إشكالات الطلاق الواردة في بعض مواد قانون الأسرة الجزائري

المداخلة الموجهة لليوم الدراسي حول: " الإشكالات القانونية والعملية في قضايا حل الرابطة الزوجية في التشريع الأسري الجزائري . الثغرات والاقتراحات ." والمنظم من طرف مخبر الدراسات القانونية التطبيقية، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1 . يوم 8 / 2022/12 .

الأستاذ الدكتور : نصر سلمان

كلية أصول الدين جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة

ملخص المداخلة

تهدف هذه المداخلة إلى التطرق لبعض إشكالات الطلاق الواردة في بعض مواد قانون الأسرة الجزائري ،والتي كانت دراستنا فيها منصبة على المواد : 49 ،50 ،52 ،54 ،58، 59 ،60 ، حيث ناقشنا عبرها بعض مواطن القصور التي لاحت لنا فيها مثل :عدم اعتداد قانون الأسرة بالطلاق الشفوي للزوج قبل إصدار الحكم القضائي بإيقاعه ،مما يترتب عنه ازدواجية العدة ،فتصبح هناك عدتان أولاهما شرعية ،وثانيهما قانونية ،وكذا إهماله للحكمين ،وعدم تحديده قيمة التعويض الناتج عن تعسف الزوج في إحداث الطلاق ،وعدم بيانه للفرقة الناجمة عن الخلع هل هي طلاق أم فسخ ؟ ،مع الغموض الوارد في نصوص بعض مواده ،وإغفاله لعديد المسائل المنوطة بالطلاق والتي سوف نجليها من خلال هذه المداخلة .

Intervention summary

his intervention aims to address some of the problems of divorce contained in some articles of the

Algerian Family Law, in which our study was focused on articles: 49, 50, 52, 54, 58, 59, 60, through which we discussed some of the shortcomings that we noticed, such as: Family law does not consider the husband's verbal divorce before issuing the judicial ruling, which results in a double waiting period, so there are two counts, the first is legitimate, and the second is legal, as well as its neglect of the two rulings, and its failure to specify the value of compensation resulting from the arbitrariness of the husband in bringing about divorce, and its failure to indicate the division resulting from the divorce Is it divorce or annulment? With the ambiguity contained in the texts of some of its articles, and its omission of many issues related to divorce, which we will clarify through this .intervention

نص المداخلة

قبل الحديث عن بعض الإشكالات الواردة على بعض مواد قانون الأسرة الجزائري يجدر بنا التنويه بهذا القانون لما تضمنه من محاسن خادمة

لمصلحة الأسرة حيث نافح ورافع من أجل سيرورتها ولم شملها وذلك من خلال :

1 ـ اختياره الرأي الأيسر الذي يحافظ على لم شمل الأسرة ومن أمثلة ذلك اعتباره طلاق الثلاث بفم واحد أو في مجلس واحد طلقة واحدة مراعاة منه لمصلحة عدم تشتيت الأسرة حيث ساير من أجل ذلك رأيا معتبرا في الفقه الإسلامي ذهب إليه فئام من أهل العلم و منهم علي و عبد الرحمن بن عوف و ابن مسعود و ابن عباس في قول ثان لهما و الزبير بن العوام [1] و طاوس و محمد بن إسحاق و رواية عن الحجاج بن أرطاة [2] , و الهادي و القاسم و الصادق و الباقر [3] و عكرمة و خلاس بن عمرو و الحارث العكلي و داود [4] و ابن حزم [5] و ابن تيمية [6] و ابن القيم [7] .

2 ـ إحالته في مادته 222 على نصوص الشريعة الإسلامية فيما لم يُنص عليه في قانون الأسرة تاركا التقدير والاختيار لقاضي الأحوال الشخصية إذ لم يلزمه بمذهب معين .

3 ـ استيعابه لجل مواضيع الأسرة كالزواج وانحلاله ،والنيابة الشرعية ،والميراث ،والتبرعات .

---

[1] - ابن تيمية : مجموع الفتاوى 8/33 .

[2] - النووي :شرح النووي لمسلم 70/10 .

[3] - الصنعاني : سبل السلام 1087/3 .

[4] - ابن القيم : أعلام الموقعين 28/3 .

[5] - ابن حزم :المحلى 174/10 .

[6] - ابن تيمية : مجموع الفتاوى 8/33 .

[7] - ابن القيم : زاد المعاد 4/ 54-65 .

ورغم تنويهنا بإيجابيات هذا القانون إلا أنه عمل بشري تعتريه بعض النقائص وقد يعتوره بعض القصور ،وسنقتصر في ذلك على التعليق على بعض مواده على النحو الآتي :

ـ بالنظر للفقرة الأولى من المادة 49 : (معدلة) " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ".

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

إن الناظر بتفحص لهاتين المادتين الواردتين في قانون الأسرة الجزائري يلحظ بأنه :

1 ـ لا يعتد بطلاق الزوج الواقع شفويا إلا بعد ثبوت الحكم القضائي بالطلاق .وهذا يترتب عنه عدة محاذير :

أ ـ سلب حق الزوج الشرعي في إيقاع الطلاق وتجريده من هذا الحق الوارد في قوله صلى الله عليه وسلم : لما وردعَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ أَتَى النَّبِىَّ – صلى الله عليه وسلم– رَجُلٌ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ سَيِّدِى زَوَّجَنِى أَمَتَهُ وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنِى وَبَيْنَهَا. قَالَ فَصَعِدَ رَسُولُ اللَّهِ –صلى الله عليه وسلم– الْمِنْبَرَ فَقَالَ : " يَا أَيُّهَا النَّاسُ مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يُزَوِّجَ عَبْدَهُ أَمَتَهُ ثُمَّ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا إِنَّمَا الطَّلاَقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ " [8] .

ب ـ إن القول بعدم الاعتداد بالطلاق الشفوي الذي أحدثه الزوج قبل صدور الحكم يؤدي إلى ازدواجية العدة فقد يطلق الزوج امرأته شفويا وبعد ستة أشهر

[8] - ابن ماجه : السنن ،رقم : (2081) وفي إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف، وله طريق أخرى، وفيه يحيى الحماني من حديث عصمة بن مالك وإسناده ضعيف .التلخيص الحبير ،4 / 1263 .

أو سنة يرفع قضية طلاق ضدها لتبدأ إجراءات التقاضي والتي حينها غالبا ما تكون عدتها الشرعية قد انقضت حيث نجد في المقابل القانون لا يعترف بهذه العدة وإنما يستقبل لها عدة قانونية تبدأ بعد استنفاذ مدة الصلح المحددة بثلاثة أشهر لتنطلق بعدها في عدتها القانونية مما يجعل المطلق :

ـ **يلزم بالنفقة** طيلة هذه المدة أي بعد انقضاء العدة الشرعية على امرأة أجنبية لم تعد زوجة له ولا يربطه بها أي رابط شرعي ،مخالفا بذلك اتفاق الفقهاء على أن المطلقة الرجعية تستحق النفقة و السكنى أثناء فترة العدة فقط سواء أكانت حاملا أو حائلا , و ذلك لعدم انقطاع عرى الزوجية , إذ يستطيع زوجها مراجعتها ويثبت حق التوارث بينهما , فلو مات ترثه , و لو ماتت يرثها ،ولا تستحقهما إذا انقضت العدة ،وذلك لانقطاع عرى الزوجية [9] .

ـ **قد يموت المطلق** أو المطلقة بعد انقضاء العدة الشرعية فيثبت لهما القانون حق التوارث بينهما رغم انتفاء سببه المتمثل في عدم قيام الزوجية شرعا مخالفا القانون بذلك الإجماع الذي انعقد على أن من طلق في الصحة طلاقا بائنا أو رجعيا , فبانت بانقضاء عدتها ,لم يتوارثا إجماعا [10] .

---

[9] - الكاساني : بدائع الصنائع 16/4 , وابن جزي : القوانين الفقهية 192 ،وابن عبد البر: الكافي 297/2 ،ومالك : المدونة 106/2 , والزرقاني : شرح الزرقاني للموطإ 269/3-271 ،والقرافي : الذخيرة 465/4 ،والشافعي : الأم 126/5 ،والشربيني :مغني المحتاج 441/3 , العدة شرح العمدة 368 , زاد المحتاج 587/3 , زاد المعاد 158/4 .

[10] - المصدر نفسه .

ـ وبالنظر لما ورد في المادة : 49 من أنه لا يقع الطلاق إلا بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ،فيه إبطال لإرسال الحكمين ،قال الله تعالى : "**و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا** " النساء 35 .هذا التحكيم الأسري الذي كان له الدور الفعال في حل النزاعات الزوجية من قبل أشخاص من العائلة على اطلاع تام بجذور هذه المشاكل الزوجية .

قال القاضي عبد الوهاب : " و إنما استحببنا أن يكونا من أهلهما للنص على ذلك , و لأن الأهل أخبر بالقصة و أعرف بطيّها , و أهدى إلى إصلاحها فكانا أولى من الأجانب و لأن الأهلية تبعث على المبالغة في النصيحة للتناهي في الإشفاق " [11].

و**قال ابن العربي :** " الأصل في الحكمين أن يكونا من الأهل , و الحكمة في ذلك أن الأهل أعرف بأحوال الزوجين , و أقرب إلى أن يرجع الزوجان إليهما , فأحكم الله سبحانه الأمر بأهله "[12]. .

ـ **أما ما ورد في المادة :50** من أن من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد فهذا أيضا فيه خلل بين كيف لا يحتاج المراجع

[11] - القاضي عبد الوهاب : المعونة 876/2 .

[12] - أحكام القرآن 426/1 .

مطلقته إلى عقد جديد وقد انقضت عدتها الشرعية وانقلب طلاقها الرجعي إلى بائن بينونة صغرى ، بحيث إذا كان الطلاق رجعيا و لم يراجع الزوج زوجته حتى انتهت عدتها , يصبح الطلاق بائنا ولا يملك مراجعتها [13] **لقوله عز وجل** : ﴿ **و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن** ﴾ البقرة : 232 , قال **الإمام الشيرازي** : "فلو ملك رجعتها لما نهي عن عضلهن عن النكاح ." [14] و **لقوله تعالى** أيضا : ﴿ **فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف**﴾ البقرة : 234 .

ـ **أيضا لو زنت** هذه المطلقة بعد انقضاء عدتها الشرعية دون القانونية قد يقع المطلق بين محذورين إما أن يقبل بنسب هذا ا لمولود من مطلقته بناء على أن الولد للفراش أو يدخل في متاهات اللعان ونفي النسب وتحاليل DN وغير ذلك من المتاهات . وهذا كله يدخل في دائرة الخلل والقصور الواقع في هذه المواد .

المادة 52 (معدلة) :إذا تبيَّن للقاضي تعسُّف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض للضرر اللاحق بها .

من القصور البين في هذه المادة أنها :

1 ـ لم تحدد قيمة التعويض .

2 ـ أن هذا التعويض ترك لاجتهاد القاضي مما يجعله يتفاوت من اجتهاد لآخر .

---

[13] - ابن جزي : القوانين الفقهية 220 ،والشيرازي : المهذب 102/2 , الأم 244/5 .

[14] - الشيرازي : المهذب 102/2 .

3 ـ بالاطلاع على ما ورد في بعض قوانين الأسرة العربية كالقانون السوري مثلا في مادته : 117 ،نجده حدد للتعويض حدا أقصى قدّره بنفقة ثلاث سنوات لأمثالها من النساء .

ورغم هذا القصور فإن سلوك القانون مسلك التعويض عن الأضرار الناجمة عن تعسف الزوج في إحداث الطلاق يعتبر أمرا حسنا ،ومما يقتضيه العدل إذ الإلزام بالتعويض بالنسبة إلى من ألحق ضررا بغيره تعسفا، يعد من العدل الذي لا يتجزأ، وإلا كان الظلم لاحقا بالمضرور دون مسوغ مما يجب جبر خاطره وتعويضه عنه [15].

المادة. : (54. معدلة.) يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .

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

إن القانون أغفل أشياء مهمة في واقع الحياة الزوجية في مسألة الخلع :

1 ـ كنت أتمنى لو نص على نوع الفرقة الواقعة بالخلع **:هل هي طلاق بائن كما نص على ذلك** الحنفية [16] والمالكية [17] , و الحنابلة في رواية عنهم [18] و الذي قال به سعيد بن المسيب و الحسن و عطاء و قبيصة و شريح و مجاهد و أبو سلمة بن عبد الرحمن و النخعي و الشعبي و الزهري

---

[15] - المرجع السابق، 743/2.

[16] - السرخسي : المبسوط 177/6 .

[17] - القاضي عبد الوهاب : المعونة 870/2 و الإشراف 725/2 .

[18] - ابن قدامة : المغني 180/8 .

و مكحول و ابن أبي نجيح و الأوزاعي و الثوري [19] **أم هي فسخ** كما هو الشأن في أحد قولي الشافعي[20] وفي رواية ثانية عن أحمد والمنقول عن ابن عباس ﷺ و طاوس و عكرمة و إسحاق و أبو ثور[21]

وذلك لما يترتب عنهما من ثمار وآثار : .

تتمثل في أننا إذا قلنا : بأن الخلع طلاق احتسب خلعه طلقة فينقص بها عدد طلاقه , و إن خالعها ثلاثا طلقت ثلاثا فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره .**وأما إن قلنا** : بأن الخلع فسخ لم تحرم عليه و إن خالعها مائة مرة[22] ..

2 ـ أن اشتراط عدم تجاوز مقدار عوض الخلع لمهر المثل يوم صدور الحكم فيه ظلم كبير للزوج المخالع منه وهذا في حالة ما إذا كان قد دفع لها مهرا كبيرا فيه الصوف والجرية ،وأنا أقدّر أن يراعى مقدار التضخم الطارئ على مقدار المهر وأن يقوّم بما يمكن أن يشترى به من الذهب يوم دفعه ،فإذا كان يقابله مثلا 100 غ ذهبا فننظر لثمنها كعوض للخلع يوم المخالعة .

المادة 58 : "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ,واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق" .

المتأمل لهذه المادة يلحظ فيها قصورا في ثلاثة أمور:

---

[19] - المصدر نفسه 180/8 .

[20] - الشافعي : الأم 198/5-199 .

[21] - نفسه .

[22] - ابن قدامة : المغني 181/8 .

أ – أنّ القانون أورد القرء مبهما , فلم يحدد كنهه هل هو الطهر كما قال بذلك **المالكية**[23] و **الشافعية** [24] و في رواية **لأحمد** [25], وجمهور أهل المدينة و من الصحابة زيد وابن عمر و عائشة و من غيرهم أبي ثور[26] و القاسم بن محمد و سليمان بن يسار و سالم بن عبد الله و إبان بن عثمان و عمر بن عبد العزيز و الزهري رحمهم الله تعالى [27] . ‘أم أن القرء يراد به الحيض , على قول **الحنفية** [28] و **الإمام أحمد** في الرواية المشهورة عنه , إذ رجع عن قوله الطهر إلى الحيض , حيث قال في رواية الأثرم : كنت أقول الأطهار , ثم وقفت لقول الأكابر , و **قال في رواية النيسابوري** : كنت أقول إنه الأطهار , و أنا أذهب اليوم إلى أنّ الأقراء الحيض , و ممن قال بذلك أبو بكر الصديق وعمر و عثمان و علي و ابن عباس و أبو موسى الأشعري و عبادة بن الصامت و أبو الدرداء[29] و ابن مسعود[30] و سعيد بن المسيب و العنبري و إسحاق بن راهويه و أبو عبيد[31] و الثوري و الأوزاعي[32] و ابن أبي ليلى [33].

---

[23]- القاضي عبد الوهاب : الإشراف 791/2 و المعونة 912/2 و التلقين 342/1 و ابن جزي : القوانين الفقهية 228 ،وابن رشد : بداية المجتهد 102/2 ، و الآبي : الثمر الداني 484 .

[24]- الشيرازي : التنبيه 200 , و الأنصاري : فتح الوهاب 103/2 , و منهج الطلاب 103/2 .

[25] - ابن قدامة : المغني 82/9 .

[26]- ابن رشد : بداية المجتهد 102/2، وابن قدامة : المغني 83/9 .

[27] - ابن قدامة : المغني 83/9 .

[28]- الكاساني : بدائع الصنائع 194/3 , و القدوري : الكتاب ،مع اللباب شرح الميداني 80/3 .

[29]- ابن قدامة : المغني 82/9 .

[30]- ابن رشد : بداية المجتهد 103/2 .

[31]- ابن قدامة : المغني 82/9 .

[32]- ابن رشد : بداية المجتهد 103/2 ، وابن قدامة : المغني 82/9 .

[33]- ابن رشد : بداية المجتهد 103/2 .

وفائدة تحديد المقصود بالقرء : تتمثل في أن العدة على اعتبار القرء هو الطهر تكون مدتها الزمنية أطول من كون اعتبار القرء هو الحيض ،ولا شك أن طولها فيه مصلحة للمطلق إذ تزداد فرصته في إرجاع زوجته أثناء العدة الأطول واحتساب الحيض يكون في مصلحة الزوجة إذ تنقضي عدتها في زمن أخصر من زمن المعتدة بالأطهار وتحرر من زوج لا ترغب في البقاء معه .

ج – إغفاله لعدة الصغيرة , الواردة في **قوله تعالى** :" **و اللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر و اللائي لم يحضن و أولا ت الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن** " الطلاق :4 و ذلك لأنه لا يجيز زواجها ابتداء .

د ـ الغموض الوارد في المادة: 58 التي جاء فيها : تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ,واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق" .هل المقصود بالتصريح بالطلاق هل هو من قبل الزوج أومن قبل القاضي ؟ ولكي يقع التطابق مع أحكام الشريعة الإسلامية يجب أن يحتسب الطلاق بناء على تصريح الزوج وتلفظه بالطلاق .بينما نجد جمهور شراح قانون الأسرة ذهبوا إلى أن التصريح بالطلاق يكون من قبل القاضي ،وغالبا ما يتأخر عن تصريح الزوج مما تترتب عنه ازدواجية في العدة .

المادة 59 : " تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر و عشرة أيام , و كذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده ".

أ ـ مخالفة الصياغة اللغوية لعادات العرب الذين نزل الوحي بلسانهم أنهم كانوا يحسبون بالليل كما في – قوله تعالى : " **و الذين يتوفون منكم و يذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر و عشرا** " البقرة : 234 .أي وعشر ليال لأن العدد يخالف المعدود في التذكير والتأنيث .

المادة 60 : " عدة الحامل وضع حملها , و أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ".

المتفحص لهذه المادة يلحظ ما يلي :

أ – لم تتطرق المادة لأقل مدة الحمل , واقتصرت على أقصاها و ذلك لذكرها في **المادة 42** من هذا القانون محددة إياها بستة أشهر تماشيا و توافقا مع ما هو موجود في الشريعة الإسلامية

و ذلك أخذا من **قوله عز وجل** : ﴿ **و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة** ﴾ البقرة : 233 .و **قوله تعالى** : ﴿ **و حمله و فصاله ثلاثون شهرا** ﴾ الأحقاف :15 .

قال الإمام علي رضي الله عنه : " أقل الحمل ستة أشهر , فإذا أسقطت حولين من ثلاثين شهرا بقيت منه ستة أشهر , و هي مدة الحمل "[34] , و هذا من بديع الاستنباط

. أشياء أغفلها قانون الأسرة في مسائل العدة

1 ـ لم يتطرق لعدة المرتابة : و هي التي ارتفعت حيضتها لسبب غير ظاهر [35].

و قد وقع الاختلاف في مدة عدتها إلى أقوال ثلاثة هي :

القول الأول : تعتد بسنة و به قال **المالكية** [36] , و **الشافعي** في قديم مذهبه [37] , و **الحنابلة** و المروي عن الحسن [38].

القول الثاني : تكون في عدّة أبدا , حتى تحيض , أو تبلغ سنّ اليأس و به قال جابر بن زيد و عطاء , و طاووس , و الشعبي , و النخعي , و الزهري , و أبو الزناد , و الثوري , وأبو عبيد , و أهل العراق [39], و الشافعي في جديد مذهبه [40] .

---

[34] - ابن العربي : أحكام القرآن 202/1 ،والقرطبي : الجامع لأحكام القرآن 163/3 .

[35] - ابن جزي : القوانين الفقهية 229 .

[36] - مالك : المدونة 73/2 ،والقاضي عبد الوهاب : المعونة 922/2 و الإشراف 792/2 ،وابن عبد البر: الكافي 293/2 .

[37] - الشيرازي : المهذب 142/2 .

[38] - ابن قدامة : المغني 97/9 .

[39] - المصدر نفسه 97/9 .

[40] - الشربيني : الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ،154 ،والمزني : مختصر المزني 218 .

القول الثالث : تعتد بأربع سنوات و ثلاثة أشهر , و به قال الشافعي في قول ثالث وذلك لأن الأربع سنوات تمثل أكثر مدّة الحمل, ثم تعتد بثلاثة أشهر لأن هذه المدّة هي التي يتيقّن بها براءة رحمها , فوجب اعتبارها احتياطا [41].

:

2 ـ لم يتطرق لعدة ذات الأقراء التي ارتفع عنها الدم لسبب معروف كالرضاع أو مرض قابل للعلاج ،حيث تعتد بالأقراء , فتمكث متوقعة له إلى أن تراه طال الوقت أم قصر [42]

3 ـ **لم يتطرق لعدة المستحاضة** التي لا تميز بين دم الحيض ودم الاستحاضة ،والتي **اختلف الفقهاء في عدّتها :** إذ هناك من رأى أنها سبعة أشهر , و به قال **الحنفية** [43], و منهم من ذهب إلى أنه ينظر في حالها , فإن كانت غير مميزة كانت عدّتها سنة تسعة أشهر استبراء , و ثلاثة أشهر عدّة .

و أما إن كانت مميزة فتعتد بالأقراء و بهذا قال **المالكية** [44], بينما ذهب **الشافعية** إلى أن عدتها ثلاثة أشهر [45], أما **الحنابلة** فلهم أقوال :

---

41 - المصدر نفسه .

42 - القاضي عبد الوهاب : المعونة 920/2 .

43 - ابن عابدين : حاشية رد المحتار 509/3 .

44 - القاضي عبد الوهاب : التلقين 345/1 و المعونة 923/2 و الإشراف 798/2،ومالك : المدونة 68/2-69 ،وابن عبد البر: الكافي 293/2.

45 - الشيرازي :المهذب 143/2 .

إذ رأوا أن المستحاضة الناسية لوقتها ثلاثة أشهر , و قيل سنة , هذا كله إذا كانت غير مميزة , أما إذا علمت أن لها حيضة في كلّ شهر , أو شهرين , أو أربعين يوما, و نحوه ونسيت وقتها فعدّتها ثلاثة أمثال ذلك [46].

هذا كلّه في عدّتها من طلاق , أما في **عدّتها من الوفاة روايتان :**

إحداهما : أربعة أشهر و عشرا , و الأخرى : أنها تقيم تسعة أشهر , **فوجه الأولى :** عموم الظواهر , و لأنها متوفى عنها غير حامل كغير المستحاضة .

و وجه الثانية : أن الاستحاضة نفسها ريبة , فوجب أن تجلس غالب مدّة الحمل [47].

4 ــ لم يتطرق لتداخل العدد : والذي ضابطه الانتقال من العدة المبتدإ فيها إلى العدة الجديدة الحادثة ،وهذا ما توضحه الأمثلة الآتية :

1 ــ مطلّقة تحيض ,طلّقت طلاقا رجعيا , وأثناء عدتها مات زوجها ,فإنها تنتقل لعدة الوفاة , فتعتد أربعة أشهر وعشرا ابتداء من يوم وفاة زوجها .

2 ــ مطلقة تحيض ابتدأت عدتها بالأقراء ,ثم ظهر الحمل ,فإنها تنتقل للاعتداد بالأشهر بدلا من الأقراء .

---

[46] - ابن تيمية الجد : المحرر 106/2 .

[47] - القاضي عبد الوهاب : المعونة 923/2 .

3 _ مطلقة تحيض ,ابتدأت عدتها بالأقراء ,ثم ظهر الحمل ,فإنها تنتقل للاعتداد بوضع الحمل .

4 _ مطلقة صغيرة ,أو يائسة ,انطلقت في عدتها بالأشهر , فلما مضى بعض زمن العدة رأت الدم , فإنها ترجع للاعتداد بالأقراء .

5 _ مطلقة اعتدت بالأشهر أو أخرى اعتدت بالأقراء ,فظهر حملها , فإنه يجب على كل منهما الانتقال للاعتداد بالوضع .

هذا مع ملاحظة أن العدد تتداخل إذا لم تنقض العدة الأولى ,أما إذا انقضت ,فلا عبرة بالعدة الحادثة .

5– لم يتطرق للإحداد وحكمه : **والإحداد** : " هو الامتناع من الزينة و الحلي كلّه , و الطّيب , و لباس المصبغ [48] و من الكحل و الحناء و الامتشاط بما يختمر في الرأس [49] إلاّ للضرورة " [50] .

وحكمه : الوجوب في عدّة الوفاة اتفاقا [51], و ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث أم عطية : " لا تحدّ المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها

---

[48] - يستثنى من ذلك المصبوغ بالسواد .

[49] - أي ما تبقى رائحته في رأسها خلاقا للزيت , و غيره مما ليس له رائحة , فيجوز لها استعماله .

[50] - القاضي عبد الوهاب : التلقين 347/2 .

[51] - القوانين الفقهية 232 والقاضي عبد الوهاب : الإشراف 799/2،والمعونة 928/2 .

فإنها تحدّ عليه أربعة أشهر و عشرا , لا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب , و لا تكتحل , و لا تمس طيبا " [52].

هذا إضافة إلى أن الزينة و الطيب باعثان على النكاح , فمنعت من ذلك كما منع المحرم منه , هذا من جهة , و لأنها لما منعت من التصريح بالخطبة و هو بالقول , كانت بمنع ما هو أبلغ مما يدعو إلى ذلك أولى [53].

هذا بالنسبة للمتوفى عنها زوجها , و تأخذ الحكم نفسه المطلقة رجعيا , التي مات زوجها قبل انقضاء عدتها .

و وقع الخلاف في المطلقة البائن :

فذهب **أبو حنيفة** [54] , و **الشافعي** في أحد قوليه [55] و رواية عن أحمد , و به قال سعيد بن المسيب و أبو ثور و أبو عبيد إلى وجوب الإحداد على البائن [56].

---

[52] - البخاري كتاب الطلاق باب القسط للحادة عند الطهر 9/ 491 , و مسلم كتاب الطلاق باب وجوب الإحداد 1127/2 , و أبو داود كتاب الطلاق باب فيما تجتنبه المعتدة في عدتها 291/2 – 292 , و النسائي كتاب الطلاق باب ما تجتنب الحادة من الثياب المصبغة , و باب الخضاب للحادة 203/6 , و الدارمي كتاب الطلاق باب النهي للمرأة عن الزينة في العدة 221/2 و اللفظ له .

[53] - ا القاضي عبد الوهاب : المعونة 929/2 .

[54] - القدوري : الكتاب ،مع اللباب شرح الميداني 85/3 ،والمرغيناني : الهداية 311/2 .

[55] - المزني : مختصر المزني 223 .

[56] - ابن قدامة : المغني

بينما ذهب **المالكية** [57], و **الشافعي** في جديد مذهبه [58] , و **أحمد** في رواية ثانية وهو قول عطاء و ربيعة , و ابن المنذر [59] إلى عدم وجوب الإحداد عليها .

و وجه القول الأول : أنها معتدّة بائن من نكاح , فلزمها الإحداد كالمتوفى عنها زوجها , و ذلك لأن العدّة تحرم النكاح , فاستلزمت وجود دواعيه كالإحداد .

أما وجه القول الثاني : فيتمثل في أن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ، قال: " لا يحل لامرأة تؤمن بالله أن تحدّ على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر و عشرا " و هذا الحديث وارد في عدة الوفاة , فيدل على أن الإحداد واجب فيها , و لا يتعدّاها لغيرها , و لأنها معتدّة من غير وفاة فلم يجب عليها الإحداد .

هذا إضافة إلى أن الإحداد في عدّة الوفاة لإظهار الأسف على فراق زوجها و موته , أما في الطلاق فإنه فارقها باختيار نفسه , و قطع نكاحها , فلا معنى لتكليفها الحزن عليه .

هذا و إن المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج , و ليس له من ينفيه فاحتيط عليها بالإحداد , لئلا يلحق بالميت ما ليس منه بخلاف المطلقة ,

---

[57] - مالك : المدونة 76/2 الكافي 295/2 ،والقاضي عبد الوهاب : المعونة 928/2 و الإشراف 799/2 والتلقين 347/1 ،وابن جزي : القوانين الفقهية 232

[58] - الشيرازي : المهذب 149/2 .

[59] - ابن قدامة : المغني 178/9 .

فإن زوجها باق , فهو يحتاط عليها بنفسه , و ينفي ولدها إذا كان من غيره [60].

والخلاصة : بعد طرحنا لجملة من الإشكالات الواردة على بعض مواد قانون الأسرة الجزائري خلصنا إلى جملة من النتائج يمكن تلخيصها فيما يأتي :

1 ـ ضرورة إعادة النظر في بعض مواده بالإثراء ،والتوجيه الذي يواكب مصلحة كل من الزوج والزوج في حالة انفصام عرى الزوجية .

2 ــ إشراك جملة من المختصين في الشريعة ،والقانون ،وعلم النفس ،وعلم الاجتماع في الإدلاء بآرائهم حول بعض مواده حتى تتجلى فيها محاسن كل هذه التخصصات باعتبارها جميعا في خدمة راحة الإنسان المادية والمعنوية .

3 ـ ضرورة وضوح نصوص المواد الواردة فيه وعدم هلاميتها أواحتمالها للعديد من أوجه التفسير ،مما يجعلها خاضعة لاجتهاد كل قاض ،وهذا من شأنه أن يجعل الأحكام متباينة من قطب قضائي لآخر ,

4 ــ إحداث مناصب قضائية خاصة بشؤون الأسرة يندب إليها قضاة زاوجوا في تكوينهم الدراسي بين الشريعة والقانون ،حتى يسهل عليهم القضاء فيما لم ينص عليه القانون وذلك لرجوعهم لأحكام الشريعة الإسلامية بمذاهبها المختلفة ،لا سيما التي تتجلى فيها مظاهر الرفق والتيسير .

---

[60] - المصدر نفسه .

قائمة المصادر والمراجع

. القرآن الكريم برواية حفص .

الآبي : صالح عبد السميع الأزهري.

الثمر الداني : شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني. مكتبة رحاب. الجزائر.

. **الأنصاري** : أبو يحيى زكريا.

. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب. ط : دار المعرفة. بيروت. لبنان.

ـ منهج الطلاب ط : دار المعرفة. بيروت. لبنان.

البخاري : أبو عبد الله محمد بن إسماعيل .

. الجامع الصحيح , ط: سنة 1407 هـ / 1987 م , دار ابن كثير , بيروت, لبنان .

. **ابن تيمية** : تقي الدين أحمد.

. مجموع الفتاوى. ط : المكتب التعليمي السعودي بالمغرب. مكتبة المعارف بالرباط.

. **ابن تيمية** : أبو البركات : مجد الدين.

. المحرّر. تحقيق : محمد حامد الفقي. دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان.

. **ابن جزيء** : محمد بن أحمد.

. القوانين الفقهية. نشر : عبد الرحمن بن حمدة اللزام الشريف ومحمد الأمين الكتبي. تونس. 1344 هـ/1926 م.

ابن حجر : أحمد بن علي العسقلاني .

. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير. تحقيق الدكتور شعبان محمد إسماعيل. ط : 1399 هـ/1979 م. مكتبة الكليات الأزهرية.

. **ابن حزم** : أبو محمد : علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي.

. المحلى بالآثار. ط : دار الآفاق الجديدة. بيروت. و ط : دار الكتب العلمية. بيروت.

أبو داود : سليمان بن الأشعث السجستاني .

. السنن. مراجعة : محمد محي الدين عبد الحميد , دار الفكر. بيروت. لبنان.

الدارمي : الحافظ عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي السمرقندي .

. سنن الدارمي. ط 1 : 1407 هـ/1987 م. تحقيق فواز أحمد زمرلي، وخالد السبع العلمي. دار الكتاب العربي.بيروت .

. **ابن رشد الحفيد** : أبو الوليد : محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 595).

. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ط : 2. 1402 هـ/1983 م. تحقيق وتصحيح : محمد سالم محيسن، وشعبان محمد إسماعيل. مكتبة الكليات الأزهرية.

. **الزرقاني** : محمد.

. شرح موطإ مالك. ط : 1399 هـ/1979 م. مكتبة الكليات الأزهرية.

. **السرخسي** : شمس الدين.

. المبسوط. ط : 2. دار المعرفة. بيروت. لبنان.

الشافعي : محمد بن إدريس .

. الأم. ط : 1973 م. دار المعرفة. بيروت. لبنان.

. **الشربيني** : محمد الخطيب.

. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج. دار الفكر.

ـ الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ،تحقيق مكتب البحوث والدراسات ،دار الفكر ,

. **الشيرازي** : أبو إسحاق : إبراهيم بن علي بن يوسف.

. التنبيه في الفقه الشافعي. ط :1. 1403 هـ/1983 م. إعداد مركز الخدمات والأبحاث الثقافية. عالم الكتب.

. المهذب في فقه الإمام الشافعي. تحقيق : زكريا عميرات. ط :1. 1416 هـ/1995 م. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.

. **الصنعاني** : محمد بن إسماعيل الأمير اليمني.

. سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام. صححّه وعلّق عليه : محمد عبد العزيز الخولي. دار الجيل. بيروت.

. **ابن عابدين** : محمد الأمين.

. حاشية ردّ المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان والمعروفة : بحاشية ابن عابدين ويليها تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف. ط : 1399 هـ/1979 م. دار الفكر.

. **ابن عبد البر** : أبو عمر : يوسف بن عبد الله النمري القرطبي المالكي.

. أعلام الموقعين , راجعه وقدم له وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعيد , دار الجيل , بيروت لبنان .

. الكافي في فقه أهل المدينة المالكي. ط : 2. 1400 هـ/1980 م. تحقيق وتقديم الدكتور : محمد محمد أحيد ولد ماريك الموريتاني. مكتبة الرياض الحديثة البطحاء.

. **القاضي عبد الوهاب** : بن علي بن نصر المالكي.

. المعونة على مذهب عالم المدينة مالك بن أنس. تحقيق ودراسة : حميش عبد الحق. المكتبة التجارية. مصطفى أحمد الباز.

. الإشراف على نكت مسائل الخلاف. تحقيق الحبيب بن طاهر. ط:1. 1420 هـ/1999 م. دار ابن حزم.

. التلقين في الفقه المالكي. ط : 1415 هـ/1995 م. تحقيق ودراسة : محمد ثالث سعيد الغاني. دار الفكر.

. **ابن العربي** : أبو بكر : محمد بن عبد الله.

. أحكام القرآن. تحقيق : علي محمد البجاوي. ط : 3. 1392 هـ/1972 م. دار المعرفة. بيروت. لبنان.

. **ابن قدامة** : أبو محمد : موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد.

. المغني. ط : 1403 هـ/1983 م. دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان.

. **القدوري** : أبو الحسين : أحمد بن محمد.

. الكتاب. تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد. ط : 4. 1399 هـ/1979 م. دار الحديث. حمص. بيروت. لبنان.

. **القرافي** : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي.

. الذخيرة. ط :1. 1994 م. دار الغرب الإسلامي.

. **القرطبي** : أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري الأندلسي.

. الجامع لأحكام القرآن. ط : 2. دار الكتاب العربي.

. **ابن القيم** : محمد بن أبي بكر.

. زاد المعاد في هدي خير العباد. دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان.

. **الكاساني** : علاء الدين أبو بكر بن مسعود.

. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط : 2. 1402 هـ/1982 م. دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان.

. **الكوهجي** : عبد الله بن الشيخ حسين.

. زاد المحتاج بشرح المنهاج. تحقيق ومراجعة : عبد الله بن إبراهيم الأنصاري. ط :1. على نفقة الشؤون الدينية بدولة قطر.

ابن ماجه : أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجه .

. سنن ابن ماجه. حقق نصوصه ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي. دار الفكر, بيروت.

. **مالك** : أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي المدني.

. المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم. دار الفكر.

. **المرغيناني** : برهان الدين : أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني.

. الهداية شرح بداية المبتدي. ط : 1. 1410 هـ/1990 م. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان.

. **المزني** : إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق.

. مختصر المزني . مع الأم . دار المعرفة. بيروت. لبنان.

مسلم : أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري .

. الجامع الصحيح. ط: سنة 1374هـ/1954م, مراجعة : محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء التراث العربي , بيروت. لبنان.

المقدسي : بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم .

. العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل , ط: 5 , 1419 هـ / 1999 م , دار الكتاب العربي , بيروت .

النسائي : أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب.

. سنن النسائي بشرح جلال الدين السيوطي وحاشية السندي. تحقيق مكتب التراث الإسلامي. ط 1 : 1411 هـ/1991 م. دار المعرفة. بيروت. لبنان.

. **النووي** : أبو زكريا يحيى بن شرف.

. شرح صحيح مسلم. ط : 1403 هـ/1983 م. دار الفكر. بيروت.