جامعة زيان عاشور-الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري

- انحلال الزواج أنموذجا -

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق
تخصص: الأحوال الشخصية

إعداد الطالب:
خليفة غربي

إشراف الأستاذ:
د/ مسعود هلالي

لجنة المناقشة:

1- أ/ عوسات تكليت..... رئيسا.
2- د/ مسعود هلالي ..... مقررا.
3- أ/ المسعود عينة..... مناقشا.

السنة الجامعية: 2018/2017م-1438/ 1439

جامعة زيان عاشور- الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري

- انحلال الزواج أنموذجا -

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق
تخصص: الأحوال الشخصية

إعداد الطالب:
خليفة غربي

إشراف الأستاذ:
د/ مسعود هلالي

لجنة المناقشة:

1- أ/ عوسات تكليت..... رئيسا.
2- د/ مسعود هلالي ..... مقررا.
3- أ/ المسعود عينة..... مناقشا.

السنة الجامعية: 2018/2017م-1438/ 1439 هـ

كلمة شكر وتقدير

تحية شكر و فخر و تقدير و احترام إلى فضيلة الدكتور:

******مسعود هلالي******

حيث بذل جهدا في إرشادي و توجيهي أثناء عملي في البحث

الذي صاحبني في مذكرة التخرج لنيل شهادة ماستر تخصص أحوال شخصية كأستاذ مشرف على المذكرة و الذي نتمنى أن يرافقني في الدراسات العليا،إنشاء الله.

وأن يطيل الله في عمره ويجعله في كل خطوة حسنة ويغفر الله له ويجعل الجنة مأواه وأن يزور بيته المحرم وقبر المصطفى محمدﷺ ويصلي في روضته الشريفة.

كما أشكر أعضاء لجنة المناقشة على مجهوداتهم المبذول .

ونتقدم بالشكر الجزيل لأساتذتنا الكرام الذين لم يبخلوا علينا بشيء، طيلة سنتين.

فاللهم بارك لنا في أستاذنا و أحفظهم و ذويهم و جازهم الله على جهودهم أجرا عظيما يارب.

كما لا يفوتني أن أتقدم بخالص الشكر والامتنان لكل من قدم لي يد العون والمساعدة في إنجاز هذا البحث من قريب أو بعيد خاصة الأساتذ الأفاضل:

- ✓ نجيمي بوزيد حفظه الله — جامعة الجلفة
- ✓ فكرون أحمد شوقي — جامعة الجلفة
- ✓ لحرش أسعد أمحاسن — جامعة الجلفة
- ✓ موفقي العيد زميل الدراسة — جامعة الجلفة
- ✓ بن غربي أحمد صديق العمر — جامعة الجلفة
- ✓ بوشمال نورالدين زميل الدراسة — جامعة الأغواط
- ✓ زريعة فايزة زميلة الدراسة — جامعة الجلفة

*******غربي خليفة *******

الإهداء

بمناسبة آخر مرحلة من دراسة ماستر أتقدم بتحياتي الخالصة إلى من يعجز اللسان و تعجز الأوصاف عن ذكر نعمتهما و أعجز أنا عن رد جزيلهما و جميلهما أهدي عملي هذا إلى:

- ✓ والدتي الكريمة حفظها الله تعالى...
- ✓ روح والدي الطاهرة رحمه الله تعالى...

إلى من أشد به أزري أخي** **بوحفص** **و** **عمر** ** إلى منبع الحنان و مصدر القوة إلى من غرسا في قلبي حب العلم و التعلم وكانا الحافز الأكبر لما وصلت إليه إلى أعز الناس أخواتي :**كريمة** **و**خضراء** **وإلى أبناء أخي :**عماد الدين**و **محمد**و** **مليكة** **وإلى كل الأصدقاء والزملاء الذين ساعدوني في مشواري الدراسي وخاصة **دكتور**بوصوار عمر إخصائي عيون ربي يحفظه** **بن حميدة علي بن عمر** **و **ميمون عبد القادر بن المقدم**** ومن قرأ هذه المذكرة وأستفادة منها أن يدعوا إلى **أبي** **بن عبد الله بن إبراهيم بن بلعدل**** بالرحمة والمغفرة ولا أنسى شكر وتقدير والأحترام إلى كل الأستاذة بدون إستثناء كلية الحقوق الذين درسوني وإلى عميد كلية الحقوق حمام حفظه الله وأطال في عمره و أخيرا أهدي إلى كل من علمني حرفا أهدي عملي هذا.

و تحياتي و دعواتي النابعة من الأعماق قلبي إلى* أبناء الشعب الفلسطيني* وسوريا* نأمل أن تكون رسالتي مكتملة إنشاء الله

شكرا

******غربي خليقة******

مقـــدمـــة

مقدمة:

لاشك أن وجود المنازعات والخصومات أمر مستمر بين البشر لذلك نشأن هناك آلية القضاء لفكها وتنفيذ الأحكام بين المتشاجرين في كل التكوينات المتواجدة في المجتمع،فالقضاء من ركائز الحكم في الاسلام وقواعد السلطة التي لابد منها في كل زمان ومكان.

فوائده: إقامة العدل ،إحقاق الحق ،إشاعة الطمأنينة، نشرالأمن ،وصون الدماء والأعراض والأموال،رفع التظالم، فصل الخصام.

إن الباحث في قضايا الأسرة وأحكامها يجد أنّها من المواضيع الفقهية المتجددة في بعض مسائلها تبعا لتجدد الحوادث والوقائع، وتغير الظروف والأحوال بما تشهده الحياة المعاصرة من تطور في مختلف المجالات، وإذا كانت الدول الإسلامية تجتهد في صيانة تشريعاتها المتعلقة بالأسرة، فإنها متأثرة مع هذا بواقع التحولات العالمية المختلفة التي تلمس على سبيل المثال في الارتقاء بالمرأة وتفعيل دورها في المجال السياسي، الاقتصادي، الاجتماعي، والثقافي، واكتساب حقوقها حتى تحقق المساواة مع شقيقها الرجل، لذا نجد أن الاجتهاد القضائي هو الآخر وأسهم في حركة الإصلاحات والمراجعات المتعلقة بنظام الأسرة في الجزائر وهو ما يظهر جليا من خلال تعديل قانون الأسرة رقم:84-11 بموجب الأمر رقم:05- 02، ومن هذا المنطلق آثرت أن يكون موضوع بحثي في هذه المرحلة من الدراسة الأكاديمية موسوما بـ:" **إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري - انحلال الزواج أنموذجا-**"

أولا-إشكالية الموضوع:

يعتبر قضاء الأحوال الشخصية- أو ما يعرف في التشريع الجزائري بقضاء شؤون الأسرة- أحد أهم أقسام القضاء العادي الذي فتح فيه المشرع المجال رحبا لإعمال سلطته التقديرية عند النظر في النزاعات التي تعرض عليه بغرض استنباط الأحكام الملائمة، لاسيما فيما تعلق بمسائل انحلال الزواج وآثارة، ومن هنا سيتم من خلال هذا الموضوع استهداف الإجابة عن تساؤل مجمل، يمثل في حقيقته إشكالية الدراسة، والمتمثلة فيما يأتي:

كيف ساهم الاجتهاد القضائي في الجزائر في تعديل قانون الأسرة فيما تعلق بمسائل انحلال الزواج وآثاره؟

وتتفرع عن هذا التساؤل الرئيس أسئلة أخر فرعية تتمثل فيما يأتي:

- ما المقصود بالاجتهاد القضائي الأسري، ما أهدافه وأغراضه

، وما مدى الحاجة إليه؟

- ما مدى فعاليته في علاج قضايا الأسرة وخاصة المتعلقة منها بانحلال الرابطة الزوجية وآثارها؟

- ما موقف القضاء من نصوص قانون الأسرة المخالفة للأحكام التشريعية، وهل تخضع كل أحكامها للمراجعة الاجتهادية، أم هي قاصر على بعض القضايا التي تخضع لتغير الظروف والأعراف؟

- هل يخضع الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة لنفس شروط الاجتهاد العام في الفقه الإسلامي التي وضعها علماء الشريعة الإسلامية، أم أنّه يجوز من غير شرط بحيث يتمكن أي باحث من الإسهام فيه؟

- ما قيمة قرارات المحكمة العليا فيما يتعلق بانحلال الزواج التي تمثل الاجتهاد القضائي الوضعي، وهل تعتبر كافية في سد العجز التشريعي، أم أنه لا بد من هيئة قضائية متخصصة توكل لها مهمة الإشراف على الاجتهاد القضائي والتعديل بما يتفق مع الشريعة الاسلامية؟

- ما مدلول التطليق والخلع في كل من الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري؟

- وهل وفق المشرع الجزائري في تعديلاته الأخيرة لبعض مواد قانون الأسرة استنادا على ما جاء من اجتهادات قضائية **فيما تعلق بمسائل انحلال الزواج وآثاره** بما يخدم مصلحة الأسرة والمجتمع؟

على أن الإجابة على هذه التساؤلات تقتصر على أهم المسائل الاجتهادية الخاصة بأحكام الطلاق وآثاره، وذلك من خلال المواد المعدلة بموجب الأمر 05-02، ذلك أن التفريق القضائي وآثاره هي التي تمثل حقيقة المشكل القائم في قانون الأسرة الذي يمس الفرد والأسرة والمجتمع.

ثانيا-أهمية البحث:

يستمد موضوع:" **إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري - انحلال الزواج أنموذجا**-"، محل الدراسة أهميته من خلال أهمية موضوع الأسرة ذاتها، والتي يجمع أهل التخصص في مختلف العلوم على اعتبارها أهم لبنات بناء المجتمع واستقراره، واعتبارها من أبرز الموضوعات المتجددة في الجانب القانوني في أحكامه الفرعية التي تتسم بالتجدد والتطور المستمر زمانا ومكانا، والتي تتصل بالنظام العام للمجتمع، الأمر الذي يقتضي الاجتهاد فيما لم ينص عليه المشرع من طرف الجهات القضائية المختصة، وهو عمل ذو أهمية كبيرة ليس فقط بالنسبة للقضاة، بل حتى بالنسبة للمشرع للباحث في مجال العلوم القانونية ذات الصلة بشؤون الأسرة، قصد معرفة مدى الانسجام بين النص التشريعي والجانب القضائي.

ثالثا-أسباب اختيار الموضوع:

1- السبب الموضوعي: يرجع اختياري لموضوع:" **إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري - انحلال الزواج أنموذجا**-" إلى عدة أسباب ، لعل أبرزها كون هذا الموضوع يحتاج فعلا إلى الدراسة والكشف عن أهم المواضيع التي يمكن الاجتهاد فيها في قضايا المطروحة في قانون الأسرة التي تعتبر الخلية الأساسية أو نواة المجتمع،ونظرا لتعدد مشاكلها وطرحها أمام القضاء حتى أجري دراسة تحليلية مقارنة لأهم المسائل المنصوص عليها قانونا أو صدرت بشأنها قرارات من المحكمة العليا تمثل اجتهادات قضائية تفسيرية وذلك بغرض تأصيلها عن طريق ما يقره الاجتهاد القضائي الشرعي الذي تمثله اجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية، ووسمت موضوعي أن تكون الدراسة جامعة بين الجانبين النظري والتطبيقي، خاصة ما تعلق منها بالتعديلات المتعلقة بمسائل انحلال الرابطة الزوجية وآثارها في التشريع الجزائري.

2-السبب الذاتي: فمن أهم الأسباب الذاتية هو الاهتمام بمجال إسهامات الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري الحديث بانحلال رابطة النكاح و رغبتي في البحث و توسيع معارفي و معلوماتي في هذا االمجال باعتباره دائم المرونة ، من ناحية في حالة عدم وجود نص يرجع إليه القاضي، وأن المشرع لم يحدد أي مذهب يلجأ إليه القاضي في هذه الحالة وهو ما صعب عليه المهمة البحث في كافة المذاهب حتى يتوصل إلى حل القضية المعروضة عليه .

رابعا-أهداف البحث:

تتمثل أهداف هذه الدراسة فيما يأتي:

- دور الاجتهاد القضائي في توحيد الحلول القانونية على كافة التراب الوطني، كونه يمثل من الناحية العملية تطبيقا للقرارات المعروضة عليه تطبيقا سليما يتماشى مع مقتضيات القانون، حيث أن حماية الأسرة قضائيا يتطلب حمايتها من طرف القضاء من خلال إسهامات الاجتهاد القضائي في هذا المجال التشريعي.

- الكشف عن مدى الإرتباط الوثيق بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وبيان مدى مساهمة قرارات المحكمة العليا التي تمثل مبادئ قضائية يمكن الرجوع إليها في حل مشاكل الأسرة الجزائرية، النهوض بالاجتهاد القضائي الشرعي فيما يخص قضايا الأسرة.

خامسا- منهج البحث:

اعتمدت في دراستي هذه بشكل رئيس على المناهج الآتية: و أمّ عن المنهج المتتبع ، فإن مثل هذه الدراسات تقتضي في طريقة معالجتها محاولة الجمع بين أكثر من منهج لأهميةّ الدراسة و عليه أحاول معالجة هذا الموضوع المتعدد الجوانب الفقهية النظرية و العلمية القضائية و القانونية بالاعتماد على المنهج الوصفي و ذلك بدراسة مواد قانون الأسرة و كذا إبراز ما وصل إليه الاجتهاد القضائي في هذا االمجال.

-المنهج الاستقرائي: من خلال عملية جمع وتتبع مختلف النصوص التشريعية والقضائية المتعلقة بمختلف موضوع الدراسة.

-المنهج التحليلي: من خلال عرض وتحليل ومناقشة موقف المشرع الجزائري من خلال هذه الدراسة فيما تعلق بكل جزئية من جزئيات البحث.

-المنهج التاريخي: وذلك من خلال تتبع أهم التطورات التاريخية التي مر بها الاجتهاد القضائي إبتداء من الفقه الإسلامي مرورا بقانون الأسرة الجزائري والعوامل المساعدة له.

- المنهج المقارن: من خلال الموازنة بين الاجتهاد القضائي الشرعي وما عليه الأمر في قرارات المحكمة العليا من جهة وذلك بمقارنة انحلال الرابطة الزوجية وآثار ذلك في قانون الأسرة الجزائري.

سادسا- الدراسات السابقة:

اعتمدت في بحثي على المراجع الفقهية والكتب القانونية وعلى دراسات أكاديمية متعددة، أبرزها:

- أطروحة دكتوراه لمحفوظ بن صغير فقد تم دراسة الاجتهاد القضائي من جانب الفقه الإسلامي واعتمد على الجانب التطبيقي من خلال المجلات القضائية وقانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب أمر 05-02، وهي دراسة ركز فيها الباحث على الجانب الفقهي الإسلامي بشكل رئيس، إلى جانب قانون الأسرة وقرارات قضائية متعلقة بالأحوال الشخصية لكن بشكل مقتضب.

- مذكرة ماستر، للطالبة حسيني عزيزة بعنوان:" الحضانة في قانون الأسرة وقضاء الأحوال الشخصية والفقه الإسلامي"، عالجت فيها إحدى عناصر آثار فك الرابطة الزوجية.

مذكرة تخرج للقضاء، للقاضي الطالب يوسف عزيرية بعنوان:"التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا"، عرض من خلالها لما تعلق بموقف القضاء الجزائري من مسألتي الخلع والتطليق، إلا أنها جاءت منقوصة من حيث بيان مفهوم الاجتهاد القضائي في بعديه الشرعي والقانوني، وكذا آثار انحلال الزواج المترتبة عن هذين المسلكين من مسالك فك الرابطة الزوجية.

سابعا- خطة البحث:

قصد تجلية ما تعلّق بموضوع البحث، سيتمّ دراسته من خلال خطة مقسمة **إلى فصلين: أما الفصل الأول** بعنوان: **أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري**، اشتمل على مبحثين، عرضت في المبحث الأول: لمفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، بينما في المبحث الثاني: عرضت لأحكام الاجتهاد القضائي في **التشريع** الجزائري.

أما **الفصل الثاني** فبعنوان:**سلطة القاضي في الحد من النزاعات المتعلقة بانحلال الزواج وآثاره** ،فقد عالجته في مبحثين، خصصت المبحث الأول منه لبيان: التفريق القضائي(التطليق والخلع) في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بينما المبحث الثاني كان لبيان: آثارالتفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

الفصل الأول

أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

- **المبحث الأول:** مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي.

- **المبحث الثاني:** أحكام الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري.

تمهيد:

للاجتهاد أهمية كبيرة في التشريع الإسلامي منذ زمن الرسول ﷺ وتابعيهم إلى عصرنا الحاضر، فهو الميدان الرحب للمستنبطين للأحكام، وذوي الفكر الاجتهادي، وهو مناط للأحكام وأصل للفقه وعمدة للإجماع ، وبه تعرف أدلة التشريع وتدرك أسرار الشريعة وكلما تطورت العصور وتغيرت الأحوال زادت الحاجة للاجتهاد،وينوه وهبة الزحيلي بضرورة الاجتهاد **بقوله**":وتضاعفت الحاجة إلى الاجتهاد في العصر الحاضر بسبب تعقد المعاملات، وانعزال الدين عن المجتمع، وبروز أنظمة جديدة للحياة لم تكن موجودة، وحدوث انقلاب تام في الأوضاع أصبحت معها المسائل الفقهية المدونة قليلة الشبه في الحياة الواقعية، وتغيرت التصورات الاجتماعية للنظام القانوني والجنائي وغيرهما[1]" ،ومن شروط ولاية القضاء" العلم بالأحكام الشرعية[2] "، استجابة لدعوات البعض ممن تأثروا وموضوع القضاء في الإسلام من أهم الموضوعات التي حول كتب الفقه والتاريخ الإسلامي و هو ما يتناوله هذا الفصل النظري الذي يبحث في مفهوم وقواعد الاجتهاد القضائي ضمن المدلول العام للاجتهاد في الفقه الإسلامي وأما في الفصل الثاني المتعلقان بالجانب التطبيقي في قانون الأسرة الجزائري ،ينبغي التطرق لأهم ما يتعلق بالنظام القضائي الجزائري وموقعه ضمن مصادر القانون، ومجاله في التشريع الجزائري، وهذا ما سيأتي دراسته من خلال العناصر البحثية الآتية:

المبحث الأول :مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: النظام القضائي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني :الاجتهاد النظام القضائي في الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث: حجية الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: إ أحكام الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: تطور التنظيم القضائي في القانون الجزائري.

المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري.

المطلب الثالث: حجية الأحكام القضائية في القانون الوضعي.

---

[1] الاجتهاد في الشريعة الإسلامية (ضمن مجموعة بحوث باسم الاجتهاد في الشريعة الإسلامية)، وهبة الزحيلي، إدارة الثقافة والنشر،بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ط4 0،سنة1984، ص175 -176.

[2] الأحكام السلطانية، تحقيق أحمد مبارك البغدادي، الماوردي، مكتبة دار ابن قتيبة، الكويت، ط01سنة1989،ص89.

المبحث الأول :مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: النظام القضاء في الفقه الإسلامي

الفرع الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي لغة و اصطلاحا

الاجتهاد القضائي مركب إضافي من كلمتين الاجتهاد والقضاء وعليه سأعرض لتعريف كل كلمة بشكل مستقل

1- مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي

✓ مفهوم اللغوي:لغة

بذل الجهد في تحقيق أمر معين سواء كان مادي أو معنوي وقد قال صاحب تاج العروس في تعريفه للاجتهاد" الجهد بالفتح الطاقة والوسع ، والتجاهد في بذل الوسع والمجهود كالاجتهاد افتعال من الجهد والطاقة والوصول إلى أمر من الأمور ،واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال[1]، ولا يستعمل إلا فيما فيه كلفة وجهد للوصول إلى أمر من الأمور.

✓ مفهوم الاصطلاحي:

عرفه ابن الحاجب بأنه:" استفراغ الجهد في الفقه الوسع للحاق إلى حكم شرعي".

وعرفه البيضاوي بأنه:" استفراغ الجهد في إدراك الأحكام الشرعية[2].

وقيل كذلك:" استفراغ الجهد في طلب شيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس نفسه العجز عن المزيد[3]".

وعرفه الرازي بأنه:" استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم[4]".

الاجتهاد في اصطلاح الأصولين:" بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط[5] ".

ويعرف الاجتهاد من حيث الاصطلاح: استفراغ الجهد في إدراك الأحكام الشرعية واستنباطها من أدلتها، والإجتهاد:هو مكلفشرعا أنيبذل جهده ويستفرغ وسعه في طلب العلم بهذه المسئلة.

---

[1] تاج العروس، مرتضى الزبيدي، بيروت لبنان ، ط01، سنة 1999،ص15.

[2] الإبهاج في شرح المنهاج، البيضاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، 3/ 246.

[3] أصول لتنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، أحمد محمد لطفي أحمد، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط01، سنة2007، ص149.

[4] المحصول في علم أصول الفقه، طه جابر فياض العلواني، مؤسسة رسالة بيروت،ط1،سنة1996،ص6.

[5] الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط04،سنة1994،ص401-402.

والاجتهاد في الفقه الإسلامي: يعني أن يكون القاضي متمكنا في فهم مسائل الفقه ومحيطا بالمقدمات التي تؤهله إلى معرفة أدلة أحكام الفقه التفصيلية من مصادرها الرسمية "القرآن والسنة" والقاضي في إصدار حكمه يتوجب عليه أن يبذل غاية وسعه في الوصول إلى حكم الشريعة الإسلامية في القضية المعروضة أمامه، وقال الرسول ﷺ: « إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْر»[1] ، ومن ثم قد لا يكون ما يصدر عن القاضي هو حكم الشرع لذلك لا نستطيع أن نقول أنه حكم بحكم شرعي قطعي لان ذلك كله متعلق بالاجتهاد[2].

فالاجتهاد بذل الجهد واستفراغ غاية الوسع في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها بطريق النظر و إعمال الفكر ، وهو فرض كفاية على الأمة في مجموعها وتأثم إذا لم يتوفر لها عدد من ابنائها سد حاجاتها فيه، والمجتهد الحق هو الذي ينظر إلى النصوص والأدلة بعين وينظر إلى الواقع والعصر بعين أخرى حتى يوائم بين الواجب والواقع، ويعطي لكل واقعة حكمها المناسب لمكانها وزمانها وحالها[3]،وحث القاضي على البحث والاجتهاد ويقول النبيﷺ في الحديث السابق ذكره وجاء في شرح هذا الحديث أنه إذا حكم القاضي فاجتهد أي بذل غاية وسعه في الوصول إلى الحق فأصابه فله أجران أجر على اجتهاده وأجر على وصوله إلى الحق، وإذا أخطأ فله أجر على اجتهاده فقط[4].

- ✓ **المفهوم الاجرائي:** قصد بحصول الإجراءات في مواجهة الخصوم أن كل إجراء من إجراءات الخصومة يتخذه أحد الخصوم يجب أن يكون في مواجهة الطرف الآخر في الخصومة، ويجب إخبار كل خصم بما يجريه الخصم الآخر حتى يتمكن من الرد على خصمه حماية لمصلحته، ويعطي هذا المبدأ للخصم فرصة ل لرد على كل ادعاء يوجه إليه إن كان لديه رد، كما يكفل حقه في مناقشة الخصم في دفاعه، ومن ثم فلا يؤخذ خصم على غرة وهو أمام القضاء.

---

[1] صحيح البخاري أبو عبد الله محمد البخاري، دار ابن حزم، القاهرة، ط1، سنة 2010، كتاب الاعتصام بالكتاب والسن، باب أجر الحاكم إذا أصاب أو أخطأ ،حديث رقم:7352، ص 874.

[2] ضمانات القاضي في الشريعة الإسلامية والقانون ،حامد إبراهيم عبد الكريم الجبوري، منشورات الحلبي الحقوقية ،ط01،سنة 2009،ص24.

[3] تاج العروس، مرتضى الزبيدي ،المرجع السابق،ص20.

[4] نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، سمير عالية، المؤسسة الجامعية للنشر، ط1، سنة1997، ص266.

✓ **المفهوم المقارن للاجتهاد القضائي:**

عرف بعض الفقه، الاجتهاد القضائي بأنه "مجموع الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها"، سواء في مادة أو فرع من فروع القانون، فيقال مثلا الاجتهاد القضائي دون تخصيص[1]،ما يدل عليه هذا التعبير الاصطلاحي إنه دراسة قانونية أو بحث قانوني يقوم على المقارنة بين قانونين أو أكثر ويعرفه كل من الأستاذان لومبير وصالي بأنه>> :العلم الذي يبحث عن القواعد المشتركة بين الشرائع والنظم المختلفة<< يقوم الفقه والقضاء عن طريق الدراسة المقارنة بدور مهم في إصلاح التشريع أو في حسن تطبيقه.**بالنسبة للفقه:** يقوم الفقيه بدراسة القوانين الأجنبية ومقارنتها بقانونه الوطني حيث تظهر له عيوب القانون ونواقصه ويقترح التعديلات التي تصلح للقانون الوطني وبذلك يكون الفقيه رائدا للمشرع يزوده بما يسترشد به في إصلاح القانون وتحسينه[2].

2- مفهوم الاجتهاد القضائي في القانون

✓ **مفهوم الفقهاء للاجتهاد:** إن الاجتهاد القضائي هو بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القضائية و القانونية من مصادرها الرسمية.

على أن مصطلح الاجتهاد القضائي يقصد به غالباً الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في حل مسألة قانونية والذي يقضي به، وعلى هذا يقال اجتهادات المحاكم بمعنى الآراء التي أخذت بها هذه المحاكم في أحكامها، ويطلق على الاجتهاد القضائي أيضاً إسم القضاء، وكلمة القضاء تفيد في أحد معانيها الحكم الصادر عن القاضي في قضية ما[3]،ويعتبر القضاء ضروري للمجتمع و أن كل المجتمعات في حاجة إليه بلا إستثناء سواء مجتمع إسلامي وغير إسلامي ،لهذا أمر الإسلام بالقضاء **لقوله تعالي** ﴿وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمْ أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾[4]

[1] الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي ،موسى عبود، مجلة المحاماة، العدد3، يوليوز،سنة1969ص:16 .

[2] مجلة القانون والاعمال، قانون المقارن 46: 17h; www.droitetentreprise.com

[3] المدخل إلى العلوم القانونية ، محمد سعيد جعفور، ،دار هومة، الجزائر، ط14،سنة 2007،ص204.

[4] - سورة المائدة:الاية51.

ذلك أن نظام النوع الإنساني يتوقف عليه، ولأن الظلم من شيم النفوس فكان يتوجب وجود قاضي ينصف المظلوم من الظالم النفوس لما يترتب عليه من النهي عن المنكر والأمر بالمعروف[1]، والقاضي ليس في حاجة إلى أن يجتهد في كل حكم يصدره، بل إن عمله يقتصر في كثير من القضايا على مجرد تطبيق نصوص التشريع الصريحة الواضحة، ولذا فإن كلمة القضاء لا يقصد بها هنا جميع أحكام المحاكم وإنما الأحكام التي تتضمن اجتهادات قضائية فقط[2].

ويستمد القضاء ضرورته في الدولة من ضرورة وجود قواعد قانونية في المجتمع وإن كان وجود القواعد القانونية ضرورة إجتماعية تستدعي تحقيق الحياة الهادئة للمجتمع، فإن تنفيذها في الواقع الاجتماعي من خلال الإعمال العقلي لقواعدها، يعد ضرورة إجتماعية كذلك لا تقل أهميتها عن ضرورة وجود القانون نفسه فلا خير في قانون لا ينفذ ولا يحترم قواعده، كما لا خير في مجتمع لا يحترم قانون حياته[3]،كما يقصد بالاجتهاد القضائي من الناحية القانونية هو استقرار أحكام المحاكم في مسالة معينة على نحو معين ،وبهذا المعنى يقال مثلا استقر القاضي على الحكم بالتعويض حال حدوث ضرر نتيجة عمل معين[4]، وهو مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم في المسائل التي تفصل فيها، والمبادئ القانونية هي التي تعتبر مصدرا قانونيا والتي تفصل في مبادئ لا يحكمها نص قانوني واضح ويستقر القضاء على إتباعها.

الفرع الثاني :تعريف القضاء لغة واصطلاحا

أولا :لغة: تعريف القضاء في لغة: يأتي على وجوه عدة مرجعها إلى إنقطاع الشيء وتمامه،وكل ما أحكم عمله **أو** أتم، أو ختم وأدي أداءً، أو أوجب، أو أعلم، أو أنفذ، أو أمضي فقد قضي[5]."

و من أبرز معاني القضاء في لغة العرب التي نزل بها **القرآن الكريم ما يلي:**

قوله تعالى:﴿ وَمَا تَفَرَّقُوا إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْعِلْمُ بَغْيًا بَيْنَهُمْ وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ إلى أَجَلٍ مُسَمًّى لَقُضِيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الَّذِينَ أُورِثُوا الْكِتَابَ مِنْ بَعْدِهِمْ لَفِي شَكٍّ مِنْهُ مُرِيبٍ ﴾[6].

---

[1] ضمانات القاضي في الشريعة الإسلامية والقانون ، حامد إبراهيم عبد الكريم الجبوري، المرجع السابق،ص28.

[2] المدخل إلى العلوم القانونية ، محمد سعيد جعفور،المرجع السابق،ص208.

[3] أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص31.

[4] مبادئ العلوم القانونية، ياسين محمد يحي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط06، سنة1987، ص141-142.

[5] ذيب اللغة، أبو منصور الأزهري ، تحقيق عبد السلام هارون، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ط 01، (دت،دس)،9 /211.

[6] سورة الشورى :الآية 14.

– الحكم والإلزام والفصل :وذلك في القضاء وقوله تعالى:﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾[1].

ثانيا :اصطلاحا

تعددت آراء فقهاء المذاهب في تعريف القضاء، وترجع كلها إلى معنى واحد، ومن هذه التعريفات:

1–تعريف الحنفية: حيث عرفوه بتعاريف متعددة منها: أن القضاء:" إلزام على الغير ببينة أو إقرار[2]"، وهذا التعريف غير جامع ولا مانع، إذ يدخل فيه التحكيم والصلح ، ولا يشمل كذلك القضاء بغير الشهادة والإقرار مما يكشف الحق ويظهره؛ لأن البينة يراد بها الشهادة والإقرار فقط دون بقية وسائل الإثبات الشرعية[3] ، **وعرفه العيني بأنه** ":الإلزام وفصل الخصومات وقطع المنازعات، وسمي حكما لما فيه من منع الظالم عن المظلوم[4].

2–تعريف المالكية :وقد عرفه ابن رشد الحفيد[5] بأنه" الإخبار عن حكم شرعي على سبيلا لإلزام[6]"، ونقل هذا التعريف ابن فرحون **وعرفه ابن عرفة بقوله** ":القضاء صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي[7]".

3–**تعريف الشافعية :عرفه ابن عبد السلام بقوله** ":الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية؛ هو إظهار حكم الشرع في الواقعة، فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه[8] ، وهذا التعريف غير مانع إذ يدخل فيه الصلح والإفتاء لخلوهما عن قيد الإلزام

4– تعريف الحنابلة :عرفوه بقولهم":هو النظر بين المترافعين له للإلزام، وفصل الخصومات[9]"، وهذا التعريف قريب مما عرفه به الشافعية، وعرفه البهوتي بأنه ":تبيين الحكم الشرعي والإلزام به

---

[1] سورة النساء :الآية65 .

[2] أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، قاسم القونوي ، تحقيق أحمد الكبيسي، دار الوفاء للنشر والتوزيع، جدة، ط 1،سنة1985، ص228 .

[3] مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الخطيب الشربيني، اعتنى به محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1 ،سنة 1997، 613/4.

[4] البناية في شرح الهداية، العيني، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2 ، سنة1990، ص4/8.

[5] الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ابن فرحون، تحقيق مأمون بن محي الدين الجنان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 ، سنة 1996، ص378 –379.

[6] مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الحطاب، دار الفكر، بيروت، ط3 ، سنة1992،86/6 .

[7] مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الحطاب، المرجع السابق، 86/6.

[8] مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،الخطيب الشربيني، أعتنى به محمد خليل عيتاني، المرجع السابق،497/4.

[9] المبدع في شرح المقنع، إبن مفلح الحنبلي ، المكتب الإسلامي ، بيروت، (د ط) ، سنة1978،3/10.

انظر: القضاء في الإسلام، محمد سلام مدكور ، دار، النهضة العربية، القاهرة، سنة 1964، ص18 .

وفصل الخصومات[1]، ومن خلال ما سبق ذكره يمكن القول بأن الاختلاف في هذه التعريفات اختلاف لفظي لا حقيقي، فهي تتفق في جملتها على أن القضاء المعتد به هو الذي يظهر حكم الشرع في الخصومة ،المطروحة أمامه مطبقا عليها الأحكام الشرعية المستقاة من مصادرها الأصلية، ومن ثم فإن أي قضاء.

ولذا فإن التعريف الذي يمكن وضعه واختياره للقضاء بمعناه الاصطلاحي هو تعريف ابن خلدون، الذي جمع بين معياري الشكل والموضوع فعرفه بأنه":منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسم للتداعي وقطعا للتنازع، بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة[2]".

وعلى هذا سار بعض الفقهاء **المعاصرين في تعريفهم للقضاء، فعرفه محمد مصطفى الزحيلي** بأنه":سلطة الفصل بين المتخاصمين، وحماية الحقوق العامة بالأحكام الشرعية[3].

بعد هذا العرض الاجتهاد والقضاء في اللغة والاصطلاح **يمكن تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي على النحو الآتي: الاجتهاد القضائي هو** ":استفراغ القاضي وسعه في إدرأك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلا محكما يفضي إلى الفصل بين المتنازعين، وصيانة الحقوق العامة."

أو هو القضاء الشرعي خارج نطاق النصوص القطعية في ثبوتها ودلالتها أي فيما فيه مجال للاجتهاد سواء عند ورود النص الظني في الدلالة أو الثبوت، أو عند عدم ورود النص، وهذا هو المقصود بالاجتهاد في القضاء.وهو"استفراغ القاضي وسعه وطاقته لتحصيل ظن بحكم شرعي فاصل في الخصومة واقعة متنازع عليها وملزم لاطرافها".

الفرع الثالث :ضرورة الاجتهاد القضائي

القضائي في مجال القانون دور بالغ الأهمية والأثر لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه، الاجتهاد القضائي هو الذي يضفي على القانون طابعه العملي الحي، وهو الذي يحدد مداه وأبعاده، ويعتبر ضروري وهام سواء بالنسبة للدارس او الممارس أو الباحث، إذ تعتبر هذه العملية ذات أهمية كبرى سواء بالنسبة للقاضي خصوصا ولرجل القانون عموما ، إذا بواسطتها يقع الإحتكاك المباشر مع التطبيق القضائي للنصوص القانونية والاجتهاد في مجال الأحوال الشخصية (قانون الأسرة) له طابع خاص والمقصود به هو القانون الذي يتعلق بالأسرة بالعلاقات الأسرية والاجتهادات القضائية

---

[1] الروض المربع شرح زاد المستنقع، البهوتي، تعليق عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مؤسسة الرسالة، بيروت، (د ط ،د ت، دس)، . ص704 .

[2] المقدمة، ابن خلدون، دار القلم، بيروت، لبنان، ط06، سنة1986، ص220 .

[3] التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق،ط03،سنة2002، ص63 .

من الناحية الفقهية وينظمها ويتم الإحتكام في حال نشوء نزاعات أسرية ،وهو يمس بشكل مباشر حقوق المرأة في نطاق الأسرة أو العائلة وكل ما يترتب عليها من آثار والتزامات مادية أو أدبية ، نجد أن النص القانوني الفاعل في مجال الأحوال الشخصية هو قانون الأسري ولقد إستمد قانون الأسرة الجزائري أكثر أحكامه من الشريعة الإسلامية، كما أن هذا القانون نضر صراحة في المادة 222 من قانون الأسرة على أن كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ولا يتقيد في ذلك بمذهب معين، ولقد تم تعديل هذا القانون بموجب أمر 05-02مؤرخ في 27فبرايرسنة2002.

مراتب المجتهدين :المجتهدون علي ثلاثة مراتب: مجتهد مطلق، ومجتهد مذهب، ومجتهد فتوى، ولبيان كل واحد منها نعرض لها على النحو:

1-المجتهد المطلق: وهو الذي يستقل باجتهاده في الأصول، والفروع، والاستنباط من الأدلة، والتصحيح والتضعيف للأخبار، والترجيح بينها والتعديل والتجريح للرواة، ويضع الأسس العامة لاجتهاده، ويمهد القواعد، ويوجه الأدلة، لا ينتسب إلى أحد ولا يقلد أحداً.

ويعرفه ابن الصلاح بقوله" :هو الذي يستقل بإدراك الأحكام الشرعية من الأدلة الشرعية من غير تقليد وتقييد بمذهب أحد "، ويطلق عليه المجتهد المستقل لكونه استقل بقواعده لنفسه، يبنى عليها الفقه، خارجاً عن قواعد أي من المذاهب المقررة"

2- **مجتهد المذهب:** فهو مجتهد أصوله أصول إمام مذهبه ، سواء كانت منصوصة للإمام المقلد أم مستنبطة من كلامه . أن يكون مجتهدا في مذهب إمامه ، مستقلا بتقريره بالدليل ،أن المجتهد في مذهب إمامه هو الذي يتمكن من التفريع على أقواله ، كما يتمكن المجتهد المطلق من التفريع على كل ما انعقد عليه الإجماع ودل عليه الكتاب والسنة والاستنباط.

3-مجتهد الفتوى: ويسمى مجتهد الترجيح فهو المتبحر في مذهب إمامه المتمكن من أن يرجح قولا على قول آخر لم ينص ذلك الإمام على ترجيح واحد منهما ، والمجتهد في المذهب أعلى رتبة من مجتهد الفتوى ، والمقلد هو القائم بحفظ المذهب وفهمه في الواضح والمشكل العارف بعامه وخاصه ، ومطلقه ومقيده ومجتهد الترجيح متبع لإمام مذهبه في الأصول والفروع، ولا يستنبط أحكاماً جديدة.

الفرع الرابع: :مصادر الأحكام الاجتهادية

انطلاقا من مبدأ حجية الحكم القضائي واستقلاليته والذي يمنح فيه القاضي من المصادر التي يستقي منها حكمه ما يجعله مستقلا بالرأي بعيدا عن تأثير الجهة التي عينته غير خاضع في أداء مهامه لغير النص، فقد أجمعت نصوص القرآن القواعد العامة للفصل

في المنازعات، وجاءت السنة النبوية لتفصل في بعضها وتوضح البعض الآخر، ومع هذا التفصيل ترك للقاضي مجال للاجتهاد فيما لم يرد به نص .وعلى ذلك فإن المصادر التي يرجع إليها القاضي في إصدار أحكامه تتنوع إلى مصدرين هما مصادر نقلية، واجتهادية

الأول :مصادر الأحكام الاجتهادية النقلية

ينبغي للمجتهد أن يعلمه في اجتهاده ويعتمد عليه عند استنباطه الحكم، فعليه أولا أن ينظر في نصوص الكتاب والسنة، فإن وجد فيهما قدمه على غيره، فإذا لم يجده أخذ بالظاهر منهما وما يستفاد بمنطوقهما ومفهومهما، فإن لم يجد نظر في أفعال النبي ﷺ ثم تقريراته، ثم الإجماع، ثم في القياس على ما يقتضيه اجتهاده من العمل بمسالك العلة كلا أو بعضا، وإذا أعوزه ذلك كله تمسك بالبراءة الأصلية، وعليه عند التعارض بين الأدلة أن يقدم طريق الجمع على وجه مقبول، فإن أعوزه ذلك رجع إلى الترجيح[1] بالمرجحات[2]،والمصادر النقلية الأصلية هي الأدلة الشرعية المتفق عليها عند جمهور الفقهاء :وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس[3].

1-القرآن الكريم:

تعريفه:" هو كلام الله المنزل على خاتم الأنبياء باللفظ العربي المتعبد بتلاوته والمكتوب في المصاحف، المنقول إلينا نقلا متواترا[4].

-دلالته على الأحكام :بالنظر إلى القرآن الكريم فهو الأصل التشريعي الأول، ولم يختلف فيه إثنان فهو المصدر الأول، وهو عماد الشريعة إلى قيام الساع، فقد بينت فيه أسس الشريعة وأوضحت معالمها في العقائد تفصيلا وفي العبادات والحقوق إجمالا، وهو في الشريعة الإسلامية نفسه ولمن بعده، ولذا كان هو المصدر كالدستور في الشرائع الوضعية لدى الأمم، وهو القدوة

---

[1] منتهى السول في علم الأصول ،الآمدي، تحقيق أحمد فريد المزيد، دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،ط01،سنة2003. راجع ترجيحات الأدلة الشرعية ، الآمدي، ص 261 وما بعدها.

[2] تحصيل المأمول من علم ال أصول ، أبو الطيب القنوجي ،تحقيق أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01،سنة2003 ، ص350 .

[3] غير أن القياس لا يدخل في الأدلة النقلية، وإنما يدخل ضمن المصادر الاجتهادية العقلية.

[4] أصول الفقه الإسلامي، مصطفى شلبي، دار الجامعية للطباعة والنشر،مصر،ط04،سنة1983.، ص 84 وما بعدها.

للنبي صلى الله عليه وسلم نفسه ولمن بعده، ولذا كان هو المصدر التشريعي الأصلي، غير أن الكتاب بصفته الدستورية إنما يتناول بيان الأحكام بالنص الإجمالي .

2-السنة النبوية

- **تعريف السنة** :هي عند الأصوليين :ما صدر من النبيﷺ من قول أو فعل أوتقرير[1] ، فهي بهذا المعنى المصدر الثاني من المصادر التشريعية التي تستنبط منها الأحكام كما تستنبط من المصدر الأول القرآن الكريم، ويرجع إليها في فهم المراد منه،ونظرا لما لها من هذه المكانة فقد أفردها العلماء ببحوث خاصة ومسائل متنوعة تتعلق بحجيتها وأقسامها من جهة القبول والرد، ومن جهة الصحة والضعف، ومن جهة ما يثبت بها من الأحكام وما لا يثبت، ومن جهة مرتبتها من الكتاب وما إلى ذلك[2]،

- **الاحتجاج بالسنة** :أجمع المسلمون على أن ما صدر عنه ﷺ من قول أو فعل أو تقرير، وكان مقصودا به التشريع والإقتداء، ونقل بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح بصدقه يكون حجة على المسلمين، ومصدرا تشريعيا يستنبط منه الأحكام الشرعية لأفعال المكلفين[3].

2-الإجماع

- **تعريف الإجماع** هو":إتفاق جميع المجتهدين من أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي[4].

- **حجيته** :ذهب الجمهور إلى أن الإجماع إذا أستوفى شروطه يكون حجة، وهو المصدر الثالث من مصادر التشريع، وقد وصف الآمدي الجمهور القائلين أن الإجماع حجة بأنهم أهل الحق[5].

---

[1] مباحث الاجتهاد عند ال أصول بين وأثرها في إختلاف الأحكام، أحمد عبد الحليم أحمد حمام، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، مصر، سنة1987.

[2] الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، رسالة دكتوراه، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،سنة2008-2009. ص125.

[3] أصول الفقه الإسلامي، مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 124 وما بعدها.

[4] الإحكام في أصول الأحكام ، الآمدي، تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي للنشر والتوزيع، السعودية، ط 01،سنة2003 ، 262/1.

[5] المرجع نفسه، 267/1.

وإذا أنعقد على حكم لا بد أن يكون مستندا إلى دليل فيه، وإن لم ينقل الدليل معه، إذ لا يعقل أن تجتمع كلمة علماء الأمة الموثوق بهم تشهيا بلا دليل شرعي .وهو نوعان قولي وسكوتي[1].

المطلب الثاني: الاجتهاد النظام القضائي في الفقه الإسلامي

الفرع الأول : التطور التاريخي الاجتهاد القضائي

أولا: تطوره في الفقه الإسلامي

جاء الرسول ﷺ بعد فترة حالكة من الظلم والجور ومكث النبي ﷺ بمكة 13سنة يستقبل فيها الوحي راسما المنهج الذي تسير عليه الأمة وكان في دولة المدينة يتولى بنفسه القضاء بين الناس، فلم يكن للمسلمين قاضي سواه يصدر عنه التشريع ،فكان جمع بين التشريع والقضاء وكان قضاؤه اجتهاديا لا وحيا وباتساع رقعة الدولة الإسلامية بعث عليا كرم الله وجهه إلى اليمن للقضاء بين الناس وبعث معاذ بن جبل إلى اليمن[2]، إن الاجتهاد بداء في الإسلام وأن الرسول الله ﷺ من خلال سنته القولية والفعلية حث الصحابة على الاجتهاد وأقرهم على بعض اجتهاداتهم ولم ينكر عليهم اجتهاداتهم عندما تكون بناء على اجتهاد مقبول ومعقول[3].

« وقال: النبي ﷺ للقاضي معاذ بن جبل حين بعثه إلى اليمن: كيف تقضي؟ قال:أقضي بما في كتاب الله، قال فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال فبسنة رسول الله، قال فإن لم يكن في سنة رسول الله ؟قال: أجتهد برآي، قال: الحمد الله آلذي وفق رسول الله»، فقول القاضي معاذ إجتهد برآي أي أبذل طاقتي وجهدي في الوصول إلى الحقيقة والحق بالقياس على القرآن أو السنة إذا إتفقا أو تقاربا في العلة[4]،

إعتمد النبي ﷺ في حكمه وقضائه بين الناس على أمرين الكتاب أي القرآن الكريم فقد كان هو المصدر الأول آلذي يرجع إليه البني ﷺ فكان يستشير أصحابه في بعض الأمور، فقد أثبتت السنة أنه كان يجتهد في الأحكام ، والأمر الثاني هو الاجتهاد وكان اجتهاده يمتاز بصوابه أما من حيث المبدأ وأما من حيث التعديل[5]، فالفقه الإسلامي، روى أن عمر بن الخطاب قال وهو على المنبر:

---

[1] **المدخل إلى التشريع الإسلامي، موسى كامل، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 01، سنة1989، ص201-202. الإجماع السكوتي : هو أن يتفق بعض المجتهدين على قول أو فعل، وينتشر ذلك في عصره، ويسكت الباقون منهم ولا يردوا عليهم بعد مضي مدة التأمل . وهو مختلف في حجيته، والذي عليه الجمهور أنه ليس بحجة وأنه لا يخرج عن كونه رأي بعض الأفراد من المجتهدين.**

[2] **أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص159.**

[3] **الاجتهاد والتقليد في الإسلام ، نادية شريف العمري، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر،بيروت،ط01،سنة2004،ص24.**

[4] **نظام الدولة والقضاء والعرف في الاسلام ،سميرة عالية، المرجع السابق،ص266.**

[5] **أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص52.**

يا أيها الناس أن الرآي إنما كان منذ الرسول الله ﷺ مصيبا لأن الله كان يريه وإنما هو من الظن والتكلف ،كذلك فإن النبي ﷺ لم يقصر الاجتهاد على نفسه في حياته بل إنه أذن للصحابة في الاجتهاد ومنذ ذلك إلا الأن الشريعة هي خاتمة الشرائع ،فأراد النبي ﷺ أن يعلم أصحابه كيفية الاستنباط وريقته، لإن قواعد الدين ونصوصه لم تتعرض للتفصيل ،إذ أن الحوادث لاتقف عند حد بل في كل زمن يحدث من الوقائع فيه ما لم يحدث لأهل الأزمان الآخرى[1].

وبعد وفاة رسول ﷺ تم إتباع نظام القضاء في عصر الخلفاء الراشدين على أمور :

– إن القضاة في العصر كانوا مجتهدين ومرجعهم في القضاء الكتاب والسنة ،فإذا لم يجدوا الحكم لا في الكتاب ولا في السنة اجتهدوا وقضوا بما يؤديهم عليه، وكان على القاضي آلذي لم يجد نصا في القرآن أو في السنة أن يرجع إلى حفاظ الصحابة و مجتهديهم[2].

– إن قاعدة لا مساغ للاجتهاد في أمور النص ولد في أحضان الفقه الإسلامي ،ومن ثم فإن الطريق الأمثل لفهمها فهما صحيحا هو الإحاطة بعلم أصول الفقه وأن تؤخذ هذه القاعدة على إطلاقها من صنع الاجتهاد وأن يكون حكم القاعدة، هو أنهي عن الاجتهاد في حالة وجود نص صريح ،ويتم الاجتهاد في حالة غموض النص[3].

ثانيا: أراء الفقهاء في اشتراط الاجتهاد في القاضي

ذهب جمهور من الفقهاء في صدى اشتراط الاجتهاد في من يتولى منصب القضاء ،يرى المذهب المالكي والشافعي والحنبلي إلى اشتراط الاجتهاد في القاضي لمعنى لا يولي القضاء إلا مجتهد ،ومع اشتراط أصحاب هذا المذهب الاجتهاد غلا أنهم لم يجعلوا هذا الشرط على إطلاقه بل أجازوا في حالة الضرورة توليه المقلد أو المجتهد[4].

وفي صدد تبيان خطورة منصب القضاء يقول النبي ﷺ: « من جعل قاضي بين الناس فقد ذبح بغير سكين» وجاء في شرح هذا الحديث أن القاضي عندما تعرض عليه قضية يبقى في جهد مستمر ومتواصل وقلق نفسي إلى أن يتبين وجه الحق، وهذاالجهد وهذا القلق يشبه الذبح بغير سكين[5] ،وهناك من ذهب من الحنفية و بعض المالكية والزيدية إلى أن بلوغ درجة الاجتهاد ليست بشرط في

[1] ضمانات القاضي في الشريعة الإسلامية والقانون ، حامد إبراهيم عبد الكريم الجبوري، المرجع السابق،ص34.

[2] أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص69.

[3] نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، سميرة عالية، المرجع السابق، ص25.

[4] أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص150.

[5] نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام سميرة عالية، المرجع السابق، ص263.

توليه قاض، بل يجوز توليه غير المجتهد و بالتالي يجوز عنه توليه الجاهل والمقلد، والمقصود بالجاهل عندهم من لا يقدر على أخذ مسائل من كتب الفقه وضبط أقوال الفقهاء[1]، وأما في الفقه الإسلامي فعلى الرغم مما كان للاجتهاد الفقهي ولعبه من دور كبير في إثراء هذا الفقه حتى عدّ أحد مصادره، فإنه لا يمكن عدّ الاجتهاد مصدراً رسمياً فيه، فالاجتهادات القضائية ليست سوى آراء لأصحابها قد يؤخذ بها أو لا يؤخذ، وهي لا تتمتع بأية قوة إلزامية إلا في القضايا التي صدرت فيها، ومن الجائز للقاضي الذي صدر عنه اجتهاد ما، ولغيره من القضاة، عدم التقيد باجتهاده في القضايا المماثلة[2].

الفرع الثاني: مشروعية الاجتهاد وحكمه

الأول :مشروعيته

الاجتهاد مشروع في الإسلام و هو أصل من أصوله التي تثبت حيويته، وقدرته على إيجاد الحلول المناسبة فيما أستجد في الحياة من وقائع[3]، دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

-**من الكتاب: قوله تعالى** :﴿ إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُن لِّلْخَائِنِينَ خَصِيمًا ﴾[4]،

فإنه يتضمن إقرار الاجتهاد بطريق القياس[5].

_وقوله تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾[6]، فالمراد بطاعة الله ورسوله إتباع ما علم من نصوص الكتاب والسنة، أما الرد إلى الله ورسوله عند التنازع فالمراد منه التحذير من إتباع الهوى، ووجوب الرجوع إلى ما شرع الله ورسوله بالبحث عما قد يكون خافيا أو غائبا عن البال من النصوص أو بتطبيق القواعد العامة بإلحاق الشبيه بشبيهه أو التوجه إلى تحقيق المقاصد التي إعتبرها الشارع، فكل هذا رد إلى الله ورسوله[7].

---

[1] أصول التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، أحمد محمد لطفي أحمد ،المرجع السابق،ص153.

[2] أصول القانون مقارنة ب أصول الفقه، محمد عبد الجواد محمد، دار الفكر الجامعي، بيروت، ط04، سنة1994، ص164.

[3] أصول التشريع الإسلامي، علي حسب الله، دار الفكر العربي، القاهرة، ط6 0، سنة1982 ، ص88 .

[4] النساء :الآية105 .

[5] أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي ، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط2 0،سنة2004،2/1067.

[6] النساء :الآية.59

[7] أصول التشريع الإسلامي، علي حسب الله، دار الفكر العربي، القاهرة، ط7 0، سنة1997 ، ص71.

وقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾[1]، الشورى تعني البحث عن الصواب فيما يعرض من أمور وفق أدلة الشرع منصوصة أو غير منصوصة، وهذا لا يكون إلا من خلال الاجتهاد من أهل الرأي على اختلاف تخصصاتهم، وتنوع خبراتهم[2]،

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوِ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا ﴾[3]، والاستنباط المقصود في الآية هو الاجتهاد إلى اليمن قاضيا.

– **من السنة** : ما ورد في حديث معا ذ ﷺ لما بعثه النبي ﷺ إلى اليمن قاضيا، وفيه: بما تحكم يا معاذ ؟قال :أجتهد رأيي ولا آلوا، فضرب ﷺ صدره، وقال :الحمد الله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله[4]، فالحديث يبين وجوب الاجتهاد أن لم يوجد في الكتاب والسنة ، وذلك برد القضية إلى القياس،فهو صريح الدلالة على مشروعية الاجتهاد.

وما روي عن عمرو بن العاص أنه سمع النبي ﷺ يقول: « إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فأجتهد ثم أخطأ فله أجر واحد »[5] قال أيضا:« إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر واحد[6]"،ووجه الدلالة في الحديث أن النبي ﷺ أثبت له الأجر وإن أخطأ مادام أجتهد، أما إذا أصاب فله أجران[7]،ففيه دلالة صريحة على مشروعية الاجتهاد[8].

وأن القاضي الذي يحكم بين الناس، ويمضي حكمه هو الذي لديه الاجتهاد[9].

---

[1] الشورى :الآية38

[2] الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية، محمد الدسوقي ،دار الثقافة، الدوحة، قطر،ط01،سنة1987،ص37-38.

[3] النساء :الآية 83.

[4] سنن أبي داود، أبو داود ، كتاب الأقضية، باب إجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم : 3592، تعليق عزت عبيد الدعاس وعادل، السيد، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، سنة4،15/1997.

[5] سبق تخريجه.

[6] سبق تخريجه.

[7] البحر المحيط، في أصول الفقه، الزركشي، قام بتحريره، عبد الستار أبو غدة، دار الصفوة للطباعة والنشر، مصر ، ط 2،سنة6،241/1992.أنظر:الأحكام من بلوغ المرام ، عبد الله بن عبد الرحمن البسام، ، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة،ط5،سنة7،169/2003.

[8] جامع الفقه، ابن القيم، جمع وتوثيق يسرى السيد محمد، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، ط01، سنة 7،144/2000- أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، المرجع السابق،1067/2.

[9] التهذيب في أدلة متن الغاية والتقريب، المشهور بمتن أبي شجاع في الفقه الشافعي، مصطفى ديب البغا ، دار ابن كثير، دمشق ، بيروت، ط4، سنة 1989 ، ص261 .

– **الإجماع:** فقد أجمع الصحابة وعموم الأمة بكل مذاهبها على مشروعية الاجتهاد ، يقول الإمام الغزالي :"يستدل بإجماع الصحابة على الحكم بالرأي، الاجتهاد في كل واقعة وقعت لهم ولم يجدوا فيها نصا، وهذا ما تواتر إلينا تواترا لا شك فيه[1]".

– **المعقول:** فإن نصوص الشريعة وقواعدها جاء معظمها كليا من غير تفصيل، مع أنها متناهية والوقائع غير متناهية، ولا سبيل إلى التعرف على أحكام الحوادث والمستجدات إلا بالاجتهاد[2].

ثانيا: حكم الاجتهاد

المراد بحكم الاجتهاد: الصفة الشرعية له، فلا خلاف في أن الاجتهاد حكم شرعي، وهنا يطرح سؤال ما هو حكم الاجتهاد؟ حكم الاجتهاد هو دليل شرعي من الأدلة يأتي بعد الكتاب والسنة والإجماع، إذ ما القياس إلا الاجتهاد، ولا يخفى **أن الله لما قال:**" ﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلامَ دِينًا ﴾"[3].

المطلب الثالث: حجية الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي.

عرفت الشريعة الإسلامية مبدأ حجية الأحكام، إذ أن فقاءها قد اعتبروا الحكم القضائي قرينة على صحته وعدالته، إذ يحمل القضاء على الصحة ما لم يتبين الجور، وليس للقاضي أن يتعقب أحكام من قبله؛ لأن الظاهر صحتها وصوابها[4]. ومؤدى هذا أنه يجب تنفيذ الأحكام وإمضاؤها وعدم جواز البحث فيما قضت به، واعتبار الحكم حجة فيما فصل فيه[5].

فقد أعترف فقهاء الإسلام بالأثر الإيجابي لحجية الأحكام، وهو احترام ما قضت به أحكام القضاء مستقبلا دون إعادة بحثها من جديد، وعبر هؤلاء الفقهاء عن هذا الأثر "بكتاب القاضي إلى القاضي"، واعتبروه طريقا للحكم في الرأي الغالب[6]، إذ أن القاضي المكتوب إليه متى تحقق

---

[1] الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، المرجع السابق،ص88.

[2] معجم مصطلحات أصول الفقه، قطب مصطفى سانو، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط01، سنة2000،ص28.

[3] سورة المائدة:الأية3.

[4] الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، الماوردي ، تحقيق علي محمد معوض ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1،سنة16،174/1994وما بعدها.

أنظر: المغني، شرح مختصر الخرقي، ابن قدامة ،تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار عالم الكتب للطباعة ، السعودية، ط3،سنة 1997،34/14.

[5] وهذا هو معنى الحجية في الأنظمة الوضعية، إلا أن فقهاء الإسلام قد أجازوا نقض الأحكام إذا قامت أدلة قوية على مجانبتها للصواب والحق.

[6] المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، الونشريسي، ، نشر وزارة الأوقاف بالمملكة المغربية، سنة1981، 10 /58.

من صحة الكتاب بالبينة أو بالخط أو التوقيع بهذا الكتاب، وبما ورد فيه، يعتمد على ما جاء به من شهادة أو حكم[1].

وكتاب القاضي إلى القاضي معنا: أن يقوم قاض بكتابة حكم، إما حكم قضائي موضوعي كامل، كما لو كان حكما غيابيا، أو كان حكما بحضور الخصم بعد الحكم وقبل تنفيذه، فيقوم القاضي الذي أصدر الحكم بكتابة صورة ما حكم به القاضي على الخصم الغائب[2].

لكي يقوم القاضي المكتوب إليه بتنفيذ الحكم عليه[3]، وقد يكون الحكم إجرائيا كما لو كان القاضي قد سمع شهودا، وقام بتعديلهم والسؤال عنهم، أو كان قد سمع شهودا دون تعديل أو سؤال، فيقوم القاضي بكتابة ما سمعه من الشهود إلى قاض غيره لكي يحكم بموجب هذه الشهادة وتلك الأقوال بدون تعديل أو سؤال فإن فكرة حجية الأمر المقضي فيه وهي مبدأ أصيل في فقه الشريعة الإسلامية لها شواهدها أي الحالة الأولى، أو بعد تعديل الشهود وسؤالهم في الحالة الثانية[4]، إن فكرة حجية الأمر المقضي فيه وهي مبدأ أصيل في فقه الشريعة الإسلامية لها شواهدها الثابتة في نصوص الشرع من الكتاب والسنة، كما يوجد إلى جانب ذلك فقه

للعلماء المجتهدين من الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب، الفقه الإسلامي حتى استوت نظرية عامة في حجية الأمر المقضي فيه[5].

الفرع الأول: المقصود بحجية الحكم القضائي

يقصد بحجية الحكم القضائي عند فقهاء الشريعة أن الظاهر من كل حكم صدر وفق الشروط الشرعية هو كون الحكم صحيحا ومحققا للعدالة وبالتالي يستحق التنفيذ.

وحمل الحكم القضائي على الصحة في الظاهر مقتضاه عند الفقهاء أن هذا الحكم يجب تنفيذه والعمل به وعدم إعادة البحث فيه لغير دليل، واعتباره حجة إلى أن يقوم الدليل على بطلانه، ومن ناحية أخرى فإن حمل الحكم القضائي على الصحة في الظاهر يقتضي أن لا يعتبر الحكم مقدسا

---

[1] **المرجع نفسه، 62/10.**

[2] **الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الفقه الإسلامي و القانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص187.**

[3] **القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، محمود محمد هاشم، مطابع جامعة الإمام سعود، ط1 ، سنة1988، ص385.**

[4] **شرح منتهى الإرادات، البهوتي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ناشرون، بيروت، لبنان، ط1،سنة2000، 564/6. أنظر: القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص386.**

[5] **حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، حسن أحمد علي الحمادي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ،جامعة الإسكندرية، الإسكندرية ،مصر، دار الفتح للطباعة والنشر،سنة2001. أنظر: حجية الحكم القضائي بين الشريعة والقانون، محمد نعيم ياسين ،دار الفرقان، عمان ،الاردن،ط1،سنة1984.ص188.**

إلى حد لا يمكن معه نقضه، وإنما هو معرض للنقض والتغير إذا قامت أدلة قوية على أنه قد جانب الحق والصواب[1]، سواء كان الخطأ في استنباط الحل التشريعي الاجتهادي المطبق على المسألة المعروضة على المحكمة في الدعوى، أم كان الخطأ راجعا إلى تقدير الواقعة وأدلتها.

و على هذا يمكن رد الخلاف في المسألة إلى معرفة مناط حجية الحكم القضائي ويرجع ذلك إلى **نظريتين:**

النظرية الأولى :وممن قال بها أبو ثور، وداود، وبعض فقهاء المالكية وفحواها؛ أن مناط حجية الحكم القضائي هو صحته، ويطلق عليها" نظرية الحجية المقيدة."

ومضمونها :أن المحكمة إذا أعلنت حكمها في موضوع النزاع، وكان الحكم مستوفيا لشروطه المرعية شرعا، فإنه يحوز حجية الحكم القضائي، ولكن إذا تبين أن هذا الحكم القضائي قد شابه الخطأ في العملية التقديرية الاجتهادية في استخلاص الحل التشريعي للمسألة المعروضة عليه، فإنه لا يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه، ويجوز إعادة رفع المنازعة مرة أخرى أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، كما ينبغي على المحكمة أن تعدل عن قضائها الخاطئ، وذلك بالرجوع إلى الحكم الصواب.

النظرية الثانية :يرى جمهور الفقهاء من أصحاب المذاهب الإسلامية أن مناط حجية الحكم القضائي هو عدم مخالفته لأحكام الشريعة القطعية، ويطلق عليها" نظرية الحجية المطلقة."

ومضمونها :أن الحكم الصادر عن هيئة المحكمة في المسائل المعروضة عليها، يحوز حجية الأمر المحكوم فيه، سواء أكانت المحكمة عند إصدارها الحكم مصيبة وجه الحق أم بعيدة عنه، ما لم تخالف في حكمها النصوص التشريعية القطعية للشريعة الإسلامية، وقال ابن فرحون نقلا عن المالكية":فأما العالم العدل فلا يتعرض لأحكامه إلا على وجه التجويز لها، وإن عرض فيها عارض بوجه خصومه، فأما على وجه الكشف لها والتعقب فلا وإن سأله الخصم ذلك[2].

---

[1] حجية الأحكام الشرعية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، عبد الحكم شرف، ط1، سنة1988، ص14- 15.أنظر: حماية القاضي وضمانات نزاهته، عادل محمد جبر أحمد الشريف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ،سنة2008 ص169 و ما بعدها.

[2] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون، دار الكتب العلمية، بيروت ،(دط ،دت، دس)،58/1.

أنظر:الاجتهاد القضائي في الفقه وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ،محفوظ بن صغير، المرجع السابق،ص190.

المبحث الثاني: أحكام الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري

المطلب الأول: الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري

الثابت أن الاجتهاد القضائي أنه كان له دور هام جدا في وضع المبادئ الفقهية، لا سيما والقاضي كان فقيها، وكان يلتزم بالقواعد ا لشرعية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية، وما وصل إليه الفقهاء السابقون باجتهادهم، فإذا لم يجد فيها نصا يطبقه على المسألة المعروضة عليه فإنه كان يجتهد بنفسه ويضع قاعدة فقهية جديدة طبقا للقواعد الأصولية في استنباط الأحكام الشرعية، غير أن الأمر يختلف عن ذلك في القانون الوضعي الحديث على غرار ما سيأتي بيانه في الفروع الآتية:

الفرع الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي قانونا

أولا- تعريف الاجتهاد القضائي:"بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية، فالاجتهاد القضائي كمصدر للقانون هو:" مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم في المسائل التي تفصل فيها[1]".

والمبادئ القانونية التي تعتبر مصدرا قانونيا هي المبادئ التي تفصل في مسائل لا يحكمها نص قانوني واضح ويستقر القضاء على إتباعها[2]."

ويقصد به: مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم في مسألة معينة[3] ؛ أي رأي المحاكم واجتهادها في المسائل القانونية المعروضة عليها، وعلى هذا يقال :اجتهادات المحاكم في أحكامها،ويطلق على الاجتهاد القضائي أيضا اسم القضاء؛ وكلمة القضاء تفيد في أحد معانيها[4]:"الحكم الصادر عن القاضي في قضية ما، و القاضي ليس في حاجة إلى أن يجتهد في كل حكم يصدره، بل إن عمله يقتصر في كثير من القضايا على مجرد تطبيق نصوص التشريع الصريحة الواضحة[5].

---

[1] الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري محفوظ بن صغير، المرجع السابقص231.

[2] أصول القانون مقارنة ب أصول الفقه، محمد عبد الجواد محمد، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ط، سنة1991 ص163-164.

[3] مبادئ القانون ،عبد المنعم البدراوي ،مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة، (د ط)،سنة1972،ص244.

[4] مبادئ العلوم القانونية ،ياسين محمد جعفور ،دار النهضة العربية،القاهرة،ط6، سنة1987،ص141-142.

[5] المدخل إلى العلوم القانونية ،محمد سعيد جعفور، دار الهومة،الجزائر،ط14،سنة2007،ص208-211. أنظر: المدخل للقانون ،محمد النعمان ،دار النهضة العربية ،بيروت،سنة1975،ص112.أنظر:المدخل للعلوم القانونية ،ابراهيم الخليلي، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،سنة1999،ص177ومابعدها.

كما يقصد به:" استقرار أحكام المحاكم في مسالة معينة على نحو معين ، وبهذا المعنى يقال مثلا: استقر القضاء على الحكم بالتعويض حال حدوث ضرر نتيجة عمل معين[1]،ولذا فإن كلمة القضاء لا يقصد بها هنا جميع أحكام المحاكم، وإنما الأحكام التي تتضمن اجتهادات قضائية فيما يعرض للقاضي من منازعات يستوجب عليه الفصل فيها فحسب، ومن ثم كان اليوم في عالم القانون والنظم القضائية أن رأي محكمة النقض (المحكمة العليا) وحدها في تفسير النص القانوني هو الاجتهاد القضائي الملزم، ليكون الاجتهاد القضائي (كالنص القانوني) رأيا وتفسيريا واحدا معروفا[2].

ثانيا- الاجتهاد في العرف القضائي:

الحادثة محل النزاع في العرف القضائي كما قال ابن القيم: "لا يتمكن الحاكم فيها من الحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم،

أحدهما الأول: فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما.

والثاني :فهم الواجب في الواقع أي فهم حكم الشارع في هذا الواقع ثم يطبق أحدهما على الآخر[3]"، ولا شك أن كلا من فهم الواقع وفهم حكم الشرع فيه قد يكون القضاء في الحادثة واضحا لا خفاء فيه، وقد يعترض هذين الفهمين أو أحدهما نوع من الخفاء فيشتبه فهم الواقع أو يشتبه فهم النص الشرعي أو القانوني الذي يرى تطبيقه على هذا الواقع لاختلاف فيه أو إجمال أو إشكال، فتدعو الحال استنباط حكمها من بين تلك المشكلات، وما يبدو للباحث في هذا المقام ويتخذه أساسا لرفع الاشتباه أو ترجيح بعض الآراء أو إزالة الخفاء ويرتب عليه حكمه في الحادثة هو الذي سمي بالاجتهاد القضائي (مبادئ القضاء)، وإليه يرجع في مثلها ويحتذى في نظائرها وتفسير الاجتهاد(المبدأ) بهذا المعنى هو المشهور في الدوائر القضائية. وبناء عليه تعرف القضية المجتهد فيها (القضية ذات المبدأ) بأنها قضية اشتبه بها وجه القضاء فبني الحكم فيها على توجيه يرفع الإشكال ويزيل الخفاء[4].

---

[1] مبادئ العلوم القانونية، ياسين محمد يحي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط06، سنة1987، ص141-142.

[2] المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا ، دار القلم،دمشق،ط2،سنة1،316/2004.

[3] الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن القيم، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، سنة1953، ،ص4.أنظر:جامع الفقه، ابن القيم، جمع وتوثيق يسري السيد محمد، المرجع السابق7،/121.

[4] الحياة القضائية، محمد ضاحي،مطبعةالنصر،مصر،ط1،سنة1938،ص15-16.

ومن المقرر أن أحكام المحاكم لا تعتبر حجة إلا في المسألة التي فصلت فيها، وذلك يعني أن المحاكم لا تكون ملزمة بإتباع المبادئ التي وضعتها من قبل، ولكن الذي يحدث عمليا أنه إذا عرض على المحاكم نزاع لا يوجد نص قانوني يحكمه، أو يكون تطبيق هذا النص محل خلاف، فإن هذه المحاكم تسير كلها في نفس الاتجاه، أو تختلف المحاكم فيما بينها فتقوم المحكمة العليا وهذا دورها الرئيسي، بتوحيد المبدأ القانوني في هذه المسألة عندما تعرض عليها[1]،ومما سبق بيانه يمكن القول بأن الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي هو ما يعبر عنه بالمبادئ القضائية أو السابقة القضائية.

الفرع الثاني: مجال الاجتهاد القضائي وموقعه من بين مصادر القانون

الأول: مجال الاجتهاد القضائي عند وجود النص: الأصل في سلطة القاضي تقييده بالنص القانوني، وإطلاقها فيما لم يرد فيه نص قانوني صريح، وعليه فقد يجتهد القاضي إما من خلال النصوص التشريعية، التي يلتزم تطبيقها أو من خارج هذه النصوص، فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاضي إلى أن **يجتهد في حالتين أساسيتين:**

1-**غموض النص أو إبهامه من جهة:** يعني أن النص ليس له معنى واضح محدد وإنما هو يحتمل أكثر من تأويل، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يجتهد في فهم النص وتحديد معناه، وهو حين يفعل ذلك إنما يحدد الحكم الذي يتضمنه هذا النص، ولذا قد تختلف الاجتهادات القضائية تبعاً لاختلاف القضاة في فهم النصوص وتفسيرها[2].

2-والنقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة ثانية:

وأما النقص في النص فيقع عندما يتعرض المشرع لبعض المسائل مباشرة ويتناولها بالتنظيم، ويغفل في الوقت نفسه مسائل أخرى فلا يبين أحكامها[3]، وإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لابد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك باللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى،ويحاول القاضي في هذه الحالة أن يستخلص من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكت عنها المشرع مستعيناً

[1] أصول القانون مقارنة ب أصول الفقه، محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق،ص164.

[2] المدخل إلى العلوم القانونية ،عمار بوضياف ،دار جسور للنشر والتوزيع،الجزائر،ط3،سنة2007،ص181-182.

[3] مدخل للعلوم القانونية، إبراهيم الخليلي، المرجع السابق،ص12.

في ذلك بطرائق التفسير المتاحة له، ولاسيما طرائق الاستنتاج المختلفة[1]، ولا يقف القاضي في اجتهاده عند تفسير النصوص التشريعية محدداً معانيها أو مستخلصاً منها أحكاماً جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحياناً وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعديل أحكامها، فنصوص التشريع تمثل غالباً آخر ما وصل إليه في الوقت الذي وضعت فيه، ولكن هذه النصوص تبقى ثابتة، ويستمر المجتمع في تطوره فتنشأ فيه ظروف وأوضاع مادية وإقتصادية و إجتماعية جديدة، بل قد تتغير فيه المبادئ والمثل، فتصبح النصوص التشريعية، إذا لم تعدل، متخلفة عن مواكبة تطور المجتمع وتلبية حاجاته، ويحرص القضاء في مثل هذه الحالة على التوفيق بين نصوص التشريع الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة، فيتجاوز، كما ترى المدرسة التاريخية في التفسير، إرادة المشرع الذي وضع تلك النصوص، ويعطي النصوص معاني جديدة تختلف عن معانيها الأصلية، وأحكاماً مغايرة لما أراده واضعوها كي تصبح أكثر ملاءمة لأوضاع المجتمع الذي تطبق فيه[2].

ثانيا: مجاله في عدم ورود النص

وإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لابد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك باللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الآخرى، ومن أهم هذه المصادر" العرف[3]"، والقاضي لا يصنع العرف طبعاً كما أنه ، خلافاً لما يراه بعضهم ليس هو الذي يكسبه قوته الإلزامية، لأن العرف ملزم بذاته قبل أن يطبقه القضاء، ولكن للقاضي مع ذلك دوراً مهماً في الأخذ بالعرف لأنه هو الذي يتحقق من توافر شروطه ويثبت وجوده[4]، وعرف هو ما أعتاده الناس والجمهور والفرد من قول وفعل تكرر مرة بعد مرة ،حتى تمكن أثره على نفوسهم وصارت تلقاه عقولهم بالقبول و ما تعود الناس عليه أو جمع منهم والفرد حتى استقر في نفوسهم من فعل شاع بينهما و كثر استعماله في معنى خاص بحيث يتبادر منه عند إطلاقه دون معناه الأصلي[5]، ومن المصادر الرسمية التي أحال عليها كل من القانونين المصري والسوري وبعض القوانين العربية، الأخرى

---

[1] والمقصود بذلك التفسير التشريعي، وهو ما يصدر عن المشرع من تشريعات تتضمن توضيح مسائل معينة شابها غموض في تشريعات نافذة ،كما يعتبر التفسير التشريعي استثناء من الأصل، إذ يفترض في النص التشريعي عند وضعه وضوح معانيه بما تنتفي معه الحاجة إلى تدخل تشريعي لاحق لتفسير النص، إلا أنه تفسير ملزم للكافة بما في ذلك القضاة بحكم كونه نصا تشريعيا.

[2] أصول القانون مقارنة ب أصول الفقه، محمد عبد الجواد محمد، المرجع السابق، ص165-166.

[3] المدخل للعلوم القانونية ،إبراهيم الخليلي، المرجع السابق،ص102.أنظر:هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، عصام أنور سليم، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة1996، ص104.

[4] النظرية العامة للشريعة الإسلامية، جمال الدين عطية، مطبعة المدينة المنورة، ط01، سنة1988، ص235.

[5] مدخل للعلوم القانونية، إبراهيم الخليلي ،المرجع السابق،ص20.

(مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[1])، وهذه المبادئ والقواعد ليست مدونة في مرجع معين أو قائمة محددة، فإذا أحتاج القاضي إلى الرجوع إليها، ونادراً ما يحتاج إلى ذلك، كان عليه أن يحدد ما يراه موافقاً منها، لذا فإن إحالة القاضي على هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد منها، كما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، (إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء[2]) ،أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة الأولى في فقرتها الثانية من القانون المدني على أنه": (إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف،فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[3]).

حيث يرى جانب من الفقه أن مجال عمل القاضي وهو ينشئ القواعد ابتداء من غياب النص إنما يشبه إلى حد بعيد عمل المشرع المتمثل في إنشاء القواعد القانونية ،فمجال عمل القاضي يشبه أيضا فكرة إنشاء حق جديد، فالقاضي الذي يتدخل ليضع حلا قانونيا لنزاع محدد في غيبة النص الذي يحكمه إنما يمارس سلطة في جوهرها وحقيقتها ذات طابع تشريعي واضح[4].

ثالثا: موقع الاجتهاد من بين مصادر القانون:

وعليه فقد اختلف موقع الاجتهاد القضائي بين مصادر القانون باختلاف النظم القانونية[5]، ففي النظم التي يمكن أن يضع القضاء فيها قواعد عامة وملزمة، كما هو الحال في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم في بعض الحالات، وكما هو عليه حاليا في القانون الإنجليزي الذي يعبر السوابق القضائية[6] التي تصدر عن القضاء من قرارات أو اجتهادات من المصادر الرسمية

---

[1] الوجيز في نظرية القانون، محمد حسنين، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة1986، ص52.

[2] المبادئ القانونية العامة، أنور سلطان، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص82-83.

[3] الامر رقم:78-58المؤرخ في:26-09-1975المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة :العدد31،المؤرخ2007.

[4] معايير تعريف العمل القضائي ، بدرخان عبد الحكيم إبراهيم، ديوان المطبوعات الجامعية لجزائر، ،ط1،سنة1994،،ص65.

[5] التفسير القضائي في القانون المدني، رضا المزغني، عبد أمجيد عبودة ،أدارة البحوث ،المملكة العربية السعودية،سنة1983،ص219-220. أنظر: الحدود الدستورية بين السلطتين الدستورية والقضائية(دراسة مقارنة)، عادل الطبطبائي، لجنة التأليف والتعريف والنشر ،جامعة كويت، دون طبعة ،سنة2000،ص309. هناك ثلاثة مذاهب فقهية إتجاه الاجتهاد القضائي كمصدر للقواعد القانونية، فهناك من يرى أن القضاء يمكن إعتباره مصدرا رسميا للقواعد القانونية، وأن دوره في خلقها لا يقل أهمية عن دور السلطة التشريعية، وهناك من يرى بأنه لا يمكن الإعتراف به كمصدر رسمي للقواعد القانونية، ولكنه يقوم بدور كبير في خلق هذه القواعد من الناحية الواقعية أو الفعلية، يرى جانب آخر من الفقه أن دوره لا يتعدى أن يكون مصدرا تفسيريا للقواعد القانونية وهذا هو الإتجاه الغالب.

[6] الفقه والقضاء في قانون المرافعات ،محمد عبد الحق، مكتبة القاهرة الحديثة،(دط،دت)،سنة1994،ص62.

يقوم مبدأ السابقة القضائية على أساس أنه إذا قضى الحكم في وقائع معينة على نحو معين فإنه يجب إتباع ما قضى به هذا الحكم في وقائع مماثلة في المستقبل.

للقانون[1]، فالطبيعة الملزمة لنظرية السوابق القضائية الإنجليزية ترجع للقواعد المتبعة عملا، وهي التي يطلق عليها" قواعد السابقة "والتي روعي في صياغتها ما يؤكد فعالية القاعدة الأساسية التي تقضي بأن القانون الإنجليزي يرتكز إلى حد بعيد على قانون القضايا[2]،أما في النظم التي لا يجوز فيها للقضاء وضع قواعد عامة وملزمة، وإنما يرجع إلى اجتهاداته على سبيل الاستئناس
كما هو في القانون الفرنسي المعمول به اليوم[3]،وبعض والقوانين العربية التي تأثرت به ومنها الجزائر، فيعد الاجتهاد القضائي من المصادر غير الرسمية للقانون أو من المصادر التفسيرية، وبالتالي لا يجوز للقاضي إصدار قواعد عامة وملزمة[4].

أما في الفقه الإسلامي فعلى الرغم مما كان للاجتهاد الفقهي والقضائي من دور كبير في وضع المبادئ الفقهية وإثراء هذا التراث الفقهي حتى عد أحد مصادره، فإنه لا يمكن عد الاجتهاد مصدرا رسميا فيه، فالاجتهادات الفقهية ليست سوى آراء لأصحابها قد يؤخذ بها أو لا يؤخذ والاجتهادات القضائية لا تتمتع بصفة قوة الإلزامية إلا في القضايا التي صدرت فيها [5]، ومن الجائز للقاضي الذي صدر عنه اجتهاد ما، ولغيره من القضاة عدم التقيد باجتهاده في القضايا المماثلة[6]، ومن هنا يتبين الدور الحقيقي الذي يقوم به الاجتهاد القضائي في النظام القانوني الجزائري من إرساء لقواعد القانون، فرغم أنه لا يعتبر مصدرا رسميا من مصادر القانون، إلا أنه يصنع القانون، ولكن تبقى هذه القواعد القانونية التي يبتكرها القضاء مستندة في قوتها الملزمة إلى تطبيقها بالفعل بواسطة المحاكم نفسها، دون أن ترقى إلى مرتبة الإلزام التشريعي، فإذا طرأت المحاكم على

---

[1] النظرية العامة للشريعة الإسلامية، جمال الدين عطية، المرجع السابق، ص201. الأصل في الدول الحديثة فيما عدا بريطانيا وبعض الدول التي تتبع نظامها القضائي أن القاضي حين يفصل في النزاع المعروض عليه يطبق القانون الذي تختص بإصداره سلطة أخرى هي السلطة التشريعية، وحتى في بريطانيا حيث الاجتهادات القضائية هي المصدر الأساسي للقانون، فإن هذه الاجتهادات هي عبارة عن أحكام صدرت في قضايا محددة عرضت على المحاكم، وكان قصد المحكمة من إصدارها هو الفصل في هذه القضايا، وليس وضع قانون عام يطبق على الكافة، وإنما تكتسب هذه الأحكام خاصة إذا تكررت واستقرت صفتها كقانون حين يلتزم القاضي بها في قضية أخرى مماثلة.

[2] الفقه والقضاء في قانون المرافعات، محمد عبد الحق، المرجع السابق، ص62.

[3] السوابق القضائية في القانون الإنجليزي، روبرت كروس، ترجمة محمد الشيخ عمر، دار الجيل،بيروت،لبنان،ط02،سنة2007،ص24. يختلف الأمر بالنسبة للنظام القضائي الفرنسي من وجهة النظر العملية، وهو أن القاضي في النظام الفرنسي لا يعتبر نفسه ملزما بصفة مطلقة بقرارات المحاكم التي صدرت في شأن أمر معين سابق.انظر، روبرت كروس ،السوابق القضائية في القانون الإنجليزي.

[4] دروس في مدخل العلوم القانونية ،نادية فضيل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة،سنة1999،ص78.

[5] مبادئ القانون عبد المنعم البدراوي ،المرجع السابق،ص260.

[6] أصول القانون مقارنة ب أصول الفقه، محمد عبدالجواد محمد، المرجع السابق،ص164. أنظر: تفسير القضائي في القانون المدني ،ورضا المزغني،عبد المجيد غبودة، المرجع سابق،ص219-220.

مقتضى مبادئ الاجتهاد أمكن القول باستقرارها عملا لا قانونا، والواقع أن القاضي لا يخلق القانون للحالة المعروضة عليه، بل يطبق القانون عليها، كما أنه في تفسيره للنصوص الغامضة أو سده نقصا في القانون أو عند فصله في المسائل الجديدة إنما يوسع في مضمون القاعدة القانونية، فهو لا يستمد القانون من اجتهاده، بل يكشف عنه في ثنايا التشريع، وإن ما يخلق من قواعد جديدة لا يعتبر من قبيل القواعد القانونية في معناها الدقيق، لأن هذه الاجتهادات لا تتعدى الأحكام التي صدرت بشأنها[1].

المطلب الثاني: تطور التنظيم القضائي في القانون الجزائري وأهميته في قانون الأسرة من الوجهة العملية

الفرع الأول: تطور الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري والعوامل المساعدة له

إن مسايرة القضاء الشرعي في مجال الأحوال الشخصية لما تتطلبه الأوضاع المختلفة للمجتمع في مختلف مراحل تطوره إنما يدل على مرونة التشريع الإسلامي بوجه عام وصلاحيته لاستيعاب ما يجد من قضايا ناتجة عن التطور العلمي الذي يشهده هذا العصر، أو ناتجة عن الظروف السياسية والاجتماعية، كذا الأوضاع الثقافية التي إستحكمت في بعض الدول العربية ، مما جعل الدور مناطا بالمحاكم الشرعية للنهوض بالاجتهاد في مجال قضاء الأحوال الشخصية، الأمر الذي أسهم في المحافظة على إبقاء الشريعة الإسلامية مصدرا لأحكام الأسرة[2]، وفيما يأتي بيانات الآتية:

1 التطور العلمي :إن غزارة الدراسات الاجتماعية والأبحاث الطبية والابتكارات العلمية المتسارعة، التي مكنت البشرية من الوصول إلى كثير من الحقائق التي كانت مجهولة سابقا، ومنها بعض الجوانب المتعلقة بالأحوال الشخصية، كتقدير أطول مدة الحمل، وإثبات النسب، من عرفها على أهنا: « الصفات الوراثية اليت تنتقل من الأصول إلى الفروع والتي من شأهنا تحديد شخصية كل فرد عن طريق جزء من حامض الدنا الذي يحتوي على خلايا جسده« البصمة الوراثية هي الناتج عن فحص البنية اعبينية(الوراثية) التفصيلية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه «فظهور مثل هذه المسائل التي تحتاج إلى بيان حكمها الشرعي المناسب لها، لا يكون إلا عن طريق الاجتهاد فيها[3].

---

[1] الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، عادل الطبطائي، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،سنة1999،ص78.

[2] الاجتهاد القضائي في الفقه وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ،محفوظ بن صغير، المرجع السابق،ص199.

[3] الفقه الإسلامي وأدلته، وهيبة الزحيلي، دار الفكر بيروت،ط7،سنة1996،ص687.

2-**الوضع السياسي والاجتماعي** :تأثر قانون الأحوال الشخصية كغيره من القوانين بالوضع السياسي والاجتماعي السائدين، بعدما حل محل حكم الدولة العثمانية بالشريعة الإسلامية في كثير، من الدول العربية والإسلامية الاحتلال الأجنبي الذي أقصى تطبيق الشريعة الإسلامية في مختلف مناحي الحياة المدنية على الخصوص، وأبقى على الأحوال الشخصية تحكمها قواعد الفقه الإسلامي، غير أنه لم يبق الأمر على حاله بعدما تأثر بعض المسلمين بمناهج المحتل، فانعكس ذلك على فهمه لدينه، وعلى مدى إلتزامه بتطبيقه على الوجه الصحيح.

فغدا التفكك الأسري والتشرد ، وضياع الهوية فأصبح التوجه العام يلامس المشاكل في كل الجوانب، ويبحث عن الحلول الأجنبية خارج نطاق أحكام الشريعة الإسلامية في جانب السلوك الفردي والنظام الاجتماعي والنظام العقابي، فكان من دواعي النهوض بالاجتهاد السعي لحماية الأسرة من غوائل المفاسد الاجتماعية التي أفرزتها الحضارة الوافدة ، لوضع البدائل والحلول المناسبة التي من شأنها المحافظة على النظام الأسري في المجتمعات الإسلامية[1].

3-**التأثر بالحضارات الوافدة** : إن أهم ما خلفه تلاقي الحضارات وتعارف الشعوب على المجتمع الإسلامي هو زعزعة الثقة بالأحكام الشرعية وخاصة في قضايا الأسرة التي تعتبر اللبنية الأولى للمجتمع [2]، ما أدى إلى العمل على تغييرها ولو تدريجيا، ومن هنا كانت حجج المطالبين بالتعديل وتبريراتهم مبنية على حتمية استنباط أحكام تتماشى مع روح العصر، واستجابة لميولهم لتقاليد الأمم الأخرى في هذا الاتجاه وإتباع الأمم التي تواكب هذا التطور مما يؤدي إلى إتباع هذا التطور و التماشي معه وذلك عن طريق مجموعة من الاجتهادات للوصول إليها[3]،فكان للاجتهاد دور في بيان تفوق النظام الإسلامي بكل جوانبه على ما لدى الآخرين من أنظمة، فما أعطته، الأحكام الشرعية للمرأة يفوق ما أعطته القوانين والأنظمة في دول الغرب ،والنظم المقارنة وهذا ما صرح به الكثير منهم ،من الباحثين في هذا المجال، حيث نجد أن الاجتهاد الذي لعبه في الشريعة الإسلامية كان له دور بالغ ذو أهمية أكثر من الدول الغربية[4].

---

[1] المؤامرة على المرأة المسلمة، أحمد فرج، المنصورة الإسكندرية، ط2، سنة1986، ص138-139.

[2] المرأة بين القانون والفقه، أحمد السباعي، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، سنة1993، ص59.

[3] التصريح الأسري في القرن14هـ، عبد الوهاب أبو سليمان، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ط1، سنة1393هـ-1394هـ، ص77.

[4] قوانين الأسرة، سالم بهنساوي، دار الفكر الجامعي،ط01 ،سنة1996،ص80.

الفصل الثاني

سلطة القاضي في الحد من النزاعات

المتعلقة بانحلال الزواج وآثاره

- **المبحث الأول:** التفريق القضائي(التطليق والخلع) في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري .

- **المبحث الثاني: :** آثار التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تمهيد:

يعتبر الطلاق في قانون الأسرة المحور الأساسي، والطريقة الرئيسية ،التي تنحل بها الرابطة الزوجية طبقا للمادة48 من قانون الأسرة الجزائري (84-11) والقانون المعدل والمتمم لأمر05-02،ومن المشكلات التي عنيت بها الديانات ،والشرائع، عناية متباينة الإتجاه، ومختلفة الحلول فقد شرعه الله علاجا للخلافات الزوجية ،حينما لا ينفع معها علاج سواه وفي الحقيقة الأمر رخصة ،من الشارع الحكيم، أباحه عند الضرورة ، وهي التي في القانون الواجب التطبيق ،وهي من التصرفات الشرعية التي تصدر عن الزوج بإرادته المنفردة، وقد أسندت الشريعة هذا التصرف إلى زوج وهي المسؤولية كلها تقع عليه ومنه(آثار الطلاق،وما يلزم الأولاد من سكن للحاضنة)،بل له حالات وأوقات ،تجرد الزوج من التعسف ،وتحميه من العبث فلا يستعمل إذن إلا في موضعه، وبمقتضى أحكام تضبطه ،وأسباب قاهرة وضرورة قصوى تدفعه إلى الرغبة الإرادية فيه، الفرقة بين الزوجين في الفقه الإسلامي ، وقد تكون باتفاق الطرفين (الخلع)، وقد تكون بحكم القاضي (التطليق) لضرر قد يلحق بالزوجة ،غير أن مجال الاجتهاد يكون في بعض المسائل الجزئية، والتي تبقى محل تقدير ونظر القاضي مما لم يأت بشأنها نص ، كما يكون للقاضي السلطة في التقدير في مسألة وإسناد الحق في الحضانة، والنزاع في متاع البيت ، ولهذا يقتصر في هذا الفصل على معالجة أهم النصوص القانونية ،المتعلقة بالتطبيق القانوني و القضائي لأحكام الخلع والتطليق، وكذا تناول بعض آثار الطلاق وهي سكن المحضون، وذلك بالرجوع إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وما نص عليه قانون الأسرة الجزائري واستقرت عليه التطبيقات القضائية، وذلك من خلال العناصر البحثية الآتية:

المبحث الأول :التفريق القضائي(التطليق والخلع) في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري .

المطلب الأول: التطليق لمخالفة المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري

المطلب الثاني: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين في فقه وقانون الأسرة الجزائري

المطلب الثالث: أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الثاني :آثار التفريق القضائي في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الثالث: مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت (اختلاف الزوجين في متاع البيت)

المبحث الأول: التفريق القضائي(التطليق والخلع) في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: التطليق لمخالفة المادة8 من قانون الأسرة الجزائري

أجازت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها السادسة للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج أحكام المادة الثامنة من قانون الأسرة، حيث أوجبت على الزوج عند عزمه الزواج بأخرى، إخبار الزوجة السابقة واللاحقة وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية، ويمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل، والشروط الضرورية للحياة الزوجية، كما نصت المادة8 مكرر من قانون الأسرة أنه في حالة.

التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة وما يمكن ملاحظته أن أحكام الفقرة السادسة من المادة 53 لا موجب لإعادة ذكرها، ذلك أن القانون قد نص عليها في المادة 8 مكرر، والتي تقضي بأحقية كل زوجة في المطالبة بالتطليق في حالة تدليس الزوج بعدم إخبارهما والحصول على موافقتهما وترخيص القاضي المسبق، كما أن المادة 19 من نفس القانون تعتبر هي الأخرى الأساس لهذه الفقرة التي تجيز للمرأة طلب التطليق عند مخالفة الزوج لشرط في عدم الزواج عليها، وعليه يبدو أن المشرع قد أخرج من دائرة عموم الضرر المعتبر، حالة مخالفة أحكام المادة الثامنة، وجعلها سببا مستقلا من أسباب طلب التطليق من خلال نص الفقرة السادسة من المادة53 ومنه فهل يعد مجرد عدم إعلام الزوجة السابقة واللاحقة دون إلحاق الضرر المعتبر شرعا بإحداهما.

أوبهما معا سببا كافيا لطلب التطليق والتفريق القضائي، وما ينجم عن ذلك من أثار سلبية على الأسرة وبخاصة عند وجود الابناء ؟ **وهذه القيود هي:**

* وجود المبرر الشرعي.
* توافر شروط ونية العدل (السكن والنفقة .....).
* إعلام الزوجة السابقة والمرأة اللاحقة(**لاو وجود لها في الحقيقةاليوم.....**).
* تقديم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

كما يجب أن لا ننسى بأن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 من ق.أ تشكل ضرر معتبر شرعا بحيث تتكلم المادة الثامنة عن حالة تعدد الزوجات وفي هذه الحالة يجوز لكل واحدة الحق في

رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا، وتنص المادة 37 من ق.أ على العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة بحيث إذا لم يقم الزوج بالعدل المطلوب شرعا وقانونا بين زوجاته أو تهرب من القيام بواجباته الزوجية فإنه يجوز للزوجة الحق في طلب التطليق للضرر. وباختلاف تقدير هذا الضرر أدّى إلى ظهور عدة اجتهادات قضائية في هذا الشأن سنستهل بذكر بعضها، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1985/05/20 : " من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد الخلاف بين الزوجين ولحق الزوجة من ذلك ضرر بيّن واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو تناقض في الأسباب ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله يستوجب رفضه[1] ".

وقد جاء في قرار أخر: " متى كان من المقرر شرعا أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية[2]."

ومن المستحيل أن يعدل الزوج مع زوجته الوحيدة في كل وقت، فكذلك العدل بين زوجاته غير مستطاع، كما في **قوله تعالى:** ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴾ [3]،وطالما كان الزوج يعدل بين زوجاته العدل المستطاع، فلا يحتج عليه **بقوله تعالى:** ﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾[4]،كما لا يحتج عليه بقاعدة في حديث عن أبي سعيد سعد بن سنان الخدري ﷺ : أن رسول الله ﷺ قال : «لا ضرر ولا ضرار» ، حديث حسن رواه ابن ماجة[5] .

---

[1] المحكمة العليا، قرار رقم :ملف رقم36414 ،بتاريخ 85/05/20 19،المجلةالقضائية، عدد 2،سنة 1990 ، ص 58.

[2] المحكمة العليا ،قرار ملف رقم: 34767 ، بتاريخ 84/12/25 ،المجلة القضائية، عدد 1 ،سنة1990 ،ص 92.

[3] سورة النساء:الاية129.

[4] سورة البقرة:الاية231.

[5] شرح القواعد الفقهية، الزرقا محمد ،تنسيق ومراجعة عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق، ط2 ، سنة1989،ص165.

المطلب الثاني: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين في فقه وقانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول : التطليق والأحكام المتعلقة به

أولا: موضوع التفريق القضائي

1-التطليق:

يجد التفريق القضائي موضوعه من خلال نص المادة 53 من قانون.الأ.سرة الجزائري[1]، الأسباب التي يجوز للزوجة طلب التطليق، فنصت على ما يلي " :يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78و79 و 80 من هذا القانون.

2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج(هناك عيوب مستمرة).

3-الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة.

5-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه.

7 - ارتكاب فاحشة مبينة(الزنا).

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا[2].

والملاحظ أن المشرع قد وسع من دائرة الأسباب التي تسمح للمرأة بطلب التفريق القضائي إذا ما أثبتت سببا مشروعا يجعل من الحياة الزوجية مستحيلة بينهما ،المصطلح يقصد به فقط ما يقع بإرادة الزوج، أما ما يكون بإرادة الزوجة فيسمى تطليقا[3]، وذلك إستنادا إلى أحكام المادة 53 من

---

[1] الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، بلحاج العربي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط سنة2005،ص263-264.

[2] المادة 53المعدلة بالأمر رقم:05-02، المؤرخة في :27-2-2005.

[3] التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، منصوري نورة، ،دار الهدى، عين مليلة ،الجزائر، دون طبعة، دون سنة، المرجع السابق،ص12-13.

نفس القانون، والتي جاء فيها " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق[1]، مما يدل أن المشرع فرق بين مدلولي الطلاق والتطليق لاختلاف أثارهما لاسيما من حيث الدور الذي يلعبه القاضي في كل منهما ومن حيث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة فيها[2] ،ويعتبر التطليق مكنة منحها المشرع للزوجة تلجأ من خلالها للقضاء بطلب الفرقة بينها وبين زوجها إستنادا لأسباب محددة وللقاضي السلطة التقريرية في قبول أو رفض طلبها[3]، ويمكن إعتبارها رخصة إستثنائية منحها المشرع للقاضي، وممارسة هذه الرخصة مقيدة بعدة قيود وشروط وهي كلها خاضعة للسلطة التقديرية للقضاء[4]."

ثانيا :التفريق للشقاق المستمر بين الزوجين

نصت الفقرة8 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين "بمعنى إذا حصل شقاق وخصام بين الزوجين وساءت العشرة بينهما، أمكن للزوجة المتضررة اللجوء إلى طلب الطلاق[5]،كما يمكن للزوج أيضا بالمقابل أن يلجأ إلى الطلاق إذا كان هو الحل الوحيد أمامه لرفع الحرج[6]، والملاحظ أن التفريق للشقاق المستمر بين الزوجين لا يقتصر على الزوجة فقط ولا تنفرد به وحدها فللزوج الحق في إرادته المنفردة إذا استحالة العشرة بينهما.

ولا شك أن المقصود بالشقاق هو العشرة بين الزوجين و استمرار التنافر بينهما، بسبب من الزوج أو الزوجة، أو بسببهما معا، مما يلحق الضرر بأحدهما أو كليهما، لأن الشقاق بحد ذاته يعتبر ضررا، فإذا دب الخلاف وأتسع نطاق الشقاق فإن الشارع قد عالج ذلك بتوسيط حكم من أهله وحكم من أهلها ليدرسا سبب الشقاق وهما على القرب منهما وعلى صلة ما تمكنهما من اكتشاف الحقائق، لمحاولة إصلاح ذات البين وملاقاة أسباب النزاع قبل أن يستفحل أمره ويتعداهما إلى

---

[1] **بالأمر رقم:05-02، المؤرخة في :27-2-2005.**

[2] **التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، منصوري نورة، المرجع السابق،ص15.**

[3] **المرجع نفسه، ص16.**

[4] **التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة و اجتهاد المحكمة العليا، يوسف عزيرية، مذكرة تخرج للقضاء، المعهد الوطني للقضاء،سنة2003-2004،ص6.**

[5] **شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، بن الشويخ الرشيد، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،ط01،سنة2008.،ص205.**

[6] **المرجع نفسه، ص 205.**

باقي الأسرة[1]، وكما هو معلوم شرعا أن الفرقة بسبب الشقاق المستمر قد تكون طلاقا على الوجه المشروع إذا كانت الإساءة من جانب الزوجة، كما يكون خلعا إذا كان الشقاق بسبب كرهها له، ويكون تطليقا من الحكمين إذا كان التشاجر بينهما وجهلت أحوالهما في التشاجر، ولم يعرف المحق من الباطل، غير أن المشرع الجزائري جعل الحق للمرأة طلب التطليق عند الشقاق المستمر بينها وبين زوجها.

وحسب استقراء هذه المادة فإنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق للشقاق تحت عنوان وحيد وهو الضرر المعتبر شرعا فلا بد من وجود ضرر حتى تطلب الزوجة التطليق[2]، غير أن طلبها يبقى محل تقدير من قبل قاضي الموضوع الذي يمكنه أن يحكم لها بالطلب، كما يمكن له رفضه وهذا ما أقره الاجتهاد القضائي ولقد ثبت هذا من خلال قرارات المحكمة العليا وتجسيدهما للتطليق للشقاق بين الزوجين في القرار الآتي القرار رقم139353 بتاريخ1996/9/24:" من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة سبب كافي للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون[3]، وعلى هذا الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين[4]"، ويبد ومن خلال النص أنه لا تحكم المحكمة بمجرد وجود شقاق وخصام بين الزوجين، بل عليها أن تثبت بأن الخصام المستفحل بينهما وطال أمده، وبالتالي اقتناع المحكمة بعدم جدوى بقاء العلاقة الزوجية[5]،وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد تناول موضوع الشقاق المبرر بطريقة عرضية غامضة نوعا ما، إلا أنه يمكن الاستئناس بالاجتهاد القضائي، حيث جاء القرار الصادر في 1999/6/15"من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين بإعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأن يمتثل للقضاء لتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجهل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها للتعويض،

---

[1] قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي.وقانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة2012، ص242-243.

[2] الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، دار هومة، الجزائر،سنة2007،ص273.

[3] قرار المحكمة العليا، رقم:139353الصادر في1996/09/24،المجلة القضائية،العدد2، لسنة1997،ص66.

[4] الأمر رقم:05-02 المؤرخ في:27-20-2005.

[5] شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق،ص205.

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وتظلم الزوج طبقوا صحيح القانون[1] ويفهم من هذه القرارات أن الاجتهاد القضائي قد قيد **التطليق للشقاق بقيدين أساسيين هما:**

1-الاستمرار الذي تصبح معه الحياة الزوجية مستحيلة وكذا ثبوت الضرر بسبب الشقاق ،وهذا لم يوضحه المشرع الجزائري من خلال نص المادة53فقرة8 .

2-التحكيم في دعوى التطليق: أن المشرع أتاح للزوجة إثبات الضرر بكل الوسائل القانونية الممكنة، لاسيما البينة والإقرار، فإن عجزت عن إثبات ذلك، وعجز القاضي عن الصلح، عين للزوجين حكمين واحد من أهله والآخر من أهلها للإصلاح بينهما[2]،

أولا :الجانب القانوني: وهو ما نصت عليه المادة 56 من ق.أ.ج :" إذا أشتد 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 يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين[3]، ونصت عليه المادة 466من قانون الإجراءات المدنية "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين أثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة[4]، حيث يفهم من هذه النصوص أن المشرع الجزائري لا يلجأ إلى ندب الحكمين إلا في حالة تفاقم الخصام وعدم تبين الضرر، ومن ثم تكون مهمة الحكمين الأساسية هي الإصلاح لا مجرد معرفة الطرف المتضرر للحكم له بالتعويض، كما يتضح من نص المادة449من قانون الإجراءات المدنية أنه يجوز للقاضي إنهاء مهمة الحكمين إذا ثبت له فشلهما في الإصلاح ويجوز للقاضي إنهاء مهامهما تلقائيا إذا تبين له صعوبة المهمة وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة، نلاحظ أن القانون الجزائري يشترط إجراءات التحكيم ومحاولة الصلح بينهما، وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي الصادرة بتاريخ1991/06/18:" من المقرر قانونا أنه لا يثبت التطليق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ، ومن ثم فإن القاضي بما يخالف هذا المبداء خطأ في التطبيق القانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالتطليق

---

[1] المجلة القضائية، رقم الملف:224655، عدد خاص، سنة2001، ص129.أ نظر: قانون الأسرة مدعم بإجتهادات قضاء المحكمة العليا مع أخر تعديلات،العيش فضيل،ديوان المطبوعات الجامغية،بن عكنون،الجزائر،سنة2006،ص53.

[2] الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، عبد العزيز سعد،دار هومة،ط03،سنة1996، ص270-271.

[3] الأمر رقم:05-02 المؤرخ في 27-20-2005.

[4] القانون رقم:08-09المؤرخ في 25-02-2005، الجريدة الرسمية، العدد21، سنة23-04-2008.

بين الزوجين دون القيام بإجراءات محاولة الصلح بين طرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون ومتى كان ذلك أستوجب نقض القرار المطعون فيه[1]،كذلك نجد في قرار صادر من المحكمة العليا بتاريخ1999/02/16"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بالتطليق بسبب الغبن طبقوا القانون تطبيقا سليما [2] ".

ومنه لا بد من معرفة أساس التحكيم في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وذلك على النحو الآتي:

ثانيا :الجانب الفقهي

الفرع الأول: تعريف التحكيم وحكمة مشروعيته

أولا: تعريف التحكيم لغة واصطلاحا

1-لغة :مصدر حكم، يقال حكمه في الأمر تحكيما، أي أمره أن يحكم فأحتكم وتحكم، يعني جاز فيه حكمه[3]، ويطلق الحكم على من يختار للفصل بين المتنازعين[4]، كما في قوله تعالى:

﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً ﴾ [5].

2- اصطلاحا: فقد جاء في الدر المختار أن التحكيم هو: " تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما[6]"،وقال ابن قدامة: "إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز[7]، وعرفه الزرقا من المعاصرين بأنه :"عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا أخر حكما بينهما للفصل في خصوماتهما بدلا من القاضي[8]،

---

[1] المجلة القضائية، رقم الملف:7541، سنة1993، ص.65

[2] المرجع نفسه، ص203.

[3] المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط04، سنة2004 :ص190

[4] المرجع نفسه، ص190.

[5] سورة النساء :الآية35.

[6] الدر المختار، الحصكفي ، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، دون طبعة، دون تاريخ، دون سنة،150/2.

[7] المغني، شرح مختصر الخرقي، ابن قدامة، المرجع السابق ،92/14.

[8] المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، المرجع السابق،619/1.

والتحكيم بين الزوجين في اصطلاح الفقهاء هو :"تولية الزوجين المتنازعين رجلين من أهلهما للإصلاح بينهما والفصل في خصومتهما[1].

الفرق بين القضاء والتحكيم:

القضاء:منصب يتولاه القاضي بأمر الامام لفصل الخصومات بين الناس(حقوق الله)، وهو فصل الخصومات وقطع المنازعات

التحكيم:إتفاق الخصمين على تفويض الحكم في مسألة لرجل عدل.

الفرق بين التحكيم والقضاء :

اذا كان القضاء والتحكيم يتفقان في كونهما جهات للفصل في المنازعات إلا أنهما يختلفان في التالي، التحكيم يعد قضاء ثانوياً بجانب القضاء .

والقضاء حق مقرر لجميع أفراد المجتمع، بل ويجبر من لا يستجيب لدعوة القاضي على المثول أمامه أو الحكم عليه وينفذ الحكم جبراً عن طريق السلطات العامة، فالسلطة القضائية أحد مظاهر سيادة الدولة وللقضاء ولاية عامة فهو مختص بنظر جميع القضايا التي تعرض عليه والفصل فيها حسب الأنظمة المعمول بها في الدولة. أما اللجوء الى التحكيم فلا يكون حقاً مقرراً لجميع الناس ولا يشمل كل المواضيع، فهناك قضايا أو مسائل لا يجوز اللجوء الى التحكيم لحل النزاعات الناشئة عنها. وولاية التحكيم لا تقوم إلا برضا أطراف النزاع عن طريق اتفاق التحكيم الذي يتضمن اتفاق أطراف الخصومة على اللجوء الى التحكيم، والذي بدوره أيضاً يحدد نوع الخصومة والاجراءات التي يجب اتباعها لانهاء تلك الخصومة، مع مراعاة ان الجهة المختصة أصلاً بالنظر في النزاع المعروض على التحكيم يجب ان تصادق على اتفاق التحكيم وكذلك المصادقة على الحكم التحكيمي وتعطي الأمر الى الجهات المختصة في الدولة بتنفيذه،وكذلك في حال اتفاق الأطراف على مواصلة حل النزاع عن طريق التحكيم أو في حال صدور حكم المحكم مخالفاً للنظام العام، فإن سلطة الفصل في هذا النزاع تعود الى القضاء الرسمي فهي الجهة المختصة في حل النزاع.

ومن الفروق ان أطراف النزاع لهم حق اختيار هيئة التحكيم، ولا يكون ذلك في القضاء فلا يمكن

[1] المغني، شرح مختصر الخرقي ، ،ابن قدامة، المرجع نفسه،264/10.

لأطراف النزاع اختيار قاض معين للفصل في النزاع، والأصل في اجراءات التحكيم هي السرية في حين ان الأصل في اجراءات وجلسات القضاء العلنية[1].

ثانيا :مشروعيته: ثبتت مشروعية التحكيم بالكتاب والسنة والإجماع وعمل الصحابة.

1-من الكتاب: منها قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً ﴾[2]، **وقوله تعالى:** ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيمًا﴾[3] **وقوله تعالى:** ﴿ فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ [4].

2-من السنة: ما جاء في حديث بريدة" أن رسول الله ﷺ كان إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيرا، ثم قال :وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تتركهم على حكم الله فلا تتركهم على حكم الله ولكن أنزلهم على حكمك فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا[5].

3-من الإجماع: أنعقد الإجماع على جواز التحكيم ومشروعية العمل به من عصرالرسولﷺ إلى يومنا هذا، **قال السرخسي**":والصحابة مجمعون على جواز التحكيم[6].

ثالثا :حكمة مشروعيته :شرع التحكيم لغرض فض المنازعات والخلافات القائمة بين الناس دون اللجوء إلى القضاء نظرا لطبيعة الإجراءات المتبعة أمامه، والتي يجد فيها الناس كثيرا من المشقة والتعب، وتتحقق من خلال نظام **التحكيم مصلحتين** :مصلحة القضاء في تخفيف العبء عنه، ومصلحة الأفراد في رفع المشقة عنهم الخاصة بإجراءات التقاضي وتعقيداتها، والتي تكون في بعض الأحيان حائلا دون تحقيق العدالة في إيصال الحق إلى أهله[7].

---

[1] سعود بن عبدالعزيز العتيق ،أم القيوين..... ..http://www.alittihad.ae/details.php?id=11231&y=2005

[2] سورة النساء:الاية35.

[3] سورةالنساء:الاية65

[4] سورةالمائدة:الاية42.

[5] صحيح مسلم، أبو الحس مسلم تالنيسابوري، دار ابن حزم، القاهرة، ط1، سنة 2010، الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث...، حديث رقم:1731، ص 509.

[6] المبسوط، السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1،سنة21،63/1993.

[7] الصلح في مسائل الأحوال الشخصية، محمود محمد عوض سلامة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، سنة1996، ص76-77.

الفرع الثاني :دور الحكمين في الإصلاح بين الزوجين

لما كان الغرض من الحياة الزوجية إقامة أسرة مستقرة علي التشريع الإسلامي ببيان ما يجب أن يكون إذا تصدع ائتلاف الزوجين، وهو بعث حكمين من أهله وأهلها يبذلان غاية جهدهما في جمع الشتات وإصلاح ذات البين، **لقوله تعالى:** ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾[1].

لفرع الثالث: شروط الصح وشروط الحكمين[2]

شروط الصلح تستشف من المادة 49 من قانون الأسرة و ذلك ضمنيا حيث تنص على" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر"

أولا: أن يكون هناك نزاع اذا لا يتصور إجراء الصلح من غير سبب

ثانيا:أن تكون هناك صفة لرافع الدعوى أي المدعي هو الزوج أو الزوجة نفسهما أو أحد ممثليهما قانونا كالمحامي او الولي أو الوصي.أن يتمتع بأهلية التقاضي (أي أن يكون متمتع بسن الرشد المدني و هو 19 سنة حسب المادة 40 من القانون المدني)،أن يكون متمتع بقواه العقلية و غير محجور عليه(المادة 42 و 44 من القانون المدني).

ثالثا:إتخاذ القاضي الإجراءات اللازمة لإجراء الصلح من تحرير محضر يبرز نتائج الصلح .

رابعا: ترفع الدعوى في مسكن الزوجية و ذلك حسب المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية حيث ان دعاوى الرجوع إلى محل الزوجية المحكمة المختصة هي المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مسكن الزوجية حسب المادة الثامنة الفقرة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية الجزائري التي تنص"و مع ذلك،ترفع الطلبات المتعلقة بالمواد المذكورة أدناه أمام الجهات القضائية دون سواها على الوجه التالي:- في دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها.

---

[1] **سورة النساء:الاية19.**

[2] **أنظر: 42: h10; Avocat ، مدونة تعنى بالقانون و البحوث القانونية و كذلك بكل ما يتعلق بالإجراءات المتبعة أمام القضاء و كيفية تطبيقها سواء من قبل القاضي أو المحامي .كذلك المدونة يتم نشر فيها ملخصات بسيطة من أجل المراجعة**
Jeudi, 29 Mars 2007

أولا:تعريف تحكيم وفق القانون الجزائري:

التحكيم هو وسيلة يلجأ إليه القاضي في حالة اذا لم يتمكن القاضي من إيجاد الحل بالصلح بين الزوجين مخول لأقارب كل من الزوجين ،أي من أهل الزوج و أهل الزوجة و ذلك حسب المادة 56 من قانون الاسرة الجزائري بأنه:" إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين ، حكما من أهل الزوج ، و حكما من أهل الزوجة ، و على هذين الحكمين ان يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"

وفقا لنص المادة 56 من قانون الاسرة أنه:

- إذا اشتد الشقاق بين الزوجين أو أضر أحدهما الآخر
- استحال استمرار المعيشة المشتركة بينهما و لم يثبت الضرراختارت المحكمة حكمين حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة .

و يشترط في الحكمين:

- أن يكون رجلين عدلين من أهل الزوجين
- و عليهما أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين.
- أن يبذلا جهدهما في الإصلاح.
- انه اجراء الزامي بالنسبة للقاضي حسب المادة 56 من قانون الاسرة

ثانيا: الفرق بين الصلح و التحكيم

الأول: أوجه التشابه

من خلال ما سبق يتبين لنا سواء اجراء الصلح او التحكيم انهما في غاية الإختلاف من حيث من هو الإجراء الأسبق في سير الدعوى الإ انهما يتمتعا**باوجه تشابه نذكر منها:**

- يجب ان يكون هناك نزاع قائم.
- كلاهما اجراء تمهيدي للحكم بالطلاق.
- كلاهما يأمر بهما القاضي.

ثانيا: اوجه الإختلاف:

اجراء الصلح و التحكيم كما سبق و ان ذكرنا انهما اجراء يأمر به القاضي إلا ان من يقوم به يختلف من إجراء لآخر فالصلح إجراء يقوم به القاضي حيث عليه أن يستدعي الزوجين المتخاصمين إلى مكتبه بواسطة مكتب الضبط، و ذلك في جلسة خاصة ،ثم يحاول أن يصلح بينهما و يكون ذلك

باشعار الزوجين بضرورة التسامح المتبادل ، و بيان محاسن المحبة و التفاهم و الإ نسجام و من أجل ضمان مصالح الأطفال،أما التحكيم كما رأينا يقوم به الحكمين اللذين عينهما القاضي ،كذلك ان الصلح إجراء إلزامي للقاضي أما التحكيم فهو إختياري و ذلك لان التحكيم نلجأ اليه في حالة اشتد الشقاق بين الزوجين و لا يمكن الصلح بينهما.يمكن القول كذلك ان إجر.[1]

المطلب الثالث: أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: الخلع وأحكامه في القانون الأسرة الجزائري: للخلع أهمية كبيرة في حياة المرأة عموماً، والعاملة بوجه خاص، حيث يعتبر المنفذ الشرعي والقانوني الوحيد

الذي تتمسك به حالة بغضها لزوجها، فهي إما أن تتفق مع زوجها على مقدار الخلع وتأخذ ذمتها منه، وإما أن يحكم القاضي بصداق المثل دون ضرر لأي أحد من الزوجين. فماهو تعريف الخلع وأسبابه يا ترى ؟ ،وفيما تتمثل الأركان التي يقوم عليها ؟ وما هو تكييفه القانوني والشرعي ؟

أولا: تعريف الخلع وبيان حكمة مشروعيته وحكمه

1-:تعريف الخلع وأسبابه: تقتضي معالجة موضوع الخلع، التعريف به لغة، وشرعاً، وقانوناً.

1.1-تعريف الخلع لغة :النزع والإزالة، إزالة الزوجية يقصد بالخلع عند علماء اللغة الإزالة، يقال خلع فلان ثوبه إذا أزاله، وخلعَ الزوج زوجته إذا أزال زوجتيها، وقد جرى العرف على تسمية الإزالة لغير الزواج بفتح الخاء ،وعلى تسمية الإزالة للزواج بضمها، وقد سمُيت إزالة الزوجية بذلك ،لأن كل من الزوجين لباسٌ للآخر

قال تعالى :﴿ أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ ﴾[2]" .

يقال خلع الرجل امرأته خلعاً ، أي أزال زوجتيها ، وخلعت المرأة زوجها مخالعة إذا أفتدت منه[3].

2.1- تعريف الخلع اصطلاحا (شرعا):عرف المذاهب الخلع ،فقد **عرفه الحنفية** بأنه" إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبوله الزوجة بلفظ الخلع أو في ما معناه[4].

---

[1] **Avocat، مدونة تعنى بالقانون و البحوث القانونية و كذلك بكل ما يتعلق بالإجراءات المتبعة أمام القضاء و كيفية تطبيقها سواء من قبل القاضي أو المحامي .كذلك المدونة يتم نشر فيها ملخصات بسيطة من أجل المراجعة،نفس المدونة.**

[2] **سورة البقرة:الاية187.**

[3] **أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ،مصطفى شلبي ،دار الجامعية للطباعة والنشر، بدون سنة ،دون طبعة ،ص552.**

[4] **الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، سنة1،519/2000. أنظر: رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ج3، سنة1992، 439/3.**

* أما **عند المالكية** فقد عرفه الدرد ير بأنه" طلاق بعوض أو بلفظه وعرفه ابن رشد بأنه:" بذل المرأة العوض على طلاقها[1] ، احتكام المشرع الجزائري الى المعاوضة،وفاة الزوجة قبل تقديم العوض(يأخذمن تركتها)ونلاحظ 15000حالة خلع في الجزائر.

* أما**الشافعية**، وحسب ما يقول ابن شهاب الدين الرملي في تعريف الخلع" هو فرقة بين الزوجين بعوض مقصود بلفظ طلاق أو خلع راجع لجهة الزوج[2] .

*أما **فقهاء الحنابلة** يرون بأنه "فراق الزوج لزوجته بعوض يأخذه منها أومن غيرها بألفاظ مخصوصة" [3].

* **أما الخلع عند الظاهرية فهو**":الإفتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها[4].

3.1-**تعريف الخلع عند المشرع الجزائري:** غير أنه بصدور التعديل الجديد لقانون الأسرة بالأمر05-02، حيث نص هذا الأمر من خلال المادة تنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "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"[5]، يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة أن تطلب إنهاء الرابطة الزوجية مقابل مبلغ مالي تعرضه على الزوج، فإن قبِل به يتم اعتماده من القاضي، وإن لم يقبل به يتم تحديده من طرف القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، كما يفهم من نص المادة أنها لم تلزم الزوجة تقديم أسباب طلب الخلع بإيراد الوقائع المؤدية إلى إحداث الضرر الموجب للخلع، حيث أنحصر دور القاضي في تحديد قيمة المقابل المالي عند عدم الاتفاق عليه بين الزوجين، كما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد ارتقى بالخلع ليجعل منه حقا

---

[1] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد القرطبي، دار ابن حزم،بيروت،لبنان،ج1،سنة2،66/1999. أنظر: قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق، نصر الدين ماروك، مقال بمجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، العدد4، سنة2004، ص82.

[2] حكام الخلع في الشريعة الإسلامية، عامر سعيد الزيباري، دار ابن حزم ،ط سنة1996،ص49-50-51. أنظر: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، مصطفى البابي الحلبي،القاهرة،ج3،سنة3،347/1958. أنظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن شهاب الدين الرملي، دار الفكر ،ج6،الطبعة الاخيرة،سنة1984،ص393.

[3] قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق، نصر الدين ماروك، المرجع السابق ص82.

[4] المحلى بالآثار، ابن حزم، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط01،سنة10،235/1929.

[5] الأمر رقم:05-02 المؤرخ في:27-2-2005.وحررت في ظل قانون رقم:84-11.

أصيلا للزوجة دون موافقة الزوج مقابل حق الزوج في الطلاق بعد أن كان رخصة تستعملها الزوجة عند الحاجة لذلك، وعلى هذا ففي نظر المشرع أن ربط الخلع برضا الزوج هو تقييد للحق الممنوح للمرأة في طلب الخلع، وحتى لا يتعسف الزوج في استعمال حقه في الرضا مما يفتح باب الابتزاز والاستغلال، أن تعديل المادة 54 أصبح يوجب على القاضي أن يحكم للزوجة بالتطليق مقابل مال تحت تسمية خلع بمجرد طلبه، وبمجرد عرض مبلغ من المال مقابل الخلع دون أي اعتبار لإرادة الزوج أو عدم موافقته .وتبعا لذلك فإن التعديل الحالي لم يهمل فقط إرادة الزوج في مسألة الخلع وإنما أقر تغييبها وإهمالها أيضا في مسألة مقابل الخلع، حيث نصت الفقرة الثانية من هذه المادة":على أنه إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم "ومن ثم فلا عبرة لعدم قبول الزوج وأنه يجوز للقاضي في مثل هذه الحال أن يترك إرادة الزوج جانبا وأن يحكم للزوج بمبلغ لا يجوز أن يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم[1]،كما عرّفت المادة 48 الطلاق أنه" حل لعقد الزواج يتم بإرادة الزوج أو بتراضي، أو بطلب من الزوجة ،في حدود ما ورد في المادتين53 –54 من هذا القانون" ومن خلال المادتين السالفتي الذكر، يتضح أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة أن تلجأ إلى طلب الخلع في حالة كرهها للزوج ،لأن الخلع شرع للكره عكس التطليق الذي شرع لرفع الضرر.

2- **أسباب الخلع:** إذا كان الخلع من بين الطرق الشرعية التي تمنح للزوجة حق إنهاء الرابطة الزوجية وفق الآليات المذكورة أنفاً ،وانتفت أسباب التطليق والطلاق، بأن تعسف الزوج في إبقائه للزوجة ظلماً وعدواناً[2]، واستنباطاً يمكن اختصار **أسباب الخلع فيما يأتي:**

1-إذا كرهت الزوجة زوجها، دون أن يبادلها الكره، وترفض عشرته دون أن يرفض عشرتها، فتكون منه ناشز إن بقيت معه، ستضطر لعصيان ربها ومخالفة أحكام عقد الزواج وما يرتبه من حقوق وواجبات.

2- إذا أنتفت أسباب التطليق المنصوص عليها في المادة 53 المعدلة بالأمر:05-02 . والتي هي10 أسباب على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وإذا كانت الزوجة فارّة من زوجها تحت تأثير واحد من هذه الأسباب فإنها تطلب التطليق دون الخلع ،لأن التطليق بدون مقابل ،في حين

---

[1] **قانون الأسرة في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد ،دار هومة، الجزائر، دون طبعة،سنة2007، ص129-130.أنظر: دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، يوسف دلاندة، دار هومة، الجزائر،2007 ،ص63-64**

[2] **الأمر رقم:05-02 المؤرخ في:27-2-2005 والمتضمن قانون الأسرة ،الجريدة الرسمية، العدد15،صادرة بتاريخ27-2-2005.**

أن الخلع بمقابل مالي تقدمه للزوج ،ويمكن هنا إيراد مثالا[1]، عن أول خلع في الإسلام، فقد روي عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين ،ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال: ﴿ أتَرُدين عليه حديقته؟ قالت : نعم قال: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة﴾.

3-إذا أبقينا في نزاع الخلع الذي يتم باتفاق الطرفين فقد نزيد الطين بله، وقد يتعسف أحد الطرفين ولا يوافق ، وبهذا تكون حرية موافقة الزوجين على الخلع وبالا وليس حل، ودفعاً بالمشرع الجزائري لإرساء أصول المساواة بين الزوجين من خلال الأمر05-02فقد أباح خلع الزوجة دون موافقة زوجها شريطة أن يرى القاضي المبرر الذي يتكيف مع نوع الفُرقة هاته ، غير أن الخلع كطريق للفرقة يعتبر رضا الزوجين لا يتوقف على حكم حاكم وهذا هو القول الغالب في الفقه الإسلامي[2].

ثانيا: أساس القانوني للخلع:

إن الخلع هو ذلك النظام الذي يمكن المرأة من إنهاء الحياة الزوجية عندما يتعذر عليها إثبات قيام أحد الأسباب التي نصت عليها المادة 53 من قانون الأسرة بخصوص التطليق، مستندة في ذلك على نص المادة 54 من نفس القانون، وهذا هو المفهوم الذي كرسه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا[3].

الفرع الثاني: حكم الخلع ودليل مشروعيته:

الأصل في الخلع أنه مباح ومشروع[4] وهذا ما اتفق عليه الفقهاء وأجمعوا عليه أولاً: من القرآن الكريم: لقد وردت آيات كثيرة أخذ منها الفقهاء أحكام الخلع ،واستنبطوا القواعد الفقهية

حيث أن جل الآيات التي جاءت بأحكام الخلع قال تعالى:﴿ الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ

[1] شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، فضيل سعد، المؤسسة الوطنية للكتاب ،ط سنة 1986،ص303-304.

[2] الطلاق الانفرادي وتدابير الحد منه في الفقه الإسلامي والشرائع اليهودية والوضعية و التقنيات العربية المعاصر (دراسة مقارنة)، أحمد نجيب الغزالي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة2001،ص43.

[3] إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة (الزواج، الطلاق)، لعمارة محمد صورية، مذكرة التخرج للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، سنة2005-2006، ص171.

[4] سنن النسائي،أحمد بن شعيب علي بن سنان بن بحر النسائي،مكتب المطبوعات الإسلامية،ج6،سنة3461،19994،ص169.

أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُون﴾[1].

من خلال هذه الآية الكريمة، نرى أن الله تبارك وتعالى لما ذكر الطلاق مرتان ومسألة الإمساك بالمعروف ،أو التسريح بإحسان ،عالج سبحانه وتعالى مسألة أخذ مال الزوجة من طرف الزوج أنه محرماً شرعاً، ثم أستثنى من ذلك حالة، إذا خافا أن لا يقيما حدود الله فيما بينهما ،كَبُغض المرأة لزوجها ،أو سوء سلوكها في بيتها مع زوجها ، ففيهذه الحالة يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته مالاً ليسرحها، ويسمى هذا" بالخلع"حيث **قال تعالى:**﴿ وَإِنِ امرأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرً ﴾ [2]، وقال أيضا: ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ﴾[3] .

ثانيا– من السنة: رُوِي عن النبي ﷺ كتب الحديث الصحيحة ،روايات كثيرة: جاء في صحيح البخاري عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس **إلى النبي** ﷺ، فقالت يا رسول الله ،ما أنقم على ، ثابت في دين ولا خلق ، إلّا أني أخاف الكفر، فقال رسول الله: أتردين عليه حديقته ؟..فقالت :نعم فقال رسول الله ﷺ : ﴿ أقبل الحديقة وطلقها تطليقة﴾[4]، يدل وجه الدلالة في هذا الحديث أن الأمر الوارد في قوله: ﴿أقبل الحديقة وطلقها تطليقة ﴾ يدل على جواز الخلع، ومن ثم مشروعيته إذا كرهت المرأة زوجها، الأمر المفضي إلى كفران العشيرة، وعدم القيام بحق الله فيه، ويعد هذا أول خلع وقع في الإسلام[5].

ثالثا– من الإجماع: انعقد إجماع الصحابة على مشروعية الخلع وجوازه، وعلى ذلك علماء الأمة الإسلامية إذا توافرت شروطه الشرعية[6]، قال القرطبي":وعليه جمهور الفقهاء،قال مالك" :لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم ،وهو الأمر المجتمع عندنا ، وهو الرجل إذا لم يضر بالمرأة ،ولم يسئ

---

[1] سورة البقرة :الاية229

[2] سورة النساء:الاية128.

[3] سورة النساء:الاية130.

[4] البخاري، لمرجع السابق، كتاب الطلاق ، باب الخلع...، حديث رقم:5273، ص 654.

[5] مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،الخطيب الشربيني، المرجع السابق،347/3.

[6] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، المرجع السابق، 66/2.أنظر: المغني ،ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، دار إحياء التراث العربي،ج7،ط1،سنة1985 ،268/10.

إليها ولم تؤت من قبله ،وأحبت فراقه ،فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما أفتدت به[1] ،وقد ذكر الشوكاني في فتح القدير ،بعد أن حكى رأي المزني قال :" وهو خارج عن الإجماع "وقال ابن عبد البر : ولا نعلم أحد اً خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني، إذاً فالإجماع منعقد على مشروعية الخلع[2].

رابعا :المعقول، ويستدل به من وجوه:

الأول :إذا كانت الزوجة متضررة باستمرار حياتها الزوجية والبقاء مع زوجها وتريد إزالة هذا الضرر بالطلاق خلعا كان عليها في المقابل أن تزيل ما سيقع من ضرر على الزوج إذا طلقها، وذلك ببذلها العوض كمقابل يزيل عنه الأضرار المادية في محاولة منها للتخفيف لا سيما إذا كان الرجل غير راغب في الفرقة.

الثاني :إذا كان للزوج أن يملك الانتفاع بالبضع بمقابل هو المهر حال الزواج، جاز له أن يزيل ملكه بمقابل هو العوض حال الخلع[3].

الثالث :إذا كان من حق المرأة أن تهب مهرها لزوجها من غير فائدة تعود عليها، جاز لها بالأولى أن تعطيه الفداء لتملك به نفسها[4].

الفرع الثالث :حكمة التشريع للخلع: لقد شرع الله تعالى الزواج مودة ورحمة وسكن وللحفاظ على نوع الإنساني إلا انه قد يدب الخلاف ويحصل الشقاق بين الزوجين لسبب أو غيره بما لا يستطيع دوام العشرة بينهما، من أجل ذلك شرع الله الطلاق وجعله بيد الرجل يوقعه بإرادته المنفردة، وكما جعل الله الطلاق بيد الرجل، تجلت حكمته سبحانه أنه شرع للمرأة إفتداء نفسها بمال وأباح طلاقها بعوض[5]،فقد تبغض المرأة زوجها وتكره العيش معه لأسباب خلقية أو خلقية أو دينية أو صحية لكبر

---

[1] مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ،عبد الرحمان الصابوني، دار الفكر العربي ،منقحة ومزيدة،ط2 ،سنة1978، ،ص504.أ نظر: الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 01،سنة4،74/2006.أنظر: تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، دار الندى للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط 01،سنة1988، 274/1.

[2] المرجع نفسه، ص505.

[3] مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، لخطيب الشربيني، المرجع السابق ،347/3.

[4] إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق، حسانين نجلاء جمعة محمد، ماجستير، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، سنة2005،ص343.

[5] وقوع الطلاق من غير الزوج، عبد القادر داودي، مقال منشور في مجلة المعيار ،تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية ،جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد9،سنة2004،ص230إلى233.

أو ضعف أو نحو ذلك وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته، فشرع لها الإسلام في موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريقا للخلاص من الرابطة الزوجية، وهو الخلع[1].

يقول ابن رشد الحفيد في بداية المجتهد: «والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ،فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك[2] المرأة ،جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل[3]."قال النبي ﷺ : ﴿لا يفرك أي لا يبغض مؤمن مؤمنة﴾ وهذا ما يبين لنا مدى سماحة الإسلام وحكمته في تشريعاته عند مقارنته ببعض الأديان السماوية المتقدمة وبالأنظمة الوضعية الحديثة، فهو لا يجعل الرابطة الزوجية قيدا في العنق، بل يراعي جميع الحالات الواقعية التي تعترض الناس ويراعي جميع المشاعر الجادة التي لا حيلة للإنسان فيها أن لا يقوم الزوجين على حياة ينفران منها والخلع دليل على واقعية الشريعة الإسلامية، فإذا كانت الزوجة كارهة لزوجها لا تستطيع الحياة معه لسبب بغض مشاعرها الشخصية فيجوز لها أن تطلب الطلاق منه[4]."

الفرع الرابع:الحكم الشرعي للخلع

جائز عند أكثر العلماء إذا دعت الحاجة إليه، وإذا لم يتمكن من القيام بالحياة الزوجية، أو الخوف من عدم القيام بحدود الله، قوله تعالى: ﴿إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾[5]، والجواز مستوى الطرفين على المشهور وقيل مكروه وهو قول القصار[6].

والخلاف فيه من حيث المعاوضة على العصمة، أما من حيث كونه طلاقا فهو مكروه بالنظر لأصله، اتفاقا[7]،ومعنى الجواز إن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها، أو تسقط عنه حقا لها عليه، فتقع طلقة بائنة، ولا يجوز الخلع إلا إذا توفرت أركانه وشروطه التي لا يتحقق إلا في الخلع اتفاق الإرادتين ، واتفقت على ذلك كلمة الجمهور والأصل فيه **قوله تعالى:**

---

[1] الفقه الإسلامي وأدلته ،الأحوال الشخصية، أحكام الأسرة ،وهبة الزحيلي ،دار الفكر المعاصر ،دمشق،ج9،ط4المعدلة،سنة1997،ص7009.

[2] النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير، المكتبة العلمية، بيروت، ج3، سنة1979، ص441. فرك بمعنى أبغض.

[3] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد القرطبي ،دار ابن حزم بيروت،لبنان،ج1،سنة1999 ،ص450.

[4] أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، عامر سعيد الزيباري ،دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ،بيروت ،لبنان،ط1،سنة1997ص65.

[5] سورة البقرة:الاية229.

[6] هو أبو الحسن علي بن أحمد المعروف بإبن القصار البغدادي. أنظر: أحكام الخلع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ،عبدالمجيد نغاق، مذكرة ماستر ،كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإنسانية، شعبة العلوم الإسلامية ،جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر،2015/2014،ص20.

[7] المغني ،ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، المرجع السابق،ص67.أنظر: الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي ،محمد أحمد ابن عرفة، دار الفكر ،ج2،بدون ط ،دت، دون سنة،ص347.

﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ [1]،وما تقدم من حديث امرأة ثابت بن قيس وإجماع الأمة على ذلك[2]،بما أن المشرع الجزائري يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة فقد نص في المادة 54 منه على مشروعية الخلع[3]، وجاء في قرار رقم: 258613 بتاريخ: 14-06- 2006:" خلع طلاق، طلب الخلع حق للزوجة بعد الدخول ليس قبل الدخول، حيث أن الطعن قد أستوفى شروطه القانونية والشكلية فهو لذلك مقبول شكلا، حيث أن الطاعن أستند في طعنه إلى ثلاث أوجه.

الوجه الأول :مأخوذ من مخالفة وإغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات بدعوى أن الحكم محل الطعن قد خرق وخالف نص المادة 49 من قانون الأسرة بحيث أن قاضي أولي درجة أصدر حكمه المنتقد دون إجراء محاولة الصلح بين طرفي النزاع إنما عوض ذلك بسماع أقوال كل طرف بجلسة خاصة به دون أن يجمعهما ويدعوهما للصلح ويعرفهما بمخاطر الطلاق.

الوجه الثاني: مأخوذ من انعدام الأساسي القانوني بدعوى أن المدعي في الطعن يؤكد للمحكمة العليا أن المطعون فيه منعدم الأساس القانوني، إذ من حيثيات الحكم يتضح أن المحكمة لم تأسس قانون رفضها بطلبات المدعي في الطعن بالنقض ، وذلك لأنه لا يوجد ما يفيد وأنها إشارة إلى طلباته ،وأن المحكمة الدرجة أولى لم تؤسس قضاء خاص بالخلع الذي طلبته المطعون ضدها بصفته احتياطية أثناء جلسة الصلح المنفردة.

الوجه الثالث: مأخوذ من انعدام أو قصور أو تناقض الأسباب بدعوى أن المدعي في الطعن يؤطر للمحكمة العليا أن الحكم محل الطعن منعدم التسبيب ذلك أنه كما هو واضح من هذا الحكم فإن المحكمة لم تسبب، حكمها القاضي بالخلع، وأكتفت بما أدلت به المدعي عليها في الطعن من تصريحات، زيادة على أن هذا الحكم جاء متناقضا في تسبيبه ذلك أن المحكمة، رفضت الحكم للمدعية بالتطبيق لعدم تقديمها مبررا كافيا على أساس وأن المدة التي مضت على الخصومة ليست بالطويلة ثم تحكم بها بالتطليق خلعا، ومن ثم فالتساؤل المطروح على الخلع له مبرره إذا؟ **عن الأوجه المثارة مجتمع** حيث أن الحكم محل الطعن قد خالف القانون وأساء تطبيقه وذلك لأن طلب الخلع لا يكمن للزوجة أن تطالب به قبل الدخول بل يمكن لها المطالبة به فقط بعد الدخول، وعند

---

[1] **سورة البقرة:الاية229.**

[2] **كشاف القناع عن متن الإقناع ، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة1982 ،227/5.**

[3] **الطلاق وتوابع فك العصمة، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نبيل صقر ، د ط،د تاريخ، دار الهدى ،عين مليلة، الجزائر،سنة2004،ص153.**

بلوغ حياتها الزوجية مع زوجها حالة من الكراهية والنفور، يتعذر معه مواصلة العشرة الزوجية الأمر الذي يجعل الحكم محل الطعن عرضه للنقد والإبطال، فلهذه الأسباب: تقرر المحكمة العليا قبول الطعن شكلا وموضوعا، ونقض الحكم المطعون فيه."[1]

المبحث الثاني: أثاره في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي

ومن أهم وأبرز النتائج المترتبة عن الطلاق مسالة حضانة الأطفال الناتجين عن هذا الزواج والمشاكل التي تطرحها حول مصير الأطفال ومن يكفلهم وكيف نحافظ عليهم؟ ومن هنا تزداد أهمية الحضانة ويعظم قدرها ،فهناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم منذ ولادتهم حتى البلوغ حيث أتخذها العلماء أساسا لوضع نصوص تشريعية تثبت نسبهم وتدبر رضاعتهم وحضانتهم والإنفاق عليهم وإدارة شؤونهم المالية حتى يبلغوا أشدهم، وأراد الشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغار من الضياع، وقد تعهدت جل التشريعات الوضعية بعديد من الأحكام ، وتطور الأمر إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض منها اتفاقية حقوق الطفل في المادة 3 "منها جميع الدول والمؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية على أن يعطي الإعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، ونحن ندرك تماما أن الحضانة هي من أهم الأولويات التي يجب أخذها محمل الجد "ولهذا لا نحمل الأطفال تبعات النزاع الحاصل بين والديهما ولا ذنب لهم فيه وإذا تم الإنفصال بين الزوجين فمن سيكفل الأطفال بعد الطلاق؟ وماهي معايير في إسناد الحضانة لطرف دون أخر غير أن الأمر عند اللجوء إلى القضاء تثار إشكالات تمس مصلحة المحضون، وهو الأمر يدعو القاضي إلى تصدي لها، وماهي أبرز الإشكالات التي تثار حول الحضانة؟ وعليه عندما يتعامل معها بكل دقة مراعيا مصلحة المحضون في الأحكام التي يصدرها ولكن هل له السلطة الكاملة في تقدير مصلحة الطفل أم أنه مقيد بالنصوص؟ لابد الإجابة بالرجوع الى الكتب الفقهية وخاصة أحكام المادة222 من قانون الأسرة التي تحيلنا على قواعد الشريعة الإسلامية، ويقصد بالأثار هي النتائج المترتبة على فك الرابطة الزوجية، ويترتب عليها أثار شرعية لابد أن يلتزم بها طرفا العلاقة الزوجية بعد انحلالها شرعا وقانونا وهذه الأثار من عمل الشارع فتكون ملزمة للمطلقين لأنه لا اجتهاد مع النص، وقد دلت عليها النصوص من الكتاب والسنة، ومن ثم فلا حاجة للبحث فيها، وأحكامها مبثوتة في كتب الفقه الإسلامي.

[1] **المرجع نفسه، ص153-154.**

الفرع الأول: تعريف الحضانة وحكمها

أولا: تعريفها لغة واصطلاحا

1-لغة: الحضانة بفتح الحاء وهي ضم الشيء الى الحضن ، نقول "حضن الطائر بيضه" إذا جلس إليها وغطاها بجناحيه مأخوذة من الحضن، وهو الجنب أو الصدر، وحضنت الأم ولدها إذا ضمته إلى جنبها أو صدرها، وقامت بتربيته، وتسمى حينئذ حاضنته[1].

تعريفها في قانون الأسرة

2-اصطلاحا: تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه، كطفل وكبير مجنون أو معتوه، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه ونحوها[2]،ولم يختلف تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي عنه في قانون الأسرة.

الفرع الثاني: مكان الحضانة في الفقه الإسلامي

*هو مكان مسكن الزوجين إذا كانت الزوجية قائمة بينهما،أو في أثناء العدة من طلاق، أما بعد إنقضائها، فمكان الحضانة هو البلد الذي يقيم فيه والد المحضون أو وليه، وكذلك إذا كانت الحاضنة غير الأم، لأن للأب حق رؤية المحضون، والإشراف على تربيته، وذلك لا يتأتى إلا إذا كان الحاضن يقيم في بلد الأب أو الولي، وهذا قدر مشترك بين المذاهب الفقهية، وهو ما صرح به الحنفية وتدل عليه عبارات المذاهب الآخرى[3]، أما مسألة إنتقال الحاضنة، إلى مكان أخر ففيه اختلاف المذاهب، وهي: أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أنه لا يجوز للأم الحاضنة التي في زوجية الأب أو في عدته الخروج إلى بلد آخر، وللزوج منعها من ذلك، أما إن كانت منقضية العدة فإنه يجوز لها **الخروج بالمحضون إلى بلد آخر في الأحوال الآتية :**

*إذا خرجت إلى بلدة قريبة بحيث يمكن لأبيه رؤيته والعودة في نهاره

* إذا خرجت إلى مكان بعيد مع تحقق الشروط الآتية:

*أن يكون البلد الذي أنتقلت إليه وطنها.

*أن يكون الزوج قد عقد نكاحه عليها في هذا البلد؛ أي تزوجها فيه.

*ألا يكون المكان الذي أنتقلت إليه دار حرب إذا كان الزوج مسلما.

---

[1] **المعجم الوسيط، المرجع السابق ،ص182.**

[2] **الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري ،محفوظ بن صغير ،المرجع السابق،ص666.**

[3] **بدائع الصنائع، الكاساني أحمد، دار إحياء التراث العربي، مصر، بدون طبعة،سنة4،44/1986. أنظر: الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، سنة2000، 567/1.**

أما شرط ألا يكون المكان حربيا إذا كان الزوج مسلما من إضرار بالصبي لأنه يتخلق بأخلاق الكفار، كما يرى الحنفية أنه ليس للأب أو الولي أخذ الصغير ممن له الحضانة من النساء والإنتقال به من بلد أمه بلا رضاها ما بقيت حضانتها قائمة، ولا يسقط حقها في الحضانة بإنتقاله، وسواء أكان المكان الذي ينتقل إليه قريبا أم بعيدا[1]،ومنه فإن الراجح ما ذهب إليه الحنفية من أنه لا يجوز للأب أن يأخذ ولده من حضانة أمة ما دامت الحضانة قائمة يفرق جمهور الفقهاء المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] بين سفر الحاضنة، أو الولي للنقلة والإنقطاع أي تغيير محل الإقامة والسكنى في مكان آخر، سقطت حضانة الأم وتنتقل إلى الأب هو الأولى بالمحضون سواء أكان هو المقيم أم المنتقل لأن الأب في العادة هو الذي يقوم بتأديب الصغير وحفظ نسبه، لكن قيد الحنابلة أولوية الأب بما إذا لم يرد مضارة الأم إنتزاع الولد منها، فإذا أراد ذلك لم يجب إليه، بل يعمل بما فيه مصلحة الولد، وإن سافرت الأم مع الأب بقيت على حضانتها.

الفرع الثالث :سقوط الحضانة وإستعادتها

*اختلاف الدين، وذلك عند الشافعية والحنابلة وبعض فقهاء المالكية[5]، إذ لا ولاية للكافر على المسلم، وللخشية على المحضون من الفتنة في دينه، ومثله مذهب الحنفية بالنسبة للحاضن الذكر[6]، والمشهور عند المالكية والحنفية بالنسبة للحاضنة الأنثى[7]، أن تكون مرتدة، لأنها تحبس وتضرب فلا تتفرغ للحضانة كما يقول الحنفية ،غير أن المالكية قد وضعوا لسقوط حضانة المرأة عند زواجها بأجنبي القيود الآتية:

*عدم سكوت من له الحق في الحضانة بعد علمه بزواج الحاضنة سنة فأكثر فإن سكت هذه المدة يسقط حقه.

*وجود مرضعة للطفل غير حاضنته إذا كان الطفل رضيعا وَقبِل ثديها.

---

[1] أحكام الأحوال الشخصية، عبد الوهاب خلاف، دار القلم، الكويت، ط2 ، سنة1990، ص199-200.

[2] الشرح الصغير على أقرب المسالك في مذهب الإمام مالك، الدردير أبو البركات أحمد بن محمد دار المعارف بمصر، دون طبعة، دون سنة،532/2.

[3] مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، مصطفى البابي الحلبي، المرجع السابق،600/3-601.

[4] المغني، شرح مختصر الخرقي ، ابن قدامة، المرجع السابق،419/11.

[5] مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، محمد الخطيب الشربيني ، مصطفى البابي الحلبي، المرجع السابق 595/3. أنظر: الروض المربع شرح زاد المستنقع(للحجاوي)، البهوتي، المرجع السابق،ص629.

[6] بدائع الصنائع، الكاساني أحمد، المرجع السابق ،42/4.

[7] المرجع نفسه، ص42/4.أنظر: مدونة الفقه المالكي وأدلته، الصادق عبد الرحمان لغرياني، مؤسسة الريان، للطباعة والنشر والتوزيع،دون طبعة،دون سنة،161/3-162.

الفرع الرابع: رجوع الحضانة للمرأة بعد سقوطها

" فيعود حق الحاضنة في الحضانة إذا سقطت عنها لعذر وأخذ الحضانة من يليها في المرتبة، إذا زال ذلك العذر[1]، وفق مذهب المالكية الحالات الآتية:

*العذر الذي لا يقدر معه القيام بحق المحضون كالمرض أو عدم وجود اللبن.

*إذا رجع الولي من سفره بالمحضون إلى بلده الأول رجع الحق للحاضنة من جديد

*سفر الحاضنة لأداء فريضة الحج، فإذا رجعت كان لها الحق في الولد.

المطلب الثاني: أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري

إلى جانب وعليه فإن مجال الاختلاف الفقهي إنما يخص بعض الآثار التي تشتمل على مسائل للعلماء القدامى والمحدثين رأي فيها، كموضوع النزاع في متاع البيت، والذي يتحاكم فيه إلى العرف، أو إلى القاعدة الفقهية في الإثبات" البينة على من أدعى واليمين على من أنكر"، ومن أثارها موضع الحضانة والنفقة والسكن ونزاع حول متاع البيت وهي أثرمن أثار الطلاق، وما تختص به من مسائل وأحكام وخصوصا التعديلات الجديدة على موادها بموجب الأمر رقم:05-02 [2]، وقد تناول قانون الأسرة الجزائري أحكام الحضانة في مواده من 62 إلى 72 بموجب الأمر05-02 الذي ألغى المادة 63 ، وأخضع بعضا من مواد الحضانة للتعديل، حيث جعل الأب أولى، بحضانة الولد بعد الأم وفقا للمادة 64 ، كما أكد على حق المرأة الحاضنة في العمل وفقا للمادة 67وفي المادة 72 ألزم الأب بتوفير سكن ملائم للحاضنة، وإن تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.

الفرع الأول: قانونا: حيث عرفتها المادة62 بأنها: «رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، حيث ركز المشرع في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها محددا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها الأساسية، ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها هذا التعريف[3].

---

[1] **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، المرجع السابق،ص675.**

[2] **المرجع نفسه، ص366.**

[3] **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج،ج1، ديوان المطبوعات ،بن عكنون الجزائر،سنة1،390/1999. أنظر: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،عبد العزيز سعد ،دار هومة،ط3،سنة1996 ،ص139.**

وجوب الحضانة للصغير قوله عن **مريم عليها السلام:** ﴿ فَتَقَبَّلَهَا رَبُّهَا بِقَبُولٍ حَسَنٍ وَأَنبَتَهَا نَبَاتًا حَسَنًا وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾[1]، وروى أبو موسى عن ابن عباس أن أوس بن عبادة الأنصاري دخل على **النبي** ﷺ **فقال:** ﴿يا رسول الله أن لي بنات وأنا أدعو عليهن بالموت ،فقال:" ياابن ساعدة لا تدعوا عليهن فإن البركة في البنات هن المجملات عند النعمة والمعينات عند المصيبة والممرضات عند الشدة ثقلهن على الأرض ورزقهن على الله﴾[2]".

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد[3] أن التعريف الوارد في المادة 62يعتبر أحسن تعريف على الرغم من إحتوائه على أهداف الحضانة وأسبابها وذلك لشموليته على أفكار لم يشملها غيره من القوانين العربية، حيث أنه تعريف جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية والصحية والخلقية والتربوية والمادية.

الفرع ثاني : حكمها

كفالة الطفل وحضانته واجبة؛ لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب لإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك، ولا مخالف في ذلك[4].

الفرع الثالث :سقوط الحضانة وإستعادتها

نصت المادة 66 من قانون الأسرة على أنه "يسقط حق الحاضنة بألتزوج بغير قريب محرم، وبإلتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون" فتسقط الحضانة بوجود مانع منها، أو زوال شرط من شروط إستحقاقها[5]، وملخص ذلك فيما يأتي:

أولا :سقوط الحضانة بزواج الحاضنة

أخذ به المشرع الجزائري في المادة 68 التي نصت على أنه"إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

ثانيا :رجوع الحضانة للمرأة بعد سقوطها

نصت المادة 71 من قانون الأسرة على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الإختياري" ،فيعود حق الحاضنة في الحضانة إذا سقطت

---

[1] سورة ال عمران:الاية37.

[2] الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي،7296/10.

[3] الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، عبد العزيز سعد، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، ط1 ، سنة 1986 م،ص293.

[4] المغني ، شرح مختصر الخرقي ،ابن قدامة، المرجع نفسه،412/11.

[5] المجلة القضائية، رقم ملف:123889، نشرة القضاة، العدد52، سنة1997، ص111.

عنها لعذر وأخذ الحضانة من يليها في المرتبة، إذا زال ذلك العذر[1].

الفرع الرابع: موقف القضاء من الحضانة

جاء في القرار المؤرخ في24 /1995/10:" إن لقضاة الموضوع الحق في تمديد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن السادسة عشر إذا كانت الحاضنة لم تتزوج ثانية مع مراعاة مصلحة المحضون دون أن يكونوا قد خرقوا المادة 65 من قانون الأسرة[2]، وجاء في القرار المؤرخ في :1989/03/13" من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه، وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية، ولما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال قضوا بتعديل الحكم المستأنف لديهم بخصوص حضانة الأولاد الثلاثة، ومن جديد إسنادها إلى الأب، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أصابوا بخصوص الولدين، بإعتبار أنهما أصبحا يافعين، إلا أنهم أخطأوا بخصوص البنت خارقين بذلك أحكام الشريعة الإسلامية، والمادة 64 من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك أستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة البنت دون إحالة[3]،

الفرع الخامس: سكن الحاضنة أو بدل الإيجار

1-مكان ممارسة الحضانة ومسألة الإنتقال بالمحضون

تنص المادة 69 من قانون الأسرة على أنه":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[4]"،ومؤدى هذا أن ثبوت الحق في الحضانة في حالة سفر الحاضن سفر نقلة كما يقول المالكية متروك أمر تقديره لقاضي الدعوى مع مراعاة مصلحة المحضون ولذلك قضت المحكمة العليا في قرارها صادر بتاريخ1990/02/19: "من المقرر شرعا وقانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون، والقيام على تربيته على دين أبيه، ومن ثم فإن إسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيدا عن رقابة الأب يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون ويستوجب نقضه[5]،كما قضت به أيضا في القرار المؤرخ في:1989/12/25:" في حالة

---

[1] الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، محفوظ بن صغير، المرجع السابق،ص675.

[2] المجلة القضائية، رقم ملف:123889، نشرة القضاة، العدد52، سنة1997، ص111.

[3] المجلة القضائية، رقم ملف:52221، العدد1، سنة1993، ص48.

[4] الأمر رقم:05-02 المؤرخ في:27-02-2005.

[5] المجلة القضائية، رقم الملف:59013، العدد4، سنة1991، ص117.

وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة، وتخاصما على الأولاد بالجزائر فإن من يوجد بها أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة[1]،وهنا تطرح مسألة سقوط الحضانة بسبب سفر المرأة، فوفقا لما ذهب إليه المشرع الجزائري، فإنه إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد ".

أجنبي فإن حقه في الحضانة يسقط إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنه، أما إنتقال الحاضن بالمحضون داخل الوطن ولو بعدت المسافة فلا يسقط حق الحاضن في الحضانة، وعلى هذا لم يفرق المشرع في الإستيطان خارج الوطن بين الحاضن والحاضنة، بقدر ما راعى مصلحة المحضون التي يرجع تقديرها إلى القاضي[2].

2- المكلف بتوفير مسكن الحضانة أو أجرته

لقد نصت المادة72 من قانون الأسرة على أن" نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا وأن تعذر فعليه أجرته[3]."

ويتضح من خلال هذه المادة أن توفير سكن لممارسة الحضانة وهو المكان الذي يتطلب لتحقيق مضمون الحاضنة مما نصت عليه المادة62من قانون الأسرة ،وأن المشرع الجزائري قد كفل للحاضنة المطلقة الحق في السكن حتى ولو كانت حاضنة لابن واحد أو بنت واحدة على خلاف ما عليه في المادة 52 :"وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج ،ويستثنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كان وحيدا ، تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت إنحرافها"، قبل التعديل من خلال عبارة مع محضونيها والذي يفهم منها أن شرط إستحقاق السكن أن تكون حاضنة لأكثر من واحد، كما يظهر أيضا أن المشرع قد أغفل عمدا النص على أسباب سقوط الحضانة للمطلقة في المسكن أو بدل الإيجار دون أي مبرر وذلك عكس ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 52 قبل التعديل "تفقد المطلقة حقها في السكن في حال زواجها أو ثبوت إنحرافها[4] " ،وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية وأنه" يجب على القضاة أن لا يرفضوا طلب الأم الحاضنة التي يقوم إحتمال عدم وجود ولي يقبل إيواءها مع محضونيها بتخصيص مسكن يضمن حق المحضون بالإيواء

---

[1] المجلة القضائية، رقم الملف:56597، العدد3، سنة1991، ص61.

[2] الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ،محفوظ بن صغير ،المرجع السابق،ص670.

[3] الأمر رقم:05-02 المؤرخ في:27-02-2005.

[4] لاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ،محفوظ بن صغير ،المرجع السابق،ص682.

فيه، ضد الزوج الذي له مسكناه، وهو معترف بذلك[1]"، مالا حضناه من المادة52 من قانون الأسرة تتوافق وتكمل ما جاءت به،المادة72من نفس القانون، إلا في كلمة" محضونيها" والتي تفترض وجود تناقض بين المادتين، إذ حسب المادة2/52لا نتصور قيام واجب الأب بتوفير سكن لابنه المحضون الوحيد لدى الأم المطلقة ،لكن سجلنا تراجع المحكمة العليا عن هذا الموقف وصارت بعد ذلك تعتبر أن إشتراط أن يكون للحاضنة التي تطلب سكنا للحضانة أكثر من ولدين، تطبيقا للمعنى الحرفي للمادة2/52من قانون الأسرة لاسيما لفظ "محضونيها" صارت تعتبره تطبيقا سيئا للقانون ،وهذا ما أكدت عليه في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بما يفيد أن: «قضاة المجلس لما أسسوا قرارهم على الطاعنة لا يحق لها المطالبة بسكن لممارسة الحضانة أو أجرته، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين فإنهم بذلك قد،أساؤوا تطبيق القانون، وكان يتوجب عليهم إلزام المطعون ضدهم بتوفير سكن للحاضنة أو تسليم أجرته[2] كما أكدته المادة72من قانون الأسرة بإلزام الأب بتوفير سكن للحاضنة أو دفع أجرته، وذلك بالقرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية :"عدم الإستجابة لطلب الطاعنة في تخصيص سكن لها لممارسة الحضانة أو منحها مقابل الإيجار سكن، رغم القضاء لها بعد الطلاق بنفقة العدة ونفقة الإهمال وتعويضها عن الطلاق و الحكم لها بنفقة الأولاد المحضونين، إلا أنه وحسب المادة72 من قانون الأسرة فانه يقع على عاتق الأب أن يوفر للمحضون سكنا أو أجرته، مما كان يستوجب على القضاة أن يحكموا لها بالسكن أو بأجرته[3] "،وكذلك نصت المادة 78من قانون الأسرة على أن السكن رغم جاء في المرتبة الرابعة بعد الغذاء والكسوة والعلاج ولقد نص المشرع الجزائري في المادة57مكرر: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن" فإذا ثبت للقاضي أن الحاضنة لا مأوى لها فإنها تبقى في بيت أهلها وتستحق بدلا لإيجار منذ، إنتهاء عدتها وخروجها من بيت مطلقها إلى غاية تنفيذ الأب الحكم القضائي[4]، "فكان الأولى بالمشرع أن يجعل بدل الإيجار مقدما على توفير السكن للحاضنة لأنه يكون في مقدور المطلق توفيره لها في حال صدور الحكم بإيجابه ،وقد سئل ابن حجر الهيثمي عن الأم الحاضنة إذا طلبت أجرة

---

[1] **المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،قرار رقم: 105366،المؤرخ في :1993/04/27، المجلة القضائية،العدد2، سنة1994،ص88.**

[2] **المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم:112705، المؤرخ في:1994/11/29،المجلة القضائية،عدد01،سنة1994، ص140.**

[3] **المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم:175646 ، المؤرخ في:1997/11/25،نشرة القضاة ،عدد56،سنة1994،ص30.**

[4] **الأمر رقم:05-02 المؤرخ في:27-02-2005.**

المسكن الذي تحضن فيه أولادها هل يجب على الأب إستئجار المسكن أولا؟ وهل تسقط حضانتها إذا لم يكن لها مسكن أم لا؟، وهل يدخل في مؤونة الحضانة أجرة المسكن أم لا؟ فأجاب بقوله :"الأم الحاضنة إذا كانت في عصمة الزوج الأب فإسكان عليه، وإلا فليس لها إلا أجرة الحضانة فتستأجر منها مسكنا إن شاءت ولا تسقط حضانتها بعد ملكها أو نحوه بمسكن."[1]

و قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ:02/19/ 1996 بأنه:"من المقرر شرعا وقانونا أن التكاليف المقدرة للمحضون مستقلة عن النفقة وغيرها ،فعلى البت أن يجهز لأولاده محلا لسكناهم أو يتم كراء ذلك ولا يفرغ من البيت الزوجة حتى يقوم الأب بتنفيذ الحكم القضائي الخاص بسكن المحضون وكل ذلك مراعاة لمصلحة المحضون[2] ".

المطلب الثالث: مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت (اختلاف الزوجين في متاع البيت)

نصت المادة 73 من قانون الأسرة الأمر05-02 إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين.

ونصت المادة 73 من نفس القانون على أنه:

**إذا أختلف الزوجان في متاع البيت ولا بينة لهما فالقول للزوجة مع يمينها فيما يعرف للنساء، وللرجل مع يمينه فيما عدى ذلك، ويسري هذا الحكم عند الاختلاف بين أحدالزوجين وورثة الآخر، أو بين ورثتهما.

**إذا أختلف الزوجان على متاع البيت وكان مما يصلح عادة للنساء يقضى بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين و عليه يستوجب نقض القرار الذي فصل في النزاع المتعلق بمتاع البيت خاص بالنساء و حكم على الزوج بتأدية اليمين[3]، من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع قد وضع لنا قاعدة عقلانية يعتمد عليها القاضي في تقدير ملكية أثاث البيت بحيث أنه إذا كان لأحد المتنازعين بينة حكم له القاضي بمقتضى البينة، وإن لم تكن لأحدهما بينة على دعواه فالقول قول من يشهد له الظاهر بذلك، أي ما يصلح للرجال عادة كأدوات الصيد وأدوات التجارة وما يتعلق بمهنته، وطلبه الزوج ونازعت فيه الزوجة وأنكرت ملكيته له دون بينة، فإنه يحكم به للرجل مع يمينه،

---

[1] الفتاوى الكبرى الفقهية، ابن حجر الهيثمي، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون ط،سنة1983،ص216.

[2] المجلة القضائية، رقم الملف:89255، العدد2، سنة1997، ص45..

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم:39975 ،بتارخ:1986/01/27،المجلة القضائية،العدد01،سنة1986،ص108.

وأن ما يصلح لإستعمال النساء عادة كالحلي وأدوات الخياطة وما شابه ذلك وطلبته الزوجة دون بينة فنازع فيه الزوج وأنكر ملكيتها له فإنه رغم ذلك يحكم به لها مع يمينها وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/03/17 الملف رقم 81455 وكذا القرار الصادر بتاريخ 1986/01/27 ملف رقم 39775 عن غرفة الأحوال الشخصية.

ومن خلال ما يدور على مستوى المحاكم وجدنا أن النزاع يثور حول ملكية المتاع الذي تجلبه الزوجة معها في عرسها والذي أشترته بالمهر المقدم لها على إعتبار أن العادات تلزم على الزوجة أن تشتري بعض الأثاث من صداقها، رغم أن هذا الصداق ملك لها، فهنا لا يجد القاضي معيارا لتحديد المشترك من الأثاث وما هو معتاد للنساء أو للرجال، ويمكننا القول أن هذا المهر قدم للزوجة نحلة ومنه كافة الأثاث والمتاع الذي أحضرته معها وأشترته من المال المقدم لها كصداق هو ملك لها وعلى القاضي أن يحكم، ما لم يثبت الزوج خلاف ذلك بالبينة.

وفي حالة ما إذا كان متاع البيت المتنازع عليه يحتمل أن يصلح لإستعمال الرجل والمرأة وليس لكلاهما بينة على إمتلاكه فنجد هنا **رأيين:**

– **الرأي الاول:** الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/01/16 والذي جاء فيه: "إن أثاث البيت المخصص للإستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها أشترته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه" .

– **والرأي الثاني:** أنه إذا وقع النزاع حول بعض متاع البيت ولم يكن لأحد الخصمين بينة ولم يتمكن القاضي من التفريق بين ما يصلح لإستعمال النساء وما يصلح لإستعمال الرجال، فإن حل هذا النزاع لا يمكن أن يتم إلا بالحكم بتقسيم متاع البيت بينهما مناصفة.

ونحن نرى أنه على القاضي أن يعمل سلطته التقديرية في تحكيم العرف، ويقضي بما يقضي به عرف تلك المنطقة في المعتاد أن تأتي به الزوجة عند زواجها فيحكم لها به وإن تعذر عليه ذلك يأخذ بما جاءت به المادة 73 فقرة 2 من قانون الأسرة بأن المشتركات بين الزوجين يقتسمانها مع اليمين، وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 1998/04/21 تحت رقم 189245.

ويشترط في المتاع موضوع النزاع أن يكون موجودا ومشاهدا سواء أكان موجودا بمسكن الزوجية أو غيره من الأماكن، وبذلك فإنه لا يمكن إقامة دعوى على متاع غير موجود أي محل إنكار من

المدعى عليه بناءا على نص المادة 73 المذكورة أعلاه، كأن يقدم أحد الزوجين قائمة تكون محل إنكار من الزوج الآخر، فهنا لابد من إقامة الدليل على هذه القائمة وإلا توجه يمين النفي للمدعى عليه.

أما في حالة عدم إنكار المدعى عليه لموضوع الدعوى ذاكرا بأن المدعية قد تسلمت أمتعتها فقد أنقلب إلى مدعى وبذلك فقد أصبح مطالبا بإقامة الدليل على دعواه، ويقصد بالدليل، البينة أو شهادة الشهود لإثبات ملكية المتاع لأحد الزوجين وعلى القاضي أن يقدر هذه الشهادة، ويسجلها في محضر، والدليل الكتابي في إثبات ملكية المتاع المتنازع عليه هو الفواتير التي تثبت الشراء، وعلى القاضي أن يطلب من المدعي تحديد قيمة الأشياء المتنازع فيها كل على حدى وإذا إختلف في تحديد قيمة الأمتعة بين الزوجين فهناك رأيان الرأي الأول يرى أن للقاضي سلطة في تحديد ذلك ولا يجوز له أن يحول سلطته إلى شخص آخر، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1988/04/11 الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه إذا إختلف الزوجان حول قيمة الأمتعة فللقاضي سلطة في تحديد ذلك، ولا يجوز له تحويل سلطته إلى شخص آخر ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون" .

أما الرأي الثاني فيرى أن هذه المسألة تعود لأهل الخبرة وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/05/18 والذي جاء فيه:" تقيم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع والتجار وليس إلى القضاة" .

ونحن نميل إلى الرأي الأخير لأن تحديد قيمة المتاع خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة، مهمة لابد من اللجوء فيها إلى أهل الخبرة ولا تكفي السلطة التقديرية للقاضي وحده لتحديدها.

وكما تم ذكره أنه في حالة عدم وجود بينة جعل المشرع العرف دليل القاضي بإعتباره المصدر الثالث للتشريع فنصت المادة 73 من قانون الأسرة على "المعتاد" فهذا اللفظ يقصد به ما جرى عليه العرف في تحديد ما يصلح للنساء من متاع البيت وما يصلح للرجال، فإذا كان المتاع ما يصلح للرجال عرفا يحكم له به القاضي بعد أداء اليمين من الزوجة والعكس، وإن نكل فهو للزوج الآخر.

إذا تخلف الدليل لدى الزوجة لإثبات إدعائها بوجود المتاع ببيت الزوجية عليها أن تحتكم إلى ضمير زوجها وتوجه إليه اليمين الحاسمة، إلا أن للقاضي سلطة تقديرية في ذلك فيستطيع منع الخصم من إساءة إستعمال هذا الحق وله أن يرفض توجيه اليمين، إذا كانت الواقعة موضوع الحلف ليست متعلقة بشخص الحالف أو ليست منتجة في النزاع.

وما لاحظناه كذلك أنه عند حضور الزوج أو ورثته أمام القاضي قد يدعون أن الزوجة أخذت المتاع من بيت الزوجية عند خروجها أي ينكرون وجوده بالبيت الزوجي فيرجع القاضي هنا للقواعد العامة للإثبات أي إثبات أن الزوجة أخذت المتاع إما بالكتابة وذلك عن طريق محضر إثبات حالة يحرره المحضر القضائي يشهد فيه بأن الزوجة سلمت متاعها، أو بشهادة الشهود ويجب أن تكون هذه الشهادة واضحة ودقيقة حتى يمكن الإعتداد بها، بأنهم شاهدوا الزوجة وهي تحمل أثاثها إلى بيت أهلها، و في حالة عدم وجود أي دليل يدعم إدعاءه فيمكن له أن يلجأ إلى آخر وسيلة للإثبات وهي توجيه اليمين الحاسمة لزوجته فإن حلفت سقطت دعواه وإن نكلت أو وردت عليه اليمين وحلفها كسب دعواه.

أما في الحالة العكسية أي في حالة إدعاء الزوجة بأنها تركت متاعها ببيت الزوجية وطالبت الزوج بإرجاعه لها، فإنها تكون بذلك هي المدعية ويقع عليها عبئ إثبات هذا الإدعاء، إما بالكتابة أو شهادة الشهود إذا لم يكن للزوجة دليل كتابي أو باليمين الحاسمة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/03/16 والذي جاء فيه: "إن المدعى عليه إذا أنكر الأمتعة المطالب بها، يفرض على قضاة الموضوع توجيه اليمين له على أساس إنكاره لوجود المتاع المطالب به عنده" ، واليمين التي يوجهها القاضي تؤدي أمامه بالجلسة وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/06/10 الذي جاء فيه: "إن اليمين المنصوص عنها ضمن المادة 73 من قانون الأسرة تؤدي بالجلسة أمام قاضي الأحوال الشخصية الفاصل في موضوع النزاع وأن الحكم بأدائها بالمسجد الكبير يعد خطأ في تطبيق القانون" ومسألة إثارة اليمين تعد من النظام العام يمكن لأي طرف التمسك بها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى في شكل دفع ولو للأول مرة أمام المجلس القضائي ولا يمكن وصف ذلك على أنه طلب جديد، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في اجتهادها الصادر بتاريخ 1994/07/19 الذي جاء فيه: "من المقرر قانون أن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين بشأن الأثاث لا يعتبر طلبا جديدا، بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي".

وإذا وجهت اليمين إلى الخصم في نزاع أوردت عليه فإن الخصم يقوم بحلف اليمين بنفسه في الجلسة ويمكن تأديتها بحضور محامي الخصم لأن حضور هذا الأخير يغني عن حضور الخصم وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1987/12/07 والذي جاء فيه: "كان مؤدى المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية أنها توجب حلف اليمين بحضور الخصم الآخرأو بعد تبليغه لحضور الجلسة، فإن حضور محاميه أثناء تأدية اليمين يغني عن حضور الخصم..".

وتجدر الإشارة أن اليمين التي جاءت في نص المادة 73 من قانون الأسرة هي يمين متممة تتمم بداية الدليل.

إن التطبيقات القضائية عندما يثار النزاع حول متاع البيت فبمجرد تقديم قائمة من أحد الزوجين ونكران الطرف الخصم، فإن القضاة يطبقون مباشرة المادة 73 وذلك بتوجيه اليمين لا أنه في الحقيقة، المتمعن للمادة في توجيه اليمين والقواعد العامة للإثبات بصفة عامة يشترط في توجيهها في حالة الاختلاف وانعدام البينة للمدعي والحال يجب أولا التأكد من وجود المتاع من عدمه، ثم الانتقال إلى اليمين في حالة الإنكار لمن تعود له ملكية المتاع محل النزاع، ملف رقم: 81850، قرار بتاريخ14 /1992/04 قضية(ي.م) ضد(أ.ط.ح) من المقرر قانونا أن الناكل عن اليمين خاسر دعواه ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين طبقا لأحكام المادة 73 من قانون الأسرة على تركها أثاثها مصوغها في بيت الزوجية غير أنها امتنعت عن تأديتها و عليه فإن القرار المنتقد لما سمح للمطعون ضدها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقا و نكلت عنها أخطأ في تطبيق القانون و متى كان ذلك أستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص الأثاث والمصوغ[1].

ملف رقم:109595 ، قرار بتاريخ1994/07/19قضية(ب.م) ضد(ت.ف) من المقرر قانونا أن الدفع بعدم تأدية اليمين بشأن الأثاث لا يعتبر طلبا جديدا بل هو دفع يصار في أي درجة من درجات التقاضي ومن ثم فإن القرار المنتقد عندما أعتبر توجيه اليمين التي أثارها لطعن طلبا جديدا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقض القرار جزئيا فيما يتعلق بالأثاث[2].

ومما يتصل في اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لأحدهما وجملة الكلام فيه أن الاختلاف في متاع البيت إما أن يكون بين الزوجين في حال حياتهما، وإما أن يكون بين ورثتهما بعد وفاتهما، وإما أن يكون في حال أحدهما و موت الآخر ،فإن كانا في حال حياتهما فإما أن يكون في حال قيام النكاح، وإما أن يكون بعد زوالها بالطلاق، النزاع يدور في القضية على أمتعة يدعي كل من الزوجين بغير ما يدعي به الآخر، الزوج ينكر بقاء ما تطالب به مطلقته عنده و يدعي أنها أخذت شؤونها و أنه سلمها لها بمقر المحكمة ولكنها أتت بقائمة أخرى تدعي أنها لازالت عند زوجها فقد يعتني الحكم اعتناء واقعا بإدراجها في صلبه بأسمائها و تحديد قيمة كل منها و توجيه

[1] الاجتهاد القضائي ،غرفة الأحوال الشخصية، رقم:81850 ،عدد خاص،سنة2001،ص230.

[2] الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، رقم:109595 ،عدد خاص،سنة2001،ص236.

اليمين لها بالجلسة و بعد حلفها حكم لها بها من غير الإشارة لما تستلمه منها بمقر المحكمة لمعرفة ما إذا لم يكن ما تسلمت مجردا فيما تطلبه بعد ذلك إعتمادا على المادة 73 من قانون الأسرة و الإشارة إلا أن الأمور المطلوبة خاصة بالنساء وهل الفراش و الأواني الطبخ ومن ضروريات البيت مما يختص بها النساء فالحكم أعتنى بعد بالشكل الأشياء و ألوانها و أثمانها وترك مهمته الرئيسية بعيدة عن القضية، المادة 73 تطبق عندما يكون الأثاث أمام أعيننا نشاهده، أما تقديم قائمة به وهو غائب عنا فالحكم فيه يختلف وحسب الأمور التي ذكرت في الحكم تظهر هامة وتلقى اليمين عليها بالجلسة يخالف القواعد الشرعية التي صيغت منها المادة 73، فاليمين الشرعية مكانها المسجد ،**يقول ابن عاصم** ربع دينار فأعلى تقتضى في مسجد الجمع، اليمين بالقضاء والقرار المطعون فيه لم يكلف مضاده في إصداره جزءا ولو قليلا بل أوردوا فيه بعض ما ورد في الحكم بوقائعه وليس بحيثياته لأنه خالي منها وتركوا المطالب والدفوع التي من أجلها أستوثق الحكم بلا جواب فضلا عن تسديدها وقبولها أو رفضها فعدم معرفة ما سلم وما طلب بعد التسليم المحكوم به في فهم النزاع والحكم فيه بما يطمئن إليه وكل هذا ليس بقرار كما أن ما يدعيه الزوج بأن زوجته وجهت اليمين له وأنه طلب الإشهاد له بذلك وأنه قبلها ولكن وجهت لها دونه حيث أن القرار المطعون فيه أكتفى في حيثياته بذكر بعض أقوال الطاعن، أم تحديدها الإجابة عليها وإعطائها الصيغة القانونية كأسباب قانونية تجعله مقنعا فلا وجود لهما فيه شرطا مما هو معروف أن عدم التسبيب وعدم الجواب الذي هو بمثابة فقد للأسباب يعيبان القرار ويعرضانه للنقض[1].

قرار بتاريخ:1999/05/18 قضية(ت-ب-ع) ضد(ص-م)ملف رقم:222651 :" إن تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع والتجار وليس إلى القضاة، إن القرار المنتقد مشيب بانعدام الأساس القانوني لما أيد الحكم المستأنف القاضي بدفع مبالغ مالية مقابل متاع المطعون ضدها، لأن تقدير المتاع مسألة فنية يتولاها أهل الخبرة من صناع وتجار خاصة عندما تكون المبالغ المطلوبة مرتفعة وليس القضاة.

مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه[2].

---

[1] **المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم:58997، بتاريخ :1990/03/01،المجلة القضائية،العدد01،سنة1993،ص54-55.**

[2] **الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:222651 ،عدد خاص 2001 ص248 .أنظر: قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع أخر تعديلات، دوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،(دون طبعة)،سنة02-2006،ص72.**

ملف رقم189245 قرار بتاريخ1998/04/21 قضية(ن.ل) ضد (ب– خ) من المقرر قانونا أن المشتركات بين الزوجين بالأمتعة يقتسمانها مع اليمين ومتى تبين في قضية الحال أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الأمتعة باستثناء جهاز التلفزة و المقياس الذهبي و الراديو لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الأمتعة المشتركة قد خالف أحكام المادة 73 /2 من قانون الأسرة مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا[1].

من المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الأمتعة بين الزوجين توجه اليمين الخاصة بالأمتعة للزوجة ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن النزاع قائم بين الطرفين حول الأمتعة و أن الزوج طالب بتوجيه اليمين للزوجة على عدم ترك أمتعتها في البيت الزوجي فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتوجيه اليمين الحاسمة بالزوجة المطلقة التي لا توجه من قبل القضاة بل يطلب برد من الأطراف بدل اليمين الخاصة بالأمتعة المنصوص عليها في المادة 73 من قانون الأسرة بل إنهم خالفوا القانون وأخطئوا في تطبيقه، ومتى كان كذلك أستوجب نقض القرار المطعون فيه[2].

من المعروف فقها حول اختلاف الزوجين في متاع البيت أن متاع يخص النساء للنساء ومن ثم فاليمين في هذه الحالة قررها الشارع و جعلها على من يسانده العرف و الزوجة أثبت بفاتورة أنها أشترت جهاز التلفزيون، وأن الزوج اعترف بأن الخزانة ذات ثلاثة أبواب هي للزوجة وكانت اليمين عليها لكون مظان النزاع خاص بالنساء مما يستوجب رد هذا الوجه[3].

إن طلب الأمتعة من طرف الزوجة يعد من توابع الطلب الأصلي الذي هو الطلاق أو الرجوع ومن ثم فإن قضاة الاستئناف قواعد الإجراءات الجاري بها العمل حين فصلوا في مسألة الأمتعة والمصوغ بين الطرفين[4].

من المقرر أن الشريعة الإسلامية قد نظمت في متاع البيت وجعلتها على من يقوى ضده العرف يؤيده القرائن واليمين على هذا النحو يمين شرعية فيتوقف أداءه على طلب الخصم."[5]

---

[1] الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،، رقم ،189245 ،عدد خاص 2001 ص242

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم:134419 ،بتارخ:1996/07/09،المجلة القضائية،العدد02،سنة1998،ص72.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم:41437،بتارخ:1986/02/05،(غير منشور).

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم:59140،بتارخ:1990/03/19،المجلة القضائية،العدد04سنة1991،ص121.

[5] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم:26545،بتارخ:25 /1982/01،المجلة القضائية، عدد خاص،سنة1982،ص243.

خـــاتمـــة

خاتمة:

بعد الدراسة الموسومة بـ :" **إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة – انحلال الزواج أنموذجا-**""، والتي تم من خلالها استقراء واستنباط **إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة** فيما تعلق بمسائل انحلال رابطة النكاح وآثاره، من خلال ما اشتملت عليه قرارات المحكمة العليا، إلى جانب أحكام قانون الأسرة الجزائري في بعديه الموضوعي والإجرائي، ومقارنة ذلك بأحكام الفقه الإسلامي، فقد خلصت إلى تقرير جملة من النتائج، التي أعقبتها ببعض التوصيات والمقترحات، وذلك من خلال ما يأتي:

أولا- نتائج الدراسة:

أ- فيما يتعلق بالقضاء:

إن القضاء في الفقه الإسلامي هو فصل الخصومات وقطع المنازعات بالحكم الشرعي على وجه مخصوص إن افتقدت فلا وجود لهذا القضاء.

*مما يمتاز به القضاء في الإسلام هو كفيل بتربية الوازع الديني عند القاضي المسلم قبل تكليفه بالأحكام القضائية.

*يظهر دور الوازع الديني بشكل ظاهر وجلي في وسائل الإثبات القضائية وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية وهي منطق العدل وركيزة الحق.

ب- فيما يتعلق بحجية الحكم القضائي:

*يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على إعطاء الأحكام القضائية حجية معينة وإن اختلفا بعد ذلك في مداها وقوتها.

*ويشترط حتى يحوز الحكم حجيته أن يكون صادرا من المحكمة بموجب سلطتها القضائية

ج- فيما يتعلق بالاجتهاد القضائي

*إن الاجتهاد القضائي له دور بالغ الأهمية والأثر لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه، يخلق لحظة انسجام بين النصوص القانونية والواقع الاجتماعي المطروح أمام القاضي.

*الاجتهاد القضائي في قضاء الأحوال الشخصية يخضع في مفهومه لأحكام وقواعد الاجتهاد الفقهي وكونه مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية ويتم الرجوع إليها حسب المادة 222من قانون الأسرة.

*إطلاق اصطلاح المبادئ القضائية أو قرارات المحكمة العليا أولى من اصطلاح الاجتهاد القضائي وهذا خاص بمجال قضاء الأحوال الشخصية لأن الاجتهاد فيها يخضع في مفهومه لأحكام وقواعد الاجتهاد الفقهي.

*إن الاجتهاد القضائي الشرعي يعطي حلولا للقضايا، أما قرارات المحكمة العليا فلا تعدو أن تكون الحكم النهائي الذي يمثل التطبيق الصحيح للنصوص القانونية أو الفقهية.

*إن الاجتهاد القضائي في مجال القانون لا يعدو أن يكون مصدرا تفسيريا للقواعد القانونية، وليس له أية قوة ملزمة إلا في القضية التي يصدر فيها على الرأي الغالب والمعمول به في التشريع الجزائري.

د- ما يتعلق بأحكام الأسرة:

بنيت معظم أحكامها على النصوص الشرعية، وتبقى مسائلها الفرعية مجالا للاجتهاد في تطبيقها ومعالجة المستجد منها وكذلك على بعض القضايا التي تخضع لظروف التغير العرفية والبيئية.

هـ- ما يتعلق بالجانب التطبيقي من البحث:

جاءت قوانين الأسرة في تعديلاتها الجديدة بموجب الأمر 05-02 بحلول وسطية لمسائل فرعية مجتهد فيها، جعل منها قضايا جوهرية من شأنها الرفع من مكانة المرأة وتقوية مركزها القانوني والاجتماعي.

*إن أبرز ما يتسم به هذا القانون هو تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة ومنح المرأة مكانة مرموقة سياسيا واجتماعيا وقانونيا في المجتمع ويظهر ذلك من خلال:

*جاءت المادة 53 ووسعت من دائرة الأسباب التي تجيز للمرأة طلب التطليق، ومنها عدم وفاء الزوج بشروطه اتجاهها.

* وسع المشرع من دائرة الاشتراط في عقد الزواج وخاصة في المادة53في فقرتها6 خلافا لجمهور الفقهاء.

*جاءت المادة54"يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي "وذلك في مقابلة حق الرجل في الطلاق حيث ارتقى حقها في الخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل، حيث أن المشرع لجاء على تحقيق المساواة بينهما والتي تتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية، عندما وسع من دائرة الأسباب التي تجيز للمرأة التطليق ماعدا التطليق للضرر والعيوب التي نص عليها الفقهاء.

*جعل للمرأة الحق في الخلع دون موافقة الزوج حسب المادة 54، فالمشرع الجزائري خالف مقاصد الشريعة الإسلامية.

*جعل المشرع مصلحة المحضون فوق مصلحة الحاضن جعل للمطلقة الحاضنة حق البقاء في مسكن أب المحضون إلى غاية تنفيذ الحكم القضائي وتوفير مسكن أو دفع بدل الإيجار.

*أولوية الحضانة في الإسلام للأم ولو كانت مطلقة من والد المحضون.

*توفير مسكن للمطلقة الحاضن يقع على عاتق الزوج المطلق، لأن مسكن الحاضنة يعد من مشمولات نفقة الأولاد، وإلا يوفر لها مسكنا، فإن عجز توفر لها الدولة مسكنا.

*وقد اقترح في هذا الشأن والتي تساهم في حل الإشكال لو قام أولوا الأمر بتخصيص مجموعة من المساكن وتسمى "مساكن حضانة" عن طريق الهبة أو الوقف توضع تحت تصرف القاضي الذي يتولى منحها إلى كل مطلقة حاضنة تثبت عجزها هي ومطلقها من توفير لها سكن، بشرط أن تمنع على المطلقات الحاضنات من بيعها أو كرائها أو تورثيها، فإن تزوجت تنتقل إلى مطلقة أخرى حاضنة.

*إن أغلب مواد قانون الأسرة المتعلقة بحقوق المطلقة مستمدة من أحكام الشريعة الغراء.

*لكن يعاب على هذا القانون في نظري كونه يحمل بعض نقائص ومنها:

*مصير المطلقة التي ليس لها أولاد أو التي لم تسند لها الحضانة.

*كيفية إسناد الحاضنة في حالة عدم طلبها من كلا الأبوين المطلقين.

ثانيا-التوصيات:

أ- فيما يخص القضاء:

1-ضرورة الإعداد الفني والعلمي والتكوين المهني السليم الذي من شأنه أن يفرز قاضيا متخصصا مما يضمن له القدرة على الحكم طبقا للقضاء الشرعي في مجال الأحوال الشخصية.

*إعادة الاعتبار للقضاء الشرعي وبخاصة في مجال الأحوال الشخصية، وذلك بإعادة العمل بنظام المحاكم الشرعية التي تختص بالنظر في قضايا الأحوال الشخصية.

ب- فيما يتعلق ببعض مواد القانون:

*ضرورة إعادة النظر في قانون الأسرة ومحاولة إثرائه وتعديله وسد مختلف الثغرات الموجودة فيه، وأن يقتصر التعديل على المواد التي تتضمن أحكاما مستندة على نصوص ظنية أو مستنبطة بطريق الاجتهاد(لا نص مع اجتهاد).

*لا بد من توكيل أمر تعديل قانون الأسرة إلى هيئة تضم أعلى الكفاءات من ذوي الخبرة والاختصاص في الشريعة والقانون وعلم الاجتماع والنفس مع الاستعانة بمختلف الهيئات التي لها علاقة بالموضوع سواء كانت من مؤسسات الدولة أو هيئات المجتمع المدني.

*ضرورة اهتمام الدولة ممثلة في مؤسساتها الرسمية بإعانة مادية للمطلقات المعوزات.

*دعوة مختلف هيئات المجتمع المدني وعلى رأسها الجمعيات الخيرية لتكفل بانشغالات المرأة المطلقة.

*العناية بتدريس الفقه الإسلامي في كليات الحقوق.

*الاهتمام بالتكوين الشرعي للقضاة.

*إعادة النظر في المادة 53قانون الأسر الجزائري فيمكن للمرأة طلب التطليق بناء على ما ورد في الفقرة العاشرة من المادة53 قانون الأسرة الجزائري التي تشمل كل ضرر معتبر شرعا.

*توضيح الحالات الواردة ضمن المادة 53 التي تخول للزوجة حق طلب التطليق مع إمكانية التمييز بين الحالات التي يمكن إفادتها بالتعويض.

*مراجعة شروط الحضانة ومنح الأم حق التصريح في حالة تنقلها بأولادها

*إضافة فقرة لضمان حق المحضون فالمادة 70 فيها إجحاف لحقه.

*ضرورة مراجعة المادة 72 فهي الأكثر إجحافا في حق المرأة وربط مصيرها بمصير أولادها في السكن.

*إضافة فقرة للمادة 72 أو تخصص مادة مستقلة تحدد المدة الزمانية التي يتم خلالها توفير السكن للحاضنة مع ضرورة تطبيقها وربطها بالقواعد الجزائية في حالة امتناع الزوج عن تنفيذ التزاماته.

*حماية متاع المرأة وممتلكاتها كشريك مساهم وفعال في تجهيز البيت والتفكير في حماية المتاع المشترك بين الرجل والمرأة.

*إنشاء مركز للدراسات والبحوث القانونية والقضائية في مجال الأحوال الشخصية يهتم بقضايا الأسرة والمواريث يؤطره رجال القانون والقضاء وأساتذة التعليم العالي في التخصص.

*وفي الأخير فإن هذه النتائج والتوصيات التي ارتأيتها تبقى محل تقدير ووجهة نظر.

وعلى هذا يبقى هذا القانون حسب رأيي مشوبا بالقصور مما يتطلب إعادة النظر في بعض مواده بالتعديل أو الإضافة أو الإلغاء، على أن هذا لا يعتبر انتقاصا من الجهد المبذول من قبل المشرع، وإنما لا يتعدى كونه عملا بشريا يعتريه النقص.

ونسأل الله عز وجل الهداية والثبات والتوفيق والرضا وحسن الخلق، وطاعة الله ورسوله، ونحمد الله ونشكره شكرا يليق بمقام جلاله وعظيم سلطانه وصلى الله على خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين

فهرس المصادر والمراجع

فهرس المصادر والمراجع

1–المصادر :

(1)–القرآن الكريم:

فهرس الآيات القرآنية

سورة	رقم الأية	صفحة
البقرة	187	40
البقرة	229	47–46–44
البقرة	231	31
آل عمران	37	52
النساء	19	38
النساء	35	37–36
النساء	59	14
النساء	65	37–7
النساء	83	15
النساء	105	14
النساء	128	44
النساء	129	31
النساء	130	44
المائدة	3	16
المائدة	42	37
المائدة	51	5
الشورى	14	14
الشورى	38	6

(2)السنة النبوية: فهرس الأحاديث النبوية

الرقم	الحديث	الصفحة
1	لا يفرك أي لا يبغض مؤمن مؤمنة	46
2	لا ضرر ولا ضرار	31
3	من جعل قاضي بين الناس فقد ذبح بغير سكين	13
4	"إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر"	4
5	بم تحكم يا معاذ؟ قال :أجتهد برأيي	15-12
6	"إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر واحد"	15
7	"اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"	44-43
8	" ياابن ساعدة لا تدعوا عليهن فإن البركة في البنات هن المجملات عند النعمة والمعينات عند المصيبة والممرضات عند الشدة ثقلهن على الأرض ورزقهن على الله	52

(3)–فهرس الأعلام :

اسم العلم	الصفحة	اسم العلم	الصفحة
الآمدي	11-10	ابن قدامة	52-50-47-37-16
ابن الأثير	46	ابن ماجة	4
البخاري	44-4	الماوردي	16
البيهقي	41	أبو داود	15
البهوتي	50-47-17-8	الزركشي	15
الترمذي	14	القرطبي	46-45-41
ابن حزم	41	البيضاوي	3
ابن خلدون	8	ابن كثير	45
ابن فرحون	18-7	أبو منصور الازهر	6
ابن القيم	20-15	مسلم	37
النسائي	41-40		

أولا: الكتب والمراجع:

1- الكتب الفقهية:

(1)أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، عامر سعيد الزيباري، دار إبن حزم ، سنة199 6.

(2) أحكام الخلع في الشريعة الاسلامية، عامر سعيد الزيباري ،دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ،بيروت ،لبنان،ط1،سنة1997.

(3) الأحكام السلطانية، تحقيق أحمد مبارك البغدادي، الماروردي، مكتبة دار ابنقتيبة، الكويت، ط01، سنة 1989.

(4) الإحكام في أصول الأحكام، الآمدي، تعليق السيخ عبد الرزاق عفيفي ،دار الصميعي للنشر والتوزيع ،السعودية،ط1،سنة2003.

(5)الأحكام من بلوغ المرام ، عبد الله بن عبد الرحمن البسام، ، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة،ط5،سنة2003.

(6)الاجتهاد في الشريعة الإسلامية (ضمن مجموعة بحوث بإسم الاجتهاد في الشريعة الإسلامية) ، وهبة الزحيلي، إدارة الثقافة والنشر، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ط4 0،سنة1984.

(7) الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية، محمد الدسوقي ،دار الثقافة، الدوحة،قطر،ط01،سنة1987.

(8) أ نيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، قاسم القونوي ، تحقيق أحمد الكبيسي، دار الوفاء للنشر والتوزيع، جدة، ط1 ،سنة1985.

(9) الإبهاج في شرح المنهاج، البيضاوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، سنة 1995.

(10)البحر الرائق شرح كنز الرقائق، زين الدين بن محمد المعروف بإبن نجيم ،دار الكتب العلمية،بيروت،ط1 ،سنة1997 .

(11) آلبحر المحيط، في أصول الفقه، الزركشي، قام بتحريره، عبد الستار أبو غدة، دار الصفوة للطباعة والنشر، مصر ، ط2 ،سنة1992.

(12)بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد القرطبي ،دار ابن حزم بيروت ،لبنان ، سنة1999 .

(13) بدائع الصنائع، الكاساني أحمد ،دار إحياء التراث العربي ،مصر، بدون طبعة،سنة1986.

(14)البناية في شرح الهداية، العيني، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2 ،1990 .

(15) تاج العروس، مرتضى الزبيدي، دار الفكر المعاصر، بيروت لبنان ، ط1، سنة 1999.

(16)تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، دار الندى للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1 ، سنة1988.

(17) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون، دار الكتب العلمية، بيروت ،(دط ،دت، دس).

(18)تحصيل المأمول من علم الأصول، القنوجي أبي الطيب ،تحقيق أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01،سنة2003.

(19)رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة1992.

(20) التهذيب في أدلة متن الغاية والتقريب، المشهور بمتن أبي شجاع في الفقه الشافعي، مصطفى ديب آلبغا ، دار ابن كثير، دمشق ، بيروت، ط4، سنة1989 .

(22) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن شهاب الدين الرملي، دار الفكر ،الطبعة الاخيرة،سنة1984.

(23) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ابن فرحون، تحقيق مأمون بن محي الدين الجنان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 ، سنة 1996.

(24) جامع الفقه، ابن القيم، جمع وتوثيق يسري السيد محمد، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، ط 1، سنة2000.

(25) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي ،تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط01،سنة2006.

(26) الروض المربع شرح زاد المستنقع (للحجاوي)، البهوتي، تعليق عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مؤسسة الرسالة، بيروت، (د ط ،د ت)، دون سنة.

(27)المبدع في شرح المقنع، ابن مفلح الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، (دون طبعة)، سنة1978.

(28) الشرح الصغير على أقرب المسالك في مذهب الإمام مالك، الدردير أبو البركات أحمد بن محمد دار المعارف بمصر، دون طبعة، دون سنة.

(29)الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي، محمد أحمد إبن عرفة ،دار الفكر ،بدون ط ،دت،ج2،دون سنة.

(30) أصول التشريع الإسلامي، علي حسب الله، دار الفكر العربي، القاهرة، ط6 0، سنة1982 .

(31) أصول التشريع الإسلامي، علي حسب الله، دار الفكر العربي، القاهرة، ط7 0، سنة1997 .

(32) أصول الفقه الإسلامي، مصطفى شلبي، دار الجامعية للطباعة والنشر،مصر،ط4، سنة1983.

(33) أصول الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي ، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط2 0،سنة2004.

34)الفقه الإسلامي وأدلته، وهيبة الزحيلي ،دار الفكر بيروت،ط7،سنة1996.

(35) المقدمة، ابن خلدون، دار القلم، بيروت، لبنان، ط6، سنة1986.

(36)المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، دار القلم،دمشق،ط2،سنة2004.

(37) النظرية العامة للشريعة الإسلامية، جمال الدين عطية، مطبعة المدينة المنورة، ط1، سنة1988.

(38)المحلى بالآثار، ابن حزم، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط01،سنة1929.

(39)المحصول في علم أصول الفقه، طه جابر فياض العلواني، مؤسسة رسالة بيروت،ط1،سنة1996.

(40) الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط04،سنة1994.

(41) ذيب اللغة، أبو منصور الأزهري ، تحقيق عبد السلام هارون، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ط 01، (دت)،دون سنة.

(42) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الحطاب، دار الفكر، بيروت، ط3 ، سنة1992.

(43)الدر المختار، الحصكفي، مطبعة محمد علي صبيح، مصر،دط،دت ،دسنة

(44)الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن القيم، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، سنة1953 .

(45)المبسوط، السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1،سنة1993.

(46)المدخل إلى التشريع الإسلامي، موسى كامل، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 01، سنة1989

(47) سنن أبي داود، أبو داود ، كتاب الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، تعليق، عزت عبيد الدعاس ،عادل السيد، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1،سنة1997.

(50)سنن ابن ماجه، إبن ماجة، كتاب الأحكام، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق ، تحقيق خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1 ،سنة 1996.

(55)سنن النسائي ،أحمد بن شعيب بن علي بن سنان بن بحر النسائي، مكتبة المطبوعات الإسلامية، ،سنة1994.

(57) شرح القواعد الفقهية، الزرقا محمد ،تنسيق ومراجعة عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق، ط2 ، سنة1989،ص165.

(58) صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد البخاري، دار ابن حزم، القاهرة، ط1، سنة 2010

(58 صحيح مسلم، أبو الحس مسلم تالنيسابوري، دار ابن حزم، القاهرة، ط1، سنة 2010.

(59)منتهى السول في علم الأصول ،الآمدي ،تحقيق أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان،ط1،سنة2003.

(60) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الخطيب الشربيني، أعتنى به محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1 ،سنة 1997.

(61) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،محمد الخطيب الشربيني، مصطفى البابي الحلبي،القاهرة، ،سنة1958.

(62) مغني المحتاج،الشربيني،347/3.

(64) شرح منتهى الإرادات، البهوتي ،تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، ط1،سنة2000.

(65)نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، محمد بن شهاب الدين الرملي ،دار الفكر ،الطبعة الاخيرة،سنة1984.

(67) مدونة الفقه المالكي وأدلته، الصادق عبد الرحمان لغرياني، مؤسسة الريان، للطباعة والنشر والتوزيع،دون طبعة، دون سنة.

(68) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، آلماوردي ، تحقيق علي محمد معوض ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1 ،سنة.1994

(69) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، الونشريسي، نشر وزارة الأوقاف بالمملكة المغربية، سنة1981.

(70)المغني، شرح مختصر الخرقي، ابن قدامة ،تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار عالم الكتب للطباعة ، السعودية، ط3،سنة1997 .

(71)المغني ،ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، دار إحياء التراث العربي ،ط1،سنة1985.

(72)كشاف القناع عن متن الإقناع ، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، دار الفكر، بيروت، لبنان،1982 .

(73)المدخل إلى التشريع الإسلامي، موسى كامل، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1 ، سنة1989.

(74)الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 01، سنة2000.

(75)الفتاوى الكبرى الفقهية، ابن حجر الهيثمي، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون ط،سنة1983.

***المعاجم:**

(1)النهاية في غريب الحديث والأثر، ابن الأثير، المكتبة العلمية، بيروت، سنة1979.

(2)المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4 ، سنة.2004

(3) معجم مصطلحات أصول الفقه، قطب مصطفى سانو، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط1 ، سنة 2000.

ثالثا– الكتب القانونية:

(1)أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ،مصطفى شلبي ،دار الجامعية للطباعة والنشر، بدون سنة طبع .

2) أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، محمد عبد الجواد محمد، دار الفكر الجامعي، بيروت، ط04، سنة1994.

(3) أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، محمد عبد الجواد محمد، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة سنة1991.

(4) أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، محمد عبد الجواد محمد، دار الفكر الجامعي، بيروت، ط04، سنة1994.

(5) أحكام الأحوال الشخصية، عبد الوهاب خلاف، دار القلم، الكويت، ط2 ، سنة1990.

(6)أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ،مصطفى شلبي ،دار الجامعية للطباعة والنشر، بدون سنة طبعة .

(7)أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، عامر سعيد الزيباري، دار ابن حزم ،ط سنة1996.

(8) الاجتهاد والتقليد في الشريعة الإسلامية، محمد الدسوقي ،دار الثقافة، الدوحة،قطر،ط01،سنة1987.

(9)الاجتهاد والتقليد في الإسلام ، نادية شريف العمري، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر ،بيروت،ط01،سنة2004.

(10)الاجتهاد بين الواقع والتغير، بوبشير محند أمقران، ديوان المطبوعات الجامعية،ط2،سنة2005.

(11) الأحكام السلطانية، تحقيق أحمد مبارك البغدادي، الماوردي، مكتبة دارا بن قتيبة، الكويت، ط1 ،سنة1989.

12)التصريح الأسري في القرن14هـ، عبد الوهاب أبو سليمان، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ط1، سنة1393هـ–1394هـ.

(13) التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، منصوري نورة، ،دار الهدى، عين مليلة ،الجزائر، ط سنة2017/1/1.

(14)التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ،محمد الزحيلي، دار الفكر ،دمشق،ط3،سنة2002.

(15)التفسير القضائي في القانون المدني، رضا المزغني، عبد أمجيد عبودة، إدارة البحوث ،المملكة العربية السعودية، دون طبعة،سنة1983.

(16)الحياة القضائية ،محمد ضاحي، مطبعة النصر ،مصر ،ط1، سنة1938.

(17) الحدود الدستورية بين السلطتين الدستورية والقضائية(دراسة مقارنة)، عادل الطبطبائي، لجنةالتأليف والتعريف والنشر ،جامعة ،كويت، دون طبعة ،سنة2000.

(18)حجية الحكم القضائي بين الشريعة والقانون محمد نعيم ياسين، دار الفرقان، عمان، الأردن، ط1، سنة1984.

(19) حجية الأحكام الشرعية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، عبدالحكم شرف ط1،سنة1988.

(20)حماية القاضي وضمانات نزاهته، عادل محمد جبر أحمد شريف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة، سنة2008.

(22) حجية الأحكام المدنية والجنائية في ضوء القضاء والفقه، وعبد الحميد الشوار بي ، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة،سنة1986 .

(23)الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية ،عادل الطبطائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة،سنة1999.

(24)الطلاق الإنفرادي وتدابير الحد منه في الفقه الإسلامي والشرائع اليهودية والوضعية و التقنيات العربية المعاصر (دراسة مقارنة)، أحمد نجيب الغزالي، دار النهضة العربية، القاهرة،سنة2001.

(25)الفقه الاسلامي وأدلته ،الأحوال الشخصية، أحكام الأسرة ،وهبة الزحيلي ،دار الفكر المعاصر،دمشق ، ط4المعدلة، سنة1997.

(26) الطلاق وتوابع فك العصمة، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نبيل صقر ، د ط ،د ت، دار الهدى ،عين مليلة، الجزائر،سنة2004.

(27)الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، زكية تشوار حميدو،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد02 ، جامعة، الجزائر،2003 .

(28) التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، منصوري نورة، ،دارا لهدى، عين مليلة ، الجزائر ،دون تاريخ ،دون طبعة، دون سنة.

(29)الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، عبد العزيز سعد،دار هومة، ط3،سنة 1996.

(30) القضاء في الإسلام، محمد سلام مدكور ، دار، النهضة العربية ،القاهرة ،سنة1964 .

(31)القانون القضائي الخاص، إبراهيم نجيب سعد، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة، دون سنة.

(32) القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، محمود محمد هاشم، مطابع جامعة الإمام سعود، ط1 ، سنة1988.

(33) دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دلاندة يوسف، دار هومة، الجزائر، سنة2007.

(34) ضمانات القاضي في الشريعة الإسلامية والقانون ،حامد إبراهيم عبد الكريم الجبوري، منشورات الحلبي الحقوقية ،ط01،سنة 2009.

(35)الصلح في مسائل الأحوال الشخصية، محمود محمد عوض سلامة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، سنة1996.

(36)قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع أخر تعديلات، دوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،(دون طبعة)،سنة02-2006.

(37)قوانين الأسرة ،سالم بهنسا وي، دار الفكر الجامعي،ط1 ،سنة1996.

(38)مبادئ القانون ،عبد المنعم البدراوي ،مكتبة سيد عبدالله وهبة ،القاهرة ،دون طبعة،سنة1979.

(39)مبادئ العلوم القانونية ،ياسين محمد جعفور، دار النهضة العربية،القاهرة،ط6،سنة1987.

(40) المدخل إلى العلوم القانونية ، محمد سعيد جعفور، ،دار هومة، الجزائر، ط14،سنة 2007.

(41)المدخل للقانون ،محمد النعمان، دار النهضة العربية، بيروت، دون طبعة،سنة1975.

(42)المدخل للعلوم القانونية ،إبراهيم الخليلي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة،سنة1999.

(43)المدخل إلى العلوم القانونية ،عمار بوضياف ،دار جسور للنشر والتوزيع،ط3،سنة2007.

(44)المؤامرة على المرأة المسلمة، أحمد فرج، المنصورة الإسكندرية، ط2، سنة1986.

(45)المراءة بين القانون والفقه، احمد السباعي، دار الفكر الجامعي ،مصر،ط1،سنة1993

(46)مبادئ العلوم القانونية، ياسين محمد يحي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط06، سنة1987.

(47) نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، سمير عالية، المؤسسة الجامعية للنشر، ط1، سنة1997.

(48)السوابق القضائية في القانون الإنجليزي، روبرت كروس، ترجمة د. محمد الشيخ عمر، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط2، سنة2007.

(49)المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، لوعيل محمد لمين،دار هومة، الجزائر، ط2، سنة 2006.

(50)الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،العربي بلحاج، ديوان المطبوعات الجامعية،ط4،سنة2004.

(51)الوجيز في نظرية القانون، محمد حسنين، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دون طبعة، سنة1986.

(52) الوجيز في المرافعات مركزا على قضاء النقض، محمد محمود إبراهيم، دار الفكر العربي، مصر،(دط،دت)،سنة1981.

(53)الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،، بلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية، ط سنة2005.

(54) الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج ،دار هومة، الجزائر ،سنةً2007.

(55)الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، ديوان المطبوعات ،بن عكنون الجزائر ،سنة1999.

(56) الوسيط في القضاء المدني، فتحي والي، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة سنة1970.

(57)الوسيط في قانون القضاء المدني، فتحي والي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، سنة1980.

(58)الوسيط في شرح قانون المرافعات، السيد أحمد صاوي ،دار النهضة العربية، القاهرة ،دون طبعة،سنة1981.

(59) النظام القضائي الجزائري ،بوبشير محند أمقران، ديوان المطبوع الجامعية، الجزائر ،ط3،سنة2003.

(60) قانون الأسرة مدعم بإجتهادات قضاء المحكمة العليا مع أخر تعديلات،العيش فضيل،ديوان المطبوعات الجامغية،بن عكنون،الجزائر ،سنة2006.

(61)معايير تعريف العمل القضائي، بدرخان عبد الحكيم إبراهيم ،ديوان المطبوعات الجامعية لجزائر، ،ط1،سنة1994.

(62)الفقه والقضاء في قانون المرافعات، محمد عبد الحق، مكتبة القاهرة، دون طبعة، سنة1994.

(63)دروس في مدخل العلوم القانونية ،نادية فضيل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،بدون طبعة،،سنة1999.

(64) شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، بن شويخ الرشيد ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر ،ط1،سنة2008

(65)شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، فضيل سعد، المؤسسة الوطنية للكتاب ،ط سنة1986.

(66)مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ،عبد الرحمان الصابوني، دار الفكر العربي ،منقحة ومزيدة،ط2 ،سنة1978.

(67)مبادئ القانون، عبد المنعم البدراوي ،دار الفكر الإسكندرية، دون طبعة،سنة1994.

(68)نظرية وظيفة القضاء، أحمد محمد حشيش، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، سنة2002.

(69) نظام القضاء المدني، محمود السيد عمر التحيوي، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون طبعة، سنة2001

(70)هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، عصام أنور سليم، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة، سنة1996.

(71)المبادئ القانونية العامة، أنور سلطان، دار النهضة العربية، بيروت، دون طبعة، سنة1974.

(72) النظام القضائي في الجزائر، بوبشير محند أمقران، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،ط4،سنة2005.

(73)التنظيم القضائي الجزائري ،طاهيري حسين، دار هومة ،الجزائر ،بدون طبعة،سنة2007..

(74)أخلاقيات مهنة القاضي، حسين طاهري ،دار الخلدونية،ط1،سنة2010.

(75) شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، بن شويخ الرشيد ،دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر ،ط1،سنة2008.

(76)شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، فضيل سعد، المؤسسة الوطنية للكتاب ،ط سنة1986.

(77نظرية وظيفة القضاء، أحمد محمد حشيش، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، سنة2002.

(78)مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ،عبد الرحمان الصابوني، دار الفكر العربي ،منقحة ومزيدة،ط2 ،سنة1978.

(79) قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، دار الوعي للنشر والتوزيع،الجزائر ،سنة2012.

(80)قانون الأسرة في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد ،دار هومة،الجزائر ،سنة2007.

(81) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، ط1 ، سنة 1986 .

رابعا– المذكرات والرسائل الجامعية:

(1)مباحث الاجتهاد عند الأصوليين وأثرها في اختلاف الأحكام، أحمد عبد الحليم أحمد حمام ،أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، مصر، سنة1987 .

(2) حجية الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية، حسن أحمد علي الحمادي، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية ،مصر، دار الفتح للطباعة والنشر ،سنة2001.

(3) التطليق والخلع على ضوء قانون الأسرة واجتهاد المحكمة العليا، يوسف عزيرية، مذكرة تخرج للقضاء، المعهد الوطني للقضاء،سنة2003–2004.

(4) الاجتهاد القضائي وتطبيقاته في الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير ،رسالة دكتوراه ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،سنة2008–2009.

(5) إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة (الزواج – الطلاق)، لعمارة محمد صورية، مذكرة التخرج للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، سنة2005–2006.

(6)أحكام الخلع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ،عبدالمجيد نغاق، مذكرة ماستر ،كلية العلوم الإجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الإنسانية، شعبة العلوم الإسلامية ،جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر ،2015/2014.

(7) إرادة المرأة في عقد الزواج والطلاق، حسانين نجلاء جمعة محمد، ماجستير، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، سنة2005.

خامسا– المجلات العلمية:

(1) قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق، نصر الدين ماروك، مقال بمجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، العدد4، سنة2004.

(2) وقوع الطلاق من غير الزوج ،عبد القادر داودي، مقال منشور في مجلة المعيار، تصدرها كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد9،سنة2004.

(3)الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي ،موسى عبود، مجلة المحاماة، العدد3، يوليوز ،سنة1969.

سادسا– المجلات القضائية:

(1) المجلة القضائية، قرار رقم:26545، عدد خاص سنة1982.
(2) لمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم:41437،بتارخ:1986/02/05،(غير منشور).
(3) المجلة القضائية، ملف رقم:34767، عدد 01، سنة1990.
4) المجلة القضائية، ملف رقم: 36414، عدد 2، سنة 1990.
(5) المجلة القضائية، رقم الملف:56597، العدد3، سنة1991.
(6) المجلة القضائية، رقم الملف:59013، العدد4، سنة1991.
(7) المجلة القضائية، قرار رقم:59140، العدد04، سنة1991.
8)المجلة القضائية، رقم:7541، سنة1993.
(9) المجلة القضائية، قرار رقم:58997، العدد01، سنة1993.
(10) المجلة القضائية، رقم:112705، عدد01، سنة1994.
(11) المجلة القضائية، رقم: 105366،العدد2نسنة1994.
(12) نشرة القضاة، رقم:175646، عدد56، سنة1994.
(13) المجلة القضائية، رقم:139353، العدد2، لسنة1997.
(14) المجلة القضائية، رقم الملف:89255، العدد2، سنة1997.
(15) المجلة القضائية ،رقم ملف:123889،نشرةآلقضاة،العدد52،سنة1997.
(16) المجلة القضائية، قرار رقم:134419، العدد02، سنة1998.
(17)المجلة القضائية، رقم الملف:224655نعدد خاص، سنة2001.
(18) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،رقم:81850، عدد خاص،سنة2001.
19) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،رقم:109595، عدد خاص،سنة2001.
20) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،رقم:1892453، عدد خاص،سنة2001.
21) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،رقم:2226514، عدد خاص،سنة2001.

سابعا– النصوص القانونية:

(1) القانون رقم: 11–84 المؤرخ في: 09–06–1984م، المعدل والمتمم بالقانون رقم:09–05 المؤرخ في: 04–05–2005م، المتضمن الموافقة على الأمررقم:02–05 المؤرخ في:27–04–2005م،المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية: العدد 43 لسنة 2005م.
(2) القانون رقم:08–09 المؤرخ في 25–02–2005، الجريدة الرسمية، العدد21، سنة23–04–2008. (3) الأمر رقم:78–58المؤرخ في:26–09–1975المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة:العدد31، المؤرخ في:سنة2007

ثامنا– الموقع الإلكتروني:

1. halim avocat, ahlamount ada.com.
2. www.droitetentreprise.com مجلة القانون والاعمال،
3. http://www.alittihad.ae/details.php?id=11231&y=2005

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
كلمة شكر وتقدير وعرفان	/
الإهداء	/
مقدمة	أ - هـ
الفصل الأول **أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي** **والتشريع الجزائري**	01
تمهيد	02
المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي	03
المطلب الأول : النظام القضاء في الفقه الإسلامي	03
الفرع الأول : مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي لغة واصطلاحا	03
1- مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي	03
مفهوم اللغوي:لغة	03
مفهوم الاصطلاحي	03
2- مفهوم الاجتهاد القضائي في القانون	05
مفهوم الفقهاء للاجتهاد	05
الفرع الثاني :مفهوم القضاء لغة واصطلاحا	06
أولا :لغة: مفهوم القضاء في لغة	06

ثانيا: مفهوم القضاء اصطلاحا	07
الفرع الثالث: ضرورة الاجتهاد القضائي	08
الفرع الرابع: مصادر الأحكام الاجتهادي	10
الأول :مصادر الأحكام الاجتهادية النقلية	10
المطلب الثاني: الاجتهاد النظام القضائي في الفقه الإسلامي	12
الفرع الأول: التطور التاريخي للاجتهاد القضائي	12
أولا: تطوره في الفقه الإسلامي	12
ثانيا: آراء الفقهاء في إشتراط الاجتهاد في القاضي	13
الفرع الثاني: مشروعية الاجتهاد وحكمه	14
الأول: مشروعيته	14
ثانيا: حكم الاجتهاد	15
المطلب الثالث: حجية الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي	16
الفرع الأول: المقصود بحجية الحكم القضائي	17
المبحث الثاني: أحكام الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري	19
المطلب الأول: الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري	19
الفرع الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي قانونا	19
فرع الثاني: مجال الاجتهاد القضائي وموقعه من بين مصادر القانون	21
الأول :مجال الاجتهاد القضائي عند وجود النص	21

ثانيا: مجاله في عدم ورود النص	22
ثالثا: موقع الاجتهاد من بين مصادر القانون	23
المطلب الثاني:تطور التنظيم القضائي في القانون الجزائري وأهميته في قانون الأسرة من الوجهة العملية	25
الفرع ا:لأول: تطور الاجتهاد القضائي في القانون الأسرة الجزائري و العوامل المساعدة له	25
الفصل الثاني **سلطة القاضي في الحد من النزاعات** **المتعلقة بانحلال الزواج وآثاره**	28
تمهيد	29
المبحث الثاني: التفريق القضائي(التطليق والخلع) في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري	30
المطلب الأول: التطليق لمخالفة المادة8 من قانون الأسرة الجزائري	30
المطلب الثاني: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين في فقه وقانون الأسرة الجزائري	32
الفرع الأول: التطليق والأحكام المتعلقة به	32
أولا:موضوع التفريق القضائي	32
1-التطليق	32
ثانيا :التفريق للشقاق المستمر بين الزوجين	33
2-التحكيم في دعوى التطليق	35

أولا :الجانب القانوني	35
ثانيا :الجانب الفقهي	36
الفرع الأول: تعريف التحكيم وحكمة مشروعيته	36
أولا: تعريف التحكيم لغة واصطلاحا	36
ثانيا: مشروعيته	38
ثالثا:حكمة مشروعية	38
الفرع الثاني: دور الحكمين في الإصلاح بين الزوجين	39
الفرع الثالث: شروط الصلح وشروط الحكمين	39
المطلب الثالث: أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري	41
الفرع الأول:الخلع وأحكامه في القانون الأسرة الجزائري	41
أولا :تعريف الخلع وبيان حكمة مشروعيته وحكمه	41
1- تعريف الخلع و أسبابه	41
2- أسباب الخلع	43
ثانيا: أساس القانوني للخلع	44
الفرع الثاني: حكمه الخلع و دليل مشروعيته	44
الفرع الثالث: حكمة التشريع للخلع.	46
الفرع الرابع :الحكم الشرعي للخلع	47
المبحث الثالث: أثاره في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	49

المطلب الأول: أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي	49
الفرع الأول: تعريف الحضانة وحكمها	50
أولا : تعريفها لغة واصطلاحا	50
ثانيا:تعريفها في قانون الأسرة	50
الفرع الثاني: مكان الحضانة في الفقه الإسلامي	50
الفرع الثالث: سقوط الحضانة واستعادتها	51
الفرع الرابع: رجوع الحضانة للمرأة بعد سقوطها	52
المطلب الثاني: أحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري	52
الفرع الأول: قانونا	52
الفرع ثانيا :حكمها	53
الفرع الثالث: سقوط الحضانة واستعادتها	53
الفرع الرابع: موقف القضاء من الحضانة	54
لفرع الخامس : سكن الحاضنة أو بدل الإيجار	54
1-مكان ممارسة الحضانة ومسألة الانتقال بالمحضون	54
2- المكلف بتوفير مسكن الحضانة أو أجرته	55
المطلب الثالث: مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت (اختلاف الزوجين في متاع البيت)	57
الخاتمة	65

فهرس المصادر المراجع	70
فهرس الموضوعات	83
ملخص البحث	88

ملخص البحث

باللغة العربية

اللغة الأنجليزية

بعد أزيد من عشرون سنة على تطبيق قانون الأسرة الجزائري رقم84-11وعلى إثر التغيرات الساسية والتطورات العلمية التي شهدتها الجزائر، ونظرا للضغوط الخارجية المفروضة على المجتمعات العربية بدعوى حماية حقوق الإنسان ومساواة المرأة بالرجل أن المشرع الجزائري في هذا القانون بتعديله عن طريق إلغاء بعض مواده و إضافة مواد جديدة إليه. بالأمر رقم05-02 أهم المواد التي من شأنها تعزيز مكانة المرأة وتقوية مركزها القانوني للوصول بها إلى مساواتها بالرجل، فيما يخص إنحلال الزواج فأرتقى المشرع بحق المرأة في طلب الخلع حسب المادة54من القانون الأسرة الجزائري المعدلة .كما وسع من دائرة الأسباب التي تجيز لها طلب التطليق وفك الرابطة الزوجية بما يرفع عنهاالضرر الموجب لذلك مع إستحقاقها التعويض عند ثبوت الضرر .كما أكد الحق في السكن بالنسبة للمطلقة الحاضنة حماية لها ولمحضونها.حسب المادة53من قانون الأسرة الجزائري و قد رتب عن هذا تعديل أثار سلبية تمثلت في زيادة نسبة الخلع والتطليق في المحاكم ، كما في حالة بعث الحكمين عند خوف الشقاق بين الزوجين، وهذه النظرة تقرها المبادئ العامة للشريعة الإسلامية وما أستقر عليه الإجتهاد الفقهي قديما وحديثا، بخلاف إسهامات قرارات المحكمة العليا فأقتصرت إسهاماتها على تصحيح أو تخطئة الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الأدنى درجة من المحكمة العليا. إتسمت هذه القرارات بنوع من الإجتهاد فلا يعدو أن يكون صورة للتجديد في جانبه الشكلي والذي يتمثل في تقنين أحكام الأسرة.

وأما التجديد في جانبه الموضوعي فيتمثل في الإستفادة من جميع المذاهب الفقهية بعد ماكان الأمر مقتصرا على المذهب المالكي، في صياغة بعض أحكمه المتباينة فقها وقانونا وقضاءا

Research Summary:

More than 20 years after the application of the Algerian Family Code, Rf84-11. Following the fundamental changes and scientific developments in Algeria, and due to the external pressures imposed on Arab societies on the pretext of protecting human rights and women's equality with men, the Algerian legislator amended this law by canceling some of its articles and adding New materials to it. In order No. 05-02, the most important articles that would enhance the status of women and strengthen their legal status to reach their equality with men, with regard to the dissolution of marriage, the legislator raised the right of women to request khula 'according to article 54 of the amended Algerian family law. It also expanded the reasons why it is permissible to ask for divorce and to dissolve the marital union, in order to compensate for the harm caused thereby, and to be entitled to compensation when the damage is proven. In accordance with Article 53 of the Algerian Family Code, the amendment of the right to housing for the divorced woman who protects her has been arranged in order to increase the rate of divorce and divorce in the courts, as in the case of sentencing in fear of discord between spouses. Islamic jurisprudence and the jurisprudence of jurisprudence jurisprudence old and modern, other than the contributions of the decisions of the Supreme Court was limited to the contributions to correct or miss the judgments of the lower courts of the Supreme Court. These decisions have been characterized by a kind of diligence, but only a form of renewal in its formal form, which is the codification of the provisions of the family.

As for the renewal in its substantive part, it is to benefit from all the doctrines of jurisprudence after it was limited to the Maliki school, in the formulation of some of the different judgments and jurisprudence and jurisprudence