

إشكالات الطلاق المنوطة بالإرادة المنفردة للزوج بين النص القانوني و النظر الفقهي

**Divorce problems related to the sole will of the husband between the legal text and  
jurisprudential consideration**

المداخلة الموجهة للملتقى الوطني 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 / 12 / 2022

من إعداد البروفيسورة : سعاد سطحي

رئيسة المجلس العلمي لكلية الشريعة والاقتصاد

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة

**الملخص بالعربية :**

إن المقصد المتوخى من الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون على متاعب الحياة الدنيا، والشعور بالأنس والسكينة، فهو راحةٌ حقيقةً للرجل والمرأة، بحيث يجد فيه كل طرف الطمأنينة والاستقرار النفسي والروحي، ولكن في بعض الأحيان يحل محل كل هذه الجوانب الإيجابية النفور والشقاق، والخلاف المستمر، فيكون الحل هو وضع حد لهذه العلاقة عن طريق الطلاق، وذلك بعد محاولات الصلح، إذ نجد بأن كلا من الفقه الإسلامي وكذا قانون الأسرة الجزائري المطبق في المحاكم نظاماً أحكام الطلاق، كما ورد ذلك في مواد متعددة، ومن المعلوم أن قانون الأسرة الجزائري مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، وكل ما لم ينص عليه في هذا القانون يرجع فيه إليهما، فالمنطقي أن يكون هناك توافق وانسجام بينهما، ولكننا نلاحظ بعض الخلل وعدم الانسجام بين الجانبين في بعض المسائل، وهذا ما سوف تنولاه بالدراسة ونكشف عنه النقاب من خلال إشكالات الطلاق المنوطة بالإرادة المنفردة للزوج بين النص القانوني و النظر الفقهي.

**الملخص بالإنجليزية:**

**Summary in English:**

The intended purpose of marriage is to form a family based on affection, mercy and cooperation over the troubles of worldly life, and a sense of humanity and tranquility. Continuing, so the

solution is to put an end to this relationship through divorce, after attempts at reconciliation, as we find that both Islamic jurisprudence as well as the Algerian family law applied in the courts regulate the provisions of divorce, as stated in various articles, and it is known that the Algerian family law is derived Of the provisions of Islamic law, and everything that is not stipulated in this law is referred to it, so it is logical that there is agreement and harmony between them, but we notice some imbalance and lack of harmony between the two sides in some issues, and this is what we will study and reveal through the issues of divorce entrusted By the sole will of the husband between the legal text and jurisprudential consideration.

الكلمات المفتاحية : إشكالات . الطلاق. الإرادة المنفردة للزوج . القانون . الفقه .

.Key words: problems. divorce. The sole will of the husband. the law . jurisprudence

المقدمة:

الأصل في الحياة الزوجية أن يكون مبناها على المودة والرحمة وذلك لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>(1)</sup> فإذا نخرت هذه المودة والرحمة , و حل محلها النشوز و الشقاق , و استنفذت جميع وسائل الإصلاح الكفيلة بإرجاع المياه إلى مجاريها بين الزوجين , و بقيت الوحشة مستحكمة , فليس هناك من حل أحكم و أعدل من أن يفترقا , إذ لا يعقل أن يعيش اثنان تحت سقف واحد و هما يكتآن لبعضهما كل الكره و العداوة و البغضاء .<sup>(2)</sup> لذا نجد المولى عز وجل شرع الطلاق و بين أحكامه حيث قال تعالى ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾<sup>(3)</sup> . وقال أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾<sup>(4)</sup>

<sup>1</sup> - الروم: 21.

<sup>2</sup> - نصر سلمان وسعاد سطحي: فقه الطلاق في ضوء الكتاب والسنة ص 16 .

<sup>3</sup> - البقرة : 229

<sup>4</sup> - سورة الطلاق 1

ولكن الأصل في الطلاق الكراهة , لما فيه من كفران لنعمة النكاح الذي هو سنة , و من نتائج سلبية تنعكس على الأبناء خاصة، حيث قال صلى الله عليه وسلم: " أبغض الحلال إلى الله الطلاق " (5) .  
وقال أيضا: " ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق " (6) .

ونجد بأن الشريعة الإسلامية فصلت في أحكام الطلاق ، وبما أن قانون الأسرة الجزائري يعتمد على الشريعة الإسلامية، فلا بد أن يكون هناك توافق بين الفقه الإسلامي والقانون ، ولكننا نلاحظ بعض الثغرات وعدم التوافق بين الجانبين، ولذا ارتأينا أن يكون عنوان المداخلة :

" إشكالات الطلاق المنوطة بالإرادة المنفردة للزوج بين النص القانوني والنظر الفقهي "

والتي سوف نتناولها على النحو الآتي:

#### المطلب الأول : الإشكال الأول وقت ثبوت الطلاق :

- الفرع الأول : وقت ثبوت الطلاق في قانون الأسرة الجزائري :

نصت المادة 49 على ما يلي: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين" (7)

يفهم من خلال هذه المادة ما يلي : الطلاق لا يثبت إلا بحكم من القاضي بعد مساعي الصلح التي يقوم بها والتي لا تتعدى ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى،

- الفرع الثاني: وقت ثبوت الطلاق في الفقه الإسلامي:

الطلاق يقع شرعا بعد تلفظ الزوج به مباشرة، حيث تعتبر الصيغة الركن الأول من أركان الطلاق،

---

<sup>5</sup> - رواه ابن ماجه : السنن , كتاب الطلاق 650/1. وهو ضعيف , انظر : الألباني: ضعيف ابن ماجه 441/1, والعجلوني: كشف الخفاء 39/1.

<sup>6</sup> - رواه أبو داود وهو ضعيف , انظر ضعيف أبي داود 471/1 , والسخاوي: المقاصد الحسنة 10/1 , وقد صححه البيهقي على شرط الإمام مسلم ووافقه الذهبي .

<sup>7</sup> - قانون الأسرة الجزائري ، الباب الثاني: انحلال الطلاق ، الفصل الأول: الطلاق، ص 8 .

و يقصد بالصيغة كل ما يعبر به عن إرادة الطلاق , سواء بالألفاظ أو الإشارة أو الكتابة , وقسمها فقهاء الشريعة إلى الطلاق الصريح والكنائي :

➤ **الطلاق الصريح :** وهو الذي يكون فيه لفظ لا يستعمل إلا في الدلالة على الطلاق , إذ عندما يتلفظ به , يفهم منه مباشرة بأن الزوج قد طلق زوجته مثل استعمال الألفاظ المشتقة من الطلاق كطالق ومطلقة وطلقتك. فاللفظ الصريح ظاهر المراد , مكشوف المعنى عند السامع ونقول : صرح فلان بالأمر أي كشفه وأوضحه.

فإذا تلفظ الزوج باللفظ الصريح لزمه الطلاق , ولو ادعى بأنه لا يقصد ذلك , إلا إذا كانت هناك قرينة تصدق دعواه , مثل أن تطلب منه وهي مقيدة , أن يفك وثاقها , فيفعل ويقول لها : أنت طالق , فإذا ادعى بأنه لا يقصد الطلاق , صدق في ذلك لوجود قرينة تصدق دعواه , فلا يقع الطلاق <sup>(8)</sup>.

➤ **الطلاق الكنائي :** هو الطلاق الذي يستعمل فيه لفظ يحتمل الطلاق ومعنى آخر غيره , فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكناية تحتاج إلى نية لإيقاع الطلاق وقسم فقهاء المالكية (رحمهم الله) <sup>(9)</sup> الكناية إلى ظاهرة وأخرى محتملة .  
فالكناية الظاهرة : هي التي جرت العادة أن يطلق بها في الشرع أو اللغة كالتسريح والفرار .  
الكناية المحتملة : فهذا يرجع فيه إلى النية , فإذا نوى بذلك الطلاق وقع وإذا لم ينو لم يقع .  
و في دلالة الألفاظ يرجع إلى أعراف الناس

### الفرع الثالث: المقارنة بين النص القانوني و النظر الفقهي في وقت ثبوت الطلاق

. في قانون الأسرة الجزائري:

.الطلاق لا يثبت إلا بحكم من القاضي بعد مساعي الصلح التي يقوم بها والتي لا تتعدى ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى.

. المرأة لا تعتبر مطلقة إلا بعد صدور الحكم بالطلاق من طرف القاضي.

. في الواقع لا ترفع دعوى الطلاق إلا بعد فترة طويلة من تلفظ الزوج به , وتصل ربما لسنة فأكثر ,

.. في الفقه الإسلامي الطلاق يقع شرعا بعد تلفظ الزوج به .

<sup>8</sup> - الكاساني: بدائع الصنائع 211/4 , المرغيناني: الهداية 252/1 , القاضي عبد الوهاب: التلقين 323/1 , والإشراف 743/2 , ابن رشد: بداية المجتهد 86/2 , المواق: التاج والإكليل لمختصر خليل 53-54 , الشافعي: الأم 259/5 , الشيرازي: التنبيه 174 , ابن قدامة: المغني 263/8 , ابن تيمية مجد الدين: المحرر , 53/2 .

<sup>9</sup> - ابن جزئ: القوانين الفقهية 223 .

. الإشكال الذي يطرح هو الاختلاف في وقت الطلاق بين النص القانوني و النظر الفقهي، وبالتالي الاختلاف في وقت بدء العدة ، ربما العدة القانونية تبدأ بعد انتهاء العدة الشرعية.

## المطلب الثاني

### الإشكال 2 . الرجعة والطلاق الرجعي والبائن :

الفرع الأول : الرجعة في قانون الأسرة الجزائري:

ورد في نص المادة 50 الآتي : " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد" (10)

. الفرع الثاني: الرجعة في النظر الفقهي:

من راجع زوجته أثناء فترة العدة لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد العدة يحتاج إلى عقد جديد .

ويقسم الفقهاء الطلاق إلى الطلاق رجعي و بائن على النحو الآتي :

#### أولا . الطلاق الرجعي (11)

و هو الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته بدون عقد جديد . ولا يثبت إلا على المدخول بها , و فيما دون الثلاث و أثناء فترة العدة لقوله عز وجل : ﴿ و بعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا ﴾ (12) و لقوله أيضا : ﴿ و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ﴾ (13) و لقوله أيضا : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ (14)

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

<sup>10</sup> - قانون الأسرة الجزائري ، الباب الثاني: انحلال الطلاق ، الفصل الأول: الطلاق، ص 8 .

<sup>11</sup> - ابن رشد: بداية المجتهد 71/2 , ابن جزيء: القوانين الفقهية 220 , القاضي عبد الوهاب: المعونة 725/2 و الشافعي: الأم 243/5 , الشيرازي : المهذب 102/2 .

<sup>12</sup> - البقرة: 228

<sup>13</sup> - البقرة: 231 ,

<sup>14</sup> - البقرة: 229 .

## ثانيا . الطلاق البائن

وينقسم إلى بائن بينونة صغرى وأخرى كبرى .

. الطلاق البائن بينونة صغرى : وهو الذي لا يستطيع فيه الرجل أن يعيد مطلقته إلى عصمته إلا بعقد جديد وبموافقتها , وحالاته هي:

1 - طلاق غير المدخول بها<sup>(15)</sup> :

لقوله عز وجل : ﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾<sup>(16)</sup> , فعلق الرجعة على الأجل فدل على أنها لا تجوز من غير أجل , والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها , لقوله عز وجل : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾<sup>(17)</sup> , فدل ذلك على أن طلاق غير المدخول بها يكون بائنا<sup>(18)</sup> .

2 - الخلع<sup>(19)</sup> :

وهو معاوضة المال بالنفس , وقد ملك الزوج أحد العوضين وهو مالها , فتملك هي العوض الآخر وهو نفسها , ولا تملك ذلك إلا إذا كان الطلاق بائنا .

3 - بعد انتهاء العدة الشرعية<sup>(20)</sup> :

إذا كان الطلاق رجعيا ولم يراجع الزوج زوجته حتى انتهت عدتها , يصبح الطلاق بائنا , ولا يملك مراجعتها لقوله عز وجل : ﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضَلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾<sup>(21)</sup> البقرة : 232 , قال الإمام الشيرازي : " فلو ملك رجعتها لما نهي عن عضلها عن النكاح . " <sup>(21)</sup> و لقوله عز وجل أيضا : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ البقرة : 234 .

4 - المبارأة :

<sup>15</sup> - ابن جزىء: القوانين الفقهية 220 , القاضي عبد الوهاب: المعونة 725/2 , ابن رشد: بداية المجتهد 71/2 , الشيرازي :

المهذب 102/2 .

<sup>16</sup> - البقرة: 231

<sup>17</sup> - الأحزاب : 49

<sup>18</sup> - الشيرازي : المهذب 102/2 .

<sup>19</sup> - الكاساني: البدائع 241/4 , ابن جزىء: القوانين الفقهية 220 , ابن رشد: بداية المجتهد 71/2 , الشيرازي : المهذب 102/2 .

<sup>20</sup> - ابن جزىء: القوانين الفقهية 220 , المهذب 102/2 , الشافعي: الأم 244/5 .

<sup>21</sup> - المهذب 102/2 .

و هذه الحالة أضافها المالكية و قد شرحها ابن جزئي بقوله: "يملكون بها المرأة أمر نفسها و يجعلونها واحدة بائنة من غير خلع , وفاقا لابن القاسم , و قيل له المراجعة , و قيل هي ثلاث " (22).

#### 5 - إذا كان الفراق عن طريق الفسخ :

فكل فسخ يعتبر بائنا , كالفسخ للردة أو الرضاع.

#### 6 - طلاق القاضي :

هناك حالات يعتبر فيها طلاق القاضي بائنا , مع اختلاف المذاهب في ذلك , و سوف يفصل ذلك إن شاء الله في التفريق القضائي بين الزوجين .

. الطلاق البائن بينونة كبرى (23) :

و هو الطلاق الذي لا يستطيع فيه الرجل أن يعيد مطلقته إلى عصمته , و في ذلك يقول القاضي عبد الوهاب (رحمه الله) : " لا رجعة في الطلاق الثلاث , لأنه لم يبق له من الطلاق شيء , فالرجعة هي ردها إلى النكاح , فلا يجوز أن يملك نكاحا لا رجعة فيه " (24) . و في حديث ابن عمر رضي الله عنهما : " رأيت لو طلقها ثلاثا ؟" قال صلى الله عليه وسلم : " عصيت ربك و بانت منك امرأتك " (25) .

و لكن إذا تزوجها رجل آخر زواجا صحيحا مبنيًا على التأييد و دخل بها دخولا حقيقيا, ثم بعد ذلك توفي , أو طلقها من غير إكراه , فتحل للأول , و ذلك لقوله تعالى : ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان...فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله و تلك حدود الله يعلمون ﴾ البقرة: 229-230 .

و لما روته السيدة عائشة (رضي الله عنها) أن رفاعة القرظي طلق زوجته ثلاثا فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير , فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم و قالت : " إن رفاعة طلقني و بت طلاقي , فتزوجني عبد الرحمن بن الزبير و لم يكن معه إلا كهديبة الثوب " , فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوق عسيلته و يذوق عسيلتك " (26) .

22 - ابن جزئي: القوانين الفقهية 220 .

23 - المصدر السابق , ابن رشد: بداية المجتهد 100/2 , القاضي عبد الوهاب: المعونة 829/2-830 , المهذب 104/2 .

24 - القاضي عبد الوهاب: المعونة 829/2 .

25 - مسلم , كتاب في الطلاق , باب : تحريم طلاق الحائض 1094/2 .

26 - البخاري كتاب الطلاق , باب : من جوز طلاق الثلاث 361 /9 , و مسلم كتاب النكاح , باب : لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها

حتى تنكح زوجا غيره 226/2 , البيهقي , كتاب الرجعة , باب : نكاح المطلقة ثلاثا 375/7 , الدارمي كتاب الطلاق باب : ما يحل المرأة لزوجها الذي طلقها فبت طلاقها 215/2 , الإمام مالك كتاب النكاح , باب نكاح المحلل و ما أشبهه 531/2 ,

. الفرع الثالث: مقارنة الرجعة والطلاق الرجعي والبائن بين النص القانوني و النظر الفقهي،

. الرجعة في قانون الأسرة الجزائري:

. إذا راجع الرجل زوجته خلال فترة محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق من طرف القاضي يحتاج إلى عقد جديد،

. الرجعة في النظر الفقهي: من راجع زوجته أثناء فترة العدة لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد العدة يحتاج إلى عقد جديد .

. الإشكال الموجود بين النص القانوني و النظر الفقهي، أنه ربما قبل فترة الصلح تنتهي العدة الشرعية التي يحق فيها للرجل مراجعة مطلقته، ويصبح الطلاق بائنا لا رجعيًا وبالتالي يحتاج إلى عقد جديد شرعا .

#### المطلب الثالث :

#### الإشكال الثالث الحالات التي يثبت فيها الحق في التوارث في حالة الطلاق

الفرع الأول: الحالات التي يثبت فيها الحق في التوارث في حالة الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:

ورد في نص المادة 132 الآتي: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث."<sup>(27)</sup>

. الفرع الثاني: الحالات التي يثبت فيها الحق في التوارث في حالة الطلاق في النظر الفقهي:

نفرق بين أنواع المطلقة :

. النوع الأول : مطلقة رجعية لم تنقض عدتها :

إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً يملك رجعتها في عدتها لم يسقط التوارث بينهما ما دامت في العدة : سواء أكان في المرض ، أو الصحة بغير خلاف ، وذلك لأن الرجعية يملك الزوج إمساكها بالرجعة دون ولي ولا شهود ولا صداق جديد<sup>(28)</sup> .

<sup>27</sup> - قانون الأسرة الجزائري ، الباب الثالث: الميراث ، الفصل الأول: أحكام عامة، ص 15 .

<sup>28</sup> - ابن قدامة موفق الدين : المغني 217/8 .



. النوع الثاني : مطلقة انقضت عدتها :

إن طلق في الصحة طلاقاً بائناً أو رجعيًا , فبانت بانقضاء عدتها , لم يتوارثا إجماعاً<sup>(29)</sup> .

. النوع الثالث : مطلقة طلاقاً بائناً أثناء المرض المخوف:

, الذي مات فيه فإن كان برضاها لا ترثه بالإجماع , وإن كان بغير رضاها فهنا محل الخلاف , ولكن ذهب المالكية إلى أن من طلق امرأته طلاقاً بائناً في مرض الموت , ورثته سواء توفي في العدة أو بعد انقضائها ولو تزوجت<sup>(30)</sup> .

و استدلووا على ذلك بما يأتي :

1 - إن عمر بن الخطاب قال في الذي طلق امرأته وهو مريض : " ترثه في العدة ولا يرثها"<sup>(31)</sup> .

2 - وإن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض , فورثها عثمان رضي الله عنه منه بعد انقضاء عدتها<sup>(32)</sup> .

3 - من المعقول : ترثه سواء مات في العدة , أو بعد انقضائها لأن الميراث صادف سببه , وهو ثبوت الحجر عليه من أجلها , فلا فرق بين بقاء العدة , وزوالها لوجوب الميراث لها بحصول السبب الذي هو الحجر<sup>(33)</sup> .

وإن المطلق قصد حرمانها من الميراث , فعومل بنقيض قصده , كالمقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه , والميراث ثبت لها بهذا السبب فهو ثابت لها ولو انقضت عدتها<sup>(34)</sup> .

الفرع الثالث . مقارنة الحالات التي يثبت فيها الحق في التوارث في حالة الطلاق بين النص القانوني و النظر الفقهي،

في قانون الأسرة الجزائري: : يثبت التوارث للحي من الزوجين في حالة وفاة أحدهما قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق."

النظر الفقهي:

يتثبت التوارث في الطلاق في الحالات الآتية :

<sup>29</sup> - المصدر نفسه .

<sup>30</sup> - القاضي عبد الوهاب: المعونة 2/788 , ومالك : المدونة 2/132 - 133 .

<sup>31</sup> - البيهقي : السنن الكبرى كتاب الخلع و الطلاق باب : " ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت . " 363/7 .

<sup>32</sup> - البيهقي : السنن الكبرى 362/7 .

<sup>33</sup> - القاضي عبد الوهاب: المعونة 2/788-789 .

<sup>34</sup> - ابن قدامة موفق الدين : المغني 7/218 .

1. في عدة الطلاق الرجعي.

2. في الطلاق في مرض الموت قصد حرمان المرأة من الميراث ، ولو انقضت عدتها .

ولا يثبت التوارث في الطلاق في الحالات الآتية :

1. إذا انقضت العدة في الطلاق الرجعي .

2. في الطلاق البائن ، وكان الطلاق في حال الصحة .

من خلال المقارنة نجد تباينا بين النص القانوني والنظر الفقهي :

إن النص القانوني يثبت للحي من الزوجين الحق في الميراث في حالة وفاة أحدهما قبل صدور الحكم بالطلاق، والإشكال الحقيقي أنه ربما يصدر الطلاق بعد انتهاء العدة الشرعية التي يستحق فيها أحد الطرفين الإرث.

وكذلك يثبت الحق في التوارث إذا كانت الوفاة في عدة الطلاق ، مع العلم بأنه ليست كل عدة يثبت فيها التوارث كما بينا سابقا وكذا هل يقصد بذلك العدة الشرعية أم القانونية، فإذا كانت الأخيرة تطرح إشكالية إعطاء فرصة لشخص غير وارث بمزاحمة الورثة في مال لا حق له فيه.

الخاتمة : وتحتوي على النتائج والتوصيات:

أولا . النتائج :

1. ينص القانون على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم من القاضي بعد مساعي الصلح، بينما في الفقه الإسلامي:

يقع الطلاق بعد تلفظ الزوج به مباشرة .

2. ازدواجية العدة بين النص القانوني والنظر الشرعي .

3. . الإشكال الموجود في مسألة الرجعة إن النص القانوني يذهب إلى أنه من راجع زوجته قبل

محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ، ولكن في كثير من الأحيان تنتهي العدة الشرعية قبل

فترة الصلح التي يحق فيها للرجل مراجعة مطلقتها، ويصبح الطلاق بائنا لا رجعيًا وبالتالي يحتاج

إلى عقد جديد شرعا .

4. النص القانوني يذهب إلى توفي أحد الزوجين فالحي منهما الحق في الميراث قبل صدور الحكم

بالطلاق، ولكن ربما العدة الشرعية تكون قد انتهت قبل البدء في إجراءات التقاضي ، لأن الغالب

أنه لا يلجأ إلى القضاء إلا بعد فترة طويلة من الطلاق الشرعي .

5. وكذلك النص القانوني أثبت الحق للحي في الميراث ومزاحمة بقية الورثة في عدة الطلاق ، مع العلم بأنه ليست لكل معتدة الحق في الطلاق.

ثانيا . التوصيات :

- محاولة حل إشكالات الطلاق وذلك بتوافق النص القانوني مع النظرة الشرعية، خاصة وأن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تنص على: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية."
- تعديل نص المادة 132 لكي يكون كالآتي: "إذا توفي أحد الزوجين وكانت الوفاة في عدة الطلاق الرجعي استحق الحي منهما الإرث، وكذا إذا طلقها في مرض الموت قصد حرمانها من الميراث فيثبت لها الحق في الميراث ولو كان الطلاق بائنا، وانتهت فترة العدة معاملة له بنقيض قصده . ولا يثبت التوارث إذا كان الطلاق رجعيا وانتهت فترة العدة ,وفي كذا إذا كان طلاقا بائنا وطلقها في حال الصحة ."

**Conclusion: It contains the results and recommendations:**

**First, the results:**

1. The law stipulates that divorce is not proven except by a judge's ruling after reconciliation efforts, while in Islamic jurisprudence: divorce takes place immediately after the husband utters it.
2. Double waiting period between the legal text and legal consideration.
3. The problem with the issue of reconciliation is that the legal text says that whoever takes his wife back before trying to reconcile does not need a new contract, but in many cases the legal waiting period ends before the reconciliation period in which the man has the right to take his divorcee back, and the divorce becomes irrevocable and therefore It requires a new legal contract.
4. The legal text says that if one of the spouses dies, then the surviving one has the right to inherit before the issuance of the divorce ruling, but the legal waiting period may have ended before the litigation procedures begin, because most people do not resort to the judiciary until after a long period of legal divorce.

5. Likewise, the legal text establishes the right of the living to inherit and compete with the rest of the heirs in the waiting period for divorce, knowing that not every woman in the waiting period has the right to divorce.

#### **Second - Recommendations:**

- Attempting to solve the problems of divorce by making the legal text compatible with the Sharia view, especially since Article 222 of the Algerian Family Code states: "Everything that is not stipulated in this law is referred to the provisions of Islamic Sharia."
- Amending the text of Article 132 to be as follows: "If one of the spouses died and the death occurred during the waiting period for a revocable divorce, the living of them shall be entitled to the inheritance. Likewise, if he divorced her during a terminal illness with the intention of depriving her of inheritance, then her right to inheritance shall be established even if the divorce was irrevocable, and the waiting period ended with treatment He has the opposite of his intent, and inheritance is not proven if the divorce was revocable and the waiting period ended, and in the same way if it was an irrevocable divorce and he divorced her in the event of health."

#### **قائمة المصادر والمراجع :**

- .الألباني: محمد ناصر الدين ، ضعيف ابن ماجه، طبعة: 1997 ، مكتبة المعارف الرياض، المملكة العربية السعودية .
- . البخاري : أبو عبد الله محمد بن إسماعيل.. الجامع الصحيح. ط : 4. 1405 هـ/ 1985 م. عالم الكتب. بيروت. لبنان.
- البيهقي : أبو بكر: أحمد بن الحسين بن علي. السنن الكبرى. دار الفكر.
- . ابن تيمية : أبو البركات : مجد الدين. المحرّر. تحقيق : محمد حامد الفقي. دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان.
- . ابن جزئي : محمد بن أحمد. القوانين الفقهية. نشر: عبد الرحمن بن حمدة اللزام الشريف ومحمد الأمين الكتبي. تونس. 1344 هـ/ 1926 م.

- . الدارمي : الحافظ عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي السمرقندي. سنن الدارمي. ط : 1. 1407 هـ/1987 م. تحقيق : فوز أحمد زمري وخالد السبع العلمي. دار الكتاب العربي .
- . أبو داود : سليمان بن الأشعث السجستاني. . السنن. تحقيق : محي الدين عبد الحميد. المكتبة العصرية. صيدا. بيروت. لبنان.
- . ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ط : 2. 1402 هـ/1983 م. تحقيق وتصحيح : محمد سالم محيسن، وشعبان محمد إسماعيل. مكتبة الكليات الأزهرية.
- . السخاوي : أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان . المقاصد الحسنة ، تحقيق عبد الله محمد الصديق 1375 هـ مصر.
- . الشافعي : أبو عبد الله محمد بن إدريس. الأم. ط : 1973 م. دار المعرفة. بيروت. لبنان.
- . القاضي عبد الوهاب : بن علي بن نصر المالكي. و . المعونة على مذهب عالم المدينة مالك بن أنس. تحقيق ودراسة : حميش عبد الحق. المكتبة التجارية. مصطفى أحمد الباز. والإشراف 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.
- . 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. و المهذب في فقه الإمام الشافعي. تحقيق : زكريا عميرات. ط : 1. 1416 هـ/1995 م. دار الكتب العلمية. 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.
- . الكاساني : علاء الدين أبو بكر بن مسعود. . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط : 2. 1402 هـ/1982 م. دار الكتاب العربي. بيروت. لبنان.
- . ابن ماجه : أبو عبد الله : محمد بن يزيد القزويني. . السنن. تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي. دار الفكر.
- . مالك : أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبجي المدني. . الموطأ. دار النفائس. و. المدونة الكبرى برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم. دار الفكر.

. مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري. . الجامع الصحيح. تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي. ط : دار الكتاب المصري. القاهرة ودار الكتاب اللبناني. بيروت ودار إحياء الكتب العربية.

. المواق : أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق . التاج والإكليل لمختصر خليل ط: 3, 1412 هـ/1992 م 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.

. نصر سلمان وسعاد سطحي، فقه الطلاق في ضوء الكتاب والسنة، طبعة 2011، دار ابن حزم، بيروت، لبنان.

- قانون الأسرة الجزائري الأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984.