسلامي

المطلب الأول: قول المجيزون للتقنين و أدلتهم

المطلب الثاني: قول المانعون للتقنين و أدلتهم

المطلب الثالث: القول الراجح

الفصل الثاني: الطلاق و آثاره في قانون الأسرة الجزائري (نموذجا)

المبحث الأول: ما هية الطلاق و أنواعه و شروطه

المطلب الأول : تعريف الطلاق ودليل مشروعيته والحكمة منه

المطلب الثاني: أنواع الطلاق شرعا و قانونا

المطلب الثالث: شروط الطلاق

المبحث الثاني: آثار الطلاق

المطلب الأول: العدة

المطلب الثاني: الحضانة

المطلب الثالث: النفقة

خاتمة :

الفصل

الأول

خطة الفصل الأول

الفصل الأول: تقنين الفقه الإسلامي

المبحث الأول: ماهية التقنين و نشأته والجهود العملية لتقنين الفقه الجنائي الإسلامي

المطلب الأول: ماهية التقنين و نشأته

المطلب الثاني: مسألة التقنين عن المتقدمين

المطلب الثالث: الجهود العملية لتقنين الفقه الجنائي الإسلامي

المبحث الثاني: بيان حكم تقنين الفقه الإسلامي

المطلب الأول: قول المجيزون للتقنين و أدلتهم

المطلب الثاني: قول المانعون للتقنين و أدلتهم

المطلب الثالث: القول الراجح

المبحث الأول: ماهية التقنين و نشأته والجهود العملية لتقنين الفقه الجنائي الإسلامي

المطلب الأول:ماهية التقنين ونشأته

الفرع الأول: ماهية التقنين

أولا: التقنين لغة: مصدر "قنن" بمعنى" وضع القوانين" وهي كلمة رومية وقيل فارسية والقانون «مقياس كل شيء، وطريقه".[1]

– و التقنين من قنن و القن يتبع الأخبار، و اقتننا: اتخذنا واقتنن، اتخذ، و القنة، القوة و الجبل الصغير، و قنة كل شيء، طريقه، و مقياسه، و منه: التقنين.[2]

ثانيا: التقنين اصطلاحا: يقصد بالتقنين بوجه عام جمع الأحكام و القواعد التشريعية المتعلقة بمجال من مجالات العلاقات الاجتماعية، و تبويبها و ترتيبها و صياغتها بعبارات آمرة موجزة واضحة في بنود تسمى (مواد) ذات أرقام متسلسلة، ثم إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة يلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس.[3]

الفرع الثاني: نشأة التقنين

يري بعض الباحثين أن مبدأ فكرة جمع الناس على رأي واحد في القضاء، هو خلاصة (الفكرة التقنين). قد جاء من قبل عبد الله بن المقفع الذي أتهم بالزندقة.[4] حيث حاول إقناع أبي جعفر المنصور بالتقنين في بدء العهد العباسي في رسالة سماها (رسالة الصحابة)، و اقترح على الخليفة جمع الأحكام الفقهية و التزام[5] القضاء بحكم بها. [6]

و أما فكرت إلزام الناس بالتقاضي على رأي واحد قد ذكرت في لقاء الإمام مالك بن أنس و أبي جعفر المنصور و المهدي، و لكن الإمام رفض ذلك وقال لأبي جعفر: إن

---

[1] إبراهيم أنيس، المعجم الوسيط، ط2، ج2، ص 763.

[2] ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ج 12، ص 205–206.

[3] الشيخ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم 1418، ط 1–ج1–ص313.

[4] الإمام ابن الكثير، البداية و النهاية، بتحقيق د التركي– دار المهاجر 1419–ط1–ج13، ص 384.

[5]عبد الرحمان بن سعد الشثري، تقنين الشريعة بين التحليل و التحريم، و درا الفضيلة 1422.

الناس قد سيقت لهم أقاويل، و سمعوا أحاديث، ورووا روايات، و أخذ كل قوم بما سيق إليهم و عملوا به و دانو منه .

اختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم و غيرهم، و إن ردهم عما اعتقدوا تشديد، فدع الناس و ما هم عليه، و ما اختار أهل كل بلد لأنفسهم. و قال المهدي: أما هذا الصقع، و أشار إلى المغرب، فقد كفيته، و أما الشم ففيهم من قد علمت يعني الأوزاعي، و أما العراق، فهم أهل العراق[1] و كان هناك عدة محاولات لتقنين الفقه الإسلامي في القرنين الماضيين منها (الفتاوى الهندية) لجماعة من الهند، لتقنين العبادات و العقوبات و المعاملات و مجلة (الأحكام العدلية) التي تضمنت جملة من أحكام البيوع و الدعاوى، و القضاء، و صدرت هذه المجلة عام 1869 م .

و احتوت على 1851 مادة استمد أغلبها من الفقه الحنفي، و قد ضلت هذه المجلة مطبقة في أكثر البلاد العربية، إلى أواسط القرن العشرين إلى أن أصبحت المجلة بعد مدة غير كافية لوفاء الحاجات العصرية التي نشأة بسبب تولد الأساليب الاقتصادية الحديثة في التجارة و العمل و سائر نواحي الإنتاج مما دعي إلى تدارك الحاجة إلى قوانين متتبعة حديثة كان كل منها ينسخ جانبا من المجلة، حتى أصبح الشعور بقصور المجلة عن الوفاء بالحاجة الزمنية يتزايد عن المسؤولين في العهد العثماني فكان ذلك إرهاصا لحلول القانون المدني الذي لا يخلوا من آثار القوانين الوضعية [2].

وفي الديار السعودية على عهد الملك عبد العزيز ألفت مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، لأحمد ابن عبد الله القاري المتوفي سنة 1309ه رئيس المحكمة الشرعية الكبرى بمكة المكرمة سابقا، وقد اقتصر فيها على المذهب الحنبلي من خلال كتبه المعتمدة وقد احتوت المجلة على 2382 مادة و قد نسج القاري كتابه هذا على منوال مجلة الأحكام العادلة، لكن العلماء أجمعوا على ردها.[3]

1 الإمام الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة 1412.

[2] مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص 243.

[3] عبد الرحمان بن سعد الثري، المرجع السابق، ص 15.

المطلب الثاني: مسألة التقنين عن المتقدمين:

إن مسألة التقنين عند المتقدمين لم تكن معروفة لمصطلح (التقنين) بل كان معروفا عندهم مسألة حكم إلزام القاضي لقول واحد يحكم به و لا يتجاوزه و اذا خالف اجتهاده و هذا بمعنى التقنين .

وقد اختلف الفقهاء المتقدمون إلى قولين:

الفرع الأول :القول الأول : لا يمكن للحاكم أن يلزم القاضي بالحكم بمذهب معين و هذا قول الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة كما أنه قول القاضي أبي يوسف، و محمد ابن الحسن صاحبا أبي حنيفة، و قال ابن قدامة: و لم معلم فيها خلافا[1]، و قد اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية و قد حكي الإتفاق على ذلك.[2]

وأدلتهم في هذا :قوله تعالى﴿**فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ** ﴾.[3]

و الحق لا يتعين في المذهب، و قد يظهر الحق في غير ذلك المذهب، و لا يمكن لمن ولي أمرا من أمور المسلمين أن يمنع من التعامل في ما يكون فيه الاجتهاد لما في ذلك من التخفيف على المسلمين، و لهذا كان عمر ابن عبد العزيز يقول: ما يسرني أن أصاحب

رسول الله صلى الله عليه و سلم لم يختلفوا، لأنهم اجتمعوا على قول فخالفهم رجل كان ضالا و إذا اختلفوا فأخذ رجل بقول هذا و رجل بقول هذا، كان في الأمر سعة.[4]

الفرع الثاني: القول الثاني: يمكن للحاكم أن يلزم القاضي بالحكم بمذهب معين، وهذا قول أبي حنيفة وقد خالفه صاحباه كما تقدم، وقد استدل لذلك بأن تولية القضاء تتخصص بالزمان والمكان والشخص، فلو ولاه القضاء في زمن مخصوص أو مكان

---

[1] أبي عبد الله الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية 1416، ط1، ج8، ص 78.

[2] شيخ الإسلام ابن تيمية ، مجموع الفتاوى جمع الشيخ عبد الرحمن بن قاسم، درا عالم الكتب 1412.

[3] سورة ص، الآية 25.

[4] مجموع الفتاوى، المصدر نفسه، 79/30.

مخصوص أو على جماعة مخصوصة تعين ذلك، لأنه نائب عنه، و لو نهاه عن سماع بعض المسائل لم ينفذ حكم فيه[1].

الراجح: و الراجح في هذه المسألة و الله أعلم و مما تقدم من أقوال الفقهاء و صحة الدليل و سلامته، يظهر لنا أن مذهب الجمهور كان الأقرب للصواب و بعيدا عن المعارضة، و كما أن استدلال أبي حنيفة فيمكن أن يجاب عنه لأن القاضي إذا ظهر له الحق في المسألة و عرف حكم الله عز و جل و رسوله صلى الله عليه وسلم وجب عليه إتباعه، لأن حكم الله ورسوله وهذا هو العدل المقصود في قوله تعال:﴿**وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ** ﴾[2]

المطلب الثالث: : الجهود العملية لتقنين الفقه الجنائي الإسلامي

لقد تعددت محاولات تقنين الفقه الإسلامي عمومًا في بلدان عربية وإسلامية كثيرة، وبخاصة منه القانون المدني؛ بخلاف الفقه الجنائي، فقد كانت مساعي تقنينه قليلة وبطيئة، وقاصرة غالبا على غير الحدود، وهو الفرع الأكثر حساسية بين أبواب الفقه الإسلامي.

ومن ثَمَّ فقد تراوحت تلك المساعي بين شمول بعضها للمقدَّرة منها والتعازير، واقتصار على التعازير دون الحدود والقصاص –بعضها الآخر –وهو الأغلب.

ومن أهم تلك المحاولات ما يلي:

1- مجلَّة الأحكام العدلية: هناك إجماع بين أهل الاختصاص –من فقهاء الشريعة ورجال القانون على حد سواء– على أن "مجلَّة الأحكام العدلية" هي أول عملية تقنين رسمية جادة ظهرت في العالم الإسلامي، وحظيت بالتطبيق العملي بعد إقرار السلطات السياسية لها؛ يقول الدكتور محمد فاروق النبهان: "تأتي أهمية

[1] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار احياء التراث العربي، ج1، ص163.

[2] سورة النساء، جزء من الآية 58.

ظهور هذه الموسوعة (مجلَّة الأحكام العدلية) في أواخر العصر العثماني – كقانون مدني مستمد من الفقه الإسلامي– من أن هذا الحدث يُعتبر أول تقنين منظم للأحداث الفقهية، قامت به لجنة علمية مكلفة من جهة رسمية. ثُمَّ صدرت إرادة سلطانية باعتماد هذا التقنين كقانون مدني معمول به في المحاكم

2- سن قوانين تشريعية مستنبطة من الأدلة الشرعية باجتهادات الفقهاء أو باجتهاده إذا توفرت له صفة الاجتهاد، وأن يسن ويلزم بقوانين وأحكام إجرائية لرعاية الشئون بحسب المصلحة[1].

وقد اشتملت "مجلَّة الأحكام العدلية" على قواعد عامة في هيئة مواد قانونية بلغ عددها 1851مادة، وتمت المصادقة عليها في السادس والعشرين من شهر شعبان سنة 1293هـ الموافق لعام 1876م، وهي تتعلق بجوانب مختلفة من الفقه الإسلامي وأبوابه، ومنها ما تعلق بالجنايات مثل الغصب والإتلاف والإكراه...

ومن موادها ذات الصلة بمجال الجرائم والعقوبات:

"مادة "الأصل براءة الذمة.

"مادة "الضرورات تبيح المحظورات.

"مادة "إذا زال المانع عاد الممنوع.

"مادة "الضرر لا يُزال بمثله.

"مادة "الاضطرار لا يُبطل حق الغير.

"مادة "التابع لا يُفرد بالحكم.

[1] محمد فاروق النبهان، المدخل للتشريع الإسلامي، دار القلم، ط2، 1981م، ص351 بتصرف

."مادة "أن يُضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مُجبَرًا

."مادة "إذا اجتمع المباشر والمسبب يُضاف الحكمُ إلى المباشر

."مادة "المباشر ضامن وإن لم يتعمد

."مادة "المتسبب لا يضمن إلاَّ بالتعمد

."مادة "البينة على المدعي واليمين على من أنكر

."مادة "جناية العجماء جبار

."مادة "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه [1]

والملاحظ من هذه المواد ومن غيرها من المواد القانونية الواردة في "مجلَّة الأحكام العدلية" أنها مستفادة من القواعد الفقهية المعروفة في التشريع الإسلامي، بل وبعضها مأخوذة منها بعبارتها.

3- إصدار القانون الجزائي الكويتي لسنة 1960م: ورد في مقدمة قانون الجزاء الكويتي لسنة 1960م قول المشرّع: "كل الجرائم الواردة في هذا القانون إنما هي ضروب التعزير، خصص ولي الأمر فيها القضاء من حيث الموضوع، فأوجب عليه أن يحكم في هذه الجرائم دون غيرها. وأن يحكم بعقوبات عين لها حدودها القصوى فلا يتجاوزها. ولكن يجوز له أن ينزل عنها إلى الحد الذي يراه، ناظرا في ذلك إلى ظروف كل قضية وما يحيط الجاني من ملابسات شخصية. وليس في كل ذلك إلا مسايرة للمبادئ المقررة في باب التعزير كما دوّنها فقهاء الشريعة[2]

[1] مجلة الأحكام العدلية، تنسيق نجيب هواويني، بيروت، مطبعة شعارك، ط5، 1388ه

[2] مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، مؤسسة نوفل، بيروت، ط2، 1988م، ج1، ص160

4- وجاء عن اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ما يلي: "إزاء ما لقانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية من أهمية خاصة، بحسبانه القانون الذي ينظم النشاط الذي تباشره السلطات العامة في الدولة حيال ما يقع من جرائم لضمان تطبيق صحيح حكم القانون بشأنها، من حيث الضبط، والتحقيق، والمحاكمة، وتنفيذ الأحكام الصادرة فيها.

5- وقد قامت اللجنة الفنية المختصة بمراجعة نصوص القانون رقم 17 لسنة 1960 بإصدار قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية القائم البالغ عددها (304) مادة، وخلصت إلى إعداد مشروع متكامل يتفق وما تم استحداثه من جرائم في مشروع قانون الجزاء كجرائم الحدود والقصاص، ويعالج أوجه القصور التي كشف عنها التطبيق العملي للقانون القائم خلال الأربعين سنة الماضية على تطبيقه، فضلاً عن مواكبته النظريات القانونية الحديثة في موضوعه بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

6- وقد وقع المشروع في 306 مادة تناولت كافة الأحكام الموضوعية والإجرائية ابتداءً من الضبط والإحضار، مروراً بالتفتيش والتحقيق والمحاكمة، وانتهاءً بتنفيذ الأحكام ومحو الآثار التي تترتب عليها. كما يتضمن المشروع القواعد الإجرائية لتنفيذ أحكام الحدود التي تم استحداثها في مشروع قانون الجزاء[1]

إصدار القانون الجنائي الإسلامي في ليبيا: أصدرت ليبيا قانونا رقم 148 سنة 1972م أقام حد السرقة والحرابة، عدّل فيما بعد بموجب القانون رقم 8 سنة 1995م. كما أقام القانون رقم 70 لسنة 1973م حد الزنا. والقانون رقم 52 لسنة 1974م حرم الخمر وأقام حد تعاطيه. هذه القوانين كلها أقامت العقوبات البدنية، بينما لا نجد لها من أثر في كافة القوانين المعاصرة، إلا ما خص الجزيرة العربية واليمن وقطر والبحرين حيث مازالت عقوبة الجلد قائمة[2]

[1] موقع الالكتروني : www. sharea. gov. kw

[2] مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، المرجع السابق ، ج1، ص161

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون (قانون حدّيْ السرقة والحرابة) ما يلي:
"ولقد يحلو لبعض المرتابين والمتشككين أن يصفوا عقوبة القطع (أي في حدّيْ السرقة والحرابة) بأنها لا تتفق مع المدنية والتقدم، ويرمونها بالعنف والغلظة. وهؤلاء يركزون النظر على شدة العقوبة، ويتناسون فظاعة الجريمة وآثارها الخطيرة على المجتمع؛ إنهم يتباكون على يد سارق أثيم تقطع، ولا تهولهم جريمة السرقة ومضاعفاتها الخطيرة. كم من جرائم ارتُكبت في سبيل السرقة، كم من جرائم اعتداء على الأشخاص وإحداث عاهات جسام وقعت على الأبرياء بسبب السرقة، كم من أموال اغتصبت وثروات سُلبت وأناس تشردوا بسبب السطو على أموالهم ومصدر رزقهم، كل ذلك لا يخطر ببال المشفقين على أيد قليلة تُقطع في سبيل أمن المجموع واستقراره [1]

قانون العقوبات الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة: "تم تشكيل لجنة عليا للتشريعات، انبثقت منها لجان فرعية، أنيط بكل منها مسؤولية التفرغ لإعداد قانون خاص، وكان من بين هذه اللجان لجنة القوانين الجنائية. وقد أعدت هذه اللجنة مشروعا لقانون العقوبات الاتحادي يقوم في بنيانه وعمده على أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، ولكن لحقت بهذا المشروع الكثير من التعديلات ليصدر في صورته الحالية في عام 1987م، حيث اقتصرت فيه أحكام الحدود والقصاص والديات على مادة واحدة، تُركت تفصيلاتها لاجتهاد القضاة في ضوء المذاهب الفقهية المختلفة[2]

وقد صدر قانون العقوبات الاتحادي في 8 ديسمبر سنة 1987م، وعُمل به بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية. وقد حرص في المادة الأولى

[1] نقلا عن وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط3، 1409هـ، 1989م، ج6، ص15

[2] عمر، سالم دراسة نقدية لقانون العقوبات الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2000م، ص1، 2.

من قانون إصداره على أن يعمل القانون المرفق في شأن الجرائم والعقوبات، ويُلغي كل نص مخالف أحكامه[1]

وقد نصت المادة الخامسة (5) من مشروع قانون العقوبات الإماراتي على ما يلي: "يسري في شأن جرائم الحدود والقصاص والدية ما ورد بشأنها من نصوص في هذا القانون، فإذا لم يوجد نص طُبّق المشهور في مذهب الإمام مالك، فإذا لم يوجد حكمٌ في المشهور طبقت أحكام الأبواب الأول إلى العاشر من هذا القانون، وذلك فيما لا يتعارض مع النصوص المتعلقة بالجرائم المذكورة ومع المشهور في مذهب الإمام مالك.

وفي تعليقه على نص هذه المادة يقول الشيخ وهبة الزحيلي: "وبناء عليه وعلى استعراض أحكام مواده هو قانون إسلامي المبنى، شكلي التنظيم على وفق القوانين الحديثة؛ لأن العقوبات المنصوص عليها إما حدودٌ مستمدة من النصوص الشرعية، وإما تعزيرات أو عقوبات مفوضة، فوض النظر في تقديرها إلى الحاكم، وقد قدر الحاكم هذه التقديرات، فصار ما فيه موافقا لأحكام الشريعة[2]

[1] انظر: عمر سالم، المرجع السابق، ص33

[2] وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص88

المبحث الثاني: بيان حكم تقنين الفقه الإسلامي

إن مسألة حكم التقنين مسألة أثارت جدلا بين المانعين للتقنين و المجيزين له لذا سنتطرق إلى إيراد أقوال كلى الفريقين و إيراد أدلتهم ثم معرفة الراجح من هذه الأقوال

المطلب الأول: قول المجيزون للتقنين و أدلتهم.

ترى جماعة من المعاصرين من هيئة كبار العلماء و هم: شيخ صالح ابن غسون، و الشيخ عبد المجيد ابن الحسن، و الشيخ عبد الله ابن منيع، والشيخ عبد الله الخياط، و الشيخ ابن خنين[1]،و كذلك ممن يرى الجواز في المسألة الشيخ مصطفى الزرقاء[2]، و الشيخ محمد أبو زهرة و الشيخ علي الخفيف، و الشيخ يوسف القرضاوي، و الشيخ وهبة الزحيلي و غيرهم[3].

أدلة المجيزون

1-قوله تعالى: ﴿**لالايَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ**﴾[4]

قالوا فإن ولي الأمر إذا أمر بما ليس فيه معصية. و لا يتعارض مع أحكام الشريعة وجبت طاعته لهذه الآية، و الإلزام بالتقنين ليس فيه معصية، لأن تنفيذ القضاء القضاة لما في التقنين الذي ألزموا به الالتزام التزام بطاعة و لي الأمر التي أمرت به الآية الكريمة[5].

2-أن الحكم بقول معين كان جليا ظاهرا في العهد الأول من الإسلام، و يتجلى ذلك في عهد عثمان رضي الله عنه حين جمع القرآن الكريم على حرف واحد، و منع القراءة

---

[1]أبحاث هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، ج260/3

[2]مصطفى الزرقاء، المرجع السابق،ج1،ص230-231

[3]د/ شويش المحاميد، مسير الفقه الإسلامي المعاصر و ملامحه، جمعية عمال المطابع 1422،ط1 ،ص438

[4]سورة النساء، جزء من الآية 59

[5]د شويش المحاميد، المرجع نفسه، ص 440

بالحروف الأخرى، و أحرق المصاحف المخالفة و ذلك تحقيقا لمصلحة المسلمين، و حفاظا على وحدة القرآن أن يكون موضوع اختلاف، و كان الخير فيما فعل[1].

3- إلزام القاضي بحكم بقول معين، ترتب عليه بعض السلبيات منها: تبلد الفكر، و الجمود بالبحث، لكن في هذا مصالح عامة تعود على الضروريات الخمسة بالعناية و الرعاية و الحفاظ ، لا يدعو إلى عدم النظر إلى هذه السلبيات، فالدواعي للأخذ بذلك كثيرة، نذكر منها ما يلي:

أ-ما عليه غالب القضاء من مستوى علمي ضعيف لا يستطيعون به الاجتهاد لأنفسهم.

ب- ما أتيح للقضاة في تعيينهم الراجح من المذهب و إطلاق الأمر إليهم في الاجتهاد في الحكم مما يرونه من الاختلاف في الأحكام الصادرة من المحاكم، و من الاختلاف في اتجاهاتها.

ج- كثرت الشكاوي في فئات مختلفة داخل البلاد و خارجها من أن القضاء في البلاد غير واضح المعالم حتى لطلبة العلم أنفسهم إذ أن أحدهم يمكن أن يكون طرفا في خصومة عند أحد القضاة و قد يكون مستواه العلمي أعلى من مستوى القاضي نفسه، و مع ذلك لا يدري بما يحكم القاضي به[2].

و هنا يجدر التنبيه إلى أن القائلين بجواز الإلزام بالتقنين من أعضاء هيئة كبار العلماء إنما قصدوا بالإلزام إذا كان القاضي مقلدا و لا يتصف بأي شرط من شروط الاجتهاد و أما إن توفرت فيه شروط الاجتهاد فإنه لا يجوز إلزامه بالحكم بمذهب معين[3].

ونوقشت الأدلة التي استدل بها المجيزين على النحو التالي:

---

[1] ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء، 269/3.

[2] ينظر: أبحاث هيئة كبار العلماء ، 266/3.

[3] المصدر نفسه: 264/3.

أ- أما الاستدلال بالآية فإنه لا يتوجب لأن الله أمر بطاعته و طاعة رسول صلى الله عليه و سلم و حذف الفعل بطاعة أولى الأمر لأن طاعتهم إنما تكون في طاعة الله و رسول صلى الله عليه وسلم، و مجرد الرد التنازع في الأمر هو إلى الله و رسوله صلى الله عليه و سلم كما في آخر هاته الآية، فكذلك الطاعة فلو أمر الإمام و أوجب على القضاة الحكم بأحد القولين في أحكم مناطها الاجتهاد، و الشخص المأمور الكفء يعتقد أن الصحيح هو مقابل ما أمر به، فهل يجوز له الحكم بما ألزم به و ترك ما يعتقد؟

قال الشافعي رحمه الله: (أجمع الناس على أنه من استبانت له سنة رسول الله صلى الله علي وسلم فليس له أن يدعها لقول غيره)

ب- أما في ما يخص الاستدلال بفعل سيدنا عثمان رضي الله عنه بجمع الناس على قراءة واحدة و احرق ما سواها، فمن المعلوم أن القرآن كان مكتوبا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم و قد كان مفرقا ثم جمعه سيدنا أبى بكر رضي الله عنه في صحف ثم جمع سيدنا عثمان رضي الله عنه الناس على حرف واحد لا على قراءة واحدة، و قد انعقد الإجماع على جواز الأخذ بالقراءة بكل قراءة سباعية كما هو معلوم ، فيكون عمل سيدنا عثمان رضي الله عنه من جنس خصال الكفارة من أن الإنسان مخير في واحدة منها فاقتصر على قراءة بحرف واحد كما اقتصر فيمن لزمنه الكفارة على خصلة واحدة منها[1].

ج- أما ما يخص اختلاف مستوى القضاة و قدرات استيعابهم في المسألة و قدرتهم على ترجيح الأقوال، فالجواب في هذا أن الأصل في القضاة أنهم يكون لهم مستوى الاجتهاد،

حيث إذا ظهر منهم قصور وجب تداركه و ذلك برفع طاقتهم العلمية و ذلك بدلا من حصر التشريع الإسلامي في اختيار بعض الأشخاص[2].

[1] الشيخ بكر أبو زيد، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة 1422، ط1، ص 33، 37.

[2] محمد المجذوب، علماء و مفكرون عرفتهم، دار الشواف 1992م، ط 3، ج2، ص213

المطلب الثاني :قول المانعون من التقنين و أدلتهم

يرى مجموعة من العلماء المعاصرين من هيئة كبار العلماء من مملكة العربية السعودية بالمنع، ما عدى من قال بالجواز ممن تقدم و هم الشيخ بكر ابن عبد الله أبوا زيد و الشيخ صالح ابن فوزان الفوزان و الشيخ عبد الله ابن عبد الله البسام و الشيخ عبد الله ابن عبد الرحمان الجبرين و الشيخ ابن محمد الغنيمان و الشيخ عبد العزيز ابن عبد الله الراجحي و غيرهم[1].

و استدل أصحاب هذا القول بأدلة كثيرة من الكتاب و السنة و الإجماع و المعقول و منها ما يلي :

أدلة المانعون

أ-أن المولى عز و جل أمر أن يتحاكم الناس بالقسط، فقال لنبيه صلى الله عليه وسلم:﴿ **وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ (42)** ﴾[2]

والقسط: هو العدل فإذا كان القول الملزم به قد ظهر للقاضي من وجوه الأدلة الشرعية أن الصحيح مقابل ذلك القول الملزم به صار القسط والعدل في أن يحكم وفق معتقده لا بما ألزم به.

ب-أن في معنى الشهادتين تجريد الإخلاص لله تعالى و تجريد المتابعة لرسوله صلى الله عليه و سلم، و في التقنين الملزم توهين لتجريد توحيد الإتباع، إذ أن حكم القاضي على خلاف ما يعتقدهتقديم لقوله غير المعصوم، على ما يعتقده عن المعصوم

ج- قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (القضاة ثلاثة: اثنان في النار، و واحد في الجنة، فأم الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به، و رجل

[1] عبد الرحمن بن سعد الشثري، مرجع سابق، ص 31، 32.

[2] لسورة المائدة : جزء من الآية 42

عرف الحق و جار في الحكم فهو في النار، و رجل قضى للناس على جهل فهو في النار).[1]

ففيه بيان الوعيد للقاضي إذا حكم على خلاف ما يعتقده حقا لأنه عمل محرم، و لا خلاف في تحريمه عند أهل العلم.

د-مسألة إلزام القاضي بما اختير له يسمى بالقول الراجح عند من اختارهم مخالفا لما جرى عليه العمل في عهد النبي صلى الله عليه و سلم و خلفائه الراشدين، و من بعدهم السلف الصالح ويسبب التحول عن سبيلهم، و لقد سبق أن وجدت هذه الفكرة في خلافة بني العباس و عرضها أبوا جعفر المنصور على الإمام مالك رضي الله عنه فردها فبين فسادها، فهي فكرة مرفوضة لدى السلف.

ه- إذا كان هنالك كتاب يشتمل على قول واحد هو الراجح في نظر من اختاره يكون موحد الأرقام مسلسل المواد لا يمكن أن يقضي على الخلاف، لأن أحوال الناس غير متساوية و متغيرة من حين لآخر فلا يمكن حصر استخراج الأحكام من مصدر مقيد و لأن فهم القضاة للمواد العلمية يختلف من قاضي لآخر و أحوال الناس متغيرة بتغير الزمان و المكان واختلف الناس حتى في مدلول بعض النصوص الشرعية فكيف لا يكون اختلاف في كتاب مؤلف من طرف العبد.

و-كثيرا من الدول التي تحكم بالقوانين الوضعية دولت قوانينها على هيئة مواد موحدة مسلسلة الأرقام ومع ذلك اختلفت أحكام قضاتها واتهم فيها القضاة بالتقصير.

ي-لقد وجد الاختلاف في الأحكام حتى في عهد الخلفاء الراشدين بل حتى من القاضي الواحد، حيث يظهر له في القضية الثانية ما لم يظهر له في الأولى، وهم كانوا أحرص منا على حفظ الدين وسمعته.[2]

---

[1] رواه أهل السنن ، السنن الكبرى للبيهقي من حديث بريدة رضي الله عنه ،رقم 20851

[2] ينظر في أدلة المانعين من التقنيين فقه النوازل للشيخ بكر ص 57 و ما بعدها أبحاث هيئة كبار العلماء 234/3 و ما بعدها ، تقنيين الشريعة بين التحليل و التحريم ص 19 و ما بعدها.

لو جمعنا كتب الفقه ثم حولناها إلى مواد و ألزمنا القضاة بالحكم بها كنا بذلك عطلنا باب الاجتهاد و حصرنا في هذه المواد المقابلة للخطأ و الصواب و قد قال النبي صلى الله عليه وسلم :(إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران و إذا اجتهد و أخطأ فله أجر واحد)[1]،و لبد من تصحيح الخطأ بالرجوع إلى الصواب.

المطلب الثالث: القول الراجح:

أما القول بالجواز والقول بالمنع كلاهما قول قوي له أدلته من حيث النظر الإجمالي،وان كان ربما ظهر رجحان احدهما على الأخر عند النظر التنزيلي ، وأما القول

وبعد،فالذي يتبين في حكم التقنين انه جائز من حيث النظر الإجمالي ، وانه وسيلة صحيحة للحكم بين الناس بالعدل والحق، متى كان صادرا وفق أصول صحيحة و اجتهادات منضبطة ،فالحق لايتعين في قول احد من مجتهد او غيره والمجتهد إذا اجتهد لا يصف رأيه بأنه الحق.[2]

[1] رواه أهل السنن من حديث عمرو بن العاص رضي الله عنه ،المنتقى لابن الجارود ، رقم 996

[2] هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي،الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تاصيلية، دار التدمرية وابن حزم،الرياض 1433ه-2012م،ص453.

الفصل

الثاني

خطة الفصل الثاني

الفصل الثاني: الطلاق و آثاره في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: ما هية الطلاق و أنواعه و شروطه

المطلب الأول : تعريف الطلاق ودليل مشروعيته والحكمة منه

المطلب الثاني: أنواع الطلاق شرعا و قانونا

المطلب الثالث: شروط الطلاق

المبحث الثاني: آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: العدة

المطلب الثاني: الحضانة

المطلب الثالث: النفقة

تمهيد:

لقد أقر الإسلام الطلاق و شرعه، و هذا إذا تكدر صفوة الحياة الزوجية بين الزوجين و وصلت الأمور بينهما إلى طريق مسدود ليس له مخرج إلا الطلاق و لذا سنتناول في هذا الفصل ما هية الطلاق و آثاره المترتبة عنه؟

المبحث الأول: ماهية الطلاق و أنواعه وشروطه

المطلب الأول: تعريف الطلاق و دليل مشروعيته والحكمة منه

الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة و اصطلاحا واشتقاق لفظ الطلاق

1- الطلاق لغة: هو حل القيد و الاطلاق [1] و هو الترك أو المفارقة يقال طلق البلاد أي تركها و فارقتها و طلقت القوم أي فارقتهم[2].

2- الطلاق اصطلاحا: هو رفع قيد النكاح في الحال و المآل بلفظ مخصوص، سواء كان هذا اللفظ مخصوصا منطوقا مكتوبا أو مشار إليه أو به[3] كما يعرف الطلاق اصطلاحا أنه بأنه إنهاء الحياة الزوجية في الحال و المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو معناها صراحة أو دلالة.[4]

3- اشتقاق لفظ الطلاق: الطلاق مأخوذ من قولك أطلقت الناقة فطلقت إذا أرسلتها من عقال وقيد، فكأن ذات الزوج موثقة عند زوجها فإذا فارقها أطلقها من وثاق. ويدلك **على ذلك** قول الناس هي في حبالك إذا كانت تحتك، يراد أنها مرتبطة عندك كارتباط الناقة

---

[1] د/ نصر إسماعيل- أبا بكر على الباري، أحكام الأسرة الزواج و الطلاق بين الحنفية و الشافعية دراسة مقارنة دار الحامد 2009، عمان، ط1، ص 229.

[2] د/ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر 1994، ج1، ص : 207.

[3] أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق، الخلع، و حقوق الأولاد نفقة الأقارب وفق للأحداث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص: 12.

[4] د/ بالحاج العربي المرجع نفسه،ص 208.

في حبالها. ثم فرقوا بين الحركات من فعل الناقة وفعل المرأة والأصل واحد وقالوا طلقت الناقة بفتح اللام وقالوا طلقت المرأة بضم اللام، وقالوا أطلقت الناقة وطلقت المرأة [1].

و عرفه الأستاذ مصطفى شلبي: هو حل الرابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه بالحال أو المآل .[2]

الفرع الثاني: تعريف الطلاق قانونا:

المشرع الجزائري عرف الطلاق في المادة: 48 قانون الأسرة الجزائري (الأمر رقم 05-02المؤرخ في 27 فيبراير2005) بقوله " الطلاق حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد من المادتين 53 و 54 من هذا القانون" .

و استعمل المشرع كلمة حل التي تشمل طرف انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بواسطة الحكم القضائي. [3]

الفرع الثالث: دليل مشروعية الطلاق.

شرع الإسلام الطلاق في تحقيق لأصل من أصوله و هو أن يكون وسطا بين الإفراد و التفريط غير أنه يعد تشريعا استثنائيا لقوله صلى الله عليه وسلم " أبغض الحلال عند الله الطلاق" و قد استمد الفقهاء الدليل على مشروعية الطلاق من الكتاب و السنة و الإجماع و القياس.

أولا من الكتاب: لقوله تعال:﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾[4]

---

[1] أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي،ط1 1408 هـ - 1988 م،ج1 ،ص 497

[2] د/ مصطفى شلبي، أحكما الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفرين دار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت 1983، ط 4، ص 471.

[3] د/ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص: 207- 208.

[4] سورة البقرة، الآية : 229.

حيث تبين الآية عدد الطلاق يرتجع منه دون الزوج آخر و قيل إنها إرادة لبيان عدد الطلاق الذي يرتج منه دون زوج آخر و قيل إنها إرادة لبيان عدد الطلاق الذي يجوز إيقاعه و هو طلاق السنة و قوله عز و جل: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ**﴾[1]

معنى ذلك فطلقوهن لطهرهن من غير جماع و لا تطلقهن بحيضهن قال أيضا:

((**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ**)) [2]

أي لا حرج عليكم إن طلقتم الناس قبل مجامعتهن.

ثانيا من السنة:

أ- ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه طلق السيدة حفصة رضي الله عنها ثم راجعها[3]

ب- و روي عن النبي صلى الله عليه و سلم ((أبغض الحلال إلى الله الطلاق)) [4]

و كذا: ((ما أحل الله شيئا أبغض إلى الله من الطلاق))[5]

ج- وقال صلى الله عليه وسلم: ((ثلاث جدهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق و العتاق)) [6]

---

[1] سورة الطلاق، الآية: 01.

[2] سورة البقرة ، الآية: 228

[3] د/ نصر سلمان وأ / سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدي للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، 2003، ص: 08

[4]سنن أبى داود2180، سنن ابن ماجه2096، السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي: أبو بكر البيهقي15292

[5]مستدرك الحاكم2794، سنن أبي داود2179.

[6]جامع الأصول في أحاديث الرسول: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير(5795.

د- و عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنه أنه طلق زوجته و هي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم فسأل عمر ابن الخطاب رضي الله عنه رسول الله عن ذلك فقال : " امره أن فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء الله أمسك بعد و إن شاء طلق ". [1]

ثالثا من الإجماع و القياس :

أ- من الإجماع: أجمع المسلمون على أن الطلاق جائز.

ب- من القياس: إذا فسدت العشرة بين الزوجين و لم يكن في الاستطاعة دوامها يكون من العبث بقاء الزواج و امساك الزوج زوجته و هو لا يطيق معاشرتها لما في هذا من تفويت المقصود من الزواج و تضيع للمصالح المنشودة منه و التي شرع أجلها قوله تعالى: ((**وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا (130)**)) [2]

الفرع الرابع: الحكمة من مشروعية الطلاق:

الأصل في الحياة الزوجية أن يكون مبناه على المودة و الرحمة و ذلك لقوله تعالى: ((**لاوَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (21)**))

فإذا انخرت هذه المودة و الرحمة و حل محلها النشوز و الشقاق و استنفذت جميع وسائل الإصلاح الكفيلة بإرجاع المياه إلى مجاريها بين الزوجين و بقيت الوحشة مستحكمة فليس هنالك محل أحكم و أعدل من أن يفترقا[3] إذ لا يعقل أن يعيش إثنان تحت سقف واحد وهما يكنان لبعضهما كل الكره و العداوة و البغضاء وهذا و إن في تشريع الطلاق على صورته

موجودة في تشريعاتنا السمحة حكما باهرا تأتي في طليعتها الحفاظ على المرأة من تلاعبات الزوج إذ في الجاهلية كان الرجل يترك المرأة كالمعلقة أي لا مطلقة و لا متزوجة، فجاء الإسلام و حد من

[1] المرجع نفسه، ص: 08.
[2] سورة النساء الآية: 130.
[3] د/ نصر سلمان و الأستاذة سعاد سطحي، مرجع سابق، ص :09.

هذه التلاعبات فأعطي للزوج فرصتين للطلاق: قوله تعالى:﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ﴾[1].

فيكون الطلاق في هذا الحال من رحمة الله لعباده إذ تخلص المرأة من أذي زوجها و سطوته عليها و ظلمه لها، و يضاف إلى ذلك قد يكتشف الزوج من زوجته خيانة تكون سببا في تلطيخ فراش الزوجية و اختلاط الأنساب فلو لم يشرع له الطلاق فإن و إن يعيش معها مكرها مجبرا يكن لها العداوة و البغضاء و كل هذه الأمور تمجها الشريعة الإسلامية و تأباها و لذا جاء الحل الجذري متمثلا في الطلاق فما أحكمه و أعدله من تشريع[2]، هذا من جهة و من جهة أخرى قد يصاب احد الزوجين بمرض لا يستطيع معه دوام العشرة وقد يفقد مقومات جنسية و قد يكون عقيما لا يلد و قد يغيب غيبتا طويلة و لا يعرف أحي هو أم ميت و قد يحكم عليه بالسجن المؤقت أو مؤبد و قد يعسر فلا يستطيع الإنفاق. [3]

بهذا كان واجب إيجاد باب للخلاص من هذه الحياة التي أصبحت لا تحقق مقصودا منها التي لو ألزمت الزوجان للبقاء فيها على ما بينهما من بغض و كراهية أصبحت الرابطة الزوجية صورة من غير روح و قيد من غير رحمة لا تثمر ثمراتها و لا تحقق المراد منها ولا يكون بها عفاف و لا شرف و لا تعاون ولا صيانة و يكون الإبقاء عليه و سد الأبواب دون التخلص منها من أعظم الظلم و أشد انواع القسوة و عامل الزيغ و الميل إلى المحادثات البغيضة .[4]

الفرع الخامس:حكم الطلاق

اختلف آراء الفقهاء في حكم الطلاق والأصح من هذه الآراء ،رأى الذين ذهبوا إلى حظره إلا لحاجة،وهم الأحناف والحنابلة، واستدلوا بقول الرسول الله صلى الله عليه وسلم((لعن الله كل ذواق مطلاق))

ولأن في الطلاق كفراً لنعمة الله،فإن في الزواج نعمة من نعمه،وكفران النعمة حرام،فلا

[1] سورة البقرة، الآية: 229.

[2] د/ نصر سلمان الأستاذة سعاد سطحي، المرجع سابق،ص :9-10.

[3] د/ أحمد فراج حسين ، المرجع السابق، ص 18.

[4] د/ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 19.

يحل إلا لضرورة.

ومن هذه الضرورة التي تبيحه أن يرتاب الرجل في سلوك زوجته أو أن يستقر في قلبه عدم اشتهائها

فإن لم تكن هناك حاجة تدعو إلى الطلاق يكون حينئذً محض كفران نعمة الله وسوء أدب من الزوج في كون مكروهاً محظوراً.

والطلاق أيضا عند الحنابلة قد يكون واجباً وقد يكون محرماً وقد يكون مباحاً وقد يكون مندوباً إليه.

فأما الطلاق الواجب: فهو طلاق الحكمين في الشقاق بين الزوجين،إذا رأيا أن الطلاق هو الوسيلة لقطع الشقاق[1]

وكذلك طلاق المولي بعد التربص، مدة أربعة أشهر لقول الله تعالى ((**لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (226) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (227)**))[2]

وأما الطلاق المحرم: فهو الطلاق من غير حاجة إليه وإنما كان محرماً،لأنه ضرر بنفس الزوج،وضرر بزوجته

وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إلية فكان محرماً،مثل إتلاف المال،لقول الرسول صلى الله علية وسلم(لا ضرر ولا ضرار)

أما الطلاق المباح: فإنما يكون عند الحاجة إليه ،لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض منها.

أما الطلاق المندوب إليه: فإنما الطلاق الذي يكون عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها ولا يمكنه إجبارها عليها أي تكون غير عفيفة[3]

---

[1] السيد حافظ ، فقه السنة، ،ط7،دار الكتاب العربي،بيروت،1405هـ-1985م،ج2، ص241-243.

[2] سورة البقرة، الآية 226-227

[3] السيد حافظ ،فقه السنة ،المرجع السابق ،ص 243

الفرع السادس : أركان الطلاق

المطلق.

المطلقة.

الصيغة: وهي اللفظ وما في معناه .

فأما المطلق فله أربعة شروط:

الإسلام – العقل – البلوغ –الطوع ، فلا ينفذ طلاق مجنون ولا كافر اتفاقاً ولا صبي غير بالغ وقيل ينفذ طلاق المراهق وفاقاً لابن حنبل[1]

مسألة: حكم طلاق الزمن الماضي والمستقبل:

إذا قال لزوجته: أنت طالق أمس، أو قال لها:أنت طالق قبل أن أتزوجك ونوى بذلك وقوع الطلاق وقع في الحال لأنه مقر على نفسه بما هو أغلظ عي حقه،وإن لم ينوي وقوعه في الحال فلا يقع.

وإن قال الزوج لزوجته:أنت طالق اليوم إذا جاء غدٌ، فلغوٌ لا يقع به شيء.

وإن قال لزوجته:أنت طالق غداً،أو أنت طالق يوم كذا وقع الطلاق بأول هما،لأنه جعل الغد ويوم كذا ظرفاً للطلاق

فإذا وجد ما يكونه ظرفاً له طلقت،ولا يدين ولا يقبل منه في الحكم إن قال:أردت آخر هما لأنه لفظه لا يحتمله[2]

المطلب الثاني: أنواع الطلاق شرعا و قانونا

الفرع الأول: أنواع الطلاق شرعا

أ – طلاق السنة

---

[1] العالم أبي عبد الله محمد ابن أحمد بن محمد بن جزى الكلبى ، القوانين الفقهية، ط1،دار الكتاب العربي،بيروت،1404هـ–1984م د.ج،ص228–229

[2] د علي أبو الخير ، الواضح في فقه الإمام أحمد ، ط2،دار الخير بيروت،1416هـ–1996م،د.ج،ص437.

طلاق السنة أن يطلق طلقة في طهر لم يمس فيه، وإن كان في آخر ساعة منه، ولا يتبعها في ذلك طلاقاً ثم يمهلها حتى تنقضي العدة برؤية أول دم الحيضة الثالثة، ويُكره أن يطلقها في طهر قد جامع فيه، فإن فعل لزمه، وتعتد بذلك الطهر، وإن لم يبق منه إلا يوم، ولا يؤمر برجعتها

ويكره أن يطلقها ثلاثاً في مجلس واحد أو في كل طهر طلقة، فإن فعل لزمه.
قال ابن مسعود رضي الله عنه: إن أراد أن يطلقها ثلاثاً فليطلقها في كل طهر طلقة[1].

ولطلاق السنة ستة شروط:
أحدها: أن تكون المطلقة ممن تحيض مثلها.
والثاني:أن تكون طاهراً غير حائض ولا نفساء

والثالث: أن تكون في طهر لم تمس فيه.
والرابع: أن يكون الطهر تالياً لحيض لم تطلق فيه.
والخامس: أن يطلق واحدة.
والسادس: أن تترك ولا يتبعها طلاقاً ومتى انخرم بعض هذه الأوصاف خرج الطلاق عن السنة ثم قد يكون للبدعة وهو أن يكون في حيض أو طهر مس فيه ثم طلق أو اثنتين أو ثلاثاً أو واحدة مبتدئة ثم يتبع بتمام الثلاث فكل ذلك البدعة[2]

ب- الطلاق الرجعي:

الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته بعقد جديد و لا يثبت إلا على المدخول بها وفيما دون الثلاث و أثناء فترت العدة، لقوله تعالى ((**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**)) [3]

[1] رواه ابن أبي شيبة في المصنف (58/4)

[2] أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي ، التلقين في الفقة المالكي ،تحقيق ابي أويس محمد بوخبزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمية،ط 1 ، 1425هـ-2004م،ج 2،ص125

[3] سورة البقرة ، جزء من الأية 231

فالأصل في الطلاق أن يكون رجعيا و لو قصد به البينونة فهو وضع شرعي لا يتأثر بالنية سواء تم هذا الطلاق باللفظ الصريح أو الكنائي خلافا للحنفية الذين ذهبوا إلى أنه إذا وقف بلفظ كنائي مع نية البينونة فيكون بائنا. [1]

ج- الطلاق البائن:

الطلاق البائن هو الطلاق الذي لا يمكن فيه الزوج مراجعة الزوجة إلا بموافقتها ((عقد جديد)) و هو الذي يحدث بعد انقضاء عدتها (من الناحية الشرعية) و بعد صدور حكم الطلاق (من الناحية القانونية) و هذا ما أشارت إليه المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري .

أما إذا طلق الزوج زوجته ثلاثا ففي هذه الحالة لا يكفي العقد عليها و انما لابد أن تنكح زوجا غيره فإذا طلقها أو توفي عنها فعند إذ يحل لها الزواج به.

ذلك أن الزوج يملك طلقتين فقط فإذا طلق الزوج زوجته للمرة الثالثة تحرم عليه و ينقلب الطلاق في هذه الحالة إلى طلاق بائن بينونة كبرى و تصبح المرأة في حكم المبتوتة و عليه ينقسم الطلاق البائن إلى: طلاق بائن بينونة صغرى و طلاق بائن بينونة كبرى.

1- الطلاق البائن بينونة صغرى : و هو الذي لا يستطيع فيه الرجل أن يعيد مطلته إلى عصمته إلا بعقد جديد و بموافقتها و حالاته هي:

أ- الطلاق غير المدخول به: لقول تعالى: ((**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**)) [2] فعلق الرجعة على الأجل فدل على أنه لا تجوز من غير حل و المطلقة قبل الدخول لا عدة لها لقوله تعالى((**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا (49)**)) [3]

[1] د/ نصر سلمان الأستاذة سعاد سطحي، مرجع سابق، ص: 82.

[2] سورة البقرة، الآية 231.

[3] سورة الأحزاب، الآية 49.

ب- فدل على ذلك على أن الطلاق غير المدخول بها يكون بائنا[1]

ب) و هو معاوضة المال بالنفس و قد ملك الزوج أحد العوضين و هو ماله و تملك هي العوض الآخر و هو نفسها و لا تملك ذلك إلا إذا كان الطلاق بائنا.

ج) بعد انتهاء العدة الشرعية: إذا كان الطلاق رجعيا و لم يراجع الزوج زوجته حتى انتهت عدتها يصبح الطلاق بائنا و لا يملك مراجعتها لقوله تعالى: ((**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ**))[2].

د) إذا كان الفراق عن طريق الفسخ فكل فسخ يعتبر بائنا كالفسخ للردة أو الرضاع

ه) طلاق القاضي: هناك حالات يعتبر فيها الطلاق القاضي بائنا و هي :

1- إذا كان موصوفا بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف عطف كقوله: أنتي طالق

بائن أو أنتي طالق حرام ... و نحو ذلك

2- و إذا قال: " أنتي طالق تطليق طويلة أو عريضة " لأن الطول و العرض يقتضيان القوة و القوي هو البائن.

3- إذا قال:" أنتي طالق أشد الطلاق"

4- لو شبه الطلاق بالجبل في العظم مثل: " أنتي طالق طلقة كعظيم الجبل"

5- أن يكون الطلاق بلفظ الكناية مع نية الطلاق مثل: أنتي حرة" الحقي بأهلك" " فارقتك" فهذه الألفاظ يكون الطلاق بائنا .[3]

[1] د/ نصر سلمان و أ / سعاد سطحي، المرجع سابق، ص : 83.

[2] سورة البقرة، الآية، 234.

[3] د/نصر سلمان و أ/سعاد سطحي، مرجع سابق، ص: 83.

2- الطلاق البائن بينونة كبرى: هو الطلاق الذي لا يستطيع فيه الرجل أن يعيد مطلقته على عصمته و لما روته السيدة عائشة رضي الله عنها أن رفاعة الفرضي طلق زوجته ثلاثا فتزوجها عبد الرحمان ابن زبير فأتت لرسول الله صلى الله عليه و سلم و قالت:" إن رفاعة طلقني و بت طالقة فتزوجني عبد الرحمان ابن زبير و لم يكن معه كهدية الثوب" و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: ((أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ حتى تذوقي عسيلته و يذوق عسيلتك))[1]

الطلاق الرجعي و البائن في قانون الأسرة الجزائري:

تطرق قانون الأسرة الجزائر إلى هذه المسألة بصورة مختصرة في مادتين: 50 و 51 من قانون الأسرة الجزائري و ذلك على النحو الآتي: المادة 50: " ما راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد" .

المادة 51: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلى بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء " [2]

الفرع الثاني: أنواع الطلاق قانونا

أولا: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

تعرفه: عرفت الآراء الفقهية الطلاق لغة على أنه: رفع القيد و حل الرباط و عرف أيضا لا مأخوذ من الإطلاق و معناه الإرسال كأن يقال أطلقت الأسير حللت قيده و تركته حرا فرفع القيد في اصطلاح يكون بلفظ خاص فيفيد ذلك صراحة أو كتابة أو إشارة الهدف منه رفع أحكام الزواج و إيقاف استمراريته معنى ذلك أن رفع القيد في الأنكحة الفاسدة لا يسمى عند الفقهاء طلاق و انما يسمى فسخا، و تعريف الطلاق متلخص أيضا في حل الزواج و إنهاء العلاقة الزوجية، و المشرع الجزائري كان مذبذبا بين التطرق إلى التعريف و غض النظر عنها ففي الوقت الذي ألف

[1] المرجع نفسه، ص: 84.

[2] قانون الأسرة، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية 2005، الطبعة الرابعة.

ترك التعاريف القانونية للغوص فيها لم يجسد ذلك في المادة 48 من القانون رقم 84 /11 إذ نص مرجعية على أن : " الطلاق حل عقد الزواج"

ثانيا : التطليق كصورة ثانية من صور فك الرابطة الزوجية:

الثابت في الشريعة الإسلامية أن الإرادة المنفردة في إحداث الطلاق مخولة للزوج وحده دون الزوجة فذلك لإعتارات عديدة : و المبدأ العام المستمد أساسه من العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوجة بما و يتفق و أحكام ديننا الحنيف ووجه السبيل آخر لفك الرابطة الزوجية عن طريق القاضي حينما ترغب الزوجة في الإنفصال و هو ما عرف بالتطليق .[1]

و أوردت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري التطليق في حالات 7 إذا نصت على ما يلي: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: [2]

1- عدم الاتفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالميا بإعساره وقت الزواج مع مراعات المواد 78، 79، 80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

3- الهجرة في المضجع فوق أربعة أشهر

4- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة

5- الغيبة بعد مضي سنة بلا غدر و لا نفقة

6- كل ضرر معتبر شرعا

7- ارتكاب فاحشة .

الحالات السبع مستمدة أساس من آراء فقهاء و رغم أن المشرع حاول التدقيق على سبيل الحصر إلا أن الوضوح لم يشمل جميع الحالات على الشكل الذي ذكرناه للتفصيل، غير أن الملفت للإنتباه

[1] د/باديس ديابي، صورة فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص : 07-13-14.

[2] د/ باديس ديابي، المرجع السابق، ص: 54،55.

و بعد التعديل أقر لموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري لوحظ على المشرع الجزائري أكثر ليونة في ما يتعلق في هذه الصورة أعطي فرصا عديدة للزوجة في حالة مطالبتها بالتطليق إذ زاد عدد الحالة المستوجبة للتطليق و وصلت إلى 10 حالات حيث حددت المادة 53، ق إ على النحو التالي:

يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب المذكرة أعلاه .[1]

ثالثا: الخلع كصورة ثالثة من صور فك الرابطة الزوجية .

يعرف **الخلع** فتح الخاء لغة لأن التراع و الإزالة فيقال خلع فلان ثوبه و بضم الخاء طلاق المرأة مقابل عوض تلتزم به المرأة، و في الاصطلاح الفقهاء هو الإتفاق الذي يتم بين الزوج و الزوجة على الفرقة مقابل مال تدفعه الزوجة. [2]

غير أن القانون أضاف صورة رابعة و نص عليها في المادة 48 من ق، أ و هي الطلاق بالتراضي، في ما معناه و ما الفائدة من ابتداع هذه الصورة وما مدى اختلافها من حيث الآثار المنجزة عليها؟

رابعا: الطلاق بالتراضي.

مفهوم الطلاق بالتراضي: يقصد من هذه الصورة أن كل من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أنها أصبحت ضربا من المحال لأي سبب أو ظرف من الظروف تجعل من أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار على هذه العلاقة فتكون بذلك إرادة الطرفين محددة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق فمنذ الوهلة الأولى يتبين أن هناك اختلافا بسطا من حيث المفهوم بين هذه الصورة و الصور المتمثلة في الطلاق بالإرادة المنفردة و الاختلاف يكمن أساسا في موافقة الزوجة عن الانفصال وودية إحداث الأمر عكس ما نلاحظه في الصورة الأولى إذا عادة ما يلجأ الزوج للطلاق في ظل الرفض الزوجة للانفصال غير أن هذه التفرقة لا تغير في المسألة شيئا و ليس ضروريا أن تكون صورة تتضمن طلاقا للتراضي طالما أن العصمة الزوجية أعطت للزوج و

[1] د/ باديس دياببي، المرجع نفسه، ص: 55

[2] محاضرات في قانون الأسرة، د/ محمد صبحي نجم، ص: 16.

إرادته لوحدها كافية لإحداث الأثر القانوني دون الرجوع إلى موافقة الزوج من عدمها فإرادة الزوجة في الطلاق ليست محل إعتبار و توافرها من لا يتغير من موقف الشكل. [1]

المطلب الثالث:شـــــــــروط الطـــــــــــــــلاق

الفرع الأول : شروط من يقع منه الطلاق (المطلق):

يثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح و أما إذا كان الزواج فاسدا فالطلاق لا يلحقه , فلو أن رجلا تزوج امرأة ولا يعلم أنها أخته رضاعا مثلا ثم تبين له ذلك فأوقع عليها

الطلاق فلا يقع طلاقه على زوجته وإنما يقع سبيله الفسخ لأن الطلاق لا يقع إلا إذا كان زواجا صحيحا[2]

وان يكون المطلق هو الزوج أو نائبه من حاكم أو وكيل , والوكيل يشمل الزوجة إذا جعل الزوج الطلاق بيدها، وإن كان الزوج صغيرا ،أو مجنونا فليس لولي أمره أن يوقع الطلاق نيابة عنه من غير عوض يأخذه من الزوجة لأن الولي لا يتصرف إلا بمقتضى المصلحة لمحجوزه، والمحجوز لا مصلحة له في الطلاق من غير تعويض، وعليه فلا يصح طلاق الزوج و لا يلزم إلا إذا تحققت فيه الشروط التالية[3]

1-**الاسلام** : فلا يعتد بطلاق الكافر سواء كانت زوجته كافرة أو مسلمة فلو أسلمت زوجة النصراني و طلقها ولو ثلاثا ثم أسلم قبل خروجها من العدة فيجوز له البقاء معها على النكاح الأول ولا يعتد بطلاقه لأن خطاب آيات الطلاق في القرآن كله موجه إلى المؤمنين، **قال الله تعالى:** ﴿ **يا أيـــــها الذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلّقتُمُوهُنّ** ﴾[4]

---

[1] د/باديس ديابي، نفس المرجع السابق، ص: 24.

[2] د.أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية : بحث مقارن الطبعة الأولى دار المعارف للطباعة و النشر 1387 الموافق لـــــ : 1967 مصر،ص 84 .

[3] بتصرف ، مذكرة تخرج ، ازدواجية الطلاق وأثره في احتساب العدة في قانون الأسرة الجزائري ، اعداد بركات رابح ،كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ، جامعة خميس مليانة ، ص 19 – 20

[4] سورة الأحزاب الآية 49

2- **البلوغ** : فلا يعتد بطلاق الصبي ، لأن الطلاق تكليف والصبي غير مكلف .

3- **العقل** : فلا يعتد بطلاق المجنون وقت ذهاب عقله [4].

الفرع الثاني : شروط من يقع عليها الطلاق (المطلقة):

1- المرأة التي تكون محلا للطلاق :

المرأة تطلق إذا كانت الزوجية قائمة بينها وبين زوجها حقيقة أو حكما لقوله تعالى :(**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا (49)**).[1]

فالآية الكريمة تنص على أن الطلاق جاء بعد النكاح **بقوله تعالى: (إِذَا نَكَحْتُمُ)** النكاح حقيقة في الوطء وتسمية العقد لملابسته له من حيث أنه طريق إليه ولم يرد لفظ النكاح في كتاب الله إلا في معنى العقد لأنه في معنى الوطء، ومن آداب القرآن الكناية عنه بلفظ الملامسة والممارسة والقربان والتغشي والإتيان.

واستدل بعض العلماء **بقوله تعالى: (ثم طلقتموهن)** وبمهلة **(ثم)** على أن الطلاق لا يكون إلا بعد النكاح، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: **(لاطلاق قبل نكاح)** ومعناه أن الطلاق لا يقع حتى يحصل النكاح[2].

وإيقاع الطلاق على الزوجة حالتان:

- **أن تكون الزوجة غير مدخولا بها** : فلا تكون محلا للطلاق الثاني لأنها ليست زوجته ولا معدته فبمجرد قوله لها أنت طالق بانت منه .

4، ازدواجية الطلاق وأثره في احتساب العدة في قانون الأسرة الجزائري ، نفس المرجع ، ص 22-25

[1] سورة الأحزاب، الآية 49

[2] د.التواتي بن التواتي ،المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، كتاب الأحوال الشخصية، المجلد الرابع ،الطبعة الأولى،2009 دار الوعي للنشر و التوزيع الجزائر،ص503 -504.

- **أن تكون مدخولا بها:** فتكون محلا للطلاق الثاني والثالث لأن عليها العدة عقب الطلاق .

أ- إذا كانت معتدة من فرقة هي طلاق :

01- إن كانت معتدة من طلاق رجعي : فإنها تكون محلا للطلاق .

02-إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق بائن ببينونة صغرى (الخلع): واختلف الفقهاء فيمن قد إيقاع الخلع على غير عوض فقال عبد الوهاب : هو خلع عند مالك، وكان الطلاق بائنا وقيل عنه :لا يكون بائنا إلا بوجود العوض، قال أشهب والشافعي لأنه طلاق عري عن عوض واستفتاء عدد فكان رجعيا كما لو كان بلفظ طلاق .

2- المرأة التي لا تكون محلا للطلاق :

أ- إذا كانت معتدة من فسخ الزواج بسبب ظهور أن العقد غير صحيح أو طروء حرمة المصاهرة و قد تكون الفرقة بغير طلاق قبل الدخول بالمرأة و قبل الخلوة بها فكل فرقة حصلت بغير طلاق قبل الدخول وقبل الخلوة تسقط جميع المهر سواء كانت من قبل الزوجة أو الزوج قبل الزواج و إنما كان كذلك لأن كل فرقة بغير طلاق تكون فسخا للعقد وفسخ العقد قبل الدخول يوجب سقوط كل المهر لأن فسخ العقد رفعة من الأصل و جعله كأن لم يكن.

ب-إذا كانت معتدة من طلاق بائن ببينونة كبرى فلا يقع الطلاق على امرأة ليست للمطلق أو بانت منه بالطلاق الثلاث.[1]

ج- المرأة الأجنبية : فإذا قال رجل لإمرأة ليست زوجته أنت طالق كان لغوا أما إذا علق طلاقها على تزوجها فقد اختلف الفقهاء في ذل

موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة:

[1] د.أبو جابر الجزائري ، منهاج مسلم، كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات ، بدون طبعة ،دار الشروق للنشر و التوزيع ،ديوان المطبوعات الجامعية،بدون سنة نشر، الجزائر ، ص 568 .

لم يورد المشرّع الجزائري أي نص يتعلق بمحل الطلاق مما يوجب على القاضي الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية ، (المادة 222 ق.أ)[1].

ج/ القصد:

يشترط بالأتفاق القصد في الطلاق: وهو إرادة التلفظ به ، ولو لم ينوه ، فلا يقع طلاق فقيه يكرره ، ولا طلاق حاك عن نفسه أو غيره ، لأنه لم يقصد معناه ، بل قصد التعليم والحكاية، ولا طلاق أعجمي لقن لفظ الطلاق، بلا فهم منه لمعناه ، ولا يقع طـــلاق مر بلسان نائم أو من زال عقله بسبب لم يعص به.

وكذلك لا يقع طلاق المخطئ أو من سبق لسانه، وهو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق، فزل لسانه، ونطق بالطلاق من غير قصد أصلا، بأن أراد أن يقول :طاهر أو طالبة، فقال خطأ أنت طالق.

بخلاف طلاق الهازل فإنه واقع لأنه قاصد للتلفظ بلفظ الطلاق حتى و إن لم يرد معناه .[2]

الفرع الثالث : صيغة الطلاق

1- ما يقع به الطلاق وما لا يقع

لا يقع الطلاق إلا بصريح أو كناية مع النية فإن نوى الطلاق من غير صريح ولا كناية لم يقع الطلاق لأن التحريم في الشرع علق على الطلاق ونية الطلاق ليست بطلاق ولأن إيقاع الطلاق بالنية لا يثبت إلا بأصل أو بالقياس على ما ثبت بأصل وليس ههنا أصل ولا قياس على ما ثبت بأصل فلم يثبت.

فصل: والصريح ثلاثة ألفاظ: الطلاق والفراق والسراح لأن الطلاق ثبت له عرف الشرع واللغة والسراح والفراق ثبت لهما عرف الشرع فإنهما ورد بهما القرآن فإذا قال لامرأته أنت طالق أو طلقتك أو أنت مطلقة أو سرحتك أو أنت مسرحة أو فارقتك أو أنت مفارقة وقع الطلاق من غير نية فإن خاطبها بأحد هذه الألفاظ ثم قال أردت غيرها فسبق لساني إليها لم يقبل لأنه يدعي خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما

[1] د.بلحاج العربي ، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، مرجع سابق ، ص 248 .

3 د.عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، مرجع سابق، ص 221 .[2]

يدعيه وإن قال أنت طالق وقال أردت طلاقاً من وثاق أو قال سرحتك وقال أردت تسريحا من اليد أو قال فارقتك وقال أردت فراقاً بالجسم لم يقبل في الحكم لأنه يدعي خلاف ما يقتضيه اللفظ في العرف ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه فإن علمت المرأة صدقه فيما دين فيه الزوج جاز لها أن تقيم معه وإن رآهما الحاكم على الاجتماع ففيه وجهان: أحدهما: يفرق بينهما بحكم الظاهر لقوله صلى الله عليه وسلم: "أحكم بالظاهر والله عز وجل يتولى السرائر". والثاني: لا يفرق بينهما لأنهما على اجتماع يجوز إباحته في الشرع وإن قال أنت طالق من وثاق أو سرحتك من اليد أو فارقتك بجسمي لم تطلق لأنه اتصل بالكلام ما يصرف اللفظ عن حقيقته ولهذا إذ قال لفلان علي عشرة إلا خمسة لم يلزمه عشرة وإذا قال: لا إله إلا الله لم يجعل كافرا بابتداء كلامه وإن قال: أنت طالق ثم قال قلته هازلاً وقع الطلاق ولم يدن لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة[1]

2-الألفاظُ التي يقعُ بها الطَّلاقُ صريحٌ وكِنايةٌ.

فالصَّريحُ: يقعُ بهِ سواءٌ نوى بهِ الطلاقَ أم لا، ولا يقعُ بالكِناية إلا أنْ يَنْوي به الطَّلاقَ، فالصريحُ لَفْظُ الطَّلاقِ والفِراقِ والسَّراحِ، فإذا قالَ: طلَّقْتُكِ، أو فارَقْتُكِ، أو سرَّحتُكِ، أو أنتِ طالقٌ، أو مُطلَّقةٌ، أو مُفارقَةٌ، أو مُسرَّحةٌ، طُلِّقَتْ، سواءٌ نوى بهِ الطَّلاقَ أمْ لا

والكنايةُ قولُهُ: أنتِ خَلِيَّةٌ، أو بريَّةٌ، أو بَتَّةٌ، أو بائنُ، وحرامٌ، واعْتَدِّي، واستَبْرِئي، وتقَنَّعي، والحقي بأهلكِ، وحبْلُكِ على غارِبِك، ونحو ذلكَ. أو قالَ: أنا مِنْكِ طالقٌ، أو فوَّضَ الطَّلاق إليها فقالت: أنتَ طالقٌ، أو قيل لهُ: أَلَكَ زوجةٌ؟ فقالَ: لا، أو كتبَ لفظَ الطَّلاقِ، فإذا نوى بجميعِ ذلكَ الطَّلاقُ وقعَ، وإن لمْ يَنْوِ لمْ يقعْ.

وإنْ قيلَ لهُ: طلَّقْتَ امرَأتكَ؟ فقال: نعم. طُلِّقتْ، وإذا قال: أنتِ طالقٌ، ونوى بهِ إيقاعُ طَلْقتيْنِ أو ثلاثاً وقعَ ما نوى، وكذا سائرُ ألْفاظِ الطَّلاقِ صريحِها وكِنايتها[2].

---

[1] أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المهذب في فقة الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية،د ط ،ج3 ،ص9

[2] أحمد بن لؤلؤ بن عبد الله الرومي، أبو العباس، شهاب الدين ابن النَّقِيب الشافعي ' عمدة السالِك وَعدة النَّاسِك، الشؤون الدينية، قطر،ط1 ، 1982 م، ص216

وإنْ أضافَ الطَّلاقَ إلى بعضٍ من أبْعاضِها مثل أن قال: نِصْفكِ طالقٌ، طُلِّقتْ طلقةً واحدةً، وكذا إذا قال: أنتِ طالقٌ نصفُ طلقةٍ أو رُبُع طلقةٍ، طُلِّقَتْ طَلْقةً.

وإذا قال: أنت طالِقٌ ثلاثاً إلا طلقة، طُلِّقتْ طلقتينِ. أو ثلاثاً إلا طلقتينِ، طُلِّقتْ طلقةٍ، أو ثلاثاً إلا ثلاثاً طُلِّقتْ ثلاثاً.

وإنْ قال: أنتِ طالقٌ إنْ شاءَ اللهُ، أو إنْ لمْ يشأ اللهُ، وكذا إلا أنْ يشاءَ اللهُ، لم تطلق.

ويجوزُ تعليقُ الطَّلاقِ على شرطٍ، وإن علَّقهُ على شرطٍ ووُجدَ ذلكَ الشَّرْطُ طُلِّقتْ، فإذا قالَ لزوجتهِ: إنْ حضْتِ فأنتِ طالقٌ، طُلِّقتْ بمُجرَّدِ رؤيةِ الدَّمِ، فإذا قالتْ: حِضْتُ، فكذَّبها، فالقولُ قولها معَ يَمينِها، وإن قال: إن حِضْتِ فضرَّتُكِ طالقٌ، فقالتْ: حضْتُ، فكذبها، فالقول قولُهُ ولمْ تُطلَّقِ الضرَّةُ.

وإن قال: إن خرجتِ إلا بإذني فأنتِ طالقٌ، ثمَّ أَذِنَ لها في الخروجِ مرَّةً فخرجتْ، ثمَّ خرجتْ بعد ذلكَ بلا إذنٍ لمْ تطلق، وإن قال: كلَّما خرجتِ إلا بإذني فأنتِ طالقٌ، فبأيِّ مرَّةٍ خرجتْ بغيرِ إذنِهِ طُلِّقتْ.

وإنْ قال: متى وقعَ عليكِ طلاقي فأنتِ طالقٌ قبْلهُ ثلاثاً، ثمَّ قال بعدَ ذلكَ: أنتِ طالقٌ، طُلِّقتِ المُنَجَّزَ فقط.

ومن علَّقَ بفِعلِ نفسهِ ففعلَ ناسياً أو مُكرهاً لمْ يقعْ، وإن علَّقَ بفِعْلِ غيرِهِ مِثلُ: إنْ دخَل زيدٌ الدَّار فأنتِ طالقٌ، فدخلها قبلَ علمِه بالتَّعليق، أو بعدهُ ذاكراً لهُ أو ناسياً وكانَ غيرَ مُبالٍ بحِنثِهِ طُلِّقتْ، وإنْ علمَ بالتَّعليقِ فدخلَ ناسياً وهو ممَّنْ يُبال بحِنْثِهِ لمْ تُطلَّقْ، وإن قال: إن دخلتِ الدَّار فأنتِ طالقٌ، ثمَّ بانتْ منهُ إما بطلقةٍ أو بثلاثٍ، ثمَّ تزوَّجها، ثمَّ دخلتِ الدَّار لمْ تُطلَّقْ[1]

[1] المهذب في فقة الإمام الشافعي ،المرجع السابق ، ص217

المبحث الثاني: آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الحكم بالتطليق كغيره من الأحكام القضائية، تترتب عليه آثار قانونية معينة في قانون الأسرة الجزائري، سواء بالنسبة للمطلقة أو بالنسبة للأبناء و لذا سنتطرق لدراسة هذه الآثار ضمن قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: العدة

الفرع الأول: تعريف العدة لغة و اصطلاحا

أولا: العدة لغة : عدة، إحصاء من باب الرد، و الاسم (عدد) و العديد و يقال عددت الشيء عدة أي أحصيته إحصاءا، و عدة ما تعده من الأيام إقراءها، و يقال اعتدت المرأة و انقضت عدتها[1]، و عليه يحمل قوله تعالى: ((**وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ**)) . [2]

ثانيا : العدة اصطلاحا: عرفت بتعاريف كثيرة منها :

العدة هي تربص المرأة مدة يعرف فيها برائة رحمها بإقراء أو أشهر أو وضع الحمل. [3]

و تعرف أيضا: على أنها الأجل الذي أوجبه الشرع و القانون على الزوجة التي انحل عقد زواجها بالطلاق، الفسخ، التطليق، الخلع أو بوفات زوجها، لإنقضاء ما بقي من آثار الزواج، و أن تتربص و لا تتزوج إلا بعد انتهاء الأجل محدد شرعا أو قانونا [4].

الفرع الثاني أنواع العدد:

أولا: عدة المطلقة بالنسبة للمدخول بها هي ثلاث قروء أي، ثلاثة حيضات أو ثلاثة طهور من ثلاثة حيضات[5]، مصداقا لقوله تعالى:((**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ (228)**))[6]

---

[1] محمد الرازي، المرجع السابق، ص : 175.

[2] سورة الطلاق، الآية: 01.

[3] إبراهيم البيجوري، حاشية البيجوري، د ط ، مصر 1285 هـ، ج 2، ص : 180-181

[4] الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 285-289.

[5] عبد العزيز سعد، المرج السابق، ص : 286.

[6] سورة البقرة، الآية: 228.

و هذا ما ورد في المادة 58 ق أ ج) التي تنص على أنه" تعتد المطلب المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، و اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق.

ثانيا: أما إذا كانت المطلقة غير مدخول بها، فإنه لا تجب عليها العدة مطلقا، إذا لم تكن هناك خلوة صحيحة إثر عقد صحيح [1]

و تكمن عدة الحمل بوضع حملها مصداقا لقول تعالى: ((**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا (4)**))[2]

المطلب الثاني: الحضانة

الفرع الأول : التعريف بالحضانة فقها و فق الشريعة الاسلامية

1الحضانة معناها : مأخوذ من الحضن و هو ما دون الإبط ألي الكشح مثال : حضن الطائر بيضته اذا ضمه ألي نفسه تحت جناحيه كذلك المرآة اذا حضنت ولدها اذا عرفها الفقهاء بانها عبارة عن القيام بحفظ الصغير او الصغيرة او المعتوه الذي لايميز و لا يستغل بأمره و تعهده بها يصلحه ووقايته مما يؤذيه و ذلك بتربيته جسميا و نفسيا و عقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة و تحمل مسؤولياتها

ذلك ان الحضانة تعتبر واجبة لان الاهمال فيها يعرض الصبي للهلاك و الضياع بالإضافة ألي انها حق للصغير كونه بحاجة من يرعاه و يحفظه و يقوم على شؤونه و يتولى تربيته و للام الحق في الحضانة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أنت أحق به "اذا كانت الاولوية للنساء و هذا نظرا للآثار الصحيحة التي أوردت بان النساء أحق بالحضانة اذ يرون ان امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم و قالت يارسول الله هذا ابني : كان في بطني له وعاء و حجري له حواد ، و ثدي له سقاد ، و ان اباه طلقني ، و اراد ان ينزعه مني فقال رسول الله /ص/ انت احق به مالم تتزوجي

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 289.

[2] سورة الطلاق، الآية: 04.

و يرون ان عمر ابن الخطاب كان قد طلق امراته من الانصار بعد ان اعقب منها ولد عاصما فرأه في الطريق و اخذه فذهبت جنته ام امه وراءه و تنازعا بين يدي ابوبكر الصديق فاعطاها اياه و قال لعمر الفاروق " ريحها و مسحها و ريقها خيرله من الشهد عندك "

بالاضافة ان الحضانة تتطلب اليقضة و الانتباه و الصبر و الخلق الجم ، حتى انه يكره للإنسان ان يدعو على ولد اثناء تربيته لقوله /ص/ " لا تدعوا على انفسكم و لا تدعوا على أولادكم و لا تدعوا على خدمكم و لا تدعوا على أموالكم ،لا توفقوا من الله ساعة يسأل فيها عطا،فيستجيب له"[1]

تعتبر الحضانة من أهم الآثار التي تترتب عن الطلاق بصفة عامة بالنسبة للأبناء و تعرف الحضانة لغة بأنها مصدر حضن، و يقال حضن الطائر بيضه أي ضمه إلى جناحه. [2]

2- إصطلاحا : فإنها تعرف على أنها رعاية الولد و تعليمه و تربيته و السهر على حمايته و حفظه خلق و صحة، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري من المادة 62 من ق. أ.ج .[3]

و يلاحظ أن المشرع عرف الحضانة إنطلاقا من أهدافه، التي تعتر من قبيل الواجبات التي تقع على الحاضن لكن هذا لا يعنى أن الحضانة هي حق خاص للطفل، فكما تعتبر واجب على عاتق الحاضنة فإنها تعتبر حق لها أيضا. [4]

و حماية لمصلحة المحضون، لابد من توافر الشروط المعينة في الحاضنة رغم أن المشرع لم يبينها بوضوح مكتفيا فقط بالنص من الفقرة الثانية من المادة 62 من ق. أ . ج، على أن يكون الحاضن أهلا لتولي الحضانة تاركا الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.

---

[1] السيد سابق – فقه السنة . دار الكتاب العربي بيروت،ط الخامسة 1403 1983 م، المجلد الثاني،ص 121

[2] المنجد الأبجدي، دار المشرق لبنان، 1968م، ط 1، ص: 370.

[3] تنص المادة 62 من ق.أ. ج على أنه: "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا"

[4] سلامي دليلة، حماية الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص : 35.

و الأهلية المقصودة في نص المادة، هي القدرة على القيام بمصالح المحضون و العناية الخاصة بتربيته و اعداده اعدادا سليما حتى يكون عضوا نافعا في المجتمع. [1]

و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن هناك شروط عامة يشترك فيها الرجال و النساء و شروط أخرى تتعلق بالرجال و أخرى تتعلق بالنساء

3- الشروط العامة في الرجال و النساء في حضانة الطفل:

و هي:

أولا: البلوغ و العقل: و معناه أن يكون الحاضن بالغا سن الرشد 19 سنة دون أن يكون محجورا عليه.

ثانيا: القدرة : أي الإستطاعة على تربية المحضون و رعايته و الإعتناء بشؤونه و السهر على سلامته الجسدية و الخلقية.

ثالثا: الأمانة: أن يكون أمينا في خلقه و سلوكه مع المحضون. [2]

الفرع الثاني : شروط استحقاق حضانة الطفل

شروط الحضانة و تفصيل المذاهب فيها

أ-الحنفية : اتفق الأحناف أنه يشترط في الحضانة عدة أمور منها[3]

1- ان لا ترتد الحاضنة فإن ارتدت سقط حقها في الحضانة فإن تابت رجع لها حقها

2- أن لا تكون فاسقة غير مأمونة عليه ، فغن ثبت فجورهـــا بفســـق أو بسرقة ، أو كانت محترفة حرفة دنيئة كالرقص فإن حقها يسقط

[1] المرجع نفسه، ص : 37.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار الهومة، الجزائر، 1996، ط 3، ص: 269.

[3] عبد الرحمان الحزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ،مجلد رابع ، دار الكتب العلمية بيروت 1420 1999م، ص59

3- أن لا تتزوج غير أبيه (والد الصغير) فإن تزوجت سقط حقها ، إلا أن يكون زوجها رحما للصغير ، كأن يكون عمًا له ، فإن تزوجت أجنبيا سقط حقها فإن طلقها الزوج الثاني عاد لها حقها في الحضانة .

4- أن لا تترك الصبي بدون مراقبة ، خاصة إذا كانت أنثى تحتاج الى الرعاية ، فإن كانت أمها من النساء اللاتي يخرجن طوال الوقت و تهمل في تربية صغيرتها ، فإن حقها يسقط بذلك .

5- أن لا يكون الاب معسرا و امتنعت الام عن حضان الصغير إلا بأر ، و قالت أنا أربيه بغير أجرة فإن لها ذلك و يسقط حق أمه في الحضانة

6- أن لا تكون أمه ، فإنه لا حضانة لها و لا يشترط الاسلام فالذميته لها حق حضانة و ليدها .

7- أجمع فقهاء الاحناف على ضرورة العقل في الحضانة

ب - **الحنابلة** :

كانت شروط الحنابلة كما يلي:

1- أن يكون الحاضن عاقلا ، فلا حضانة لمجنون

2- أن لا يكون رقيقا ، وجوب حريته

3- أن لا يكون عاجزا ، كالأعمى ، لعدم حصول المقصود به و مثل الأعمى ضعيف البصر

4- أن لا يكون أبرص ، أجزم ، و إلا سقط حقه في الحضانة

5- أن لا تكون الحاضنة متزوجة من أجنبي عن الطفل فإن كان غير أجنبي كجده و قريبه فإن لها الحضانة [1].

ج- **المالكية**:

[1] كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ،المرجع السابق ،ص60

اتفق المالكية على الشروط التالية و هي :

1- العقل ، فلا حضانة لمجنون ، و لو يفيق بعض الأحيان و لا لمن به حقه عقل و طيش

2- القدرة على القيام بشأن المحضون ، فلا حضانة للعاجز كإمرأة بلغت سن الشيخوخة ، أو رجلا هرما ، ألا أن يكون عندها ما يمكنه القيام بالحضانة تحت إشرافهما ، الأعمى و الأصم و الاخرس و المريض و المقعد.

د- **الشافعية :**

اتفق الشافعية على عدة شروط منها [1]

1- أن يكون الحاضن عاقلا فلا حضانة للمجنون ، إلا إذا كان جنونه قليلا نادرا ، كيوم واحد في السنة كلها

2- الحرية والإسلام والعفة والأمانة

3- أن تكون الحاضنة أم الصغير متزوجة بغير محرم فإن تزوجت بمحرم كعمه فلا تسقط حضانته

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالنساء لاستحقاق الحضانة

أ- ترتيب الحواضن من النساء حسب المذاهب :

1/الحنفية : الأم ، ثم أم الأم ، ثم أم الأب ، ثم الأخوات ، ثم الخالات ، ثم بنات الأخت ، ثم بنات الاخ ، ثم العمات ، ثم العمات بترتيب الميراث

2/المالكية : الام ، ثم الجدة لأم ، ثم الخالة ، ثم الجدة لأب ، و ان علت ثم الاخت ، ثم العمة ، ثم ابنة الاخ ، ثم الوصي ، ثم للافضل من العصبة.

[1] أبو مبشر الطرازي الحسني، المرأة و حقوقها في الإسلام ، دار الكتب العلمية بيروت،ط4 ،ص234

3/الشافعية : الام ، ثم ام الام ، ثم ام الاب ، ثم الاخوات ، ثم الخالات ، ثم بنات الاخ و بنات الاخت ، ثم العمات ، ثم لكل ذي محرم ، و ارث من العصبات على ترتيـــب الارث فهم كالحنفية .

4/الحنابلة : الأم ,ثم ام لأم , ثم ام الأب , ثم الجد , ثم أمهاته , ثم ابنة الابوين ، ثم الام ، ثم خالة الأبوين ، ثم الام ، ثم الاب ، ثمة العمة ، ثم الخالة ، ثم خالة الاب ، ثم عمتـــه ، ثم بنت الاخ ، ثم بنت عم الاب ، ثم باقي العصبة الأقرب فالأقرب

و ان لم توجد من النساء المحارم من تصلح للحضانة او وجدت و لم تكن أهلا لها انتقلت الحضانة الى الرجال من العصبات مطلقا و ان كان الطفل ذكرا و الى العصبة المحارم ان كان انثى و يرتبون في ترتيبهم مثل الميراث[1]

ب- شروط استحقاق الحضانة بنسبة للنساء :

أولا: أن تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير، و بالتالي فزواجها بأجنبي عن الصغير يأدي إلى إسقاط الحضانة عنها أو عدم حصولها على الحضانة أصلا و هذا طبقا للمادة 66 من ق. أ. ج. [1]

ثانيا: أن تكون الحاضنة ذات رحم محرم من الصغير، أي أن تكون الحاضنة رحما محرما من المحضون، كأمه أو أخته أو جدته، فلا حق لبنات العم و بنات العمة و بنات الخال و بنات الخالة بحضانة الذكور إلى عدم المحرمية، و لهن الحق في حضانة الإناث كذلك الأمر بالنسبة لإبن الخال و ابن الخالة و ابن العم و ابن العمة، لا يحق لهم حضانة الإناث لكن لهم الحق في حضانة الذكور.

ثالثا: أن لا تقيم مع المحضون في بين من يبغضه، و هذا مراعات لمصلحة المحضون يحث يشترط عدم سكن أو إقامة الحاضنة مع المحضون في منزل من يبغض الصغير، أو يعرضه للأذي أو الضياع، و تخلف هذا الشرط يؤدي إلى اسقاط الحضانة. [1]

---

[1] محمد مصطفى شلبي دراسة مقارنة بين الفقه و المذاهب البيئية و المذهب الجعفري ،دار الهصنة بيروت، د ط ، ص 729/728

[1] تنص المادة 66 من ق. أ. ج على أنه: "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"

رابعا: أن لا تكون قد امتنعت عن حضانة الصغير مجانا و كان الأب معسرا.

الفرع الرابع: الشروط الخاصة بالرجال لاستحقاق الحضانة:

بالإضافة إلى الشروط العامة يشترط في الرجل الحاضن:

أولا أن يكون محرما للمحضون إن كان أنثى، و هذا تفاديا للخلوة بها لعدم المحرمية

ثانيا: اتحاد الدين بين الحاضن و المحضون، لأن حق الرجل بالحضانة مبني على الميراث، و لا توارث بين المسلم و غير المسلم.

و الأولى بحضانة الأبناء الأم إذا طالبتها، فإن مرت سنة من الحكم بالطلاق أو التطليق و من لم تطلب الحضانة دون عذر شرعي، تفقد حقها في الحضانة.

و إذا أهملت الأم المطالبة بحقها في الحضانة، أو إذا ما تبين أنها ليست أهل لها تعود الحضانة إلى الأشخاص الآتية وفق الترتيب التالي:

أبوا الطفل

الجدة (أم الأم)

الجدة (أم الأب)

الخالة

العمة

الأقربون درجة مع مراعات مصلحة المحضون.

و هذا طبقا بما جاءت المادة 64 من ق. أ. ج .[2]

أما فيما يخص مدة الحضانة، فنجد أن المادة 65 من ق، أ، ج[3] جعلت حضانة الولد الذكر تنتهي ببلوغه 10 سنوات مع امكانية تمديد مدة حضانة الذكر إلى غاية بلوغه 16 سنة بشروط.

---

[1] صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2007، ص: 76.

[2] تنص المادة 64 من ق.أ. ج على أنه : " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب، ثم الجد للأم، ثم الجد للأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم مراعات مصلحة المحضون في كل ذلك، و على القاضي عندما يحكم بأسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة "

[3] تنص المادة 65 من ق. أ . ج على أنه: " تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج، و للقاضي أن يمدد مدة الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا الحاضنة أما لم تتزوج ثانية".

أ- أن تكون الحاضنة هي أمه

ب- أن لا تكون قد تزوجت بغير ذي محرم للمحضون.

ج- أن يكون تمديد حق الحضانة يخدم مصلحة المحضون.

و أن لا يكون التمديد إلا بحكم صادر عن المحكمة بناءا على طلب الأم [1]

وتنتهي الأنثى حضانتها عند بلوغها سن الزواج أي ببلوغها سن 19 سنة كاملة أما بالنسبة لمكان ممارسة الحضانة، فإن الزوج ملزم بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة، أو بدفع أجرته إذا تعذر عليه و الهدف من ذلك هو حماية المحضون و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى يوفر المحضون له مسكنا ملائم للحضانة، أو يدفع بدلا إيجاره و هذا طبقا للمادة 72 من ق، أ، ج.

و تسقط الحضانة بالاخلال بالشروط الواردة في المادة 62 من ق، أ، ج كما تسقط كذلك بزواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون، أو بإقامة الحاضنة إذا كانت الجدة أو الخالة مع المحضون المتزوجة بغير ذي رحم للمحضون حسب ما جاء في المادة 70 من ق، أ، ج[2] كما تسقط كذلك الحضانة بالتنازل عنها حسب المادة 66 من ق، أ، ج ، و إذا لم تطالب الأم بالحضانة لمدة سنة من تاريخ الحكم بالتطليق، دون عذر شرعي، طبقا للمادة 68 من ق، أ، ج غير أنه لابد من مراعات مصلحة المحضون .

أولا عند الحكم بإسقاط الحضانة.

غير أن اسناد الحضانة إلى مستحقيها، و الذي يكون في الغالب الأعم للأم، يأدي حتما إلى الابتعاد عن الوالد، مما يستدعي إيجاد وسيلة للمحافظة على

---

[1] سلامي دليلية، حماية الطفل بقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص: 43.

[2] تنص المادة 70 من ق. أ. ج على أنه: " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوج بغير قريب محرم".

توازن الطفل من جهة و عدم الإضرار بالوالد من جهة أخرى و ذلك بتمكينه من رؤية المحضون و زيارته.

وحق الزيارة هو من الحقوق التي عمل القانون على حمايتها مما لها من أهمية بالغة في الرعاية الدائمة للمحضون[1]، و كل من يخل بهذا الحق يتعرض لعقوبات جزائية طبقا للمادة 328 من، ق، ع، ج[2]

و على القاضي أن يحكم بحق الزيارة عند حكمه بإسناد الحضانة طبقا للمادة 64 من ق، أ، ج و له السلطة التقديرية و تحديد مدة الزيارة و مواعيدها و الأماكن التي تتم فيها. [3]

الفرع الخامس: أجرة الحضانة:

أجرة الحضانة هو ما يعطي للحاضنة مقابل حضانتها للصغير و هو له شبه بالنفقة و شبه بالأجرة، فله شبه بالنفقة لأنه جزء من نفقة الصغير و يجب من مال الصغير إن كان له مال، أو في مال لم تجب عليه نفقته إن لم يكن له مال، و له شبه في الأجرة لأنه يعطي للحاضنة نظير عمل يقوم به فهي تقوم بحفضه و تربيته. [4]

و لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في القول بأجرة الحضانة من عدمها، فالمالكية قالوا بأن ليس للحاضنة أجرة على حضانتها سواء كانت أما أو غيرها، و بغض النظر عن حالتها المادية إن كانت موسرة أو معسرة، فإن كانت فقيرة و لولدها المحضون المال أنفقت عليها منه، لكونها فقيرة و ليس لكونها تمارس

---

[1] د/بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 386.

[2] تنص المادة 328، من قانون ق. ع. ج على أنه " يعاقب الحبس من شهر إلى سنة و بغرامة من 500 دج إلى 5000 دج الأب أو الأم أو شخص آخر لا يقوم بتسليم، قاصر، قاضي، في شأن حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها أو بعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفاه أو ابعاده حتى و لو وقع ذلك بغير تحايل أو عنف"

[3] صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص: 85

[4] عمر عيسى الفقى، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج2، ط 1 ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص 1945.

حضانتها، و للمحضون على أبيه النفقة التي تشمل الكسوة و الغذاء و الغطاء، و الحاضنة تقبض النفقة من الوالد و تنفقها على الولد. [1]

أما فقهاء الحنفية قالوا بوجوب أجرة الحاضنة إن لم تكن الزوجة قائمة بينها و بين الوالد، و لم تكن معتدة من طلاق رجعي و لا تستحق أجرة الحضانة إذا كانت معتدة من طلاق بائن و تستحق النفقة من أبي الطفل ذلك أن الأجرة حسبهم ليست عوضا خالصا بل هي كأجرة الرضاع كالأم المؤونة و النفقة، قوله عز وجل ((**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**))[2] و قوله أيضا:

((**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى (6)**))[3]

و بما أن النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجودها في العدة، فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد و إن تعدد السبب، و ما عدى هؤلاء فإن باقي الحاضنات يأخذن أجرة الحضانة.[4]

أما الشافعية فإن الحضانة عندهم تستحق الأجرة سواء كانت أما أو غير أم، و هي غير أجرة الرضاعة، فإن كان الأم هي المرضعة و طلبة الأجرة على الرضاعة و الحضانة أجيبت ثم كان للصغير مال كانت الأجرة من ماله، و إلا فعلى الأب أو من تلزمه نفقته و يقدر له كفايتها بحسب حالها. [5]

---

[1] باديس، الديابي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض نفقة – عدة – حضانة– متاع) دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدي، الجزائر، 2008، ص 86.

[2] سورة البقرة، جزء من الآية: 233.

[3] سورة الطلاق، جزء من الآية: 06.

[4] باديس الديابي، المرجع السابق، ص 86

[5] آثار الحضانة للشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، 2010. ص 152.

و يرى الحنابلة أن للحاضنة طلب أجرة الحضانة، و الأم أحق بحضانة الصغير و لو وجدة متبرعة تحضنه مجانا، و لكن تجبر الأم على حضانة طفلها و ان استأجرت امرأة لإرضاعه وحضانته لزمها العقد، و إذا ذكر في العقد الرضاعة لزمتها الحضانة تبعا، و إن استأجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع ، و ان امتنعت الأم سقط و انتقل إلى غيرها. [1]

أما المشرع الجزائري فإنه لم يقل بأجرة الحضانة فهو لم يشر إليها في المواد 78.77.76.75 ليظل هناك إشكال فيما يخص أجرة الحضانة غير أنه بالرجوع إلى المادة 222 من ق، أ، ج .[2]

و التي تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني، و عليه فلابد من الرجوع إلى آراء الفقهاء المالكية لأن المشرع الجزائري يأخذ بالمذهب المالكي.

المطلب الثالث: النفقة:

الفرع الأول: تعريف النفقة لغة واصطلاحا:

أولا: لغة: تعني الهلاك الرواج، الغلاء، ضد الكساء، و القلةو النقص، و الفناء و الذهاب و الخروج، الإفتقار، النفاذ، الصرف، الإطعام، التصدق، الإذهاب، كثرة الخطاب، كثرة المشترين، و الشتم، و سرعة الكفر، و إظهار الإيمان، والإنتشار، و التقشير، و وعاء المسك، والموضع المتسع من السراويل، و إسم رجل. [3]

ثانيا: اصطلاحا:

فلقد عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية القدماء و المعاصرون حيث عرفها الإمام العلامة ابن عرفة : " النفقة ما به قوام معتاد الآدمي دون سرف" ، قوله: " ما به قوام المعتاد حال الآدمي " أخرج به قوام معتاد غير الآدمي، و أخرجه بقوله" معتاد حال الآدمي" ما ليس معتاد في حاله لأنه ليس بنفقة شرعية، وقوله : "دون

---

[1] المرجع نفسه، ص: 154.

[2] تنص المادة 222 من ق. أ. ج على ما يلي : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

[3] محمد ابن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1979، ص: 673-674.

سرف " أخرج به السرف لأن ليس بنفقة شرعا و لا يحكم الحاكم به، و المراد هنا النفقة التي يحكم بها. [1]

الفرع الثاني : نفقة الأبناء:

حق الأبناء في النفقة في الأصل إلتزام يقع على عاتق الأب أثناء قيام الرابطة الزوجية و يستمر إلى ما بعد التطليق، و يظل الحق قائما طالما لم يستغنوا عنه للكسب فيقع على عاتق الأب توفير احتياجات الطفل من مأكل و مشرب و كذا علاجه و غيرها من الأمور التي جرى العرف على اعتبارها ضرورية، و هذا حسب المادة 78 من ق، أ، ج .[2]

و التزام الأب بالنفقة التزام مؤقت، حيث يتوقف على الإنفاق على الذكر ببلوغه سن الرشد، أما الأنثى فيبقى ينفق عليها إلى غاية زواجها و الدخول بها.

غير أنه يلتزم بالاستمرار بالنفقة على الولد حتى و لو كان بالغا سن الرشد إذا كان عاجزا عن الكسب لآفات في العقل أو الجنون أو العته، أو لآفات في البدن كالشلل، أو لإنشاله عن الكسب و الدراسة و طلب العلم، و هذا طبقا للمادة 75 من ق، أ ، ج. [3]

فإن كان غائبا فمفقودا أو معسرا أو عاجزا عن الإنفاق عن أولاده فإن النفقة في هذه الحالة تجب على الأم، و هذا حسب المادة 76 من ق، أ، ج[4]، إذا كان باستطاعتها ذلك.

---

[1] الفقيه الإمام العلامة، قاضي الجماعة، أبي عبد الله محمد الأنصاري، المشهور بالرصاص التونسي، شرح حدود الإمام الأكبر البركة القدوة الأنور أبي عبد الله ابن عرفة، المطبعة التونسية، تونس، الطبعة، 1939، ص: 227-228.

[2] تنص المادة 78 من ق. أ .ج على أنه تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة

[3] تنص المادة 75، من ق. أ. ج على أنه: تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة. و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب.

[4] تنص المادة 76 من ق . أ. ج على أنه في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد عن الأم إذا كانت قادرة على ذلك

أما إذا رفض الأب الإنفاق على أبناءه فلهم الحق في مطالبتهم بالنفقة عليهم أمام القضاء و تمثل الأبناء القاصرين أمهم و هنا يقوم القاضي بتقدير قيمة النفقة مراعيا في ذلك حال الطرفين و ظروف المعيشة حسب المادة 79 من ق، أ، ج. [1]

و استحقاق النفقة يكون من تاريخ رفع دعوى المطالبة بالنفقة، على أن لا يحكم القاضي بالنفقة لمدة تتجاوز سنة قبل رفع هذه الدعوة و هذا ما جاء في المادة 80 من ق، أ، ج .[2]

و يمكن للقاضي طبقا للمادة 79 من ق، أ، ج أن يراجع مقدار النفقة و لكن بعد مرور سنة من تاريخ صدور الحكم في دعوة النفقة .[3]

و قد يتعرض الأب الممتنع عن أداء النفقة إلى عقوبات جزائية منصوص عليها في المادة 01/331 من ق، ع، ج. [4]

و من خلال من ذكر يظهر أن التطليق ما هو إلا رخصة منحها الشارع للزوجة لرفع الضرر عنها إذا ما توافر أحد الأسباب التي تجيز لها ذلك، و المنصوص عليها في المادة 53 من ق، أ، ج، و أن التطليق لا يكون إلا بحكم من القاضي، له أحكامه الخاصة المختلفة التي تميزه عن غيره من الأحكام القضائية، لا تقتصر آثاره على الزوجين فقط إنما تمتد لتشمل الأبناء كذلك .

---

[1] تنص المادة 79 من ق. أ. ج على أنه: يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.

[2] تنص المادة 80 من ق. أ . ج على أنه :تتحقق النفقة من تاريخ رفع الدعوة و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاو سنة قبل رفع الدعوة

[3] سلامي دليلة، المرجع السابق، ص 79- 81

[4] تنص المادة 331/ 1 من قانون ق.ع . ج على أنه: يعاقب بالحبس من 6 اشهر إلى ثلاثة سنوات و بغرامة من 50 ألف دينار إلى 300 ألف دينار جزائري. كل من امتنع عمدا، و لمدة تتجاوز شهرين، عن تقديم المبالغ المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله و ذلك رغم صدور حكم ضده بالزامه بدفع نفقته إليهم.

واقصى مدة الحمل هي 10 أشهر من تاريخ الحكم بالتطليق ،وهدا طبقا للمادة 60من ق،أ،ج[1]

أما اليا من الحيض هي التي لا تحيض لكبر في سنها أو كمرض يمنعها من الحيض، فتعتد حسب المادة 2/58 من ق،أ،ج بثلاثة أشهر من تاريخ الحكم بالتطليق ، وهدا تطبيقا لقوله تعالى "" **((وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا (4))** [2]

[1] تنص المادة 60من ق،أ،ج على أنه ''عدة الحامل وضع حملها''

[2] سورة الطلاق ،الأية 04

خاتمة:

لقد شاء الله أن تكون الشريعة الإسلامية هي الخاتمة والصالحة من عصر النبوة الى قيام الساعة، ومن القضايا والأمور الحديثة المنشأ تطبيقيا لموضوع تقنين الفقه الإسلامي.

حيث كان موضوع التقنين قديما معروفا لكن ليس على شكله الحالي حيث أخد التقنين منهجا خاصا في الترتيب والتبويب وحتى في إلزام الناس بما هو مقنن.

وقد توصلنا الى جملة من النتائج من خلال دراستنا لهدا الموضوع:

1. أن فكرة التقنين قديمة المنشأ حديثة التطبيق بالمفهوم الحالي للتقنين، حيث كان منشأ هدا الفكر، من قبل عبد الله بن المقفع حيث حاول اقناع أبي جعفر المنصور بالتقنين واقترح على الخليفة جمع الأحكام الفقهية وإلزام القضاة بالحكم بها.
2. أشهر المحاولات لتقنين الفقه الإسلامي في القرنين الماضيين هما "الفتاوى الهندية" لجماعة من الهند، لتقنين العبادات والعقوبات والمعاملات ومجلة الأحكام العدلية التي تضمنت جملة من أحكام:البيوع، والدعاوى،والقضاء، وصدرت هده المجلة عام 1869م واحتوت على 1851مادة استمدت أغلبها من الفقه الحنفي.
3. مسألة التقنين عند المتقدمين لم تكن معروفة بمصطلح التقنين بل كان معروف عندهم بمسألة إلزام القاضي بقول واحد يحطكم به ولا يتجاوزه وان خالف اجتهاده وكان الراجح في هده المسألة قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة ودالك بأنه لا يمكن للحاكم إلزام القاضي بالحكم بمذهبمعين.
4. ما عليه غالب العلماء المعاصرين هو جواز التقنين ودلك نظرا لمصلحة الأمة حسب الواقع المعاش.
5. لطلاق شروط يجب توافرها جميعا بعضها يرجع الى من يقع منه الطلاق وهو الزوج، وبعضها يرجع الى من يقع عليها الطلاق وهي الزوجة، وبعضها يرجع الى ما يقع به الطلاق وهي صيغته.

6. الحكم بالتطليق كغيره من الاحكام القضائية، تترتب عليه آثار قانونية معينة في قانون الاسرة الجزائري وهي: العدة،الحضانة،النفقة.

ومن مجمل التوصيات:

- ان تقنين الفقه الإسلامي أصبح ضرورة ملحة في العصر الحالي نظرا لغزو القوانين الغربية للبلاد الإسلامية.
- ان التقنين الفقه الإسلامي يسهل على القضاة الفصل في المسائل ويقدم خدمة أوسع في وقت أسرع.
- يجب تنسيق العمل بين فقهاء الشريعة ورجال القانون لصنع تقنين فقهي قويم مستمد من روح الشريعة.

منهج تقنين الفقه الإسلامي:

- ✓ من الناحية الداخلية للتقنين يجب اقتصاره على احكام القضاء دون احكام الديانة ووجوب ان لا يخرج عن الشريعة الإسلامية بعمومها، وان يعتمد المذهبالسائد في الدولة مع جواز الأخذ عن مذهب اخر ادا اقتصرت المصلحة بدالك.
- ✓ من الناحية الخارجية للتقنين يجب تكوين لجنة مصغرة لوضع المشروع ثم تكوين لجنة لمراجعة التقنين اكبر عددا ثم عرض المشروع على الاستفاء العام على أوسع نطاق ثم اتخاد الإجراءات التشريعية المبسطة لإصداره والزام الناس به .
- ✓ وجوب مراجعة التقنين من حين لأخر كي يظل متطورا مع الحياة متسقا مع المعاملات التي تجد.

الفهارس

فهرس الأيات

الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ	ص	25	08
وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ	النساء	58	09
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا	النساء	59	15
وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ	المائدة	42	18
الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ	البقرة	229	22
يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ	الطلاق	01	23
وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ	البقرة	228	23
وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ	النساء	130	24
وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ	الروم	21	24
الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ	البقرة	229	25
لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ	البقرة	226	26
وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ	البقرة	231	29-28
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا	الأحزاب	49	29
فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ	البقرة	234	30
يا أيـــــها الذين أمنوا إذا نكحتم	الأحزاب	49	35-34
وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ	الطلاق	01	40

وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ	البقرة	228	40
وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ	البقرة	233	50

فهرس الأحاديث

مطلع الحديث	الراوي	صفحة الورود
الْقُضَاةُ ثَلاَثَةٌ اثْنَانِ في النَّارِ....	ابْنُ بُرَيْدَةَ	18
اذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران....	أبي هريرة	20
أَبْغَضُ الْحَلاَلِ إِلَى اللَّهِ الطَّلاَقُ.....	عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ	23
ثلاثة جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جدّ...	أ بي هريرة	23
أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة.....	السيدة عائشة رضي الله عنها	31

قائمة المصادر والمراجع :

I. قرآن الكريم .

II. السنة النبوية الشريفة .

III. المعاجم

1. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، جزء 12.

2. ابراهيم أنيس، المعجم الوسيط، ط2، جزء 2

3. المنجد الأبجدي، دار المشرق لبنان، 1968، ط1

IV. الكتب والمذكرات.

1-أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق و الخلع، و حقوق الأولاد نفقة الأقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر 2004 .

2-ابن كثير، البداية و النهاية، تحقيق دكتور التركي، دار هاجر 1419، ط 1، ج 13.

3-بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 1994، ج1.

4-أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية بحث مقارن، ط 1، دار المعارف، للطباعة و النشر، 1387، الموافق لـــ 1967 مصر.

5-ابن عابدين ، رد المحتار على الدر الختار، دار احياء التراث العربي، ج 1.

6-عبد الرحمان بن سعد الشثري، تقنين الشريعة بين التحليل و التحريم، دار الفضيلة 1422هـــ، ط 1.

7-أبوا جابر الجزائري منهاج مسلم كتاب عقائد و آداب و أخلاق و عبادات و معاملات، بدون طبعة، دار الشروق للنشر و التوزيع ديوان المطبوعات الجامعية،

بدون سنة نشر، الجزائر. أبوا زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، 1950، دار الفكر العربي

8-ابن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع الشيخ عبد الرحمان بن قاسم، دار عالم الكتب، 1412 هـ.

9-ابي عبد الله الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، دار الكتب العلمية1416هـ، ط 1، ج 8.

10-ابراهيم البيجوري، حاشية البيجوري، د ط، مصر، 1285، ج2 .

11-بكر أبو زيد، فقه النوازل، مؤسسة الرسالة، 1422، ط 1.

12-بدران أبوا العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت 1983.

14-باديس الذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2007.

15-باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، (تعويض نفقة، عدة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008م.

16-مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري، دار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت 1983، ط 4.

17- -مصطفي الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم 1418، ط1، ج1.

18-محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1979.

19-محمد المجذوب علماء و مفكرون عرفته، دار الشواف، 1922م، ط 3، ج 1.

20-نصر اسماعيل، أبى بكر علي الباري، أحكام الأسرة، الزواج و الطلاق بين الحنفية و الشافعية دراسة مقارنة، دار الحامد 2009، عمان، ط 1.

21-نصر سلمان و أ/ سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، 2003.

22-سلامي دليلة: حماية الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 2008.

23-عبد العزيز سعد الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار الهومة ، الجزائر، 1996، ط 3.

24-صالح بوغرارة حقوق الأولاد في النسب و الحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن-يوسف بن خدة، الجزائر 2007.

25-صادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي، جزء 2، ط 1، الريان للطباعة، 2002، بيروت

26-شويش المحاميد، مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر و ملامحه، جمعية عمال المطابع، 1422هـ، ط 1.

27-التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، كتاب الأحوال الشخصية، المجلد الرابع، ط1، 2009 دار الوعي للنشر و التوزيع، الجزائر.

28-الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة 1412هـ، ط 08، ج 08.

29-هيثم بن فهد بن عبد الرحمان الرومي،الصياغة الفقهية في العصر الحديث دراسة تأصيلية، دار التدمرية وابن حزم،الرياض 1433ه-2012م

30- محمد فاروق النبهان، المدخل للتشريع الإسلامي، دار القلم، ط2، 1981م

31- مجلة الأحكام العدلية، تنسيق نجيب هواويني، بيروت، مطبعة شعارك، ط5، 1388ه

32- مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، مؤسسة نوفل، بيروت، ط2، 1988م، ج1

33-عمر سالم ، دراسة نقدية لقانون العقوبات الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2000م

34- www. sharea. gov. kw موقع الالكتروني

فهرس الموضوعات: **الصفحة**

البسملة .....

كلمة الشكر .....

إهداءات .....

مقدمة .....ص أ

الفصل الأول: تقنين الفقه الإسلامي .

المبحث الأول: ما هية التقنين و نشأته والجهودالعملية لتقنين الفقه الجنائي الإسلامي ص06

المطلب الأول: ما هية التقنين و نشأته.....ص06

الفرع الأول: ما هية التقنين.....ص06

الفرع الثاني: نشأة التقنين.....ص06

المطلب الثاني: مسألة التقنين عن المتقدمين ص08

الفرع الأول:القول الأول قول المانعين للحاكم بإلزام القاضي بحكم بمذهب معين ص08

الفرع الثاني: القول الثاني قول المجيزون للحاكم بإلزام القاضي بحكم بمذهب معين.....ص08.

المطلب الثالث: الجهود العملية لتقنين الفقه الجنائي الإسلامي..... .ص09

المبحث الثاني: بيان حكم تقنين الفقه الإسلامي.....ص15

المطلب الأول: قول المجيزون للتقنين وأدلتهم.....ص15

المطلب الثاني: قول المانعون للتقنين و أدلتهم.....ص18

المطلب الثالث: القول الراجح ص20

الفصل الثاني: الطلاق و آثاره في قانون الأسرة الجزائري (نموذجا)

المبحث الأول: ما هية الطلاق و أنواعه و شروطه.....ص21

المطلب الأول : تعريف الطلاق ودليل مشروعيته والحكمة منه ص21

الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة و اصطلاحا واشتقاق لفظ الطلاق ص21

الفرع الثاني: تعريف الطلاق قانونا ص22

الفرع الثالث: دليل مشروعية الطلاق ص22

الفرع الرابع: الحكمة من مشروعية الطلاق.....ص24

الفرع الخامس: حكم الطلاق.....ص25

الفرع السادس:أركان الطلاق.....ص27

المطلب الثاني: أنواع الطلاق شرعا و قانونا.....ص27

الفرع الأول: أنواع الطلاق شراعا.....ص27

الفرع الثاني: أنواع الطلاق قانونا ص31

المطلب الثالث: شروط الطلاق ص34

الفرع الأول : شروط من يقع منه الطلاق ص34

الفرع الثاني : شروط من يقع عليها الطلاق ص35

الفرع الثالث : صيغة الطلاق ص37

المبحث الثاني: آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.....ص40

المطلب الأول: العدة ص40

الفرع الأول: تعريف العدة لغة اصطلاحا ص40

الفرع الثاني: أنواع العدة ص40

المطلب الثاني: الحضانة ص41

الفرع الأول: التعريف بالحضانة فقها وفق الشريعة الإسلامية.....ص41

الفرع الثاني: شروط استحقاق حضانة الطفل.....ص43

الفرع الثالث: الشروط الخاصة بالنساء لاستحقاق الحضانة ص45

الفرع الرابع : الشروط الخاصة بالرجال لاستحقاق الحضانة ص47

الفرع الخامس: أجرة الحضانة.....ص49

المطلب الثالث: النفقة ص52

الفرع الأول: تعريف النفقة لغة و اصطلاحا.....ص52

الفرع الثاني :نفقة الأبناء ص52

خاتمة ص55

فهرس الآيات ص57

فهرس الأحاديث ص59

قائمة المصادر والمراجع ص60

فهرس المحتويات ص64

ملخص:

ان تقنين الفقه الإسلامي أصبح من اهم قضايا العصر الحالي التي تخدم فقه المعاملات، والأمة الإسلامية بحاجة الى قوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية تلغي التعامل بالقوانين الوضعية التي تهيمن على المجتمع الإسلامي، والتعامل بالقوانين الشرعية يرفع الظلم عن الامة المسلمة الدي يحصل من وراء القوانين العلمية الجائرة.

وهدا ما يحتم السعي الى تكوين جيل من العلماء الدين يجمعون بين الثقافة الشرعية الاصلية المستمدة من الينابيع الأولى، وبين الثقافة القانونية الحديثة، الدين يستطيعون تقنين الفقه دون أن يفقد أصالته وثوابته .

ويرى أن المشرع الجزائري في تقنينه لقانون الأسرة الجزائري استند على احكام الاسرة في الشريعة الإسلامية حيث يظهر هدا جليا من خلال المواضيع التي تطرق لها قانون الاسرة الجزائري.