

وزارة التّعليم العالي والبحث العلمي

جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه

الشّعبة: حقوق

التّخصّص: القانون المقارن للأسرة

العنوان

## أثر التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله على ضوء التشريع الجزائري والتشريعات العربية

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

حاج بن علي محمد

من إعداد الطالبة:

عمير هاجرة

نوقشت بتاريخ 26/05/2022 من طرف اللّجنة المكوّنة من:

الاسم واللقب	الرتبة	مؤسسة الانتماء	الصفة
أ.د. عماري إبراهيم	أستاذ	جامعة الشلف	رئيسا
أ.د. حاج بن علي محمد	أستاذ	جامعة الشلف	مشرفا ومقررا
أ.د. حيدرة محمد	أستاذ	جامعة مستغانم	ممتحنا
أ.د. فرقاق معمر	أستاذ	جامعة مستغانم	ممتحنا
د. طرايش عبد الغاني	أستاذ محاضر-أ-	جامعة الشلف	ممتحنا
د. عبوب زهيرة	أستاذة محاضرة-أ-	جامعة الشلف	ممتحنا

الموسم الجامعي: 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي  
خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ  
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتَى  
إِنَّ رَبَّهُ لَسَدِيدٌ  
إِلَىٰ عَرْشِهِ الرَّحِيمُ  
الَّذِي يُرْسِلُ الرِّيَّاحَ  
تُضَوِّبُ السَّحَابَ الْمَوْبِقَ  
الَّذِي يُرْسِلُ السَّمَاعِ  
الَّتِي يُسْمِعُ الْبَشَرَ  
مِمَّا رَزَقَهُمْ وَغَلَابَ  
طَوَاغُوتَهُمْ وَمَا كُنْ  
يُرْسِلُ السَّمَاعِ  
الَّتِي يُسْمِعُ الْبَشَرَ  
مِمَّا رَزَقَهُمْ وَغَلَابَ  
طَوَاغُوتَهُمْ وَمَا كُنْ

قال الله تعالى:

{مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ ۖ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا ۖ وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ}

الآية 46 من سورة فصلت

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

" لا ضرر ولا ضرار "



## إهداء

إلى الزهرة التي ماتت بعد تزهر، والشمعة التي انطفأت مقدما، والعزيزة التي كانت بلسما، إلى روح من حن لها القلب وضاق الصدر لفراقها أختي " سمية عمير " طيب الله ثراها وجعل الجنة مستقرها ومثواها...

إلى من تحن لهم القلوب دائما وأبدا... ومن أبصرتهما عيناى جاهدين في حسن تربيته وتأديبه وتعليمي... إلى من دفعاني برفق ومحبة وشغف إلى مواصلة طريق العلم والمعرفة... وابتغاء سبل مناهل العلم والتعليم... إلى سكينة الروح أمي، ثم أمي، ثم أمي، - التي لا يزال لسانها ضارعا لله بالدعاء لي في الغداة والرواح - ثم أبي أطل الله في عمرهما ومتعهما بالصحة والعافية...

إلى عضدي وسندي... ومن يسكن في القلب حبهم... ومن أجد أزهرهم سخاء ورخاء إلى إخواني وأخواتي... وإلى الذين لم تربطني معهم رابطة الدم ولكن ربطتنا رابطة أقوى محبة وزلقى...

إلى من كان نعمة عليا منذ أن وطأت رجلي عتبة الكلية... إلى الذي نهلته من علمهم الوفير ومن عطائهم الغزير ومن كان لي سندا طوال مساري الجامعي أستاذي الدكتور حمزة بن خدة نفع الله به وجزاه الله عني خير الجزاء....

إلى من أحببناهم في الله... أصدقائي وأحبابي ومن سهروا معنا في مسيرتنا العلمية... إلى الغائبين في عيوننا الحاضرين في قلوبنا....

إلى من لهم الفضل علينا بعد الله بإرشادنا إلى طريق العلم والمعرفة إلى علمائنا أساتذتنا مع حفظ الألقاب والمقامات..

إلى كل زملائي زميلاتي في الدراسة والعمل..

إليكم جميعا أهدي ثواب هذا العمل المتواضع راجية من الله تعالى القبول

عمير هاجر



## شكر وتقدير

قال الله تعالى: { هَذَا مِنْ فَضْلِ رَبِّي لِيَبْلُوَنِي أَأَشْكُرُ أَمْ أَكْفُرُ } وَمَنْ شَكَرَ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ ۗ وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ رَبِّي غَنِيٌّ كَرِيمٌ}. الآية 40 سورة النمل

أتوجه بالشكر الجزيل والثناء الحسن إلى عظيم سلطاني تبارك شأنه وتعالى علياؤه... الذي رعاني برحمته ومدني بواسع عونه وتفضله عليّ بمنه وكرمه وأجزل عليّ بخيره الكثير... ووفقني إلى إتمام هاته الرسالة العلمية... أشكرك ربي شكر الشاكرين لنعمك وفيض كرمك شكرا طيبا مباركا يليق بجلالة عظمتك ومليك سلطانك، فبك سبحانه أستعين وأتوكل عليك...

وكما يقال " من لا يشكر الناس لا يشكر الله"... ومن تمام نعمته جل شأنه عليّ أيضا أن قيض لرسالتي أستاذة أجلاء ودكاترة أفاضل ثقاتا هم رسل العلم والمعرفة... وأخص بالذكر أستاذي الفاضل القدير رفيع المقام المشرف الأستاذ الدكتور " حاج بن علي محمد" الذي ذلل لي كل الصعاب من أيام سنوات الماستر - وحتى الليسانس - حتى وصلت إلى ما أنا عليه... فكان واسعا للعبء... سخي بإرشادي لكل مناهل العلم... استقيت من نبع علمه... وأتخفي بكنز تجاربه... وكم حل البحث من إشكال قصده... وسهل من إعضال... أعرب له عن امتناني الكبير لقبوله الإشراف على هذه الرسالة... رغم مشاغله والتزاماته فلم تكف يداها عن مد العون لي ونصحي وإرشادي إلى الطريق الصواب... فلن تكف كل الكلمات عن إيفائك حقك فجزاك الله عني كل خير.. كما أتوجه بعظيم الشكر للدكتور حمزة بن خدة على ما أفادني به من نصح ومن توجيهات وتصويبات فقد كان فضله كبير علي وعلى الرسالة بعد فضل الله سبحانه وتعالى ..

كما لا يفوتني في هذا المقام والمقال أن أتوجه بالشكر الجزيل للأستاذ الدكتور عماري إبراهيم على قبوله ترأس لجنة المناقشة، كما أعرب عن امتناني العظيم لأعضاء لجنة المناقشة المحترمة كل باسمه مع حفظ الألقاب والرتب على قبولهم عناء وجهد قراءة هاته الرسالة، وإثرائها بمناقشاتهم وتصويباتهم وتوجهاتهم القيمة..

كما أتوجه بأسمى آيات ومعاني الشكر للأستاذ الدكتور رباحي أحمد على ما أمدني به من مادة علمية فكانت كالصيب النافع الذي أروي به صفحات هذه الرسالة فأورقت وأزهرت...

فجزاهم الله عني كل خير فهو نعم المجازي ونعم المكافئ

## قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

الخ: إلى آخره

إ.ق: اجتهاد قضائي

ج: الجزء

ج.ر: الجريدة الرسمية

د.إ.م: دون اسم المجلة

د.ب.ن: دون بلد النشر

د.ج: دينار جزائري

د.س.ن: دون سنة النشر

ص: الصفحة

ص ص: من صفحة إلى صفحة

ط: طبعة

ع: عدد

ع.خ: عدد خاص

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية

ف: الفقرة

ق.أ: قانون الأسرة

م: ميلادية

مج. مجلد

م.ق: المجلة القضائية

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا

ن.ق: نشرة القضاة

م.ق.ت: مجلة القضاء والتشريع

ن.م.ت: نشرة محكمة التعقيب

هـ: هجرية

ثانياً: باللغة الفرنسية

Cass: Cassation

Civ: Civil

éd: édition

ibid : ibidem

L.G.D.J: librairie générale de droit et de jurisprudence

n° : numéro

op.cit: opere citato

P : page

pp : de la page à la page

v : voir

مقدمة

بسم الله الذي جعل العلم طريق الهداية ومطية تبوء كل سيادة وريادة، عد طلبه ومثابرة عليه عباده، فأمر به في أول ما نزل من القرآن، ليعلمنا أن الإسلام دين العلم والنور والبيان، من سار على نوره هدي إلى طريق الصواب، ومن ضل عنه تاهت به المسالك والشعاب، هو المعين الصافي الذي لا يروى منه ناهله، ولا يمل راغبه، ولا يصل إلى منتهاه طالبه، وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين، خير من تعلم وعلم وهدى للتي هي أقوم، سيد الأتقياء وإمام الأنبياء وأجل العلماء، وعلى آله وصحبه ومن اقتفى أثره وهداه، وبعد:

خلق الله - سبحانه وتعالى - الإنسان، ومنّ عليه بأحكام وأسباب جعلية تمكنه من التملك والاستثمار، دون أن يزاخه أحد في التمتع بهذه النعم، بل وأفرد كلاً منهم بما منح له، وطالب المجتمع باحترام حدود هذه المنحة، وتتبع مظاهر هذه المنح، نجدها تنتهي إلى ما يعرف بالحقوق؛ إذ تعتبر من بين الأحكام التي أوجبها الشرع لتحقيق مصالح معينة، ذلك وإن كانت ميزة فردية يستأثر بها الشخص، إلا أنها ليست مطلقة دون تقييد. ومردده لكونها مزية غير مرتبطة بالوجود البشري، وإنما الشرع هو مصدر نشأتها ووجودها، بحيث لا يقررها لصاحبها بصفة طبيعية، وإنما لتحقيق غايات معينة قصدها الشارع الحكيم من تشريعه لهذا الحق.

فبالتوقف عند اعتناء التشريع الإسلامي بالحق، فقد خصه بفلسفة تتمحور حول تحديد ضوابطه، ومن ثمة رسم معالم حدوده؛ حيث شرع مسأله بما يحقق المصلحة الشخصية التي منحت للمكلف بها، مع مراعاة ما يضمن من باب أولى التضامن والتكافل الاجتماعي على نحو موازٍ بينهما، فيتصور بذلك أن الحق يقع بين قسمين؛ أحدهما لله جل في علاه، وآخر للعباد، فما تعلق بحق الله سبحانه هو المصلحة العامة، متميزة بعظم خطرها وشمول المنفعة فيها لقوله تعالى: { وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ }<sup>1</sup>، ذلك أن الشارع الحكيم يقصد من تشريعه للحقوق بغية تنظيم شؤون الحياة في المجتمع تحقيق غايتين أساسيتين؛ تتمثلان معاً في الموازنة بين مصلحة الفرد بما لا يضر بمصلحة المجتمع لقوله - عليه الصلاة والسلام -: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>، وإن قدمت مصلحة المجتمع لأهميته وعظم شأنه، وكذا لأن "اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر وأكثر من اعتناؤه بالمصالح الخاصة، فالشرع يحصل الأصلاح بتفويت الصالح، ويدراً الأفسد بارتكاب الفاسد"<sup>3</sup>. أما ما تعلق بحق العباد، فهو حق الفرد ومصلحته الخاصة.

1- الآية 229 من سورة البقرة.

2- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، ج. 02، رقم الحديث 2340، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن، ص. 784. والحديث صحيح. انظر. محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن ابن ماجة، ج. 2، ط. 3، المكتب الإسلامي، بيروت، لسنة 1988، ص. 39.

3- عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج. 2، ط. 1، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، لسنة 1968، ص. 75.



ونظرا لهذه الطبيعة المزدوجة للحق، يجب مراعاة خصوصيتها عند استعماله، وإلا انتهى لعدم تحصيل المقصود الشرعي الذي شرع لأجله؛ بحيث تنطلق هذه النظرة من الوظيفة الاجتماعية للحق؛ من خلال نزوحها إلى تقديم الصالح العام، وهو ما يذهب إليه مذهب التضامن الاجتماعي الذي يتفق والتشريع الإسلامي من حيث صبغ الحقوق بالطبيعة الازدواجية، الفردية والجماعية، وأن الأولى مصونة مادامت لا تتعارض مع المصلحة العامة، وأنه يجب أن يسلك مسلك التوفيق بينهما ما أمكن، مع تقديم المصلحة العامة وفق ما تقتضيه مقررات الشرع الإسلامي.

وعلى ذلك، فإن الطبيعة المزدوجة التي يتصف بها الحق، والتي تعتبر غايته ومصدر وجوده، هي نقطة بدء وتمحور نظرية التعسف في استعمال الحق؛ ذلك لأن الشريعة الإسلامية تنظر إلى الفرد باعتباره وحدة إنسانية تعيش في إطار اجتماعي بما يضمن التكافل والتضامن بين الأفراد، والفرد في إطار المجتمع يرتبط بغيره بمصالح متبادلة، لذا ينبغي عليه مراعاة حقوق هذه الجماعة عند التصرف بما يمنع الإضرار بها. وفي مقابل ذلك تضمن له الجماعة المحافظة على حقه وصيانه ضمن إطار من التكافل والوحدة الاجتماعية، فالمصلحة الجماعية تبقى دائما الراجحة في التحقيق؛ ذلك لأنها الغاية النهائية للحقوق، لتعلقها أكثر بحق الله - سبحانه وتعالى - وما شرعه من أحكام تبتغي تحقيق المنفعة العامة.

ومن هذا المنطلق، لا يمكن للفرد أن يقدم في استعماله لحقه مصلحة الخاصة الخالصة فقط استنادا على ما منح له؛ ذلك أن استعماله لتلك الميزة بهذا الشكل سيتعارض مع مصلحة أخرى هي أجدر بالاعتبار، وأوفر أهمية لدى الشارع الحكيم، وهو ما قد ينتج تعسفا من الفرد يمس المصلحة العامة المقدمة على الصالح الخاص حالة المقارنة بين الضرر الأعظم، فلا يمكن حينها أن يفسر استعمال الحق على أنه منفعة شخصية ومصلحة خاصة محضة، وأنها الثمرة التي يحصلها والتي يتميز بها عن غيره، فتضمن له استعماله على وجه الإطلاق؛ لأن النظر لاستعمال الحق بهذه الصورة يفسر النظرة الخاطئة والمنحرفة لاستعمال الحقوق، لأنه يرى حينها أن الحق ميزة طبيعية ملتصقة بالوجود البشري، وأن هذا الحق ثبت له بكونه مستحقا له بحسب الأصل وليس بإثبات من الشرع. وتطبيقا لذلك، فإن هذه النظرة الخاطئة للحق هي التي تفسر التعسف في استعماله، والانحراف عن المقصود

الشرعي من تشريعه، والتي لا تقره الشريعة الغراء بحال من الأحوال، ذلك لأنه ليس من قصد الشارع إهدار الراجح واعتبار المرجوح<sup>1</sup>.

وتأسيساً على ذلك، فإن المصلحة المراد بها والتي هي غاية الحق، تكمن في المحافظة على مقصود الشارع، والتي رسمها لعباده عند تشريعه لهذه الأحكام، وجعل مدى اعتبارها شرعاً رهناً بما يعارضها من مصالح أخرى قد تصبح فيه مرجوحة، أو مساوية أو راجحة، وبذلك تتحقق المصلحة الفردية؛ معنى ذلك كله أن صاحب الحق لم يرم من استعماله تحقيق المصلحة الخاصة، بقطع النظر عما يؤول ذلك الاستعمال من قواعد وأفعال جانبية، وكانت مصلحته مرجوحة، وهذا على غرار الأفعال الجانبية التي خلفها، والتي اعتبرت هي الراجحة لتعلقها بالمصلحة العامة لعظم مفسدتها، وبذلك يكون اختلال التوازن بين المصالح أظهر؛ لعدم تناسب المصلحة التي يجنيها صاحب الحق مع الضرر الفاحش اللاحق بالجماعة، فيكون حينها مستعمل ذلك الحق متعسفاً فيه<sup>2</sup>.

ولا نعي بأن الشرع لما أقر المصلحة العامة ورجحها، معناه انقضاء المصلحة الخاصة للفرد، فالمصلحة الخاصة تبقى للفرد، إلا أنه عارضها أمر طارئ أوقف اعتبارها والعمل على تحقيقها؛ ذلك لاعتبار أن الحقائق لا تتبدل، وأيضاً لأن المنطق التشريعي أن تكون الغاية الجزئية منسجمة في تحقيقها مع الأصل الكلي في الشرع؛ بمعنى أن المصلحة الشخصية للفرد -والتي تعتبر غايته عند استعمال حقه- لا تبقى في أصلها مشروعة إلا إذا تناسقت مع الأصل العام لتشريع الحق، والتي هي من مقتضيات وأحكام الشريعة العامة، وهذا هو موطن التعسف الذي يجسد فكرة أن الفعل يكون مشروعاً بحسب الأصل لاستناده إلى حق<sup>3</sup>، إلا أنه يتناقض إما في بواعثه أو في نتائجه -أي حالاً أو مآلاً- مع ما تقضي به قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها، أي مع روح التشريع الإسلامي<sup>4</sup>.

وعليه، ففكرة التعسف في حقيقتها هي وزن لاستعمال الحق على ضوء من غايته، مما يجعل من التعسف فكرة ملازمة ومكاملة لفكرة الحق، فلا تكتمل صياغة الحق بدونها<sup>5</sup>. لهذا فإن فكرة التعسف وارتباطها بنسبية

<sup>1</sup> - إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لسنة 1991، ص.286.

<sup>2</sup> - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط.04، مؤسسة الرسالة، بيروت، لسنة 1988، ص.39.

<sup>3</sup> - LEGIER Gérard, droit civil, les obligations, 19<sup>ème</sup> éd, Dalloz, paris, 2008, p.118.

"le bout en lui- même n'est pas contraire au droit, mais les moyens employés pour y parvenir le sont..."

<sup>4</sup> - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط.5، منشأة المعارف، الإسكندرية -مصر-، لسنة 1394 هـ-1974م، ص.766.

<sup>5</sup> - Ripert G, la règle morale dans les obligations civiles, 4<sup>ème</sup> éd, paris, L.G.D.J, 1949. Tiré du livre. STOFFEL-MUNCK Philippe, l'abus dans le contrat essai d'une théorie, L.G.D.J, paris, 2000, p.04.

الحقوق، تعد تأكيداً للحقوق ذاتها وتقييدها، وحمايتها مما قد تؤدي إليه من نتائج ظالمة، أو مما يتطرق إليه البعض من القول بإلغائها أو إنكارها<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر أن نظرية التعسف قد عرفت تطوراً منذ ولادتها، فالمعطيات المتداولة فقها وتشريعاً أو اجتهاداً، ترجع ولادة هذه النظرية إلى مقتبل القرن السادس عشر؛ حيث كانت قرارات البرلمان -التي كانت تقوم مقام محاكم الاستئناف في أيامنا- تقضي بأنه ليس لأحد إبان قيامه بعمله أو صناعته أن يعطل أعمال جيرانه، أو أن يجعل سكناهم في منازلهم غير محتملة، فقضى على إثرها برلمان "إكس" *parlement d'aix* في الأول من فيفري 1577 أن غازل الصوف الذي يغني بصوت عال -مستعملاً بذلك حقه وحرية في الغناء، وقاصداً وراء ذلك إزعاج جاره المحامي - مسؤول عن هذا الإزعاج<sup>2</sup>.

كما جرت أقلام أعلام الفقه الفرنسي وآراء فلاسفتهم على تبني فكرة التعسف وتفعيلها، وهذا في القرنين السابع عشر والثامن عشر، وطبقها كبار القضاة في العديد من قراراتهم<sup>3</sup>، خاصة في أشد الحقوق إطلاقاً؛ كحق الملكية الذي يمنح مطلق الحرية في التمتع والتصرف في الأشياء على أقصى إطلاق *"de la manière la plus absolue"*. كما ظهرت بعض تطبيقاتها في القانون المدني الفرنسي القديم، فيما تعلق بتنظيم العلاقات الجوارية، بالرغم من أن ذلك القانون كان مشبعاً بالنزعة الفردية، إلى أن جاءت الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر وطمست معالمها، لاسيما في ظل صدور القانون المدني الفرنسي عام 1804، والذي كان ثمرة لتلك النظريات

<sup>1</sup> - ومن الذين أنكروا أن الحق والتعسف فكرتان متلازمتان ومكملتان لبعضهما؛ الفقيه بلانيول الذي قال أن الحق والتعسف مصطلحين متناقضين،

فالفكرة عنده حول هذين المصطلحين تتجسد في أن التعسف يبدأ حين ينتهي الحق *"le droit cesse ou l'abus commence"*

V. PLANIOL Marcel, traité élémentaire de droit civil, tom 02, 3ème éd L.G.D.J, année 1905, n.871, " l'extrait est classique" cette nouvelle doctrine repose tout entière sur un langage insuffisamment étudié, sa formule « usage abusif des droits » est une logomachie, car si j'use de mon droit, mon acte est licite, et, quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit.(...) il ne faut pas être dupe des mots : le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir « usage abusif » d'un droit quelconque, par la raison irréfutable qu' un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme ou droit et contraire ou droit. Tiré du livre. STOFFEL- MUNCK Philippe,, l'abus dans le contrat essai d'une théorie, ibid., p.p.14-15.

<sup>2</sup> - Il sanctionne un cardeur de laine qui, chantant sans relâche de son atelier, troublait malicieusement les études d'un avocat son voisin. Demolombe, quoiqu' hostile à l'idée de responsabilité dans l'exercice d'un droit, ne condamne pas cette solution, car, selon lui, le cardeur n'exerçait pas son "droit" de chanter, mais "affectait" le chant. V. Relevé par Boniface, Recueil des arrêts de Provence, Tome , livre , titre , chapitre. Tiré du livre. STOFFEL- MUNCK Philippe, l'abus dans le contrat essai d'une théorie, op.cit., p.32.

<sup>3</sup> - أجمع الفقهاء الفرنسيون على الحد من حق المالك في استعمال ملكيته على وجه مطلق، فلم يسوغوا إزاء ذلك أن يأتي المالك عملاً في ملكه من شأنه مضايقة جاره، كإحداث دخان كثيف من فرن أو كور. كما قضى أيضاً "دي لومومو" -وهو من كبار قضاة فرنسا آنذاك- بمنع التصرف في الملك بما يؤدي إلى سد مطلات الجار، أو حجب الضوء عنه إذا لم يكن للمالك منفعة جدية من وراء ذلك. مقتبس عن فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.ص. 300-301.

المناقضة لفكرة التعسف، والتي نادى بها المذهب الفردي<sup>1</sup>، الذي اعتبر الفرد هو العنصر الأهم في الجماعة، وأن القانون ليس إلا وسيلة لتقرير حقوقه الطبيعية وحمايتها، وكفالة استمتاعه بما على الوجه الذي يشاء، هذا في ظل اعتقاد الناس -لزم من طويل- أن كل فرد إنما هو مركز لمنطقة نفوذ مغلقة، يكون فيها سيذا مطلقا يستطيع أن يفعل ما يشاء -طبقا لمقولة أنا أريد فأنا لذي حقوق je veux donc, j'ai des droits - على أن يراعي القوانين والأنظمة<sup>2</sup>.

وهكذا انتكست نظرية التعسف أمام النزعة الفردية على يد الثورة الفرنسية، في أواخر ذلك القرن، غير أن الفقهاء والقضاة الفرنسيين وحتى نصوص القانون المدني الفرنسي -المشبع بروح الفردية- عادوا تحت تأثير النظرة الاجتماعية للحقوق، ففرضوا الرقابة على استعمال الحقوق، وتوسعوا في مفهوم الإساءة في استعمال الحق وتطبيقاته، كان هذا بعد ازدهار الفلسفة الاشتراكية<sup>3</sup>.

غير أن نظرية التعسف بالرغم من بروزها مجددا -على إثر التبدل العميق لمفهوم الحقوق الفردية- إلا أنه لم يكن لها أساس مستقل تبنى عليه؛ ذلك لتسترها وراء مبنى المسؤولية التقصيرية، والذي أساسه الخطأ، ثم أخذت النظرية مجدها فوصلت لمصاف القواعد الكلية في المسؤولية التقصيرية، وحمل لواءها الفقيهان الكبيران "جوسران josserand" و "سالي SALEILLES"<sup>4</sup>، وهذا في أوائل القرن 19. نظر الفقيه جوسران إلى نظرية التعسف من خلال الغاية الاجتماعية، لكنه استثنى بذلك المصلحة الخاصة للفرد، كما أنه بنى نظرية التعسف على المسؤولية التقصيرية، إذ ظهر فيما بعد أن نظرية التعسف بحقيقتها ودورها ومعاييرها لا تستند إلى فكرة "الخطأ" أو إلى الصورة التوسعية التي يفرضها بعضهم لهذه الفكرة. وعليه، إذا كانت الظروف التشريعية لم تسعف في إقامة هذه النظرية على أساسها الأصيل، نظرا لعدم وجودها أصلا في القانون آنذاك -ولا حتى لحد الساعة- فليس

<sup>1</sup> - من فقهاء المذاهب الفردية لفكرة الحق المطلق، الفقيه الفرنسي دابان Dabin jean, le droit subjectif ، والفقيهان الألمانيان سافيني Savigny، وندشايد windsheid الذين نادوا أيضا بسلطة الإرادة والحق المطلق "Daseigentumistsals". DABIN.Jean, le droit subjectif. مقتبس عن محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق (معياره وطبيعته في الفقه والقضاء، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، لسنة 1979، ص.42-44.

<sup>2</sup> - SALEILLES. Ray, de la personnalité juridique, 2<sup>ème</sup> éd, 1922, paris.

مقتبس عن محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص.44. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان-، لسنة 2010، ص.ص.20-21.

<sup>3</sup> -فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.302.

<sup>4</sup> -JOSSERAND Louis, l'esprit des droits et leur relativité, 2<sup>ème</sup> éd, paris,1927, Dalloz, p.400. SALEILLES Raymond, rapport présenté à la commission de révision du code civil, B.S,E,L, 1905. Tiré du livre. STOFFEL- MUNCK Philippe, l'abus dans le contrat essai d'un théorie, op.cit., p.p.13-14.

معنى ذلك أن النظرية هي مجرد تطبيق لفكرة المسؤولية التقصيرية المبينة على الخطأ، ذلك لأن هذه الأخيرة قاصرة على استيعاب جميع حالات التعسف<sup>1</sup>، وعلى تأدية ما للتعسف من وظيفة<sup>2</sup>.

ونظرا لافتتقار القانون المدني الفرنسي -آنذاك- إلى النص صراحة على هذه النظرية، أخذت المحاكم الفرنسية منذ أوائل القرن التاسع عشر تقرر المبدأ بكثير من الصراحة والوضوح، الذي قرره القانون المدني الفرنسي القديم<sup>3</sup>، فأسسوا على ذلك تطبيقاتهم التي كانت تدور أكثر على استعمال حق الملكية<sup>4</sup>، وحق التقاضي والسلطة الأبوية، وحق التعاقد وحق فسخ العقود على معيار قصد الإضرار، وكذا معيار انتفاء المصلحة، وكذا الاستعمال الطبيعي وغير الطبيعي للحق، ومطابقة الباعث على استعمال الحق أو عدم مطابقته للغرض الاجتماعي الذي وجد الحق من أجله<sup>5</sup>.

وهذا التطور الذي عرفته نظرية التعسف في استعمال الحق في فرنسا من خلال فقهاءها واجتهادات محكمها، مستمد من القانون الروماني، الذي كانت أصول النظرية متجذرة فيه<sup>6</sup>، من خلال أقوال متفرقة دون

<sup>1</sup> - GESTIN.J et GOUBEAUX.G, Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J, 1977, p.592.

<sup>2</sup> - فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.303. مازن النهار، نظرية التعسف في استعمال الحق، تاريخ الإطلاع 2021/09/15، على الساعة 10:51، ص.ص.03-04.

<http://arab-ency.com.sy/law/detail/163347>

<sup>3</sup> - KARIMI Abbas, les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, L.G.D.J, paris, année 2001, p.27.

<sup>4</sup> - من بين تطبيقات نظرية التعسف، نجد ما قضت به محكمة الاستئناف كولمار (Colmar) بتاريخ 1855/05/02 بإدانة مالك أقام فوق سطح منزله مدخنة، وكان غرضه الوحيد منها حجب الضوء عن جاره، فقضت بذلك المحكمة على أن: "ومن حيث أن المبادئ العامة تقضي بأن حق الملكية هو على وجه ما حق مطلق، يبيح للمالك أن ينتفع بالشيء وأن يستعمله وفقا لهواه، ولكن استعمال الحق كاستعمال أي حق آخر هو استيفاء مصلحة جديدة مشروعة، وأن مبادئ الأخلاق والعدالة لا تتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يكون الباعث عليها رغبة شريرة، وقد وقعت تحت سلطان شهوة خبيثة دعوى لا يبررها أي منفعة شخصية، وهي تلحق بالغير أذى جسيما". وعلى إثر هذا الحكم قررت محكمة النقض الفرنسية في سنة 1862 المبدأ التالي: "حتى يكون ثمة محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ، والقانون لا يعتبر الشخص مخطئا إذا هو عمل ما من حقه أن يعمل، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤدي الغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك".

Dans son arrêt du 2 mai 1855, la cour d'appel de la Colmar condmne celui qui, à seule fin d'enlever la lumière à son voisin, avait élevé sur son toit une fausse cheminée en bois noir. V. CA Colmar, 2 mai 1855M D.1856, 2,9.Cass. civ. 8 juin 1857. S. 1858.I.305. Tiré du livre. KARIMI Abbas, les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, ibid., p.76.

V. civ. 22 janvier 1974, D. 1974 inf. 123- D.mis à jour 1977, abus de droit, no. 32. Tiré du livre. KARIMI(A), ibid., p.80.

<sup>5</sup> - فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.ص.304-305.

<sup>6</sup> - لقد كانت تطبيقات النظرية في القانون الروماني من خلال ما قرره الفقيه إلبيان (ulpien)؛ بأن من حفر في أرضه وتعمق فيه يكون مسؤولا إذا كان التعمق من شأنه أن يسقط حائط جاره. كما توسع القانون البيطوري (droit prétorien) في تطبيق هذه النظرية حتى يخفف من حدة القانون القديم وصرامته، التي كانت تنادي بالملكية المطلقة أيضا. انظر. محمد سعدي صبري، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، لسنة 2003، ص.52.



وجود قاعدة عامة تحكم النظرية<sup>1</sup>، ومن هذه الأقوال نجد: "سوء النية لا يستحق الرعاية، وأن الغلو في الحق الغلو في الظلم"<sup>2</sup>.

فهذه النظرية وإن كانت قد تربعت في الغرب وأخذت مجدها وتطورها فيه، إلا أن الفقه الإسلامي عرفها قبل أن يعرفها فقهاؤهم المحدثون لها وقرارات قضائهم - هذا باعتراف فقهاء الغرب - منذ ما يزيد عن خمسة قرون من الزمان<sup>3</sup>، إذ لها جذور ضاربة في عمق التشريع والفقه الإسلامي، وهي مبسوسة ومتناثرة في بطون كتبه، إلا أنها لم تعرف بذلك الاسم الذي قال به فقهاء الغرب<sup>4</sup>، وإنما عرفت بمسميات أخرى كالاستعمال المذموم<sup>5</sup>، وكذا المضارة في الحقوق - وإن كانت كلمة التعسف تؤثر أكثر لدقتها في تأدية المعنى المراد -، كما وردت عدة تطبيقات لهذه النظرية في زمن الرسول - صلى الله عليه وسلم -<sup>6</sup>، وأغلبها تتعلق بمضار الجوار<sup>7</sup>. من أكثر القواعد إعمالاً في نظرية التعسف باعتبار أن هاته القاعدة الشرعية العظيمة مأخوذة من السنة النبوية الشريفة، قوله - عليه الصلاة والسلام -: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>8</sup>، فوجه الدلالة من الحديث الشريف أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهي عن

<sup>1</sup> - يرجع السبب في عدم جعل نظرية التعسف قاعدة عامة آنذاك، هو أن القانون الروماني باعتباره من الشرائع القديمة والتي لم تكن وليدة النظريات، بل كان أساسها القضايا العملية والمسائل الواقعية المعروضة على الفقهاء، وبالتالي لا يمكن أن نستخلص نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق في هذا القانون. انظر. محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، لسنة 2004، ص.439.

<sup>2</sup> - GAIUS Voltaire, un théorie de droit en droit romain classique, p.82. Date de lecture 2021/07/10, à l'heure 18:00. www.secuweb.mcgill.ca.

<sup>3</sup> - c'est le droit islamique qui a fondé cette institution, il y a 14 siècles. Jossierand estime que "le droit musulman mérite une mention toute spéciale en raison de l'imprégnation particulièrement profonde que lui a fait subir la nation de l'abus". L. JOSSERAND, essais de téléologie juridique. V. KARIMI (A) les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, op.cit., p.28.

<sup>4</sup> - فالفقهاء الفرنسيون يطلقون عليها "de l'abus des droits"، والانجليز يطلقون عليها "the abuse of right"، والترجمة الحرفية لكلمة "abus" إساءة. انظر. فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.45-46.

<sup>5</sup> - هذه الكلمة جاء بها الشاطبي في موافقاته، فقال في التعسف في استعمال المباح: "فلم يزل أصل المباح، وإن كان مغموراً تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم". إبراهيم بن موسى اللحمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لسنة 1991، ص.219.

<sup>6</sup> - من تطبيقات التعسف التي كانت في زمن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والمتعلقة بمضار الجوار، حديث سمرة بن جندب الذي كان له عذق من نخل في حائط رجل من الأنصار، ومع الرجل أهله، وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به الأنصاري، وشق عليه ذلك، فطلب أن ينقله فأبي، فأتى الرجل النبي - صلى الله عليه وسلم -، فذكر ذلك له، فطلب النبي - عليه الصلاة والسلام - من سمرة أن يبيعه فأبي، فطلب أن ينقله فأبي، فقال: فهبه له ولك كذا وكذا أمراً رغبة في، فأبي، فقال: إنما أنت مضار، وقال للأنصاري اذهب فاقلع نخله. والحديث ضعيف. انظر. محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف سنن أبي داود، ط.1، المكتب الإسلامي بيروت، لسنة 1991، ص.361.

<sup>7</sup> - فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.46. السيد شوقي، مرجع سابق، ص.11.

<sup>8</sup> - سبق تحريجه، يراجع. الصفحة 01 من الدراسة. وحديث "لا ضرر ولا ضرار" هو قاعدة من القواعد الشرعية العظيمة؛ حيث يقول بعض أهل العلم: "أن هذه القاعدة هي نصف أدلة الفقه، والضرر المقصود هنا يشمل جميع الضرر الذي يصيب الإنسان، بمعنى الشدة والمشقة والعناء والجهد، ولهذا القاعدة عدة تطبيقات شرعية". راجع. محمد بازمول، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، ط.1، دار المحسن - المحمدية - الجزائر، د.س.ن، ص.86-87.

إلحاق الضرر بالغير بأي حال من الأحوال، فالضرر ممنوع وإدخاله على الغير ممنوع كذلك، وأنه لما كانت النكرة في سياق النفي فإنها تدل على العموم؛ أي أن المنع يشمل جميع أنواع الضرر إلا ما استثني من ذلك بدليل<sup>1</sup>.

ولقد انتهجت معظم التشريعات العربية هذا النهج، فكرست في تقنينها للقانون المدني هذه النظرية، وأرست معاييرها التي استوحتها من جانب الفقه الإسلامي والفقه الغربي، ومن بين التشريعات التي هي موضوع الدراسة نجد المشرع الجزائري، الذي تعرض لنظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 41 من القانون المدني، وهذا بموجب الأمر 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975<sup>2</sup>، والتي جاء نصها كالتالي: "يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية:..."

ولقد أخذ فقهاء القانون على هذا النص وموضعه مأخذين؛ تجسد الأول من حيث الموضوع الذي صيغت فيه المادة، والمتمثل في باب الأشخاص الطبيعية والمعنوية، وبالضبط بين مواد الأهلية، وكان حري بالمشرع أن يضع ذلك النص المتضمن لنظرية التعسف في الباب التمهيدي للقانون المدني الجزائري. ومن حيث الموضوع وطريقة صياغة النص؛ حيث يلاحظ أن المشرع في سرده للنص السالف ذكره تكلم عن الاستثناء وأهمل الأصل؛ لأن نظرية التعسف في استعمال الحق هي استثناء من القاعدة العامة، التي تقضي بأن الأصل في الأفعال الإباحة<sup>3</sup>.

وبالرغم من التطور الرهيب الذي عرفته النظرية في القرن التاسع عشر، وما جادت به أقلام فقهاءها (من فقهاء مسلمين قدامى ومستحدثين، وفقهاء الغرب)<sup>4</sup> في محاولتهم لوضع أساس لهذه النظرية حتى تكون قادرة على استيعاب جميع حالات التعسف، بيد أن المشرع اتجه نحو رأي آخر، مخالفاً بذلك وجهات نظرهم، وهذا في إطار تعديله للنص السالف ذكره بموجب القانون 05-10 المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 20 يونيو 2005<sup>5</sup>، وإلغائه للمادة السالفة الذكر من خلال نقله للنظرية إلى موضع آخر، فيكون قد وضع النص وموضوعه محل النقد

1- محمد بن عمر بن الحسين أبو عبد الله فخر الدين الرازي، الموصول في علم الأصول، ج.2، ط.2، مؤسسة الرسالة، لسنة 1992، ص.343.

2- الأمر 58-75، المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج.ر، ع.78، الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

3- رياحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية (في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة وهران، لسنة 1429هـ-2008م، ص.ص.32-33.

4- يراجع لمعرفة تطور نظرية التعسف (عند الفقه الإسلامي القديم والحديث، وفقهاء الغرب) بشكل مفصل. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.8 وما بعدها. ومحمد شوقي السيد، مرجع سابق، ص.12 وما بعدها. والصفحة من 04-06 من هذه الدراسة.

5- القانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج.ر، ع.44، الصادر بتاريخ 26 يونيو 2005.

والتعقيب من قبل فقهاء القانون -الذين شهدوا ازدهار نظرية التعسف وتطور أساسها-، وتمثل ذلك في إدراجه لنظرية التعسف في باب المسؤولية عن الأفعال الشخصية المبنية على أساس فكرة الخطأ، وقد سبق الإشارة إلى أن هاته الفكرة الأخيرة -كأساس لهذه النظرية- قاصرة وضيقة في معاييرها على استيعاب جميع حالات التعسف<sup>1</sup>.

فأما من حيث صياغته لموضوع النص، فنجد أنه قد كرر نفس الخطأ الأول في إهماله للأصل وتكلمه عن الاستثناء، ناهيك عن إضافته لكلمة خطأ، التي كان موضع النص غني عن ذكرها -باعتبار أن مبنى المسؤولية عن الأفعال الشخصية هو الخطأ- وهذا ما يستشف من سياق المادة 124 مكرر من القانون المدني، والتي جاء نصها كالتالي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الأحوال التالية:..".

والأشد غرابة مما سبق ذكره تبني المشرع هذا الرأي -المذكور آنفا- في الوقت الذي تذهب فيه أغلب التشريعات وآراء الفقه الحديث إلى القول بشمول نظرية التعسف في استعمال الحق لكل فروع القانون<sup>2</sup>، والابتعاد عن حشرها في باب المسؤولية، لقصور هذه الأخيرة عن استيعاب مثل هكذا نظرية، وما يؤكد ذلك أثر التعسف في استعمال الحق على الزواج والخلاله (موضوع الدراسة).

فبالرجوع إلى التشريعات العربية -التي هي موضوع الدراسة- نجد أن أغلبها انتهج نهج الفقه الحديث؛ القائل بشمول التعسف في استعمال الحق لكل فروع القانون الخاص، ومثل ذلك المشرع المصري؛ الذي وضعها في الباب التمهيدي من قانون 1948<sup>3</sup> من خلال المادة 05 منه<sup>4</sup>، والمشرع العراقي في المادة 07 من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951<sup>5</sup>، وكذا المشرع الأردني في المادة 66 من مشروع القانون المدني لعام 1976 في بابه

<sup>1</sup> - انظر. فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.75.

<sup>2</sup> - انظر. رباحي أحمد، مرجع سابق، ص.33.

KARIMI(A), les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, op.cit., p.73.

<sup>3</sup> - القانون المؤرخ في 12/07/1948، والمتضمن القانون المدني المصري، الصادر بتاريخ 1 أكتوبر 1949.

<sup>4</sup> - لقد تبني القضاء المصري (المختلط) عدم بناء التعسف على الخطأ ولا حتى التعدي، وذلك لاعتباره أن صور التعسف في العلاقات الجوارية لا يمكن تبرير المسؤولية فيها بالاستناد إلى فكرة "الخطأ" في القانون، والتي تقترب من فكرة "التعدي" عند فقهاء المسلمين بالمعيار الذاتي؛ إذ رأى بعضهم أن تبني المسؤولية على ما يبين من عدم اتفاق الاستعمال مع مقتضيات المصلحة الاجتماعية، وهذا ما يدل على تعارض المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، وأن هذه الأخيرة مقدمة، بالنظر إلى ما في مراعاتها من دفع ضرر أشد. راجع. فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.75.

<sup>5</sup> - القانون المدني العراقي رقم (40)، الصادر في 04/06/1951.

التمهيدي تحت عنوان الحق<sup>1</sup>. وعلى غرار ذلك نجد التشريعات المغاربية (ومنها المغرب وتونس)، لم يتعرضوا لنص صريح يشمل هذه النظرية، وإنما أشاروا إلى تطبيقاتها في نصوص قانون الالتزامات والعقود<sup>2</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه أن هذه النظرية وإن عرفت تطبيقاتها في مضار الجوار، إلا أنها تكشفت أكثر -فيما بعد- في مجال الأحوال الشخصية وقضاياها؛ من علاقة الإنسان بزوجه، وبأولاده، وبأهله، وحتى بمجمعه، من خلال عدة مراحل وفترات تمر عليه، يمتلك من خلالها جملة من الحقوق والواجبات، ينحرف في استعمالها عن المقصود الشرعي، أو الغاية الشرعية التي رسمها التشريع له، وهذا ما يتمحور حوله موضوع الرسالة.

كما تظهر أهمية أثر التعسف في استعمال الحق في مجال الأحوال الشخصية؛ من زواج وآثاره، وطلاق وآثاره، من خلال القضايا الشائكة التي مرت عبر العصور إلى يومنا هذا، وكذا لتعلق هذا الأثر بجانب مهم جدا في حياة الإنسان؛ ألا وهو قرينه أو ثمة زواجه أو أهله، والذي شرعت أحكامه بضوابط محددة وأسس يلزم الفرد التقيد بها وفق ما رسمه الشارع في كتابه العظيم، وكذا لتعلق هذا الجانب بالمنفعة العامة والصالح العام، والذي هو المجتمع بصفة عامة.

ويكمن الهدف من موضوع الدراسة في تسليط الضوء على أثر التعسف في بعض قضايا الأحوال الشخصية؛ ابتداء بالخطبة وانتهاء بالحضانة، وكذا تبيان الوجه الممنوع -بكل موضوعية- في استعمال الحقوق في العلاقة الزوجية أو في انتهائها وترتب آثارها، سواء من الزوج أو الزوجة، وأيضا لفت الانتباه إلى الجانب المظلم الذي يؤول إليه التعسف في استعمال الحق على غير الغاية الشرعية التي رسمت له، كما تم رفع الستار -من خلال هاته الدراسة- عن مختلف القضايا المبسوط أثرها في جهاز العدالة على الصعيدين الوطني والدولي، وكذا محاولة إكمال وإتمام ما سبق دراسته بخصوص موضوع التعسف بصفة عامة، ومحاولة الاكتفاء وقصر الدراسة على ما هو جديد، ونثر معاملة في الرسالة -دون أن يتم بسط هذا الموضوع على الجوانب التي استهلكت بكثرة في المكاتب والأبحاث العلمية-.

<sup>1</sup>- القانون المدني الأردني رقم (43) لعام 1976، الصادر بتاريخ 1977/01/01.

<sup>2</sup>- انظر. الفصل 91، 92، 94 من قانون ظهير شريف رقم 1.11.140، المتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي، المؤرخ في 2011/08/17. والمواد 97، 111، 112، 114 من القانون عدد 87، المؤرخ في 2005/08/15، المتضمن مجلة الالتزامات والعقود التونسية، المعدل للأمر المؤرخ في 1956/08/03، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع.68، الصادر بتاريخ 2015/08/15.

كما تمحورت هاته الرسالة حول موضوع أثر التعسف في استعمال الحق في الزواج وانحلاله حول التشريع الجزائري، من خلال المنظومة القانونية في الجزائر والتشريعات العربية؛ حيث تم اختيار منظومة تشريعية مقارنة، تتجسد في بعض تشريعات المغرب العربي (كالمغرب وتونس)، وبعض تشريعات المشرق العربي (كالأردن، والعراق)، كما تم اختيار التشريع المصري لتقاربه وتقاطعه والتشريع الجزائري في مواطن عديدة من مسائل الأحوال الشخصية، وكذا لتقاطعه أيضا في الجانب القضائي من خلال الاجتهادات القضائية المتعلقة بقضايا الأسرة.

وفي إطار دراسة هاته المسائل تم إتباع المنهج العلمي التحليلي المقارن؛ ذلك من خلال البحث في مواطن فقهية لكل مسألة من بعض مسائل الزواج وآثاره والانحلال وآثاره، وفق دراسة تأصيلية تحليلية لكل عنصر من عناصر البحث، مع تتبع النصوص الشرعية المتعلقة بها، وأقوال الفقهاء فيها، وأدلتهم ومناقشتهم مع الترجيح والتحليل، وربط بعض منها بموضوع التعسف في مجال الدراسة، وهذا من أجل الخلوص إلى حقيقة التعسف في الزواج وانحلاله وآثارهما، مع تبيان حكم كل مسألة، واستخلاص صورهم من المسائل الفقهية والواقع العملي، وإسقاطهم على معايير التعسف لإثبات الفعل التعسفي من كل مسألة، وذلك كله كان في إطار الجمع بين النظري (من أقوال ونصوص قانونية)، والجانب التطبيقي بترجمتها على أرض الواقع وفق قضايا عملية، كما تم من خلال هذه الرسالة عزو الآيات إلى محلها، وتخريج الأحاديث النبوية من مختلف مصادرها الأصلية، مع تبيان درجتها.

وأما بالنسبة إلى المنهج المقارن؛ فقد تمت المقارنة بين كل مسألة من مسائل الزواج وآثاره والانحلال وآثاره، من خلال الفقه الإسلامي والخلاف الدائر بين المذاهب الفقهية، ثم محاولة الترجيح بينها، وكذا المقارنة بينه وبين التشريع الجزائري والاجتهادات القضائية، وبين هاتين الأخيرتين والتشريعات العربية الأخرى - التي هي موضوع الرسالة - واجتهادات قضائهم؛ وهذا لأجل التقريب بين التشريعات العربية، ومعرفة كل نهج تتبعه في إطار تشريعات وقرارات قضائها، ثم استخلاص المجال المشترك بينها، لمعرفة الملائم منها بكل موضوعية، وفي ظل هذا النهج الذي تم إتباعه، كان القصد التدرج في عرض المسائل - في إطار المقارنة - ابتداءً بالفقه الإسلامي باعتباره الأصل والمصدر في إطار الأحوال الشخصية، ثم التعرّيج على التشريع الجزائري، ثم موقف القضاء الجزائري من كل مسألة من بعض مسائل الأحوال الشخصية، وبعدها يتم إبراز موقف التشريعات العربية، وفق ما تفرضه المنهجية من المقارنة بين التشريع - وهو القانون الذي تتبعه هذه الرسالة - مع إبراز قرارات قضائها - مع المقارنة بين التشريع الجزائري والقضاء الجزائري في عدة مواطن من مواطن الرسالة -، والتشريعات العربية الأخرى واجتهادات قضائهم،



ابتداء بالتشريعات المغاربية - وقرارات قضائهما - لقرنها من التشريع الجزائري، وانتهاء بالتشريعات المشرقية التي تتوافق وإياها في جوانب قلة (كالعراق).

ونظرا لكون موضوع الرسالة يتعلق بجوانب حياتنا بغض النظر عن الموقع الذي نتبوأه في الأسرة وفي المجتمع أيضا، كان من بين الأسباب التي دفعتني إلى اختياره، رغبة في إخراج التعسف من مجرد فكرة أو نظرية وإبرازها إلى الواقع من خلال القضايا السابقة التي عرفها الإسلام، وكذا دول الغرب، والقضايا العملية، والأرقام الخيالية التي تعتبر كأثر واقعي مجرد عن كونها نظرية أو فكرة مستنبطة من روح الكتب وآرائهم الفقهية الفلسفية، وهذا هو سبب حذف كلمة "نظرية" أو "فكرة" في مقبل عنوان الرسالة.

كما يرجع سبب اختيار كلمة "تشريع" دون حصره في قانون الأسرة لسببين؛ أولهما تم التطرق إلى القانون المدني والأسري، وفي مواطن أخرى تم إبراز القانون الجنائي، ويرجع السبب الثاني في اختياره لكون التشريعات العربية غير متفقة على ذات المصطلح؛ فهناك من تستعمل كلمة قانون أسرة، وهناك من تستعمل كلمة أحوال شخصية، وهناك من تستعمل كلمة مجلّة - وهذا ما سيتم ملاحظته من خلال الرسالة - لذلك كلمة "تشريع" كانت أعم من أي مصطلح آخر وفق وجهة نظري الخاصة.

ويعود سبب اختيار كلمة "الخلال"؛ إلى أنها تعني حل عقد الزواج، بقطع النظر عن الصورة التي اتخذت في حاله - بمعنى سواء كان بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة، أو حتى بإرادتهما - ذلك لأن مرادف كلمة طلاق هو الخلال، ناهيك عن أن "الخلال" هو تعريف لكلمة طلاق - والمستقاة من كلمة حل - كما أن دراسي استوطنت بكثرة في التشريعات العربية - بقطع النظر عن البلد الذي أنتمي إليه - وغالبيتها ذكرت كلمة "الخلال"؛ من بينها المشرع في القانون المدني الجزائري، وحتى التشريعات المغاربية وتشريعات المشرق العربي.

كما يكمن سبب اختيار موضوع الرسالة في رفع الستار عن حقيقة مصطلح "الحق"؛ على أنه ليس سلطة أو مجرد مصلحة لا تعود على صاحبها بأي نفع ذاتي، وإنما هو مقصود شرعي على المكلف التقيد والتمتع به في آن واحد على نحو غير مطلق، وعدم الانحراف عما رسمه الشارع له دون غلو أو استبداد، وإنما أن يستحضر يقينه المطلق أنه قد خيّر من بين عامة الناس أن يبلغ المقصود من ذلك الحكم وفق إرادة الله سبحانه؛ لأنه خليفته على الأرض، وهذه الحقيقة تكون كنقطة انطلاق للاسترسال في هذه الأطروحة. جانب آخر كان دافعا لاختيار

موضوع الرسالة، هو أن موضوع التعسف لا يتعلق فقط بالجانب الإيجابي للإنسان من خلال الإساءة في استعماله، وإنما التعسف يبسط أثره أيضا في جوانب سلبية للإنسان تم رفع الستار عنها في هذه الرسالة.

وكدافع أخير لاختيار هذه الدراسة؛ معرفة أوجه التقاطع والاختلاف بين التشريع الجزائري والتشريعات العربية، ومعرفة اتجاه القضاء في ضبط هذه القضايا المتشعبة في المجتمعات العربية والصعوبات التي تواجهها. أيضا معرفة وتصور حجم الضرر اللاحق بالأبناء، الذين سيكونون ضحية سوء استعمال الحق على غير غايته الشرعية من جانب ذويهم، أيضا حجم التفكك العائلي الذي سيكون نتيجة خراب النسيج الاجتماعي للمجتمع الجزائري خاصة، والمجتمعات العربية عامة.

وبالرغم من الدافع القوي الذي كان سببا في اختيار موضوع الرسالة وحصرها فقط على إبراز أثر التعسف في قضايا الأحوال الشخصية (من زواج وآثاره، وانحلال وآثاره)، ذلك من خلال تبيان الجانب المظلم المعتم لها، وكذا بسط الموضوع على دراسة مقارنة بين التشريعات، ومحاوله إخراج هذه الدراسة من كونها مجرد نظرية أو فكرة إلى واقع عملي من خلال الاجتهادات القضائية للمحاكم، هو صعوبة بحد ذاته؛ وذلك لتعلق الأمر بالتنقل إلى البلدان العربية وزيارة مرافقهم العدلية، ومثل هكذا أمر مستحيل على الوجه المطلق في ظل تفشي جائحة كوفيد - 19 - وما خلفه من أضرار نفسية وعملية.

ورغم كل الصعوبة التي واجهتها هذه الرسالة، إلا أن ينايع المكاتب لم تجف أقلام باحثيها عن الكتابة، ولم تتوان المواقع الالكترونية عن بث كل ما هو جديد على الساحة العالمية من كتب ومقالات وغير ذلك، وتطبيقا لذلك استوحيت هذه الدراسة من بعض الدراسات السابقة، التي أنارت طريق الكتابة، وتكونت كنقطة انطلاق في بحر كتابة هذه الرسالة، كما تم اقتباس بعض القضايا العملية للتعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية من هاته الدراسات، ومن بينها عبير رجي شاعر القدومي من خلال كتابها "التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية"، والتي كانت أوسع نطاقا بضم بعض المسائل الخاصة بالأسرة - بحكم عنوانها الشامل - وتوافق الرسالة ودراستها في تذييل كل مسألة بإسقاط معايير التعسف في استعمال الحق على بعض مسائل الأحوال الشخصية، وهذا بغية إثبات الفعل التعسفي في تلك المسائل، إلا أن هاته الرسالة تباينت وإياها في عدة جوانب؛ فمثلا في التعسف في النفقة الذي تمت دراسته من خلال تعسف الزوج وتعسف الزوجة، وتعسفهما أيضا في استعمال ذلك الحق تجاه المحضون، وكذا التباين في تقسيم الموضوع، وذلك من خلال ضبط كل عنوان وفق موضعه الخاص،

حسب ما جاء به الفقه والقانون، ناهيك عن اعتماد هذه الرسالة على التشريعات المقارنة، والتطرق إلى جميع صور التعسف في كافة قضايا الأسرة.

من الدراسات السابقة أيضا جميل فخري محمد جانم من خلال كتابه: "التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون"، وكتاب "التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون"، وكذا تبوب فاطمة الزهراء من خلال كتابها "التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية"، ومشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي "التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة (دراسة تأصيلية مقارنة)"، ومذكرة ماجستير للعربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-، وأيضا العيد ابراهامي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري- ولاية الزواج والقصر نموذجًا-... وغيرها من الكتب والأبحاث العلمية.

تميزت هذه الرسالة الموسومة بـ"أثر التعسف في استعمال الحق على الزواج والحلاله في ضوء التشريع الجزائري والتشريعات العربية" عن الدراسات السابقة أنها أصلت الموضوع وأخرجته من مجرد نظرية وفكرة كانت حبيسة في جوفهما، لا ترى النور في الحياة العملية لتأخذ منه وتعطي له حلوًا تساعده على مواجهة المشاكل العلمية، إلى حقيقة لها أبعادها، وجدت أثره فيها من خلال التطبيقات القضائية في الجزائر والبلدان العربية، وذلك من خلال أبي وليت وجهي شطر الواقع العملي، وذلك بالتنقيب في الأحكام، بإبراز الاجتهادات القضائية، والوقائع القانونية التي بسطت على ساحات المحاكم بمختلف درجاتها.

في إطار دراسة موضوع أثر التعسف في مسائل الزواج والحلاله والآثار المترتبة عن كل منهما، تمحور الإشكال الجوهرى حول: إلى أي مدى يعد استعمال الحق في مسائل الزواج والحلاله حقا مطلقا أو مقيدا بعدم التعسف في استعماله على ضوء غايته الشرعية؟ وهل قيد المشرع الجزائري والتشريعات العربية من استعمال الحقوق في الأحوال الشخصية أم تركها على إطلاقها؟ وفي ظل الإباحة والتقييد، ما هو المنهج الوقائي والعلاجي الذي انتهجه المشرع الجزائري والتشريعات العربية لحماية المتضرر من التعسفات التي تطاله عند إطلاق الحقوق؟

وفي إطار البحث عن هذا الإشكال الجوهرى يتبادر إلى الذهن عدة تساؤلات فرعية:

- متى يعتد باستعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية على أنه تعسفٌ في استعمال الحق؟

- إلى أي مدى سجل التعسف أثره في مسائل الأحوال الشخصية؟
- إلى أي مدى يمكن أن نتصور أثر التعسف في استعمال الحق على العلاقة الزوجية؟
- إلى أي مدى قد يتعسف أحد طرفي العلاقة الزوجية عند استعماله لحقه في فك الرابطة الزوجية؟
- هل تصل إساءة استعمال الحق في نطاق الأسرة إلى ما بعد انتهاء العلاقة أم ينتهي التعسف بانتهاء العلاقة الزوجية؟

وللإجابة على الإشكال الذي تم طرحها والأسئلة الفرعية آثرت إتباع الخطة الثنائية، المشتملة على بابين، يتناول كل باب منها فصلين، وفي كل فصل منها مبحثين، وفق المنهجية العلمية المتعارف عليها، وكان التقسيم معنونا كالتالي:

تضمن عنوان الباب الأول "أثر التعسف في استعمال الحق على الزواج في ضوء التشريع الجزائري والتشريعات العربية"، تعرضت في الفصل الأول من خلال هذا الباب إلى "أثر التعسف في استعمال الحق على عقد الزواج"، أما في فصله الثاني فقد تناولت الشق الآخر من الباب، والمعنون بـ "أثر التعسف في استعمال الحق على آثار الزواج".

أما بالنسبة إلى الباب الثاني فقد أخذ حصته من عنوان الرسالة، والتي شمل فيها الشق الثاني لها، والمتمثل في "أثر التعسف في استعمال الحق على انحلال الزواج في ضوء التشريع الجزائري والتشريعات العربية"، تضمن هو الآخر فصلين، تم التعرض في فصله الأول إلى "أثر التعسف في استعمال الحق على صور انحلال الزواج"، أما الفصل الثاني فقد جسّد "أثر التعسف في استعمال الحق على آثار انحلال الزواج".

في آخر الدراسة توقف المطاف بهذه الرسالة إلى خاتمة، التي تم تضمينها بجملة ما جاء في هذه الدراسة وأهم النتائج التي تم التوصل إليها، مع تذييلها وإنهاؤها بتوصيات واقتراحات نأمل أن تكون هذه الرسالة قد وفقت في تسديدها أو قاربت ذلك.

هذا عملي بذلت فيه قصارى جهدي وتعيي، وعصارة فكري وعقلي، ولا أستطيع أن أجزم أني قد استوفيت الموضوع من كل جوانبه، فإن أصبت فمن الله ومن الله وحده، وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان، غير أني لا أريد أن يذهب جهدي سدىً أو صيحةً في واد أو نفخة في رماد، إن ذهبت مع الريح فستذهب غداً

بالأوتاد، وذلك إن وضع السيل فلا يجب الإنكار، ووجب قبول ما احتواه، حاشا ما يطرأ على الإنسان من الخطأ والزلل، وحُق على المتفحص الناظر إذا وجد فيه نقصاً أن يكمل، وليحسن الظن ممن حالفه سهر الليالي والأيام، واستبدل التعب بالراحة حتى أهدى إليه نتيجة سنين من عمره.



## الباب الأول

أثر التعسف في استعمال الحق على الزواج  
في ضوء التشريع الجزائري والتشريعات العربية

شرع الله سبحانه وتعالى عقد الزواج لعباده وجعله ميثاقا غليظا يربط طرفي العلاقة الزوجية، كما جملة بمقاصد شرعية على كل طرف فيها أن يتغياها، وذلك باعتبار الزواج حق من حقوق كل شخص، والحقوق في استعمالها تعبر عن غاياتها أو عن مقصود صاحبها. ويكتسي عقد الزواج أهمية بالغة عند التشريعات العربية، ويظهر ذلك من خلال تخصيص هاته الأخيرة-على غرار اختصاصها التشريعي وليس الفقهي- بنص تعرف فيه عقد الزواج، ومن بينهما المشرع الجزائري الذي عرفه في المادة 04 من الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، كما عرفه المشرع المغربي في المادة 04 من مدونة الأسرة، وكذلك المشرع العراقي في المادة الثالثة والمشرع الأردني في المادة 05 من قانونهما المتعلق بالأحوال الشخصية، وبالنسبة للمشرع التونسي والمصري فلم يعرفا عقد الزواج تاركين الأمر للاختصاص الفقه في ذلك. ونظرا لأهمية عقد الزواج بالنسبة للشارع الحكيم، ثم التشريعات العربية وهذا باعتباره عقد دائم وخطير؛ لأنه سيترتب عليه عدة آثار بعد انعقاده، وعلى ذلك جعل له مقدمة تمهيدية أو توطئة قبل بدء سريان العلاقة بشكل شرعي ورسمي؛ وهذه التوطئة تسمى الخطبة والتي تعتبر فاتحة عقد الزواج، وتبدأ هاته المقدمة تتطور شيئا فشيئا لتصل إلى مصاف العلاقة، أو يحدث عدول عن الخطبة وتنتهي هاته المرحلة.

ويعتبر العدول عن الخطبة حق شرعي يجوز للطرفين استعماله، غير أن أحدهما قد يعتبر بأن هاته الوسيلة له الاستئثار بها على الوجه المطلق، حتى ولو رتب أضرارا بليغة لحقت بصاحبه، فيعتبر في هذه الحالة المتسبب في هذا الضرر متعسفا في استعمال حق العدول عن الخطبة.

وأما إذا لم يحدث عدول عن الخطبة، وشرع الطرفان لإتمامها وللتحضير لرسمية العقد، فقد يتدخل أحد أفراد العائلة الذي يعتبر طرفا في العلاقة عند إنشائها، باعتباره الولي الشرعي للمرأة فينهاي العلاقة أو لا يسمح نشؤها ابتداءً؛ وهذا لأن نظرتة للولاية قد يعتبرها سلطة مطلقة، وأنه هو الأصلح لها في تسيير أمور حياتها بما يراه مناسباً أو يعتقد كذا، ولكن على نحو قد يتعسف في استعمال هذا الحق، أو تنحرف غايته وقصده عن القصد الشرعي فلا يوفق مقصد الشارع الحكيم في تشريع هذا الحكم، فيبتغي الإضرار دون الحماية، وهذا ما سيتم التطرق إليه في التعسف في استعمال حق الولاية، ويمكن أن يصل إضراره في استعمال هذا الحق لدرجة أن يضر بالرجل الذي تقدم لخطبة ابنته، فيغالي في مهرها فوق طاقتة وقدرته، وربما تكون المخطوبة نفسها ترى أنّ الصداق هو هيبه المرأة، وعلو لشأنها فتضرب بمن تقدم لخطبتها؛ من خلال تعسفا في استعمال حق الصداق، وهذا كله يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج (الفصل الأول).

وأما إذا توجت الخطبة بالزواج وبعدها بالأولاد، وترتبت على طرفيها -الزوج والزوجة- حقوق وواجبات، فصار الالتزام يبرر التمتع بالحقوق، والتقيّد بالواجبات التي تعتبر حقا للطرف الآخر، وتعتبر هذه الآثار من المسائل المنظمة شرعا وتشريعيا، إلا أنّ كل رابطة عقدية إلا ما تحدث فيها مناقشات، ولكن هذه المناقشات وعدم الالتزام بواجبات العلاقة قد تضر بالطرف الذي أسيء في حقه، كما قد تسمم العلاقة

الزوجية، والنتيجة يكون أكبر متضرر فيها هو ثمرة الزواج؛ ألا وهو الطفل، سواء في منعه من حقوقه، أو إسقاطه من النسب ليكون لقيطاً نتيجة نفي وليه نسبه عنه، وهذه المسائل كلها سنتعرض لها من خلال أثر التعسف في استعمال الحق على آثار الزواج (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

### أثر التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج

يعتبر الزواج<sup>1</sup>، في الإسلام اللبنة الأولى التي يتأسس المجتمع بها، ونظراً لعظمته سما الله في القرآن الكريم بالميثاق الغليظ؛ وهذا لأجل رفع مرتبة الإنسان وتعظيمها، كما أضفى عليه قدسيّة خاصة وجعله من أسمى العقود لعظيم أثره وشمول نفعه، ولقد عني هذا العقد بعناية تشريعية من قبل الشارع الحكيم ثم المشرع الجزائري والتشريعات العربية فجعل له -لأهميته- مراحل يمرّ بها؛ تتمثل المرحلة الأولى في المرحلة التمهيديّة أو ما يسمى بالخطبة، وأما المرحلة الثانية فتتمثل في انعقاد الزواج الذي يستوجب توفّر أركانه أو شروطه إلى غاية وصوله إلى مصاف العقد، وما يترتب على هذا الأخير من حقوق وواجبات متبادلة بين أطراف هذه العلاقة؛ ألا وهما الزوج والزوجة.

وأنّ المرحلة الأولى هي مرحلة بداية إنشاء العقد أو ما تسمى بالخطبة -وتعتبر هذه الأخيرة مرحلة تمهيدية لبداية العلاقة- غير أنّ هاتين الأخيرتين قد تنوبهما نواب من أحد طرفيهما، أو ما تسمى بالعدول عن الخطبة، والعدول عن الخطبة حق لكلا طرفيهما<sup>2</sup>، وذلك لأنّ العقد لم ينعقد بعد ولم يترتب أيّ أثر يلزم الطرفين بالحفاظ على التزامه، إلا أنّ هذا الحق قد يمارس على نحو غير ما شرع لأجله؛ فيتعسف<sup>3</sup>، أحدهما في استعمال

<sup>1</sup> - يأتي الزواج في التعريف اللغوي بمعنى الاقتران والارتباط. تقول العرب: تزوجت امرأة، وتزوجت امرأة. قال الله تعالى " وَرَزَوْنَاهُمْ مَجُورٍ عَيْنٍ " الآية 54 من سورة الدخان؛ أي قرناهم بمن. وكل شيء اقترن أحدهما بالآخر فهما زوجان. انظر. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب. الجزء 03، دار صادر، بيروت، ص. 212.

ويعرف الزواج اصطلاحاً على أنه " يعرف الزواج بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة، ويحدد ما لكليهما من حقوق، وما عليهما من واجبات ". انظر محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، بدون طبعة، القاهرة، د.س.ن، ص. 44. وأما بالنسبة للمشرع الجزائري فيراجع الصفحة 18 من هذه الدراسة.

<sup>2</sup> - يعرف الحق لغة " الحق نقيض الباطل، حق الشيء يحق حقاً أي وجب وجوباً ". انظر أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، ج. 03، سلسلة المعاجم والفهارس، دار ومكتبة الهلال، د.ب.ن، لسنة 100-175 هـ، ص. 06.

ويعرف الحق في الاصطلاح " الحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً. وذلك كحق الولي في التصرف على من تحت ولايته، فإنه سلطة لشخص على شخص ". انظر مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، ط. 01، دمشق، لسنة 1420 هـ - 1999 م، ص. 19.

<sup>3</sup> - يعرف التعسف لغة بأنه "عسف فلان فلائناً عسفاً: ظلّمه. وعسف السلطان يعسفُ واعْتَسَفَ وتعسّف: ظلّم، وهو من ذلك. وتعسف فلان فلائناً إذا ركب بالظلم ولم يُنصّفه. انظر. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب. الجزء 09، مرجع سابق، ص.ص. 245. 246.

حق العدول عن الخطبة على نحو يضر بالآخر فينهي العلاقة عند ذلك، وأما إذا وصلت الخطبة لمرحلة الانعقاد، فإنه يجب أن يتوفر فيه أركان أو شروط حتى ينعقد، وتمثل هذه الأركان أو الشروط في أنّ أهمها الولاية والصدّق، ناهيك عن الرضا الذي يعتبر أجلّ ركن فيها، إلا أنه في مرحلة الانعقاد قد يتعسف أطراف العلاقة في استعمال حقوقهم سواء في الولاية أو في الصدّق، وعليه وللتفصيل أكثر؛ سنتعرض في البدء إلى التعسف في استعمال الحق في العدول عن الخطبة (المبحث الأول)، ثم نتطرق بعد ذلك إلى التعسف في استعمال الحق عند انعقاد عقد الزواج (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

تعتبر الخطبة<sup>1</sup>، بمثابة توطئة لعقد الزواج، وأقصى ما يمكن تسميتها بأنها وعد بالزواج لا يرقى لمنزلة العقد حكماً ولا آثاراً، وهذا الوعد أو التوطئة وضعها الله - سبحانه وتعالى - ليتمكن كلا الطرفين من التعرف على صاحبه، وذلك لأهمية ما سيؤول إليه فيما بعد هذا الوعد. والجدير بالذكر أنّ هذا الوعد يشترط فيه شروط حتى يكون مشروعاً وجائزاً، وذلك باعتباره مقدمة لعقد خطير وميثاق غليظ، ناهيك على أنه وسيلة لتحقيق مقاصد الزواج من توفر أسباب الوفاق ودوام الألفة وبقاء المودة، ومن الأسباب الجوهرية لجواز الخطبة؛ وجوب

وأما في الاصطلاح فيعرف التعسف بأنه "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل". راجع فتحى الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 87. ويراجع الصفحة 11 من هذه الدراسة التي ذكر فيها هذا التعريف، والصفحة 08 وما بعدها الخاصة بالإشارة إلى التعسف في استعمال الحق وفق نظر القانون.

<sup>1</sup> - تعرف الخطبة لغة بأنها مصدر، خطب المرأة بخطبها خطباً وخطبة بالكسر: أي طلبها للزواج لقوله تعالى: {وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ}. الآية 235 من سورة البقرة. وخطب المرأة إلى القوم: إذا طلب أن يتزوج منهم، واختطبها. انظر. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج. 1، مرجع سابق، ص. 361. وإبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج. 1، المكتبة العلمية، طهران-إيران-، د.س.ن، ص.ص. 242. 243.

وأما الخطبة اصطلاحاً فعرّفها الشريبي بأنها "التماس الخاطب النكاح من المخطوبة". راجع. محمد الشريبي الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج. 4، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، لسنة 1958، ص. 219. وبالرجوع إلى التشريعات العربية نجد المشرع الجزائري لم يعرف الخطبة في المادة 05 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 المتعلق بقانون الأسرة، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج. ر، ع. 15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005، الصفحة 06، وإنما اكتفى بذكر تكييفها القانوني وأما المشرع المغربي فقد عرف الخطبة في المادة 05 من مدونة الأسرة المغربية، ظهير شريف رقم 1.04.22، الصادر في 2004/02/03، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 70.03، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، عدد 5184، الصادرة في 2004/02/05، ص. 418؛ كما تم تعديله بالقانون رقم 08.09، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.10.103، بتاريخ 2010/07/16، جريدة رسمية، عدد 5859، الصادرة في 26 جويلية 2010. وعرف المشرع التونسي الخطبة أيضاً في الفصل الأول من القانون عدد 74، المؤرخ في 1993/07/12، المعدل والمتمم للأمر المؤرخ 13 أوت 1956، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية العدد 66، الصادر بتاريخ 17 أوت 1956، وذلك في الكتاب الأول الذي أسماه المراكنة. وعرف المشرع الأردني الخطبة في المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المعمول به في المحاكم الشرعية، القانون مؤتمت لسنة 2010 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 2010. وبالرجوع إلى المشرع العراقي نجد أنه لم يعرف الخطبة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل بقانون رقم 21 لسنة 1978. وبالرجوع إلى المشرع المصري نجد أنه لم ينص على الخطبة ولا على تعريفها.

أن تكون المرأة صالحة لأن يُعقد عليها وقت الخطبة أو صالحة للترؤج بها<sup>1</sup>؛ بمعنى ألا تكون محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً، وأيضاً وجوب أن لا تكون المرأة مخطوبة للغير خطبة شرعية. وعليه، وتوفر هذه الشروط تكون المرأة صالحة للترؤج بها. وبما أنّ الخطبة هي بمثابة وعد لا يرقى لمنزلة العقد، فيكون إذن لطرفيها حق العدول عنها دون ترتيب أيّ أثر من آثار الخطبة، وفي هذا الشأن اختلف الفقه في مسألة حكم العدول عن الخطبة، وما إذا كان هناك تعسف في مسألة العدول عنها. وعليه، ولكي يتم التفصيل في مسألة العدول عن الخطبة، وتبيان حكمها أو تكييفها الفقهي، وما إذا كان يعتبر العدول تعسفاً، لا بد من التطرف في البدء إلى الإطار العام للتعسف في العدول عن الخطبة (المطلب الأول)، وبعدها نعرّج على الآثار المترتبة عن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### الإطار العام للتعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

سنتناول في هذا الصدد حكم العدول عن الخطبة وبينان صور العدول التعسفي عنها (الفرع الأول)، ثم نتعرض بعد ذلك إلى موقف القانون من مسألة العدول عن الخطبة؛ أي كيف كَيّفها المشرّع الجزائري والتشريعات العربية (الفرع الثاني)، وحتى يتم ضبط فعل العدول عن الخطبة ما إن كان تعسفياً أم حقاً مشروعاً يبرّر غايته المشروعة، لا بد من تبيان معايير التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### حكم وصور التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

سيتم الإشارة في هذا الصدد إلى اختلاف الفقهاء في مسألة العدول عن الخطبة<sup>2</sup>؛ الذي انقسم فيه الفقه إلى فريق اعتبر العدول عن الخطبة لا يشكّل تعسفاً في استعمال الحق، وهناك من اعتبر أنّ العدول عن الخطبة يشكّل ضرباً من التعسف في استعمال الحق، وعليه تستدعي الدراسة التعرض إلى حكم التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة (أولاً)، وكذا تبيان صور التعسف في استعمال العدول عن الخطبة (ثانياً).

<sup>1</sup> - ويقصد بأن تكون المرأة صالحة لأن يعقد عليها وقت الخطبة؛ أي صالحة للترؤج بها، بمعنى لا يجوز خطبة المرأة المحرمة على الرجل سواء تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً؛ راجع. إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربية - دراسة مقارنة معززة بأحداث التطبيقات القضائية لحكمة النقص ومحكم الموضوع -، ج. 1، أحكام الزواج، دار نشر المعرفة، الرباط - المغرب -، لسنة 2016، ص. 78.

<sup>2</sup> - يقصد بالعدول لغة: عدل عدلاً وعدولاً؛ أي مال، ويقال عدل عن الطريق بمعنى حاد، وعدل إليه: رجع. أنظر. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان -، لسنة 1426هـ - 2005م، ص. 1332.

ويعرف العدول اصطلاحاً بأنه "العدول عن الحقيقة إلى المجاز والعدول عن الشيء". كما عرف أيضاً بأنه "رجوع أحد الطرفين أو كليهما عن الخطبة وفسخها بعد إتمامها، وحصول الرضا منهما". انظر. شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، ج. 4، دار المعرفة، بيروت، لسنة 1978، ص. 82. وجميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، ط. 1، دار الحامد، الأردن، لسنة 2009، ص. 88.

## أولاً: حكم التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

نقصد بحكم العدول أثره المترتب عنه من المسؤولية، والجدير بالذكر أنّ فقهاء المذاهب لم يتطرقوا إلى مسألة التعسف في العدول عن الخطبة، وما إذا كان هناك تعسف في العدول عن الخطبة أم لا، وربما السبب يرجع إلى أنّ الحياة الاجتماعية الإسلامية في تلك العصور لم تكن تسمح بوجود ضرر العدول عن الخطبة؛ حيث كانت تتبع قواعد اختيار الخطيبة من منظور إسلامي بحت ينبي عليه عدم الاختلاط وترك الحبل على الغارب، ولذلك فإنّ طريقة الخطبة وسلوك الخاطبين أثناء الخطبة مبني على أسس من الشريعة الغراء، والتي رسمت طريق الخطبة وسلوك الخاطبين، ولا يترتب على عدولهما متى التزم الطرفين هذا السلوك، ومن ثم لم تكن هناك حاجة لبحث مسألة التعسف في العدول عن الخطبة عند الفقهاء القدامى، وإن كنا نستشف من خلال دعوتهم إلى الوفاء بالخطبة، وكرهية العدول عنها من غير مبرر إشارة إلى أنّ هناك تعسف في العدول عن الخطبة إذا ترتب عنها ضرر يلحق بالطرف الآخر<sup>1</sup>. وبالرجوع إلى الفقهاء المعاصرين نجدهم قد اختلفوا فيما إذا كان هناك تعسفاً في حق العدول عن الخطبة أم لا؛ فهناك من اعتبر مجرد العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعدّ تعسفاً في استعمال الحق (أ)، وهناك من قال أنّ مجرد العدول عن الخطبة بغير مبرر يعتبر ضرباً من التعسف في استعمال الحق (ب).

### أ- العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعدّ تعسفاً في استعمال الحق

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين<sup>2</sup> إلى أنّ العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعدّ تعسفاً في استعمال الحق؛ وذلك لاعتبارهم أنّ العدول عن الخطبة ليس حقاً وإنما هو رخصة لكل من الخاطب والمخطوبة، والعدول عن الخطبة مقرّر لكل من الطرفين، ولا ميزة فيه لأحدهما عن الآخر، ولا يعتبر أحدهما مدينا أو دائناً للآخر بهذا العدول، فكان إذن العدول رخصة لكل منهما وليس حقاً، والتعسف في استعمال الحق لا يكون إلا عند وجود حق<sup>3</sup>. كما أنّ الشارع جعل حق العدول حقاً شخصياً تقديرياً خاضعاً لاعتبارات خاصة لكل منهما، وهي أمور نفسية يرتد إليه تقديرها لا سلطان للقضاء عليه؛ ذلك لأنّ الزوج من أخص شؤونه، فينبغي أن تترك له الحرية الكاملة في الإقدام أو الإحجام، إذ هو أدري بمصالحه الخاصة في هذا العقد الخطير، ناهيك على أنّ كلا من طرفي الخطبة يعلم مسبقاً أنّ حق العدول مقرّر له شرعاً، فكان لزاماً عليه أن يتوقع هذا العدول من جانب الطرف الآخر في كل وقت، فلا يعتبر بذلك وقوعه مفاجأة له، وليس فيه اعتداء على حق أحد، وإذا كان الأمر كذلك فينبغي أن يترتب حتى تتبين له جلية الأمر، ولا يتسرع في شراء جهاز البيت مثلاً، أو أن

<sup>1</sup> - فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط. 2، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، لسنة 1429هـ-2008م، ص. 468. جميل فخري محمد جاتم، المرجع نفسه، ص. 89.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج. 1، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، بيروت، لسنة 1952، ص. 830.

<sup>3</sup> - جميل فخري محمد جاتم، مرجع سابق، ص. 92.

تستقيل من الوظيفة للتفرغ لشؤون الأسرة قبل أن يبت الخاطب في أمر العقد؛ لأن ذلك من قبيل التهور أو التقصير في حق النفس والاندفاع في اتخاذ الأمور دون حيلة أو حذر، فيكون بذلك على المقصّر تحمّل تبعات تقصيره لما يصيبه من ضرر نتيجة اغتراره أو طيشه، ولا يتخذ من العدول منشأً لتبرير فعله وتهوره<sup>1</sup>. ومن هذا المنطلق فإنه من المقرر في الفقه الإسلامي أنّ "الجواز يناهز الضمان"؛ أي أنّ من يمارس حقاً مشروعاً له أو إباحة، لا يكون مسؤولاً عما يترتب عن ذلك من ضرر؛ وذلك لأنّ الجواز يناهز المسؤولية، وهذه الأخيرة تنشأ في حالة المجاوزة والاعتداء، ولا الخاطب يعتبر معتدياً إذا استعمل حقه في العدول<sup>2</sup>.

كما ذهب فريق ثانٍ من هذا الاتجاه القائل بأنّ العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعتبر تعسفاً في استعمال الحق، إلى أنّ حق العدول مجرداً لا تترتب عليه مسؤولية، غير أنه إذا صاحب هذا العدول أفعال ضارة كالتهجير مثلاً، نشأت المسؤولية والتعويض عن هذا الفعل الضار المقترن بالعدول لا عن مجرد العدول بحد ذاته، ويكون ذلك إذا أغراها بالاستقالة من وظيفتها مثلاً بعد أن أكد لها أنه مقدم على الزواج بها، أو حثها على شراء جهازها وجهاز البيت وزين لها ذلك بعد أن دبّ في نفسها الثقة على إبرام العقد، أو جاء بأقوال مختلفة ليبرر عدوله، وذلك بأن أصدر عليها الشائعات ليمس سمعتها فيبرر عدوله عنها، فيكون بذلك قد أضر بها ضرراً أديباً بليغاً، فمثل هذه الأعمال الضارة المصاحبة للعدول هي منشأ المسؤولية والتعويض لا مجرد العدول بحد ذاته، لأنه حق مقرر شرعاً لا اعتداء فيه ولا مسؤولية تطبيقاً لقاعدة "الجواز يناهز الضمان"<sup>3</sup>.

### ب- العدول عن الخطبة بغير مبرر ضربٌ من التعسف في استعمال الحق

وذهب فريق آخر من الفقهاء المعاصرين<sup>4</sup> إلى أنّ العدول عن الخطبة بغير مبرر يعتبر ضرباً من التعسف في استعمال الحق؛ إذ أنه من المسلّم به في الفقه الإسلامي أنّ صاحب الحق له أن يمارس حقه لمصلحته الذاتية، لكن هذا الحق مقيد بالمحافظة على حق الغير، فالحق يثبت له المصلحة الفردية والجماعية معاً؛ فأما عن المصلحة الفردية فلأنها ميزة تحوّل لصحابها الاستمتاع بثمرات حقه منفرداً، وأما بالنسبة للمصلحة الجماعية فمناطها تقييد هذا الحق حتى لا يتخذ وسيلة للإضرار بالغير فرداً كان أو جماعة. ولذلك ينبغي أن يكون قصد المكلف باستعمال الحق موافقاً لقصد الشارع في التشريع، كما أنّ النظر في مآلات الأفعال ونتائجها يعتبر من مقاصد الشرع، والخروج عن هذا القول تعسف في استعمال الحق وإساءة ما ينبغي أن تكون<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ص.469.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص.ص.469-470.

<sup>3</sup> انظر. فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع نفسه، ص.470. الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط.2، دار القلم، دمشق، لسنة 1357هـ -1938م، ص.449.

<sup>4</sup> مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.7، مطبعة جامعة دمشق، لسنة 1965، ص.64 وما يليها. وفتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع نفسه، ص.470.

<sup>5</sup> انظر. جميل فخري محمد جاتم، مرجع سابق، ص.ص.89-90. وإبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج.2، مرجع سابق، ص.8 وما يليها.

ومن هذا المنطلق فإنّ العدول إذا أدى إلى إلحاق الضرر البالغ بالطرف الآخر -ولو مجردا عما يلابسه من أفعال ضارة- يوجب المسؤولية والتعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية الناجمة عنه؛ لأنه ضربٌ من التعسف في استعمال الحق، أضف إلى أنه ليس في الفقه الإسلامي حق مطلق بحيث يتصرف فيه صاحبه كيف يشاء دون رعاية لحق الغير، أو دون استهداف للغاية النوعية المرسومة التي شرع من أجلها هذا الحق؛ لأنّ الشارع يرسم لكل حق غاية معينة على المكلف أن يتغياها إبان استعماله لحقه، فينبغي أن يكون قصد ذي الحق في الفعل موافقا لقصد الشارع في التشريع، وإلا كان استعمال الحق لغير غاية أو لقصد الإضرار من قبيل العبث أو التحكم، فضلا عن أنه مناقض لقصد الشارع في تشريع هذا الحق، وكل ذلك غير مشروع يستوجب المسؤولية عما ينجم عن هذا التعسف في استعمال الحق من ضرر يلحق بالغير، ومن ثم لا تحمي الشريعة الإسلامية هذا الحق إلا بقدر ما يحقق صاحبه من الغرض الذي شرع من أجله، وتظل حمايتها للحق مبسطة مادام صاحبه يستعمله على الوجه الذي من شأنه أن يحقق غايته دون انحراف عن الغاية الشرعية، فيكون بذلك الحق مقيد بالغرض الذي شرع من أجله وليس مطلقا<sup>1</sup>.

وتماشيا مع ما تم ذكره فإنّ العدول عن الخطبة بغير مبرر تعسف في استعمال الحق؛ وذلك على أساس أنّ الخطبة وعد يلزم طرفيه ببذل الجهد لإتمام الزواج، زد على ذلك أنّ الوفاء بالعهد مأمور به شرعا لقوله - عليه الصلاة والسلام-: "آية المنافق ثلاث: إذا حدّث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان"<sup>2</sup>. وعليه فإنّ حق العدول لا يعطي كلا من الخاطبين استعماله بدون مبرر شرعي؛ لأنّ الحق مقيد بعدم الإساءة في استعماله، وبذلك يعتبر متعسفا في استعمال الحق إذا استعمل أحد الخاطبين حق العدول بغير مبرر شرعي<sup>3</sup>.

والجدير بالذكر أنّ الشارع الحكيم إذا منح حق العدول عن الخطبة فلا يبرر هذا المنح استعماله على وجه ضار بباعث غير مشروع أو قصد سيء لإلحاق الضرر بالغير، وذلك تحت شعار أو ذريعة استعماله لحقه، والمبدأ العام يحننا على سد الذرائع<sup>4</sup>، فالحق لم يشرع أصلا ليتخذ وسيلة للإضرار بالغير، بل شرع لمصلحة جديدة مشروعة تحقق غرضا اجتماعيا قصد الشارع من المكلف تحقيقه، ويكون ذلك بتمكين كل من طرفي الخطبة من التعرف على الآخر ليكون على بينة من أمره لينشأ عقد الزواج على أساس متين، حتى إذا استعمله وهو ينوي غير هذا الغرض، أو مارس حق العدول في ظرف غير مناسب -وسنأتي على تبيان ذلك في صور

<sup>1</sup> - فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ص.470.

<sup>2</sup> - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج.5، رقم الحديث 2682، دار ابن كثير، ط.1، دمشق، بيروت، لسنة 1423هـ -2002م، ص.341.

<sup>3</sup> - جميل فخري محمد جاتم، مرجع سابق، ص.90.

<sup>4</sup> - قاعدة سد الذرائع تعد أصلا عاما في تقييد الحق من حيث الباعث والمآل؛ وذلك لأنّ الحق قد يتذرّع به صاحبه عند إلحاق الضرر بالآخرين، فيسد ذلك عليه بأن يمنع من حقه إن أدى إلى مآل ممنوع، أو قصد منع ضرر ما عملا بالقاعدة، والذرائع أنواع: المباح الذي قصد به التذرّع إلى المفسدة، والمباح الذي يفضي إلى المفسدة غالبا. انظر. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.31-32.



العدول التعسفي عن الخطبة- بحيث أفضى ذلك إلى الإضرار بالطرف الآخر ولو دون قصد منه إلى إيقاعه، بل لزم ووقع نتيجة حتمية لعدوله في مثل ذلك الظرف<sup>1</sup>.

ونافلة القول فإنّ العدول إذا كان معيبا في باعته أو نتيجة لمآله، يوجب المسؤولية ويوجب التعويض إذا ألحق بالطرف الآخر ضرراً محققاً سواء كان ماديا أو معنويا -وسنأتي لاحقا على تبيان الضرر وأنواعه باعتباره أثراً من آثار التعسف في العدول عن الخطبة-، وعليه فكل من الباعث غير المشروع أو النتيجة الضرورية اللازمة واللاحقة بالغير من جراء العدول، ليس هو الغاية التي شرع من أجله حق العدول، بل هو تعسف في استعمال حق العدول وانحراف عن الغاية الشرعية التي شرعت حق العدول<sup>2</sup>.

وبناء على ذلك فالراجح في هذه المسألة هو الفريق القائل بأنّ العدول عن الخطبة دون مسوغ يعتبر ضربا من التعسف في استعمال الحق؛ وذلك لما يترتب عن هذا العدول من أضرار قد تلحق بالطرف الآخر<sup>3</sup>. ويبدو أنّ هذا هو الرأي الراجح حسب الباحثة؛ لأن المبدأ يقول أنّ من استعمل حقا في غير ما شرع لأجله فعمله بالمناقضة باطل. وسنأتي الآن لتبيان صور التعسف في العدول عن الخطبة والأضرار المترتب عن هذا الفعل.

#### ثانيا: صور التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

تعدد صور التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة سواء من الخاطب أو من المخطوبة، وعليه سنتطرق في هذا المنوال إلى صور تعسف الخاطب في استعمال حق العدول عن الخطبة (أ)، وبعدها نتطرق إلى صور تعسف المخطوبة في استعمال حق العدول عن الخطبة (ب).

#### أ- صور تعسف الخاطب في استعمال حق العدول عن الخطبة

يتخذ تعسف الزوج في استعمال حق العدول عدة صور من بين أهمها: تأخير العدول عن الخطبة (01)، استعمال حق العدول بدون مسوغ معقول (02)، استعمال حق العدول من أجل الإضرار بالمخطوبة (03)، انتفاء المصلحة المشروعة من العدول عن الخطبة (04).

#### 1- تأخير العدول عن الخطبة

تتجسد هذه الصورة فيما إذا خطب الرجل فتاة وقد أغراها بالاستقالة من وظيفتها، أو حثها على شراء جهاز للبيت بعد أن أكّد لها أنه مقدم على الزواج بها وزين لها ذلك، وأطال في الخطبة لغرض غير مشروع، وبعدها قام يعتذر بأنّ تأخره عن إبرام العقد إنما كان لأسباب مالية، وعدم قدرته على تحصيل أموال الزواج من العرس وشراء أو تأجير البيت وغيرها من الأعذار الواهية، وبعد طول فترة الخطبة قام بالعدول عن الخطبة، فإنّ هذا يعتبر إبلاما بعواطف المخطوبة ومساسا بسمعتها، مما يتسبب في عزوف الخاطبين عنها، فتصرّفه يوجب

<sup>1</sup> - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.ص. 470-471.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص. 471.

<sup>3</sup> - جميل فخري محمد جاتم، مرجع سابق، ص. 93.

المسؤولية لأنه أساء استعمال حقه في العدول عن الخطبة، إذن فالضرر هنا حصل نتيجة لازمة للتأخر في العدول عن الخطبة<sup>1</sup>.

كما يمكن تجسيد تأخر في العدول عن الخطبة إذا سافر الخاطب إلى بلد أجنبي لطلب العلم، أو بإيهامها بتأخير العدول عن الخطبة لكي يحصل المال في ذلك البلد، ومكث عدة سنوات التقى خلالها بأخرى أجنبية من ذلك البلد وتزوج بها، وعدل عن خطبته الأولى، ولم يكن قد صدر منه أفعال ضارة من التغيرير أو قصد الإضرار بها، ولكن بتصرفه على هذا الوجه يحمل أنه قد فوّت عليها الفرصة لتقدم الخطاب إليها، إذ قد تكون تقدمت في السن، أو أثيرت حولها الشكوك من جراء هذا العدول بعد فترة غير قصيرة، حتى إذا وقع هذا اتجهت إليه المسؤولية عما لحق بها من ضرر. فالضرر هنا كان نتيجة حتمية لازمة للتأخر في العدول عن الخطبة ولو لم يكن يقصد إيذاءها، حتى إذا أسر في نفسه هذا الإيذاء ونهضت بذلك القرائن، كانت المسؤولية أوجب وألزم لتحقيق تعسف في استعمال حقه من حيث الباعث<sup>2</sup>.

## 2- استعمال حق العدول بدون مسوغ معقول

وتتجسد هذه الصورة إذا استعمل الخاطب حقه في العدول عن الخطبة من أجل الزواج ممن يفضل، فيعدل عن الخطبة الأولى ليخطب فتاة أخرى من أجل مالها وجاهها، فيكون بذلك العدول صدر بدون سبب معتبر، وقد يترتب على هذا العدول تفويت مصلحة المخطوبة في العمل، أو مصلحتها في السر، أو تفويت مصلحتها في زواج من شخص آخر يكون قد تقدّم لها<sup>3</sup>.

## 3- استعمال حق العدول من أجل الإضرار بالمخطوبة

كأن يغرر الخاطب المخطوبة ويوهما باقتراب العرس، لتقوم بشراء جهازها من ملابس وذهب ومتاع للمنزل الذي أوهمها بشرائه أو تأجيله لتسكن فيه وغيرها، فغرقت في الديون لقصر الفترة التي منحها لها، ناهيك عن تجهيز مراسم الزفاف، وقصد العادل من عدوله فقط الإضرار بالطرف الآخر وتغيريره. ويثبت قصد العادل في الإضرار بالمخطوبة من خلال قرائن الحال والملابس المشابهة له، والتي تدل على نيته في العدول مسبقا وفي قصده الإضرار بالمخطوبة<sup>4</sup>.

## 4- انتفاء المصلحة المشروعة من العدول عن الخطبة

يكون ذلك في أن يقوم الخاطب باستعمال حقه في العدول عن الخطبة في غير مصلحة التي شرع من أجلها، كانتقامه من المخطوبة، أو التشهير والابتزاز بها، ويكون ذلك بتشهيرها بأنها غير صالحة للتزوج بها، أو

<sup>1</sup> - فتحي الدين، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.ص. 469-470.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص. 471.

<sup>3</sup> - محمد عادل حسين الصفدي، التعسف في العدول عن الخطبة - دراسة فقهية مقارنة -، مذكّرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، لسنة 2017، ص. 45.

<sup>4</sup> - محمد عادل حسين الصفدي، المرجع نفسه، ص.ص. 45-46.

أفما غير متخلقة، أو صاحبها وأخذها لأماكن منفردة يمكن أن يتخيل معها وجود خلوة قد تحد، وربما قد يصل به الأمر لتصويرها وتشهيرها أمام الناس بأفما غير عذراء حتى لا يتقدم إليها أحد لخطبتها، وغيرها من الأسباب غير المشروعة<sup>1</sup>.

### أ- صور تعسف المخطوبة في استعمال حق العدول عن الخطبة

الجدير بالذكر في هذا المنوال أن تعسف المخطوبة في استعمال حق العدول قلّ ما يحدث، ومع ذلك يمكن أن نجسد هذه الصورة في حالة ما إذا ادعت المرأة وأهلها بقبول الخطبة وغيرها بقصد أن تأخذ ماله وتذهب ما عنده بحجة أفما ستصير زوجة له، وقد يسجل باسمها -إن كان ثرياً- عقارات أو أملاك، كما قد توهمه أنه من عاداتهم إنفاق الأموال الباهظة في الأعراس، والتماس تقاليد تستوجب كثرة المال من ضرورة وجود قاعة الأعراس، وكذا أن يكون موكب العروس بسيارات فخمة وبالأحصنة والبارود، وأيضاً شهر العسل الذي سيحجز في دولة أخرى مسبقاً قبل العرس، وتشتترط عليه أيضاً المنزل المفروش بكل متاع البيت، فتعدل بعدها عن الخطبة بحجة أنه غير مناسب لها، أو أفما وجدت آخر ثرياً بديل عنه ينفق أكثر مما أنفق، فتضيع عليه أموال باهظة أنفقها في تجهيز المنزل، وحتى في التكفل بجميع نفقات العرس الذي حبس نفسه وقر على أهله من أجل إتمام مراسيمه حسب شروط أهل الزوجة، ناهيك عن الضرر المعنوي بأن تكون قد شهرت به أنه سيء العشرة وذو سمعة غير طيبة، فتتأثر سمعته لذلك ويتعرض للأذى والسوء، فيصبح عرضة لكلام الناس فيبتعدون عن تزويج بناتهم منه<sup>2</sup>.

وعليه وبعد تم التطرق لمسألة حكم التعسف في العدول عن الخطبة، كما تم تبين صور التعسف في العدول عن الخطبة، نأتي الآن إلى إبراز موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تكييفهم للعدول عن الخطبة ما إن كان تعسفياً أم غير تعسفياً.

## الفرع الثاني

### موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في العدول عن الخطبة

بعدها تمت الإشارة سابقاً إلى حكم العدول عن الخطبة<sup>3</sup>، وبيننا متى يكون العدول عن الخطبة تعسفياً، وقد استخلص الفقهاء أن مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب أي مسؤولية من جانب العادل أو العادلة؛ لأنها حق شرعي إلا إذا اقترن العدول بأفعال أخرى كانت هي العامل الرئيس في تمحض قصد الإضرار، فهنا توجب المسؤولية ويوجب التعويض كما أسلفنا<sup>4</sup>، وهذا ما سنحاول تبينه من خلال موقف المشرع الجزائري من التعسف في استعمال حق العدول، وكيف كيّف المشرع الجزائري والتشريعات العربية حق العدول عن الخطبة،

1- المرجع نفسه، ص.46.

2- جميل فخري محمد جاتم، مرجع سابق، ص.93.

3- انظر. الصفحة 21، 22، 23، 24 من هذه الدراسة.

4- راجع الصفحة 5، 6 من هذه الدراسة.

وعليه سنتطرق في البدء إلى موقف المشرع الجزائري من التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة (أولاً)، ثم نتعرض بعد ذلك إلى موقف التشريعات العربية من التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة (ثانياً).

### أولاً: موقف المشرع الجزائري من التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

بالرجوع إلى قانون 84-11 المتعلق بقانون الأسرة، المؤرخ في 9 جوان 1984<sup>1</sup>، نجد المشرع الجزائري أجاز وفقاً لنص المادة 5 من ذات القانون حق العدول عن الخطبة؛ حيث نصت المادة على أنّ "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها". يتضح من النص أنّ المشرع الجزائري اعتبر الخطبة وعد بالزواج وإن تمت بإيجاب وقبول من طرفي العلاقة. ويلاحظ على نص المادة استعمال المشرع الجزائري لفظ لكل؛ أي لكل من الخاطب والمخطوبة الحق في العدول عن الخطبة في أي وقت، باعتبار أنّ المشرع الجزائري وإن كان قد ترتب عن أي ضرر مادي أو معنوي يصيب أحد طرفي الخطبة التعويض، إلا أنه لم يجعل حق العدول مقروناً بأي شرط أو قيد، إنما سمح باستعماله في أي وقت ولكل من الخاطبين، ويتضح من ذلك أنّ العدول عن الخطبة - وفق نص المادة - مطلق عن القيود، فيجوز بذلك لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة طبقاً لعمومية النص السالف الذكر<sup>2</sup>.

وبالعودة إلى قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 نجد المشرع قد عدّل من نص المادة الخامسة السالفة الذكر؛ حيث نص على أنه "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة". ويلاحظ من الفقرة الثانية من نص المادة أنّها جاءت لتضييق عمومية اللفظ الوارد في النص السابق؛ حيث استبدل المشرع عبارة "يجوز" بدلا من عبارة "لكل"، وذلك للدلالة على أنّ العدول عن الخطبة ليس حقا مطلقا يستعمله صاحبه كيفما يشاء دون مساءلة وتضمنين، إنما هو حق مقيّد بالغاية التي وضع لأجلها، وكأنها رخصة سمح المشرع باستعمالها وفق ظروف معينة دون إساءة في استعمالها لحد يلحق ضرراً بالطرف الآخر، ولذلك أباح لأحد الخاطبين الرجوع عن الوعد بالزواج إذا كان هناك ما يبرّر عدم المضي في إتمام عقد الزواج مادام المشرع أجاز العدول، ولم يقيّد هذا الأخير بأيّ شرط إلا شرط عدم التعسف في استعمال حق العدول الذي ينتج عنه ضرر مادي أو معنوي، وهو ما تناولته الفقرة 2 من نفس المادة: "إذا ترتّب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"، وما يبرر أنّ المشرع اعتبر كل فعل يسبب ضرراً للغير من قبيل التعسف في استعمال الحق نص المادة 124 و 124 مكرر من القانون 05-10 المتعلق بالقانون المدني؛ حيث نصت المادة 124 على أنّ "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يُلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". وأضافت المادة 124 مكرر على أنه "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات:

<sup>1</sup> - قانون 84-11 المتعلق بقانون الأسرة، المؤرخ في 9 جوان 1984 ج. ر، ع. 24، الصادر بتاريخ 12/06/1984، ص. 19. المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> - نشوان زكي سليمان الحليم، محمد خليل عبد الكريم العباسي، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد الهدايا والمهر -دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-، مجلة كلية القانون والسياسة القانونية، د. ع، كلية الحقوق، جامعة الموصل، د. س. ن، ص. 101-102.

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير؛
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير؛
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر في هذا المقام أنّ المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة أعطى الخاطب أو المخطوبة حق العدول عن الخطبة، باعتبار أنه كيف العدول عن الخطبة بأنها وعد غير ملزم<sup>2</sup>، ومن جهة أخرى يطالبه عما يترتب عن العدول من آثار، وأساس العدول مبني على أنه مادام لم يوجد هناك عقد فلا التزام فيه ولا يترتب عليه شيء؛ لأنّ العادل عن الخطبة لم يستعمل سوى حقه المقرر قانوناً، إلا أنّ ما يؤخذ على المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة الخامسة أنه أجاز الحكم بالتعويض ولم يوجبه، رغم أنه من المعلوم أنّ المتسبب في الضرر يلزم بالتعويض، وليس مجرد العدول عن الخطبة هي موجبة للتعويض حسب نص المادة 124 السالفة الذكر، التي جاء فيها أنّ المتسبب في الضرر يلزم بتعويض الضرر.

وما يلاحظ على المشرع من خلال هذه المادة من القانون المدني أنه أوجب التعويض على المتسبب فيه، وأما في قانون الأسرة من خلال المادة 5 ف 2 السالفة الذكر جعل التعويض جوازي وعلى العادل أداءه حتى وإن استعمل حقه الشرعي، ومن شأن هذا الاختلاف أن يؤدي إلى تضارب في الأحكام بين القانون المدني وقانون الأسرة من حيث المصطلح الواحد وهو الجواز والوجوب، وأيضاً الذي يستعمل حقه الشرعي والمتسبب في الضرر، وكان الأجدر أن يستعمل المشرع مصطلح الإلزام أو الوجوب لسببين؛ يتمثل السبب الأول في توحيد المصطلح مع القواعد العامة ومن ثم توحيد الحكم، ويتمثل السبب الثاني في تحديد موقفه عن أيّ فريق أخذ في مسألة التكييف القانوني للخطبة، عن الفريق القائل بأنّ الخطبة غير ملزمة وأنّ العدول عنها ليس من

<sup>1</sup> - ما يلاحظ على هذين النصين (المادة 124، 124 مكرر من القانون المدني) أن المشرع الجزائري اعتبر أن الأصل في الفعل الحظر والاستثناء هو الإباحة، إذا كان عليه أن يتعرض بدءاً أن الفعل يكون مشروعاً في حد ذاته غير أنه إذا اقترن بأفعال أخرى سببت ضرر للغير يلزم صاحب هذا الفعل التعويض، فوفقاً لهذا يكون النص بهذه الطريقة يفسر نص المادة الخامسة من قانون الأسرة التي ألزمت العادل بالعدول في حال وقوع الضرر حتى ولو لم يكن له علاقة بهذا الضرر. ناهيك على ذلك أن المادتين 124، 124 مكرر من القانون المدني قد تم إدراجهما في باب المسؤولية التقصيرية، في حين قد تم توضيح هذه المسألة سابقاً على أن هاته المسؤولية قاصرة على استيعاب جميع حالات التعسف ومن بينها حالة العدول عن الخطبة. انظر الصفحة 08-09 من هذه الدراسة.

<sup>2</sup> - الملاحظ على المشرع أنه استعمل في نص المادة 5 من قانون الأسرة مصطلح الوعد، وهذا الأخير له دلالة من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة؛ وذلك من خلال نص المادة 72 من ق.م.ج حيث نصت على أنه "إذا وعد الشخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوفرة قام الحكم مقام العقد". ومن خلال هذا النص نجد المشرع في قانون الأسرة خالف هذه القاعدة من القانون المدني، فمن جهة اعتبر الخطبة وعداً بالزواج ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة، وتطبيق النصوص بهذه الصفة يؤدي إلى تضارب في الأحكام بين القانون المدني وقانون الأسرة في المصطلح القانوني الواحد. ولأنّ تجديد وتوحيد المصطلح القانوني مسألة مهمة من الناحية القضائية والتطبيقية، لذا لا بد من العدول عن هذه الصياغة في قانون الأسرة، وإيجاد صياغة أخرى بديلة عن مصطلح الوعد لتحقيق الغرض المقصود. انظر. فاروق خلف، أحكام الخطبة وآثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، ع.2، جامعة الوادي جوان 2016، ص.88.

قبيل التعسف في استعمال الحق، أو عن الفريق القائل بأنّ العدول عن الخطبة بدون مبرر شرعي يعتبر ضرباً من التعسف في استعمال الحق - ونحن مع الفريق الثاني -.

وذلك لأنّ الملاحظ في القانون المدني من خلال النصوص السالفة الذكر يتحدد موقف المشرع أنه أخذ بالفريق الثاني، القائل بأنّ العدول عن الخطبة بدون مبرر يعتبر ضرباً من التعسف في استعمال الحق، وأما قانون الأسرة فقد بيّن لنا من خلال اعتباره وعداً غير ملزم واعتبار التعويض مسألة جوازية، يتضح من خلالها موقفه بأخذه بالفريق الأول، القائل بأنّ الخطبة وعد غير ملزم والعدول عنها بغير مبرر لا يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق، وإذا رجعنا إلى القاعدة التي تقول أنّ الخاص يقيّد العام، فإنّ المشرع قد أخذ بقول الفريق الأول في مسألة التكييف القانوني للخطبة أو حكم التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.

وأكثر ما يؤكد صحة هذا القول أنّ المشرع قد أغفل المتسبب في العدول؛ ويتجلى ذلك مثلما أوردنا في صور التعسف<sup>1</sup>، إذا تركت المخطوبة وظيفتها بتحريض من الخاطب للتفرغ لشؤون البيت بعد الزواج وبعدها عدل عن الخطبة، فإنه يلزم في هذه الحالة بالتعويض؛ لأنّ المسألة فيها تغير والتغير يوجب الضمان ويوجب التعويض. أما إذا تركت المخطوبة الوظيفة دون إيعاز من الخاطب بترك الوظيفة ثم فسخ الخاطب الخطبة، فيكون الضرر اللاحق بها عندئذ نتيجة اغترارها هو عدم ترثتها في الأمر، فلا تعويض على ذلك؛ لأنها هي التي جلبت لنفسها الضرر<sup>2</sup>، وتأسيساً على ذلك، يتضح أنّ المشرع جعل التعويض عن العدول حتى وإن استعمل أحد الطرفين حقه الشرعي في العدول وكان الضرر الذي أصاب الطرف الآخر نتيجة طيشه واغتراره.

وعليه، فعلى المشرع أن يعدل عن الصياغة بإعطاء شخص حق ثم يعاقب عند استعماله؛ وذلك بجعل العدول لا يعد سبباً للتعويض بناءً على حق شخصي في العدول أو حق شرعي، أما إذا لازمت العدول أفعالاً أخرى مستقلة عنه استقلالاً تاماً وألحقت ضرراً مادياً أو معنوياً بالطرف الثاني، فإنها تكون مستوجبة الضمان على من وقعت فيه، وبخصوص المسألة جوازية، وإن كان المشرع قد أبدى تضارباً في الحكم واختلافاً في الصياغة مع القواعد العامة، إلا أنه حسن ما فعل في جانب آخر وهو منح القاضي سلطة تقدير الحكم بالتعويض، ومع ذلك كان يستطيع المشرع أن يخرج من هذا الخلاف بإضافة فقرة تلزم فيها المتسبب في الضرر بالتعويض، ويجعل التعويض مسألة وجوبية فيخرج بذلك عن الاختلاف وعن هذا التضارب في الأحكام، ويحدد موقفه مثلما فعل المشرع المغربي الذي سنأتي إلى تبيان موقفه من مسألة التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة<sup>3</sup>.

وعلى المستوى القضائي فنجد غالبية الأحكام القضائية أيّدت موقف المشرع الجزائري في تكييفه للخطبة بأنها وعد غير ملزم، وأنه يحق للطرفين العدول عن الخطبة بدون إلزامهم بضرورة المبرر الشرعي، وأنّ

1- انظر. الصفحة 24، 25، 26 من هذه الدراسة

2- فاروق خلف، مرجع سابق، ص. 89.

3- خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 53.

التعويض عن الضرر يعتبر مسألة جوازية تخضع لسلطة القاضي في تقدير مسألة التعويض؛ حيث جاء في قرار المحكمة العليا أنه من المقرر فقها وقضاء أنّ الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا وإن تمت بالاتفاق بين الطرفين، وهي لا تبيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج، وعلى هذا فإنّ الخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقداً ولا زواجاً، ولا يترتب عليهما شيء من الإلزام بتمام العقد انطلاقاً من مبدأ الرضائية في العقد<sup>1</sup>. كما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 17 مارس 1992 ما يلي: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنّ الخطبة هي مجرد وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها، وأنّ لصحة عقد الزواج لا بد من توافر جميع أركانه المتمثلة في: رضا الزوجين، ولي الزوجة، شاهدين، وصدّاق"<sup>2</sup>. وأما بالنسبة لمسألة التعويض عن الضرر وتقدير القاضي له فسوف نأتي على ذكر موقف القضاء من ذلك عند الحديث عن آثار التعسف في استعمال حق العدول.

وبعدما تمت الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري الذي تحدد موقفه بالأخذ بقول الفريق الأول، الذي جاء فيه أنّ العدول عن الخطبة بدون مبرر لا يعتبر من قبيل التعسف في استعمال حق العدول، نأتي بعد ذلك إلى تبيان موقف التشريعات العربية من التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، فما هو موقف التشريعات العربية من التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة؟ وكيف كوّنت التشريعات العدول عن الخطبة؟ وبأي فريق أخذت التشريعات العربية في مسألة التعسف في العدول عن الخطبة؟

#### ثانياً: موقف التشريعات العربية من التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

بالرجوع إلى التشريع المغربي، نجد مدونة الأسرة قد كوّنت الخطبة على أنّها تواعد على الزواج؛ حيث نصّت المادة 5 منها على أنّ "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج، تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا"<sup>3</sup>. وقد أجاز المشرع المغربي في المادة 6 من المدونة أنه للطرفين الحق في العدول عن الخطبة؛ حيث نصّت المادة على أنه "يعتبر الطرفان في فترة الخطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج ولكل من الطرفين العدول عنها". وقد سار القضاء المغربي هو الآخر على نفس المبدأ الذي جاءت به مدونة الأسرة باعتبار

<sup>1</sup> - قرار صادر من المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1999/02//25. مقتبس عن مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، لسنة 2009-2010، ص.61.

<sup>2</sup> - قرار صادر من المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1992/03/17، ملف رقم 81129، لسنة 2001، ص.30.

<sup>3</sup> - الملاحظ في مدونة الأسرة أنّها لم تغير المفهوم القانوني للخطبة الذي سارت عليه قبل التعديل، بل غيرت من الصياغة التي كانت من قبل "وعد" وصارت بعد التعديل "تواعد"، وهذا تكريساً لمبدأ المساواة على مستوى الخطبة التي تتم بالاتفاق بين الخطيب وخطيبته، ويتواعدان على إنشاء رسم الزواج في المستقبل؛ حيث أنّ التواعد تتفاعل فيه إرادتان قادرتان على التمييز، متساويتان في حرية الاختيار، بخلاف الوعد الذي يصدر عن إرادة واحدة، وهكذا فإنّ الصياغة الجديدة لمدونة الأسرة يكون الرجل خاطباً ومخطوباً في نفس الوقت، والمرأة تكون خاطبة ومخطوبة في ذات الوقت أيضاً. انظر. إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص.98-99.

الخطبة وعد بالزواج؛ حيث صدر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 15 فيفري 1988 ما يلي: "حيث أنّ الخطبة وعد بالزواج وليست زواجا، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا، حيث أنّ العلاقات خارج إطار الزواج لا يترتب عنها شيء وهي محض الزنا"<sup>1</sup>.

وأما بالنسبة لمسألة حكم التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، فقد أخذ المشرع المغربي بقول الفريق الثاني القائل بأنّ العدول عن الخطبة إذا اقترن بأفعال أخرى سببت ضرراً للغير يلزم المتسبب في الضرر بالتعويض، وهذا طبقاً لنص المادة 7 من مدونة الأسرة التي جاء فيها ما يلي: "بمجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض". وعليه، فالنص أجمع بين أحقية العدول عن الخطبة وبين المطالبة بالتعويض في حالة الضرر؛ بمعنى أنّ العدول عن الخطبة أمر مباح ولا يتحمل الطرف الذي عدل عن الخطبة أي مسؤولية، فالخطبة تمهيد لعقد الزواج الذي يستوجب إعطاء كامل الحرية في مباشرته واختيار الشريك الآخر، غير أنه متى صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للطرف الآخر فإن هذا الأخير يمكنه المطالبة بالتعويض.

والملاحظ على المشرع المغربي حين تبنى وبوضوح مسألة التعويض عن العدول عن الخطبة من قبل المتسبب فيها بخطئه الشخصي، واضعاً بذلك حدّاً للاختلاف الفقهي الذي كان منقسماً في المغرب إلى فريقين؛ حيث يرى الفريق الأول أنّ القانون المدني قد رتب على المسؤولية التقصيرية تعويضاً يمكن أن يطبق بالنسبة للخطبية عن طريق القياس حفظاً للحقوق وحرصاً على جعل حد للتصرفات الطائشة، إلا أنّ القضاء المغربي قرر عدم إمكانية تطبيق الفصلين 77 و 78 من القانون 1.11.140 المتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي المؤرخ في 2011/08/17 في مجال الأحوال الشخصية، وأما الفريق الثاني يرى إمكانية التعويض ولكن بشرطين وجب تحققهما معا وإلا فلا محل للتعويض ولو تحقق الضرر، يتمثل الشرط الأول في ألا يكون للطرف الذي عدل مبرر ظاهر لإنهاء الخطبة، بل يفعل ذلك لمجرد التهور والطيش، وأما الشرط الثاني أن يكون له دور في إنجاز التصرف الضار للآخر<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى مجلة الأحوال الشخصية التونسية، نجد المشرع التونسي قد نص في الفصل الأول على أنّ الواعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به<sup>3</sup>، ويلاحظ على المشرع التونسي أنه لم ينص على العدول عن الخطبة ولم يبين التكييف القانوني للخطبة، ورغم هذا الفراغ الذي تركه المشرع التونسي إلا أنّ حرية

<sup>1</sup> - محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 15/02/1988، ملف عدد 85/6917، مجلة الإشعاع، لسنة 1991، ع. 50 يونيو 1991، ص. 118.

<sup>2</sup> - انظر. خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 52-53. ومحمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، ط. 1، المطبعة الورقية الوطنية، مراكش-المغرب، لسنة 2005، ص. 74-75.

<sup>3</sup> - جعل المشرع التونسي من خلال الفصل الأول كلاً من الواعد بالزواج والمواعدة به على قدم المساواة من حيث القيمة القانونية. راجع إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص. 98.



العدول عن الخطبة لا تخضع لأي قيد ولا شرط ولا توجب أية مساءلة، وإنما هي مقيدة ومعلقة على شرط عدم التعسف.

وبناء على ذلك، فإذا تعسف أحد الطرفين في العدول عن الخطبة وترتب عن ذلك التعسف ضرر لحق بالطرف الآخر، فهذا الأخير له حق اللجوء إلى القضاء، لا للمطالبة بإلزام الآخر بتنفيذ الوعد وإنما للمساءلة عن جبر الضرر الذي تسبب له فيه، وهو ما أكدته محكمة التعقيب التونسية في قرار صادر عنها بتاريخ 3 مارس 1959، التي قضت فيه: "أنّ الوعد بالزواج إن كان غير ملزم بإتمامه لكنه من قبيل الحق الذي ينبغي عدم إساءة استعماله، وإساءة استعماله تكمن في حق المطالبة بجبر الضرر على قاعدة الجحفة المدنية لا المطالبة بغرم ناتج عن عدم الوفاء بالالتزام"<sup>1</sup>.

وهذا الحكم تبنته أيضا المحكمة الابتدائية بصفاقس بتاريخ 17 مارس 1986، التي قضت: "حيث أنّ العلاقة التي كانت قائمة بين الطرفين بموجب خطبة المدعى عليه للمدعية ثابتة بالملف، وقد قامت المدعية للدلالة على ذلك عدة صور شمسية أخذت للطرفين يوم الاحتفال بالخطبة، كما أنّ المدعى عليه لم ينازع في قيامها، وقد اعترف بنكوله عن الخطبة عند استجوابه بواسطة العدل، وحيث أنّ الوعد بالزواج يترك الحرية المطلقة للخاطبين لإتمام الزواج، لكن النكول ولئن كان حقا لكل منهما فإنه حق لا يمكن التعسف فيه، وينجر عن التعسف بهذا الحق جنحة مدنية تخول المطالبة بغرم الضرر من جراء عدم احترام الناكّل لما التزم به"<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى المشرع المصري نجد أنه لم ينص على الخطبة ولا على تكييفها القانوني، غير أنّ محكمة النقض المصرية كيّفت الخطبة على أنّها وعد غير ملزم؛ حيث جاء في قرار المحكمة أنّ "الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد لا يقيد أحدا من المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته"<sup>3</sup>. كما جاء أيضا في حكم آخر لمحكمة النقض المصرية: "إنّ التكييف القانوني للوعد بالزواج أو الخطبة عقد باطل لا تترتب عنه أية قوة ملزمة، وذلك طبقا للرأي السائد في الفقه والقضاء في فرنسا، والذي استقرت عليه أحكام القضاء في مصر، ويترب عن ذلك إباحة العدول لكل من طرفيه في أي وقت دون أن يلزم الطرف الذي صدر عنه العدول بتبريره"<sup>4</sup>.

كما جاء في قرار آخر لمحكمة الاستئناف أنّ الوعد بالزواج لا يترتب عنه أي التزام قانوني؛ وذلك لأنّ في إلزام المتعهد به مخالفة للنظام العام الذي يقضي بترك الحرية للأزواج إلى وقت العقد، ومن ثمّ فإنّ الوفاء بهذا

<sup>1</sup> - قرار تعقيبي مدني، صادر من محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 03/03/1959، رقم. 1556، م.ق.ت، لسنة 1959، ع. 6، ص. 30.

<sup>2</sup> - المحكمة الابتدائية بصفاقس بتاريخ 17/03/1986، ع. 12374. مقتبس عن خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 55.

<sup>3</sup> - جميل فخري محمد جاتم، مرجع سابق، ص. 83.

<sup>4</sup> - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية لبنها بتاريخ 16 مارس 1956. مقتبس عن توفيق حسن فرج، الطبعة القانونية للخطبة وآثار العدول عنها، مطبعة جامعة الإسكندرية، لسنة 1963، ص. 98.

الوعد لا يترتب عنه تعويض ولو كان في شكل شرط جزائي، وللمحكمة أن تحكم ببطلان عقد الوعد بالزواج من تلقاء نفسها؛ لأنّ العقد باطل بطلانا جوهريا لمخالفة النظام العام<sup>1</sup>.

ومن هذا المنطلق وتطبيقا للأحكام والقرارات نجد المحكمة حرصت على أن تضمن الحرية الكاملة للخطيبين في إتمام الزواج من عدمه، فالعدول ما هو إلا ممارسة لحق يتفق تماما مع طبيعة الخطبة في أنها غير ملزمة، وكل من الأطراف يتمتع بحرية كاملة، فلا ارتباط إذن إلا بالزواج، والذي يمكن أن يتصف بالخطأ من عدمه؛ هو الأفعال الملازمة للعدول المستقلة عنه. وقد استخلص الدكتور السنهوري من ذلك أنّ القضاء المصري انتهى إلى ثلاثة مبادئ؛ تمثل المبدأ الأول في أنّ الخطبة ليست بعقد ملزم، وأما المبدأ الثاني تجسد في أنّ مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض، وتتحور المبدأ الأخير في أنه إذا اقترن العدول عن الخطبة بأفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطابين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>2</sup>.

ومن هذا السياق يتضح أنه لا مسؤولية عند العدول الحر في حد ذاته؛ لأنّ قضاة محكمة النقض كيفوا العدول عن الخطبة بأنه لا يعد سببا موجبا للتعويض إلا إذا اقترن العدول بأفعال أخرى مستقلة ألحقت ضرراً بأحد الطرفين، وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على اعتبار مسؤولية العادل عن الخطبة مسؤولية تقصيرية، وبناء على ذلك رفضت المحكمة دعوى التعويض من خطيبة هجرها خطيبها؛ لأنه أخفق في الحصول من والد خطيبته على حصتها في الميراث، وأوضحت أنه يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية؛ بأن يكون هذا العدول قد لازمه أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة استقلالاً تاماً ومنسوبة لأحد الطرفين، وأن ينتج عنه ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر، فلو كان فسخ الخطبة قد تم بسبب طمع الخطيب في مال والد خطيبته ورفض الأخير أن يخص ابنته بنصيبها في ماله حال حياته، وسواء وصف ذلك العدول بأنه طائش أو غير طائش، فهو سبب لاحق بالعدول ذاته وليس مستقلاً عنه، ومن ثم فلا يؤدي إلى مسؤولية الخطيب العادل<sup>3</sup>.

والواضح أنّ المحكمة حرصت بهذا الاجتهاد على أن تضمن الحرية الكاملة للخطابين في إتمام الزواج من عدمه، فلا يمكن أن يوصف العدول بأنه خاطئ أو لا؛ لأنّ في ذلك قيد على حرية الطرفين، فالعدول عن الخطبة ما هو إلا ممارسة لحق يتفق تماما مع طبيعة الخطبة في أنها غير ملزمة، والذي يمكن أن يتصف بالخطأ من عدمه هو الأفعال الملازمة للعدول والمستقلة عنه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - قرار صادر عن محكمة الاستئناف المصرية بتاريخ 29 مايو 1906، المجموعة الرسمية للمحاكم الوطنية المصرية الثامنة، ع.38. مقتبس عن توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وآثار العدول عنها، مرجع سابق، ص.99.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.1، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، مصر، لسنة 2003، ص.87.

<sup>3</sup> - حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 27 أبريل لسنة 1960، مجموعة أحكام النقض المدنية، ع.2. مقتبس عن توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وآثار العدول عنها، مرجع سابق، ص.99.

<sup>4</sup> - مصطفى راتب حسن علي، أثر العدول عن الخطبة وموقف القضاء منه، ج.4، ع.31، د.إ.م، سلطنة عمان، ص.1891.

وعليه يتضح من خلال الأحكام القضائية لمحكمة النقض المصرية موقف القضاء في تكييف مسألة حكم التعسف في العدول عن الخطبة، واعتبارها مسؤولية تقصيرية، وأنّ العدول عن الخطبة بغير مبرر إذا اقتزن بأفعال أخرى ملازمة له يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق<sup>1</sup>، ومن هنا يكون القضاء قد أخذ برأي الفريق الأول الذي سبق ذكره<sup>2</sup>.

وأما المشرع الأردني نجده كيّف الخطبة بأنّها وعد طبقاً للمادة 2 من قانون الأحوال الشخصية، كما أجاز المشرع الأردني في ذات السياق للطرفين العدول عن الخطبة وفق نص المادة 4 منه التي نصت على أنه "لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عن الخطبة"، وبذلك اعتبر المشرع الأردني الخطبة بأنه وعد غير ملزم يجوز للطرفين العدول عنها بدون أي قيد أو شرط؛ لأنه اعتبر العدول حقاً مشروعاً لكلا الخاطبين بدون النظر إلى أسبابه<sup>3</sup>. ومن هذا المنطلق أمكن القول أن المشرع الأردني أخذ برأي الفريق الأول القائل بأنّ العدول عن الخطبة بدون مبرر لا يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق.

وبالعودة إلى المشرع العراقي نجده لم ينص على مسألة العدول عن الخطبة في قانون الأحوال الشخصية<sup>4</sup>، ولا عن تكييف العدول عن الخطبة، ولا عن حكم التعسف في استعمال حق العدول، وإنما أحال ذلك إلى مبادئ الشريعة الإسلامية<sup>5</sup>.

وعليه، نستنتج من خلال ما سبق ذكره أنّ هناك من التشريعات من أخذت برأي الفريق الأول، القائل بأنّ العدول عن الخطبة بدون مبرر لا يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق، ومن بين هذه التشريعات قانون الأسرة الجزائري وقانون الأحوال الشخصية الأردني، بينما ذهبت بعض التشريعات إلى الأخذ برأي الفريق الثاني بأنّ العدول عن الخطبة بدون مبرر يعتبر ضرياً من التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، ومن بين هذه التشريعات مدونة الأسرة المغربية والتشريع التونسي من خلال محكمة التعقيب، والتشريع المصري من خلال أحكام وقرارات محكمة النقض.

1- وقد قال حسام الأهواي عن قضاء محكمة النقض: "يبدو لنا أنّ محكمة النقض وضعت عبارات واسعة تؤدي إلى أكثر مما تريد المحكمة نفسها، ونعتقد أنّ كل ما تريده المحكمة هو التأكيد على نقطتين أساسيتين؛ تمثل النقطة الأولى في ضرورة التفرقة بين العدول بدون مقتضى أو بدون مبرر، وبين العدول الخاطي، فلا يمكن المساءلة عن مجرد العدول في حد ذاته حتى ولو لم يكن مبرراً؛ لأنّ منطق استلزام مبرر العدول يجعل من الخطبة ارتباطاً ملزماً، وهذا ما لا تريده المحكمة، فيجب إثبات العدول الخاطي ولا يجوز افتراضه بأي حال. وأما النقطة الثانية، فمتى كان العدول خاطئاً فإنّ ذلك وحده لا يكفي لانعقاد المسؤولية، بل يجب أن يتوفر عنصر الضرر، ويبدو أنّ محكمة النقض تريد أن تقول لا بد من التشدد في توافر عنصر الضرر".  
وختتم حسام الأهواي بقوله: "إنّ ذلك التفسير الذي قدمه إن هو إلا نوع من الاجتهاد لمعرفة حقيقة ما تقصده محكمة النقض، ولكن ذلك لا ينسينا وضوح عبارات المحكمة في أنّ المسؤولية تقصيرية، وأنّ العدول الطائش لا يمكن أن يؤدي إلى المسؤولية؛ لأنه ضربٌ من الاغترار". حسام الأهواي، شرح مبادئ الأحوال الشخصية. مقتبس عن مصطفى راتب حسن علي، المرجع نفسه، ص. 1891.

2- انظر. الصفحة 21، 22، 23 من هذه الدراسة.

3- عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص. 75.

4- انظر. الفقرة الثانية من المادة 1 من قانون الأحوال الشخصية.

5- نشوان زكي سليمان الخليم، محمد خليل عبد الكريم العباسي، مرجع سابق ص. 101.

وبعدما تم تبين حكم التعسف وكذا الصور التي يتجسد فيها التعسف، وتبيان أيضا موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، نأتي الآن إلى إثبات الفعل التعسفي في حالة استعمال حق العدول عن الخطبة بمبرر أو بدون مبرر، وذلك عن طريق إبراز معايير التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة. وعليه، فما هي معايير التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة؟

### الفرع الثالث

#### معايير التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

تبين سابقا أنّ الخطبة هي طلب التزوج أو التماس التزوج، وهي بمثابة وعد بالزواج، إلا أنّ هذا الوعد غير ملزم؛ يجوز لكلا الطرفين نكوله، وتم تبين بعد ذلك أنّ هناك فريقاً اعتبر أنّ العدول عن الخطبة بدون سبب مشروع أو بدون مبرر شرعي ليس من قبيل التعسف في استعمال الحق، بينما ذهب البعض الآخر إلى اعتبار أنّ العدول عن الخطبة بدون مسوغ مشروع يعتبر ضرباً من التعسف في استعمال الحق، كما تم إبراز أنّ هناك من التشريعات من أخذت بقول الفريق الأول، بينما البعض الآخر أخذ بقول الفريق الثاني<sup>1</sup>، ونحن مع قول الفريق الأول، وبما أنّ الرأي الراجح هو أنّ العدول عن الخطبة بدون مبرر شرعي يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق وهو القول الذي جاء به الفريق الثاني، نأتي الآن إلى تبين صحة هذا القول بإثبات الفعل التعسفي عن واقعة العدول عن الخطبة، ويتمثل ذلك بالإثبات بالتعرض إلى المعايير الذاتية للتعسف (أولاً) والمعايير الموضوعية للتعسف (ثانياً).

#### أولاً: المعايير الذاتية للتعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

تتجسد المعايير الذاتية<sup>2</sup>، للتعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة في معيار قصد الإضرار، ومعيار المصلحة غير المشروعة. وعليه، سنتناول في البدء معيار قصد الإضرار لإثبات الفعل التعسفي في واقعة العدول عن الخطبة (أ)، وبعدها نتعرض إلى معيار المصلحة غير المشروعة (ب).

#### أ- معيار قصد الإضرار

يمكن إعمال معيار قصد الإضرار<sup>3</sup>، في استعمال أحد الخاطبين حقه في العدول عن الخطبة للإضرار، ويترتب عن ذلك ضرر واقع بالطرف الآخر فعلاً، فإنّ هذا يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق، ويجب

<sup>1</sup>- انظر. الصفحة 21، 22، 23، 24 من هذه الدراسة.

<sup>2</sup>- المعيار الذاتي ويسمى أيضا بالمعيار المعنوي أو الشخصي، ويقصد به "النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة الحق في التصرف بحقه". انظر. محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص. 234. وفتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط. 1، مطبعة جامعة دمشق، دمشق لسنة 1967، ص. 468.

<sup>3</sup>- يقصد بمعيار قصد الإضرار "توجيه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخر؛ حيث لا تتوفر نية أخرى سوى الإضرار، أو يكون الإضرار غاية راجحة قياساً بنية نفع النفس النافهة، والتي لا تصلح لأن تقارن بالأولى، مما يدل على أنّ القصد مؤثر في مشروعية التصرف أو عدم مشروعيته؛ إذ المعتبر في العقود مقاصدها التي تؤول إليها". انظر. عبير ربحي شاكرا القادومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الطبعة الأولى، عمان - الأردن - لسنة 2007، ص. 37.

منعه أو إزالته لما فيه من مناقضة لقصد الشارع من تشريع حق العدول، ويتجسد هذا المعيار إذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة بقصد تشويه سمعة الطرف الآخر أو بقصد الانتقام أو التشهير، كما يظهر بقريته تكليف الطرف الآخر بأمور كأن يطلب الخاطب من المخطوبة ترك العمل، أو تطلب المخطوبة من الخاطب نقل وظيفته إلى محل إقامتها، ولديه أو لديها الرغبة الكامنة في إنهاء الخطبة والعدول عنها. كما يظهر قصد العادل أو العادلة من الإضرار بالطرف الآخر بقريته تكليف الطرف الآخر بالالتزامات أو إدخاله في ارتباطات مع رغبته الكامنة في إنهاء الخطبة، أو البحث عن شريك آخر يفضله بمال أو جاه أو غيرها. وعليه، فاستعمال حق الاستمرار في الخطبة أو العدول عنها يحكمه ضابط عدم الإضرار، وهذا طبقاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار<sup>1</sup>.

كما ويتمثل قصد الإضرار بالطرف الآخر في تفويت مصلحة من إكمال الدراسة أو العمل أو السفر، ويتجلى ذلك في اشتراط الطرف الذي يريد أن يريد أن يعدل عن الخطبة من الآخر إنهاء العمل للتفرغ لشؤون البيت مثلاً إن كان الخاطب هو العادل، أو توقيف الدراسة، أو مثلاً اشترطت المخطوبة أن لا يسافر خاطبها وغيرها، مع نية الطرف الذي يعدل في إنهاء الخطبة والعدول عنها، وهذا بغرض الانتقام والإضرار بالطرف الآخر<sup>2</sup>، والضرر ممنوع في الإسلام بدليل قوله عليه الصلاة والسلام "لا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup>.

ويمكن تطبيق معيار قصد الإضرار أيضاً إذا اشترطت المخطوبة من خاطبها تجهيز البيت وشراء المنزل مع عسره وعدم قدرته، الأمر الذي يدفعه للاستدانة، أو أن تغالي في المهر كما سنأتي إلى تبيان ذلك في المطلب الأخير من هذا الفصل، وبعدها تصدر منها أفعال تضطره ليعدل عن الخطبة لتحتفظ حينئذ بنصف المهر المغالى فيه، وكذا الهدايا ذات القيمة من الذهب والملابس وغيرها لتحتفظ حينئذ بها، وسنأتي إلى عرض ذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث. وربما قد تطلب منه تجهيزات مغالى فيها للزفاف ومكلفة جداً كقاعة الأعراس ومستلزمات العرس (مثلاً في العادات الجزائرية من كراء الخيالة والبارود والدفوف وغيرها...)، مع نية الخاطبة في إنهاء أو العدول عن الخطبة، وهذا ضرر عظيم يلحق بالخاطب الذي اضطر ربما الاستدانة والتقدير للاستجابة لجميع مطالبها، والضرر في الإسلام منهي عنه فيزال أو يعالج طبقاً لقاعدة "الضرر يزال"<sup>4</sup>.

فيكون بذلك عمل المخطوبة باطل ومناقض لروح التشريع وقصد الشارع الحكيم من تشريع حق العدول، وفي هذا يقول الإمام الشاطبي: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة في غير ما شرعت له فقد ناقض

1- الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص.165.

2- انظر محمد عادل حسين الصفدي، مرجع سابق، ص.78. وجميل فخري محمد حاتم، مرجع سابق، ص.94. وعبير ربحي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص.85.

3- سبق تحريجه. ص.01 من الدراسة. وحديث "لا ضرر ولا ضرار" هو قاعدة من القواعد الشرعية العظيمة، حيث يقول بعض أهل العلم "أن هذه القاعدة هي نصف أدلة الفقه، والضرر المقصود هنا يشمل جميع الضرر الذي يصيب الإنسان، بمعنى الشدة والمشقة والعناء والجهد، ولهذا القاعدة عدة تطبيقات شرعية. يراجع. محمد بازمول، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، ط.1، دار المحسن - المحمدية - الجزائر، د.س.ن، ص.ص.86-87.

4- الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، المرجع نفسه، ص.179.

الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل"<sup>1</sup>. وعليه، فتصرف الخاطب أو المخطوبة في استعمال حق العدول تقاعد عن تحصيل مقصوده، وبذلك يكون تصرف العادل أو العادلة باطل، وما يؤول إليه بالضرورة فهو باطل<sup>2</sup>.

وفي هذا السياق قال فتحي الدين: "إنّ الشارع الحكيم أباح استعمال الحق لمن يقصد الإصلاح دون الإضرار، فالفعل المشروع لا تحل مباشرته إذا قصد به قصد فاسد"<sup>3</sup>. وعليه، فإذا قام أحد الخاطبين باستعمال حقه في العدول عن الخطبة الذي شرعه الله لهما، ولكن أحد الخاطبين استعمله بقصد الإضرار بالطرف الآخر لا لمصلحة مشروعة وليس لسبب شرعي، كان استعمال هذا الحق تعسفا ومحرمًا ومناقضا لقصد الشارع، ولذلك يبطل تصرفه. ومن هنا أمكن القول أنّ استعمال حق العدول عن الخطبة حتى يكون مشروعًا يجب أن يضبط بعدم قصد الإضرار من كلا الخاطبين<sup>4</sup>.

وبالرجوع إلى مبدأ هذا المعيار في التشريع الجزائري والتشريعات العربية، نجد المشرع الجزائري قد نص في المادة 124 مكرر ف.1 من القانون المدني المعدل بموجب الأمر 05-10 على معيار قصد الإضرار؛ حيث جاء فيها: "يشكّل الاستعمال التعسفي للحق خطأً لاسيما في الحالات الآتية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير"، وبهذا نجد المشرع قد اعتبر -طبقاً لنص المادة 124 مكرر- تصرف الطرف الذي يعدل عن الخطبة سواء كان الخاطب أو المخطوبة بقصد إضرار الطرف الآخر استعمالاً تعسفياً لحق العدول عن الخطبة.

وذهب المشرع المغربي إلى النص على معيار قصد الإضرار في نصوص متفرقة من خلال مقتضيات الفصل 91، 92، 94، من خلال قانون 1.11.140 المتعلق بقانون الالتزامات والعقود المؤرخ في 2011/08/17. كما حذا المشرع التونسي حذو المشرع المغربي بعدم النص على معيار قصد الإضرار باعتباره أحد المعايير الهامة لنظرية التعسف في استعمال الحق في نص خاص، وإنما يستشف من النصوص المتفرقة وذلك من خلال مقتضيات المادة 97، 111، 112، 114 من القانون عدد 87، المؤرخ في 2005/08/15، المتضمن مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

وبالرجوع إلى المشرع المصري نجد أنه قد نصّ على معيار قصد الإضرار بنص خاص من خلال مقتضيات المادة 5 من القانون المدني في الفصل التمهيدي من قانون 1948؛ حيث نصّ على أن "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية: إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير...".

<sup>1</sup> - إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج.2، مرجع سابق، ص.252.

<sup>2</sup> - عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج.2، مرجع سابق، ص.121.

<sup>3</sup> - فتحي الدين، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.102.

<sup>4</sup> - محمد عادل حسين الصفدي، مرجع سابق، ص.48.

وأما المشرع الأردني فقد نصّ على معيار قصد الإضرار من خلال المادة 66 في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني لعام 1976، تحت عنوان إساءة استعمال الحق: "... يكون استعمال الحق غير مشروع إذا توفر قصد التعدي ...".

وقد نصّ المشرع العراقي على معيار قصد الإضرار في المادة 7 من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951؛ حيث نصت المادة على: "حالات التعسف في استعمال الحق: إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير ...".

### ب- معيار المصلحة غير المشروعة

ويتجسد معيار المصلحة غير المشروعة<sup>1</sup>، إذا قصد الشخص من استعمال حقه تحقيق غرض غير مشروع لا يتفق مع المصلحة المقصودة من الحق، وإنما يستتر وراء استعماله لحق مشروع، وقد أخذ هذا المعيار من مبدأ سد الذرائع وما يتفرع عنها من بطلان الخيل المحرمة التي يقصد بها إباحة الحرام، أو تحريم الحلال، أو إسقاط الواجب<sup>2</sup>. من هذا المقام قال الدريني أنّ الحق وسيلة شرعت لغاية معينة، فلا يجوز استعمالها في غير غايتها؛ أي لتحقيق مصلحة غير مشروعة، لأنّ ذلك يناقض قصد الشارع من تشريع هذا الحق، ومناقضة قصد الشارع باطلة، وما يؤدي إلى مناقضة قصد الشارع باطل<sup>3</sup>.

ضف إلى ذلك أنّ الحكمة من مشروعية العدول عن الخطبة أن يتم الزواج بين الخاطبين عن رضا وطمأنينة، فإذا شعر أحد الخاطبين أنّ الطرف الآخر لا يصلح أن يكون زوجاً جاز له أن يعدل عن الخطبة، أما إذا كان العدول بغير هذه الغاية، كأن يعدل أحدهما من أجل الزواج ممن يفضل الطرف الآخر لمال أو جاه أو غيرها، كان مناقضاً لقصد الشارع من مشروعية العدول عن الخطبة، وهذه الصورة كثيراً ما نتصورها من جهة المخطوبة، وأما بالنسبة لإسقاط معيار المصلحة غير مشروع في تصرف الخاطب ويكون ذلك إذا خطب فتاة من أجل ما سترته من مال أبويها، ثم يكتشف أنّ حصتها من الميراث قليلة أو معدومة فيعدل عن الخطبة حيال ذلك، فهنا الغاية من الخطبة غير مشروعة، ولذلك يعتبر العدول عن الخطبة أو الفعل الذي صدر من الطرف الذي يريد أن يعدل تعسفاً في استعمال الحق<sup>4</sup>.

بالرجوع إلى مبدأ معيار المصلحة غير المشروعة في التشريعات العربية، نجد المشرع الجزائري نص على معيار المصلحة غير المشروعة في الفقرة الأخيرة من نص المادة 124 مكرر من القانون 05-10 المتعلق

<sup>1</sup> يقصد بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ويقصد بها أنّ صاحب الحق -إبان استعماله لحقه- يفترض به أن يكون قصده موافقاً لقصد الشارع من تشريع الحق؛ وذلك بالسعي إلى تحقيق المصلحة الشرعية التي أراد الشارع إيجادها بهذا الحق، فالأصل أنّ كل حق يسعى إلى تحقيق غاية شرعية معينة، حتى إذا كانت الغاية مصلحة غير مشروعة ارتفعت صفة المشروعية عن الحق، وبات صاحبه مسؤولاً. انظر. أبو حامد الغزالي، المستصفي في علم الأصول، ج.1، مطبعة الباي، القاهرة، لسنة 1939، ص.286. وعبير ربحي شاكراً القدومي، مرجع سابق، ص.40.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.4، ط.1، دار الفكر، دمشق، لسنة 1984، ص.2866.

<sup>3</sup> فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.256.

<sup>4</sup> جميل فخري محمد جاتم، مرجع سابق، ص.94-95.

بالقانون المدني، حيث جاء فيها: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية: ... إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة". وعليه، فإنّ المشرع الجزائري اعتبر الطرف الذي صدر منه العدول متعسفا إذا رغب في الحصول على مصلحة غير مشروعة من العدول عن الخطبة.

أما المشرع المغربي فقد نص على معيار المصلحة غير المشروعة في نصوص متفرقة من خلال مقتضيات الفصل 91، 92، 94 من القانون 1.11.140 المتعلق بقانون الالتزامات والعقود. كما سار المشرع التونسي نفس مسار المشرع المغربي بعدم النص على معيار المصلحة غير المشروعة باعتباره أحد المعايير الهامة لنظرية التعسف في استعمال الحق في نص خاص، وإنما يستشف من النصوص المتفرقة، وذلك من خلال مقتضيات المادة 97، 111، 112، 114 من الأمر القانوني 89-126 المتضمن قانون الالتزامات والعقود.

وبالعودة إلى المشرع المصري نجد أنه قد نص على معيار المصلحة غير المشروعة من خلال نص المادة 5 الفقرة الأخيرة من القانون المدني في الفصل التمهيدي من قانون 1948؛ حيث نص على أنه "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية: ... إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة".

فأما المشرع الأردني فقد نص على معيار المصلحة غير المشروعة من خلال المادة 66 الفقرة ب في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني، تحت عنوان "إساءة استعمال الحق": "... يكون استعمال الحق غير مشروع: ... إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة...".

وقد نص المشرع العراقي على معيار المصلحة غير المشروعة في المادة 7 من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951؛ حيث جاء فيها: "حالات التعسف في استعمال الحق: ... إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة".

#### ثانيا: المعايير الموضوعية للتعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

تتجسد المعايير الموضوعية<sup>1</sup>، للتعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة في: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة (أ)، ومعيار الضرر الفاحش (ب)، وهذه من المعايير التي تثبت الفعل التعسفي عن واقعة العدول عن الخطبة.

#### أ- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

ويمكن إعمال معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة<sup>1</sup> إذا استعمل الشخص حقه بقصد تحقيق المصلحة المشروعة منه ولكن ترتب عن فعله ضرر يصيب غيره أعظم من المصلحة المقصودة منه أو يساويها،

<sup>1</sup> - يسمى المعيار الموضوعي وأيضا المعيار المادي، ويقصد به "مدى التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة، فهذا المعيار يتخذ من ثمرة العمل أساسا للحكم على الفعل بالمشروعية أو عدمها". انظر. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة، مرجع سابق، ص. 468. ونظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص. 70.



منع من ذلك سدا للذرائع، سواء كان الضرر الواقع عاما يصيب الجماعة أو خاصا بشخص معين، وفي هذا قال العز بن عبد السلام: "إذا استتوت المصالح والمفاسد فإنه يتخير بينهما، وقد يتوقف فيهما، وقد يقع الاختلاف في تفاوت المفسدة... وإذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالا لأمر الله تعالى ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾<sup>2</sup>. وإن تعدد الدرء والتحصيل فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة"<sup>3</sup>.

ويتجسد معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة إذا قام أحد الخاطبين بالعدول عن الخطبة لأسباب يعتقد بأنها دوافع ومبررات لهذا العدول، ولكنها في الأصل لتحقيق مصالح خاصة به، وهذه المصالح قد يترتب عنها مفاسد وأضرار تلحق بسمعة وشرف وكرامة الطرف الآخر أشد ضررا، وأعظم خطرا من المصلحة المراد تحقيقها بهذا العدول عن الخطبة، ودفع الضرر أولى من جلب المصلحة عملا بقاعدة "درء المفاسد أولى من جلب المنافع"، وأيضا قاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، وقاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"<sup>4</sup>.

وعليه، فإن الطرف الذي يعدل عن الخطبة يعتبر متعسفا في استعمال حق العدول عن الخطبة إذا ترتب عن العدول أضرار ومفاسد أكثر ضررا، وأشد خطرا من المصالح المراد تحقيقها بهذا العدول؛ كأن يعدل الخاطب عن الخطبة من أجل السفر للعمل، أو تعدل المخطوبة من أجل الحصول على وظيفة ما، فيؤثر ذلك على سمعة الطرف الآخر وربما في شرفه من كثرة الأقاويل التي ستدور عليه، فيبتعد الناس عن خطبتها أو تزويج بناتهم له"<sup>5</sup>.

وكذلك يمكن إعمال معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة كأن يستعمل الخاطب حقه في العدول بسبب عدم قدرته على دفع المهر، أو لإكمال دراسته، أو يسافر لعدم قدرته على التحصيل، فيسافر للخارج من أجل ذلك وغيرها من الأسباب المشروعة، ففي نظر الخاطب أن هذا فيه مصلحة له، ولكن في نظر المخطوبة فيه ضرر كبير يفوق مصلحة الخاطب أو يساويها، كتفويت حقه في الزواج من خاطب آخر تقدم لها، أو تفويت مصلحتها في إكمال دراستها أو عملها. وتأسيسا على ما سبق ذكره، فإن استعمال حق العدول عن الخطبة ابتغاء تحقيق مصلحة مشروعة من استعمال ذلك الحق ولكن ترتب عنه ضرر أكبر للطرف

1- يقصد باختلال التوازن بين المصالح المتعارضة "مراعاة التوازن والتناسب بين المصالح المختلفة؛ بحيث لا يطغى جانب على آخر، ذلك أن المصالح قد تشوبها مفاسد تلحق بالآخرين، والفرد في تصرفه ليس مطلقا عن القيود، بل تبقى مصلحة الجماعة التي يجبا من خلالها ملاحظة في تصرفه في حقه". انظر. عيبر ربحي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص.42.

2- الآية 16 من سورة التغابن.

3- عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج.1، مرجع سابق، ص.84.

4- الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص.197 وما يليها.

5- جميل فخري محمد جام، مرجع سابق، ص.95.

الآخر، فيصبح حينئذ استعمال حق العدول غير مشروع لأنه طرأ عليه عارض، فتكون بذلك المصلحة مرجوحة والمفسدة راجحة.

ولذلك وجب ضبط حق العدول عن الخطبة بعدم ترتب ضرر أعظم من المصلحة المرجوة عند استعمال ذلك الحق، غير أنّ هذا العارض إذا زال تبقى المصلحة مصلحة، وتعود لصاحب الحق أحقيته في استعمال ذلك الحق أو الفعل المتمثل في العدول عن الخطبة؛ لأن ذلك لا يعني إنخراط المصلحة، بل تبقى في ذاتها مصلحة؛ لأن الحقائق لا تتبدل، وإنما طرأ عليها طارئ أوقف اعتبارها، فإن سلمت من المعارضة عدنا إلى إعمالها<sup>1</sup>. الشرع يحصل الأصلح بتفويت الصالح ويدراً الأفسد بارتكاب الفاسد<sup>2</sup>.

ومبدأ هذا المعيار في القانون، نجد المشرع الجزائري نص على معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة في الفقرة الثانية من نص المادة 124 مكرر من القانون 05-10 المتعلق بالقانون المدني، حيث نصت على: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية: ... إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير ..."، وتطبيقاً لذلك فإنّ المشرع الجزائري اعتبر الطرف الذي صدر منه العدول متعسفاً إذا رغب في الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ بالطرف الآخر من العدول عن الخطبة.

أما المشرع المغربي فقد نص على معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة في نصوص متفرقة من خلال الفصل 91، 92، 94 من القانون 1.11.140 المتعلق بقانون الالتزامات والعقود. وهو ما ذهب إليه المشرع بعدم النص على معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة في نص خاص، وإنما يستشف من النصوص المتفرقة وذلك من خلال مقتضيات المادة 97، 111، 112، 114 من الأمر القانوني 89-126 المتضمن قانون الالتزامات والعقود.

وأما المشرع المصري فجدده نص على معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة من خلال نص المادة 5 الفقرة الثانية من القانون المدني في الفصل التمهيدي من قانون 1948؛ حيث نص على أن "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية: ... إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها".

أما المشرع الأردني فقد نص على معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة من خلال المادة 66 الفقرة ج في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني، تحت عنوان "إساءة استعمال الحق": "... يكون استعمال الحق غير مشروع: ... إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر ...".

1- محمد عادل حسين الصفدي، مرجع سابق، ص.50. وفتحي الدبريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص.40.

2- عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج.2، مرجع سابق، ص.75.

كما نص المشرع العراقي على معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة في المادة 7 من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951؛ حيث جاء فيها: "حالات التعسف في استعمال الحق: ... إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ...".

### ب- معيار الضرر الفاحش

ويمكن تطبيق معيار الضرر الفاحش<sup>1</sup>، إذا كان العدول -مثلاً- من طرف الخاطب بعد إيهام المخطوبة برغبته في الاستمرار في الخطبة مع غيابه للدراسة أو العمل من أجل تحصيل المال لفترة قد تطول، ويتقدم العمر بالمخطوبة وتقل الرغبة فيها ثم يحدث العدول، فإنه بذلك قد أضربها ضرراً فاحشاً، وعطل عليها منفعة الحياة الزوجية مع شخص آخر، والضرر هنا -وإن كان معنوياً- إلا أن آثاره من الجسامة تعتبر سبباً في المساءلة. والجدير بالذكر أن علاج الضرر فيهما لما كان لا يتم إلا بالإجبار على إتمام العقد، وذلك لمنافاته طبيعة الزواج، فيعالج حينئذ بمنع وقوع الضرر ابتداءً؛ وذلك باستيضاح رغبة الطرف الآخر في الزواج، وعدم التسويف في إبرام العقد منعا من الأضرار التي قد تترتب عنه، وإلا فإنه يلجأ إلى تعويض الطرف المتضرر<sup>2</sup>.

وإعمال الضرر الفاحش لا يكون من جانب الخاطب في استعمال حق العدول بشكل تعسفي يحدث ضرراً بالمخطوبة فحسب، بل يمكن إثبات أيضاً معيار الضرر الفاحش من طرف المخطوبة في استعمال حق العدول على نحو يشكل ضرراً بالخاطب، ويكون ذلك من خلال اشتراط المخطوبة تكاليف باهظة للزواج من جهاز وممتع البيت، وكذا تحضيرات العرس من قاعة الحفلات ومستلزمات الزفاف، وأيضاً مغالاتها في المهر... وبعدها تعدل المخطوبة عن الخطبة، أو تقوم بأفعال تجعل الخاطب يعدل عن الخطبة لتحتفظ بنصف المهر والهدايا النفيسة التي قدمت لها والتي غالت في اشتراطها، أو تعدل هي عن الخطبة لأنها وجدت خاطباً آخر، فهنا يكون الضرر الذي لحق بالخاطب ضرراً فاحشاً؛ وذلك لجسامة الضرر الذي أصابه من مصاريف وتكاليف باهظة دفعها، والتي ربما استدان أو قتر على نفسه وأهله من أجل الاستجابة لطلباتها وطلبات أهلها، وبعدول المخطوبة عن الخطبة ربما يكون قد فوت فرصاً كثيرة كالدراية بالخارج أو السفر، أو ربما تعرض للأقويل وتشويه السمعة، فهذه كلها أضرار فاحشة تلحق بالخاطب، والضرر في الشريعة الإسلامية -كما سبق وأن قلنا- ممنوع طبقاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وأيضاً قاعدة "الضرر يدفع بقدر الإمكان"<sup>3</sup>.

وفي هذا السياق فإن مبدأ معيار الضرر الفاحش، وباستقراء للمادة 124 مكرر، نجد المشرع الجزائري لم ينص على هذا المعيار في المادة 124 مكرر من قانون 05-10 المتعلق بالقانون المدني، والتي ذكر فيها معايير التعسف، وإنما نص عليها في المادة 691، والتي تنص على وجوب التزام المالك في استعمال حقه بعدم

<sup>1</sup> يقصد بالضرر الفاحش "ما يكون سبباً للهدم، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع الحوائج الأصلية، كسد الضوء بالكلية". انظر. محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج.5، دار الفكر، بيروت، لسنة 1979، ص.448.

<sup>2</sup> عبير رجي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص.85-86.

<sup>3</sup> الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص.165.

التعسف إلى حد يضر بملك الجار ضرراً غير مألوف. وبإسقاط هذا النص على الضرر الذي يسببه الطرف الذي صدر منه فعل العدول عن الخطبة، نجد أنّ هذا الأخير يعتبر متعسفاً إذا أضر بالطرف الآخر ضرراً فاحشاً بعدوله عن الخطبة وفق الصور التي جسدناها سابقاً.

أما المشرع المغربي فقد نص على معيار الضرر الفاحش من خلال الفصل 94 من قانون 1.11.140 المتعلق بقانون الالتزامات والعقود. أما المشرع التونسي فقد نص على معيار الضرر الفاحش من خلال مقتضيات المادة 114 من الأمر القانوني 89-126 المتضمن قانون الالتزامات والعقود.

لم ينص المشرع المصري على معيار الضرر الفاحش في الفصل التمهيدي الذي أفرد فيه معايير التعسف، وإنما نص عليه في نص آخر مثله مثل المشرع الجزائري، وذلك من خلال نص المادة 807 من القانون المدني لسنة 1948 في باب حق الملكية<sup>1</sup>.

نص المشرع الأردني على معيار الضرر الفاحش في المادة 1021 من القانون المدني، حيث نصت على أنه "للمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء ما لم يكن تصرفه مضراً بالغير ضرراً فاحشاً، أو مخالفاً للقوانين العامة أو المصلحة الخاصة". وبهذا نجد المشرع الأردني حذا حذو بقية التشريعات بعدم نصه على معيار الضرر الفاحش ضمن النص المتعلق بتحديد معايير التعسف.

وعليه، يمكن القول أنّ العدول عن الخطبة يعتبر حقاً مكفولاً وشرعياً لكلا الطرفين، ولكن إذا صدرت أفعال أخرى، أو اقترن العدول بأفعال أخرى سببت ضرراً للغير، سواء كان ذلك العدول بقصد الإضرار بالطرف الآخر أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة، أو نتيجة استعمال حق عدول كان بطريقة مشروعة ولكن الضرر الذي أصاب الآخر كان أعظم من المصلحة التي سيجنيها صاحب الحق في استعمال حق العدول، مما أدى إلى اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة، أو تسبب العدول عن الخطبة بضرر فاحش للطرف الآخر، فإنّ كل ذلك يعتبر من قبيل التعسف في استعمال حق العدول، والشريعة الإسلامية تنهانا عن الضرر وعن الأضرار التي تصدر سواء بقصد أو بغير قصد فتشكل مفسدة للطرف الآخر، ويجب درء التعسف بإزالته أو منع وقوعه أو علاجه وغير ذلك حسب طبيعة الضرر، غير أنّ العدول عن الخطبة إذا صدر بشكل تعسفي أدى إلى إلحاق الضرر فإنّ الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري والتشريعات العربية قد رتبته آثاراً بالنسبة للعدول التعسفي عن الخطبة، وهذا ما سنحاول معالجته في المطلب الثاني من هذه الدراسة.

## المطلب الثاني

### آثار التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

سبق وأن قلنا أنّ الخطبة هي بمثابة تمهيد لعقد الزواج، وأنّ هذه المناسبة شرعت لتعارف الطرفين على بعضهما البعض، وقد تعارفت المجتمعات -وخاصة المجتمعات العربية- أعرافاً معينة، وهذه الأعراف أصبح جزء

<sup>1</sup> - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص.772.

منها مأخوذ من روح الشريعة الإسلامية، فصارت بذلك راسخة في المجتمعات ولا يمكن الاستغناء عنها بأي حال من الأحوال طبقاً للقاعدة الفقهية "المعروف بين الناس بمنزلة المشروط"، ومن بين أهم هذه الأعراف تبادل الهدايا، ودفع مقدم الصداق أو كله، أو ترك مؤخره إلى بعد الزواج.

وبما أنّ العدول عن الخطبة حق مكفول لكلا الطرفين كما سبق وأنا ذكرنا، إلا أنّ هذا العدول إن كان تعسفياً تترتب عنه آثار تعتبر كتعويضات للطرف الذي وقع عليه ضرر العدول. وعليه، لتبيان آثار التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، تستدعي الدراسة التعرض إلى أثر التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة على الهدايا (الفرع الأول)، وكذا الإشارة إلى أثر التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة على الصداق المدفوع سلفاً (الفرع الثاني). وكما سبق وأن ذكرنا أنّ العدول عن الخطبة إذا اقترن بأفعال سببت ضرراً للطرف الآخر يلزم المتسبب في الضرر بالتعويض كجزاء عن التعسف في استعمال حق العدول، ونختتم الفصل بالتعويض كأثر وجزاء للتعسف في استعمال حق العدول (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

#### أثر التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة على الهدايا

لقد تعارفت الناس والمجتمعات العربية ككل تقدم أهل الخاطب -أو الخاطب نفسه- جزءاً أو قدراً كبيراً من الهدايا، سواء عن طيب خاطر أو نتيجة اشتراط أهل المخطوبة على الخاطب بعض الهدايا المعروفة كعادات بينهم، ولتواتر الناس عليها صارت بمنزلة المشروط في ذلك المجتمع ولا يصح إسقاطها، وهذه الهدايا تعتبر تأكيداً من الخاطب أو أهله على الإقدام على الزواج أو إثبات سعيهم لإتمام جميع مراسيم الزفاف، وكما ذكرنا آنفاً أنّ العدول حق مشروع لكلا الطرفين، والمعتبر الذي يجب توفره هو أن يكون هناك مبرر شرعي للعدول؛ لأنّه بغياب هذا المبرر يكون الطرف الذي صدر منه العدول متعسفاً في استعمال الحق. وعليه، فإذا تم هذا العدول بهذا الشكل الأخير فإنّ الطرف الذي عدل تترتب عليه تعويضات أو آثار يجب عليه تحملها، ومن بين هذه الآثار منع استرداد الهدايا التي أهداها وردّه للهدايا التي أخذها. وعليه، وحتى نفصل في هذه النقطة، يتوجب علينا التطرق إلى حكم استرداد الهدايا من خلال إبراز موقف الفقه الإسلامي من الهدايا المتبادلة بين الطرفين في حال التعسف في العدول عن الخطبة (أولاً)، وبعدها نخرج على موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من حكم استرداد الهدايا (ثانياً).

#### أولاً: حكم استرداد الهدايا

اختلف الفقهاء في مسألة حكم استرداد الهدايا<sup>1</sup> بين الخاطبين في حالة التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة؛ فمنهم من طبق على الهدايا ما طبقه على الهبة من أحكام، وأجاز الرجوع فيها ما لم

1- تعرف الهدايا لغة: الهدايا جمع هدية وجمعها أيضا هداوى: ويقال هديت له وإليه، والتهادي: أي يهدي بعضهم إلى بعض. ويقال أهدي له وإليه: وهي ما يقدمه القريب أو الصديق من التحف وغيرها. والتهادي: أن يهدي بعضهم إلى بعض. انظر. أبي فضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.15، مرجع سابق، ص.357. وإبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج.2، مرجع سابق، ص.989. ودليل

يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة، ومنهم من ذهب خلاف ذلك واعتبر الهدايا غير الهبة وقال بعدم جواز الرجوع فيها. وعليه، أمكن التعرض في هذه الدراسة إلى كل قول على حدا من خلال التعرض بداية إلى جواز استرداد الهدايا (أ)، وبعده نتطرق إلى عدم جواز استرداد الهدايا (ب).

### أ- جواز استرداد الهدايا

ذهب الحنفية<sup>1</sup> والشافعية والظاهرية في قول لهم إلى أنّ الهدايا المتبادلة بين الطرفين تأخذ حكم الهبة؛ لهذا فهي ترد ما لم يستهلك من الهدايا، ويشترط لنهاذ الهبة أو الهدايا قبضها، وأما الرجوع فيها يخضع للقاعدة الفقهية بجواز الرجوع في الهبة ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة أو الهدية<sup>2</sup>. وعليه، فإذا كانت الهبة قائمة وجب ردها عينا، أما إذا كانت تالفة بأن هلكت أو استهلك فلا ترد، وفي هذا المقام يرى الشافعية في قول لهم أنه إذا كانت الهدية يراد بها التزويج، فإن الخاطب لم يقدم هديته إلا على هذا التقدير، فإذا لم يتحقق له ذلك كان له أن يرجع في هديته. وبذلك فيجوز الرجوع في الهدية إذا كانت قائمة، أو قيمتها إذا كانت هالكة بغض النظر عن الطرف الذي عدل عن الخطبة<sup>3</sup>.

وقد استدل أصحاب هذا المذهب بما رواه أبو هريرة -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها"<sup>4</sup>، يدل الحديث الشريف على جواز الرجوع في الهبة إذا لم يعوض الواهب عنها، وذلك إن كان التبرع ابتداء يدل على رغبة المعاوضة كما في هدايا الخطبة<sup>5</sup>.

### ب- عدم جواز استرداد الهدايا

ذهب المالكية -في الراجح- والشافعية والحنابلة في قول آخر لهم إلى عدم جواز استرداد الهدايا، فليس للخاطب الرجوع فيما أهدي لخطيبته ولو كان الرجوع منها. وعليه، فإن عدل الخاطب فليس له أن يسترد

جواز الهدايا قوله -عليه الصلاة والسلام-: "تهادوا تحابوا". انظر. عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الأدب المفرد، المطبعة السلفية، القاهرة، لسنة 1375 هـ. ص.155.

وتعرف الهدية اصطلاحاً على أنها "نوع من أنواع الهبة، وهي ما يقدمه الواهب للموهوب له على وجه الإكرام والتودد والمكافأة". وعرف ابن تيمية الهدية أيضاً على أنها "إكرام شخص معين إما محبة، وإما لصداقة، وإما لطلب حاجة". انظر. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.2، مرجع سابق، ص.397. وأبو عباس تقي الدين أحمد بن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج.31، دار الكتب الحديثة، القاهرة، لسنة 1965، ص.151.

<sup>1</sup> - محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج.3، مرجع سابق، ص.153.

<sup>2</sup> - موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية: زيادة الموهوب، موت الواهب أو الموهوب له، العوض عن الهبة، خروج الهبة عن ملك الموهوب له، الزوجية القائمة بين الواهب والموهوب له وقت الهبة، القرابة المحرمة بينهما، هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له. انظر. جميل فخري محمد جاتم، مرجع سابق، ص.113 في حاشيته.

<sup>3</sup> - انظر. إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص.103. محمد عادل حسين الصفدي، مرجع سابق، ص.107 وما يليها. جميل فخري محمد جاتم، مرجع سابق، ص.115-116.

<sup>4</sup> - أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج.2، الحديث رقم 2387، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن، ص.798. والحديث ضعيف. انظر. محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف سنن ابن ماجه، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، لسنة 1988، ص.185.

<sup>5</sup> - عبيد ربحي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص.67.

الهدايا التي قدمها وإن كانت قائمة، وأما إن عدلت المخطوبة أو أهلها وجب عليها رد الهدايا القائمة والقيمة إن كانت هالكة، وكذلك الحال إن كانت الهدايا مقدمة من جهة المخطوبة، فإن عدلت عن الخطبة فليس لها استرداد شيء من الهدايا التي قدمتها وإن كانت قائمة، وأما إن كان العدول من جهة الخاطب استردت الهدايا القائمة والقيمة إن كانت هالكة.

وينفصل عن هذا الاتجاه فتوى ثلاثة تزعمها أحد فقهاء المذهب المالكي مفادها ضرورة الاحتكام إلى العرف، أو الالتزام بالشرط إن وجد. وعليه، فإن كان هناك عرف سائد أو شرط اشترطه أحد الخاطبين فإنه يعمل به في استرداد الهدايا، وهذا أصل الفتوى؛ لأنّ المعروف عرفا كالمشروط شرطا<sup>1</sup>، وأما في حالة انعدام العرف أو الشرط فإنّ الأصل عندهم عدم أحقية الخاطب في استرداد الهدايا؛ لأنه لا يمكن إلحاق الضرر مرتين لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَرْرُ وَازِرَّةٌ وَرَرٌّ أُخْرَى﴾<sup>2</sup>؛ لأنّ بتصرفه هذا يكون قد سبب لها ألما<sup>3</sup>.

وقد استدل أصحاب هذا القول بما رواه ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "العائد في هبته كالكلب الذي يقبى ثم يعود في قبته"<sup>4</sup>. وجه الدلالة في نص الحديث الشريف أنّ النبي -صلى الله عليه وسلم- ذمّ الواهب الذي يرجع في هبته فشبّهه بالكلب الذي يقبى ثم يعود في قبته، والذم في الحديث للنهي، والنهي يدل على التحريم أو الكراهة وكلاهما للمنع<sup>5</sup>، واستدلوا بالمعقول أنّ في "العدول بإحاشا وإيلاما، وليس من المعقول عقلا ولا شرعا أن نطالب الطرف المعدول عنه بالهدايا أو قيمتها؛ لأن فيه زيادة الألم ومضاعفته وهذا ممنوع، ولأنّ الطرف الذي عدل أبطل العمل الناشئ من جهته، ومن سعى في نقض ما تم من جهته كان سعيه مردودا عليه"<sup>6</sup>.

والقول الراجح في مسألة حكم استرداد الهدايا هو القول الثاني بعدم جواز استرداد الهدايا؛ لأنّ هذا الرأي يعتبر أكثر عدلا، فمن غير المنطقي أن يقوم أحد الطرفين بالعدول وأيضا بالتعسف في استعمال ذلك الحق ويطلب باسترداد الهدايا، فيتكبد بالتالي الطرف الآخر ألمين؛ ألم العدول عن الخطبة وألم ضياع أمواله بدون مقابل<sup>7</sup>.

1- الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص. 237.

2- الآية 07 من سورة الزمر.

3- جميل فخري محمد جاتم، مرجع سابق، ص. 115-116. إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص. 103. وفؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، تخصص القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة لسنة 2008-2009، ص. 21.

4- أبو الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي، ج. 11، حديث رقم 08، ط. 2، دار الفكر بيروت، لسنة 1978، ص. 1241.

5- عبيد ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص. 68.

6- جميل فخري محمد جاتم، مرجع سابق، ص. 115-116.

7- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن، ص. 40.

## ثانياً: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من حكم استرداد الهدايا

سنتعرض في هذا الصدد إلى موقف المشرع الجزائري من حكم استرداد الهدايا، وبأي قول أخذ في مسألة جواز أو عدم جواز استرداد الهدايا (أ)، ثم نرجع بعد ذلك إلى موقف التشريعات العربية من حكم استرداد الهدايا (ب).

### أ- موقف المشرع الجزائري من حكم استرداد الهدايا

أخذ المشرع الجزائري في بداية الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02-05 بالقول الثاني بعدم جواز استرداد الهدايا إذا كان العدول من الخاطب، وهو الرأي الراجح للمذهب المالكي - كما سبق وأنا بينا ذلك - والذي يرى أنّ العدول إذا كان من الخاطب فلا يسترد ما قدمه من هدايا حتى لا يجتمع عليها ألمان، ألم الإعراض وألم الاسترداد، أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد الهدايا إن كانت قائمة، وإذا كانت هالكة أو مستهلكة فعليها برد مثلها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيمات<sup>1</sup>؛ حيث نصت المادة على أنه لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهدها إذا كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمتها".

والملاحظ من خلال هذا النص أنّ بداية الفقرة تتطابق مع الراجح لمذهب الإمام مالك، غير أنّ المشرع قد خالف في نهاية الفقرة من هذه المادة التي سبق ذكرها هذا المذهب، وأخذ بالقول الأول بجواز الرجوع في الهبة وهو قول الحنفية وذلك بنصه ما لم يستهلك، وأنه في حالة الاستهلاك لا يقع الرجوع حيث يعد هذا الأمر من موانع الرجوع في الهبة<sup>2</sup>.

والجدير بالذكر في هذا الشأن أنّ المشرع جعل الإعلان عن العدول مقياساً للحكم في استرداد الهدايا، إذ كان عليه أن يحمل المتسبب عن العدول المسؤولية لا العادل. وعليه، فلا بد من ربط الحق في استرجاع الهدايا بسبب العدول لا بالعدول في حد ذاته، مع منح حق تحديد ذلك السبب للسلطة التقديرية للقضاء، مع العلم أنّ القاضي لا يمكنه إجبار أي شخص على إتمام إجراءات الزواج؛ وذلك لما فيه من إكراه، إلا أنه لديه من

<sup>1</sup> - إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص. 105.

<sup>2</sup> - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية -، ط. 1، دار الخلدونية، الجزائر، لسنة 2008، ص. 42-43. والجدير بالذكر أنّ البعض انتقد هذا التوجه؛ لأنّ الخاطب قد لا يرى فائدة من المطالبة باسترداد الهدايا، وإنما يطالب بقيمتها، كما أنّ عبارة الاستهلاك الواردة في النص تشير إلى غموض كبير؛ لأنها توحي بأنّ المخطوبة إذ استهلكت الهدية أو تصرفت فيها بأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية كالهبة والبيع، فإنها لا ترد الهدية إذا عدلت عن الخطبة؛ لأنّ الهدية المقدمة من الخاطب لم يعد لها وجود لأنها مستهلكة، إلا أنّ قصد المشرع هو عدم رد الهدية التي تستهلك بطبيعتها، أو لقلّة قيمتها. انظر. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج. 1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، لسنة 1994، ص. 54. وبن شويخ رشيد، المرجع نفسه، ص. 43.



السلطة لتحديد أو تقدير إن كان متعسفا في عدوله أم لا، فيحتمله - إن تبين للقاضي أنّ الطرف العادل متعسفٌ في استعمال حق العدول عن الخطبة - مسؤولية ذلك<sup>1</sup>.

وعلى المستوى القضائي نجد عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا؛ حيث جاء في قرار قضائي بتاريخ 1991/04/23 على أنه "من المستقر شرعا وقانونا أن لا يسترد الخاطب شيئا مما أهدها إن كان العدول منه، ومن ثم فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة فإنّ قضاة الموضوع يرفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون"<sup>2</sup>.

كما جاء في قرار قضائي آخر صادر بتاريخ 13 مارس 1993 والذي قضى فيه "أنه من المقرر قانونا أن يتوجب على المرأة - كما ورد في قرار المحطوبة عند عدولها عن إتمام إجراءات الزواج - أن ترد ما لم يستهلك من الهدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف صداقها إلا عند الطلاق قبل الدخول طبقا للمادة 5 و16 من قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة، ولما ثبت من قضية الحال أنّ الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن تحميل المطعون ضده بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك، وأن دفع الطاعنة المتعلق بأحقيتها في نصف الصداق إنما يستحق لو تم الطلاق بإرادة الزوج، مما يتعين القول أنّ قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم ويتوجب رفض الطعن"<sup>3</sup>.

وكذلك جاء في القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16: "من المقرر قانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهدها إذا كان العدول منه، ومتى تبين - في قضية الحال - أنّ الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب، فإنّ القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف والقاضي برفض إتمام الزواج وإلزام المدعى عليها بردها إلى المدعي ما قدمه من هدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقا، دون الرد على دفع الطاعنة خطأ في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للقصور في التسيب، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>4</sup>.

#### ب- موقف التشريعات العربية من حكم استرداد الهدايا

بالرجوع إلى المشرع المغربي نجد أنه أخذ هو الآخر بالرأي المشهور والراجح في المذهب المالكي بحذافيره على غرار المشرع الجزائري - الذي أخذ شقًا منه من المذهب المالكي وأخذ الشق الآخر من المذهب الحنفي -؛ حيث نصت المادة 08 من مدونة الأسرة المغربية على أنه "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله، ترد الهدايا بعينها أو بقيمتها حسب الأحوال". يتضح من نص

1- خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.ص. 61-62.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1991/04/23 ملف رقم 73919، م.ق، لسنة 1993، ع.2، ص.58.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1993/07/13 ملف رقم 92714، م.ق، لسنة 1995، ع.1، ص.128.

4- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 219313، اجتهاد قضائي، لسنة 2001، ع.خ، ص.39.

المدونة أنّ لكل من الخاطب والمخطوبة الحق في استرداد ما سبق أن دفعه من هدايا للطرف الآخر بعينه أو بقيمته حسب الأحوال، بشرط أن لا يكون مُقدم الهدايا هو الذي عدل عن الخطبة<sup>1</sup>.

وفي هذا السياق قضت محكمة الاستئناف بمكناس بتاريخ 7 أكتوبر 1980 بأحقية الخاطب في استرجاع الهكتارات العشرة التي سبق له أن أهداها لخطيبته ونقل ملكيتها إليها، وتتلخص وقائع القضية في أنّ "السيد (ع.ز)، خطب السيدة (ف.خ) من أسرتها قصد الزواج منها، واستجابت الفتاة لهذه الخطبة التي ذاع أمرها بين الناس، وبعدها أهدى الخاطب مخطوبته قطعة أرض مساحتها عشر (10) هكتارات، والتي سجلت باسمها في السجل العقاري، غير أنه أثناء فترة الخطبة عمدت الفتاة المخطوبة إلى الزواج من رجل آخر غير الخاطب الأول، الأمر الذي دفع بهذا الأخير إلى رفع دعوى ضد المُهدى لها يطلب من خلالها الحكم له باسترجاع الهدية من السجل العقاري. وبالفعل، قضت محكمة الاستئناف بمكناس بأحقية الخاطب في استرجاع هديته عندما تبين لها أنّ ما قامت به المخطوبة هو عمل مشوب بسوء نية، واستخلصت من ذلك أنّ العدول كان من جانبها وليس من جانبها"<sup>2</sup>.

ويتضح أنّ القضاء في هذه النازلة أخضع الهدية التي قدمها الخاطب لمخطوبته لقانون الأحوال الشخصية وليس لمقتضيات القانون العقاري، وذلك بالرغم من أنّها عقار، وقد أخضع هذا التسجيل لقاعدة التسجيل في الرسم العقاري وسجل باسم المهدي لها<sup>3</sup>.

كما جاء في حكم آخر بتاريخ 2012/06/18 أنه "بناء على الطلب المقدم من طرف المدعي، والذي يعرض فيه أنّ المدعى عليها كانت خطيبته، وأنها فسخت خطوبتها منه بعد تكبد مجموعة من المصاريف، لذلك يلتمس الحكم على المدعى عليها بأدائها له مبلغ سبعة عشرة ألف وثمانمائة وخمسون (17850) درهماً قيمة الهدايا التي قدمها لها أثناء فترة الخطبة، مع النفاذ المعجل والإجبار، وتحميلها الصائر... وحيث لم يدل المدعي بأي حجة معتبرة قانوناً تؤيد صدق ما ادعاه بمقال الدعوى، مما يكون معه الطلب مجرداً عن الإثبات ويتعين بالتالي التصريح برفضه"<sup>4</sup>.

وعليه، يتضح من خلال ما سبق ذكره أنّ غاية المشرع المغربي من عدم تمكين العادل عن الخطبة من استرجاع هداياها؛ هو التخفيف عن الطرف الآخر، وعدم الجمع بين الأملين "ألم ضياع الهدية وألم فوات الخطبة وعدم إتمام الزواج"، وهذا طبقاً لقاعدة "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه"<sup>5</sup>.

1- إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص.103.

2- محكمة الاستئناف بمكناس لسنة 1980/10/07، مجلة رابطة القضاء، ع.8-9، ص.155. مقتبس من محمد الشافعي، الزواج والحلاله في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية، كلية الحقوق، مراكش، د.س.ن، ص.ص.27-28.

3- محمد الشافعي، المرجع نفسه، ص.28.

4- حكم المحكمة الابتدائية بالناظور، قسم قضاء الأسر، ملف رقم 09/11/578، بتاريخ 2012/06/18. مقتبس من إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص.104.

5- إدريس الفاخوري، المرجع نفسه والصفحة نفسها. ومحمد الشافعي، مرجع سابق، ص.27.

وأما المشرع التونسي فقد نص في الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "لكل طرف من الخطابين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر ما لم يكن العدول من قبله أو وُجد شرط خاص"، ويلاحظ أنّ الأثر الوحيد الذي أقرته المجلة، هو حكم الهدايا في حالة العدول التي أجاز فيها لكل من الخطابين الحق في استرداد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر ما لم يكن العدول من قبله أو ما لم يوجد شرط خاص، وقد امتاز المشرع التونسي من خلال هذا الفصل عن المشرع الجزائري والمغربي بإضافة عبارة "أو وُجد شرط خاص"؛ وكأنّ المشرع التونسي يعتبر أنّ مسألة استرجاع الهدايا لا تهم إلا المصالح الشخصية للطرفين ولا صلة لها بالنظام العام، وذلك بدليل جواز الاتفاق على مخالفة تلك القاعدة المضمنة في الفصل الثاني من المجلة متى رأى الطرفان مصلحة في ذلك<sup>1</sup>؛ ويعني ذلك أنّ للمخطوبة الحرية في عدم إرجاع الهدايا مهما حصل إذا وُجد شرط يقضي بذلك<sup>2</sup>.

وقد جاء في قرار محكمة التعقيب التونسية في قرار صادر بتاريخ 5 نوفمبر 1985 التي قضت فيه بأنّ "تحرير كتب في ما يقدم من هدايا للمخطوبة فيه استحالة أدبية تمنع من ذلك؛ إذ لا يستساغ عرفاً أن يطلب الخطاب من مخطوبته تقديم كتب في ما اتصلت به من هدايا، وترتيباً على ذلك لا مانع من سماع البينة في تقديم الهدايا إذا كان سماعها على أساس إثبات وقائع مادية وتحقيق حالة واقعية"<sup>3</sup>.

وبالعودة إلى المشرع المصري، وبالرغم من خلوّ قانون الأحوال الشخصية المصري من النص بشأن الخطبة، وحكم الهدايا في حالة عدول أحد الخطابين عن الخطبة، فإنّ تطبيقات محكمة النقض استقرت على أنّ "الخطبة وإن كانت تمهيدا للزواج -وهو من مسائل الأحوال الشخصية- إلا أنّ الهدايا التي يقدمها أحد الخطابين للآخر إبان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل؛ لأنها ليست ركناً من أركان الزواج، ولا شرطاً من شروطه، إذ يتم الزواج صحيحاً بدونها ولا يتوقف عليها، ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيداً عن المساس بعقد الزواج، وما هو متعلق به يخرج بذلك عن نطاق الأحوال الشخصية، وتعتبر الهدايا من قبيل الهبات، فيسري عليها ما يسري على الهبة من أحكام في القانون المدني، وقد أورد هذا القانون أحكام الهبة باعتبارها عقداً مالياً كسائر العقود، واستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، ومن ثم فإنّ المعول عليه في حق الخطاب في استرداد تلك الهدايا هو أحكام الرجوع في الهبة الواردة في القانون المدني المادة 500 وما يليها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 60-61.

<sup>2</sup> - وهذا الشرط يثير غرابة من الناحية النفسية؛ لأنّ كلا الخطابين لا يمكن أن يقبل مسبقاً فكرة عدم إرجاع هداياه مهما كان الأمر، حتى وإن كان العدول من قبل الطرف الآخر، ناهيك عن أنّ هذا الشرط لا يخلو أيضاً من الغرابة من الناحية القانونية؛ لأنّ الشرط يعني تعاقداً، وهذا التعاقد يحصل بمناسبة الخطبة التي ليست بعقد، فهذا التعاقد أمر غريب جداً إذا تم بمناسبة واقعة قانونية لا صفة إلزامية لها. ساسي بن حليمة، مجموعة تعاليق على قرارات في مادة الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، لسنة 2012، ص. 35. وخدام هجيرة، المرجع نفسه، ص. 61.

<sup>3</sup> - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني بتاريخ 1985/11/5، ملف ع. 12671، ن.م.ت، لسنة 1985، ج. 2، ص. 209.

<sup>4</sup> - نقض مدني بتاريخ 1963/10/24، طعن رقم 302. مقتبس من مصطفى راتب حسن علي، مرجع سابق، ص. 1897.

والجدير بالذكر أنه صدر القانون رقم 1 لسنة 2000 بتنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، وعقد في ثاني اختصاص المحاكم مسائل الأحوال الشخصية؛ حيث نصت المادة 9 منه على "أن المحكمة الجزائية تختص بدعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها". وكما سبق وأن ذكرنا أن قانون الأحوال الشخصية المصري قد خلا من تنظيم قانوني لأحكام الخطبة ومسألة العدول عنها وما يترتب عنه من آثار، وكذا الحلول المتعلقة بشأن ما يقدمه أحد الخاطبين للآخر من هدايا وشبكة، فيكون لزاما على القاضي تطبيق حكم المادة 03 من قانون الأحوال الشخصية، والتي تحيلنا للأخذ بالرأي الراجح لمذهب أبي حنيفة، وهو أمر استقر العمل به بموجب نص المادة 280 من اللائحة الشرعية؛ حيث نصت على أنه "تصدر الأحكام طبقا للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة". وتطبيقا لذلك يكون المشرع المصري قد أخذ بالقول الأول في مسألة حكم استرداد الهدايا الذي جاء فيه بجواز استرداد الهدايا، وأن ما يسري على الهبة من أحكام يسري على الهدايا<sup>1</sup>.

وقد سار المشرع الأردني على نفس نهج المشرع المصري، وذلك بأخذه بالقول الأول الذي أقر بجواز استرداد الهدايا في المادة 4 و5 من الفقرات ب، ج، د من قانون الأحوال الشخصية؛ حيث نص على أنه "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو انتهت بالوفاة، فللخاطب أو ورثته الحق في استرداد ما دفع على حساب المهر من نقد أو عين إن كان قائما، أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه أو مثله"، وأضافت الفقرة ج: "إذا اشترت المخطوبة بما قبضته على حساب المهر أو بيعه جهازا، فلها الخيار بين إعادة ما قبضته أو تسليم ما اشترته من جهاز كآلة أو بعضه إذا كان العدول من الخاطب، ويسقط حقها في الخيار إذا كان العدول منها".

وأضافت أيضا الفقرة د: "يرد من عدل عن الخطبة الهدايا إن كانت قائمة وإلا فمثلها أو قيمتها يوم القبض، ولا تسترد الهدايا إذا كانت مما تستهلك بطبيعتها ما لم تكن أعيانها قائمة". وتأسيسا لذلك يكون المشرع أجرى على الهدايا ما يجري على الهبة من أحكام، ولما كان النص القانوني يقضي بتطبيق رأي الإمام أبي حنيفة في كل ما لا نص فيه، فإن هدايا الخطبة لا تسترد إن حصل مانع من موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية وإلا فترجع. وقد جاء في المادة 65 من نفس القانون أنه "إذا امتنعت المخطوبة أو نكص الخاطب أو توفي أحدهما قبل عقد النكاح، فإن كان ما دفع على حساب المهر موجودا استرده عينا، وإن كان فقد بالتصرف فيه أو تلف استرد قيمته إن كان عرضا ومثله إن كان نقدا، أما الأشياء التي أعطاها أحدهما للآخر على سبيل الهدية فتحري عليها أحكام الهبة"<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى المشرع العراقي نجد أنه قد نص في المادة 13 ف 3 على أنه "تسري على الهدايا أحكام الهبة". ويتبين من نص المادة أن المشرع العراقي قد أخضع أحكام استرداد الهدايا المقدمة من أحد المخطوبين إلى الآخر لأحكام الهبة؛ وهذا أنه في حالة المنازعة بين المخطوبين واللجوء إلى القضاء يكون على قاضي

<sup>1</sup> - مصطفى راتب حسن علي، مرجع سابق، ص. 1901.

<sup>2</sup> - انظر. عبير ربحي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص. 75-76.

الموضوع الرجوع إلى القواعد العامة لأحكام الهبة الواردة في القانون المدني<sup>1</sup>؛ حيث نصت المادة 612 منه على أنّ "الهبات والهدايا التي تقدم في الخطبة من أحد الخاطبين للآخر، أو من أجنبي عنهما لأحدهما أو لهما معا، يجب أن يردها الموهوب له للواهب إذا فسخت الخطبة، وطلب الواهب الرد مادام الموهوب قائما وممكن رده بالذات"<sup>2</sup>.

وفيهم من نص المادة أنّ المشرع العراقي قد أخذ هو الآخر - مثله مثل المشرعين المصري والأردني - بالقول الأول؛ وهو قول الحنفية والشافعية والظاهرية بجواز استرداد الهدايا المقدمة أثناء مدة الخطبة، باعتبار أنّ عقد الهبة من العقود التي تؤدي فيها شخصية المتعاقد دورا ملحوظا، وشخصية الموهوب له تكون دائما محل اعتبار بالنسبة إلى الواهب، فالباعث الدافع لأحد الخاطبين أو كليهما هو الزواج بالآخر مستقبلا، باعتباره الباعث الحقيقي من حيث المبدأ الذي كان وراء الهدايا المقدمة بينهما، وبانتفاء الباعث على إتمام الزواج يكون للواهب الحق في استرداد الموهوب منه من الهدايا إن كانت باقية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنّ بقاء المال الموهوب في ذمة الموهوب له بعد انتهاء الخطبة وبدون إبرام عقد الزواج يعد إثراء بلا سبب على حساب افتقار الواهب، وعلى هذا الأساس يكون من واجب الموهوب له رده تطبيقا لأحكام المدفوع دون حق إن كان الموهوب له قائما، ومن الممكن رده بالذات<sup>3</sup>.

وما يلاحظ على التشريعات العربية التي سلف ذكرها - بما فيها المشرع الجزائري - أنها عالجت مسألة الهدايا من الطرفين، أي من جهة الخاطب والمخطوبة وحسن ما فعلوا في ذلك؛ لأنّ الهدايا من الممكن أن تصدر من الخاطبين، وتأسيسا على ذلك تكون هذه النصوص - ومع اختلاف حكمها في استرداد الهدايا - ملائمة للتطور الذي عرفته المجتمعات في الآونة الأخيرة؛ حيث أضحت المرأة تمتلك ذمة مالية تستقل بها، وتتصرف فيها بكل أشكال التصرف الناقلة للملكية من بيع وتبرع وغيرها...، وعليه ليس من المستبعد أن تهدى خطيبها هدايا من بعض أموالها.

وبعدما تم التطرق إلى حكم استرداد الهدايا من جانب الفقه والقانون، وبين الاختلاف الفقهي في مسألة حكم استرداد الهدايا في حال التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، وكذا الاختلاف القانوني الذي جاء جزء منه متبع ما جاد به أصحاب القول الأول، والجزء الآخر حذا حذو ما أجازته أصحاب القول الثاني، والمعتبر في مسألة التعسف في استعمال حق العدول أنّ الهدايا لا تعتبر الأثر الوحيد الذي ينتج عنه، وإنما تنتج عنه آثار أخرى أيضا من بينها الصداق.

1- نصت المادة 601 ف.1 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل على أنّ الهبة "تمليك مال لآخر بلا عوض".

2- نشوان زكي سليمان الحلبي، محمود خليل عبد الكريم العباسي، مرجع سابق، ص.114.

3- المرجع نفسه، ص.115.

## الفرع الثاني

### أثر التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة على الصداق

باعتبار أنّ الخطبة - كما سبق وأن ذكرنا - مقدمة لعقد الزواج، فقد جرى العرف على تقديم جزء من الصداق أو كله في فترة الخطبة تأكيداً على الرغبة في إتمام عقد الزواج، وكذلك فالمعروف في العادات تقديم المهر في تلك الفترة حتى تتمكن المخطوبة من شراء الجهاز وكل ما يلزمها للزواج. غير أنّ هذا الوعد - كما سبق وأردفنا - أو هذه المقدمة للعقد قد يحدث أو يطرأ عليها عدول أو نكول، فيطرح السؤال في هذا الشأن: ما مصير الصداق في حالة التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة؟ وعليه، سنجيب على السؤال من خلال التطرق في هذه الدراسة إلى حكم استرداد الصداق (أولاً)، ويكون ذلك بالتطرق إلى موقف الفقه الإسلامي من ذلك، وبعدها نشير إلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من حكم استرداد الصداق (ثانياً).

### أولاً: حكم استرداد الصداق

اتفق جمهور الفقهاء على أنّ الخطبة إذا ما انتهت بالعدول، وكان الخاطب قد دفع الصداق كلاً أو بعضاً منه للمخطوبة أو لوليها بعلمها، ولو لم يتم زواجه منها، فيكون له الحق في استرداد عين ما أداها إذا كان قائماً، أما إذا هلك أو استهلك رد مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً؛ لأنّ الصداق لا يستحق إلا بالزواج، وأنّ المرأة لا تستحق المهر ما لم يعقد عليها بالزواج، ولا يجوز للمرأة المخطوبة أن تحتفظ به طالما أنّ الزواج لم يعقد بعد، ويستوي في ذلك إن كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة لعدم تعلق حق المخطوبة به؛ إذ لم تعد زوجته بعد، ويدها عليه يد أمانة وحكمه حكم وديعة<sup>1</sup>.

ويشمل الصداق أيضاً الهدايا التي جرى العرف على اعتبارها منه، أما إذا كان العرف لا يحسبها من الصداق فإنها تأخذ حكم الهدايا. وعليه، فإن كان المهر نقداً وبقي على حاله إلى وقت العدول عن الخطبة وجب على المخطوبة أن تعيده إلى خاطبها كاملاً، سواء كان العدول من جانبها أو من جانب الخاطب أو بالاتفاق بينهما. وكذلك إن كان المهر من الأشياء العينية إذا بقت أعيانها إلى حين العدول، فإن تصرف بها وجب على المخطوبة إعادة مثلها أو عينها، وإن تلفت بتعدّد منها وجب عليها الضمان، وإن تلفت بقوة قاهرة لا يد لها فيها فلا ضمان عليها.

والجدير بالذكر أنّ سبب استرداد المهر إنما قرر في مقابلة العقد بالزواج وملك الاستمتاع بالمرأة لقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾<sup>2</sup>، ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنّ الله - سبحانه وتعالى - فرض الصداق وأوجبه على الرجال للنساء في حال استمتاعهم عن طريق الزواج، والأمر مرهون

<sup>1</sup> - انظر نشوان زكي سليمان الخليم، محمود خليل عبد الكريم العباسي، مرجع سابق، ص. 112. محمد الشافعي، مرجع سابق، ص. 28.

<sup>2</sup> - الآية 24 من سورة النساء.

بالاستمتاع المشروع، فإن لم يكن فلا أجر في ذلك<sup>1</sup>. وعليه، يتضح أنه حتى وإن كان الخاطب متعسفا في استعمال حق العدول أجاز له الفقه استرداد كل الصداق؛ لأنّ الصداق يستحق بالزواج، ومادام العقد لم ينعقد والدخول لم يحصل فإنّ المرأة أو المخطوبة لا تستحق الصداق، ويقع عليها واجب إرجاع الصداق وما يعتبر في حكم الصداق من هدايا للخاطب.

### ثانيا: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من حكم استرداد الصداق

وبعدما تمت الإشارة إلى موقف الفقه من مسألة حكم استرداد الصداق في حالة التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، تستدعي الدراسة الآن التعرض إلى موقف التشريعات من ذلك. وعليه، سنتناول في البدء موقف المشرع الجزائري من حكم استرداد الصداق في حالة التعسف في استعمال حق العدول (أ)، وبعدها نتعرض إلى موقف التشريعات العربية من ذلك (ب).

#### أ- موقف المشرع الجزائري من حكم استرداد الصداق

لم ينص المشرع الجزائري على مسألة الصداق المقدم خلال فترة الخطبة لا في قانون 84-11 من قانون الأسرة، ولا في تعديل هذا القانون بموجب الأمر 05-02، غير أنه وبالرجوع إلى نص المادتين 15 و 16 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02، فسيلاحظ من خلال هاتين المادتين أنّ الصداق يعد من مستلزمات العقد، وتستحق المرأة -طبقا لنص المادة 16 من ذات القانون- نصف الصداق إذا وقعت الفرقة قبل الدخول<sup>2</sup>، ويستشف من خلال هاتين المادتين أنّ المشرع خاطب من خلالهما الزوجة لا المخطوبة، وما يؤكد ذلك نص المادة 9 مكرر من نفس القانون، الذي اعتبر فيه المشرع الصداق شرطا لصحة عقد الزواج<sup>3</sup>. وعليه، فهذه النصوص تخاطب الزوجة لا المخطوبة، فلا مجال إذا لإسقاطها على موضوع الدراسة.

وعلى المستوى القضائي حكمت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 16 أكتوبر 1993، على أنّ "قضاة الموضوع طبقوا المادة الخامسة من قانون الأسرة على الطلاق قبل البناء، وقضوا بإرجاع الصداق كاملا على أساس أنّ العدول عن الخطبة كان من طرف الطاعنة رغم أنّ عقد الزواج قد تم بين الطرفين، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>4</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة 222 من نفس القانون السالف الذكر والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية<sup>5</sup>، وعملا بهذه المادة، فإنه يتوجب على المخطوبة -سواء كان العدول من جهتها أو من جهته أو من جهتهما معا- إرجاع الصداق بعينه إذا كان قائما بذاته، أما إذا استهلك أو هلك فعليا رد مثله أو قيمته؛ وهذا لأنّ

<sup>1</sup> - انظر. نشوان زكي سليمان الحليم، محمود خليل عبد الكريم العباسي، المرجع نفسه، ص.113. وعبير ربحي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص.66.

<sup>2</sup> - حيث نصت المادة على أنه "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

<sup>3</sup> - حيث نصت المادة 9 مكرر على أنه "يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: ... الصداق ...".

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، الصادر بتاريخ 1993/10/16، ملف رقم 96801، ع.خ، ص.266.

<sup>5</sup> - نصت المادة 222 من قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة على أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

العقد لم يتم بعد، ولكونه يدفع لغرض الزواج وهذا ما لم يتحقق طالما أنّ الخطبة هي مجرد وعد به طبقاً لقانون الأسرة<sup>1</sup>. وعليه، فإنّ المشرع من خلال هذه المادة، قد أخذ ما أجمع عليه الجمهور في أنّ الخاطب له أن يسترجع صداقه كاملاً من المخطوبة حتى وإن كان متعسفاً في استعمال حق العدول عن الخطبة<sup>2</sup>.

### ب- موقف التشريعات العربية من حكم استرداد الصداق

تطرق المشرع المغربي -من خلال مدونة الأسرة- إلى حكم الصداق الذي يقدمه الخاطب لخطيبته قبل كتابة رسم الزواج ووقع بعد ذلك عدول عن الخطبة؛ حيث نصت المادة التاسعة من المدونة على أنه "إذا قدّم الخاطب الصداق أو جزءاً منه وحدث عدول عن الخطبة، أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائماً، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه. وإذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي تحول إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه".

ويتضح مما سبق ذكره أنّ الصداق المشار إليه قد أعطي بقصد الزواج، ومادام هذا الأخير لم يتم فإنّه من حق الخاطب استرجاع ما قد يكون عاجله من صداق ثابت، فإن كان قائماً استرده بعينه، وأما إن كان هالكا أو مستهلكا استرده بمثله إن كان من المثليات أو قيمته يوم التسلم، وذلك بغض النظر من مسألة العدول وأسبابها فيما إن كان العدول تعسفياً من جهة الخاطب<sup>3</sup>، وسواء كان العدول منها أو منه أو منهما معاً<sup>4</sup>.

ومن هذا السياق يتضح أنّ المشرع المغربي أخذ بما أجمع عليه جمهور الفقهاء بوجوب رد الصداق للخاطب عينا إن كان قائماً، وأما إن هلك أو استهلك استرد بمثله إن كان من المثليات، أو قيمته يوم تسلمه إن كان من القيمات.

1- خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.64.

2- وأما إذا تم الاختلاف في المقبوض ما إن كان هدايا أو صداق، فيبدو أنّ التمييز في هذا الشأن وإن كان له نتيجة واحدة إن كان العدول من جهة المخطوبة؛ لأنها في كلتا الحالتين ملزمة بإرجاعهما معاً، أما في الحالة العكسية إذا كان العدول من الخاطب، فباعتبار أنّ الصداق يسترد أياً كان المتسبب في العدول، أما الهدايا فتسترد حسب الأحوال، وعلى ذلك فقد تتمسك المخطوبة بكون ما قبضته هدية لتتحلل من رده، أما الخاطب فيتمسك باعتباره صداقاً للاستفادة من إمكانية الاسترداد. وفي هذه الحالة نكون أمام النزاع حول الصداق الذي نصت عليه المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها "في حالة النزاع حول الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحد بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين". انظر. خدام هجيرة، المرجع نفسه، ص.64-65.

وفي هذا الصدد اعتبرت المحكمة العليا بالجزائر أنّ الهدايا لا تعتبر صداقاً وذلك في قرار صادر عن المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 16/03/1999 ملف رقم 219313، اجتهاد قضائي، لسنة 2001، ع.خ، ص.39.

3 - إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص.107.

4- يحق لورثة الخاطب المتوفى في فترة الخطوبة استرداد الصداق المقدم قبل إبرام العقد. انظر. إدريس الفاخوري، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.



كما تعرضت الفقرة الثانية من نفس المادة لمسألة تصرف المخطوبة في مبلغ الصداق؛ أي إذا تحول مبلغ الصداق المقدم أثناء الخطبة إلى جهاز (مثل الفراش واللباس وغيرها...) <sup>1</sup>، ثم يحصل عدول عن الخطبة، فيمكن للمخطوبة طبقاً لهذه الفقرة إرجاع المبلغ المقبوض من الصداق والاحتفاظ بالأشياء التي اشتريتها به، وإذا رفضت المخطوبة الاحتفاظ بما حول إليه مبلغ الصداق، أمكن للخاطب حيازته بالمبلغ الذي أنفق في شرائه، ولكن إذا لم ترغب المخطوبة أو رفض الخاطبان معا تسلم الجهاز بالمبلغ الذي أنفق فيه وبيع بمبلغ أقل، تحمل المتسبب في فسخ الخطبة الفرق بين المبلغين <sup>2</sup>.

وأما المشرع التونسي فلم ينص في مجلة الأحوال الشخصية على أحكام لما يقدم من صداق للمخطوبة بمناسبة تقريره لأحكام الخطبة، بل اكتفى مثله مثل المشرع الجزائري بالنص على الصداق باعتباره شرطاً من شروط صحة عقد الزواج في الفقرة الثانية من الفصل الثالث، وبما أنّ الصداق يقدم - كما سبق وأن ذكرنا - بقصد الزواج، ولأنّ الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية نصت على هذا الأساس، والذي جاء فيه "كل ما كان مباحاً ومقوماً بالمال تصلح تسميته مهراً وهو ملك للمرأة".

وإن تم الرجوع إلى نص الفصل 33 من المجلة، نجد المشرع أوجب نصف الصداق للزوجة المطلقة قبل الدخول وليس للمخطوبة، ويتضح من ذلك أنّ نصف الصداق الذي فرض يكون بعد العقد وقبل الدخول، وحق المرأة في الصداق كله يكون بالزواج الذي يتحقق بالدخول، وما دام هذا لم يتم كان من حق الخاطب استرجاع ما أداؤه عينا إن وجد أو قيمته إن تلف، بغض النظر عن مسألة العدول وأسبابه، سواء كان عدول الخاطب تعسفياً أو كان العدول منها أو بالاتفاق معاً، فعليه رده وفق الأحكام التي أردفناها، فيكون بذلك المشرع التونسي قد أخذ بما اتفق عليه الجمهور في مسألة حكم استرداد الصداق في حالة العدول، سواء كان العدول شرعياً أو تعسفياً من قبل الخاطب، فللمخطوبة رد ما دفع إليها من صداق <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - من أهم الإشكاليات المثارة أيضاً مصاريف العلاج، أو التجميل، أو الدراسة المقدمة أثناء الخطبة، ما إذا كانت تأخذ حكم الهدايا المنصوص عليها في المادة الثامنة من مدونة الأسرة، أم تأخذ حكم التبرعات، وفي هذا الأمر يوجد رأيان؛ الرأي الأول يؤكد على أنه لا يحق للخاطب المطالبة باسترداد مقابل ما أنفقه، وذلك استناداً إلى أحد الآراء الفقهية في المذهب المالكي، الذي مفاده أنه لا يرجع بشيء أهدي أو أنفق ولو كان الرجوع من جانبها، ويتجلى الرأي الثاني في أنه يحق للخاطب استرداد ما أنفقه تأسيساً على رأي آخر من الفقه المالكي، مفاده أنّ الأصح الرجوع عليها إن كان الامتناع من جهتها، إلا لعرف أو شرط؛ لأنّ الذي أعطي لأجله لم يتم"، وهذا الرأي الأخير هو الذي اعتمد من طرف المشاركين في اليوم الدراسي. يوم دراسي منعقد يوم 20 فبراير 2007 بالمعهد العالي للقضاء بالرباط، بمناسبة تخليد الذكرى السنوية الثالثة لصدور مدونة الأسرة، والمنظم من طرف وزارة العدل، نشرت هذه الأشغال بمجلة قضاء الأسرة. مقتبس من إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص.ص. 108-109.

<sup>2</sup> - انظر. إدريس الفاخوري، المرجع نفسه، ص.ص. 107-108. محمد الشافعي، الزواج والخلاله في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص.ص. 28-29. وما يلاحظ على الفقرة الثانية من هذه المادة - وخاصة الحالة الأخيرة - يبدو أنّ المشرع المغربي لم يوفق في تقرير هذا المبدأ؛ إذ كان عليه أن يميز بين حالة وقوع العدول من الخاطب، فللمخطوبة الخيار بين أن ترجع له مبلغ الصداق أو تسليمه للجهاز، وبين حالة صدور العدول من المخطوبة، حيث يتعين عليها إعادة الصداق أو قيمته لأنه من باب أولى أن تتحمل الخسارة. خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.ص. 66-67.

<sup>3</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 64.

غير أنّ محكمة التعقيب التونسية لم تسكت عن هذه المسألة، فقد جاء في قرار لها بتاريخ 5 أفريل 1995 أنّ "المهر ركن من أركان الزواج الذي يبرم بين الطرفين باعترافهما. وعليه، فلا يمكن اعتبار المصوغ والملابس المقدمة من الخطيب لخطيبته قبل إبرام عقد الزواج إلا من قبيل الهدايا التي يحكم دعوى استردادها الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية التونسية"<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى المشرع المصري نجد أنّ قانون الأحوال الشخصية لم ينص - كما سبق وأن أشرنا - على مسألة الخطبة وأحكام العدول عنها وما يترتب عنها من آثار، ومن بين هذه الآثار التي هي موضوع الدراسة أيضا الصداق، فيكون بذلك لزاما على القاضي، ونزولا عند حكم المادة الثالثة من هذا القانون الرجوع إلى راجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، وهو أمر استقر العمل به بموجب المادة 280 من اللائحة الشرعية؛ إذ نصت على أنه "تصدر الأحكام طبقا للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة"<sup>2</sup>.

ومن هذا المنطلق يتضح أنّ المشرع المصري قد أخذ بما أجمع عليه الفقهاء في مسألة استرداد الخاطب للمهر، سواء كان الخاطب قد أمهرها جزئاً من المهر أو جميعه، فله الحق في رجوع عليها فيه، سواء كان العدول شرعياً باستعمال حقه دون إضرار من المخطوبة أو كان العدول تعسفياً، وسواء كان العدول منها أو منهما معاً. وعليه، فإن كان الصداق قائماً استرده بعينه، وأما إن كان هالكا أو مستهلكاً رجوع عليها بمثله إن كان من المثليات، أو قيمته إن كان من القيمات.

وأما المشرع الأردني فقد أخذ هو الآخر بما اتفق عليه الجمهور في وجوب استرداد المهر عينا إن كان قائماً، أو مثليا أو قيمته يوم تسلمه إن لم يكن من المثليات، وهذا في حال إن حدث ما يمنع من الاستمرار في الخطبة وإتمام العقد<sup>3</sup>.

وبالعودة إلى المشرع العراقي، فقد نص في المادة 19 ف.2 من قانون الأحوال الشخصية على أنه "إذا سلم الخاطب إلى المخطوبة قبل العقد مالا محسوبا على المهر ثم عدل أحد الطرفين عند إجراء العقد، أو مات أحدهما، فيمكن استرداد ما سلم وإن استهلك فبدلاً". ويتضح من خلال النص أنّ المشرع أخذ برأي ما اتفق عليه جمهور الفقهاء، وهو بذلك حذو التشريعات العربية التي سلف ذكرها. وعليه، فإذا قدم الخاطب لمخطوبته أو لوليها بعلمها المهر كله أو جزءاً منه ثم انتهت الخطبة بالعدول عنها، كان للخاطب الحق في استرداد ما قدمه من صداق بعينه إن كان باقياً، وأما إذا كان هالكا أو مستهلكاً فيجب رد مثله إن كان مثليا وقيمه إن كان قيمياً، ويستوي في ذلك إن كان العدول عن الخطبة من الخاطب أو من المخطوبة أو منهما

<sup>1</sup> - قرار تعقيبي مدني، صادر من محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 1995/04/05، رقم 35362، ن.م.ت، لسنة 1995، ص.444.

<sup>2</sup> - مصطفى راتب حسن علي، مرجع سابق، ص.ص. 1901-1902.

<sup>3</sup> - عبير ربحي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص.75.

معا؛ لأنّ المهر يعد من آثار عقد الزواج، فإذا لم يكن هناك عقد زواج فليس هناك صداق<sup>1</sup>، باعتبار أنّ المهر من حق الخاطب يسترده عند العدول عن الخطبة وعند وفاته<sup>2</sup>.

ويتضح مما سبق ذكره أنّ الخاطب حتى ولو تعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، فليس من حق المخطوبة الاحتفاظ بالصداق؛ لأن هذا الأخير يجب بالزواج ويتحقق بالدخول، فإن كان ما قدمه الخاطب من مهر مازال قائما استرده بعينه، وأما إن كان هالكا أو مستهلكا رجع عليها بمثله أو قيمته يوم تسلمه، وهذا ما أجمع عليه جمهور الفقهاء وسارت على نهجه التشريعات العربية، سواء بالتعريض أو بنصوص صريحة في ذلك. والجدير بالذكر في هذا المقام أنّ التعسف في العدول عن الخطبة قد تنتج عنه آثار أخرى، وإن صح التعبير أضرارا للطرف الآخر، فما موقف الفقه من جبر الضرر الذي يلحق الطرف الذي صدر فيه التعسف في العدول عن الخطبة؟ أو ما هي الوسيلة التي جاء بها الفقه لجبر الضرر الذي قد يلحق الطرف الذي وقع عليه التعسف من العدول عن الخطبة؟ وما موقف التشريعات العربية من ذلك؟

### الفرع الثالث

#### أثر التعسف في استعمال حق العدول على التعويض عن الأضرار

يعتبر العدول عن الخطبة حكما شرعيا مكفولا لكلا الطرفين، غير أنّ هذا الحق ليس على إطلاقه، وإنما مقيد بعدم إضرار الغير. وعليه، فإذا اقتزن العدول عن الخطبة بأفعال أخرى سببت ضررا للغير فهل يجوز التعويض عن ذلك الضرر؟ وعليه، وللإجابة على هذا التساؤل أمكن تسليط الضوء على حكم التعويض عن الأضرار المترتبة في حالة التعسف في استعمال حق العدول (أولا)، وكذا موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من ذلك (ثانيا).

#### أولا: حكم التعويض عن الأضرار المترتبة في حالة التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم التعويض عن ضرر العدول على قولين؛ هناك من قال إنّ العدول عن الخطبة بدون مبرر لا يعد من قبيل التعسف في استعمال الحق وقد قال بذلك السنهوري، وذهب الدريني ومصطفى السباعي إلى أنّ العدول عن الخطبة بدون مبرر يعتبر ضربا من التعسف في استعمال الحق، وقد سبق التطرق إلى هذه المسألة<sup>3</sup>، والتي تم ترجيح القول الثاني فيها وذلك استنادا إلى ما جاء به الدريني، أنّ الحكم بالتعويض يستند أساسا إلى التعسف الذي نجم عنه الضرر، والغرض منه إزالة الضرر اللاحق بالطرف الآخر

<sup>1</sup> - نشوان زكي سليمان الحلبي، محمد خليل عبد الكريم العباسي، مرجع سابق، ص. 119.

<sup>2</sup> - عند وفاة الخاطب يكون المهر من حق ورثته استرداده، ويكون من الواجب على المخطوبة رد ما قبضته من صداق أثناء مدة الخطبة، سواء كان عينا أو نقدا، فإن كان باقيا فمن حق الورثة استرداده بعينه، وفي حالة هلاكه أو فقدانه يسترد قيمته إن كان أشياء كالأثاث والمعادن، وترد مثله إن كان نقدا؛ لأنّ المخطوبة لا تستحق شيئا من الصداق إلا بعقد الزواج. انظر. إسماعيل أمين النواظرة، وأحمد موسى المومني، الأحوال الشخصية (فقه النكاح)، ط. 1، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، لسنة 1430-2010م، ص. 54. نشوان زكي سليمان الحلبي، محمد خليل عبد الكريم العباسي، المرجع نفسه والصفحة نفسها.

<sup>3</sup> - انظر. الصفحة 21، 22، 23، 24 من هذه الدراسة.

دون وجه حق، وهو ما تقتضيه العدالة ولا علاقة لهذا بحرية الزواج أصلاً<sup>1</sup>، وإذا كانت هذه الأخيرة منحت في الشرع لكل إنسان عدل، فإنّ الإلزام بالتعويض بالنسبة لمن ألحق ضرراً بغيره تعسفاً مما يقتضيه العدل أيضاً، وكلاهما واجب الإنفاذ؛ لأنّ العدل لا يتجزأ، وإلا كان الظلم لاحقاً بالمضروب دون مسوغ، وهو ما لا يقره الشرع بأي حال من الأحوال<sup>2</sup>.

كما أنّ لمن عدل من طرفي الخطبة مطلق الحرية في أن يعود إلى الآخر، ويتفق على إبرام عقد الزواج، ولا مانع يحول دون ذلك، ناهيك عن أنّ الحرية في أصل العدول مكفولة أيضاً، ولا يؤثر الحكم بالتعويض جزاءً للتعسف في استعماله على هذه الحرية المطلقة؛ إذ التعويض منشأه التعسف في استعمال حق العدول وليس منشؤه أصل حق العدول، وهنا فرق شاسع بين أصل الحق وبين التعسف في استعماله؛ فالأول يبقى مكفولاً لأنه شرع لصحاب الحق، والثاني يدرء، والتميز بينهما من أبلغ وجوه الدقة في التشريع. وعليه، فإنّ المسؤولية التعسفية التي أوجبت التعويض عن الضرر عدلاً لم تمس أصلاً، أي من مبدأ الحرية في العدول ولا من مبدأ الحرية في الزواج، وهذا مما ينبغي أن يتجه نقداً للرأيين السابقين<sup>3</sup>.

والجدير بالذكر أنّ الفقه المعاصر لم يختلف فقط في مسألة حكم التعويض عن الضرر وما إذا كان هناك تعسف أم لا، بل اختلف أيضاً في وجوب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية أو الأدبية الناشئة في حالة التعسف في العدول عن الخطبة أم اقتصر التعويض على الأضرار المادية فقط دون المعنوية<sup>4</sup>، وذلك من خلال قولين؛ حيث ذهب البعض منهم إلى القول بوجوب التعويض عن العدول عن الخطبة إذا ترتب عنه ضرر مادي فقط (أ). وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة إذا ترتب عنه ضرر مادي أو معنوي (ب).

#### أ- وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة إذا ترتب عنه ضرر مادي فقط

ذهب البعض من الفقهاء المحدثين<sup>5</sup>، إلى أنّ العدول عن الخطبة إذا ترتب عنه ضرر مادي استوجب التعويض، أما إذا لم يترتب عن العدول ضرر مادي أو ترتب ضرر معنوي فلا تعويض. فقد قرروا أنّ العدول عن الخطبة في حدّ ذاته لا يكون سبباً للتعويض لأنه حق، والحق لا يترتب عنه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة لا بمجرد الخطبة والعدول، كأن يطلب الخاطب مثلاً نوعاً من الجهاز يكون باهظ الثمن، أو تطلب المخطوبة إعداد مسكن مفروش بأحدث موضة ويكون الفرش باهظ

<sup>1</sup> - إذ لم يقل أحد بأنّ من عدل عن الخطبة متعسف ملزم بإنشاء عقد الزواج مستقبلاً، فهما أمران منفصلان، فحرية الزواج بقيت مكفولة بعدم الحكم بالتعويض كما كانت مكفولة قبله؛ إذ ليس الإلزام بالتعويض جبراً للضرر وجزاء للتعسف، يتضمن الإلزام بإبرام عقد الزواج مطلقاً. انظر. فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مرجع سابق، ص. 475-476.

<sup>2</sup> - فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص. 476.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص. 476.

<sup>4</sup> - جميل فخري محمد جاتم، مرجع سابق، ص. 129.

<sup>5</sup> - انظر. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 40.

الضمن، ثم يكون العدول والضرر، فالضرر هنا نزل بسبب عمل كان من طرف الذي عدل غير مجرد الخطبة فيعوض، وإن لم يكن كذلك فلا تعويض<sup>1</sup>.

وتماشيا مع ما تم ذكره يكون الضرر نوعان؛ ضرر ينشأ -وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول كالمثاليين السابقين- وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأول يعوّض والثاني لا يعوّض؛ إذ الأول كان تغيرا، والتغير عند أصحاب هذا القول يوجب الضمان، وبذلك يكون التعويض عن الضرر المادي فقط دون المعنوي<sup>2</sup>.

### ب- وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة إذا ترتب عنه ضرر مادي أو معنوي

ذهب البعض الآخر<sup>3</sup> إلى أنّ التعويض يترتب عن العدول عن الخطبة إذا نشأ عن ذلك ضرر، سواء كان الضرر ماديا أو معنويا. وقد اشترط في التعويض عن العدول عن الخطبة ثلاثة شروط: تمثل الشرط الأول في أن يثبت أنّ العدول لم يكن بسبب من المخطوبة، وأما الشرط الثاني أنّ العدول قد أضرّ بها ماديا ومعنويا غير الاستهواء الجنسي، وتجسد الشرط الثالث في أنّ الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة بما استدل به عادة وعقلا، وعلى تأكيد خطبته وتصميمه على إجراء عقد الزواج<sup>4</sup>. وعليه، وجب توفّر هذه الشروط مجتمعة حتى يحصل المتضرر على التعويض عن الضرر المادي والمعنوي، ويقع على المتضرر إثبات هذه الشروط.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من حكم التعويض عن الأضرار المترتبة عن

### التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

بعدما بينا موقف الفقه من مسألة حكم التعويض عن الضرر في حالة التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، وبيننا أيضا الاختلاف الفقهي بشأن وجوب وعدم وجوب التعويض عن الضرر المادي والمعنوي معا، نأتي الآن إلى تبيان موقف القانون من ذلك. وعليه، سنتعرض في هذه المسألة أيضا إلى موقف المشرع الجزائري من حكم التعويض عن الأضرار المترتبة عن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة (أ)، وبعدها نعرض على موقف التشريعات العربية من حكم التعويض عن الأضرار المترتبة عن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة (ب).

أ-موقف المشرع الجزائري من حكم التعويض عن الأضرار المترتبة عن التعسف في استعمال حق

### العدول عن الخطبة

تمت الإشارة آنفا إلى موقف المشرع الجزائري من مسألة حكم التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، وبيننا أنّ المشرع لم ينص صراحة على مسألة حكم التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، ولا

1- انظر. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.40.

2- المرجع نفسه والصفحة نفسها.

3- مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص.68.

4- المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

حتى الاجتهادات القضائية تعرضت إلى ذلك<sup>1</sup>، غير أنّ مسألة التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة سواء كان العدول تعسفياً أو غير تعسفياً لم يغفل عنها المشرع الجزائري، ولم يميز بين العدول التعسفي والعدول الشرعي؛ حيث قرر المشرع في قانون الأسرة منح التعويض إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين طبقاً لنص المادة الخامسة الفقرة الثالثة من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02-05، والتي جاء فيها: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

ويلاحظ من خلال هذا النص أنّ المشرع حسم في قانون الأسرة مسألة التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة. وعليه، يكون الحكم بالتعويض جائزاً ومتروكاً لصلاحيات القاضي، ومن هذا المنطلق يكون المشرع قد أخذ بالقول الثاني الذي جاء فيه وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة إذا ترتب عنه ضرر مادي أو معنوي<sup>2</sup>.

وعلى المستوى القضائي نجد أنّ القضاء قد أكد مسألة التعويض عن العدول عن الخطبة؛ حيث جاء في قرار قضائي صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/25 أنه "من المقرر قانوناً أنّ الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضاً أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعدّ خرقاً للقانون. ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أنّ المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف، ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطبة أمام القضاء، يكونون قد خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>3</sup>.

وجاء في قرار آخر قضت المحكمة العليا فيه برفض طلب التعويض المقدم من الطاعنة التي عدلت عن الخطبة بناءً على إرادتها، وكان عدولها وفق تفسير المحكمة بدون مبرر شرعي أو قانوني. ويستشف من هذا القرار بمفهوم المخالفة أنه لو توفرت المبررات الشرعية والقانونية للعدول لقضت المحكمة بالتعويض، وهذا استدلال جيد للمحكمة مستوحى من نص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون 02-05 المتعلق بقانون الأسرة<sup>4</sup>. كما قضى مجلس قضاء مستغاث بالتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة منذ سنة 1966<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - انظر. الصفحة 27، 28، 29، 30 من هذه الدراسة.

<sup>2</sup> - انظر. بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، ط. 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، لسنة 1428هـ-2007م، ص.ص. 100-101.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في 1989/12/25، ملف رقم 56097، م.ق، لسنة 1991، ع. 4، ص. 102.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 92719، بتاريخ 1993/07/13، م.ق، ع. 1، لسنة 1995. مقتبس عن بن زيطة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص. 109.

<sup>5</sup> - بن زيطة عبد الهادي، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

## ب- موقف التشريعات العربية من حكم التعويض عن الأضرار المترتبة عن التعسف في استعمال

### حق العدول عن الخطبة

بالرجوع إلى المشرع المغربي نجد مدونة الأسرة - كما سبقت الإشارة - قد منحت لكل من الطرفين العدول عن الخطبة، وأن من يستعمل حقه بدون تعسف لا يجوز مقاضاته ومطالبته بالتعويض عن أي ضرر يكون قد لحق الغير نتيجة استعمال هذا الحق، وذلك استنادا إلى قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان". وإذا كان العادل عن الخطبة له دخل في الضرر الذي أصاب الطرف الآخر بسبب العدول، أمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد العامة ووفقا لصور التعسف في العدول التي سبق ذكرها. وتطبيقا لذلك جاء في نص المادة 7 من مدونة الأسرة المغربية على أن "بمجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض". وتأسيسا لذلك تكون المدونة وفق هذا النص قد سدت الفراغ القانوني الذي كان موجودا في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة<sup>1</sup>.

وما يؤكد وجوب التعويض في حالة التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة ما جاء في حكم قضائي: "وحيث أن التراجع عن الخطبة لا يترتب عنه الحق في التعويض، وإن لم يكن له مبرر ظاهر إلا عند صدور فعل من المتراجع عن الخطبة ألحق ضررا بالمخطوبة؛ كحملها على الانقطاع عن الدراسة، أو الاستقالة من الوظيفة، أو تحمل نفقات معينة... وحيث أنه لم يثبت للمحكمة من خلال إطلاعها على مستندات الملف ووثائقه صدور أي فعل سبب ضررا للمدعية ما عدا العدول عن الخطبة، الذي لا يكفي وحده لثبوت الحق في التعويض ما لم يكن مصحوبا بفعل آخر ألحق ضررا بالمدعية من قبيل ما ذكر سالفا<sup>2</sup>". كما رفض القضاء المغربي منح التعويض للمخطوبة لأن القانون لا يبيح العلاقة الجنسية بين الطرفين إلا في نطاقها الشرعي<sup>3</sup>.

ومن هذا المنطلق يتضح أن المشرع المغربي لم ينص على مسألة التعويض عن الضرر المعنوي، ولا حتى في الاجتهاد القضائي قد قضى بذلك صراحة. وعليه، يتضح أن المشرع المغربي أخذ بالقول الأول في مسألة وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة إذا ترتب عنه ضرر مادي فقط دون المعنوي.

وأما المشرع التونسي فلم ينص صراحة على مسألة التعويض عن الضرر في مجلة الأحوال الشخصية، وبالرجوع إلى القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 3 مارس 1959 التي قضت فيه: "أن الوعد بالزواج إن كان غير ملزم بإتمامه لكنه من قبيل الحق الذي ينبغي عدم إساءة استعماله، وإساءة استعماله تكمن في

<sup>1</sup> - انظر. إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص.ص. 109-110.

<sup>2</sup> - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالحسيمة، رقم 503، بتاريخ 07/07/2008، ملف رقم 07/651 غير منشور. مقتبس عن إدريس الفاخوري، المرجع نفسه، ص. 110.

<sup>3</sup> - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة قسم قضاء الأسرة، بتاريخ 2007/03/22، ملف عدد 2006/536 منشور. مقتبس عن إدريس الفاخوري، المرجع نفسه، ص. 111.

حق المطالبة بجبر الضرر على قاعدة الجنحة المدنية لا المطالبة بغرم ناتج عن عدم الوفاء بالالتزام<sup>1</sup>، ويتضح من خلال القرار القضائي وغياب النص التشريعي، أنّ المشرع التونسي حذا حذو المشرع المغربي في مسألة وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة إذا ترتب عنه ضرر مادي فقط دون المعنوي، وهو القول الذي جاء به أصحاب القول الأول.

وبالعودة إلى المشرع المصري نجد أنّ المحاكم المصرية قد ذهب بعضها إلى عدم التعويض، وذهب البعض الآخر إلى جواز التعويض عن التعسف في استعمال حق العدول، والذي استقر عليه القضاء في مصر هو ما قرره محكمة النقض المدنية في عام 1939: أنّ "الخطبة ليست بعقد ملزم، وأنّ مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا للتعويض، وأما إذا اقترنت بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>2</sup>. وبالرجوع إلى أحد القرارات الصادرة بتاريخ 27 أبريل 1960<sup>3</sup>، يتضح وجوب التعويض عن الضرر المعنوي، ومن هذا المنطلق يكون المشرع المصري قد حذا حذو المشرع الجزائري بأخذه بالقول الثاني في وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة إذا ترتب عنه ضرر مادي أو معنوي.

وأما المشرع الأردني والعراقي، فيلاحظ من خلال قانون الأحوال الشخصية الأردني وقانون الأحوال الشخصية العراقي أنّهما لم يتعرضا إلى حكم التعويض عن التعسف في العدول عن الخطبة، مما يدل على أنّ هذين القانونين لم يأخذا بمبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة سواء كان مجرد العدول عن الخطبة أو كان العدول مقترنًا بأفعال أخرى سببت ضررًا للغير، وسواء كان العدول من جانب العادل أو العادلة<sup>4</sup>.

وعليه، نستنتج من خلال ما سبق ذكره أنّ العدول عن الخطبة حق شرعي لكلا الطرفين، وعلى الخطيبين استعمال هذا الحق لتحقيق المقصود الشرعي الذي شرع لأجله العدول، ويستشف العدول من خلال القرائن الدالة على ذلك، ويكون باقتران فعل العدول بأفعال أخرى تسبب ضررًا للغير. وعليه، فإذا اقترن العدول بأفعال أخرى سببت ضررًا لأحد الطرفين أجاز له الرأي الراجح من الفقه بطلب التعويض، خاصة وأنّ النتيجة التي آل إليها ذلك الفعل تظهر من خلال الغاية والتي هي الضرر الذي أصاب الغير، ونجد من التشريعات من أوجبت التعويض عن التعسف في استعمال حق العدول سواء من خلال نصوصها أو تطبيقاتها القضائية، وهناك من التشريعات من أجازت التعويض عن فعل العدول سواء كان العدول شرعياً أو تعسفياً،

<sup>1</sup> - قرار تعقيبي مدني، صادر من محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 1959/03/03، رقم. 1556، م.ق.ت، لسنة 1959، ع. 6، ص. 30.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص. 87.

<sup>3</sup> - انظر. الصفحة 32، 33 من هذه الدراسة.

<sup>4</sup> - انظر. جميل فخري محمد جام، مرجع سابق، ص. 136. ونشوان زكي سليمان عبد الحليم، محمد خليل عبد الكريم العباسي، مرجع سابق،

ص. 101.



فإذا كان الطرف الآخر لحقه ضرر فيجوز لهذا الأخير المطالبة بالتعويض لما لحقه من ضرر، ويخضع التعويض عن الضرر للسلطة التقديرية للقاضي.

كما يعتبر التعويض أثرًا من آثار التعسف في استعمال حق العدول، ولقد أجاز المشرع الجزائري -أخذًا بالقول الثاني من الفقه- التعويض عن الضرر المادي والمعنوي، وهناك من التشريعات من أخذت بالقول الأول وأوجبت التعويض فقط عن الضرر المادي، ويترتب عن التعسف في استعمال الحق آثار أخرى منها استرداد الهدايا والصدقات، غير أنّ التعسف في استعمال الحق الذي سبقت الإشارة إليه من خلال صور التعسف، والذي يلحق المرأة من عدول الخاطب عن الخطبة، ليس التعسف الوحيد الذي يمكن أن تتعرض له المرأة، فقد تصادف المرأة تعسفات أخرى تصدر من أقربائها، أو بالأحرى من وليها من خلال حق الولاية، أو من خلال مغالاتهم في الصداق لمن يريد الزواج من ابنتهم، وحتى هذه الأخيرة قد تكون مشاركة في التعسف من خلال تعسفها في المغالاة في صداقها.

## المبحث الثاني

### التعسف في استعمال الحق عند انعقاد الزواج

يعتبر الزواج عقدًا يقوم كسائر العقود على أركان من أهمها: الرضا، والولاية، والصدقات وغيرها- وإن اختلف الفقهاء فيما اعتبروه ركنًا أو شرطًا- وتعتبر هذه الأركان ركائز للعقد يقوم بتوفرها ويطلق بتخلفها، وهذه الأركان هي قوام العقد وأيضًا الحقوق التي يتمتع بها طرفاه، وخاصة الولي والمولى عليها، وباعتبار الولاية والصدقات حقوقًا يتمتع بها كل من الولي والمولى عليها، إلا أنّ هاتين الحقوق شرعت كوسيلة لغاية وهي تحقيق مقصد الشارع الحكيم من تشريع هذا الحق؛ فالحق بمثابة وسيلة لتحقيق غاية شرعية، والوسيلة تدور مع الغاية وجودًا وعدمًا، فإذا وجدت الغاية الشرعية وجدت وسيلتها وصحت شرعًا.

وباعتبار أنّ الحق غير مطلق وإنما مقيد بعدم الإضرار بالغير، إلا أنّ الولي قد يتعسف في استعمال حق الولاية، فينحرف بذلك عن المقصود الشرعي الذي شرعت لأجله الولاية، كما قد ينحرف هو وموليته في استعمال حق الصداق عن الغاية الشرعية التي أجازت استعمال هذا الحق. وعليه، سيتم التطرق في هذا الصدد إلى التعسف في استعمال حق ولاية التزويج (المطلب الأول)، ثم يتم التعرّيج على التعسف في استعمال حق الصداق (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### التعسف في استعمال حق ولاية التزويج

تعتبر الولاية على النفس<sup>1</sup>، حقًا للأب في تولي شؤون المولى عليها بما يكون في ذلك صلاحًا لها؛ وتمتد ولايته على البنت القاصرة وحتى البالغة، وسواء كانت بكرًا أم ثيبًا. غير أنّ نظرة الولي لهذا الحق -أي حق ولاية التزويج<sup>2</sup>- قد تحيد على ما شرع له في الأصل، فيمارس هذا الحق بنقيض مقاصده الشرعية، وهذا ما يعرف بالتعسف في استعمال حق ولاية التزويج، وتتعدد صور تعسف الولي في استعمال حق الولاية بتعدد كثرة تعسفاته التي يمارسها إزاء من له الولاية عليها. وعليه، سنقوم في هذا الصدد بتسليط الضوء على تعسف الولي في منع موليته من الزواج (الفرع الأول)، وبعدها سيتم التطرق إلى تعسف الولي بتزويج موليته بدون رضاها (الفرع الثاني).

<sup>1</sup>- يقصد بالولاية على النفس هي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذًا من غير حاجة إلى إجازة أحد، والمحافظة على نفس القاصر، فالولاية في الزواج. قد يكون الولي في الزواج هو الولي المالي أيضًا، وهذا يكون فقط في حالة ما إذا كانت الولاية للأب والجد؛ لأنّ لهما الولاية على النفس والولاية المالية، ولا نلتبس ازدواج مثل هذه الولاية -أي ولاية المال وعلى النفس- في الوصي المختار من الأب والجد، ولا في الوصي الذي يعينه القاضي، فالولاية على الزواج لا تكون لهما. راجع أسامة ذيب مسعود، الإكراه في عقد الزواج (دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية)، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، لسنة 1432 هـ-2011 م، ص. 98.

<sup>2</sup> - تعرف الولاية لغة: وُلِيَ الشيء وُليَ عليه ولايةٌ وولايةٌ، وقال ابن السكيت: الولاية بالكسر، السلطان، والولايةُ والولايةُ الثُّصرة. وُليَ المرأة: الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد نكاحها دونه. راجع. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج. 15، مرجع سابق، ص. 407.

وتعرف الولاية اصطلاحًا بأنها سلطة شرعية تمكن الشخص من القدرة على إنشاء العقود والتصرفات صحيحة نافذة، سواء كان ينشئها لنفسه أم لغيره. ويعرف الولي بأنه: القريب الذي ولاه الله تزويج من لا يستطيع عقد زواجه بنفسه (كالمرأة والصغير والمجنون). انظر. رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء -دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان-، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، لسنة 2011، ص. 303. وإسماعيل أمين نواهضة، أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية (فقه النكاح)، مرجع سابق، ص. 92.

وأما قانوننا فبالرجوع إلى قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة، نجد المشرع الجزائري أشار إلى الولاية في فصل خاص أسماه الولاية، ولكنه لم يعرفها، وبالنسبة إلى التشريعات العربية، نجد قانون القانون المغربي أشار إلى الولي دون تعريف له في المادة 236 من المدونة المغربية. كما تطرق القانون التونسي إلى الولي ولم يعرفه كذلك في الفصل 08 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، وبالنسبة للقانون المصري نجد لم يعرف الولاية ولا الولي في قانون الولاية على المال رقم (119) لسنة 1952، ولا في القانون المدني رقم (131) لسنة 1948، ولا في قانون الأحوال الشخصية، تاركًا الأمر إلى الفقه. ونجد قانون الأحوال الشخصية الأردني نص على الولي في المادة 14 منه. وبالنسبة للقانون العراقي لم يورد في نصوص الأحوال الشخصية تعريفًا خاصًا بالولاية، وأحال ذلك إلى مقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية؛ لكونها الأكثر ملاءمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية. انظر. المادة الأولى الفقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

## الفرع الأول

### تعسف الولي في منع موليته من الزواج

يقصد بمنع الولي موليته من الزواج في المصطلح الفقهي العضل عن الزواج<sup>1</sup>، ويعتبر هذا الأخير أحد أبرز صور تعسف الولي. والجدير بالذكر في هذا الصدد أنّ العضل عن الزواج، أو منع الولي موليته من الزواج هو الآخر يتخذ صوراً له، ولهذا سنبرز في هذا الشأن هذه الصور، وكذلك حكم منع الولي موليته من الزواج أو ما يعرف فقهاً "حكم الولي العاضل" (أولاً)، ثم نبين بعد ذلك موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الولي في منع موليته من الزواج (ثانياً)، ونشير بعدها إلى معايير تعسف الولي في منع موليته من الزواج (ثالثاً).

### أولاً: صور وحكم منع الولي موليته من الزواج

سندرس في هذا الصدد صور تعسف الولي في منع موليته من الزواج؛ أي صور العضل (أ)، وبعدها نتطرق إلى حكم منع الولي موليته من الزواج؛ أي حكم الولي العاضل (ب).

#### أ- صور منع الولي موليته من الزواج (صور العضل)

اختلف الفقهاء في تحديد متى يكون الولي عاضلاً عن تزويج موليته، ويمكن إجمال هذا الاختلاف في ثلاث صور وهي: منع الولي المرأة من الزواج بالكفاءة (01)، أو أن يرغب الولي بتزويجها من كفاء وترغب بكفاء آخر (02)، أو امتناع الولي عن تزويج موليته من كفتها بسبب نقصان المهر عن مهر مثيلاتها (03).

#### 1- منع الولي موليته من الزواج بكفاء

فبالنسبة لمنع الولي المرأة من الزواج من كفاء، فقد انقسم الفقهاء في ذلك كل حسب رأيه، فالحنفية يرون بأنّ الولي يعد عاضلاً إن منع موليته من الزواج من الكفاء الذي رغبت به، ويصير عقدها في هذه الحالة بمنزلة عقد بنفسه، فإن تخلف شرط الكفاءة في هذه الصورة لم يكن الولي عاضلاً لثبوت حقه به، ولا يشترط

1 - يعرف العضل لغة: العَضْلَةُ والعَضِيْلَةُ، كل عصبه معها لحم غليظ. عَضِلَ عَضْلاً فهو عَضِيْلٌ وَعَضْلٌ إذا كان كثير العضلات. وَعَضَلَ المرأة عن الزواج: حَبَسَهَا. وَعَضَلَ الرَّجُلُ يَعْضُلُهَا وَيَعْضُلُهَا عَضْلاً وَعَضْلًا: منعها الزواج ظلماً. انظر. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.11، مرجع سابق، ص.451.

أما العضل في التعريف الاصطلاحي: فقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للعضل، فعرفه الإمام أبو حنيفة على أنه "منع الولي موليته من الزواج بكفاء رضيت به ورغب بها، على أن لا يقل مهرها عن مهر المثل". كما عرف ابن قدامة العضل "هو منع المرأة من التزويج بكفتها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه. راجع. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.2، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، بيروت - لبنان -، لسنة 1982، ص.247. وعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.9، دار عالم الكتب، الرياض، 1412 هـ - 1992، ص.383.

وأما في التعريف القانوني: فيالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة العضل في الزواج، تاركاً الأمر لما قضت به الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من نفس القانون. وبالنسبة للتشريعات العربية فنجد منها من حذت نفس حذو المشرع الجزائري بعدم نصه على مسألة العضل إطلاقاً، مثلها مثل المشرع المغربي والمشرع التونسي، ومنها من تطرقت إلى مسألة العضل من حيث حكمه ولم تتطرق إلى تعريف العضل، تاركاً الأمر إلى الاختصاص الفقهي في إعطاء تعريف له.

تكرار العضل حتى تزوج نفسها بل يكفي ثبوته مرة واحدة<sup>1</sup>. وعليه، "فالحرّة البالغة العاقلة -وفق هذا المذهب- إذا طلبت الزواج من كفاء وجب عليه تزويجها منه؛ لأنه منهي عن العضل، والنهي عن الشيء أمر بضده، فإذا امتنع فقد أضر بها"<sup>2</sup>.

ويرى المالكية أنه على الولي وجوبا الإجابة لكفاء رضىت به البنت غير المجبرة<sup>3</sup>، فإذا منعها الولي الزواج من الكفاء الذي رغبت به فإنه لا يعد عاضلا حتى يثبت أن المنع قد ألحق بها ضررا، وأن ذلك الضرر كان متعمدا، بالإضافة إلى اشتراط تكرار المنع عدة مرات<sup>4</sup>، ويؤيد ذلك ما جاء في المدونة الكبرى: (قالت): رأيت البكر إذا رد الأب عنها خاطبا أو خاطبين، أيكون الأب في أول مخاطب رد عنها معضلا لها (قال): أرى أنه ليس يكره الآباء على إنكاح بناتهم الأبقار إلا أن يكون مضارا أو معضلا لها، فإن عرف ذلك منه وأرادت الجارية النكاح فإن السلطان يقول له: إما أن تزوج أو أزوج عنك"<sup>5</sup>.

وأما الشافعية يرون أنه إذا دعت البالغة العاقلة إلى كفاء ولو عينين أو محبوب بشرط أن يخطبها وأن تعينه، وامتنع الولي فهو عاضل. بخلاف ما لو دعت إلى غير كفاء فلا يكون امتناعه عاضلا لأن له حقا فيها<sup>6</sup>. كما يرى الحنابلة في هذا الشأن، إن منعها الولي كفوًا رضىت به ورغب بها بما صح مهرا (ولو كان أقل من مهر المثل؛ لأنه لا فرق حينئذ بين كون النكاح بمهر المثل وغيره)، كان الولي عاضلا وترفع أمرها إلى السلطان ليزوجهما<sup>7</sup>، ولو منعها من غير كفاء لم يكن عاضلا، وأما إن عينت كفوًا وعين الولي كفوًا غيره فإن تعيينها يقدم عليه؛ حتى أنه إن منعها من التزوج من كفوها يعد عاضلا<sup>8</sup>.

## 2- أن تطلب المولى عليها الزواج من كفاء ويرغب وليها في كفاء آخر

في حالة ما إذا طلبت المولى عليها الزواج من كفاء ورغب وليها في كفاء آخر، انقسم الفقهاء في ذلك أيضا؛ حيث يرى الحنفية بأنه إذا رغبت المولى عليها في الزواج من كفاء ورغب وليها في كفاء آخر، فإن المسألة فيها قولان: حيث يذهب البعض إلى اعتبار الولي عاضلا؛ لأنه منعها من الزواج بمن رغبته وهو لا يقل

1- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.2، مرجع سابق، ص.247.

2- المرجع نفسه.

3- مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة -دراسة تأصيلية مقارنة-، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، لسنة 2011، ص.96.

4- عبيد رجي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص.92.

5- مالك بن أنس، المدونة الكبرى ومعها مقدمات بن رشد. ج.2، دار الفكر، بيروت، لسنة 1406 هـ - 1986 م، ص.145.

6- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج.7، ص.141-152. والعينين: هو العاجز عن الإيلاج، أما المحبوب فهو: الذي يكون جميع ذكره مقطوعا. انظر. عبيد رجي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص.93.

7- زين الدين بن علي بن أحمد العاملي الجبعي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج.5، دار العالم الإسلامي، بيروت، د.س.ن، ص.117.

8- محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرق، ج.2، دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت -لبنان-، لسنة 2002، ص.ص.333-334.

كفاءة عمن رغب به، فلا مبرر لتقديم كفته من توفر آخر، بل ويضاف إلى ذلك أنها رغبته به<sup>1</sup>، في حين يرى البعض الآخر أنه لا يعتبر عاضلا؛ وذلك لأنّ بالعضل ترفع الولاية عن الولي إلى القاضي نيابة عنه لدفع الضرر عنها، والضرر مرفوع مع إرادته التزويج من كفاء آخر<sup>2</sup>.

وأما المالكية فيرون فيما إذا دعيت إلى كفاء ودعا وليها إلى كفاء آخر، فإن امتناع الولي من تزويج موليته بالكفاء الذي رغب به يختلف من حيث كونه وليا مجبرا أو غير مجبر؛ فإن كان الولي أبا مجبرا وامتنع عن تزويج ابنته المجبرة، فلا يعد عاضلا إلا إذا تحقق منه الإضرار بها وظهر ذلك بالفعل؛ كأن تكون ابنته موظفة وثبت استيلاؤه على أجرها، ويخشى أنها لو تزوجت ينقطع عنه هذا الأجر، أو تكون قائمة بخدمته، أو يود تزويجها لكبير في السن فاحش الثراء ليستفيد وليها من ثراء زوجها. وأما مجرد رده الخاطب الكفاء الذي رضيت به ابنته المجبرة فلا يعد عاضلا حتى ولو تكرر منه الرد، سواء كان الخاطب الذي رده واحدا أو أكثر، فهو غير ملزم بالإجابة إلى أول خاطب كفاء على أساس أنه أدري بمصلحة ابنته أكثر من غيره، وقد روي أنّ الإمام مالك منع بناته من الزواج وقد رغب فيهن خيار الرجال، وفعل مثل ذلك العلماء قبله كابن المسيب وبعده، ولم يكن قصدهم إلحاق الضرر ببناتهم، فلم يعتبر واحداً منهم عاضلا<sup>3</sup>، هذا كله بالنسبة للولي عند المالكية.

وأما الوصي فهناك قولان<sup>4</sup>؛ حيث يرى البعض من فقهاء المالكية أنه لا يعد الوصي عاضلا مثل الأب بمجرد رد الخاطب الكفاء الذي رضيت به المرأة، في حين يذهب البعض الآخر إلى القول بأنّ الوصي ليس كالأب، وبذلك فهم يرون أنه يعتبر عاضلا بمجرد رده أول خاطب كفاء رضيت به.

وأما إذا كان الولي غير مجبر وامتنع من تزويجها بالكفاء الذي رضيت به فإنّ الحاكم يسأله عن وجه امتناعه، فإن أبدى وجها ورآه صوابا ردها إليه، وإن لم يبد وجها صحيحا أمر بتزويجها، فإن امتنع من تزويجها بعد الأمر زوّجها الحاكم. وحاصل القول إن كان رفضه للإضرار بها رفعت أمرها للسلطان، حتى إذا تبين قصده الإضرار زوّجها السلطان بمن رغبته<sup>5</sup>.

ويرى الشافعية بأنه إذا رغب المولى عليها في كفاء ورغب وليها في كفاء آخر فإنّ المسألة لها قولان: إذا كان العضل من الولي المجبر؛ حيث يرى بعض من فقهاء الشافعية أنّ الولي يعتبر عاضلا لأنّ حقه في الكفاءة قد تحقق، فلا يمنعها حقها بمن رغبته الزواج منه، بينما يذهب البعض الآخر منهم إلى القول أنّ الولي لا يعتبر عاضلا لأنه يجبرها ابتداءً على الزواج بمن رغب بناء على سلطته الأبوية المتمثلة في الولاية، ثم إنّ له

<sup>1</sup> - ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج.3، مرجع سابق، ص.81.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص.82.

<sup>3</sup> - العيد ابراهامي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - ولاية الزواج والقصر نموذجاً-، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإنسانية، جامعة وهران، لسنة 2009-2010، ص.68.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه والصفحة نفسها.

<sup>5</sup> - محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار الفكر، بيروت - لبنان-، د.س.ن، ص.232.

نوع حق في الكفاءة لما ثبت أنّ الأولياء يعيرون بمصاهرتهم من هو دونهم وإن كان كفواً<sup>1</sup>. وأما إن كان الولي غير مجبر فليس له تزويجها من غير الذي عينته جزماً<sup>2</sup>.

وأما الحنابلة فيرون أنه في هذه الحالة يقدم الذي اختارته، فإن امتنع من تزويجها كان عاضلاً؛ ذلك لأنهم يرون أنّ النكاح إنما يراد للرغبة، فلا تجبر على من لا ترغب فيه، وأما إن طلبت تزويجها من غير كفاء فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلاً، كما يعتبر الولي عندهم عاضلاً إن امتنع الخطاب عن خطبتها لشدة الولي<sup>3</sup>.

### 3- امتناع الولي عن تزويج موليته من كفتها بسبب نقصان الصداق عن صداق مثيلاتها:

اختلف الفقهاء في مسألة امتناع الولي عن تزويج موليته من كفتها بسبب نقصان الصداق عن صداق مثيلاتها، ويمكن إجمال هذا الاختلاف في قولين؛ حيث يذهب البعض إلى القول بجواز الولي الامتناع عن تزويج موليته بأقل من مهر المثل، في حين يذهب البعض الآخر إلى القول بعدم جواز الولي منع موليته من النكاح بأقل من مهر المثل.

#### 3-1- جواز امتناع الولي عن تزويج موليته بأقل من مهر المثل

وقد قال بذلك الحنفية؛ حيث يرون أنّ للولي حق الامتناع عن التزويج بأقل من مهر المثل<sup>4</sup>، ولا يعد عاضلاً بذلك؛ فهم يرون أنّ نقص المهر فيه عار وضرر يلحق ببقية النساء<sup>5</sup>، واستدلوا برأيهم أنّ للأولياء حقّ في المهر، لأنهم يتفاحرون بغلاء المهر ويتعيرون ببخسه ونقصانه، فيلحقهم الضرر بالبخس؛ وهو ضرر التعبير، فكان لهم دفع الضرر عن أنفسهم بالاعتراض. ولهذا يثبت لهم حق الاعتراض بسبب عدم الكفاءة فكذلك هنا<sup>6</sup>، كما استدلوا أنّ في بخس نقصان المهر عن مهر مثلها ضررٌ بنساء قبيلتها، فكان للأولياء حق دفع الضرر عن أنفسهم؛ لأنه عند تقادم العهد يعد مهر نسائهم بمهرها، فيرجع الضرر عليهم فكان له دفعه<sup>7</sup>.

#### 3-2- عدم جواز منع الولي موليته من النكاح بأقل من مهر المثل

وهو قول المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية؛ حيث يرون أنه ليس للولي منعها من النكاح بمهر أقل من مهر مثلها إذا رضيت به، فإن فعل عدّ عاضلاً؛ فهم يرون أنّ

<sup>1</sup> - شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج، ج.3، دار الفكر، بيروت - لبنان - لسنة 1419هـ-1998، ص.233.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص.234.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص.94.

<sup>4</sup> - الحنفية يرون أنّ المرأة البالغة العاقلة لا تجبر، ولها الولاية على نفسها، فإن زوجت نفسها من شخص كان زواجها صحيحاً، ولكن بشرط أن يكون المهر مهر المثل، وأن يكون الرجل كفواً. ومع ذلك يستحب عندهم مباشرة الولي تزويج موليته البالغة العاقلة، فالولاية عندهم هي ولاية ندب واستحباب.

<sup>5</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.2، مرجع سابق، ص.248.

<sup>6</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.2، المرجع نفسه، ص.322.

<sup>7</sup> - مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص.98.

الصدّاق حق للمرأة وعضو يختص بها، فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كضمن عبدها وأجرة دارها، وقد استدلوا بقولهم ما جاء في حديث سهل بن سعد الساعدي -رضي الله عنه- في قصة الواهبة نفسها للنبي -صلى الله عليه وسلم- والرجل الذي طلب الزواج منها التمس ولو خاتما من حديد<sup>1</sup>.

والراجع في هذه المسألة هو القول الثاني بأنه ليس للولي الامتناع عن التزويج بأقل من مهر المثل، فإن فعل عد عاضلا لقوة أدلته؛ ولأنه موافق لما حث عليه الشارع من عدم المغالاة في المهور والتباهي بها، والذي يؤدي إلى الحد من الإقبال على الزواج<sup>2</sup>.

كما ترجح الباحثة أيضا القول الثاني؛ فلو اعتمدنا على مهر المثل -خاصة في ولايات الغرب التي تمتاز بغلاء المهور- فسيؤدي ذلك إلى كثرة العنوسة، ناهيك عن أنّ مثل هذا الزواج الباهظ الثمن لا يناسب الفقير وإنما اليسير فحسب، كما سيؤدي ذلك إلى كثرة الخصومة بين الأهليين؛ فهناك ولايات في الشرق تمتاز بالمهور القليلة مقارنة بولاية الغرب، ناهيك عن أنّ الرسول -صلى الله عليه وسلم- في رواية عائشة -رضي الله عنها- قالت: "إنّ أعظم النساء بركة أيسرهن مؤونة"<sup>3</sup>.

فغالبا ما يتفق الزوجان، إلا أنّ العادات المحكمة في بعض العائلات بمهر المثل تفضي إلى الخصام ومن ثم إلى العزل، ناهيك عن أنّ قول الحنفية بشأن إعطاء الولي الحق في الامتناع عن التزويج بأقل من مهر المثل؛ يعود السبب في ذلك إلى أنّ هذا المذهب يعطي المرأة البالغة العاقلة الحق في تزويج نفسها، ولذلك قيّد هذا الحق بمهر المثل، ولم يرد الخروج عن ذلك حتى من باب منع الولي عن المهر أقل من مهر المثل؛ لكي لا يتناقض مع رأيه الأول. على غرار الموقف الثاني فأصحاب هذا الرأي لا يعطون المرأة الحق في تزويج نفسها؛ فإما الزواج يتم بالمشاركة كما ذهب إليه الشافعية، أو يبطل الزواج بدون رضا الولي كما ذهب إليه المالكية. وهذان المذهبان لم يجعلوا شرط الزواج موقوفاً على مهر المثل، ولذلك سلموا بأنّ المرأة يمكنها أن تتزوج بمهر أقل من مهر المثل وإذا امتنع الولي عدّ عاضلا - كما سبق وقلنا آنفا- (والله أعلم).

وهذه الصور التي أوردناها سابقا من أهم صور العزل التي يتعسف فيها الولي في تزويج موليته، إما لمصلحته الخاصة أو لشدته<sup>4</sup>، أو اختفائه وتواريه عن الخطاب وتعززه عليهم، أو تزويجها وفقا لعادات الاحتفاظ

<sup>1</sup> - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ص. 384. بالنسبة لتخريج الحديثين انظر. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، الجزء الخامس، كتاب النكاح، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح، حديث رقم 5120-5121، دار ابن كثير، الطبعة الأولى، دمشق، بيروت، لسنة 1423هـ -2002م، ص. 1305.

<sup>2</sup> - مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع السابق، ص. 99.

<sup>3</sup> - أخرجه أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصدّاق، باب ما يجوز أن يكون مهرا، ج. 7، رقم 14356، مرجع سابق، ص. 385. والحديث ضعيف. انظر. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج. 6، ط. 2، المكتب الإسلامي، بيروت، لسنة 1399هـ -1979م، ص. 348.

<sup>4</sup> - يقول الشيخ عبد الله بن جبرين في تفسير شدة الولي: "تشدده في قبول من تقدم إليه، أو كثرة الشروط التي لا أهمية لها، أو رده لمن هو أهل، أو طلبه زيادة في المهر". راجع. مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص. 100.

باسم العائلة فيزوجها من عصبتها أو قبيلتها، أو وفق عادات الكبرى قبل الصغرى، أو يعضلها لخدمته وخدمة أولاده - خاصة إن كانت زوجته متوفاة- أو يتعسف في عضلها ليزوجها من آخر غني حتى وإن كان من جيله، أو يعضلها ليستفيد من مرتبها وغيرها من صورة التعسف التي تتجسد في صورة العضل. فإذا تجسدت إحدى هذه الصور سلبت الولاية من يده. وعليه، فمن تنتقل إليه الولاية إذا عضل الولي موليته عن الزواج؟

### ب- حكم منع الولي موليته من الزواج (حكم الولي العاضل)

سبق وأن أوردنا أنّ العضل يتحقق إما في صورة نقص الصداق عن صداق المثل أو الزواج من كفاء، أو أن ترغب في كفاء ويرغب وليها في كفاء آخر. فإذا تحقق عضل الولي عن زواج موليته بغير سبب مقبول وتبين تعسفه وظلمه، وكانت المولى عليها بحاجة للزواج، سقطت عنه الولاية وانتقلت إلى غيره، وقد تباينت آراء الفقهاء في انتقال هذه الولاية؛ فمنهم من قال أنّ الولاية تنتقل -إذا امتنع الولي عن تزويج ابنته- إلى السلطان (القاضي) (01)، ومنهم من قال أنّ الولاية تنتقل -إذا امتنع الولي عن تزويج موليته- إلى الولي الأبعد (02)، وهناك من قال أنّ الولاية تنتقل -إذا منع الولي موليته من الزواج- إلى المولى عليها نفسها (03).

### 1- الولاية تنتقل إذا منع الولي موليته من الزواج إلى السلطان (القاضي)

وأصحاب هذا القول هم الحنفية والمالكية والشافعية في الراجح عندهم؛ حيث يرون أنّ الولاية تنتقل بالعضل إلى السلطان (القاضي) إن كان العضل دون ثلاث مرات والحنابلة والظاهرية في قول<sup>1</sup>، الذين ذهبوا إلى انتقال ولاية التزويج في هذه الحالة إلى القاضي فيزوجها بالولاية العامة أو النيابة الشرعية، واستدلوا على رأيهم بأنّ العضل مظلمة من الولي لموليته، والمخول شرعا برفع المظالم هو الحاكم المسلم (القاضي) بصفته ناظرا للرعية، وبالتالي فإنّ الحاكم (القاضي) يتولى تزويج المولى عليها نيابة عن الولي العاضل مع بقاء الولاية للأقرب في الأمور الأخرى، أو في تزويجها مرة ثانية<sup>2</sup>.

وعليه، في هذه الحالة يكون عقد الحاكم (أو القاضي) في قوة عقد الولي العاضل، وحققتهم في ذلك أنّ الولاية للسلطان عند اختلاف الأولياء مصداقا لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"<sup>3</sup>، ويتمثل هذا الاشتجار في حالة ما إذا رأى الولي الممتنع أنّ الزوج غير كفاء ويرى الولي الأبعد أنه كفاء، وتبعاً لذلك فإنّ اختلاف وجهات نظر كل واحد منهما يحتاج إلى الفصل بينهما. وإذا الولاية لا تنتقل إلى الولي الأبعد بل تنتقل إلى القاضي<sup>4</sup>.

1- انظر. عبيد رجي شاعر القدومي، مرجع سابق، ص.95. والعيد ابراهيمي، مرجع سابق، ص.70.

2- راجع. ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج.3، مرجع سابق، ص.199. وعبيد رجي شاعر القدومي، المرجع نفسه، ص.95. ومشعل بن مطلق بن مقلد العتبي، مرجع سابق، ص.101. والعيد ابراهيمي، مرجع سابق، ص.70-71.

3- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج.2، كتاب النكاح، باب في الولي، دار الرسالة العالمية، ط.1، دمشق، الحجاز، لسنة 2009، ص.426.

4- العيد ابراهيمي، مرجع سابق، ص.71.



## 2- الولاية تنتقل إذا منع الولي موليته من الزواج إلى الولي الأبعد

وهذا المشهور عند الإمام أحمد وهو الراجح من مذهبه، وأخرى للمالكية أيضاً؛ حيث يرون أنّ الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد لأنه أحق، وليس إلى الحاكم قياساً على حالة الغيبة، فالولي بامتناعه عن التزويج صار كالعدم، فنتقل الولاية من بعده إلى الأقرب فالأقرب، فإن عدموا جميعاً انتقلت إلى الحاكم، وبه قال ابن عبد السلام من المالكية والشافعية والراجح عند الحنابلة، إن تكرر العضل أكثر من ثلاث مرات فإنّ الولي بالعضل المتكرر صار فاسقاً، ولا ولاية للفاسق في الزواج فنتقل الولاية لمن هو أبعد منه كما لو كان شارباً خمرًا<sup>1</sup>.

## 3- الولاية تنتقل -إذا منع الولي موليته من الزواج- إلى المولى عليها نفسها

أصحاب هذا القول هم الإمامية الذين يرون أنّ الولي لو عضل موليته فلهذه الأخيرة أن تزوج نفسها ولو كررها إجماعاً. وبعبارة أخرى؛ لها أن تنفرد بنفسها بالعقد، ولا يفتقر إلى ولي ولا سلطان على أساس أنّ العضل أسقط اعتبار رضا الولي إجماعاً<sup>2</sup>.

والقول الأولى بالرجحان في مسألة انتقال الولاية هو القول الثاني لقوة دليله، كما أنّ الحاكم هو الجهة المختصة برفع الظلم وإحقاق الحق وإقامة العدل، وكذلك انتقال الولاية للحاكم بدل الولي الأقرب وبدل انتقال الولاية لنفسها لا يؤدي إلى التفكك الأسري، على غرار انتقال الولاية للأبعد الذي يدكي نار التبغض والتشاحن بين العائلات فيفقد الأسرة طابعها التوحيدي والترايطي<sup>3</sup>.

## ثانياً: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الولي في منع موليته من الزواج

سنشير في البدء إلى موقف المشرع الجزائري من تعسف الولي في منع موليته من الزواج؛ أي عضلها عن الزواج (أ)، وبعد ذلك نعرض على موقف التشريعات العربية من تعسف الولي في منع موليته من الزواج (ب).

## أ- موقف المشرع الجزائري من تعسف الولي في منع موليته من الزواج

بالرجوع إلى قانون الأسرة 84-11 (المعدل) نجد المشرع ينص من خلال المادة 11 منه، على أنه "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"، فالمشرع الجزائري في هذا القانون كان يعتبر الولاية ركناً في عقد الزواج؛ بحيث يترتب على عقد الزواج في حالة تخلف الولاية البطلان، فالمرأة حتى وإن كانت بالغة لا تتولى ولاية نفسها، وإنما الذي له الولاية عليها هو أبوها، وفي حالة منع الولي المرأة من الزواج -أي عضلها عن الزواج- أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور في مسألة انتقال الولاية في حالة العضل؛ بحيث أسند ولاية التزويج إلى القاضي وهو ما نصت عليه المادة 12 فقرة 1 -الملغاة- من نفس القانون: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي

<sup>1</sup> - انظر. مشعل بن مطلق بن مفضل العتيبي، مرجع سابق، ص. 101. العيد ابراهيمي، مرجع سابق، ص. 72. عبير رجي شاكرا القدومي، مرجع

سابق، ص. 96. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ص. 383.

<sup>2</sup> - العيد ابراهيمي، مرجع سابق، ص. 72.

<sup>3</sup> - عبير رجي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص. 96.

أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون". وعليه، يفهم من هذا النص أنّ المشرع الجزائري اشترط أن يكون الزوج الذي رغبت به أصلح لها؛ بمعنى أن يكون كفؤاً لها وهو ما أجمع عليه الفقهاء، وإذا منعها الولي من الزواج بالكفء الذي رغبت به يكون عاضلاً وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري أيضاً<sup>1</sup>. ومن جهة أخرى أجاز المشرع الجزائري للأب منع ابنته البكر من الزواج إذا كان في منعها مصلحة لها، وهو ما جاء في المادة 2/12 من القانون السالف الذكر: "غير أنّ للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة لل بنت".

غير أنّ المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 أعطى للمرأة الحق في تولي عقد زوجها بنفسها، كما لها أن توكل من شاءت في عقد زواجها متى كانت بالغة، بل وذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك، إذ جعل الولي في عقد زواج الراشدة أمراً شكلياً؛ بحيث إذا حضر لا يستشار وإذا غاب لا يشترط، وتأسيساً على ذلك فلا يمكن أن نتصور أي صورة للعضل، فالمرأة لها الحرية والولاية على نفسها إذا كانت بالغة ولا ولاية للأب عليها، وهو ما جاء في المادة 11 قانون الأسرة من الأمر السالف ذكره: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون"، ويستشف من نص هذه المادة أنّ المشرع الجزائري لم يفرق بين كون المرأة بكراً أو ثيباً كما فرّق الفقهاء في حكم كل منهما، وأطلق دلالة "تعقد الراشدة زواجها"، فعبارة "تعقد" فيها إسناد الفعل إلى المرأة، بينما عبارة "حضور الولي" لا تدل على الفعل، والدليل على ذلك ما جاء في نص المادة 04 من نفس القانون<sup>2</sup>.

وتطبيقاً لذلك نجد المشرع قد قصر النص على الرضا الذي يتم بين الرجل والمرأة وليس بين الرجل وولي المرأة، ودون اعتبار شرط رضا الولي، وبذلك يكون العاقدان هما الزوج والزوجة على غرار الشريعة الإسلامية التي يكون فيها العاقدان هما الرجل وولي المرأة، وهو ما يبدو جلياً في نص المادة 10 و 11 من ذات القانون، وبذلك لا يمكن تصور أي دور للولي في إبرام عقد الزواج. ضف إلى ذلك كله نجد أنّ المشرع قد فرّق في التعبير

<sup>1</sup> - هناك قرار مبدئي للمحكمة بين إذن القاضي بالزواج إثر امتناع الأب عن تزويج ابنته الراشدة بدون مبرر، وليس في صالح المدعية التي طلبت الإذن بالزواج؛ لأنّ حق الولاية كما جاء في القرار مقيد "بمبدأ عدم التعسف في استعماله". انظر. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1993/03/30، ملف رقم 90468، م.ق، ع.خ، لسنة 2001، ص.47.

والجدير بالذكر أنه قد ذكر في وقائع القضية أنّ البنت راشدة وعبرت عن رضاها، كما أنّ الراغب في الزواج بما هو معلم وله سكن، ولكن وليها لم يوضح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، ولذلك فإنّ قضاة الموضوع حينما أذنوا للبنت الراشدة بالزواج، كانوا على صواب في ذلك. انظر. سعاد مخالفة، حماية الأسرة من التعسف في استعمال الحق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، لسنة 2015-2016، ص.128.

<sup>2</sup> - نصت المادة 04 من القانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري على أنّ: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي".

عن الولاية في حقل المادة 11؛ حيث ذكر في الفقرة الأولى الحضور بالنسبة للراشدة وذكر لفظ التولي في القاصرة، مما يفهم منه أنه قصد إلغاء أي دور أو تأثير لسلطة الولي في إبرام عقد الزواج<sup>1</sup>.

وعليه، يفهم مما سبق ذكره ومن النصوص التي أردناها، أنّ المشرع الجزائري وفي إطار توقيعه على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة قد أحاط المرأة بسياس من الحماية<sup>2</sup>، تجسد في منحه الحرية الكاملة للمرأة في تولي عقد زواجها بنفسها ودون أي تدخل، أو تعسف، أو منع قد يطلها من وليها، غير أنّ هذه الحرية جاءت مفرطة نوعا ما، وجعلت الولي معضولا في ممارسة حقه الشرعي -المتمثل في الولاية على عقد زواج ابنته- وما يمكن تصوره في هذه الحال أنّ الأب سيكون وليا على القاصرة فقط، وينتهي دوره في الولاية عند بلوغ القاصرة سن الرشد القانوني، وهذا طبقا لنص المادة 11 الفقرة 2 من القانون السلف ذكره: "يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له".

والجدير بالذكر في هذا المقام أنّ المشرع الجزائري قد خالف الفقهاء في حكم منع الولي موليته من الزواج، وذلك بانتقال الولاية إلى الأبعد مع وجود الأقرب؛ حيث اتفق بعض الفقهاء -كما سبق وأن ذكرنا- أنّ الولاية تنتقل إلى الولي الأبعد في حالة عضل الولي موليته قياسا على حالة غياب الولي، إلا أنّ المشرع الجزائري لم ينص على انتقال الولاية إلى الأبعد عند عدم وجود الأقرب بالنسبة لتولي زواج الراشدة.

ويفهم في الأخير أنّ المشرع الجزائري قد عمد إلى تهميش سلطة الولي بحجة حماية المرأة من التعسف والظلم الذي قد يطلها من وليها، ويهدف إحقاق المساواة بين الرجل والمرأة في إبرام عقد الزواج سار بذلك على نهج الاتفاقيات الدولية، محاولا التوفيق بين الرأي المؤيد والمصر، والمطالب بضرورة الإبقاء على الولي في عقد الزواج، والرأي المعارض الرامي إلى التغيير من خلال إلغاء دور الولي، وعتق المرأة من قيده، فاختار بذلك أن يجمع بين المتناقضين، فلم يكن موفقا في طرحه، فلا هو ألغى الولي صراحة ولا هو أبقى عليه صراحة ولا تعريضا، فهذه النصوص -وإن كانت تتناسق مع المطالب الدولية- لا تنسجم مع الموروث الفقهي وتقاليد وعادات المجتمع الجزائري.

ومن شأن هذا الموقف المنقطع النظير والمنافي لقواعد وأحكام الشريعة، والمتذبذب في حسم دور الولي أن يفتح الباب على مصراعيه أمام تمرد نوع خاص من الفتيات -وخاصة إن كن سفيهات في عقولهن مندفعات في قراراتهن، يتأثرن لزخرف الحديث وينخدعن للحن القول- فيبرمن عقود زواجهن خفية عن آبائهن وخيفة اعتراض أوليائهن، وهذا ما قد يطعن في صميم التكافل الأسري. وبالرغم من أنّ المجتمع الجزائري لا

<sup>1</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 210.

<sup>2</sup> - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 1979/12/18، والمصادق عليها بموجب الأمر 96-03 المؤرخ في 1996/01/10، ج. ر، ع. 3، الصادرة في 1996/01/14.

يزال -ولحد الساعة- متمسكا بأحكام العقيدة الإسلامية، ومتبعاً للعادات والتقاليد الراسخة في المجتمع<sup>1</sup>، ولكن إلى متى سيستمر هذا الصمود في ظل المتغيرات والتطورات الحديثة؟! وما يمكن قوله هنا أنّ المرأة هي من تتعسف في استعمال حق مباشرة عقد زواجها دون توكيل وليها، ودون استئذانه ومنح السلطة له في القبول أو الرفض؛ وذلك عند أفراد السلطة لها في اختيار أي ولي والقبول بأي زوج ترضاه حتى ولو لم يمكن كفؤاً لها، وهذا ما جاء به صراحة القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 14 فيفري 2007: "يثبت الزواج العربي بشهادة الأقارب أو بشهادة امرأتين ورجل، ولا يشترط أن يكون الولي محصوراً في الأب فقط"<sup>2</sup>.

ونافذة القول أنّ هذا التعديل الجديد قد ألغى أي حضور للولي، وحتى مرتبة الشاهد لم يحض بها حسب قول بعض الباحثين، ولا يمكن بأي شكل من الأشكال تأييد هذا الرأي؛ لأنه صراحة لا يمثل أي أدنى حماية لحق وكرامة المرأة في الزواج، فالشريعة الإسلامية حينما جعلت الولاية حق للولي على المرأة ليس بسبب نقص فيها أو في إدراكها، ولا تحجيراً عليها، بل صيانة لكرامتها من ذلك الوضع الرخيص الذي انتهت إليه المرأة في المجتمعات الغربية؛ حيث تضطر إلى البحث بنفسها عن الزوج المنشود، وتقتحم في سبيل ذلك الكثير من المغامرات لتخلع عن وجهها نقاب وستار الحياء الذي جبلت عليه، والذي هو سمة من أجمل وأبهى سماتها، كما أنّ الولي أكثر دراية بفقته الرجال؛ وذلك لكثرة اختلاطه وممارسته لشؤون الحياة، وإنّ وجود الولي لا يعني أبداً أنّ له حق الاستبداد برأيه، ومنع المرأة من إبداء رأيها أو عضل حرية اختيارها، فحق الولاية شرع له في الأصل لتحقيق غاية توافق مقصد الشارع من هذا الحكم، ومعنى آخر مساعدتها وتسهيل سبل الزواج لها على ما يجلب لها المصلحة ويدراً عنها المفسدة، حفظاً لقيمتها وكرامتها التي منحها لها الشارع الحكيم، فحضوره من مصلحة الأسرة؛ لأنّ عقد الزواج عقد خطير يعود على الولي وأسرته بالعار أو الافتخار، إذ أنّ الزواج يربط بين أسرتين، والولي يؤذيه زواجها من خسيس ويشرفه زواجها من شريف<sup>3</sup>.

وإجمال ما يقال في هذا الشأن ما أجازه الإمام محمد أبو زهرة: "الرجال صناديق مغلقة على النساء"، وعقد الزواج بالنسبة لها عقد الحياة، والنساء لا يعرفن أسرار الرجال لأن أكثرهن مخدرات، والأغلبية منهن يؤثر فيهن الحس، إذ تغلب عليهن العاطفة الوقتية السريعة الزوال، فكان من مصلحتها أن يشترك معها وليها في الاختيار؛ إذ أنه ليس مأسوراً بعاطفة خاصة، فيختبر ويبحث من غير أن يستهويه منظر أو مظهر<sup>4</sup>، وتبعاً لما سبق ذكره يتوجب طرح سؤال بهذا الشأن: هل سن تسعة عشر (19) يؤهل المرأة لتكون بالغة راشدة ولتبرم

1- خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.214.

2- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2007/02/14، ملف رقم 381880، العدد 02 لسنة 2007، ص.483.

3- خدام هجيرة، مرجع السابق، ص.215.

4- محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1994، ص.123.

عقد زواجها بنفسها؟ وأيضا إذا تولت المرأة عقد نكاحها، فهل لها أن تحضر بين الرجال وتقول لخاطبها  
زوّجتك نفسي؟

### ب- موقف التشريعات العربية في منع الولي موليته من الزواج

بالرجوع إلى القوانين العربية نجد - كما سبق وأن أشرنا آنفاً - أنّ هناك بعض التشريعات العربية لم  
تتطرق إلى مسألة العضل بطريقة صريحة، وإنما يستشف من معرض الحديث عن الولاية بصفة عامة، وهناك من  
تطرت إلى مسألة العضل أو منع الولي موليته من الزواج بصورة صريحة.

وبالنسبة لمدونة الأحوال الشخصية التونسية لسنة 1957، نجد المشرع التونسي قد حارب أي تعسف  
قد يظال المرأة بمن وليها من الزواج بمن ترغب به، فتبّنى بذلك مبدأ الحرية في الزواج حين أعطى للمرأة الراشدة  
حق وحرية الخيار بين أن تتولى زواجها بنفسها أو أن توكل عنها من تشاء، وهذا طبقا لما جاء في الفصل  
التاسع من المجلة في آخر تعديل لها لسنة 1956: "للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بنفسيهما وأن يوكلا من  
شاء، وللولي حق التوكيل أيضا". كما أشارت المجلة في ذات السياق إلى أنّ الزواج لا ينعقد بدون رضا المرأة،  
وهو ما صرحت به في الفصل الثالث: "لا نعتد الزواج إلا برضا الزوجين".

ومن هذا المنطلق نجد المشرع التونسي قد وضع نقطة حسم لا تدع مجالاً للشك أو التأويل من طرف  
القاضي؛ فقد منح مثله مثل المشرع الجزائري المرأة الحرية الكاملة في اختيار قرينها، وسأوى في ذلك بينها وبين  
الرجل، وبهذا يكون المشرع التونسي قد وضع حدا لكل اجتهاد فقهي حول صلاحية المرأة لإبرام عقد زواجها  
بمفردها ودون مشاركة وليها<sup>1</sup>، وبذلك لا يمكن أن نتصور - في إطار هذه الحرية الممنوحة للمرأة - أي صورة من  
صور العضل التي سبق وأن أردفناها، وما يمكن أن نتصوره فقط في هذه الحالة أنّ حالة العضل تكون على  
الولي، فيكون هو المعضول في ممارسة حقه الشرعي.

أما بالنسبة للمدونة المغربية فقد أحدثت المدونة الجديدة تغييرا جذريا في فحوى نصوصها؛ وذلك  
بإعطاء المرأة الراشدة - مثلها مثل المشرع الجزائري والتونسي - الحرية الكاملة في إبرام عقد زواجها طبقا لنص  
المادة 24 من قانون 09-08 المتضمن مدونة الأسرة المغربية الجديد؛ حيث نصت المادة على أنّ "الولاية حق  
للرأة تمارسه الرشيدة حسب اختيارها ومصحتها". كما للمرأة الرشيدة الحق في أن تفوض أمر زواجها لأبيها  
أو أحد أقاربها طبقا لنص المادة 25 من نفس المدونة: "للرشيدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك  
لأبيها أو أحد أقاربها".

وعليه، يتضح أنّ المدونة قد سارت نفس ما سار إليه المشرع الجزائري وكذا المشرع التونسي، الذين  
اتخذوا من الاتفاقيات الدولية مصدرا لهم، فخالفوا بذلك المذاهب الفقهية، ولم تبق الولاية شرط صحة في عقد  
الزواج كما تقضي بذلك المالكية، بل انتهجت المدونة على غرار موقف الأحناف من الولاية عندما حددت

<sup>1</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 213.

المادة 13 من المدونة شروط صحة الزواج، ولم تشر مطلقاً إلى شرط الولاية، غير أنّ الحنفية لا يمنحون للمرأة الصلاحية المطلقة في أن تزوج نفسها ممن تشاء، وإنما يقيدون صلاحيتها في ذلك بأن يكون من تريد الاقتران به كفؤاً لها، فإن حصل وتجاوزت هذا القيد وأصررت على تزويج نفسها بغير كفاء لها مع وجود ولي عاصب، كان للولي حق الاعتراض على هذا الزواج، أو المطالبة بفسخه بسبب انعدام الكفاءة التي لا تستقيم الحياة الزوجية إلا بوجودها.

وتماشياً مع ما تم ذكره فإن منع الولي موليته -حسب رأي الأحناف- من الزواج بشخص غير كفاء، أو بمهر أقل من مهر المثل، حق له الاعتراض وفسخ الزواج ترتيباً على ذلك، ولا يعتبر بهذا الاعتراض أو المنع عاصلاً كما سبق وأن أوردنا<sup>1</sup>، وأما إذا اعترض مع وجود الخاطب الكفاء والمهر مهر المثل أو أكثر، فيعتبر عاصلاً ومتعسفاً في استعمال حق الولاية. وهذا الحكم الذي جاء به الأحناف جاء المشرع المغربي بما هو على منواله من خلال تعديله الجديد للمدونة، بالرغم من أنه اقتدى به في جزئية معينة فقط من مسألة الولاية، أما في باقي الجزئيات فقد انحرف عنه واتخذ من الاتفاقيات الدولية مصدراً له كما سلف وأنا ذكرنا، وبهذا فلا يمكن في ظل هذا التعديل أن نتصور أي حالة عضل من الولي في الزواج، وترتيباً على ذلك لا يكون هناك تعسف قد يلحق المرأة عند إرادتها الزواج ممن ترغب به. وعليه، فقد أصبح للمرأة المغربية الراشدة الحق في أن تزوج نفسها بنفسها دون ولي، أو في اختيار من يتولى أمر زواجها سواء كان الأب أو غيره من الأقرباء حتى ولو لم يكن الزوج كفؤاً لها<sup>2</sup>.

وأما بالنسبة لزواج القصر الذين لم يبلغوا سن الزواج (18 سنة) -بقطع النظر عما إن كان فتى أو فتاة- متوقفٌ على موافقة نائبه الشرعي المحدد في المادة 21 من المدونة حيث نصت: "زواج القاصر متوقفٌ على موافقة نائبه الشرعي، تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضور إبرام العقد. إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع"، ومن هذا السياق يستشف أنّ حالة منع الولي موليته من الزواج في ظل مدونة الأسرة المغربية الجديدة، يمكن أن نتصورها فقط في حالة زواج القاصرة، التي تصدى لها المشرع المغربي بنقل الولاية -في حالة تعسف الولي في منع موليته من الزواج- إلى القاضي فيبت في الموضوع، فيأذن بزواج القاصرة إذا وجد مصلحة في زواج هذه الأخيرة وحتى وبدون موافقة الولي، وبذلك يكون ولياً عنها، وتسلب الولاية من يد أبيها لتنتقل إلى يد القاضي ليتولى أمر زواجها. والملاحظ في هذا الأمر، أنّ المشرع المغربي على غرار المشرع الجزائري والتونسي، الذين لم يحددوا موقفهما بالأخذ بولا قول من أقوال الفقهاء بالنسبة لحكم منع الولي موليته من الزواج كما سبق وأوردنا، فأخذ المشرع المغربي بالقول الأول وهو قول الجمهور بانتقال الولاية إلى السلطان أو القاضي في حالة عضل الولي موليته عن الزواج، ويمكن أن نستأنس في ذلك بنص المادة 20 من المدونة حيث نصت: "القاضي الأسرة

1 - محمد الشافعي، مرجع سابق، ص. 14.

2 - المرجع نفسه والصفحة نفسها.

المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي، والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي. ومقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن".

وأما المشرع المصري فقد اعتبر الولي عاضلاً إن منع موليته من الزواج بكفاء حتى وإن رغب في كفاء آخر، أما بالنسبة لنقصان المهر فلا يعتبر الولي عاضلاً إن منع موليته من الزواج بسبب نقصان المهر عن مهر مثيلاتها، وأما بالنسبة لمسألة انتقال الولاية في حالة منع الولي موليته من الزواج، فقد أخذ بالقول الأول بأن الولاية تنتقل في حالة العضل إلى السلطان أو القاضي؛ وذلك كله على أساس أنّ القانون المصري يأخذ بالرأي الراجح لدى المذهب الحنفي فيما لم يرد بشأنه نص، ولأنه المعمول به في المحاكم الشرعية.

بالرجوع إلى الدول التي نصت على حالة عضل الولي المرأة عن الزواج، نجد قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت لسنة 2010 قد نص في المادة 13: "لا تشتت موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر (18) عاماً"، كما أضافت المادة 6 الفقرة أ: "للقاضي عند الطلب حق تزويج البكر التي أتمت خمسة عشر (15) من عمرها من الكفاء في حالة عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياء بلا سبب مشروع"، وأضافت الفقرة ب من نفس المادة: "أما إذا كان عضلها من قبل الأب أو الجد فلا ينظر في طلبها إلا إذا كانت قد أتمت ثمانية عشر (18) عاماً وكان العضل بلا سبب مشروع".

ويستشف من هذه المادة أنّ القانون قد اشترط أن يكون الخاطب كفوّاً حتى يكون الولي عاضلاً بالامتناع، فإن كان غير كفاء فلا يعتبر كذلك، ضف إلى أنه لم يشترط مهر المثل؛ فإن خطبت الفتاة بأقل من مهر المثل فليس للولي حق الاعتراض؛ لأنه حقها ولها أن تتغاضى عنه. كما يبدو أنّ القانون قد قرر رفع الأمر إلى القاضي لينوب عن الولي في حالة عضله، ولم يجعل الولاية لمن يليه من أقارب المرأة<sup>1</sup>، وبناءً على ذلك يكون واضح قانون الأحوال الشخصية الأردني قد أخذ بالقول الأول مثله مثل المشرع المغربي، ألا وهو انتقال الولاية في حالة العضل إلى السلطان أو القاضي، وهذا بالنسبة لحكم منع الولي موليته من الزواج.

أما المشرع العراقي فلم يستعمل لفظ العضل، ولكنه استعمل لفظاً يدل على معناه وهو المنع، فقد نصت المادة 09 ف 1 من قانون الأحوال الشخصية على: "كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلاً للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج"، ويستشف من نص هذه المادة أنّ المشرع العراقي لم يجرّ عضل الولي موليته عن الزواج متى كانت عاقلة وأتمت أهلية الزواج بإكمالها الثامنة عشرة من عمرها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عبير ربحي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص. 97.

<sup>2</sup> - انظر. المادة 7 ف 1 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

والجدير بالذكر أنّ المشرع العراقي انفرد عن بقية التشريعات التي سبق ذكرها؛ حيث رتب على مخالفة أحكام هذا النص جملة من العقوبات<sup>1</sup>.

وقد أخذ المشرع العراقي بقول الجمهور في مسألة انتقال الولاية إلى السلطان أو القاضي؛ حيث نص في المادة 8 ف1 من نفس القانون على: "إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي أن يأذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي، فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج"، وأضافت الفقرة الثانية منه: "للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك، ويشترط لإعطاء الإذن تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية". وأكدت المادة 103 ف2 من القانون على أنه: "إذا عُرفا -الأب أو الجد- بسوء التصرف للقاضي أن يقيد من ولايتهما أو أن يسلبهما هذه الولاية"، ونصت المادة 32 من قانون رعاية القاصرين أيضا على أنه: "للمحكمة أن تسلب ولاية الولي متى ثبت لها سوء تصرفه".

ومن هذا المنطلق يمكن القول أنّ أغلب القوانين العربية قد تضمنت هذه الصورة من التعسف في حق التزويج، في حين نجد القانون الجزائري قد ألغى المادة القانونية التي كانت تنظم هذه الصورة، ربما لاعتماده على الإحالة الواردة في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>. ومع هذا فعلى المشرع الجزائري أن يتدارك هذا الفراغ القانوني، ويحسم هذه النقطة بإعادة المادة 12 الملغاة من هذا القانون إلى وضعها السابق، حتى لا يدع أي مجال للشك، وحتى لا يترك هذا الأمر على إطلاقه لاجتهاد القضاة في ذلك. وبعد أن تطرقنا إلى صور تعسف الولي في منع موليته من زواج، وكذا حكم تعسف الولي في منع موليته من الزواج، وتبيان موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الولي في منع موليته من الزواج -ولكن لا يمكن ضبط الفعل إن كان تعسفيا أو لا إلا بتبيان معايير التعسف في استعمال الحق- فما هي إذن معايير تعسف الولي في منع موليته من الزواج؟

### ثالثا: معايير تعسف الولي في منع موليته من الزواج

قد يسيء الولي - كما سبق وأن بينا - استعمال حقه الشرعي على نحو يناقض القصد الشرعي من إعطاء هذه السلطة أو تشريع حق الولاية على المرأة، فيعضلها أو يمنعها بذريعة استعماله لحقه تعنتا وإضراراً بها؛ والضرر في الشريعة الإسلامية ممنوع استنادا إلى قوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup>,

1- نصت المادة 9 ف2 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه: "يعاقب من يخالف أحكام الفقرة 1 من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات وبالغرامة، أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريبا من الدرجة الأولى، أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات، أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات"، وأضافت الفقرة 3 من نفس المادة والقانون: "على محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة المواد الشخصية الإشعار إلى سلطات التحقيق لاتخاذ التعقيبات القانونية بحق المخالف لأحكام الفقرة الأولى".

2 - مخالفة سعاد، مرجع سابق، ص.ص. 127-128.

3- سبق تخريجه.



وطبقا لقاعدة سد الذرائع<sup>1</sup>؛ التي تقوم على دفع ضرر متوقع بتحريم التسبب فيه، إذ ليس التذرع بحق الولاية مبررا شرعيا لممارسة الفعل التعسفي المتمثل في العضل، بغض النظر عما يترتب عنه من أثر؛ ذلك أنّ "الشريعة الإسلامية مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم والتحرز مما عسى أن يكون طرقا إلى المفسدة"<sup>2</sup>، وتبعاً لما سبق ذكره أمكن تبيان متى وكيف يتحقق تعسف الولي في عضل موليته عن الزواج من خلال إبراز المعايير الشخصية (الذاتية) (أ)، والموضوعية لتعسف الولي في عضل موليته عن الزواج (ب).

### أ- المعايير الشخصية (الذاتية) لتعسف الولي في عضل موليته عن الزواج

يعتمد هذا المعيار في البحث عن إرادة الولي التصرف في حقه بقصد الإضرار بموليته (01)، أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة من ذلك (02). وعليه، يمكن ضبط الفعل التعسفي من خلال هذين المعيارين.

#### 1- معيار قصد الإضرار

ويتجلى هذا المعيار في أن ترغب المرأة في الزواج بكفاء برضيت به وكان صالحاً لها، خاصة وإذا تكرر المنع عدة مرات، فهنا معيار قصد الإضرار بين وجلي؛ لأنّ أحد شروط هذا المعيار توفرت والمتمثل في قصد إلحاق الضرر بالغير عمداً، فتعنت الولي وإصراره على عضل المرأة عن الزواج بمن رغبت وكان كفؤاً لها يعتبر -تعمداً- إضراراً بها، خاصة وإن تحقق التكرار في هذه المسألة، فهذا دليل ثابت على قصد الولي في إلحاق الضرر بموليته عمداً.

وكذلك يتمحض قصد الولي في الإضرار بموليته إذا امتنع عن تزويجها لنقص مهرها، وكذا يمكن إعمال معيار قصد الضرر إذا عضل الولي موليته عن الزواج لمصلحته الخاصة؛ كأن تبقى في خدمته وخدمة أبنائه لاسيما إذا كانت زوجته متوفاة. كما يتحقق قصد الإضرار أيضاً لتفاهة مصلحته بمنعها من الزواج حتى يبقى يستفيد من مرتبها، أو وفق عادات الاحتفاظ باسم العائلة أو بأموال العائلة حتى لا يرثها الرجل الأجنبي عن العائلة.

كما يتحقق معيار قصد الإضرار لانتفاء مصلحة الولي في عضل موليته عن الزواج كتواريه عن الخطاب وتعززه عليهم أو لشدته، أو يعضلها ليزوجها بآخر غني حتى وإن كان الذي يرغب في تزويجها منه شيخاً كبيراً. فكل هذا منتهي عنه بدليل الحديث السابق "لا ضرر ولا ضرار"، وهذا المعيار معيار ذاتي يصعب الكشف عنه، إلا أنّ وجود القرائن من انتفاء أو تفاهة المصلحة كفيل لتبيان معيار قصد الإضرار، ودليل هذا

<sup>1</sup> - قاعدة سد الذرائع تعد أصلاً عاماً في تقييد الحق من حيث الباعث والمآل؛ وذلك لأنّ الحق قد يتذرع به صاحبه عند إلحاق الضرر بالآخرين، فيسد ذلك عليه بأن يمنع من حقه إن أدى إلى مآل ممنوع، أو قصد منع ضرر ما عملاً بالقاعدة، والذرائع أنواع: المباح الذي قصد به التذرع إلى المفسدة، والمباح الذي يفضي إلى المفسدة غالباً. انظر. فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص. 134. وعبير ربحي شاكراً القدومي، مرجع سابق، ص. 31-32.

<sup>2</sup> - إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات، ج. 2، مرجع سابق، ص. 276.

قوله -عليه الصلاة والسلام-: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى". وعليه، فتعمد الولي في إلحاق الضرر بموليته بعضلها عن الزواج يعتبر مناقضاً لما قصده الشارع الحكيم من تشريع هذا الحق؛ فالله سبحانه شرع هذا الحق كوسيلة لتحقيق غاية مشروعة قصدها الشارع من تشريعه حق الولاية، فمناقضته هذه الغاية تعسف في استعمال حق الولاية، والتعسف ممنوع، فيبطل تصرفه أو فعله التعسفي ببطان الغاية، وينتقل نتيجة لذلك حق الولاية إلى الحاكم أو القاضي.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه قد نص على هذا المعيار في المادة 124 مكرر ف 1 من قانون 10-05 المتعلق بالقانون المدني؛ حيث اعتبر طبقاً لنص هذه المادة تصرف الولي في عضل المولى عليها بقصد الإضرار استعمالاً تعسفياً لحق الولاية.

وذهب المشرع المغربي إلى النص على معيار قصد الإضرار في نصوص متفرقة من خلال مقتضيات الفصل 91، 92، 94 من خلال قانون 1.11.140، المتعلق بقانون الالتزامات والعقود. كما حذا المشرع التونسي حذو المشرع المغربي بعدم النص على معيار قصد الإضرار باعتباره أحد المعايير الهامة لنظرية التعسف في استعمال الحق في نص خاص، وإنما يستشف من النصوص المتفرقة وذلك من خلال مقتضيات المادة 97، 111، 112، 114 من الأمر القانوني 89-126، المتضمن قانون الالتزامات والعقود. وبالرجوع إلى المشرع المصري نجد أنه قد نص على معيار قصد الإضرار بنص خاص من خلال مقتضيات المادة 5 من القانون المدني في الفصل التمهيدي من قانون 1948. أما المشرع الأردني فقد نص على معيار قصد الإضرار من خلال المادة 66 في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني. وقد نص المشرع العراقي على معيار قصد الإضرار في المادة 7 من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951.

## 2- معيار المصلحة غير المشروعة

ويتحقق معيار المصلحة غير المشروعة إذا عضل الولي موليته عن الزواج بمن رغبته لا لفقدان الكفاءة أو الزواج بأقل من مهر المثل، ولكن لدافع غير مشروع كالمغلاة في المهور والتباهي بذلك، أو لإبقاء الفتاة في خدمته، أو يعضلها للاستفادة من مرتبها، أو يعضلها ليزوجها من آخر غني حتى وإن كان من جيله أو جيل أكبر منه، وهذا بدافع أن يستفيد من ماله، أو يعضلها ليزوجها وفق عادات الاحتفاظ باسم العائلة فيزوجها من عصبتها أو قبيلتها. فحق الولي في الامتناع لمصلحة المولى عليها حتى لا ترتبط بأقل منها كفاءة، أو تظلم نفسها وغيرها من بنات عشيرتها بالزواج بأقل من مهر المثل، وإلا كان الامتناع لغير مصلحة، أو لمصلحة غير مشروعة كان في ذلك تناقض بين الحق وقصده، والتناقض كما سبق وأنا ذكرنا تعسف ينبغي رفعه عن وقوع عليه<sup>1</sup>، فينصب الحاكم أو القاضي لرفع الضرر بسلب ولاية التزويج من الأب لتنتقل إلى الحاكم أو القاضي.

<sup>1</sup> - عيبر رجي شاعر القادومي، مرجع سابق، ص. 98.

نص المشرع الجزائري على معيار المصلحة غير المشروعة في الفقرة الأخيرة من نص المادة 124 مكرر من القانون 05-10 المتعلق بالقانون المدني؛ حيث اعتبر الولي متعسفا إذا رغب في الحصول على مصلحة غير مشروعة من عضل موليته عن الزواج.

أما المشرع المغربي فقد نص على معيار المصلحة غير المشروعة في نصوص متفرقة من خلال مقتضيات الفصل 91، 92، 94 من خلال قانون 1.11.140 المتعلق بقانون الالتزامات والعقود. كما سار المشرع التونسي نفس مسار المشرع المغربي بعدم النص على معيار المصلحة غير المشروعة - باعتباره أحد المعايير الهامة لنظرية التعسف في استعمال الحق - في نص خاص، وإنما يستشف من النصوص المتفرقة؛ وذلك من خلال مقتضيات المادة 97، 111، 112، 114 من الأمر القانوني 89-126 المتضمن قانون الالتزامات والعقود. وبالنسبة للمشرع المصري نجد أنه قد نص على معيار المصلحة غير المشروعة من خلال نص المادة 5 الفقرة الأخيرة من القانون المدني في الفصل التمهيدي من قانون 1948. كما نص المشرع الأردني على معيار المصلحة غير المشروعة من خلال المادة 66 الفقرة ب في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني. وقد نص المشرع العراقي أيضا على معيار المصلحة غير المشروعة في المادة 7 من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951.

#### ب- المعايير الموضوعية لتعسف الولي في عضل موليته عن الزواج

تتجسد معايير تعسف الولي في عضل موليته عن الزواج في اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة (01)، ومعيار الضرر الفاحش (02).

#### 1- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

وبحال إعمال معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة إذا ما اختارت المرأة كفوًا خطبها ورغبت به لكن وليها رغب في كفاء آخر، فإنّ الضرر المترتب عن منعها من الزواج بمن رغبت أكبر من الضرر المترتب عن عدم الزواج بمن رغب الولي طبقا لقاعدة "درء المفاسد أكبر من جلب المصالح"؛ لأنّ عدم تزويج المرأة بالكفاء الذي رغبت به ورضيت به وتزوجها من شخص آخر لم ترغب به حتى وإن كان كفوًا لها، تكون قد لحقتها مضرة من ذلك؛ لأنّ الزواج عقد دائم ينبغي أن يسوده الوفاق والوئام لينتج عن ذلك مودة ورحمة، فإذا لم يحصل توافق بينها وبين الخاطب الكفاء الذي رغب به وليها لعدم رغبتها فيه وتعلقها بالكفاء الذي رغبت به، فسينتج عن ذلك مفسدة من شقاق مستمر بينها وبين زوجها، ومن ثمّ ينتهي الأمر إلى طلاق. فالمرأة حرة في اختيارها وأدرى بنفسها وأعلم بمصلحتها وبمن ترغب به، وما على الولي إلا إرشادها وتوجيهها، خاصة وإن اشترطنا بلوغها ورشدها مع العقل، وإذا توفر شرط الكفاءة في الخاطب الذي اختارته، والأهم من هذا كله رضا المرأة؛ فهو في الزواج أجل ركن وأقوم في بناء عقد الزواج والأساس الذي يقوم عليه هذا الميثاق الغليظ<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - عيبر رجي شاكرا القادومي، المرجع سابق، ص. 98.

والجدير بالذكر أنّ معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة يستند إلى ضوابط للحكم على الفعل إذا ما كان تعسفياً أم لا، وأهم ضابط يمكن إعماله في مسألة إذا اختارت المرأة كفوًا خطبها ورغبت به وعرضها الولي من أجل أن يزوجه بالكفاءة الذي رغب فيه، هو ضابط اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين؛ مصلحة المولى عليها في الزواج من الكفاءة الذي اختارته، ومصلحة الولي في تزويجها من الكفاءة الذي رغب به، ففي هذه الحالة سيتم النظر إلى الأمر من زاوية أخرى، ألا وهي غلبة مصلحة أحدهما على الآخر، وهي تتخذ واحدًا من الاحتمالات الثلاثة الآتية:

- غلبة المصلحة على المفسدة أو "ندرة المفسدة"؛ وهنا يمكن أن نتصور إذا كان من اختارته المولى عليها غير كفاء لها ومن رغبه الولي كفوًا لها، أو إذا كان الخاطب الذي اختاره الولي أكفأ من الكفاءة الذي خطبها ورغبت به المولى عليها، فهنا يقدم جلب المصلحة التي يتوخاها الولي لموليته وفقاً لما قاله العز بن عبد السلام: "إذا كانت المصلحة أعظم من المفسدة حصلنا المصلحة مع التزام المفسدة"<sup>1</sup>. ووفقاً لهذا الاحتمال حق الجالب -والذي هو اختيار الولي- أولى، بشرط أن يكون الضرر الواقع بالمولى عليها أقل من الضرر الواقع بالولي في اختياره في حالة منعه من التصرف في حقه<sup>2</sup>.

- أما إذا تساوت المصلحة مع المفسدة؛ أي إذا كان الخاطب الذي رغب به المولى عليها بنفس كفاءة الخاطب الذي اختاره الولي فيوجد قولان: حيث يذهب البعض إلى القول بمنع صاحب الحق من التصرف؛ بمعنى يمنع الولي من تزويج المولى عليها درءاً للتعسف؛ لأنه لا مصلحة تتوقع إذا لزم عنها مفسدة توازيها أو تزيد عليها<sup>3</sup>. بينما يذهب البعض الآخر إلى القول بعدم منع صاحب الحق من التصرف؛ بمعنى لا يمنع الولي من تزويج المولى عليها من الكفاءة الذي رغبته؛ لأنه في الحل العام<sup>4</sup>.

وبالنسبة للاحتمال الأخير فهو غلبة المفسدة على المصلحة؛ إذ إنّ في تزويج المرأة من شخص لا ترغب به مضرة لها حتى وإن كان صالحاً لها؛ لأن الزواج في الأصل يقوم على الرضا، وهذا الرضا يبنثق عنه بعد الزواج مودة ورحمة، وهاتين الأخيرتين أجلّ سمات الزواج. وعليه، فإذا بني الزواج بغير رضا المولى عليها فلا يمكن أن نتصور وجود هاتين السمتين في زواجهما؛ لأنه في الغالب الأعم سيحدث شقاق بينهما وينتهي الأمر إلى طلاق، أو ستتحمل الزوجة الرجل الذي اختاره لها وليها مع كرهها له وتعلق قلبها بما رغبت به زوجها لها، وفي هذه الحالة تنتفي مقاصد الزواج، وأنسب ما يقال في هذا المقام ما قاله العز بن عبد السلام: "إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد، فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا

1- عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام، ج.2، مرجع سابق، ص.121.

2- محمد شوقي السيد، مرجع سابق، ص.241.

3- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص.33.

4- المرجع نفسه، ص.256.

﴿سْتَطَعْتُمْ﴾<sup>1</sup>. وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإذا كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة<sup>2</sup>.

وعليه؛ فالاختلال البين الذي ترجح فيه المفسدة؛ أي الضرر اللاحق بالمولى عليها من الزواج والآثار التي يمكن تصورها بعد الزواج، فإنه يتناقض مع ضابط المشروعات غلبة المصلحة على المفسدة، ومن ثم تتحقق المناقضة، فتتحقق حينئذ علة التعسف ويترتب عن ذلك التحريم، فيزال حينئذ هذا الضرر بنقل الولاية من الولي -والمتمثل في الأب- إلى الحاكم أو القاضي طبقاً لقاعدة "الضرر يزال"<sup>3</sup>.

ويمكن إعمال ضابط آخر من معايير اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة، وهو اختلال التوازن بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة؛ وذلك لأنه إذا امتنع الولي عن تزويج موليته بأقل من مهر المثل، وكان مهر المثل مغالى فيه وفقاً لعادة من عاداتهم -كعادات إحدى ولايات الدولة الجزائرية (ولايات الغرب والجنوب)- فهنا نتصور حدوث مفسدة عظيمة أو مفسدة عامة، ألا وهي عزوف الشباب عن الزواج وتقبالها كثرة العنوسة. وعليه، فعلى الولي ألا يتصرف في حقه بمطلق الحرية، بل عليه أن يراعي حق الجماعة؛ لأن هذا الأخير منظور ومعتبر، ويؤيد هذه النظرة ما قاله العز بن عبد السلام: "اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر وأكثر من اعتناؤه بالمصالح الخاصة، فالشرع يحصل الأصلح بتفويت الصالح، كما يدرأ الأفسد بارتكاب الفاسد"<sup>4</sup>.

ويمكن في هذه الحالة تطبيق القاعدة الشرعية التي تقول: "الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام"<sup>5</sup>؛ فالضرر الذي يلحق بالنساء لكثرة العنوسة بسبب امتناع أوليائهم عن تزويجهم بأقل من مهر المثل -وذلك لاعتبارهم بأنّ غلاء المهر شأن للمرأة وتعظيم لحقها- يقابله بالنتيجة عزوف الشباب عن الزواج، فهاتين المفسدتين لو قارناهما بحق الولي في تزويج موليته بمهر المثل أو أكثر، سنجد معيار التوازن بين المصلحتين مختلف لوجود مصلحة عامة ومصلحة خاصة، فإذا ترك الولي يتصرف في حقه لتحقيق مصلحته الخاصة بتزويج موليته بمهر المثل أو أكثر، فسينجر عن تصرفه هذا مفسدة عامة عظيمة تحل بالمجتمع، ألا وهي عزوف الشباب عن الزواج وكثرة العنوسة التي ستتفاقم لتصير بعد ذلك ظاهرة وخيمة، وهو ما نشهده في المجتمع الجزائري<sup>6</sup>، ناهيك عن ظهور مفسدات أخرى مثل الزنا؛ لأن سهولة الحرام وصعوبة الحلال ساهمت في إفرازها وجعلها ظاهرة متفرعة

1- الآية 16 من سورة التغابن.

2- عز الدين بن عبد السلام السلمي، مرجع سابق، ج.1، ص.84.

3- فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص.40. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص.179.

4- عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام، مرجع سابق، ج.2، ص.75.

5- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص.197.

6- تشير إحصائيات الديوان الوطني للإحصاء إلى وجود نسبة 43 بالمائة من النساء في الجزائر بلغن سن الزواج وتخطين سن 35 سنة، كما تشير أيضا إلى وجود نسبة أكثر من 140 ألف امرأة فقدت الأمل في إيجاد شريك الحياة لتجاوزهن سن 50 عاما. راجع. دليل حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري دراسة سيسيوقانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم 2005-، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في علم الاجتماع القانوني، لسنة 2013-2014، ص.146.

الجدور في المجتمع، وهنا تتحقق علة التعسف، فيجب درء هذا التعسف بتقديم المفسدة عن المصلحة؛ فدرء المفسد أولى من جلب المنافع كما سبق وأنا ذكرنا، فحق الولي هو مغية لتحقيق مقصد الشارع من تشريع حق الولاية.

نص المشرع الجزائري على معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة في الفقرة الثانية من نص المادة 124 مكرر من القانون 05-10 المتعلق بالقانون المدني، واعتبر الولي متعسفا إذا رغب في الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئة بموليته من عضلها عن الزواج.

وأما المشرع المغربي فقد نص على معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة في نصوص متفرقة من خلال الفصل 91، 92، 94 من قانون 1.11.140 المتعلق بقانون الالتزامات والعقود. وأما ما ذهب إليه المشرع التونسي فهو عدم النص على معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة في نص خاص، وإنما يستشف من النصوص المتفرقة، وذلك من خلال مقتضيات المادة 97، 111، 112، 114 من الأمر القانوني 89-126 المتضمن قانون الالتزامات والعقود. كما نجد المشرع المصري قد نص على معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة من خلال نص المادة 5 الفقرة الثانية من القانون المدني في الفصل التمهيدي من قانون 1948. أما المشرع الأردني فقد نص على معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة من خلال المادة 66 الفقرة ج في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني تحت عنوان "إساءة استعمال الحق". كما نص المشرع العراقي على معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة في المادة 7 من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951.

## 2- معيار الضرر الفاحش

ويتحقق معيار الضرر الفاحش إذا تكررت خطبة المرأة وتكرر الرفض من وليها لغير مصلحة شرعية، وكانت هي ترغب في الزواج من الخاطب الذي تقدم لها، فإن ذلك قد يضر بها ضررا فاحشا عندما يستمر المنع من الولي وتكبر الفتاة فتقل الرغبة بها وقد تنعدم، فيكون تصرف الولي بمنعها من الزواج ممن تقدموا لها إضرارا كبيرا لها، تعطلت معه مصالحها بالزواج وقد تعنس وتصل إلى سن اليأس وهي على هذه الحالة<sup>1</sup>. وكذلك يمكن إعمال هذا المعيار إذا دعت الضرورة إلى تزويج المجنونة، خاصة إذا ثبت طبيا أنّ حالتها تتحسن إن تزوجت وامتنع الولي عن تزويجها بدون مسوغ معقول، فإنّ الولي في هذه الحالة يعتبر متعسفا لما قد يلحق المرأة من ضرر فاحش من جراء منعها؛ لأنّ المجنونة قد تبرأ بهذا الزواج ويصلح حالها، وهذه المصلحة مطلوبة هي الأولى بمراعاتها من مصلحة الولي في عدم تزويجها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عيبر رجي شاكرا القادومي، مرجع سابق، ص. 98-99.

<sup>2</sup> - عيبر رجي شاكرا القادومي، المرجع نفسه، ص. 99.

وعليه، وبتطبيق معيار الضرر الفاحش يبدو أن العضل المتكرر من الولي يعتبر إضراراً عظيماً بالمرأة المولى عليها، والضرر ممنوع استناداً لقوله -عليه الصلاة والسلام-: " لا ضرر ولا ضرار"<sup>1</sup>، وحتى يرفع هذا الضرر ينصب القاضي كولي لإزالته بسلب الولاية من الأب ليكون هو ولياً عنها، وهو ما أكدته القول الراجح بانتقال الولاية في حالة العضل إلى الحاكم أو القاضي وهذا طبقاً لقاعدة "الضرر يزال"<sup>2</sup>. وأنسب ما يقال في هذا الصدد ما أجازه الشاطبي -رحمه الله-: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة في غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل"<sup>3</sup>.

لم ينص المشرع الجزائري على معيار الضرر الفاحش في المادة 124 مكرر من قانون 05-10 المتعلق بالقانون المدني والتي ذكر فيها معايير التعسف، وإنما نص عليه في المادة 691 من نفس القانون. أما المشرع المغربي فقد نص على معيار الضرر الفاحش من خلال الفصل 94 من قانون 1.11.140 المتعلق بقانون الالتزامات والعقود. وكذلك نص المشرع التونسي على معيار الضرر الفاحش من خلال مقتضيات 114 من الأمر القانوني 89-126 المتضمن قانون الالتزامات والعقود.

وأما المشرع المصري فلم ينص على معيار الضرر الفاحش في الفصل التمهيدي الذي أفرد فيه معايير التعسف، وإنما نص عليه في نص آخر مثله مثل المشرع الجزائري، وذلك من خلال نص المادة 807 من القانون المدني لسنة 1948 في باب حق الملكية<sup>4</sup>. وعلى نفس المسار ذهب المشرع الأردني بالنص على هذا المعيار في باب الملكية في نص المادة 1021 من القانون المدني.

ونستنتج مما سبق ذكره أنّ عضل الولي -بمختلف الصور التي سبق ذكرها- يعتبر فعلاً تعسفياً إذا توفرت فيه معايير التعسف من قصد الإضرار، أو إذا كان للولي مصلحة غير مشروعة من عضل موليته عن الزواج، أو إذا اختل التوازن بين مصلحته والمفسدة التي تلحق موليته وبالمجتمع كما سبق تفصيله، أو إذا لحق المولى عليها ضرر فاحش من عضل وليها عن الزواج. فإن توفرت هذه المعايير أو أحدها اعتبر فعل الولي فعلاً تعسفياً، فتنتقل الولاية منه إلى السلطان أو القاضي حسب الرأي الراجح المعمول به في الجزائر وأغلب الدول العربية. غير أنّ عضل الولي عن الزواج لا يعتبر التعسف الوحيد الذي يصدر من الولي فحسب، بل هناك صور أخرى للتعسف تصدر من الولي، أو يمارسها الولي في حق موليته بالغة كانت أم قاصرة، بكرة كانت أم ثيباً. وعليه، فيما تتمثل الصور الأخرى للتعسف في ولاية التزويج؟

<sup>1</sup> - سبق تخرجه، ص. 01 من الدراسة

<sup>2</sup> - أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص. 179.

<sup>3</sup> - إبراهيم بن موسى اللحمي الشاطبي، مرجع سابق، ص. 252.

<sup>4</sup> - حسن كيرة، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص. 772.

## الفرع الثاني

### تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها

يتخذ تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها صوراً له، وعليه سنعالج هذه المسألة من خلال التطرق إلى صور تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها (أولاً)، وبعد ذلك نبين موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من هذا النوع من صور التعسف (ثانياً)، وبعد ذلك نشير إلى معايير تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها (ثالثاً).

#### أولاً: صور تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها

يحدث وأن يسيء الولي في استعمال حقه الشرعي، فيتعسف في ممارسة هذا الحق إزاء من له الولاية عليها، فيجبرها على الزواج، أو يزوجه بدون علمها وهو ما يسمى "بالإفتيات"، وتعتبر هاتان الصورتان من أجل صور التعسف في ولاية التزويج إلى يومنا هذا، ومن هذا المنطلق سندرس هاتين الصورتين من خلال التطرق إلى تعسف الولي في إجبار موليته على الزواج (أ)، وبعدها يتم التعرّيج على تعسف الولي في تزويج موليته بدون علمها (الإفتيات) (ب)، كما يتخذ تعسف الولي صورة أخرى وهي من أهم صور تزويج المرأة ظلماً وتعسفاً، وتتمثل هاته الصورة في تزويج الصغيرة (ج).

#### أ- تعسف الولي في إجبار موليته على الزواج

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي في مسألة تعسف الولي في إجبار موليته على الزواج، نجد أنّ آراء الفقهاء تباينت في علة الإجبار وعلى من تثبت بالنسبة للبكر البالغة، والثيب الكبيرة، والصغيرة بكراً كانت أم ثيباً، والبكر المرشدة. وعليه، سنتطرق إلى موقف الفقه الإسلامي من علة ثبوت ولاية الإجبار بالنسبة للبكر البالغة (01)، وكذا موقفهم من ثبوت ولاية الإجبار على الثيب الكبيرة (02)، وموقفهم أيضاً من علة ثبوت ولاية الإجبار على الصغيرة بكراً كانت أم ثيباً (03)، بالإضافة إلى موقفهم من ثبوت ولاية الإجبار على البكر المرشدة (04).

#### 1- موقف الفقه الإسلامي من علة ثبوت ولاية الإجبار بالنسبة للبكر البالغة العاقلة

اختلف الفقهاء في مسألة تعسف الولي في إجبار البكر البالغة على الزواج من خلال قولين؛ حيث ذهب البعض إلى القول بعدم ثبوت ولاية الإجبار على البكر البالغة العاقلة، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بثبوت ولاية الإجبار على البكر البالغة العاقلة.

#### 1-1- عدم ثبوت ولاية الإجبار على البكر البالغة العاقلة

أصحاب هذا القول هم الحنفية ومن معهم من الظاهرية والإمام أحمد في أحد رأيه؛ حيث يرون عدم ثبوت ولاية الإجبار على البكر البالغة العاقلة، وأنّ رضاها شرط في صحة النكاح؛ بحيث يعتبر الولي متعسفاً عندما يجبر موليته البكر البالغة على الزواج، ومتجاوزاً حدود سلطة ولايته في الزواج. وهو ما ذهب إليه



الأوزعي والثوري وأبو عبيد وابن منذر، وكذا ابن قيم الجوزية<sup>1</sup>، وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بما روي عن عائشة رضي الله عنها (أن فتاة دخلت عليها فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي حسيسته وإني كارهة. فقالت: اجلسي حتى يأتي رسول الله -عليه الصلاة والسلام-. فجاء رسول الله -عليه الصلاة والسلام- فأخبرته فأرسل إلى أبيها فدعاه، فجعل الأمر إليها. فقالت: يا رسول الله، قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم الناس أن ليس للآباء من الأمر شيء)<sup>2</sup>. وأيضا حديث ما روي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- (أن جارية بكرًا أتت الرسول -صلى الله عليه وسلم- فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة، فخيرها رسول الله -عليه الصلاة والسلام-)<sup>3</sup>.

## 1-2- ثبوت ولاية الإجماع على البكر البالغة العاقلة

وهو قول المالكية ومن معهم من الشافعية، والإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه؛ يرون أن ولاية الإجماع تثبت على البكر البالغة، وهو ما ذهب إليه ابن أبي ليلي وإسحاق. وقد استدلت أصحاب هذا القول بما روي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "الأئمة أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر وإذنها صماقتها"<sup>4</sup>. وهذا الحديث يقسم النساء إلى شطرين؛ فأثبت لأحدهما الحق بنفسها من وليها، وأن ولي البكر أحق بنفسها منها؛ فجاز له إجبارها ولا يشترط رضاها، وأما ما جاء في الحديث من طلب استئذانها فإنه يدل على الاستحباب لا على الوجوب<sup>5</sup>. وعليه، حتى لا يثبت تعسف الولي في تزويج موليته، يجب عليه أن يلتزم بالشروط التي وضعها أصحاب هذا القول وتمثل في: (أن لا يكون بينه وبينها عداوة ظاهرة، أن يزوجه من كفاء، أن يكون الزوج موسرًا بقدر الصداق، أن يزوجه بمهر المثل، أن يكون من نقد البلد، أن لا يزوجه ممن تتضرر بمعاشرتة، أن لا يكون قد أوجب عليها الحج). وقد ذهب الشافعية إلى تقسيم هذه الشروط إلى قسمين؛ القسم الأول تمثل في الشروط الثلاثة الأولى، وأما القسم الثاني فتمثل في الشروط المتبقية، والتي اعتبروها شروطًا لجواز الإقدام على الزواج. ومن هذا المنطلق فإذا تجاوز الولي هذه

<sup>1</sup> - العبد ابراهيمي، مرجع سابق، ص.ص. 75-76.

<sup>2</sup> - أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، الجزء الثالث، كتاب النكاح، باب في الولي، ط. 1، دار الرسالة العالمية، دمشق، لسنة 1430هـ-2009، ص. 576.

<sup>3</sup> - ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج. 3، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، مرجع سابق، ص. 72. أبو داود، سنن أبي داود، ج. 3، الثالث، كتاب النكاح، باب في البكر يزوجه أبوها ولا يستأمرها، مرجع سابق، ص. 436.

<sup>4</sup> - أخرجه مالك، 4/524/2، وعنه مسلم، 141/4، وكذا أبو داود، حديث رقم 2098، والنسائي، 77/2، والترمذي، 206/1. والدرامي، 138/2. وابن ماجه، حديث رقم 1870، وابن أبي شيبة، 1/4/7، وابن الجارود، حديث رقم 709، والدارقطني، حديث رقم 390، والبيهقي، 118/7. وأحمد، 241، 242، 245، 362. والحديث صحيح. انظر. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، ج. 6، كتاب النكاح، حديث رقم 1833، مرجع سابق، ص. 231.

<sup>5</sup> - وقد اعتبر أصحاب هذا القول أن علة ثبوت ولاية الإجماع البكارة، فإن وجدت البكارة ثبت ولاية الإجماع على البكر، فإذا زالت عنها البكارة زال عنها الإجماع. وخالف هذا القول المالكية، الذين ذهبوا إلى ثبوت ولاية الإجماع على الثيب الصغيرة بالرغم من زوال البكارة بسبب الصغر. العبد ابراهيمي، مرجع سابق، ص. 76.

الشروط أعتبر متعسفا في تزويج موليته البكر البالغة، وبالرغم من أنّ علة ثبوت الإيجابار البكارة، فإنهم يرون بوجوب استئذان البكر البالغة العاقلة وذلك لكثرة الأحاديث التي توجب ذلك<sup>1</sup>.

ومن هنا يمكن القول أنّ الرأي الراجح في هذه المسألة هو رأي أصحاب القول الأول؛ وذلك لقوة الأدلة التي استدلوها بها، وهو ما ظهر في قصة البنت التي خيرها رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، وكذا قصة البنت التي زوجها وليها جبراً هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ البلوغ يزيل الإيجابار حتى ولو كانت المولى عليها بكراً.

## 2- موقف الفقه الإسلامي من علة ثبوت ولاية الإيجابار بالنسبة للثيب الكبيرة

يرى شيخ الإسلام ابن تيمية أنّ الثيب البالغة لا يجوز تزويجها بغير إذنها لا للأب ولا لغيره بإجماع المسلمين، وقد استدلووا في ذلك بما حدث للخنساء بنت خدام الأنصارية؛ أنّ أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأتت إلى رسول الله -عليه الصلاة والسلام- فرد نكاحها<sup>2</sup>، وقد عزز أصحاب هذا الرأي قولهم بما روي عن عبد الله بن عباس -رضي الله عنهما- أنّ الرسول -صلى الله عليه وسلم- قال: "ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر، وصمتهما إقرارها"<sup>3</sup>، ويرى أصحاب هذا الرأي أنّ الثيب البالغة الرشيدة عالمة بمقاصد النكاح مختبرة له، فلا يجوز إجبارها عليه، فحالتها كحال الرجل تماماً<sup>4</sup>.

وتماشياً مع ما سبق ذكره، انقسم فقهاء المذاهب بشأن صحة الزواج الذي يتم بغير إذن الثيب البالغة إلى قولين؛ تمثل القول الأول في صحة عقد الزواج بدون استئذان، وأما القول الثاني فتحور حول عدم صحة عقد الزواج بدون استئذان.

## 2-1- صحة عقد الزواج بدون استئذان الثيب الكبيرة

ذهب الكثير من الفقهاء من الحنفية والمالكية وأحمد -في إحدى روايته- إلى صحة عقد الزواج، فلا يحتاج إلى استئذان<sup>5</sup>.

## 2-2- عدم صحة عقد الزواج بدون استئذان الثيب الكبيرة

ذهب الشافعية وأحمد في رواية أخرى إلى عدم صحة عقد الزواج، فلا بد من استئذان الثيب الكبيرة في الزواج<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - العبد ابراهيمي، مرجع سابق، ص.ص. 78-79.

<sup>2</sup> - سبق تخريجه.

<sup>3</sup> - أبو داود، سنن أبي داود، ج.3، كتاب النكاح. باب في الثيب، مرجع سابق، ص.239.

<sup>4</sup> - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ص.385.

<sup>5</sup> - العبد ابراهيمي، مرجع سابق، ص.82.

<sup>6</sup> - المرجع نفسه والصفحة نفسها.

#### 4- موقف الفقه الإسلامي من علة ثبوت ولاية الإجماع بالنسبة للصغيرة بكرأ كانت أم ثيبا

اختلف فقهاء المذاهب كذلك في مسألة علة ثبوت ولاية الإجماع بالنسبة للصغيرة بكرأ كانت أم ثيبا فذهبوا إلى قولين؛ حيث ذهب البعض إلى القول بثبوت ولاية الإجماع على الصغيرة بكرأ كانت أم ثيبا، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بعدم ثبوت ولاية الإجماع على الصغيرة بكرأ كانت أم ثيبا.

#### 3-1- ثبوت ولاية الإجماع على الصغيرة (بكرأ كانت أم ثيبا)

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والظاهرية إلى ثبوت ولاية الإجماع على الصغيرة سواء كانت بكرأ أم ثيبا؛ لأن الصغيرة عندهم ناقصة الأهلية، فلا تستقل بأمر نفسها فيمن تختار من الأزواج، وقد استدلوا في ذلك من القرآن الكريم بقوله جل في علاه: {وَاللَّائِي يَكْسَنُ مِنَ الْمَحْيَضِ مِنَ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ} <sup>1</sup>. فالله - سبحانه وتعالى - في محكم تنزيله جعل "اللائي لم يحضن" عدتهن ثلاثة أشهر قبل البلوغ <sup>2</sup>، ومعلوم أن العدة لا تكون إلا من طلاق في نكاح أو فسخ، فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا إذن لها <sup>3</sup>. وأما عائشة - رضي الله عنها - قالت "أن النبي - صلى الله عليه وسلم - تزوجها وهي بنت الست سنين، وبنى بها وهي بنت تسع سنين" <sup>4</sup>، ومن المعلوم أنها لم تكن في ذلك السن ممن يعتبر إذنها، كما أن نكاح الرسول - عليه الصلاة والسلام - من عائشة - رضي الله عنها - لم يأت نص بأنه خصوص، فلنا أن نتأسى به لأن الرسول الكريم هو قدوة الأمة الإسلامية مصداقا لما رواه ابن عباس - رضي الله عنه - قال: "لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة" <sup>5</sup>، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إن كان للأب حق إجبار ابنته الصغيرة على الزواج سواء كانت بكرأ أم ثيبا، فيلزم عليه أن يقف عند حدود ولايته عليها، فلا يجبرها على الزواج إلا إذا كان من اختاره كفوًا لها، وإلا كان متعسفا في ممارسة سلطة الولاية. وقد قال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في ذلك: "لا تكروها فتياتكم على الذميمة من الرجال، فإنهن يجبن من ذلك ما تحبون" <sup>6</sup>.

1- الآية 04 من سورة الطلاق.

2- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج.5، كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، مرجع سابق، ص.1309.

3- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر، عمان - الأردن، لسنة 1431هـ-2010م، ص.47.

4- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج.5، كتاب النكاح، باب تزويج الأب ابنته من الإمام، حديث رقم 5134، مرجع سابق، ص.1309.

5- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج.5، كتاب التفسير، حديث رقم 4911، المرجع نفسه، ص.1244.

6- العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص.ص.81-82.

### 3-2- عدم ثبوت ولاية الإجماع على الصغيرة البكر دون الثيب

وهو قول الشافعية؛ حيث ذهبوا إلى تخصيص الحكم على البكر الصغيرة دون الثيب الصغيرة، واستدلوا في ذلك بما روي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها، وإذنها صماتها"<sup>1</sup>. وبذلك فالثيب وإن كانت صغيرة لا تجبر على الزواج، فليس من حق وليها أن يجبرها على الزواج إلا بإرادتها، وإلا يعتبر متعسفا في استعمال حق الولاية<sup>2</sup>.

### 5- البكر المرشدة عند المالكية

ذهب المالكية -كما سبق وأن ذكرنا- إلى ثبوت ولاية الإجماع على البكر البالغة، ولكنهم استثنوا من هذه الحالة البكر البالغة التي رشدها أبوها ورفع الحجر عنها؛ لما رأى منها حسن التصرف والدراية والرزانة في أفعالها، بأن يقول لها مثلا رشدتك، أو أطلقت يدك في التصرف، فلا جبر له عليها، وإلا يعتبر متعسفا وظالما لها، والتي أصبحت اختيارية بعد ترشيدته لها<sup>3</sup>.

### ب- تعسف الولي في تزويج موليته بدون علمها (الإفتيات على المرأة)

يعتبر تزويج المرأة بدو علمها أو ما يعرف في الاصطلاح الفقهي بـ"الإفتيات على المرأة"<sup>4</sup>، صورة من صور تعسف الولي في تزويج موليته بدون رضاها، وقد نظم الفقه الإسلامي هذه المسألة وتعرض لحكمها الشرعي، ومصير العقد في حال انعقاده بهذه الصورة. وعليه، سنتطرق إلى حكم تزويج الولي موليته بدون علمها (الإفتيات على المرأة) (01)، وبعدها نتعرض إلى أثر عقد الزواج في حالة تزويج المولى عليها بدون علمها (02).

### 1- الحكم الشرعي لتعسف الولي في تزويج موليته بدون علمها (الإفتيات على المرأة)

إنّ الحكم الشرعي لتعسف الولي في تزويج موليته بدون علمها وإذنها (الإفتيات على المرأة) لا يجوز سواء كانت ثيبا أو بكرا، كبيرة بالغة غير مجبرة. وقد قال الله تعالى ﴿وَلَا تُكْرَهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ

1- رواه أبو داود، سنن أبي داود، حديث رقم 2099، والحديث صحيح بلفظ "تستأمر" دون ذكر "أبوها". انظر. محمد ناصر الدين الألباني، صحيح

سنن أبي داود، م. 1، كتاب النكاح، باب في الثيب، ط. 1، مكتبة المعارف، الرياض، 1419هـ-1998م، ص. 587.

2- العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص. 82-83.

3- المرجع نفسه، ص. 83.

4 - يعرف الإفتيات لغة: "الإفتيات مصدره إفتات، فتأ ما فتئت وما فتأت أذكره: لغتان، بالكسر والنصب، فتأه، فتأ فتوتوا وما افتأت: أي ما برحت وما زلت. لا يستعمل إلا في النفي، ولا يتكلم به إلا مع الجحد. وإفتات في الأمر بمعنى استبد به، ويقال استقل به ولم يستشر أحد. انظر. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج. 1، مرجع سابق، ص. 119.

ويعرف الإفتيات اصطلاحا: "يقصد به أن يتعدى الولي غير المجر على المرأة فيعقد عليها بغير إذنها، بكرا كانت أم ثيبا، ثم يبلغها خبر زواجها. فالمرأة البالغة العاقلة سواء كانت بكرا أم ثيبا، لا بد من استئذنها واستثمارها؛ وذلك لكثرة الأحاديث الصحيحة التي تنص على وجوب استئذنها. العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص. 86.

وبالنسبة للتعريف القانوني، فلم نقف على تعريف لهذا المصطلح لا في التشريع الجزائري ولا حتى التشريعات العربية، لأنه -وإن صح القول- فهذا المصطلح مصطلح فقهي وليس تشريعي، وبذلك يكون الفقه الأولي بالاختصاص في وضع تعريف له.

تَحْصُنَا لِنَبْتَعُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهُنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ<sup>1</sup>. وعن الخنساء بنت خدام الأنصارية أن أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأتت الرسول -عليه الصلاة والسلام- فردت نكاحها. وكذلك ما روي عن عبد الله بن عباس -رضي الله عنهما- قال -صلى الله عليه وسلم-: "الأيّم<sup>2</sup> أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صممتها". وفي رواية أخرى: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صماتها"<sup>3</sup>. وقد دل هذا الحديث على أن لوليها حق لكنّها أحق منه. وقد قال ابن قيم الجوزية في هذا الحديث: "أنّ هذا خبر في معنى الأمر على إحدى الطريقتين، أو خبر محض، ويكون خبرا عن حكم الشارع لا خبرا عن الواقع، وهي طريقة المحققين. فقد توافق أمره -عليه الصلاة والسلام- وخبره ونهيه على أنّ البكر لا تزوج إلا بإذنها، ومثل هذا يقرب من القاطع ويبعد كل البعد حمله على الاستحباب"<sup>4</sup>. وقد روي أيضا عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أنّ النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "لا تنكح البكر حتى تستأذن ولا الثيب حتى تستأمر. قيل: يا رسول الله، كيف إذنها؟ قال: إذا سكنت"<sup>5</sup>.

## 2- أثر عقد الزواج الذي حصل فيه الإفتيات (الذي تم بدون علمها ورضاها)

إذا حصل وأن وقع الإفتيات بأن عقد الولي على موليته بغير إذنها، ثم بلغها خبر زواجها وكانت مكروهة على ذلك، فما هو مصير عقد الزواج بعد ذلك؟

في هذه المسألة اختلف فقهاء المذاهب الأربعة على صحة العقد أم فساده إلى قولين؛ حيث ذهب فريق منهم إلى القول بصحة عقد الزواج الذي وقع فيه إكراه على الزواج، وذهب الفريق الآخر إلى القول بعدم صحة عقد الزواج الذي وقع فيه إكراه.

## 2-1- صحة عقد الزواج الذي وقع فيه إكراه على الزواج

وهذا القول هو قول الحنفية، الذين ذهبوا إلى أنّ الإكراه على النكاح يقع؛ لأنه تصرف قولي يستحيل فيه أن يكون المكره آلة للمكره؛ لأن التصرفات الشرعية نوعان: (إنشاء وإقرار)، والإنشاء نوعان: (نوع لا يحتتمل الفسخ ونوع يحتتمله)، والنكاح من النوع الذي لا يحتتمل الفسخ فهو يقع بالإكراه، واستدلوا على ذلك من القرآن الكريم لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِنَّ

1- الآية 33 من سورة النور.

2- الأيم والجمع الأيام وأيامي من النساء من لا زوج لها. انظر. محمد رواس قلعة جي، وحامد صادق قنيب، معجم لغة الفقهاء، دار الفكر، د.س.ن، لسنة 1403 هـ -1983، ص79.

3- أبو الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي، ج.2، رقم 1421، مرجع سابق، ص.1037.

4- إسماعيل غازي مرجبا، مداخلة بعنوان حماية النساء بالطرق الشرعية من التعسف في استعمال حق الولاية الزوجية (من خلال بعض النماذج). المؤتمر الإسلامي الرابع للشريعة والقانون (التحديات العلمانية في مجال تشريعات الأحوال الشخصية). مشروع قانون حماية النساء من العنف الأسري، المنعقد بتاريخ 2012/01/01، ص.19.

5- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري في شرح فتح الباري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، مرجع سابق، ص.1310.

يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِيهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ<sup>1</sup>، وجه الدلالة أنّ الله -عزّ وجل- أمر الموالى بإنكاح العبيد والإماء مطلقاً عن شرط الرضا، فمن شرطه فلا بد له من دليل عليه<sup>2</sup>. كما استدلوا بالسنة النبوية الشريفة لما روي عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أنّ النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "ثلاث جدّهن جد وهزلن جد، النكاح والطلاق والرجعة"<sup>3</sup>، وجه الدلالة هنا أنّ عقد النكاح يقع في حالة الهزل، فيقاس على الهزل الإكراه على النكاح في حالة الإكراه<sup>4</sup>، وفي هذا يقول ابن عابدين: "إنّ كل ما يصح مع الهزل يصح مع الإكراه؛ لأنّ ما يصح مع الهزل لا يحتمل الفسخ، وكل ما لا يحتمل الفسخ لا يؤثر فيه الإكراه. فالهزل في عقد النكاح يقع به النكاح وكذلك الإكراه؛ لأنّ كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الإكراه، وما لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الإكراه"<sup>5</sup>.

ما جاء لما روي عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: "قلت يا رسول الله، تستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال: نعم، قلت: فإنّ البكر تستأمر فتستحي فتسكت، قال سكاتهما إذنها". وفي رواية أخرى: "البكر تستأذن، قلت: إنّ البكر تستحي. قال: إذنها صماتها"<sup>6</sup>. وجه الدلالة هنا جواز إجبار البنت البكر على النكاح، ولكن بشرط أن يكون الزوج كفؤاً لها ومهمراً لها، والاستئثار في الحديث من أجل تطيب خاطر البنت البكر، وإشعارها بإنسانيتها. وعليه، فالإكراه والطواعية للمرأة مقدر بمهر مثلها؛ لأنّ التزام المال يعتمد تمام الرضا ويختلف بالجد والهزل، فيختلف أيضاً بالإكراه والطوع، فلا يصح من الزوج التزام المال مكرهاً إلا إن كان مقدار مهر المثل يجب لصحة النكاح لا محالة"<sup>7</sup>.

كذلك ما روي عن عبد الله بن عباس -رضي الله عنهما- قال -صلى الله عليه وسلم-: "الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صمتها". وفي رواية أخرى: "الثيب أحق بنفسها من وليها،

1- الآية 32 من سورة النور.

2- قال الكاساني: "إنّ عموميات النصوص وإطلاقها يقتضي شرعية هذه التصرفات من غير تخصيص وتقييد، فالإكراه لا يعمل على الأقوال، فكل متكلم مختار فيما يتكلم به، فلا يكون مستكرها عليه حقيقة". راجع. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، مرجع سابق، ص182.

3- محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي الجامع الصحاح، ج.1، رقم 2039، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان-، د.س.ن، ص. 658. وقال عنه حديث حسن غريب.

4- أسامة ذيب مسعود، مرجع سابق، ص.161.

5- محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج.6، مرجع سابق، ص.139.

6 - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، كتاب النكاح، ج.10، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، مرجع سابق، ص.164.

7 - أسامة ذيب مسعود، مرجع سابق، ص.162.

والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صماتها<sup>1</sup>. وجه الدلالة من الحديث الشريف أنه لما جعل الثيب أحق بنفسها من وليها دل على أنّ البكر ليست أحق بنفسها، بل الولي أحق وليس ذلك إلا للأب والجد<sup>2</sup>.

## 2-1- عدم صحة عقد الزواج الذي وقع فيه إكراه على الزواج

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأنّ الإكراه على النكاح يؤدي إلى فساد العقد، والعقد غير لازم بعد زوال الإكراه ولا تترتب عنه آثاره الشرعية، واستدلوا في ذلك بما جاء في السنة النبوية الشريفة عن عبد الله بن عباس -رضي الله عنهما- "أنّ رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ردّ نكاح بكر وثيب أنكحهما أبوهما وهما كارهتان"<sup>3</sup>. وجه الدلالة في هذا الحديث أنّ عقد النكاح يكون فاسداً في حالة الإكراه عليه، وهذا الحديث لم يفرق بين البكر والثيب في فساد العقد في حالة الإكراه، ومنه فالإكراه يؤدي إلى فساد العقد؛ لأنّ أباهما أنكحهما وهما كارهتان<sup>4</sup>. كما استدلوا بحديث شريف آخر، قوله -صلى الله عليه وسلم-: "رفع عن أمي النسيان والخطأ وما استكرهوا عليه"<sup>5</sup>. ويدل هذا الحديث على رفع حكم الخطأ والنسيان وما استكره عليه الإنسان، ورفع الحكم يقتضي رفع المؤاخظة وعدم الاعتداد بحكم العقد الذي أكر عليه الإنسان إكراها ملجئاً، وإذا رفع الحكم فعقد النكاح لا يكون نكاحاً صحيحاً تترتب عنه آثاره<sup>6</sup>.

كما استدلوا أيضاً بما روي عن "الخنساء بنت خدام الأنصاري أنّ أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فجاءت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فذكرت ذلك له، فرد نكاحها"<sup>7</sup>. وكذلك استدلوا بما روي عن عائشة -رضي الله عنها- "أنّ فتاة دخلت عليّ فقالت: إنّ أبي زوّجني ابن أخيه ليضع بي خسيسته وأنا كارهة". قالت: اجلسي حتى يأتي النبي -صلى الله عليه وسلم- فجاء رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فأخبرته فأرسل إلى أبيها فدعاها، فجعل الأمر إليها. فقالت: يا رسول الله، قد أجزت ما صنع أبي، ولكنني أردت أنّ أعلم اللئساء من الأمر شيء<sup>8</sup>؟"، ويدل هذا الحديث على عدم صحة عقد نكاح المرأة الأنصارية،

1- سبق تخريجه، ص. 37.

2- تقي الدين بن تيمية، أحكام الزواج، تحقيق (محمد عبد القادر عطا)، ط. 1، دار الكتب العلمية، لسنة 1416 هـ - 1996 م، ص. 101.

3- الحافظ الطبراني، المعجم الأوسط، ج. 8، ط. 1، مكتبة المعارف، الرياض، لسنة 1995، ص. 175.

4- المرجع نفسه، ص. 163.

5- ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، ج. 2، رقم 2045، صححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجة، مرجع سابق، ص. 178.

6- أبو يحيى، الزواج في الشريعة الإسلامية. مقتبس من أسامة مسعود ذيب، مرجع سابق، ص. 164.

7- أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، والحديث صحيح. انظر. محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، م. 1، كتاب النكاح، باب في الثيب، حديث رقم 2101، مرجع سابق، ص. 587.

8- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، الجزء الثالث، كتاب النكاح، باب في الولي، مرجع سابق، ص. 576.

فقد فسخه الرسول -صلى الله عليه وسلم- لعدم رضاها بالنكاح، كما يستشف من هذا الحديث أنّ الرضا في عقد النكاح شرط لصحته، ودون الرضا يصبح العقد فاسدا<sup>1</sup>.

ويستنتج من هذين القولين أنّ ما استند إليه الحنفية بقياس المكره على النكاح على من عقد نكاحه هازلا هو قياس مع الفارق؛ لأنّ المكره على النكاح قد وجد نصا من الشارع بعدم صحة عقده، وأما من عقد نكاحه وهو هازل فقد وجد نصا من السنة النبوية يدل على جواز عقده وهو الحديث النبوي السابق ذكره. فعقد النكاح من أهم العقود وأخطرها؛ حيث اعتبر الإسلام الهزل فيه جدا، وبذلك فهو يختلف عن سائر العقود الأخرى؛ لأنه عقد ميثاق ومودة ورحمة<sup>2</sup>. والجدير بالذكر في هذا المقام أنّ النبي -صلى الله عليه وسلم- فرق بين البكر والثيب كما ورد في الحديث السابق: "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"<sup>3</sup>. فذكر في هذا لفظ "الإذن" وفي هذا "الأمر"، وجعل إذن البكر الصمت كما أنّ إذن الثيب النطق، فهذان هما الفرقان اللذان فرق بهما النبي -صلى الله عليه وسلم- بين البكر والثيب، ولم يفرق بينهما في الإيجاب وعدم الإيجاب<sup>4</sup>.

وعلى هذا يبدو أنّ ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنّ عقد المكره فاسد غير صحيح هو الرأي الراجح، لما استدل عليه أصحاب هذا القول من أدلة صحيحة، كما أنه الموافق لحكم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فلا يجوز أن تزوج البنت البكر البالغة إلا برضاها، فإذا تزوجت بغير رضاها فسد عقد نكاحها، وأنّ ما ذهب إليه الحنفية هو قول مرجوح لا يلتفت إليه ولا يعول عليه؛ لأنه يستند إلى المعقول، وهو لا يقوى على معارضة منطوق الحديث الذي تمسك به الفريق الثاني على أنّ الإكراه على النكاح يقع فاسدا<sup>5</sup>، ومنا هنا يمكن القول أنّ الشريعة الإسلامية قد أعطت حق المرأة في فسخ الزواج، ويكون هذا النكاح مردودا؛ وذلك لكثرة الأدلة التي نصت عن ذلك.

### ج- تعسف الولي في تزويج الصغيرة

انقسم الفقهاء في صحة وعدم صحة تزويج الولي للصغيرة إلى قولين؛ حيث يرى البعض بصحة تزويج الولي للصغيرة (1)، ويرى البعض الآخر بعدم صحة تزويج الولي للصغيرة (02).

<sup>1</sup> - قال ابن تيمية على أنّ "الإكراه على النكاح مخالف للأصول والعقول، والله تعالى لم يسوغ للولي أن يكره موليته على بيع أو إجارة إلا بإذنها، فكيف يكرهها على مباحة ومعاشرة من تكرهه؟ والله سبحانه قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة، فإذا كان لا يحل إلا مع بغضها له ونفورها عنه، فأى مودة ورحمة في ذلك؟". انظر. تقي الدين بن تيمية، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص. 102.

<sup>2</sup> - أسامة ذيب مسعود، مرجع سابق، ص. 165.

<sup>3</sup> - سبق تحريجه.

<sup>4</sup> - تقي الدين بن تيمية، مرجع سابق، ص. 102.

<sup>5</sup> - أسامة ذيب مسعود، مرجع سابق، ص. 165-166.



## 1- صحة تزويج الولي للصغيرة

والقول بصحة تزويج الولي للصغيرة هو قول جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والإمامية، ومن المحدثين الشيخ صالح الفوزان، الذين قالوا بصحة تزويج الولي للصغيرة البكر، ويحق له إجبارها على الزواج. وقد وضع أصحاب هذا القول قيوداً إن تعدها من تثبت له ولاية تزويجهن يعتبر ظالماً ومتعسفاً في استعمال حق ولايته عليهن، وتصبح بذلك هذه القيود أوجهاً للتعسف في ولايته<sup>1</sup>. واستدل أصحاب هذا القول بما جاء في القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿وَاللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ﴾<sup>2</sup>. وجه الدلالة؛ جملة "واللائي لم يحضن" مبتدأ والخبر تقديره كذلك؛ أي عدتهن ثلاثة أشهر، والمراد بهن الصغيرة والكبيرة التي بلغت ولم تحض، وهذا القول ذهب إليه الكثير من علماء التفسير منهم الطبري، والرازي المعروف بالخصاص، والبغوي، والقرطبي، وكذلك ابن كثير الألويسي<sup>3</sup>.

وكما هو معلوم أنّ العدة لا تثبت ولا تلزم الأنثى إلا بعد فراق من تطليق أو موت بعد نكاح حصل، فدل هذا على أنّ الصغيرة يصح نكاحها، وأنّ نكاح الصغيرة قبل البلوغ جائز<sup>4</sup>. وفي هذا قال المهلب: "أجمعوا أنه يجوز للأب تزويج ابنته الصغيرة البكر ولو كانت لا يوطأ مثلها"<sup>5</sup>. كما استدلوا بالآية الكريمة لقوله تعالى: ﴿أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ﴾<sup>6</sup>. وجه الدلالة هنا أنّ الأيم لغة: هي اسم أنثى كبيرة أو صغيرة لا زوج لها، وهذا الخطاب موجه إلى عامة المؤمنين أو الأولياء بجواز تزويجهن، فيشمل بعمومه الصغيرات.

كما استدل أصحاب هذا القول بما جاء في الأثر وهو زواج النبي -عليه الصلاة والسلام- من أمنا عائشة بولاية أبيها أبي بكر الصديق -رضي الله عنهما- وهي بنت ست سنين، فعن عائشة -رضي الله عنها- أنّ النبي -صلى الله عليه وسلم- "تزوجها وهي ابنة ست سنين، وأدخلت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده

1- العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص.118.

2- الآية 4 من سورة الطلاق.

3- انظر. محمد بن جرير أبو جعفر الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج.28، ط.1، دار الفكر، بيروت، لسنة 1421هـ -2001م، ص.159. وأبو بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالخصاص، أحكام القرآن، ج.2، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لسنة 1412-1992، ص.683. وأبو عبد الله محمد بن أحمد شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.18، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لسنة 1408هـ -1988م، ص.109.

4- ابن قدامة، مرجع سابق، ج.7، ص.382.

5- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، كتاب النكاح، باب نكاح الرجل ولده الصغار، ج.9، مرجع سابق، ص.19.

6- الآية 32 من سورة النور.

تسعا<sup>1</sup>. ومعلوم أنه لم يكن لها أمر في ذلك السن كي تستأذن، وإنها ملك أبوها ولاية تزويجها وإجبارها على النكاح<sup>2</sup>.

ضف إلى ذلك أن أصحاب هذا القول استدلو أيضا بإجماع الصحابة -رضوان الله عليهم-؛ حيث أن عمر بن الخطاب خطب إلى علي ابنته -رضي الله عنهم- فاعتلّ عليه بصغرهما، فقال: إني أعددتها لابن أخي جعفر، فقال عمر -رضي الله عنه-: إني والله ما أردت بها الباه<sup>3</sup>، إني سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: "كل سبب ونسب يقطع يوم القيامة غير سببي ونسبي"<sup>4</sup>، كما أن قدامة بن مظعون تزوج بنت الزبير -رضي الله عنه- يوم ولدت وقال: إن متّ فهي خير من ورثني، وإن عشت فهي بنت الزبير. وزوج عبد الله بن عمر بنتا له صغيرة من عروة بن الزبير مع علم الصحابة -رضوان الله عليهم- ولم ينكروا فكان إجماعا<sup>5</sup>. وعليه، ففي هذا الأثر الذي سبق ذكره إشارة واضحة لجواز تزويج الصغيرة.

ومن هذا المنطلق يرى جمهور الفقهاء أن هذه الأدلة تثبت صحة جواز تزويج الأب لابنته البكر الصغيرة بالإجبار، مع الأخذ بعين الاعتبار القيود التي وضعوها، وإن تعدّتها الولي وتجاوزها تصبح أوجها للتعسف والظلم في ولاية إجبار الصغيرة على الزواج، وهذه القيود كالتالي<sup>6</sup>:

● إذا كان الولي ليس أبا للصغيرة وأجبرها على الزواج، يُعتبر هذا تعسفاً وظلماً وتجاوزاً لحدود سلطة الولاية.

● إذا كان ليس للصغيرة صلاحية للزواج؛ بأن يكون جسمها مثلاً لا يحتمل الوطء وأجبرت على الزواج، فهذا يعتبر كذلك ظلماً لها وتعسفاً وإضراراً بها، هذا بالنسبة إذا حدث دخول بعد الزواج، أما إذا لم يحصل دخول وتم الاقتصار على العقد وحده فلا مشكلة في ذلك.

● إذا أجبرت الصغيرة على الزواج بغير كفاء أو معيب<sup>1</sup>، فهذا كذلك يعتبر تعسفاً في استعمال حق الولاية، وإضراراً للمولى عليها وظلماً في حقها؛ فلا مصلحة للصغيرة في الزواج مع عدم الكفاءة، ويعتبر هذا

1- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، رقم الحديث 5133، ج.7، المرجع نفسه، ص.17. أبو الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، رقم الحديث 1422، ج.2، مرجع سابق، ص.206.

2- العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص.119.

3- الباه هي السمعة. انظر. ابن عبد الواحد المقدسي، ضياء الدين أبو عبد الله بن محمد، الأحاديث المختارة أو المستخرج من الأحاديث المختارة مما لم يخرج البخاري ومسلم في صحيحهما، تحقيق (عبد الملك بن عبد الله بن دهب)، كتاب مسند الفاروق. مقتبس من صالح خالد صالح الشقيرات، زواج القاصرات بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، المجلد 16، ع.2، جامعة الشارقة، ديسمبر 2019، ص.136.

4- ابن عبد الواحد المقدسي، ضياء الدين أبو عبد الله بن محمد، الأحاديث المختارة أو المستخرج من الأحاديث المختارة مما لم يخرج البخاري ومسلم في صحيحهما، تحقيق (عبد الملك بن عبد الله بن دهب)، كتاب مسند الفاروق. مقتبس من صالح خالد صالح الشقيرات، المرجع والموضع نفسه.

5- علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاساني، بدائع الصنائع، ج.2، مرجع سابق، ص.245.

6- العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص.119.

تأكيداً لما ذهب إليه ابن قدامة بقوله: "لا يحل تزويجها من غير كفاء ولا من معيب؛ لأن الله - سبحانه وتعالى - أقام الولي مقامها نظراً لما فيه الحظ، ومتصرف لها لعجزها عن التصرف في نفسها، فلا يجوز له فعل ما لا حظ لها فيه كما في مالها؛ ولأنه إذا حرم عليه التصرف في مالها بما لا حظ فيه ففي نفسها أولاً"<sup>2</sup>.

وأما بالنسبة للثيب الصغيرة فقد اختلف الفقهاء، فالشافعية والظاهرية والحنابلة - في رواية لهم - ذهبوا إلى عدم جواز تزويج الثيب الصغيرة حتى تبلغ، وإجبارها على الزواج في هذا الحال ظلم لها، واستدلوا في ذلك على ما جاء في الأثر لقوله - عليه الصلاة والسلام -: "الثيب تعرب عن نفسها، والبكر رضاها صمتها"<sup>3</sup>. وعليه، فأصحاب هذا الرأي يرون أنّ الحديث الشريف يدل على أنّ الثيب لا تزوج إلا بإذنها، فينتظر حتى تبلغ ثم تشاور<sup>4</sup>.

وأما الذين ذهبوا إلى جواز إجبار الثيب الصغيرة على الزواج فهم: الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية أخرى لهم، والزيدية والإمامية؛ حيث يرون أنّ العلة في تزويج الصغيرة البكر أو الثيب هي الصغر؛ وذلك لعدم قدرتهما على النظر ولمصلحتهما، فيثبت للولي حق تزويجهم لعجزهم، ولما كان تزويج البكر الصغيرة لعللة الصغر فكذلك الحكم بالنسبة للثيب الصغيرة؛ لأنّ بالثبوبة لا يزول الصغر، فالدليل قياس الثيب الصغيرة على البكر الصغيرة، ومعنى الرأي وقبول المشاورة لا يحصل لها بالثبوبة في حال صغرها، فيقوم الولي بتزويجها لعجزها عن إبداء الرأي في حق نفسها<sup>5</sup>. ويجيبون على الحديث الذي استدل به الشافعية ومن معهم أنّ المراد منه الثيب البالغة؛ لأنه محلل بأهليتها وخبرتها بأهل الزوج، ومعرفتها بأحوالهم، فهو عام أريد به الخصوص، والحديث يبين

<sup>1</sup> - بالنسبة لمسألة تزويج الولي لمن تحت ولايته لرجل مريض؛ فقد اختلف الفقهاء في نكاح المريض المرض المخوف، فذهب المذهب الحنفي إلى جواز نكاح المريض على مهر مثلها، ولم يعرف من الصحابة - رضوان الله عليهم - مخالفاً في ذلك. فقد قال: معاذ بن جبل - رضي الله عنه - في مرضه الذي مات فيه: "زوجوني، إني أكره أن ألقى الله - عز وجل - عزياً"، وتزوج عبد الرحمن بن أبي ربيعة بنت عم له في مرضه فمات، فورثته، وذلك في زمن خلافة عثمان بن عفان، ولم ينكر أحد في ذلك. وقال الشافعي: "يجوز للمريض أن ينكح جميع ما أحل الله تعالى له أربع وما دونهن، على أن يصدق كل واحدة منهن صداق مثلها". انظر. مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص. 121.

وأما المالكية في المشهور عندهم فقالوا بعدم جواز نكاح المريض، بل يفسخ قبل الدخول وبعد الدخول، فإن لم يدخل بها فلا صداق ولا ميراث منه، وإن دخل بها فلها صداق مثلها في ثلث ماله كالوصايا والعق، وذلك بما استحل من فرجها، ولا ميراث لها منه. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج. 2، مرجع سابق، ص. 186.

وقد قال شيخ الإسلام ابن تيمية أنّ: "نكاح المريض صحيح، وترث المرأة في قول جماهير علماء المسلمين من الصحابة والتابعين، ولا تستحق المرأة إلا مهر مثلها، ولا تستحق الزيادة على ذلك بالاتفاق". انظر. أبو العباس تقي الدين أحمد بن تيمية، الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ص. 32. والرأي الراجح في هذه المسألة أن ينظر إلى شواهد الحال، فإن دلت الدلائل والبراهين على أنّ المريض قد قصد بهذا النكاح خيراً فإنه لا يمنع منه، وإن دلت الدلائل والبراهين على عكس ذلك؛ أي أنه قصد من وراء هذا النكاح الإضرار بورثته، فإنه في هذه الحالة يمنع من إتمام نكاحه؛ لأنه يعد في هذه الحالة متعسفا في استعمال حقه. انظر. مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص. 122.

<sup>2</sup> - ابن قدامة، المغني، ج. 7، مرجع سابق، ص. 589.  
<sup>3</sup> - ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، ج. 3، كتاب النكاح. باب من زوج ابنته وهي كارهة، مرجع سابق، ص. 73.  
<sup>4</sup> - العيد ابراهامي، مرجع سابق، ص. 120.  
<sup>5</sup> - علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاساني، مرجع سابق، ج. 2، ص. 241.

أنها أحق بنفسها من وليها بالمشاورة والاختيار، وهذا لا يحصل في الصغيرة بل يقتضي تعليقاً بما يتحقق بعد البلوغ<sup>1</sup>.

## 2- عدم صحة تزويج الولي للصغيرة

أصحاب هذا القول هم ابن شبرمة، وعثمان البتي، وأبو بكر الأصبم، وابن عبد السلام، وبعض الفقهاء المعاصرين منهم ابن عثيمين، ذهبوا إلى القول بعدم صحة تزويج الصغار أصلاً إلى أن يبلغوا، والدعوة إلى تحديد سن مناسب للزواج؛ حيث يقول ابن حزم عن شبرمة: "مطلقاً أن الأب لا يزوج بنته البكر الصغيرة حتى تبلغ وتأذن، وأنّ زواج النبي -صلى الله عليه وسلم- من عائشة وهي بنت ست سنين كان من خصائصه"<sup>2</sup>. كما أنّ المقصود بالزواج هو النسل وتحصن الإنسان من الوقوع في الزنا، وذلك لا يتحقق إلا بالبلوغ. وقد قال النووي في هذا المنوال: "وإن كانت صغيرة لم يجز تزويجها حتى تبلغ وتأذن؛ لأنّ إذنها معتبر في حال الكبر، فلا يجوز الإفتيات عليها في حال الصغر"<sup>3</sup>.

وقد استدل أصحاب هذا القول من الكتاب بقوله تعالى ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾<sup>4</sup>، ووجه الدلالة هنا أنّ المقصود من قول الله تعالى "بلغوا النكاح" صلاحية كل من الزوج والزوجة للزواج وتحمل مسؤولياته وتبعاته، وهذا ما ذهب إليه الكثير من المفسرين، كما ذهبوا إلى أنّ البلوغ كما يكون بالعلامات الطبيعية فكذلك يكون بالسن<sup>5</sup>.

كما استدل أصحاب هذا القول من السنة النبوي الشريفة، فعن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "لا تنكح البكر حتى تستأذن، ولا الثيب حتى تستأمر. فقليل: يا رسول الله، كيف إذنها؟ قال إذا سكنت"<sup>6</sup>. وجه الدلالة هنا أنه لا يجوز تزويج الفتاة الصغيرة التي لم تبلغ خمسة عشر (15) سنة؛ فلا بد أن تكون بالغة راشدة حتى يتسنى أخذ إذنها ومشورتها، وذلك لا ينطبق على من لم تبلغ

1- علاء الدين أبو بكر بن سعود الكاساني، مرجع سابق، ج.2، ص.241.

2- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، رقم الحديث 5133، ج.9، مرجع سابق، ص.189. ويمكن القول أنّ زواج النبي -صلى الله عليه وسلم- جاء خيراً للأمة؛ فهي أكثر نساء النبي -عليه الصلاة والسلام- رواية للأحاديث، فمن المعروف أنّ المرأة تستحي أن تروي تفاصيل ما يحدث بينها وبين زوجها من أمور خاصة، بعكس الطفلة الصغيرة فإنها تتكلم وتقول كل ما يدور بينها وبين من حولها، وقالت عائشة -رضي الله عنها-: "أتتني أم رومان وأنا على أرجوحة ومعني صواحي"<sup>2</sup>. فزواج النبي -عليه الصلاة والسلام- من عائشة وهي صغيرة كان لحكمته -سبحانه وتعالى- وهي أن تكون سبياً في أن تروي لنا الكثير عن هذه الأمور الخاصة، التي تبني عليها الحياة الزوجية من علاقة حب ومودة، فقد روت أحاديث كثيرة عن الأحكام الشرعية المتعلقة بالمرأة، وكل ما يتعلق بالحياة الزوجية، وبلغت كل شيء عنه للأمة حتى يتبعوا هدية صلى الله عليه وسلم. فهل حال الفتيات الصغيرات في وقتنا الحاضر كحال أمنا عائشة -رضي الله عنها- عندما كانت صغيرة؟ فهي التي اختارها الله لخير خلقه ومبلغ رسالته عليه الصلاة والسلام. مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص.120.

3- مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص.13-14.

4- الآية 06 من سورة النساء.

5- صالح خالد صالح الشقيرات، مرجع سابق، ص.137-138.

6- سبق تخريجه.

خمسة عشر (15) سنة<sup>1</sup>. وقد خطب أبو بكر وعمر -رضي الله عنهما- فاطمة بنت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقال لهما -عليه الصلاة والسلام-: "إنها صغيرة"، فخطبها علي فزوجها منه<sup>2</sup>. وجه الدلالة هنا أنّ الرسول -صلى الله عليه وسلم- رد خطبة أبي بكر وعمر لفاطمة بسبب صغر سنهما، وهذا يدل على عدم جواز تزويج الصغيرة<sup>3</sup>.

وفي هذا الصدد رد ابن عثيمين<sup>4</sup> على من أجاز تزويج الصغيرة باستنادهم إلى الآية الكريمة بأنه ليس بظاهر، مبينا أنّ البلوغ ليس علامته الحيض فقط، فقد تبلغ بخمسة عشر سنة وتزوج ولم تحض، فهذه عدتها ثلاثة أشهر، وقال في هذا أنّ: "استدلال البخاري فيه نظر؛ لأنه ما يظهر لنا أنها تحتض بمن لم تحض"<sup>5</sup>. والجدير بالذكر في هذا المقام أنّ تفسير قوله تعالى "واللائمي لم يحضن" يقصد بها المرأة الضهياء<sup>6</sup> وليست القاصرة التي ستبلغ<sup>7</sup>.

رد ابن عثيمين على استدلالهم بزواج عائشة -رضي الله عنها- من رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وهي بنت ست سنوات أنّ: "الدليل ثابت<sup>8</sup> لكن استدلالهم به غير صحيح، فهل علمتم أنّ أبا بكر استأذن عائشة -رضي الله عنهما- وأبت؟"، وأردف بقوله: "إننا نعلم علم اليقين أنّ عائشة -رضي الله عنها- لو استأذنها أبوها لم تمتنع والنبي -عليه الصلاة والسلام- خيرها"<sup>9</sup>.

وعليه، فإنّ الصغيرة لا تعلم من أمور الزواج شيئاً، وليس لها إذن معتبر حتى تبلغ، وحيث أنه لا يوجد مصلحة في تزويج الصغيرة، وأنّ تزويجها فيه نوع من ولاية الإكراه، والاستبداد، والتعسف في استعمال حق

1- صالح خالد صالح الشقيرات، مرجع سابق، ص.138.

2- أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، السنن الكبرى، تحقيق (حسن عبد المنعم شليبي)، كتاب النكاح، باب تزوج المرأة مثلها من الرجال في السن، ج.5، رقم الحديث 5310، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لسنة 1421هـ-2001، ص.153. وقال الألباني إسناد صحيح.

3- صالح خالد صالح الشقيرات، مرجع سابق، ص.138.

4- محمد بن صالح بن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، كتاب النكاح، ج.12، ط.1، دار الجوزي، السعودية، لسنة 1427، ص.55-56-67.

5- ابن عثيمين، الشريط السادس لشرح صحيح البخاري. مقتبس من مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص.117.

6- والمرأة الضهياء التي لا تنبت لها شجرة. انظر. صالح خالد صالح الشقيرات، مرجع سابق، ص.140.

7- المرجع والموضع نفسه.

8- إنّ زواج النبي -صلى الله عليه وسلم- بأمتنا عائشة -رضي الله عنها- جاء عن طريق الرؤيا في المنام، ورؤيا الأنبياء صادقة، فإن الله -سبحانه وتعالى- أراد هذا الزواج وجعله مخصوصاً للنبي -صلى الله عليه وسلم-؛ حيث قالت رضي الله عنها" قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "أُرِيتُك في المنام ثلاث ليال، جاءني بك الملك في سرقة من حرير، فيقول هذه امرأتك فأكشف عن وجهك، فإذا أنت هي، فأقول إن بك هذا من عند الله يمضه". انظر. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب فضائل الصحابة -رضي الله عنهم-، باب فضائل عائشة أم المؤمنين -رضي الله عنها-، ج.15، مرجع سابق، ص.202.

9- محمد بن صالح بن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، كتاب النكاح، مرجع سابق، ص.56-67.

الولاية<sup>1</sup>، كما لا يمكن قياس الصغيرة التي في وقتنا الحاضر على الصغيرة بالأمس؛ وذلك لعدم تطابق الشروط والمناخ<sup>2</sup>، وأكد المنيع في حديث لـ"عكاظ" أنّ زواج الأطفال أو القاصرات تترتب عنه مضار صحية، ونفسية، واجتماعية.

القول الراجح في هذه المسألة هو قول جمهور الفقهاء بجواز تزويج الصغيرة؛ وذلك لما عرضه من أدلة صحيحة وصريحة في الموضوع، إضافة إلى أنّ قولهم بالجواز لم يكن على إطلاقه، وإنما وضعوا شروطاً وضوابط لذلك، ناهيك على شروط أخرى كطاقة الجماع والمعاشرة، وتوافر الوعي بالحقوق الزوجية والقدرة على تحمل مسؤولية الزواج، وكذلك مسألة الدخول وخيار البلوغ، وكذا تحديد سن الدخول بالصغيرة<sup>3</sup>.

ويبدو أنّ القول الأول بالرجحان هو القول الثاني، خاصة في ظل انتشار زواج القاصرات تحديداً في الوطن العربي وما افرزه من نتائج سلبية وخيمة جدا (ومن بين هاته النتائج السلبية الأضرار الصحية<sup>4</sup> التي تصيب الصغيرة حين زواجها، ناهيك عن الأضرار الأخرى الاجتماعية والنفسية)، بالإضافة إلى ذلك إنّ قياس بنت اليوم ببنت الأمس هو قياس مع الفارق؛ ذلك لأنّ هناك حقيقة سيكولوجية هامة هي النضج النفسي الذي لا بد منه لكل شخص يقدم على الزواج، وبهذا فإنّ من مساوئ العصر - كما يبدو - هو الزواج المبكر، وهناك من سماه جريمة اغتصاب؛ وذلك لمجرد أنّ عالمنا الحديث قد أثر تأثيراً كبيراً على مستوانا السيكولوجي، فأصبحنا لا نبلغ مرحلة النضج الذهني إلا في سن متأخر نسبياً عن مرحلة النضج العضوي. بخلاف الأمم السابقة الذين كان نضجهم الذهني يبلغ أوج ذروته وهم في عمر الخامسة عشر (15). وعليه، يمكن القول أنّ

<sup>1</sup> - مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص.ص. 119-120.

<sup>2</sup> - يؤثر المناخ في سن البلوغ الجنسي؛ ففي المنطقة الحارة يحين سن البلوغ الجنسي في وقت مبكر أكثر مما هو عليه في المناطق الباردة والمعتدلة. انظر. يحيى مرسي عيد بدر، الإدراك المتغير للشباب المصري (دراسة في الأنثروبولوجيا المعرفية)، سلسلة الدراسات والبحوث الأنثروبولوجية، البيطاش سنتر للنشر والتوزيع، الإسكندرية، لسنة 1998، ص. 393.

<sup>3</sup> - صالح خالد صالح الشقيرات، مرجع سابق، ص.ص. 141-142.

<sup>4</sup> - بالنسبة للأضرار الصحية، تشير الدراسات العلمية أنّ الرحم يتهياً للزواج في سن الثامنة عشر (18) فصاعداً، وعلى ذلك فقد يؤدي الحمل المبكر إلى زيادة نسبة التعرض لمضاعفات الحمل مثل حدوث القيء المستمر، وفقر الدم، وارتفاع حاد في ضغط الدم الذي قد يؤدي بالنتيجة إلى فشل كلوي، ونزيف، وحدث تشنجات، والولادة المبكرة لها تأثير مباشر على نسبة وفيات الأطفال حديثي الولادة، بالإضافة إلى إنجاب مواليد ناقصي الوزن. كما أشارت إحصائيات منظمة اليونيسيف إلى أنّ نسبة الوفاة نتيجة الحمل المبكر الذي يكون في أقل من ثمانية عشر (18) سنة في العالم العربي وصلت إلى سبعين (70) ألف حالة وفاة من مجموع مائة ألف (100.000) ولادة طفل تتعرض لها المرأة العربية، وأغلبها حالات ولادة الزواج المبكر، وهي نسبة مرتفعة مقارنة بالدول المتقدمة؛ التي تكون نسبة وفاة المرأة أثناء الولادة واحدة لكل مائة وخمسة وعشرين (125.000) ألف تقريباً. كما أشار تقرير لسكان العالم عام 1997 فيما يخص الزواج المبكر، نجد أنّ أكثر من خمسة مائة وخمسة وثمانين (585.000) ألف امرأة يلقين حتفن كل عام بسبب الزواج المبكر، ومضاعفات الحمل من نزيف والتهاب الذي يحدث بعد الوضع، وعسر المخاض، والآلام الشديدة لساعات طويلة الذي لا يطاق بسبب عدم اكتمال حوض الأم. راجع. شذى نجاح بلاش الدعي، الزواج المبكر وعلاقته بالفقر (دراسة ميدانية اثروبولوجية في مجمع الخيرات)، مجلة لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، ع. 16، كلية الأدب، جامعة القادسية، العراق، سنة 2014، ص. 12. ونوري حمه سعيد حيدر الهوموندي، تزويج القاصرات بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العراقي -دراسة مقارنة-، ص. 135، تاريخ الإطلاع 2020/09/15 على الساعة 20:30

المثل الأعلى للزواج هو العقلية الناجحة التي استكملت النضج النفسي، مع الاهتمام في نفس الوقت بالناحيتين الجسمية (الصحية) والاجتماعية<sup>1</sup>.

وبعدما تمت الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي من مسألتي الإجماع والإفتيات على المرأة في الزواج، وكذا موقفهم من مسألة تزويج الولي للصغيرة، تستدعي الدراسة الآن إبراز موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الولي بتزويج موليته بإجبارها أو بدون علمها وموافقته (الإفتيات عليها). وكذا موقفهم من تعسف الولي في تزويج الصغيرة. وعليه، فما هو موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من ذلك؟

### ثانياً: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها

سنتناول في هذا الصدد موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الولي بتزويج موليته بإجبارها أو بدون علمها وموافقته (أ)، وبعدها نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الولي في تزويج الصغيرة (ب).

### أ- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الولي بتزويج موليته بإجبارها أو بدون علمها وموافقته (الإفتيات على المرأة)

سنعرض في البدء إلى موقف المشرع الجزائري من تعسف الولي بتزويج موليته بإجبارها أو بدون علمها وموافقته (01)، وبعد ذلك نعرض على موقف التشريعات العربية من هذا النوع من التعسف (02).

### 1- موقف المشرع الجزائري من تعسف الولي بتزويج موليته بإجبارها أو بدون علمها وموافقته

لقد ركز المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 على الولاية الاختيارية بالنسبة للمرأة البالغة؛ وذلك بإعطائها حق تزويج نفسها بغير وليها. وبهذا يتضح أنّ المشرع الجزائري أخذ بمبدأ عدم تزويج المرأة بغير رضاها وموافقته سواء بالإجماع أو بالإفتيات<sup>2</sup>، وسواء كانت بكرًا أو ثيبًا. وبهذا يتحدد موقف المشرع الجزائري بأخذه بالمذهب الحنفي في هذه الصورة، وهو ما أكدّه من خلال المادتين 10<sup>3</sup>، و 11 من القانون السالف الذكر؛ حيث نصت المادة 11 من هذا القانون: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص تختاره". فهذه المادة تنص صراحة على الولاية الاختيارية؛ فالمرأة في هذا القانون لها الولاية على نفسها، ولها أن تولي عقد زوجها بنفسها، وقد أثبت المشرع الجزائري رفضه لمسألة

<sup>1</sup> - شذى نجاح بلاش الدعوي، مرجع سابق، ص. 11.

<sup>2</sup> - كما يمكن القول بالنسبة للإفتيات على المرأة، أنّها من الحقب الغابرة التي لا أثر لها في بنود قانون الأسرة الجديد، والذي يقوم على النزعة الفردية، ويقدم حرية المرأة، وينادي بالمساواة بين المرأة والرجل، فلا يمكن أن تتصور هذه الصورة من الزواج في قانون الأسرة، وحتى في المجتمع، وإن كانت مسألة الإجماع يمكن أن تتصور أثرها على واقع المجتمع الجزائري، بالرغم من أنّ هذا القانون الذي يخضع له هذا المجتمع، يعطي للمرأة الولاية على نفسها في عقد زواجها، وهذا كله بالنسبة للمرأة البالغة. وبذلك يمكن أن نتخيل نوعًا من الصراع بين قوانين الدولة الجزائرية - أو قانون الأسرة على وجه الخصوص - والأعراف السائدة في المجتمع، والمبنية على القيم ومبادئ الشريعة الإسلامية، ولعل سبب الصراع يعود في ذلك نتيجة توقيع الدولة الجزائرية على اتفاقية سيداو، والتي احتوت في بنودها على نقاط تتعارض وقيم المجتمع الجزائري المبنية على أحكام الشريعة الإسلامية.

<sup>3</sup> - تنص المادة: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا...".

الإجبار أو الإفتيات على المرأة في الزواج عندما جعل هذا العقد عقداً رضائياً طبقاً للمادة 4 من نفس القانون، والتي نصت على أنّ "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على وجه شرعي". كما ذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك عندما جعل من رضا الزوجين ركناً لانعقاد الزواج، وهو ما نصت عليه المادة 9 من نفس القانون: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". وبذلك فلا ينعقد الزواج في حالة تخلف ركن الرضا، بل ويبطل في حالة انعدام هذا الركن؛ أي في حالة الإجبار أو الإفتيات، فيكون عقد الزواج باطلاً بطلاً مطلقاً، وهو ما تضمنته المادة 33 الفقرة 1 من نفس القانون: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا". بل ويجب القول في هذه النقطة بأنّ الولي -باعتباره شرطاً في هذا القانون- لا يتساوى والركن (الرضا)؛ فالركن هو جزء من ماهية العقد؛ بحيث لا ينعقد إلا بانعقاده ويبطل في حال تخلفه. ففي نظر القانون الجزائري يمكن أن نتخلى عن الشرط خاصة الولي، وما يثبت ذلك المادة 11 من القانون السالف الذكر، ولكننا لا يمكن إطلاقاً أن نتخلى عن الركن، وخاصة رضا الزوجين، وما يؤكد هذا الكلام المادة 33 الفقرة 1 من نفس القانون.

ولقد منع القضاء الجزائري في إحدى قراراته إجبار المرأة على إتمام إجراءات الزواج بغير رضاها؛ حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18 جويلية 2000: "يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا، ولا يحق للقضاة إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج، ولما أعلنت الطاعنة من البداية عدم رضاها عن الزواج فإنّ القبول يكون منعداً، وهو ما يجعل ركن الرضا غير تام في العقد مما يجعله قابلاً للإبطال، ولما قضى قضاة الاستئناف على المستأنفة بإتمام إجراءات الزواج يكونون قد أجبروها على تنفيذ عقد باطل، وخالفوا بقضائهم القانون"<sup>1</sup>.

ويلاحظ على القرار القضائي الذي تم سرده أنّ المرأة لها حق فسخ عقد الزواج، وهذا يدل على أنّ المشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور في مسألة فسخ عقد الزواج الذي يكون فيه الإكراه؛ وذلك لأنّ العقد فاسد في الأصل، وما يؤكد صحة هذا القول ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21 فيفري 2001: "إنّ الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء -لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها- هو تطبيق صحيح للقانون"<sup>2</sup>.

والجدير بالذكر في هذا الشأن أنّ تزويج المرأة بغير رضاها معناه إرادتها قد عيبت بأحد عيوب الإرادة، والمتمثلة في الإكراه المنصوص عليه في المادة 88 من القانون 05-10 المتعلق بالقانون المدني؛ إذ أنّ المرأة لا تتمتع بحرية كاملة ولا بإرادة مستقلة تجعلها تختار بكل حرية إبرام العقد أو عدم إبرامه<sup>3</sup>، وبهذا رتب المشرع الجزائري قابلية العقد للإبطال في حالة ما إذا وقع إكراه على أحد المتعاقدين، تطبيقاً لنص المادة السالفة الذكر

<sup>1</sup> - مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2000/07/18، ملف رقم 249128، ع.2، سنة 2003، ص.267.

<sup>2</sup> - مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2001/02/21، ملف رقم 255711، ع.2، سنة 2002، ص.424.

<sup>3</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.113.



والتي نصت على: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق...".

كما أضاف المشرع في المادة 89 من نفس القانون على أنه: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أنّ المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه"، ويستشف من هذه المادة أنّ الإكراه الذي يصدر من غير المتعاقدين لا يقع باطلاً إلا إذا ثبت أنّ المتعاقد الآخر يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه، وبإسقاط هذه النصوص على زواج المرأة القاصرة، فإنّ العاقدين هما الزوج وولي المرأة، فإذا وقع إكراه من جانب الولي على موليته القاصر فهنا يطبق نص المادة 88 من هذا القانون؛ وهو قابلية العقد للإبطال، وأما إذا كانت المرأة بالغة فيكون المتعاقدان هنا -وفقاً لقانون الأسرة الجزائري- الزوج والزوجة، وبهذا فالعقد لا يكون قابلاً للإبطال إذا وقع إكراه من جانب الولي إلا إذا كان الزوج -والذي هو المتعاقد الآخر- يعلم، أو من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه تطبيقاً لنص المادة 89 من القانون المدني السالف الذكر.

والملاحظ في هذا الشأن من نص المادة 33 ف1 من القانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة، أنّ المشرع الجزائري رتب بطلان الزواج في حالة انعدام ركن الرضا؛ بمعنى إجبار المرأة على الزواج وهي كارهة، ولكن بالرجوع إلى القرارات الصادرة عن المحكمة العليا نجد أنها رتبت عن الإكراه في الزواج الفسخ، وما يدل على ذلك القرارات السالفة الذكر، التي رتبت فيه المحكمة العليا الفسخ في حالة الإكراه على الزواج قبل البناء، وبالرجوع إلى القانون 05-10 المتعلق بالقانون المدني، نجد أنه لم يرتب نفس الأثرين (لا البطلان ولا الفسخ)، وإنما رتب القابلية للإبطال في حالة ما إذا وقع إكراه في العقد. فلم هذا التعارض في الأثر المترتب عن الإكراه في العقود وبالأخص عقد الزواج؟! والسؤال المطروح هنا: بأيّ أثر نعتد في حالة ما إذا وقع إكراه على المرأة في عقد زواجها؟ أي تزويجها بغير رضاها في ظل هذا التضارب في الأحكام؟

2- موقف التشريعات العربية من تعسف الولي بتزويج موليته بإجبارها أو بدون علمها وموافقتهما

### (الإفتيات على المرأة)

لقد أجمعت التشريعات العربية على عدم جواز تزويج المرأة بغير رضاها سواء (بالإجبار أو بالإفتيات)، واعتبرت عقد الزواج فاسداً ومصيره الفسخ، وهو ما أقره جمهور الفقهاء بفساد العقد في حالة الإكراه على الزواج، ومصير العقد يكون الفسخ بخلاف المذهب الحنفي؛ الذي لم يجز فسخ العقد في حالة ما إذا وقع إكراه على الزواج كما سبق وأن بينا ذلك.

والجدير بالذكر أنّ هناك تشريعات عربية نصت على فسخ العقد الذي يقع فيه إكراه صراحة، كالمشرع المغربي مثلاً؛ فحماية منه لعقد الزواج ولأطرافه من أي ممارسات أو سلوكيات تتنافى ومبدأ الرضائية والحرية في الاختيار، أعطى للمكره إمكانية طلب فسخ عقد الزواج قبل وبعد البناء، شريطة أن لا يتعدى ذلك أجل شهرين من يوم زواج الإكراه، كما يحق له طلب التعويض تطبيقاً لما نصت عليه المادة 63 من مدونة الأسرة

المغربية التي نصت على: "يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج، أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه ومن تاريخ العلم بالتدليس، مع حقه في طلب التعويض". ويستشف من نص هذه المادة أنّ المشرع المغربي أخذ برأي الجمهور من حيث فسخ عقد زواج المكره، مع وجود اختلاف جزئي، يكمن في أنّ فقهاء المالكية يربطون فسخ عقد الزواج المشوب بعيب الإكراه ولو أجازته المكره بعد زوال الإكراه، في حين أنّ نص المادة السالفة الذكر يستلزم طلب الفسخ من الزوج المكره، وفي حال غياب هذا الطلب لا مجال للحديث عن هذا الفسخ<sup>1</sup>.

وما يجدر التنويه إليه في هذا المقام، هو أنّ الإكراه كعيب من عيوب الإرادة في مدونة الأسرة يبرر على مستويين؛ المستوى الأول يتعلق بالزواج تحت وطأة الإكراه وحكمه الفسخ، نصت عليه المادة 63 من المدونة السالفة الذكر<sup>2</sup>. وأما المستوى الثاني فهو خاص بخلع الزوجة بمقابل نتيجة الإكراه، وتطرق إلى المادة 117 من نفس المدونة بنصها: "للزوجة استرجاع ما خالعت به إذا ثبت أنّ خلعتها كنتيجة إكراه أو إضرار الزوج لها، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال"<sup>3</sup>.

وبالرجوع إلى المشرع التونسي نجد أنه قد نص في الفصل 3 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين...". وعليه، فإذا ما تم الزواج بدون رضا الزوجة بإجبارها أو بالإفتيات عليها لا ينعقد الزواج، وإذا تم انعقاده يكون فاسدا مصيره الفسخ، وهو ما أشارت إليه المادة 21 من نفس المجلة التي نصت على: "الزواج الفاسد هو الذي اقتزن بشرط يتنافى مع جوهر العقد، أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفقرة الأولى من الفصل الثالث... من هذه المجلة". ويستشف من هذا الفصل أنّ الزواج إذا انعقد بدون مراعاة الفقرة الأولى من الفصل 03؛ أي بدون مراعاة رضا الزوجين اعتبر زواجا فاسدا، والزواج الفاسد يبطل

<sup>1</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 113.

<sup>2</sup> - صدر حكم قضائي عن محكمة ابتدائية بالرباط بتاريخ 2005/01/14 القاضي: "حيث أنّ العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين استنادا إلى عقد الزواج المومأ إليه؛ وحيث قدمت دعوى الفسخ داخل الأجل المقرر لرفعها طبقا لمقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة؛ وحيث أوضحت المدعية بأنها كانت ضحية إكراه تمثل في تهديدها من طرف أستاذها بالرسوب إن لم تقبل الزواج به، فقبلت بهذا الزواج تفاديا للرسوب المتوقع إذا لم يتم قبولها له؛ وحيث أجاب المدعي عليه بأنّ ما تدعيه الزوجة لا أساس له من الصحة، موضحا بأنّ تصريحها لدى عدلين بالموافقة على الزواج وتوقيعها بمذكرة الحفظ، وكذا عقد الزواج دليل على رضاها؛ وحيث عقبته الزوجة بأنّ كل ذلك صدر منها تحت الإكراه، وأنها لو كانت لها الرغبة في ذلك لما أخرجت الدخول للمدة المذكورة، وأنها لو كانت غائبتا إنهاء العلاقة لالتجأت إلى وسيلة أخرى، كالتطبيق للشقاق، ولكن أرادت إنصافها، مضيئة بأنّ ما أدلت به يؤكد ادعاءها؛ وحيث أنّ المحكمة باطلاعها على وثائق الملف وكذا الشهود الذين أكدوا أنّ الزواج تم تحت إكراه الزوج (الأستاذ)؛ وحيث استنادا لما ذكر وكذا البحث الذي أجرته المحكمة مع أفراد الأسرتين، وقرينة تأخر الدخول إلى الأمد المذكور، وقرينة لجوء الزوجة إلى إنهاء العلاقة الزوجية بالفسخ قصد إنصافها دون وسيلة أخرى كالشقاق، يتبين أنّ إرادة الزوجة كانت معيبة فعلا بإكراه زوجها لها آنذاك، ويعتبر تبعا لذلك طلبها مؤسسا ويتعين الاستجابة إليه". محكمة ابتدائية الرباط، ق.ق.أ، بتاريخ 2005/01/14، رقم 17/2005، ملف ع. 101/2005. مقتبس من محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة (أحكام الأسرة)، ط. 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء - المغرب، لسنة 2004، ص. 207.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص. 113-114.

وجوبا بناء على الفصل 22 من نفس المجلة<sup>1</sup>. ومن هاتين المادتين يتضح أنّ المرأة إذا كانت مكروهة على الزواج فإنّ زواجها يعد باطلا<sup>2</sup>.

وقد حذت بقية التشريعات العربية نفس حذو المشرع الجزائري؛ بحيث جعل رضا الزوجة ركنا لانعقاد الزواج، ومنه المشرع الأردني؛ حيث نص في المادة 13 من قانون الأحوال الشخصية الأردنية المعمول به في المحاكم الشرعية على أنه: "لا تشتترط موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عاما". وأما بالنسبة للبنات البكر فلم ينص المشرع عليها، فيعمل بذلك بالرأي الراجح من مذهب أبي حنيفة وهو شرط رضاها إذا كنت بالغة عاقلة<sup>3</sup>. وأما بالنسبة لمصير عقد الزواج الذي وقع فيه إكراه، فقد أخذ المشرع بقول جمهور الفقهاء في اعتبار العقد فاسدا طبقا لنص المادة 34 ف 3 من قانون الأحوال الشخصية: "إذا عقد الزواج بالإكراه فهو عقد فاسد".

وأما المشرع العراقي، فقد أخذ برأي الجمهور في مسألة اعتبار العقد فاسدا إذا وقع فيه الإكراه مثل بقية التشريعات التي سبق ذكرها، وهذا طبقا لنص المادة 9 من قانون الأحوال الشخصية: "لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص ذكرا كان أم أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلا إذا لم يتم الدخول، كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلا للزواج بموجب هذا القانون من الزواج". وأضافت الفقرة الثانية منه: "يعاقب من يخالف أحكام الفقرة (1) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات وبالغرامة، أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريبا من الدرجة الأولى. أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات، أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات".

كما أضافت الفقرة الثالثة من نفس المادة والقانون: "على المحكمة الشرعية أو محكمة المواد الشخصية الإشعار إلى سلطات التحقيق لاتخاذ التعقيبات القانونية بحق المخالف لأحكام الفقرة (1) من هذه المادة. ولها توقيفه لضمان حضوره أمام السلطات المذكورة، ويحق لمن تعرض للإكراه أو المنع مراجعة سلطات التحقيق مباشرة بهذا الخصوص".

أما المشرع المصري فقد أعطى المرأة البالغة الراشدة -بكرًا كانت أم ثيبًا- الحق في تولي عقد زواجها بشرط أن يكون الزوج كفؤًا وأن يكون المهر مهر المثل، وبذلك يكون المشرع حمى المرأة من أي تعسف قد يظالها من وليها؛ لأنه جعل رضاها ركنا لانعقاد الزواج. أما بالنسبة لمسألة عقد الزواج الذي يقع فيه إكراه فقد

<sup>1</sup> - جاء في الحكم الاستثنائي الصادر بتاريخ 20 جويلية 1957: "ليس في الإمكان عمليا جبر الزوجة على المساكنة، عقد الزواج مبناه المكارمة وذات الشخص مقصودة فيه بالذات، متى فقدت الشروط المطلوبة يجب فسحه لا التنفيذ على الذات". حكم استثنائي بتاريخ 1957/07/20، م.ق.ت، ملف رقم 17793، ع.3، لسنة 1959. مقتبس عن خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.ص. 112-113.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص. 112.

<sup>3</sup> - أسامة ذيب مسعود، مرجع سابق، ص. 107.

اعتبره المشرع المصري صحيحا غير فاسد، وذلك على أساس أنّ المشرع المصري يأخذ بالرأي الراجح لدى المذهب الحنفي فيما لم يرد بشأنه نص، وهو المعمول به في المحاكم الشرعية طبقا لنص المادة 3 من القانون رقم 1 لسنة 2000.

وسارت على ذات الدرب جل التشريعات العربية التي أخذت بالقول الأول؛ ألا وهو قول الحنفية في عدم ثبوت ولاية الإجماع على البالغة التي لم تفرق فيها التشريعات العربية بين البكر والشيب، وبهذا تكون التشريعات العربية قد أجمعت على عدم جواز زواج المرأة بغير إذنها، ويبطل الزواج في حالة تخلف ركن الرضا. واعتبرت كذلك عقد الزواج فاسدا إذا وقع فيه إكراه، استنادا إلى ما أجمع عليه جمهور الفقهاء بخلاف الحنفية كما سبق وأن ذكرنا. وبعد تبين موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الولي بتزويج موليته بالإجماع أو بدون علمها وموافقتها (الإفتيات)، يبقى السؤال المطروح: ما موقفهم من تعسف الولي في تزويج الصغيرة؟

### ب- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الولي في تزويج الصغيرة

قبل أن نتطرق إلى موقف التشريعات العربية من تعسف الولي في تزويج الصغيرة، لابد لنا في البداية من الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري من تعسف الولي في تزويج الصغيرة (01)، وبعدها نتعرض إلى موقف التشريعات العربية من ذلك أيضا (02).

#### 1- موقف المشرع الجزائري من تعسف الولي في تزويج الصغيرة

أخذ المشرع الجزائري في مسألة تزويج الصغيرة بالقول الثاني، وهو قول ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصبم؛ الذين قالوا بعدم صحة تزويج الصغيرة أصلا حتى تبلغ؛ حيث نص في المادة 07 من قانون 02-05 المتعلق بقانون الأسرة: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج". يستشف من هذا النص أنّ المشرع قد منع تزويج الفتاة وهي صغيرة، ويعتبر الولي متعسفا وظالما وقاصدا للإضرار بالصغيرة إذا أجبرها على الزواج، أو زوجها بغير رضاها وبدون مصلحة أو ضرورة، خاصة إذا كان يعلم عدم قدرتها على الزواج وتحمل الأعباء الزوجية، أو كانت صحتها لا تستطيع تحمل الزواج والمعايشة الزوجية؛ مثلا إن كانت مريضة بفقر الدم، أو ضئيلة الحجم، أو قليلة الصحة ... وهذا ما يظهر جليا عند تحديد المشرع سن الزواج للمرأة<sup>1</sup>.

وبالنسبة للترخيص بالزواج الذي يأذن به القاضي للإعفاء من السن المقرر قانونا للفتاة، جاء بصيغة استثنائية؛ أي أن تكون هناك مصلحة أو ضرورة لذلك، ضف إلى أنّ المشرع عند تعرضه لهذا الاستثناء المتعلق بالترخيص بالزواج للفتاة دون السن القانوني، لم يعين الحد الأدنى للسن الذي بإمكانه أن يمنح القاضي الترخيص بالزواج، أو الإعفاء من السن المحدد قانونا لأهلية الزواج. وعليه، فإنه بإمكان القاضي -إذن- أن

<sup>1</sup> - عبد الرحمن هرمان، الأسرة الجزائرية بين الأصالة والمعاصرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مجلد 28، ع.52، الصادرة بتاريخ 1990/06/01، ص.404.

يمنح الإعفاء أو الإذن بالزواج - في ظل عمومية المادة وإطلاقها - حتى للفتاة التي لم تبلغ سن العاشرة من عمرها<sup>1</sup>.

ناهيك عن ذلك أنّ النص لم يوضح لنا الطريقة أو الكيفية التي يقدم طلب الإعفاء بمقتضاها، ولا شكل الإعفاء أو الإذن الذي يمنحه القاضي للمعني بالأمر، ومن هو الشخص الذي يقدم طلب الإعفاء من السن المقرر قانوناً لأهلية الزواج أو الترخيص به<sup>2</sup>، هل هو الولي أصلاً؟! أم يكفي أن تقدمه المولى عليها؟ وهل تقدمه بموافقة الولي أم بدونها؟ كل هذه الثغرات تركها المشرع الجزائري محط استفهام وتعجب، متروكة للاجتهاد القضائي للإجابة عليها. والسؤال المطروح: هل هذا الترخيص يعد بالفعل قيداً على الولي يمنعه من تزويج الصغيرة؟! أوليس باستطاعته أن يزوجه زواجاً عرفياً وبعد ذلك يثبت الزواج عند القاضي وبدون حاجة لترخيص؟ خاصة إذا أنجبت الفتاة الصغيرة، فلمصلحتها ولصحة المحضون سيقوم القاضي بتثبيت الزواج دون حاجة إلى ترخيص أو غيره<sup>3</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة 13 من القانون السالف الذكر، نجد المشرع الجزائري قد منع الولي من تزويج الصغيرة - أي القاصرة - بدون رضاها؛ حيث نصت المادة 13 على أن: "لا يجوز للولي - أباً كان أو غيره - أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها". وعليه، فإن أجبر الولي الصغيرة على الزواج، أو زوجها بدون موافقتها اعتبر متعسفاً في استعمال حق الولاية؛ لأنه زوجها بغير رضاها، ونتيجة لذلك يكون عقد الزواج باطلاً بطلاناً مطلقاً طبقاً لنص المادة 33 ف 1: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

والجدير بالذكر أنّ المشرع في ظل هذا النص لم يقصر بطلان الزواج في حال تخلف ركن الرضا على البالغة فحسب، بل وحتى على الصغيرة أي القاصرة، خاصة وأنّ المشرع في ظل هذا القانون قد منح للراشدة الحرية في أن تستأثر بإبرام عقد زواجها بمفردها، أو توكل من شاءت في إبرامه وبدون موافقة الولي أو استشارته، وبذلك يمكن القول أنّ نص المادة 33 ف 1 قد عالج مسألة زواج الصغيرة - أي القاصرة - أكثر من زواج الكبيرة نوعاً ما؛ لأنّ أكثر من ستعرض للإكراه في الزواج أو التزويج بغير رضاها هي الصغيرة؛ لأن ليس لها إذن معتبر.

## 2- موقف التشريعات العربية من تعسف الولي في تزويج الصغيرة

بالرجوع إلى موقف التشريعات العربية من زواج الصغيرة، نجد أنّ غالبيتها أخذت بالقول الثاني؛ وهو قول ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصم بمنع زواج الصغيرة، كما ذهبوا إلى تحديد سن الزواج؛ حيث نجد المشرع المغربي في المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية نص على أنه: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة

1- العيد ابراهيمي، مرجع سابق، ص. 123.

2- المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

3- أنظر الملحق رقم 02 من هذه الدراسة.

المتمتعين بقواهم العقلية ثمان عشر سنة (18) شمسية"، وبهذا نجد المشرع المغربي قد وحد سن الزواج ببلوغ 18 سنة كاملة، فيمنع ترتيباً لذلك على الولي تزويج موليته دون ذلك السن إلا لمصلحة، أو وجود أسباب مبررة لذلك طبقاً للمادة 20 من ذات القانون؛ حيث نصت على أنه: "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه بمقرر معلل، يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي، والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي". وبناءً على ذلك، فعلى القاضي أن يعدّ لتزويج الزوج مقررًا يعلل فيه أسباب الترخيص للزواج من وجود مصلحة وأسباب مبررة لذلك، وكذا الاستعانة بخبرة طبية من أنّ الصغيرة لن يؤثر عليها الزواج، وأنّ جسمها صار قادراً على تحمل المعاشرة الزوجية، وأنّ عقلها الفكري قد تقبل وتفهم معنى الزواج، وكذا إجراء بحث اجتماعي.

ويلاحظ على هذا القانون بالرغم من تحديده سن الزواج، إلا أنه أظهر ثغرات قانونية استغلت من قبل المجتمع المغربي بشكل سيء؛ حيث منحت فرصاً كبيرة لتحقيق الزواج المبكر، إذ يتم تزويج القاصرات في حالات عديدة بالاعتماد على هذه الاستثناءات التي تكاد تصبح قاعدة، ولذلك اعتبر الحقوقيون المغاربة أنّ من أسباب استفحال زواج القاصرات هو فقدان نص قانوني صريح يمنع تزويجهن، الأمر الذي يدعو إلى المطالبة بمحذف فوري للنصوص القانونية التي ترخص تزويج الصغار، ومنع حالات التحايل على القانون المتعلقة بتزويج القاصرات، خاصة أنّ التراخيص الممنوحة التي تتم على أساس البحث الاجتماعي، تستند قضائياً على أسباب تتمثل في الظروف الاجتماعية والاقتصادية للوالدين، ثم في حماية الشرف. والجدير بالذكر أنّ هذا الفراغ القانوني والثغرات لم يتركها المشرع المغربي فحسب، بل وحتى بقية التشريعات العربية<sup>1</sup>.

كما أخذ المشرع التونسي بالقول الثاني في عدم تزويج الصغيرة؛ حيث نجد نص على الأهلية في حديثه عن شروط عقد الزواج، وذلك في الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية؛ حيث نصت المادة على أنه: "... كل من لم يبلغ عشرين (20) سنة كاملة من الرجال وسبعة عشر (17) كاملة من النساء لا يمكنه أن يبرم عقد الزواج. وإبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من الحاكم، ولا يعطى الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين". ويلاحظ من نص المادة أنّ المشرع التونسي قد رفع سن الزواج للذكر إلى عشرين سنة، أما الأنثى فقد حدد سن الزواج بالنسبة لها سبعة عشر (17) كاملة، ومنع المشرع إبرام عقد الزواج قبل ذلك السن إلا إذا كانت هناك أسباب خطيرة أو مصلحة واضحة للزوجين. وبهذا يمنع على الولي أن يقوم بتزويج موليته القاصرة قبل ذلك السن، خاصة إذا كان بدون رضاها وموافقتها؛ لأنّ العقد إذا أبرم على ذلك الأساس فإنّ مصيره البطلان، فعقد الزواج يعتبر فاسداً طبقاً للفصل 3 و 21 و 22 من نفس المجلة.

<sup>1</sup> - ميرفت عوف، زواج القاصرات في المغرب (التحايل على القانون بالفاتحة والشيكات)، تاريخ الإطلاع 2020/10/07، على الساعة 16:05

أما المشرع المصري فنجده أيضا أخذ بالقول الثاني في عدم تزويج الصغيرة، ونص على ذلك في المادة 99 من القانون رقم 78 لسنة 1931 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية: "لا تسمع دعوى الزوجية إذا كان سن الزوجة يقل عن ستة عشر (16) سنة و سن الزوج عن ثمانية عشرة (18) سنة". يلاحظ على القانون المصري أنه لم يوحد سن الزواج بين الجنسين<sup>1</sup>.

كما نص قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 10 الفقرة أ على أنه: "يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين، وأن يتم كل منهما ثمانية عشرة (18) سنة شمسية من عمره". وأضافت الفقرة ب من ذات المادة أنه: "على الرغم مما ورد في الفقرة أ من هذه المادة، يجوز للقاضي وبموافقة قاضي القضاة أن يأذن في حالات خاصة بزواج من أكمل خمسة عشر (15) سنة شمسية من عمره، وفقا لتعليمات يصدرها لهذه الغاية إذا كان في زواجه ضرورة تقتضيها المصلحة، ويكتسب من تزوج وفق ذلك أهلية كاملة في كل ما له علاقة بالزواج والفرقة وآثارهما". يلاحظ من خلال النص أنّ المشرع الأردني قد وحد سن الزواج للجنسين دون تفرقة بينهما بثمانية عشر (18) سنة شمسية.

وتأسيسا على ذلك، فلا يجوز للولي أن يزوج موليته قبل ذلك السن إلا لأسباب خطيرة ومصلحة واضحة للزوجين، ولم يترك المشرع للقاضي إلا تقدير المصلحة. اشترط المشرع حتى يمنح القاضي الترخيص بالزواج أن تكون هناك مصلحة واضحة وأسباب خطيرة. وعليه، فلا يجوز للقاضي الترخيص بالزواج إذا لم تتوفر هاتاه المبررات المرخصة بالزواج دون سن الأهلية. وترتبا لذلك، يمنع على الولي تزويج موليته القاصرة إذا لم تكن هناك أسباب خطيرة تستدعي تزويجها، أو مصلحة واضحة لأجل ذلك. أظهرت الأرقام الإحصائية - التي تصدرها دائرة قاضي القضاة - ارتفاعا في عدد حالات الزواج للقاصرات اللواتي أعمارهن أقل من ثمانية عشر (18) سنة خلال فترة ما بين 2010-2017؛ حيث بلغت 9706 حالة، وهذا يعني أنّ 9706 فتاة قاصرة قد دخت إلى الحياة الزوجية<sup>2</sup>.

والجدير بالذكر أنّ المشرع الأردني نص على مسألة مهمة جدا، وهي سابقة لم تعرفها بقية التشريعات العربية وخاصة المشرع الجزائري، تتمثل في منع زواج الفتاة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين (20) سنة؛ حيث نصت المادة 11 على أنه: "يمنع إجراء العقد على امرأة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين سنة إلا بعد أن يتحقق القاضي من رضاها واختيارها".

وبالرجوع إلى المشرع العراقي نجده أيضا أخذ بما أخذت به التشريعات العربية التي سبق ذكرها في عدم تزويج الصغيرة؛ حيث حدد سن الزواج والأهلية للشباب والشابات ببلوغ سن ثمانية عشر (18) سنة، إذ

<sup>1</sup> - قانون رقم 78 لسنة 1931 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية المصري، المعدل بقانون 100 لسنة 1985، وقانون رقم 1 لسنة 2000، ص.ص. 463-464.

<sup>2</sup> - غددير برنس عضوب الزهن، العوامل المؤدية إلى زواج القاصرات في الأردن "محافظة المفرق" الآثار السلبية والإيجابية، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، المجلد 7، العدد 2، جامعة البلقاء التطبيقية، الأردن، جوان 2020، ص.ص. 449-450.

نصت المادة 7 ف 1 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشر (18)". ويلاحظ من نص المادة أنّ المشرع آثر في حيشياته التشريعية أهلية الزواج من حيث العقل والبلوغ؛ حيث أنّ القاعدة العامة والأصل المقرر شرعا هو أنّ عقد الزواج لا يتم إلا في حالة البلوغ وكما الأهلية كمعيار، وهو سن الثامنة عشر (18)، لكنه استثنى بعض الحالات، ومنها زواج القاصر الذي لم يبلغ من العمر ثمانية عشر (18) سنة، ولكن بشرط وجود سبب أو ضرورة قصوى للزواج، والتحقق من البلوغ الشرعي والقابلية البدنية للزواج، ويكون منح الإذن بالزواج بموافقة ولي الأمر<sup>1</sup>، وهذا طبقا للمادة 8 بفقرتها من نفس القانون.

ومن هذا المنطلق، نجد أنّ أغلب الدول العربية سارت نحو عدم إجازة تزويج الصغيرة، مراعية بذلك خصوصية هذا العقد بتحقيق كامل الرضا فيه، وإحاطته بحماية خاصة باعتباره ميثاقا غليظا، ووجوب توفر جميع أركانه وشروطه، بما يقتضي تحمل المسؤولية التامة مليا واجتماعيا، وحفظ واستقرار الأسرة، واعتبرت تلك القوانين أنّ الزواج من التصرفات التي تقتضي توافر الأهلية الكاملة لما يرتب عليه من الالتزامات؛ ذلك أنه ليس من المصلحة في شيء السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري، ومعرفة بشؤون الحياة الزوجية؛ إذ كيف لمراهقة لم تستوعب بعد التغيرات الفيزيولوجية التي طرأت عليها، وما زالت لم تتكيف وتتأقلم مع تحولاتها البيولوجية، أن نرمي بها وسط مسؤولية الزواج؟! والتي اعتبرها بعض الباحثين من قبيل المهزلة القانونية -والتي صاغها المشرع بإجازته تزويج القاصر- ولقد اعتمدت التشريعات العربية على عدة أسس في تحديد سن الزواج، من بينها مراعاة مصلحة المحافظة على الأسرة، وحق الحاكم في تقييد المباح لضرورة أو مصلحة، وتغير الظروف والأحكام التي تبنى عليها الأحكام الشرعية<sup>2</sup>.

### ثالثا: معايير تعسف الولي في تزويج موليته بغير رضاها

سنتعرض في هذا الصدد إلى المعايير الشخصية (الذاتية) لتعسف الولي في تزويج موليته بغير رضاها (أ)، والمعايير الموضوعية لتعسف الولي في تزويج موليته بغير رضاها (ب).

#### أ- المعايير الشخصية لتعسف الولي في تزويج موليته بغير رضاها

يعتمد المعيار الشخصي في البحث عن إرادة الولي للتصرف في حقه بقصد الإضرار بموليته (01)، أو بدافع تحقيق مصالح غير مشروعة (02). وعليه، يمكن تطبيق هذه المعايير في هذه الدراسة من أجل ضبط الفعل التعسفي.

1- شذى نجاح بلاش الدعيمي، مرجع سابق، ص.ص. 1-6.

2- إبراهيم رحاني، تزويج القاصرات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، ع.9، جامعة الوادي، الجزائر،

د.س.ن، ص.510. وخدام هجيرة، مرجع سابق، ص.158.



## 1- معيار قصد الإضرار

وبحال تطبيق معيار قصد الإضرار في حالة إجبار الولي موليته على الزواج وكانت بينه وبينها عداوة ظاهرة، فهنا تحققت علة التعسف بتحقيق قصد الولي بالإضرار بموليته، وذلك بالانتقام منها وتزويجها من أي رجل حتى وإن كان أكبر منه في السن، أو رجلاً فاسقاً ليس كفؤاً لها. كما يتحقق هذا المعيار في حالة ما إذا أجبر الولي موليته على الزواج ممن تتضرر من معاشرته إما لكبره، أو أنه مخنث، أو من رجل لا تطيقه، أو معروف بخشونته وشدته، أو أن تكره التزوج به لحلقه، أو لسوء طباعه وعشرته، خاصة إذا كان معروفاً بين الناس ومعروفاً بطبعه وعشرته. فهنا بإجبار المولى عليها وتزويجها من شخص تكرره لأجل صفة من هذه الصفات، مع علمها بكره وإجبارها على ذلك، تحققت علة التعسف بتحقيق معيار قصد الإضرار، فيبطل الزواج ترتيباً لذلك لعدم رضا المولى عليها بهذا الزواج. الذي أجمع عليه الفقهاء هو عدم تزويج البالغة الراشدة جبراً بدون رضاها وموافقتها على الزواج.

كما يمكن إعمال معيار قصد الإضرار في حالة تزويج الولي موليته بغير علمها، وإكراهها على الزواج بعد الاتفاق بينه وبين الخاطب أو ما يسمى بالافتيات عليها - كما أشرنا سابقاً - فهذا التصرف يعتبر عاملاً لتعمد الولي الإضرار بموليته، فتتحقق حينئذ علة التعسف، وترتّبياً لذلك يعامل بنقيض قصده فيفسد العقد ويبطل تصرفه ببطلان الزواج، والجدير بالذكر أنّ العقد في هذه الحالة غير لازم حتى وإن زال الإكراه طبقاً لقاعدة "ما غلب ضرره على نفعه لا يشرع"<sup>1</sup>. ضف إلى أنّ إكراه المرأة على الزواج يعتبر معياراً جلياً لقصد الولي الإضرار بموليته.

ويمكن إعمال معيار قصد الضرر أيضاً إذا زوج الولي موليته الصغيرة وكانت دون سن البلوغ؛ أي في سن لا يتحمل جسدها الوطء وما يصاحبه من إطاقة وما ينتج عنه من آثار، أو إذا كانت الصغيرة مريضة، أو ضئيلة الحجم وقد يؤدي زواجها إلى هلاكها لعدم قدرة جسدها تحمل الزواج وتبعاته، فكل هذا وذاك يعتبر عاملاً جلياً لقصد الإضرار بالمولى عليها الصغيرة، كما يتحقق هذا المعيار أيضاً إذا زوج الولي الصغيرة من كبير في السن طمعا في ثرائه، فهنا أيضاً معيار قصد الإضرار تحقق؛ لأنّ الولي متعمدٌ لوجود فرق السن بين الصغيرة والخطب الذي هو كبير في السن، وكذا رغبته من تزويجها بهذا الخطب طمعا في ثرائه، فهذان القصدان يعتبران قرينة على تهاة مصلحة الولي في تزويج الصغيرة من هذا الخطب، فيتحقق بذلك قصده في الإضرار، والضرر ممنوع لقوله -عليه الصلاة والسلام- "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>. فيزال الضرر طبقاً لقاعدة "الضرر يزال"<sup>3</sup> ببطلان الزواج الذي رتبته الولي لموليته الصغيرة.

<sup>1</sup> فتحي الدريني، مرجع سابق، ص.38.

<sup>2</sup> سبق تخريجه.

<sup>3</sup> أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص.179.

كما يمكن إعمال معيار قصد الإضرار إذ زوج الولي موليته من رجل مريض، خاصة إذا كان مرضه معدٍ أو مريض مرضاً يغلب عليه الوفاة، وذلك طمعا في ماله وإرثه خاصة إن لم يكن له ورثة، وهذا بغية أن ترثه ابنته ليأخذ ما ورثته، لاسيما إن كانت صغيرة.

وهذا الأساس يجد مبدأه في التشريع الجزائري وحتى التشريعات العربية؛ حيث نصت على معيار قصد الإضرار في نصوص القانون المدني<sup>1</sup>.

## 2- معيار المصلحة غير المشروعة

بمجال إعمال معيار المصلحة غير المشروعة إذا زوج الأب ابنته الصغيرة من رجل كبير في السن فاحش الثراء طمعا في ماله، فمصلحة الولي غير مشروعة طبقا لقاعدة "النظر في مآلات الأفعال"<sup>2</sup>؛ وذلك لأن مصلحة الولي في تزويج موليته غاية الحق، ومآله إن رغب في تزويجها من كبير في السن طمعا في ماله وجاهه، حتى وإن كان هذا الزواج سيؤدي إلى أضرار بالغة بالصغيرة بعدم قدرة جسدها على تحمل الزواج وأعبائه، وبذلك يكون حق الولاية الذي كان ذريعة له غير مشروع كذلك، فيكون بذلك الولي في سعيه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، متمثلة في تزويج الصغيرة من الكبير في السن طمعا في ثرائه، متعسفا في استعمال حق الولاية، والتعسف ممنوع، فيدراً التعسف ببطلان الزواج لأنه تم بدون رضا المولى عليها<sup>3</sup>.

وكذلك يتحقق معيار المصلحة غير المشروعة في حالة ما إذا أجبر الولي موليته على الزواج من أي شخص حتى ولو كان غير كفء لها، أو كان الخاطب فاسقا، وهذا بغرض الانتقام منها أو من أمها، خاصة إذا كان الولي وأمها منفصلين، أو كان بينه وبين موليته عداوة ظاهرة، فهنا علة التعسف تتحقق بتحقيق معيار المصلحة غير المشروعة التي يتوخاها الولي من هذا الزواج، وهي مصلحة الانتقام، فيعامل بنقيض قصده فيبطل الزواج حينئذ؛ لأنه تم بغير رضا المولى عليها، خاصة إذا تحققت قرينة العداوة الظاهرة بينها وبين وليها، أو كان الخاطب غير صالح للتزوج به.

كما يمكن إعمال هذا المعيار في حالة ما إذا زوجها الولي جبرا بقرابتها من قبيلتها أو عصبتها؛ بغرض الاحتفاظ باسم العائلة أو بأموالهم، فمعيار مصلحة الولي غير مشروعة، فيدراً التعسف ببطلان الزواج لأنه تم بغير رضا المولى عليها.

كما يمكن إعمال معيار المصلحة غير المشروعة إذا تعسف الأب بتزويج البنات قبل البلوغ، وذلك من أجل الإضرار بأمهن؛ حيث جاء في نوازل المهدي الوزاني: "فإن قامت قرينة على أنّ الأب قصد بتزويج البنات قبل البلوغ إضرارا بأمهن وإسقاط حضانتها، فإنه يمنع من ذلك إلى أن يُطقن الوطاء، فإن وقع ونزل وزوجهن قبل البلوغ صح النكاح، ولكن تبقى للأُم الحضانة ولو بعد الدخول". قال الزرقاني على قول المختصر

<sup>1</sup> - انظر. الصفحة 37، 38 من هذه الدراسة

<sup>2</sup> - إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات، ج.2، مرجع سابق، ص.265.

<sup>3</sup> - عيبر رجي شاكرا القادومي، مرجع سابق، ص.41.

(وحضانة الأنثى كالفقعة) ما نصه: "فهم من المنصف أنّ الزوج إذا دخل بها قبل إطاقتها الوطء فإنّ حضانتها تسقط، وهو كذلك، إلا أن يقصد الأب بتزويجها فرارا مما فرض للأم أو إسقاط حضانتها، فلا يسقط الفرض ولا الحضانة بعد البناء حتى تطبيق". قال الونشريسي: "والنكاح صحيح، وحرّم على الأب قصد ذلك". فقوله "وحرّم على الأب قصد ذلك" يفيد أنّ الأب يمنع من تزويجها ابتداء قبل أن تطبيق، إذ لا يمكنه الشرع من الحرام"<sup>1</sup>.

وعليه، إذا قصد الولي تزويج ابنته الصغيرة قبل بلوغها وإطاقتها الوطء، وهذا بغرض إسقاط حق الحضانة والنفقة على الأم يكون متعسفا في استعمال حق الولاية؛ لأنه يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة. وأنسب ما يقال في هذا الشأن ما أجازته الإمام الشاطبي: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل"<sup>2</sup>.

وأساس معيار المصلحة غير المشروعة في التشريع الجزائري والتشريعات العربية، نجد في نصوص القانون المدني تحت باب التعسف في استعمال الحق، أو من خلال نصوص متفرقة<sup>3</sup>.

#### ب- المعايير الموضوعية لتعسف الولي في تزويج موليته بغير رضاها

تتجسد المعايير الموضوعية لضبط الفعل التعسفي المتمثل في تزويج الولي موليته بغير رضاها في معيار الضرر الفاحش، ويتحقق معيار الضرر الفاحش إذا ما أكره الولي المولى عليها على الزواج من رجل قد تتضرر مع معاشرته وعشيرته لسوء طباعه، أو لأنه معروف بين الناس بفسقه أو بخشونته أو قساوته. أو يزوج الولي موليته لصغرهما من كبير في السن تتضرر من عشيرته لكبره وهرمه، أو يزوجه الولي مع علمه بأنّ الزواج قد يؤدي إلى هلاكها لعدم تحمل جسمها الزواج والإطاقة الجنسية، وما يترتب عنه من تبعات الحمل والولادة.

كما يتحقق معيار الضرر الفاحش إذا زوج الولي موليته من رجل أقل منها كفاءة ورغبتها في كفاءه أحر خطبها ورغبت به، أو أن يزوجه من خاطب طامعا في مالها أو مرتبها، وهو ما جاء في المدونة: "سألت مالكا امرأة ولها ابنة في حجرها، وقد طلق الأم زوجها عن ابن له منها، فأراد الأب أن يزوجه من ابن أخ له، فأتت الأم إلى مالك، فقالت له: إنّ لي ابنة وهي موسرة مرغوب فيها، وقد أصدقت صداقا كثيرا، فأراد أبوها أن يزوجه ابن أخ له معدما، لا شيء له، أفترى لي أن أتكلم؟ قال: نعم. أرى لك في ذلك متكلم"<sup>4</sup>. لأنّ رغبة الولي في تزويج موليته الموسرة من ابن أخ له معدم دليل على نيته الإضرار بها ضررا فاحشا، لذلك أجاز مالك

1- أبو عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني، النوازل الصغرى، ج.2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، لسنة 1992، ص.8-9.

2- إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات، ج.2، مرجع سابق، ص.252.

3- انظر. الصفحة 39 من هذه الدراسة

4- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج.4، مرجع سابق، ص.5.

لأمرها التكلم ومنع هذا الزواج؛ لأنّ علة التعسف ظهرت في تجسد الضرر الفاحش الذي سيحصل بالمولى عليها لرغبة الخاطب في التزوج منها طمعا في مالها وعزها<sup>1</sup>.

نستنتج في الأخير أنّ الولاية هي وسيلة شرعها الحكيم لتحقيق مقاصد شرعية، ومنحها المشرع الجزائري والتشريعات العربية للمولى من أجل حماية الموالى عليها وحفظ حقوقها، فعلى الولي أن لا ينحرف عن هذا المقصد ليصل إلى غاية لم يقصدها الشارع من تشريع هذا الحكم، وأجل ما نختم به هاته المسألة كلمات رائعة من شيخ الإسلام ابن تيمية: "فليس للمولى أن يجبرها على نكاح من لا ترضاه، ولا يعضلها عن نكاح من ترضاه إذا كان كفؤا باتفاق الأئمة، وإنما يجبرها ويعضلها أهل الجاهلية والظلمة الذين يزوجون نساءهم لمن يختارونه لغرض لا لمصلحة المرأة، ويكرهونها على ذلك أو يججلونها حتى تفعل، ويعضلونها عن نكاح من يكون كفؤا لها لعداوة أو غرض، وهذا كله من عمل الجاهلية والظلم والعدوان، وهو مما حرمه الله ورسوله واتفق المسلمون على تحريمه، وأوجب الله تعالى على أولياء النساء أن ينظروا في مصلحة المرأة، لا في أهوائهم كسائر الأولياء والوكلاء ممن تصرف لغيره، فإنه يقصد مصلحة من تصرف له ولا يقصد هواه، فإنّ هذا من الأمانة التي أمر الله أن تؤدي إلى أهلها".

التعسف في استعمال الحق لا يشمل فقط تعسف الولي في الزواج، بل وحتى المرأة قد تتعسف في استعمال حقها في المهر بالمغالاة فيه بما لا يطيقه الرجال، وبما هو خارج عن نطاق إرادتهم. وعليه، فيلبي أي مدى يتعسف الولي وموليتيه في المغالاة في الصداق؟ وما هو موقف الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية من التعسف في المغالاة في الصداق؟

## المطلب الثاني

### التعسف في المغالاة في الصداق

يعتبر الصداق<sup>2</sup>، حقًا أوجبه الشارع الحكيم للمرأة في العقد الصحيح أو الدخول الحقيقي، الذي يكون في حالتي العقد الفاسد أو الدخول بشبهة. ويعتبر الصداق من مستحقات الزوجة، والذي هو في الأصل حق

1- بالنسبة لأساس هذا المبدأ في التشريعات العربية، بما فيها التشريع الجزائري فلم يتعرضوا إليها صراحة في باب معايير التعسف في استعمال الحق، وإنما تطرقوا إليها ضمنا في مجال الحديث عن الملكية. انظر. الصفحة 43 من هذه الدراسة.

2- يعرف الصداق لغة: الصداق هو المهر وجمعه مهور، مَهْرُهَا، كَمَنْعَ وَنَصَرَ، وَأَمَّهْرُهَا: جعل لها مَهْرًا. أو مَهْرُهَا: أعطائها مَهْرًا. وأمهرها: زوجها من غيره على مهر. راجع مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، مرجع سابق، ص. 1560.

وفي التعريف الاصطلاحي، فقد عرفها الفقهاء بتعريفات متعددة، وأحسن تعريف هو تعريف الخنابلة بأنه "العرض المسمى في عقد النكاح، أو المسمى بعده". كما عرف بدران أبو العينين الصداق بأنه "المال الذي تستحقه الزوجة على الزوج بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولا حقيقيا". انظر. عبير ربحي شاكور القدومي، مرجع سابق، ص. 100. وأيضا بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لسنة 1967، ص. 181.

وبالرجوع إلى التعريف القانوني، نجد المشرع الجزائري عرف الصداق في المادة 14 من قانون الأسرة: "الصداق هو ما يدفع لخلّة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تصرف فيه كما تشاء". وعرف المشرع المغربي الصداق في المادة 26 من مدونة الأسرة "الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية

لله -عز وجل- إظهاراً لأهمية النكاح وخطراً للموضع الذي استحل بهذا النكاح، وكذا حفظاً لكرامة المرأة ومكانتها، وكذلك بدلاً بما استحل من فرجها. والمهر كما هو معلوم نوعان "المسمى" و"مهر المثل"، ويتأكد صداق المرأة بالدخول الحقيقي بها، أو بموت أحد الزوجين، أو بالدخول الحكمي والخلوّة الصحيحة. ولما كان المهر حقاً شرعياً للزوجة غير أنّ هذا الحق شرع كغيره من الحقوق، وهو من أجل تحقيق مقاصد الشارع الحكيم من تشريع هذا الحق، خاصة وأنه في الأصل حق لله -سبحانه وتعالى- كما سبق وأن ذكرنا. غير أنّ ما نشهده في الواقع انحراف عن المقصود الشرعي من تشريع حق الصداق لدرجة التعسف في المغالاة فيه. ولإحاطة أكثر بهذا الموضوع لابد من دراسة مواقف الفقه الإسلامي من التعسف في المغالاة في الصداق (الفرع الأول)، وكذا التطرق إلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في المغالاة في الصداق (الفرع الثاني)، وبعدها نختم الدراسة بالتعريج على معايير التعسف في المغالاة في الصداق (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

#### موقف الفقه الإسلامي من التعسف في المغالاة في الصداق

قبل التطرق إلى موقف الشريعة الإسلامية من كراهية المغالاة<sup>1</sup>، في الصداق، لابد من التطرق إلى موقف الفقه الإسلامي من تحديد الصداق، وعليه سنتناول في البدء موقف الفقه الإسلامي من تحديد الصداق (أولاً)، ثم نخرج بعد ذلك على موقف الشريعة الإسلامية من كراهية المغالاة في الصداق (ثانياً).

#### أولاً: موقف الفقه الإسلامي من تحديد الصداق

اتفق الفقهاء على أنه ليس للمهر حد أعلى لا تصح مجاوزته، بل كل ما تراضى عليه الأهل وإن بلغ ما بلغ فيحوز أن يقدم مهراً، وذلك استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾<sup>2</sup>. وجه الدلالة من الآية الكريمة أنّ

والرمزية، وليس قيمته المادية". وعرف المشرع التونسي الصداق في الفصل 12 مجلة الأحوال الشخصية: "كل ما كان مباحاً ومقوماً بمال تصلح تسميته مهراً، وهو ملك للمرأة". ولم يعرف المشرع الأردني ولا المشرع العراقي المهراً، بل اكتفوا بالإشارة إلى أنواع المهراً في المادة 39 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، والمادة 19 من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وحسن ما فعل المشرع الأردني والمشرع العراقي بعدم تعريفهم للصداق، تاركاً الأمر إلى الفقه لأنه المختص في ذلك.

<sup>1</sup> - يقصد بالمغالاة في الصداق المبالغة، "غالى في الأمر غلّاً ومُعَالَاةً: بالغ فيه"، والمغالاة هي تجاوز المعتاد والمتعارف عليه عند الناس في المهور. لقوله تعالى: ﴿لَا تَغْلُوا فِي دِينِكُمْ﴾. الآية 171 من سورة النساء. انظر. مجمع اللغة العربية المصري، معجم الوسيط، ج.2، ط.3، شركة الإعلانات الشرقية، مصر، لسنة 1985، ص.684. وعلي قاسم زيدان، الإسلام والمغالاة في المهور، كلية القانون، جامعة ديالى، ص.2. تاريخ الإطلاع: 2022/01/04، على الساعة 15:00

المهر حق للمرأة، ولا يجوز أخذ شيء منه واسترجاعه بالغما ما بلغ، حتى لو وصل القنطار<sup>1</sup>، ويدل هذا على عدم تقييده بحد<sup>2</sup>.

وأما الحد الأدنى في الصداق، فهناك من الفقهاء من اعتبر الصداق مفروضاً في الزواج من باب العبادات، وبأنه واجب وحق لله تعالى، وأن كل عبادة لا بد فيها من التقدير حتى تعرف كيف تؤدي، وأن المشرع حدد وقدر كل العبادات، وبناء على ذلك ذهبوا إلى تقدير أقل ما يقوم به هذه العبادة، وأصحاب هذا القول هم الحنفية والمالكية، الذين ذهبوا إلى تحديد أقل مهر، إلا أنهم اختلفوا في الحد الأدنى؛ حيث جعل المذهب الحنفي أقل مهر عشرة (10) دراهم فضية، وإن كانت تبراً<sup>3</sup> وإن لم تكن مسكوكة، أو دينار ذهب<sup>4</sup>. وقد استدلووا في ذلك بما رواه جابر بن عبد الله -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "لا مهر أقل من عشرة دراهم"<sup>5</sup>، وجه الدلالة هنا أن الحديث الشريف صرح بأن أقل مهر محدد بعشر دراهم، فلا يجوز أن يقل عن ذلك، والنهي للمنع، وعلى هذا فمن أصدق زوجته أقل من ذلك أكمل لها على العشرة لفساد التسمية. وعند زفر "التسمية فاسدة ولها مهر المثل"<sup>6</sup>. وأما المالكية فحدد أقل مهر ثلاثة (3) دراهم سالمة من الغش، أو ربع دينار<sup>7</sup>، وقد استدلووا في ذلك بما روي عن أنس -رضي الله عنه- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- رأى على عبد الرحمن بن عوف أثر صفرة فقال: ما هذا؟ قال: تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب<sup>8</sup>. فقال -صلى الله عليه وسلم-: "بارك الله لك أولم ولو بشاة"<sup>9</sup>. وجه الدلالة من الحديث الشريف أن الرسول -صلى الله عليه وسلم- أجاز زواج عبد الرحمن بن عوف رغم أنه كان أقل من عشر دراهم وبمهر قليل يساوي تقريباً ثلاثة دراهم.

1- القنطار هو وحدة وزن مختلفة باختلاف الأقطار والأزمان، وهو اليوم في مصر وبلاد الشام يساوي مائة رطل، والرطل يساوي 407.5 غرام عراقي، أما قديماً فهناك أقوال بقيمتين: القنطار يساوي 1200 أوقية، وقيل مقدار دية مسلم أي 1000 دينار، ثم صارت 1200 أو 120000 درهم. راجع: محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص. 233 وما يليها.

2- انظر. عبير رنجي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص. 101.

3- التبر غير المضروب، وهي سبائك الذهب والفضة قبل ضربها. انظر. محمد رواس قلعجي، مرجع سابق، ص. 120.

4- كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي ابن الهمام، فتح القدير (شرح الهداية)، ج. 3، باب المهر، ط. 2، دار الفكر بيروت، د.س.ن، ص. 317.

5- أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهراً، ج. 7، رقم الحديث 14374، دار الكتب العلمية، ط. 1، بيروت -لبنان-، لسنة 1994. قال ابن عدي: الحديث مع اختلاف ألفاظه وأسانيده باطل، لا يرويه إلا مبشر وهو كذاب. راجع. جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، اللآلئ المصنوعة من الأحاديث الموضوعة، ج. 2، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت -لبنان-، د.س.ن، ص. 165.

6- عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان شخحي زاده داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج. 1، باب المهر، دار إحياء التراث العربي، بيروت -لبنان-، د.س.ن، ص. 346.

7- محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج. 2، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، لسنة 1966، ص. 20.

8- النواة ذهب تساوي خمسة (5) دراهم وهي تساوي 14.88 غرام. انظر. محمد رواس قلعجي، مرجع سابق، ص. 449.

9- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج. 9، مرجع سابق، ص. 221.

وقد اتفق الحنفية والمالكية في قياس الحد الأدنى للمهر بالحد الذي تقطع به يد السارق - بالرغم من اختلافهما في تقدير أقل مهر - حيث قالوا: "لما لم يثبت أصل صحيح يعتمد عليه في أقل المهر، وجب رد الأمر إلى بعض الأصول التي ورد التوقيت فيها، وإن لم تكن في معناها، فجعل حد أقل الصداق اعتباراً بأقل ما تقطع به يد السارق"<sup>1</sup>. فعند الحنفية تقطع يد السارق بعشرة دراهم فضية فما فوق، وعند المالكية بثلاثة دراهم أو ما يقابلها بربع دينار ذهبي فما فوق.

وذهب اتجاه ثانٍ وهم ابن وهب من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى عدم تحديد الحد الأدنى للمهر، بل يجوز عندهم كل ما جاز أن يكون ثمنًا لشيء، أو أجرة عين، أو دين، حالاً أو مؤجلاً، قل أو أكثر جاز أن يكون مهرًا به؛ ذلك لأنهم يرون أنّ المهر في الزواج من قبيل العوض، ويصح العوض بالتراضي بين الطرفين دون تحديد لأقل أو أكثر المهر<sup>2</sup>.

وقد استدلت أصحاب هذا الاتجاه بما جاء في القرآن الكريم لقوله تعالى ﴿وَأَجَلٌ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَمَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾<sup>3</sup>. وجه الدلالة من الآية الكريمة أنها جاءت عامة في جواز تقديم ما قل أو أكثر من المهر للنساء ابتغاء الإحصان، وأنّ تحديد المهر بحد أدنى بعيد عن معنى الآية الكريمة، فلا يقال به<sup>4</sup>. كما أنّ الله تعالى قيد التحليل بقيد وهو الابتغاء بالمال، فيجب أن يكون البضع هو المال، والدرهم والدرهمان<sup>5</sup>، لا يمكن تسميتهم أموالاً، فلا تصح أن تجعل صداقاً<sup>6</sup>.

كما استدلو أيضاً بالسنة النبوية الشريفة لما روي عن سهل بن سعد الساعدي، أنّ امرأة جاءت إلى النبي -صلى الله عليه وسلم- فقالت: يا رسول الله، إني قد وهبت نفسي لك، فقامت قياماً طويلاً، فقام رجل فقال: يا رسول الله، زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: هل معك من شيء تصدقها إياه؟ فقال: ما عندي إلا إزاري. فقال -عليه الصلاة والسلام-: إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك، فالتمس شيئاً. فقال: ما أجد شيئاً. فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: التمس ولو خاتماً من حديد. فالتمس ولم يجد شيئاً، فقال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: هل معك شيء من القرآن؟ قال: نعم، سورة كذا وكذا، وسمى سورا. فقال -صلى الله عليه وسلم-: ملكتكها بما معك من القرآن<sup>7</sup>. وجه

1- محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، مقدمات ابن رشد، ج.2، دار الفكر، بيروت، لسنة 1978، ص.346.

2- محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.3، مرجع سابق، ص.28.

3- الآية 24 من سورة النساء.

4- عبيد ربحي شاکر القادومي، مرجع سابق، ص.104.

5- الدرهم قطعة نقدية وزنها ستة (6) دوانق، تساوي بالغرام 2.979. انظر. محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص.208.

6- أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج.2، مرجع سابق، ص.140.

7- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، كتاب النكاح، باب التزويج على القرآن وبغير صداق، ج.9، رقم 5149، مرجع سابق، ص.221.

الدلالة من هذا الحديث الشريف أنه لا بد من الصداق في النكاح، ويصح أن يكون شيئاً يسيراً، فإنّ قوله ولو خاتماً من مبالغة في التقليل. والجدير بالذكر أنه لا يجوز أن تهب المرأة نفسها لأنّ ذلك للأنبياء فقط<sup>1</sup>، لقوله تعالى ﴿وَأَمْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾<sup>2</sup>.

واستدل أصحاب هذا الاتجاه أيضا بما روي عن عمر -رضي الله عنه- أنّ النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "أدوا العلائق. قالوا يا رسول الله، وما العلائق؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون"<sup>3</sup>. وجه الدلالة أنّ الحديث الشريف بمنطوقه دلّ على جواز تقديم كل ما تراضى عليه الأهل مهراً، سواء قل أو كثر دون تقييد بحد أدنى، فيحمل الحديث على عمومته لعدم المخصص<sup>4</sup>، وأيضاً لما روي عن عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه أنّ امرأة تزوجت على نعلين، فقال لها -عليه الصلاة والسلام-: "أرضيت من نفسك ومالك بمهدين النعلين؟ قالت: نعم. فأجازه"<sup>5</sup>، وجه الدلالة من الحديث الشريف أنّ النبي -صلى الله عليه وسلم- أجاز للخاطب بنعلين، وهي قيمة قد تقصر عن العشرة دراهم أو حتى عن ثلاثة دراهم، فلو كان المهر لا يجوز بالتقليل لما رضي النبي -صلى الله عليه وسلم- فكانت موافقته دليلاً على جواز كون المهر مما قل أو كثر وبرضا الطرفين، كما أنّ الأحاديث النبوية كثيرة في هذا الباب، وإن كان البعض منها ضعيفاً ولكن مجموعها تكمل بعضها البعض، وتطلق المهر على أن يكون له حد أدنى وتركه لرضا الطرفين وقدرة الخاطب على دفع المهر<sup>6</sup>، وهذا من باب إن تغالي أهل الزوجة في المهر وسنأتي على تبيانه لاحقاً.

والقول الأخير بعدم تحديد أقل مهر وتركه لما تراضى عليه الطرفان -وإن استحبوا أن لا يقل عن عشرة دراهم خروجاً من خلاف أبي حنيفة، وإعمالاً للأدلة جميعاً- هو القول الأول بالرجحان لما فيه من تيسير، وأيضاً لقوة أدلته من الكتاب والسنة التي تدل بمجموعها على إطلاق أقل المهر أو أكثره، وإن كانت بعض الأحاديث منها ضعيفة، ولكن البعض الآخر منها صحيح، كما أنّ مجموعها تكمل بعضها البعض، ولأنّ المهر أيضاً عطية من الزوج كما قرر الله -سبحانه وتعالى-، والعطايا مطلقة من التحديد لأنها تختلف باختلاف

1- أمانة علي البشير محمد، العرف وأثره على المهور وعزوف الشباب عن الزواج، مجلة الجامعة العراقية، ع.45، الجامعة العراقية، د.س.ن، ص.82.

2- الآية 50 من سورة الأحزاب.

3- أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ج.7، ص.239. الحديث مروى من طريق محمد بن الحارث، وهو ضعيف، ولكن للحديث

شاهداً من إسناد آخر فيقوى. عبيد ربحي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص.104.

4- عبيد ربحي شاکر القدومي، المرجع والصفحة نفسها.

5- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن حبان، ج.1، رقم 1888، مرجع سابق، ص.608. وقيل حديث ضعيف. انظر. محمد ناصر

الدين الألباني، ضعيف سنن ابن ماجه، مرجع سابق، ص.145.

6- عبيد ربحي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص.104.



النفوس وبما تجود به، وأيضاً لاعتبارها عوضاً من المعاوضات؛ والعوض كما هو معلوم يعتبر فيه التراضي بالقليل أو بالكثير<sup>1</sup>.

وبالنسبة للقول الأول للذين ذهبوا إلى تحديد الحد الأدنى للمهر - الحنفية عشرة دراهم فضية، والمالكية ثلاثة دراهم - وذلك قياساً بنصاب السرقة الذي تقطع به يد السارق، فقد تم الرد عليه من عدة وجوه<sup>2</sup>:

- أنه قياس مع الفارق؛ ذلك لأنّ القاطع في السرقة يكون عن فعل الجنائيات، بينما المهر عوض في عقد رضائي فلم يتقدر كسائر المعاوضات.

- لأنّ القاطع في حد السرقة يتلف العضو، وفي المهر في الزواج يستباح الانتفاع بالجملة.
- ولأنّ إثبات المقادير في الشرع أمر موكول إلى الشارع "كما قدرت الزكاوات والديات وغيرها"، فلو أراد الله سبحانه تحديد المهر بحد أدنى لما تأخر البيان فيه على فرض وروده، وهذا لم يثبت بأدلة صريحة وصحيحة تقابل ما سقناه من أدلة ثابتة بصريح الكتاب والسنة.

ضف إلى ذلك أنّ الحديث الذي استدل به الحنفية في تحديد أقل المهر بعشرة، فهو حديث ضعيف كما سبق وأن ذكرنا، فيبطل إذن الاستدلال به خصوصاً وأننا استدللنا بأدلة صحيحة من الكتاب والسنة<sup>3</sup>. وأكثر ما يدل على عدم صحة الاستدلال به ما رواه أنس - رضي الله عنه - لما سأل النبي - صلى الله عليه وسلم - عبد الرحمن بن عوف عن أثر الصفرة، فقال له: "تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب. فقال - عليه الصلاة والسلام -: بارك الله لك، أولم ولو بشاة"<sup>4</sup>. والنواة كما سبق وأن أشرنا ذهب تساوي خمسة (5) دراهم ما يعادلها 14.88 غرام، وهي أقل من عشرة دراهم، وقد وافقه - عليه الصلاة والسلام - على الزواج وبارك له فيه<sup>5</sup>.

والجدير بالذكر في هذا الشأن أنّ الحنفية لما اشترطوا مالية المهر، والمال هو كل ما يتمول به فيصدق على الدرهم والدرهمين، كما يصدق على العشرة، فلا داعي إذن لتحديد أقله بثلاثة أو عشرة، وتركه إلى حالة الزوج ورضا الزوجة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - انظر. عبير ربحي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص. 106. ومحمد خليل خير الله، هناء سعيد جاسم، تحديد المهر في ضوء متطلبات العصر ومقاصد التشريع - دراسة فقهية قانونية مقارنة -، ص. 690.

www.iasj.net

<sup>2</sup> - موفق الدين أبو بن عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، ج. 7، مرجع سابق، ص. 61. وقد قال ابن حزم أيضاً أنه قياس ضعيف لا شبه بين النكاح والسرقة، وأيضاً فإنّ اليد تقطع البتة والفرج لا يقطع، والنكاح طاعة والسرقة معصية. انظر. أبو محمد علي بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، ج. 5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ص. 496.

<sup>3</sup> - راجع. جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، مرجع سابق، ص. 165.

<sup>4</sup> - سبق تحريجه.

<sup>5</sup> - انظر. محمد رواس قلجعي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص. 449. وعبير ربحي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص. 105.

<sup>6</sup> - عبير ربحي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص. 107.

ويبدو أنّ القول الراجح في مسألة تحديد أقل مهر هو قول الشافعية والحنابلة ومن تبعهم؛ وذلك بقولهم بعدم تحديد أمر المهر وتركه لتراضي الطرفين وما تجود به النفس، وأيضاً لما فيه من تيسير على الخاطبين، ضف إلى ذلك وجود أدلة كثيرة تميز الزواج بأقل ما يسمى مهراً، كالتى وهبت نفسها إلى النبي -صلى الله عليه وسلم- ليستنكحها، وزوجها -عليه الصلاة والسلام- بما هو أقيم من المهر وهو تعليمها آية من القرآن. وكأري في هذه المسألة أنّ التحديد يجب أن يكون في الأكثر من المهر، مع أنّ الفقهاء اتفقوا على عدم تحديد أكثر مهر، ولكنهم لم يمنعوا من تحديد حد له إذا كانت هناك حاجة وضرورة ومقصد شرعي في ذلك، طبقاً للقاعدة الفقهية "الضرورات تقدر بقدرها"<sup>1</sup>، ولا حاجة ولا ضرورة إذن أفضل من منع الغبن ورفع الضرر عن المضروب، ودفع المغالاة ودرء المفسدة من ذلك. وعليه، فما هو موقف الشريعة الإسلامية من المغالاة في المهور؟

### ثانياً: موقف الشريعة الإسلامية من كراهية المغالاة في الصداق

سبق وأن ذكرنا أنّ الصداق مطلق عن التحديد؛ فلا حد لا لأكثره ولا لأقله، بل يجوز بكل ما يصدق عليه مالا، غير أنّه في أكثر المهر لا يكون الأمر على إطلاقه، خاصة وأنّ الحق -كما سبق وأن بينا- ليس مطلق الحدود، بل مقيد بتحقيق مقاصد شرعية شرع هذا الحق لأجل بلوغها، وذلك لكي لا ينحرف إلى مقصد آخر ويحقق غاية غير مشروعة، فيبطل حينئذ تصرفه ويؤول حقه أو يمنع من ذلك الحق، لاسيما في هذا أنّ أحكام الشريعة الإسلامية المباركة تقوم على التيسير ورفع الضيق والحرَج لقوله تعالى في كتابه الكريم: ﴿وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ ۗ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ۗ قَلَّةٌ أَلَيْبِكُمْ إِبْرَاهِيمَ ۗ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَفِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيدًا عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ ۗ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَاكُمْ ۗ فَبِعَمِّ الْمُؤَلَّىٰ وَنِعَمِ النَّصِيرِ ۗ﴾<sup>2</sup>.

وحيث أنّ الزواج مأمور به وهو نصف الدين، وسنة من سنن المصطفى -عليه الصلاة والسلام- لقوله: "يا معشر الشباب، من استطاع منكم الباءة فليتزوج"<sup>3</sup>، بل إنّ الزواج أيضا من سنن الفطرة التي وضعها الله -سبحانه وتعالى- وقد حث الإسلام على التيسير في إجراءات الزواج، وعدم وضع العراقيل في طريق مسيرة الحياة التي أوجدها الله -سبحانه وتعالى-، فيجب إذن عدم تضيق سبل الزواج بغرض المهور المرتفعة التي لا يطيقها الرجال، ويعجز عنها الشباب، فيهجرون الزواج وتحديث المفسدة، وكما سبق القول أنّ النبي -صلى الله عليه وسلم- ترك الأمر إلى ما تراضى عليه الأهلون، مع دعوته المتكررة إلى عدم المغالاة في المهور بأحاديث شريفة وآثار، تبين فضل تقليل المهر وتيسير حاجيات الزواج على حسب ما يجد الزوج من سعة في ماله، وعدم التعسف في فرض مهور مرتفعة<sup>4</sup>.

1- محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص.187.

2- الآية 78 من سورة الحج.

3- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، كتاب النكاح، ج.9، رقم 5065، مرجع سابق، ص.106.

4- محمد خليل خير الله، هناء سعيد جاسم، مرجع سابق، ص.695. عبيد رنجي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص.107.

والمغالاة في الصداق أمر مناف ومعارض لأحكام ومقاصد الله - سبحانه وتعالى - وسنة المصطفى - عليه الصلاة والسلام - في الزواج، فهي من الغلو، والغلو محرف في الإسلام، كما أنّ الإسلام يقدر المال ويحث على السعي للحصول عليه بالطرق المشروعة، ولكنه لا يجعله المقياس الذي تقاس به الأمور، وبينها الإسلام أيضا عن تكليف النفس فوق طاقتها لقوله تعالى ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>1</sup>، وقوله أيضا "وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ"<sup>2</sup>. وجه الدلالة أنّ الآية الكريمة دلت على تزويج الفقير، ولا يقول كيف أتزوج وليس لي مال، فإنّ رزقه على الله، وقد زوج النبي - صلى الله عليه وسلم - المرأة التي أتته تهب له نفسها لمن ليس له إلا إزار واحد. كما أنّ الله - سبحانه وتعالى - أمر الأولياء أن يزوجوا الأيامي حتى وإن كانوا فقراء، والفقير لا يستطيع أن يبذل إلا الشيء القليل من المهر، ولو لم يكن التخفيف في المهر مطلوبا لم يأمرهم عز وجل بالزواج. فإنّ هذا يدل على النهي عن المغالاة في المهور<sup>3</sup>.

وبالنسبة للآية الكريمة قوله تعالى ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾<sup>4</sup>، فقد ذهب الإمام الرازي في تفسيره أنّ الآية الكريمة لا دلالة فيها على جواز المغالاة؛ لأنّ قوله تعالى "وَآتَيْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قِنطَارًا" لا يدل على جواز إيتاء القنطار، والحاصل أنّ لا يلزم من جعل الشيء شرطا لشيء آخر كون ذلك الشرط في نفسه جائز الوقوع. فكلام الإمام الرازي جاء في الرد على من قال بجواز المغالاة في المهور المبني على هذه الآية الكريمة<sup>5</sup>.

ومن الأدلة على كراهية المغالاة في الصداق من السنة النبوية الشريفة ما روي عن أبو هريرة - رضي الله عنه - أنّ النبي - صلى الله عليه وسلم - سأل رجلا من الأنصار عن امرأة تزوجها فقال: "كم أصدقتهما؟ قال: مائتي درهم، فقال - عليه الصلاة والسلام -: لو كنتم تعرفون من البطحاء ما زدتم"<sup>6</sup>. وجه الدلالة من الحديث الشريف أنّ النبي - صلى الله عليه وسلم - استنكر ما دفعه الصحابي من مهر لعلمه بعجزه وقلة يده، وأنه كلف نفسه فوق ما لا يطيق<sup>7</sup>. ولما روي أيضا عن عائشة - رضي الله عنها - عن النبي - صلى الله عليه وسلم -

1- الآية 78 من سورة الحج.

2- الآية 32 من سورة النور.

3- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ج.12، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، لسنة 1427هـ-2006، ص.242.

4- الآية 20 من سورة النساء.

5- محمد بن عمر بن الحسين الرازي، مفاتيح الغيب، ج.10، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لسنة 1401هـ-1981م، ص.14.

6- أبو الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي، ج.2، رقم 1424، مرجع سابق، ص.1040.

7- عبيد ربحي شاکر القادومي، مرجع سابق، ص.107.

وسلم- قال: "إنَّ أعظم النساء بركة أيسرهن مؤونة"، وفي رواية أخرى "أيسرهن مهرا"<sup>1</sup>. وجه الدلالة إقراره - عليه الصلاة والسلام- أنّ من بركة المرأة وبمنها تيسير مهرها وعدم تكليف زوجها ما لا يطيق<sup>2</sup>.

ضف إلى ذلك أنّ النبي -عليه الصلاة والسلام- تزوج وزوج بناته -وهو قدوة للمسلمين ونساؤه خير من نساء العالمين- ولم يزد صداقهن عن اثنتي عشرة أوقية، فكذلك ينبغي أن يكون حال المسلمين ومهور نسائهم، فقد روي عن أبي سلمة قال: "سألت عائشة -رضي الله عنها- عن صداق النبي -صلى الله عليه وسلم- قالت: ثنتا عشرة أوقية ونش<sup>3</sup>. فقلت: وما نش؟ قالت: نصف أوقية"<sup>4</sup>.

ومن الأثر ما روي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- خطب فقال: "ألا لا تغالوا في صداق النساء، فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله -عز وجل- كان أولاكم بها النبي -صلى الله عليه وسلم- ما أصدق امرأة من نسائه ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية، ألا وإنَّ أحدكم ليغلي امرأته حتى تكون لها عداوة في نفسه وحتى يقول (كلفت إليك علق القربة)"<sup>5</sup>. بين عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أنه من الاعتقاد الخاطيء أنّ إكرام المرأة يكون بتكليف المهر ومعاناة تحصيله والمغالاة فيه، وأنه لو كان دليلاً على علو وثقل مكانة المرأة أو طاعة الله -عز وجل- لكان نساء وبنات النبي -عليه الصلاة والسلام- أولى النساء بها. غير أنّ ذلك لم يكن<sup>6</sup>؛ فالغلو في المهر لا يدل على مكانة عظيمة للمرأة، ولا أقل الصداق يدل على مكانة خسيصة لها، فما مكانة فاطمة -رضي الله عنها- من مكانة جميع المؤمنات والمسلمات! فقد زوجها -عليه الصلاة والسلام- من علي -رضي الله عنه- بمهر درع. روي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: "لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: أعطها شيئاً. قال: ما عندي شيء. قال -عليه الصلاة والسلام-: أين درعك الحطمية؟ قال: هي عندي. قال -عليه الصلاة

<sup>1</sup>- أخرجه أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهرا، ج.7، رقم 14356، مرجع سابق، ص.385. والحديث ضعيف. انظر. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج.6، مرجع سابق، ص.348.

<sup>2</sup>- عبيد رجي شاعر القادومي، مرجع سابق، ص.108.

<sup>3</sup>- الأوقية من الفضة من أشهر الموازين التي كانت سائدة في الجزيرة العربية، وقد ورد ذكرها في الأحاديث الشريفة، وقد قال المقرئ: الأوقية الفضة وهي تساوي أربعون (40) درهماً، والدرهم كما حدده العلماء يساوي بالغرام. وأما النش فهو النصف من كل شيء، وهو مقدار نصف أوقية التي تساوي عشرون (20) درهماً. وبذلك يكون مجموع الصداق يقارب خمسمائة (500) دراهم فضية. راجع. محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص.449. ومحمد نجم الدين الكردي، المقادير الشرعية والأحكام المتعلقة بها، ط.2، القاهرة، لسنة 2005، ص.48.

<sup>4</sup>- سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي أبو داود، سنن أبي داود، رقم الحديث 2105. حديث صحيح. محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب الصداق، ج.6، مرجع سابق، ص.588.

<sup>5</sup>- سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي أبو داود، سنن أبي داود، رقم 2106. حديث صحيح. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، كتاب الصداق، ج.6، مرجع سابق، ص.347. علق القربة هو سير تعلق به القربة ونحوها. انظر. مجمع اللغة العربية المصري، المعجم الوسيط، ج.2، مرجع سابق، ص.645.

<sup>6</sup>- عبيد رجي شاعر القادومي، مرجع سابق، ص.108.

والسلام-: أعطها إياها. ثم دخل بها<sup>1</sup>. فيتين من خلال هذا الحديث أنّ علياً لما رغب في الزواج من فاطمة -رضي الله عنهما- لم يعترض رسول الله -صلى الله عليه وسلم- لأنّ ليس لديه مهر، بل خفف عليه بما يملك لا بما فوق ما لا يملك، كما لم يحدد له شيئاً معيناً أو مقداراً كبيراً، بل ما تيسر من عنده ليزوج ابنته من خيرة الصحابة ومن أول فدائي في الإسلام، ومن سلالة طيبة لا يمن له مال كثير.

ومن أجل أن يخفف عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- ثقل شباب المسلمين بغلاء المهور، ولكي ييسر لهم كل سبل الزواج، فقد وّحد -في عصره- سقف أكثر مهر بائنتي عشرة (12) أوقية قياساً على صداق نساء وبنات النبي -عليه الصلاة والسلام- وما زاد عن ذلك يوضع في بيت المال. فقد روي عنه -رضي الله عنه- أنه خطب في الناس فقال: "ألا لا تغالوا في صداقات النساء، فإنّه لا يبلغني عن أحد ساق أكثر من شيء ساقه النبي -صلى الله عليه وسلم- أو سيق إليه، إلا جعلت فضل ذلك في بيت المال". ثم نزل، فعرضت له امرأة من قريش فقالت: "يا أمير المؤمنين، كتاب الله أحق أن يتبع أم قولك؟ فقال: بل كتاب الله، لم ذلك؟ قالت: إنك نهيت الناس عن أن يتغالوا في صداق النساء والله تعالى يقول في كتابه ﴿وَأْتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾. فقال عمر: كل أحد أفقه من عمر -مرتين أو ثلاثاً- ثم رجع إلى المنبر فقال للناس: إني كنت نهيتكم عن صداق النساء ألا فليفعل رجل في ماله ما بدا له<sup>2</sup>. إنّ ما حكمه عمر -رضي الله عنه- بوضع ما زاد عن صداق أزواج وبنات النبي -عليه الصلاة والسلام- في بيت المال من باب نظر الحاكم في مصلحة الرعية، حتى لا يكون التغالي في المهور عادة سائدة في المجتمع، وتكون هي الأصل في الزواج، ويكون تقدم أعلى المهور دلالة على المنزلة والرفعة، وبذلك يشق على الفقراء الزواج وإمهارة نسائهن، فيعزفون عن الزواج<sup>3</sup>.

لقد سار بعض الناس على رفع المهور والتغالي في طلبها خصوصاً في الوقت الحالي، ظناً منهم أنّ المهر المرتفع هو تشريفٌ لهم وتقديرٌ لمنزلة ابنتهم، وأنهم سيسعدونها بذلك، غير أنّ هذا من الاعتقاد الخاطئ الذي يسعى إليه الناس؛ لأنّ المغالاة في المهر قد تورث تكليف الزوج ما لا طاقة له به من الاستدانة<sup>4</sup>.

المهر -ولا خلاف في ذلك- مطلوب وحق للزوجة على زوجها، غير أنه ليس مطلوباً لذاته، بل هو إكرامٌ للزوجة وتقديرٌ لها بأن يبذل الإنسان ما هو عزيز على نفسه في سبيل الزواج منها. إلا أنّ هناك من

1- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، ج.3، رقم 2125، مرجع سابق، ص.596.

2- بالنسبة لقولها: "نهيت الناس أن لا يغالوا في صداق النساء، والله تعالى يقول في كتابه: ﴿وَأْتَيْتُمُ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾. فقال عمر -رضي الله عنه-: "كل أحد أفقه من عمر مرتين أو ثلاثاً"، ثم رجع إلى المنبر، فقال للناس: "إني كنت نهيتكم أن تغالوا في صداق النساء، ألا فليفعل رجل في ماله ما بدا له". فهو حديث ضعيف منكر يرويه مجالد عن الشعبي عن عمر. أخرجه أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ج.7، ص.233. وقال: هذا منقطع. انظر. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، كتاب الصداق، ج.6، مرجع سابق، ص.ص347-348.

3- عيبر ريجي شاكرك القدومي، مرجع سابق، ص.109.

4- المرجع نفسه والصفحة نفسها.

الأهل - وإن لم نقل أصبحت موضحة العصر - من يغالون في مهور بناهن ظانين أنّ ذلك خيرٌ لها ورفعٌ لشأنها، غير أنهم لا يعلمون أي ضرر يجلبونه لها، فمن الأضرار المترتبة عن المغالاة في المهور، أنّ الزوج إذا قدم مهرا كبيرا ربما يتحمل في سبيل الحصول عليه مشقة وطول وقت وجهداً عظيماً، وربما من الديون مالا طاقة له به، وبالتالي سوف ينعكس على حياته الزوجية؛ إذ أنه سوف يضطر إلى التقدير على أهله في سبيل الوفاء بالديون، وهذا مما لاشك فيه سيحول الحياة الزوجية إلى بؤس وشقاء، بل الأدهى من ذلك قد يدعي الزوج أمام الناس ارتفاع مهر زوجته وهو على غير ذلك، أو يرفع مهرها ولا يلتزم بأدائه، أو تتفق معه على أداء مهر مرتفع أمام الناس ولكن لا يمهرها طبقاً لاتفاقهما، أو تنفق طبقاً للاتفاق من مالها الخاص وتعطيه المهر ليقوم أمام الناس بأدائه<sup>1</sup>، فيكونون بذلك ممن شملهم حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "أبما رجل أصدق امرأة صداقا والله يعلم أنه لا يريد أداءه إليها، فغرها بالله واستحل فرجها بالباطل، لقي الله وهو زان"<sup>2</sup>.

كما أنّ المغالاة في المهور قد تسبب تغيراً في الأخلاق، فيتحول خلق الإنسان الطيب إلى خلق سيء منهي عنه؛ ذلك أنه ربما يؤدي تعسف أهل الزوجة باشتراط مهر مرتفع إلى إثقال كاهل الزوج بما لا يطيقه، فيؤدي ذلك إلى تعاسته لصعوبة جمعه والإيفاء به، خاصة إن أحب تلك المرأة ورغب في الزواج منها وتعسف وليها في طلب مهر مرتفع لذلك السبب، مما قد ينتج عنه تحول مشاعره اتجاهها بعد الزواج، فتدخل الكراهية والبغضاء إلى قلبه فيكره زوجته، أو ينفر من عشرتها فيما بعد؛ لأنه لم ير الخير فيها، خاصة وإن برزت طباعها السيئة وحقيقتها المزيفة التي رغب فيها من أجلها، فسيؤول الزواج حتماً إلى فراق<sup>3</sup>.

كما دلت النصوص الشرعية على أنّ الزواج بمهر قليل أفضل من الزواج مع التكلف بمهر كبير، أو عدم الزواج قطعاً، الذي سينجم عنه مفساد عظمى لا تعد ولا تحصى، فقلة المهر مندوب إليه؛ وذلك لتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية فيه التي من أجلها شرع الزواج. فالمهر إذا كان قليلاً استسهله الراغبون في الإقدام على الزواج، فيقدر عليه الفقراء، ويكثر نتيجة لذلك النسل، وهذا الأخير أهم مقصود شرعي للزواج، بخلاف ذلك ما إذا كان المهر كثيراً؛ فإنه يؤدي إلى أن لا يتمكن منه إلا أرباب الأموال، ويؤدي إلى عزوف الفقراء عن الزواج<sup>4</sup>، فيقابلها حينئذ تقليل النسل، وهذا غير مطلوب ومنافٍ لأحد مقاصد الشرع الخمسة في الإسلام<sup>5</sup>.

1- أحمد ربيع جابر الرحيلي، غلاء المهور والاحتساب عليه، ط. 1، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، لسنة 1996، ص. 136.

2- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، ج. 4، المكتب الإسلامي، بيروت، د.س.ن، ص. 332.

3- محمد خليل خير الله، هناء سعيد جاسم، مرجع سابق، ص. 696.

4- المرجع نفسه، ص. 696-697.

5- مقاصد الشرع في الخلق خمسة: "أن يحفظ عليهم دينهم، وأنفسهم، وعقولهم، ونسلهم، ومالهم. فكل ما يتضمن هذه الأصول هو مصلحة، وكل ما يفوتها هو مفسدة". انظر. أبو حامد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، ج. 1، مطبعة الباي، القاهرة، لسنة 1939، ص. 286.

والملاحظ في النصوص الشرعية أنّ الخاطب هو الذي يقدم الصداق هبة منه دون فرض من أهل المخطوبة، ولا لحد معين عليه<sup>1</sup>، -والهبة كما هي معروفة أحادية الجانب- فالواهب هو الزوج، ولا يشترط الموهوب له أي شرط ولا يقابله بأداء التزام؛ لأنه عقد أحادي الجانب وليس التزام، والصداق في الأصل هو عطية بدليل قوله تعالى ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۖ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُنَّ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾<sup>2</sup>. والنحلة هي الهبة والعطية، وهي عطية من الله -سبحانه وتعالى- للمرأة وقيل نحلة؛ أي عن طيب نفس من الأزواج من غير تنازع<sup>3</sup>. والهبة لا تتحقق إلا إذا كانت عن طيب نفس من الواهب؛ لأنه أعرف بما يملك وبحاله ووسعه، وبمقدار ما يستطيع أن يهبه<sup>4</sup>. كما أنّ في حديث عمر عندما خطب في الناس -الخطبة التي سبق ذكرها- بين لنا أنّ النبي -صلى الله عليه وسلم- هو الذي أصدق نساءه دون فرض صداق محدد عليه من أهل زوجاته، كما لم يفرض مهراً معيناً على بناته، ودليل ذلك لما تزوج علي فاطمة -رضي الله عنهما- قال له رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "أعطها شيئاً (ولم يحدد). فقال: ليس عندي شيء، (فذكره -عليه الصلاة والسلام- بالدرع التي غنمها في الحرب)، فقال له: هي عندي". فأعطاها إياها ثم دخل بها<sup>5</sup>.

وكما سبق وأن ذكرنا أنّ الصداق هبة وعطية من الزوج لزوجته تكريماً لها، وعن حب خاطر منه، وعلى قدر وسعه وطاقته، وقد دلّ الأثر على أنّ من الصحابة من كانوا ميسورين وأمهرروا نساءهم مهوراً مرتفعة، ودليل ذلك ما روي عن أم حبيبة أنها كانت تحت عبيد الله بن جحش فمات بأرض الحبشة، فزوجها النجاشي النبي -صلى الله عليه وسلم- وأمهرها أربعة آلاف (4000) درهم، وبعث بها إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- مع شرحبيل ابن حسنة<sup>6</sup>. وجه الدلالة أنّ الغلو في الصداق لو كان ممنوعاً لما أقر -عليه الصلاة والسلام- ما فعله النجاشي وهو صاحب الأمر، فكان سكوته رضا منه وموافقة، وهو لا يوافق على باطل<sup>7</sup>. كما روي عن عقبة بن عامر أنّ النبي -صلى الله عليه وسلم- قال لرجل: "أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال: نعم. وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلانا؟ قالت: نعم. فزوج أحدهما صاحبه، فدخل بها الرجل ولم يفرض لها صداقاً، ولم يعطها شيئاً، وكان ممن شهد الحديبية، وكان من شهد الحديبية له سهم بخير، فلما

1- أنور محمد الشلتوني، التشريعات الممهدة للزواج وأثر تفعيلها في تمكين الأسرة، مجلة الجامعة الإسلامية، ع. 1، مجلد 19، د.ب.ن، لسنة 2011، ص. 260.

2- الآية 4 من سورة النساء.

3- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج. 6، مرجع سابق، ص. 44-45.

4- أنور محمد الشلتوني، مرجع سابق، ص. 260.

5- سبق تحريجه.

6- سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي أبو داود، سنن أبي داود، ج. 2، رقم 2107، ص. 241. والحديث صحيح، محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، كتاب الصداق، ج. 6، مرجع سابق، ص. 588.

7- عيبر رجي شاکر القادومي، مرجع سابق، ص. 110.

حضرتة الوفاة، قال: إنّ رسول الله -صلى الله عليه وسلم- زوجني فلانة ولم أفرض لها صداقا، ولم أعطيها شيئا، وإني أشهدكم أنني أعطيتها من صداقها سهمي بخير، فأخذت سهمها فباعته، بمائة ألف<sup>1</sup>. وجه الدلالة أنّ مهر هذه المرأة جاوز مهور نساء وبنات النبي -صلى الله عليه وسلم-، ومع ذلك أقر -عليه الصلاة والسلام- هذا المهر ولم يمنعه مادام الزوج قادرا على إمرارها<sup>2</sup>.

كما روي من الأثر أنّ عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أصدق أم كلثوم ابنة علي -رضي الله عنهم- أربعون (40) ألفا<sup>3</sup>. وجه الدلالة أنّ عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- وجد في ماله سعة، وفي نفسه قدرة، فقدم لابنة علي مهرا مرتفعا عن طيب خاطر منه، دون أن يفرض علي -رضي الله عنه- مقدار مهر ابنته عليه، وما ذلك إلا إكراما لها ولأبيها، ولمنزلتها الرفيعة عنده -خاصة وأنهم من سلالة طيبة- ومن دون تضرر له وحسب وسعه وقدرته<sup>4</sup>.

وعليه، يمكن القول أنّ المهر هو هبة وعطية من الزوج، يهبه للمرأة عن طيب خاطر منه لا إكراه ولا جبر عليه، خصوصا وأنه هو الواهب وهو المعطي، لا هو الملتزم بأداء مبلغ مرتفع وفقًا لعقد ثنائي الطرف. ضف إلى ذلك أنّ الأصل في المهر يقدم على قدرة ووسع وطاقة الواهب، وأن لا يغالي فيه مع عجزه وعدم قدرته، وقد نمّانا النبي -صلى الله عليه وسلم- عن ذلك كما سبق وأن ذكرنا؛ ذلك أنّ المغالاة في المهور فوق طاقة الزوج تورث العداوة والبغضاء في نفسه، فيقول لامرأته -وفي غلبه كراهية لها-: "كلفت إليك علق القرية".

ولا ضير إن وجد الرجل نفسه قادرا على إمرار زوجته مبلغا مرتفعا، إن وجد في نفسه قدرة وفي ماله كفاية، وفي وسعه سعة؛ لأنّ أداء المهر مؤشر على كرامة ومنزلة المرأة في قلبه سواء قل أو كثر، ودليل ذلك المهر الذي قدمه عمر بن الخطاب لأم كلثوم ابنة علي -رضي الله عنهم-. فمن وجد خيرا وسع في نفسه وأهله لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "إنّ المؤمن أخذ من الله أدبا حسنا، إن هو وسع عليه وسع، وإن هو قتر عليه قتر"<sup>5</sup>. وعليه، فإن قتر الرجل في مهر زوجته مع قدرته وسعة ماله، تمسكا بالأحاديث الناهية عن التغالي في المهور، فإنّ ذلك قصور في فهم الشريعة الإسلامية، وتمسكُ بظاهر الأحاديث وفق ما يريد وما هو في حاجة له وما يوافق احتياجاته، وإهمال الأحاديث الأخرى ممنوع في الشرع ومنهي عنه، والرسول -عليه الصلاة والسلام- يقول: "شرّ ما في الرجل شح هالع وجبن خالع".

<sup>1</sup> - سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي أبو داود، سنن أبي داود، ج.2، رقم 2117، ص.243. والحديث صحيح، محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، كتاب الصداق، ج.6، مرجع سابق، ص.591.  
<sup>2</sup> - عبيد رجي شاعر القدومي، مرجع سابق، ص.110.  
<sup>3</sup> - أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ج.7، ص.233.  
<sup>4</sup> - قالوا أنّ هذه الرواية كانت في وقت متأخر عن نهي عمر بن الخطاب المغالاة في المهور، وأيضا بعد تحسن الأوضاع المالية للمسلمين في ذلك الوقت. انظر. عبيد رجي شاعر القدومي، مرجع سابق، ص.110.  
<sup>5</sup> - محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، ج.9، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان-، د.س.ن، ص.262.



وعليه، يمكن القول أنّ المهر يقدم على حسب الحالة المادية للزوج، فعلى أهل الزوجة أن لا يتعسفوا بتحميل الرجل ما لا يطيق، فيتعسف إزاء نفسه بتحميل ما لا قدرة له، فتقوده نفسه إلى الاستدانة والغرق في الديون، ويقتر على أهله وذويه، فيقول لها حينئذ "كلفت إليك علق القرية".

كما أنّ المهر المرتفع إن قدمه الزوج عن طيب خاطر، وإكراما للمرأة ولأهلها لمنزلتهم الرفيعة عنده، وكان الزوج ذو سعة وقدرة على أدائه، لا يمكن تسميته مغالاة؛ فالمغالاة ما يفرضه أهل الزوجة على الزوج من مهر مرتفع فوق قدرة الزوج، وما لا تطيقه نفسه ولا مال له لأدائه كله أو بعضه والله أعلم. ومنه، على الآباء ألا يتعسفوا في حق ابنتهم ويطلبوا مهراً مرتفعاً، فيترتب عن ذلك - كما سبق وأشرنا في المطلب الأول من هذا المبحث - عضل لبناتهم بطلبهم ألا يقل مهرهن عن مهر مثيلاتهن، فينفر الرجال - كنتيجة لذلك - منهن، ويعزفون عن الزواج ويهجروه لصعوبة الحلال ولسهولة إيجاد الحرام وبدون مهر وبغير تكلفة أو مشقة، مما يترتب عن ذلك مفاسد عظيمة تحل بالمجتمع، ويؤدي كل ذلك إلى إفراز ظواهر وخيمة تحل بالمجتمع والمسلمين عامة، مما يستدعي حينئذ وجود قانون يتكفل بمعالجة هذه الوضعية، أو يسقف المهور وفق المستوى المعيشي للبلد أو وفق الحد الأدنى للأجور، أو يترك الأمر للقاضي في تحديد المهر وفق الوضعية المالية للزوج.

## الفرع الثاني

### موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في المغالاة في الصداق

بعد أن تطرقنا في الفرع السابق إلى موقف الفقه الإسلامي من تحديد الصداق، وكيف نظرت الشريعة الإسلامية إلى المغالاة في الصداق، ومنعت المغالاة فيما لا يطيق الزوج أدائه لعسرته وعدم قدرته. نتطرق الآن إلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في المغالاة في الصداق. وعليه، سنشير في البدء إلى موقف المشرع الجزائري من التعسف في المغالاة في الصداق (أولاً)، ثم نتعرض بعدها إلى موقف التشريعات العربية من التعسف في المغالاة في الصداق (ثانياً).

### أولاً: موقف المشرع الجزائري من التعسف في المغالاة في الصداق

أخذ المشرع الجزائري بما اتفق عليه الفقهاء في مسألة عدم تحديد أكثر قيمة للصداق حتى وإن كان قنطاراً، وأخذ في مسألة عدم تحديد أقل قيمة للصداق وتركه لتراضي الطرفين بالرأي الراجح؛ وهو رأي الشافعية والحنابلة، وهذا طبقاً لنص المادة 14 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02-05، والتي نصت على أنّ "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

كما نص المشرع الجزائري في ذات القانون على أنواع المهر في المادة 15 منه، التي نصت في الفقرة الأولى على تحديد قيمة الصداق المسمى، وأضاف في الفقرة الثانية منه: "أنه في حالة عدم تحديد قيمة الصداق

المسمى في العقد تستحق الزوجة صداق المثل"، كما نصّ المشرع الجزائري على جواز أن يكون المهر معجلاً أو مؤجلاً طبقاً للمادة السالفة الذكر<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر أنّ المشرع الجزائري - بما أنه أخذ بما اتفق عليه الفقهاء في عدم تحديد أكثر قيمة للصداق - لم يتطرق إلى مسألة مهمة جداً وهي مسألة المغالاة في الصداق، خاصة وأنها أصبحت أهم مسألة تفرّق المجتمع لاسيما في الوقت الحالي، الذي انتشرت فيه ظاهرة المغالاة في الصداق خصوصاً في بعض ولايات الجزائر (منها ولايات الغرب: تلمسان وبلعباس وغيرها ... وولايات الجنوب مثل: أدرار وبشار وغيرها ...). حيث يصل مهر العروس الصحراوية في الجنوب الجزائري إلى حوالي 8000 دولار ولا يقل عن 2000 دولار، أما في الغرب الجزائري فهو عادة حوالي 1000 دولار<sup>2</sup>، والأدهى من ذلك أنهم يعتبرون المرأة التي يمهرونها بأقل من المهر الذي سبق ذكره - سواء بالنسبة للجنوب أو الغرب - من باب نقصان منزلتها ودناءة المكانة، ويعايرونها بذلك. فالمغالاة في المهر أضحت عادة وعرفاً متداولاً عندهم، فطبقوا عليه قاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" ووجب الالتزام به.

ونظراً لما آلت إليه الجزائر من ظاهرة المغالاة في الصداق، وفي ظل وجود نقص تشريعي يعالج هذه الظاهرة أو يحد من تضاعفاتها، فقد أشارت إحصائيات الديوان الوطني للإحصاء إلى وجود نسبة 43 بالمائة من النساء بلغن سن الزواج وتخطين سن 35 سنة، كما تشير أيضاً إلى وجود نسبة أكثر من مائة وأربعين (140) ألف امرأة فقدت الأمل في إيجاد شريك الحياة لتجاوزهن سن خمسين (50) عاماً، كما تشير الإحصائيات أيضاً إلى وجود 12 مليون عانس بالجزائر، وتسجيل 200 ألف عانس سنوياً<sup>3</sup>، وهو رقم مرعب وخيالي وصلت إليه الجزائر، خاصة وأنّ هذه الظاهرة صاحبت ظواهر أخرى منها: عزوف الشباب عن الزواج، وكثرة العلاقات غير الشرعية، وزيادة نسبة الأطفال غير الشرعيين وأطفال الشوارع ... وبهذا تكون الجزائر بمثابة الشجرة التي تغطي غابة الآفات الاجتماعية والظواهر الوخيمة التي تفرعت جذورها في الأرض. لهذا لا بد لنا أن ندق ناقوس الخطر الدهيم، الذي يستلزم السعي الحثيث لتدارك ما يمكن تداركه، قبل أن تفقد الجزائر السيطرة على هذه الآفات بسبب ظاهرة واحدة ألا وهي ظاهرة المغالاة في الصداق، فتتهنز حينها التركيبة البشرية للمجتمع الجزائري.

<sup>1</sup> - نصت المادة 15 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 على أنه "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً. وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل".

<sup>2</sup> - أيمن حمودة، تسقيف المهور هل يحل مشكلة العنوسة بالجزائر، ص.01، تاريخ الاطلاع 2020/11/14، على الساعة 16:14  
alkhalejonline.net

<sup>3</sup> - انظر. دليلة حمريش، مرجع سابق، ص.146. وصابر بليدي، الجزائر تلجأ إلى تحديد مهور الزواج للتخفيف من وطأة العنوسة، تاريخ الإطلاع: 2020/11/12، على الساعة 13:17.

نظرا لتفاقم ظاهرة المغالاة في الصداق - في ظل غياب نص تشريعي - أطلق بعض الأئمة في الجزائر مؤخرا مبادرة تهدف إلى تحديد المهر بسقف 600 دولار؛ وذلك تشجيعاً للشباب على الزواج. من جانب آخر اقترحت رئيسة حزب "العدل والبيان" نعيمة صالحى - وهو حزب إسلامي - على السلطات الجزائرية استحداث مجلس أعلى للأسرة، يساهم - حسب تعبيرها - في ترسيخ الاستقرار، والحفاظ على مقومات الأسرة الجزائرية، وتفادي الطلاق المبكر<sup>1</sup>.

وفي ذات السياق توجد مبادرات قامت بها محافظات بعض الولايات لتسقيف المهر مثل محافظة بسكرة؛ حيث اتفق سكان بلدية مزريعة على ضبط تكاليف الزواج كاملة في حدود خمسة وعشرين (25) مليون سنتيم جزائري، أي أقل من ألف (1000) دولار<sup>2</sup>، والملاحظ في هذه المبادرة أنها لاقت ترحيبا وعرفت انتشارا رهيبا في مدن أخرى، على غرار بلدة الزيتونة بمحافظة سكيكدة؛ حيث اتفق سكانها على تحديد مبلغ 500 يورو كأعلى سقف للزواج، دون تقييد أي شيء آخر من لباس ومال وذهب وأشياء أخرى، كما وضع سكان هذه المحافظة وثيقة رسمية واعتبروها المرجعية التي تنظم مسألة الزواج فيما بينهم، ضف إلى ذلك قسّم سكان هذه المحافظة مبلغ المهر - الذي سبق ذكره - إلى ثلاثة أقسام؛ تمثل أصغر قسط منه في المهر المقدر بخمسة وأربعين (45) يورو، وأما قسم الجهاز فقدر بمائتين وثلاثين (230) يورو، وترك الباقي المتمثل في مائة وخمسة وثمانين (185) يورو كحصة للعشاء ووليمة العرس المتعلقة بيوم الزفاف، وفي حالة مخالفة العرف المتفق عليه والذي سبق تبيانه، فإنّ العقد الشرعي حينئذ لا ينعقد بالمسجد، ويتحمل مخالف هذا العرف تبعات العواقب المترتبة عن إثر الخروج عن جماعة الأمة وعلمائها<sup>3</sup>.

كما أصدرت تسع جمعيات دينية تابعة لمساجد قرى بلدية آيت أرزين بدائرة "إغيل علي" بمحافظة تيزي وزو، بيانا عقب اجتماع عقد مؤخرا لتحديد الصداق، وحسب نص البيان فإنّ الاجتماع توصل إلى تحديد سقف للصداق يبلغ مائة ألف دينار جزائري. ورغم أنّ دعوات تسقيف المهور لاقت استحسانا غير أنّ

<sup>1</sup> - صهيب حجاب، غلاء المهور، تاريخ الإطلاع 2020/11/12، على الساعة 11:50

www.ultraalgeria.ultrasawt.com

<sup>2</sup> - وهذه المبادرة لم تمس فقط الجوانب المالية للزواج، بل طالت حتى بعض العادات والتقاليد التي رأى فيها السكان ظواهر مبتدعة مثل "المهية"، وهي عادة جزائرية تُلزم الزوج بزيارة زوجته قبل الدخول بها في كل المناسبات الدينية، مع تقديم هدايا وأموال. انظر. أيمن حمودة، تسقيف المهور هل يحل مشكلة العنوسة بالجزائر، مرجع سابق، ص. 01.

<sup>3</sup> - انظر. صابر بليدي، مرجع سابق،

الكثيرين رفضوها بحجة أنّ المهر حقٌّ من حقوق الزوجة، وتحديد الصداق مسألة متروكة لتراضي الزوجين ولا يمكن أن تخضع لقرار مجتمع<sup>1</sup>.

### ثانياً: موقف التشريعات العربية من التعسف في المغالاة في الصداق

بالرجوع إلى المشرع المغربي نجد أنه هو الآخر لم يتناول حالة المغالاة في الصداق بنص خاص في مادة مستقلة، وذلك لتقريره أصلاً أنّ المهر حق للمرأة، وأنه يصح عندهم بما اتفق عليه الطرفان مهما كان يسيراً أو قليلاً، وبذلك يكون المشرع المغربي قد أخذ بمذهب جمهور الفقهاء في عدم تحديد أكثر قيمة للصداق، وأخذ بالرأي الراجح في مسألة عدم تحديد أقل قيمة للصداق، وهو رأي الشافعية والحنابلة.

فيما يلاحظ في نصوص المدونة المغربية أنّ المشرع المغربي نص في المادة 28 من مدونة الأسرة على التخفيف من قيمة الصداق في حالة المغالاة فيه؛ حيث جاء في نص المادة: "كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون صداقاً، والمطلوب شرعاً تخفيفه". كما نصت المادة 29 من نفس المدونة على أنّ: "الصداق هو ملك للمرأة تتصرف فيه كما تشاء، وليس للزوج -حتى وإن دفع لها مهراً عالياً- أن يطالبها بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقها إياه"، وهذا عين المنطق؛ لأنّ الصداق هبة وعطية فلا يجوز الرجوع فيه. وبالنسبة لأنواع الصداق فقد تطرق إليه المشرع المغربي في المادة 27 من نفس المدونة. وبهذا نجد المشرع المغربي قد حذا حذو المشرع الجزائري في عدم تحديد أكثر قيمة للصداق، وفي عدم النص على سقف معين للصداق في حالة المغالاة فيه.

أما المشرع التونسي نجده هو الآخر لم يحدد الصداق لا في أكثره ولا في أقله، تاركاً أمر تقديره لتراضي الطرفين، وهذا طبقاً لنص الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، التي نصت على أنه: "كل ما كان مباحاً ومقوماً بمال تصلح تسميته مهراً، وهو ملك للمرأة"<sup>2</sup>، وبذلك يكون المشرع التونسي قد سار على نهج ما اتفق عليه الفقهاء في عدم تحديد أكثر قيمة للصداق، وأخذ بالرأي الراجح وهو رأي الشافعية والحنابلة في مسألة عدم تحديد أقل قيمة للصداق. والملاحظ في المشرع التونسي أنه حذا حذو المشرع الجزائري والمغربي في عدم النص على المغالاة في الصداق، أو النص على سقف محدد في حالة التغالي في الصداق.

1- هذه الحملة تأتي بعد أن أطلق جزائريون العام الماضي حملة "حليها تبور"، في دعوة إلى مقاطعة الزواج؛ احتجاجاً على غلاء المهور، وهي المبادرة التي انتقدتها كثيرون واعتبروها تعمق مشكلة العنوسة أكثر في الجزائر، وتزيد من ظاهرة تأخر سن الزواج بين الشباب الجزائري، والتي وصلت إلى معدل يتجاوز 35 سنة. صابر بليدي، مرجع سابق،

www.alarab.co.uk

2- كان ينصّ المشرع التونسي قبل تنقيح الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية على: "كل ما كان مباحاً ومقوماً بمال تصلح تسميته مهراً، ويجب ألا يكون تافهاً، ولا حد لأكثره".

وبالرجوع إلى المشرع المصري نجد أنه بالنسبة لمسألة تحديد أكثر قيمة للصدّاق هذا حدّو التشريعات العربية بأخذهم بما اتفق عليه الفقهاء؛ وذلك بعدم تحديد أكثر قيمة للصدّاق، وأما في مسألة تحديد أقلّ الصّدّاق فقد خالف التشريعات العربية، وأخذ برأي الحنفية والمالكية وذلك بتحديد الحد الأدنى للصدّاق، وأخذ بالمقدار الذي حدده الحنفية في تحديد الحد الأدنى وهو عشرة (10) دراهم فضية، وهذا الأخير هو الرأى المعمول به في المحاكم الشرعية، على أساس أنه الرأى الراجح في المذهب الحنفي عندما لا يوجد نص صريح يتطرق إلى هذه المسألة، وهذا طبقاً لنص المادة 3 من القانون (1) لسنة 2000، التي نصت على أنه: "يعمل فيما لم يرد بشأنه نص في قوانين الأحوال الشخصية بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة".

أما القانون الأردني، فلم يتناول حالة التعسف في المغالاة في الصّدّاق كحالة خاصة ينص عليها في مادة مستقلة؛ وذلك راجع إلى أنه - في الأصل - قرر أنّ المهر حق للمرأة، وأنه يصح ما تراضى عليه الطرفان وإن كثر، فيكون بذلك المشرع الأردني هو الآخر انتهج نهج ما اتفق عليه الفقهاء في عدم تحديد أكثر قيمة للصدّاق، وهذا طبقاً لما جاء في نص المادة 44 من قانون الأحوال الشخصية، التي نصت على: "المهر مهراً: مهر مسمى؛ وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد قليلاً كان أو كثيراً. ومهر المثل؛ وهو مهر مثل الزوجة وأقربائها من أقارب أبيها، وإذا لم يوجد لها مثل من قبل أبيها فمثيلاتها وأقربائها من أهل بلدها، فيكون المشرع الأردني بذلك قد وافق الراجح من مسألة عدم تحديد أقلّ الصّدّاق، وتركه إلى اختيار الطرفين وتراضيهما، أما إذا لم يسم لها مهراً فيكون لها مهر المثل حينئذ، وذلك لعدم جواز خلو العقد منه<sup>1</sup>.

بالنسبة للمشرع العراقي نجد أنه هو الآخر لم يتطرق في قانون الأحوال الشخصية إلى تقدير أقلّ المهر أو أكثره، وإنما ترك ذلك لتراضي الطرفين؛ وذلك من خلال تسمية المهر في العقد أو تحصيل مهر المثل إذا لم يكن المهر مسمى، إذ جاء في نص المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية: "تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد، فإن لم يسم أو نفي أصلاً فلها مهر المثل". وقد منح المشرع العراقي القاضي حق الاعتراض غير الملزم إذا كان المهر فاحشاً أو قليلاً، فينصح الطرفين حينئذ بأنّ المهر قليل أو كثير جداً، فإن وافق أمضى القاضي العقد<sup>2</sup>.

وعليه، نجد أنّ قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية التي سبق ذكرها - بما فيها قانون الأسرة الجزائري - لم تتعرض لمسألة المغالاة في الصّدّاق، ولم تقنن شيئاً بخصوص التعسف في طلب هذا الأخير؛ وذلك لاعتماد هذه البلاد على ما اتفق عليه الفقهاء بمنع تحديد أكثر قيمة للصدّاق، وأنه يصح بكل ما تراضى عليه الطرفان. ومع ذلك نجد بعض القوانين منها القانون المغربي، قد طلب تخفيف المهر إن كان كثيراً لأنه المطلوب شرعاً، كما أعطى المشرع العراقي الحق للقاضي بالتدخل إذا كان المهر مرتفعاً جداً أو قليلاً جداً، فللقاضي

<sup>1</sup> - عبيد ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص. 111.

<sup>2</sup> - محمد خليل خير الله، هناء سعيد جاسم، مرجع سابق، ص. 693.

نصح الطرفين بأنّ المهر كبير، أما إذا وافق الزوج ورضي بمقدار المهر - مع أنه مغالى فيه - مضى القاضي العقد، وبهذا يكون للقاضي الحق في التدخل لكثرة المهر أو قلته، ولكن من باب النصح فقط وليس الإلزام<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر في هذا الشأن أنّ هناك بعض الدول قد بدأت بتشريع القوانين للحد من ظاهرة المغالاة في الصداق؛ وذلك من خلال تحديد المقدار الأعلى للصداق، حيث نصت المادة 49 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (28) لسنة 2005<sup>2</sup>، على: "المهر هو ما يقدمه الزوج من مال متقوم بقصد الزواج ولا حد لأقله، ويخضع أكثره لقانون تحديد المهور". وبالرجوع إلى القانون الخاص بتحديد المهور المرقم ب (21) لسنة 1997: "لا يجوز أن يزيد مقدم الصداق في عقد الزواج عن عشرين (20.000) ألف درهم، أو أن يجاوز مؤخر الصداق ثلاثين ألف (30.000) درهم، والملاحظ في هذا القانون أنه لم يفعل بصورة عملية، علماً أنّ القانون شرع لارتفاع نسبة العنوسة في الإمارات نتيجة التغالي في المهور<sup>3</sup>.

وعليه، وبعدها تم التطرق إلى موقف الفقه الإسلامي من تحديد الصداق، وكيف نمت وكرهت الشريعة الإسلامية الغلو في الصداق، غير أنّ - كما سبق وأن ذكرنا - المهر يعتبر هبة وعطية من النفس، فإن غالى الزوج في صداق زوجته من باب علو شأنها عنده ومنزلتها الرفيعة في قلبه، وكان له سعة في رزقه، وكان ذا قدرة على أدائه فلا يمكن تسميته مغالاة؛ فالمغالاة هي ما يفرضه أهل الزوجة على الزوج تضيقاً عليه، وتكليفاً له فوق طاقته، بذريعة استعمال ابنتهم حقها، وكذا طبقاً للعرف المتداول بينهم، أو يكلف الرجل نفسه ما لا يطيق فيتعسف في حق نفسه بأدائه، أو يتعسف أهل الزوجة في حق ابنتهم بعزوف الزوج عن الزواج من ابنتهم، ويتعسفون كذلك في حق الزوج بهجران الزواج بسبب غلاء المهر، ويترتب عن ذلك كله تعسف في حق المجتمع ككل والله أعلم.

### الفرع الثالث

#### معايير التعسف في استعمال الحق في حالة المغالاة في الصداق

سبق وأن ذكرنا أنّ الصداق حق خالص للمرأة ومقرر شرعاً لها، فرضه الحكيم لها لحفظ كرامتها وأيضاً كتعويض لما استحلت من فرجها، وتعظيماً لخطر المحل. كما ذكرنا أنّ المهر هبة وعطية من الزوج يهبه لزوجته إكراماً لها، فيكون بذلك الصداق ملكاً لها. ولما كان المهر حقاً خالصاً للمرأة لكنه مقيد بعدم الإضرار بالغير، سواء كان الضرر لاحقاً بالزوج أو بغيره، وسنأتي على إثبات هذه الأضرار، من خلال إثبات المعايير التي تطبق في استعمال الحق في المهر في حالة المغالاة فيه. وعليه سنتطرق في البدء إلى المعايير الذاتية للتعسف في

1- محمد خليل خير الله، هناء سعيد جاسم، مرجع سابق، ص.698.

2- القانون الاتحادي رقم (28) لسنة 2005 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

3- محمد خليل خير الله، هناء سعيد جاسم، مرجع سابق، ص.698.

استعمال الحق في حالة المغالاة في الصداق (أولاً)، ومن ثم يمكن -بعد ذلك- استخراج المعايير الموضوعية للتعسف في استعمال الحق في حالة المغالاة في الصداق (ثانياً).

### أولاً: المعايير الذاتية للتعسف في استعمال الحق في حالة المغالاة في الصداق

يمكن إثبات معايير التعسف في استعمال الحق في حالة المغالاة في الصداق، وضبط الفعل التعسفي من خلال معيارين؛ معيار قصد الإضرار (أ)، ومعيار المصلحة غير المشروعة (ب).

#### أ- معيار قصد الإضرار

إنّ المرأة وأهلها بمطالبتهم بالمهر الذي يعجز الزوج عن توفيره، ويشق عليه دفعه، قد ظهر في تصرفها قرينة واضحة على قصد الإضرار لانتفاء المصلحة، خاصة إن كانت عاملة بإعساره وأنه لا يستطيع أداء ذلك المبلغ، فيكون بذلك قد تحقق شرط من شروط هذا المعيار وهو قصد العمد في إلحاق ضرر بالغير، وكذا شرط آخر وهو تمحض قصدها لذلك؛ أي أنّ قصدها في الانتفاع بالمهر وهي موسر من التفاهة؛ أي من غير المعتر، وبهذا تتمخض القرائن الدالة على قصد المرأة الإضرار بالزوج عند انتفاء المصلحة، أو من عدم وجود مصلحة شرعية لحق المهر الذي قصده الشارع من تشريعه لهذا الحق.

كما أنّ اشتراط الزوجة أو أهلها المهر المرتفع مع علمهم بعدم قدرة الزوج على إيفائه -خاصة إن كانت ميسورة لا تحتاج إلى ماله للانتفاع به أو لشراء الجهاز منه- تكون بذلك بصدد هدم مصلحة شرعية بإغلاق باب الزواج في وجه طالبه، مع ما يترتب عن ذلك من أضرار تلحق بها وبالزوج وبالجمتمع ككل<sup>1</sup>.

ومن الأضرار التي تلحق بالزوج إذا طلبت المرأة أو أهلها مهراً مرتفعاً يعجز الزوج عن تلبيةه، وتحميله فوق طاقته بسعيه للحصول عليه بشتى الطرق من أجل إرضائها وإرضاء أهلها، على نحو يدفعه للاستدانة أو التقدير على أهلها، يعتبر ضرراً كبيراً قد يلحق به وبأهله من جراء هذا الطلب المغالى فيه، والضرر ممنوع في الإسلام، ودليل ذلك قوله -عليه الصلاة والسلام- "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>. وأما الضرر الذي يلحق بالجمتمع بسبب المغالاة في الصداق؛ فإنّ المرأة أو وليها إذا تغالوا في الصداق ووجدوا من يلبي رغبتهم، وهكذا في قريبات المرأة القريبة، فإنّ صداقهن سيرتفع، وصداق مثيلاتهن ممن لم يسمّى لهن صداقٌ سيرتفع، فتتضرر المرأة الأقل حظاً من أقربائها وتقل الرغبة فيها، وهذا مثل ولايات الغرب والجنوب بالنسبة للدولة الجزائرية<sup>3</sup>.

1- عبير ربحي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص. 112.

2- سبق تخريجه.

3- عبير ربحي شاكرا القدومي، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

وكذلك يمكن إعمال معيار قصد الإضرار إذا اشترط ولي المرأة من الزوج مهراً مرتفعاً يعجز عليه، وهذا بسبب وجود عداوة بينه وبين ابنته، أو بينه وبين أمها إن كان قد طلقها، أو يعضلها للبقاء في خدمته أو خدمة أبنائه - إذا كانت أمهم متوفاة- أو يعضلها لكي يبقى يستفيد من مرتبها، وتمضي الأيام وتكبر في السن ويقل بذلك عدد المتقدمين لها، فتصل حينئذ إلى سن العنوسة<sup>1</sup>.

### ب- معيار المصلحة غير المشروعة

ويمكن إعمال معيار المصلحة غير المشروعة إذا قصد ولي المرأة المغالاة في المهر المؤجل؛ وذلك بغرض أن يكون ضمناً لعدم الطلاق، ويكون بفرض أهل الزوجة على المتقدم للزواج من ابنتهم مهراً مرتفعاً، خاصة إذا كان المهر مقسماً إلى مهر معجل ومهر مؤجل أو مؤخر، فيكون المهر المعجل بسيطاً جداً، بل في بعض الأحيان رمزياً، ويكون المهر المؤخر مرتفعاً جداً، وهذا بغرض تحقيق مصلحة غير مشروعة، وهي ضمان عدم الطلاق لابنتهم، وإلزام الزوج بإبقاء ابنتهم عنده، حتى ولو كره عشتها وكثر الشقاق بينها وبينه<sup>2</sup>.

وكذلك يمكن تطبيق معيار المصلحة غير المشروعة إذا فرض أهل الزوجة شيكاً على الزوج، ويكون مبلغ هذا الشيك مرتفعاً جداً كمهر لابنتهم، وكدين في نفس الوقت على الزوج يدفعه حال طلاق ابنتهم، وهذه الحالة نجدها كثيراً في زواج القاصرات، وأصبحت ظاهرة منتشرة في المغرب<sup>3</sup>.

### ثانياً: المعايير الموضوعية للتعسف في استعمال الحق في حالة المغالاة في الصداق

يمكن إعمال معايير التعسف في استعمال الحق في حالة المغالاة في الصداق، من خلال معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة (أولاً)، ومعيار الضرر الفاحش (ثانياً).

#### أ- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

إنّ رضا الزوجة بما تيسر للزوج من مهر، ورضاها بالقليل فيه خير للبشرية، مع ما قد يصيبها من ضيق لقلّة مهرها فهذا ضرر خاص يلحق بها، حتى أنه لا يمكن تسميته ضرراً، فقلّة المهر ليست ضرراً بل بركة، ومع ذلك لا يقارن بالضرر الذي سيحل بالمجتمع من عزوف الشباب عن الزواج لغلاء الصداق؛ لأنّ هذا الأخير يعتبر ضرراً عاماً، ومن قاعدة الموازنة بين الضررين؛ يرجح بذلك الضرر الأكبر الذي يلحق بالجماعة على

1- أساس هذا المبدأ في التشريعات العربية انظر. الصفحة 37، 38 من هذه الدراسة.

2- محمد خليل خير الله، هناء سعيد جاسم، مرجع سابق، ص. 699.

3- انظر. الصفحة 39 من هذه الدراسة.



الضرر الفردي الذي يلحق بالمرأة وأهلها، طبقاً لقاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"، وكذلك قاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف". فلا يقال حينئذ بالمغالاة مع العجز عن الصداق<sup>1</sup>.

كذلك يمكن ضبط معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة باختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين؛ تتمثلان في مصلحة الفتاة في طلبها بالمغالاة في المهر، ومصلحة الزوج بطلب مهر أقل للزواج؛ ففي هذه الحالة ستحصل غلبة المفسدة على المصلحة، أي غلبة المفسدة التي تلحق بالزوج والآخرين على المصلحة التي تلحق المرأة بالمغالاة في المهر، وعلى هذا رجح العز بن عبد السلام -عند حصول هذه الحالة- المفسدة على المصلحة بقوله: "إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾<sup>2</sup>، وإن تعذر الدرء مع التحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة"<sup>3</sup>. فالمفسدة التي تلحق بالزوج من كبت وانحياز عصبي، وقد ينزاح إلى الحرام والمغريات لعدم مقاومته لشهوته، هي مفسدة عظيمة تحل به وبالمجتمع ككل مقارنة بمصلحة المرأة من التغالي في الصداق<sup>4</sup>.

والجدير بالذكر في هذا السياق، أنّ كون المصلحة مرجوحة والمفسدة راجحة لا يعني إنحرام مناسبة مصلحة المرأة في المهر، بل تبقى في ذاتها مصلحة ويبقى حقها في المهر، لأنّ الحقائق لا تتبدل، وإنما عرض عليها طارئ وهو عدم قدرة الزوج على دفع ذلك المهر للمغالاة فيه أو وفق اعتبارها. وعليه، فإن سلمت من المعارضة بقدرة الزوج على دفع المهر ليسره وسعة رزقه مع المغالاة فيه، عدنا إلى إعمال مصلحة المرأة في الصداق المرتفع؛ لأنّ الزوج إن كان ميسوراً وامتنع عن دفع المهر الذي طلبته المرأة مع قدرته على دفعه، نكون في حالة غلبة المصلحة على المفسدة، التي ستكون المفسدة فيها مرجوحة والمصلحة هي الراجحة، وهذا طبقاً لقاعدة ما جاز لعذر بطل بزواله<sup>5</sup>.

وكذلك يمكن ضبط معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة باختلال التوازن بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة، وهذه الأخيرة تتمثل في مصلحة المرأة في المغالاة في الصداق، أو أن تشتت مثل صداق مثيلاً للمغالي فيه، أما المصلحة العامة فتتمثل في مصلحة الشباب والمجتمع من التقليل في الصداق أو تخفيفه؛

<sup>1</sup> - انظر. عبير ربحي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.112. والشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص.197 وما يليها.

<sup>2</sup> - الآية 16 من سورة التغابن.

<sup>3</sup> - عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج.1، مرجع سابق، ص.84.

<sup>4</sup> - انظر. الصفحة 41، 42 من هذه الدراسة

<sup>5</sup> - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.40. محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص.189.

لأن المرأة وأهلها إن تغالوا في الصداق ووجدوا من يلبي رغبتهم فإنّ المهر سيرتفع، ويقاس حينئذ مهر المثل على ذلك؛ أي على المهر الذي تم المغالاة فيه، فيتضرر حينئذ المجتمع والشباب بعدم قدرتهم على دفع ذلك المهر المرتفع، فينتج عن ذلك مفسد عظيمة تحل بالمجتمع كعزوف الشباب عن الزواج، الذي تقابله كثرة العنوسة، وكذلك تأخير سن الزواج لكل من الشباب والشابات، كما قد يسلك بعض الشباب سلوكا انحرافيا في إشباع الغريزة الجنسية بأشكال محرمة. وأيضا من المفسد التي ستحصل قلة النسل، وكذا التفكك الأسري بسبب المشاكل الناتجة عن تحميل كل طرف مسؤولية هذا الوضع، وأيضا ضعف الروابط الاجتماعية؛ إذ أنّ العزوف عن الزواج يحرم المجتمع من عدة روابط متمثلة في المصاهرة والنسب، ناهيك عن التشاحن والعداوة التي قد تحدث بين الأقارب نتيجة عزوف شبابهم من الزواج بيناتهم، ضف إلى كل ذلك المفسد الأخلاقية التي قد تحل بالمجتمع<sup>1</sup>.

وهذه النتائج كلها تعتبر مفسد عامة تحل بالأسرة والمجتمع والأمة جمعاء، وبناء على ذلك لا بد من مراعاة المصلحة العامة بتقليل الصداق أو بتسقيف الحد الأعلى، وفي هذا الشأن يقول العز بن عبد السلام: "إنّ اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر وأكثر من اعتناؤه بالمصالح الخاصة، فالشرع يحصل الأصلح بتفويت الصالح، كما يدرأ الأفسد بارتكاب الفاسد"<sup>2</sup>. كما يمكن إعمال -في هذا الشأن- قاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"، وكذا قاعدة "الضرر الأشد يزال بالأخف"<sup>3</sup>.

## ب- الضرر الفاحش

ومجال إعمال معيار الضرر الفاحش في أنّ ارتفاع المهور نتيجة الطلب المشروط بذلك من المرأة أو أوليائها، يؤدي إلى امتناع الشباب عن الزواج وهجره، وتفضيل الابتعاد عنه، وفي ذلك ضرر فاحش للمرأة وأوليائها والشباب ككل، والمجتمع على وجه العموم، وهذا الضرر مآله تعطيل الزواج، وسد أبوابه، وعزوف الشباب عنه واللجوء إلى الحرام؛ لأنّ هذا الأخير أسهل منالا وأقل كلفة، فينتج عن ذلك فساد أخلاقي في الجنسين؛ فعندما ييأسون من إمكانية الزواج يبحثون عندئذ عن بديل لذلك بسلوك انحرافي، في سبيل إشباع غريزتهم الجنسية بطرق محرمة، وفي ذلك هدم صريح لمقاصد الشريعة الإسلامية بحفظ حد مقاصدها وهي النسل؛ لأنّه بالزنا يكثر الأولاد غير الشرعيين فتختلط الأنساب، ويكثر أطفال الشوارع، وتزداد -تبعاً لذلك- عمليات إجهاض الفتيات لأجنتهم، والتي كانت نتيجة ممارستهم الأفعال المخلة بالحياء، ويعتبر هذا ضرراً فاحشاً يحل بالمجتمع وبالأسر<sup>4</sup>.

1- آمنة علي البشير محمد، مرجع سابق، ص. 83-84.

2- عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج. 2، مرجع سابق، ص. 75.

3- محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص. 177 وما يليها.

4- عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص. 113.

وأيضاً يمكن تطبيق معيار الضرر الفاحش في أنّ ارتفاع المهور واشتراط المرأة وأوليائها المغالاة فيه، يساهم في انتشار أنواع عديدة من الزواج كزواج المتعة وزواج المسيار، وهذا يحدث عندما يعضل الولي موليته عن الزواج لقلّة مهرها عن مهر مثيلاتها المغالى فيه، وعدم قدرة الخاطب على دفعه، وبناء على رفض الولي هذا الزواج يستدرج الخاطب الفتاة ويقنعها بالزواج العربي الذي يخل في جميع شروطه، أو بأنواع أخرى من الزواج كزواج المتعة وزواج المسيار - خاصة إن كانت الفتاة صغيرة العقل مندفعة القرار - وهذا كله منهي عنه في الإسلام، ومخالف لمقاصد الشرع الخمس من حفظ الدين والنسل والنفس إلخ... وكذلك من الأضرار الفاحشة - بسبب ارتفاع وغلاء الصداق - حدوث الأمراض النفسية في صدور الشباب من الجنسين بسبب الكبت وارتطام أفكارهم بخيبة أمل، وهذا الاضطراب النفسي سيؤدي إلى تعطل مواهب الشباب وإبداعاتهم وعطائهم للمجتمع<sup>1</sup>.

كما يمكن إعمال معيار الضرر الفاحش في أنّ ارتفاع المهور يؤدي إلى حصول أضرار فاحشة تحل بالمجتمع كالتفكك الأسري، بتحميل كل طرف مسؤولية هذا الوضع الذي آلت إليه الفتاة بوصولها لسن اليأس، وفقدان الأمل في الزواج، وبالنتيجة العنوسة. ومن الأضرار الفاحشة أيضاً قلة النسل، وضعف الروابط الاجتماعية بجرمان المجتمع من العديد من الروابط الاجتماعية كرابطة المصاهرة والنسب، أيضاً تغير التركيبة البشرية للمجتمع، ضف إلى كل ذلك أنّ المغالاة في الصداق مع الوقت تصبح عرفاً كما في ولايات دولة الجزائر، وبعدها تصبح ظاهرة تفرز مختلف الآفات الاجتماعية التي نعيش فيها، والتي ستستجد مع الوقت<sup>2</sup>. والمغالاة في الصداق في الأول والأخير هي أكبر ضرر يلحق الفتاة بسبب تعنت وليها أو أهلها؛ وذلك بالامتناع من تزويجها بأقل من مهر المثل المغالى فيه<sup>3</sup>.

وعليه، يمكن القول أنّ الولاية والصداق هي حقوق شرعها الله - سبحانه - والمشرع الجزائري والتشريعات العربية، كوسائل لتحقيق الغاية الشرعية أو المقصود الشرعي من هذا الحق، فعلى الولي - أباً كان أو أخاً أو جداً - أن لا ينحرف في استعمال هذا الحق على نحو يضر بالمرأة، سواء بعزلها عن الزواج لنقصان مهرها عن مهر مثيلاتها المغالى فيه، والذي يسبب في الوقت ذاته ضرراً بالزوج والمجتمع، إذ سيشهد هذا الأخير آفات وخيمة وظواهر عظيمة تحل به، وهذه الصورة التي أردفناها تعتبر أهم صورة ثلاثية المفاصل، بالإضافة إلى صور أخرى لتعسف الولي والتي سبق شرحها. فعلى المولى عليها إذن أن لا تعسف في استعمال حقها في الصداق على نحو المغالاة فيه مما ينتج عنه ضرر بالزوج، هذا الأخير الذي سيكلف نفسه فوق طاقتها، ناهيك عن الضرر الذي تسببه لنفسها؛ لأنه بتعسفها باشتراط ذلك المبلغ قد يعزف الشباب عن التقدم لها، ويحل ضرر فاحش بالمجتمع؛ حيث سينتج عن هذا التعسف مفاصل عظيمة.

1- أمانة علي البشير محمد، مرجع سابق، ص. 83-84.

2- المرجع نفسه، ص. 84.

3- انظر. الصفحة 43 من هذه الدراسة

ولقد عالج الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري والتشريعات العربية حالة عضل الولي موليته عن الزواج، وترتيباً على ذلك سلبته حق الولاية لتعنته الإضرار بموليته، فتنقل منه -حسب الرأي الراجح- إلى السلطان أو القاضي؛ لأنه منصب على رفع المظالم، وهذا الرأي هو المعمول به عند أغلب التشريعات العربية بما فيها المشرع الجزائري. أما بالنسبة للتعسف في المغالاة؛ فبالرغم من عدم تحديد الحد الأكثر للصدّق، إلا أنّ الشريعة الإسلامية كرهت المغالاة فيه بدليل الأحاديث السابقة، وكذلك من الأثر والمعقول، كما أنّ فقهاء المذاهب أجازوا تحديد الصدّق لضرورة، وليس هناك أجلّ من ضرورة الحد من التعسف في المغالاة في الصدّق، أما بالنسبة للمشرع الجزائري وكذا التشريعات العربية، فقد ساروا على نهج ما اتفق عليه الجمهور، بعدم تحديد الحد الأكثر للصدّق.

التعسف الذي سبق ذكره قد يصدر حتى في المرحلة التمهيديّة للزواج، أو ما يسمى بالخطبة، الذي قد يصدر من الخاطب أو المخطوبة وفق الصورة التي أوردناها سابقاً. وعليه، فعلى الطرف الذي يصدر منه فعل العدول أن لا يتعسف في استعمال هذا الحق الذي شرع لغاية معينة وشرعية، متمثلة في قصد الله من تحقيق هذا المقصد، خاصة وأنّ التعسف في استعمال هذا الحق قد تنتج عنه أضرار، ربما يتحملها الطرف الذي وقع عليه العدول طيلة حياته، وآثار هذا التعسف ربما ستلاحقه بقية الأمد. والجدير بالقول في هذا المقام أنّ التعسف قد لا يصدر فقط في مرحلة الخطبة، ولا في مرحلة بداية الزواج من وجوب توفر أركان أو شروط صحة الزواج من ولاية وصدّق، فقد يقع أيضاً في العلاقة الزوجية سواء من جانب الزوجة أو الزوج.

## الفصل الثاني

### أثر التعسف في استعمال الحق على آثار الزواج

يعتبر عقد الزواج ميثاقاً غليظاً مقدساً، يربط بين اثنين برباط الألفة والمحبة، وتنتج عن هذا الزواج - باعتباره عقداً - آثار تكون مشتركة لطرفي العلاقة، كما تكون منفردة لكلا طرفيها، ومن بين أهم هذه الآثار التي ستكون موضوع الدراسة: المعاشرة الزوجية باعتبارها حق مشترك لكلا الزوجين، وكذا القوامة من خلال الإنفاق، وكذلك التعدد، ضف إلى ذلك حق التأديب، ناهيك عن حق زيارة الأهل وكذا حق العمل، وأيضاً طاعة الزوج وخدمة البيت، كذلك الرضاع. وتعتبر هذه الحقوق من أجلّ الحقوق التي تترتب عن عقد الزواج، ويلتزم من خلالها طرفا العلاقة بتنفيذ هذا الالتزام، والمتمثل في الحق، الذي يعتبر واجبا للآخر على نحو ما قصده الله - سبحانه - ثم القانون من المكلف حين تشريعه لهذا الحق؛ بمعنى أن يحقق هذا الحق الغاية الشرعية والقانونية التي قصدها الله - سبحانه - وتعالى - من تشريعه، وهدف المشرع من منح الشخص هذه المزية أن يحققها، إلا أنّ الحقوق - كما سبق الذكر - قد تشوبها عوارض، فينحرف المكلف عند استعمال هذا الحق عن المقصود الشرعي والقانوني الذي شرع لأجله؛ فيستعمل هذا الحق بشكل تعسفي على نحو يضر بالطرف الآخر. وفي هذا السياق سنحاول - من خلال هذه الدراسة - تسليط الضوء على أوجه التعسف في استعمال الحقوق الزوجية. وعليه، سنتعرض في البدء إلى صور تعسف الزوج في استعمال الحقوق الزوجية (المبحث الأول)، وبعدها نتطرق إلى صور تعسف الزوجة في استعمالها للحقوق الزوجية (المبحث الثاني).

#### المبحث الأول

##### صور تعسف الزوج في استعمال الحقوق الزوجية

إنّ من أهم الحقوق التي تترتب عن عقد الزواج، وتحول للزوج استعمالها حق المعاشرة الزوجية، الذي يعتبر حقاً يشترك فيه طرفا العلاقة، وكذا حق القوامة من خلال الإنفاق وممارسة التعدد، وكذا استعمال حق التأديب، ناهيك عن حقوق أخرى كزيارة الأهل وخروجها للعمل أو الدراسة. فيجوز للزوج من خلال تلك الحقوق استعمالهم، ولكن ليس على نحو مطلق؛ إذ أنّ الحقوق ليست مطلقة الحدود، بل مقيدة بعدم الإضرار بالغير أو بالطرف الآخر من العلاقة. ومن هذا المنطلق، يشكل تعسف الزوج في استعمال حقوقه تعسفاً إذا استعمل حقه في المعاشرة الزوجية على نحو يضر بالزوجة (المطلب الأول)، أو إذا تعسف الزوج في استعمال حق القوامة (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول

##### تعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية

قد يتعسف الزوج حين استعماله حقه في المعاشرة الزوجية على نحو يضر بالمرأة؛ ويكون ذلك من خلال امتناعه عن مباشرة زوجته، أو ممارسة الجماع على نحو يضر بالزوجة، أو أن يتهم زوجته بالخيانة الزوجية.

وعليه، سنتطرق إلى هذه النقاط من خلال صور تعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية (الفرع الأول)، وحتى نضبط الفعل التعسفي للزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية، لابد من الإشارة إلى معايير تعسف الزوج في الإضرار بزوجته من خلال المعاشرة الزوجية ( الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### صور تعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية

سنتعرض في هذه النقطة إلى صور تعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية، ويكون ذلك بالتطرق إلى تعسف الزوج في الامتناع عن حق المباشرة الجنسية (أولاً)، وبعدها نتطرق إلى تعسف الزوج في المباشرة الجنسية المضرة بالمرأة (ثانياً)، ثم تعسف الزوج في استعمال حق اللعان (ثالثاً).

### أولاً: تعسف الزوج في الامتناع عن المباشرة الجنسية

سنشير في هذا الصدد إلى حكم تعسف الزوج في الامتناع عن المباشرة الجنسية، وهذا من خلال التطرق إلى موقف الفقه الإسلامي من ذلك (أ)، وبعدها نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية - أيضاً- من تعسف الزوج في الامتناع عن مباشرة زوجته (ب).

### أ- حكم تعسف الزوج في الامتناع عن المباشرة الجنسية

من حق الزوجة على زوجها أن يحسن معاشرتها، ويتجنب إلحاق الأذى والضرر بها، وعدم إيذائها بأفعاله وأقواله. ومن أوجه المعاشرة بالمعروف الرعاية الزوجية في المرض، ومشاركتها في العبادات، واسترضاءها ولو بالكذب، وكذا عدم تخوينها وطلب عثراتها -وسنأتي فيما بعد إلى تبيان مسألة تخوين الزوجة- وحتى مساعدتها في الأعباء المنزلية، والعدل في معاملتها وغيرها... وأيضاً من التصرفات القولية لحسن معاشرة الزوجة (التصريح لها بالحب، والتشجيع والثناء عليها، ومراعاة مشاعرها وهي حائض أو نفساء، وكذا اللعب معها وغيرها)<sup>1</sup>. ودليل وجوب معاشرة الزوجة بالمعروف قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>2</sup>، وقوله أيضاً: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾<sup>3</sup>. ومن السنة النبوية الشريفة عن ابن عباس -رضي الله عنهما- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي"<sup>4</sup>.

ومن هذا المنطلق، فعلى الزوج ألا يتعسف في الإضرار بزوجته، سواء بالقول أو بالفعل، ويعتبر حق الاستمتاع من التصرفات الفعلية التي تدخل في إطار المعاشرة الزوجية، والتي تعتبر من أهم مقاصد الزواج؛

<sup>1</sup> - وفاء بوكروشة، حق الزوجة في المعاشرة بالمعروف، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاجتماعية، ع.12، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، الشلف، الجزائر، جوان 2014، ص.2 وما يليها.

<sup>2</sup> - الآية 19 من سورة النساء.

<sup>3</sup> - الآية 21 من سورة الروم.

<sup>4</sup> - رواه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب المناكب، باب في فضل أزواج النبي، ج.6، رقم الحديث 3895، مرجع سابق، ص.192.

حيث تلزم كلا الطرفين الالتزام بها، لأنها تعتبر من الحقوق الثابتة لكل من الزوج والزوجة بغية قضاء الحاجة الجنسية التي أودعها الله تعالى في الإنسان؛ وذلك من أجل حفظ النوع البشري ودوام بقائه ووجوده؛ فحفظ النسل يعتبر من أهم مقاصد الشرع الخمسة في الخلق، وعلى الزوجين المحافظة على هذا المقصد الشرعي بالمساكنة الشرعية وحق الاستمتاع الذي تتطلبه العلاقة الجنسية، ولذلك شرع الله - سبحانه وتعالى - الزواج، الذي يعتبر الوسيلة الوحيدة والمثلى لتنظيم العلاقة الجنسية حتى يستطيع كل واحد منهما تحقيق هذه الرغبة وإشباعها بالطرق الشرعية السليمة دون شذوذ أو انحراف، بدليل قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَعْتَابِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾<sup>1</sup>. وبناء على ذلك، فحق الاستمتاع من الحقوق المشتركة بين الزوجين في الإسلام، فلو منع أحد الطرفين صاحبه من هذا الحق دون عذر شرعي، كان آثماً لما يسببه من ضرر منهي عنه، لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>.

ونافذة القول، إذا كان يتعين على الزوجة تلبية طلب زوجها إذا دعاها إلى ذلك، فإنه يجب على الزوج أيضاً تلبية رغبة زوجته إذا دعت إلى ذلك. وتطبيقاً لذلك، فإن امتناع الزوج عن معاشرته زوجته بأن ترك وقاعها قاصداً لإضرار أو إلحاق الأذى بها بالامتناع عن جماعها، وخشيت على نفسها الوقوع في الحرام برغبتها في ممارسة ما شرع من حل استمتاعها بزوجها، يكون الزوج حينها متعسفاً في استعمال حق المعاشرته الزوجية؛ لأنَّ امتناع الزوج عن وطء زوجته يعتبر ضرراً واقعاً بالزوجة، إذ أنَّ من مقاصد الزواج أن يشبع كل منهما رغبته من الآخر استجابة لداعية الفطرة والنسل. فالزوجة إنسانة لها ما للرجل من الحق في التمتع بلذة الحياة الجنسية وغيرها بطريقة مشروعة، بدليل قوله تعالى ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>3</sup>. وبجرمان الزوجة من حق الجماع بإرادة الزوج مباشرة أو تسبباً يكون للزوجة الخياران؛ إما تحمّل هذا الضرر أو رفع أمرها إلى القاضي بالمطالبة بإزالته؛ لأنَّ امتناع الزوج عن معاشرته زوجته يعتبر ظلماً لاحقاً بالزوجة، وتعسفاً في استعمال حق المعاشرته الزوجية، والتعسف ضرر، ورفع الظلم والضرر من اختصاص القاضي؛ لأنه منصب على رفع المظالم<sup>4</sup>.

وأشبه ما يقاس امتناع الزوج عن جماع زوجته أو ترك وقاعها الحجر أو الإيلاء؛ فالهجر هو ترك فراش الزوجة أو ترك بيت الزوجية، أو أن يولي الزوج ظهره ولا يجامع زوجته. أما الإيلاء هو حلف قربان الزوجة فيكون بذلك مولياً؛ فالأولى تكون بغرض تأديب الزوجة، وأما الثانية فيكون نتيجة يمين قطعه الزوج ألا يقارب زوجته، وكلاهما يأخذ نفس الحكم وهو عدم تجاوز أربعة أشهر، فإذا هجر الزوج زوجته فوق تلك المدة، أو آلى

<sup>1</sup> - الآيات 5-6-7 من سورة المؤمنون.

<sup>2</sup> - سبق تحريجه.

<sup>3</sup> - الآية 228 من سورة البقرة.

<sup>4</sup> - انظر. إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص.ص. 352-353. ومصطفى إبراهيم الزلي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ط. 1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، لسنة 2011، ص.ص. 182-183.

الزواج على زوجته ولم يفى بعد فوات أربعة أشهر، فإن ذلك يعتبر من قبيل التعسف في استعمال حق المعاشرة الزوجية، ويعتبر من قبيل تعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية هجره بيت الزوجية، أو امتناعه عن مضاجعة زوجته وترك وقاعها بدون نشوزها وبغير سبب مشروع.

وتأسيسا على ذلك، يرى المالكية والحنابلة أنّ من ترك وطء زوجته بدون عذر، وترتب عن ذلك ضرر للزوجة من ذلك الامتناع عن المباشرة، فلها الحق أن تطلب التطليق لذلك، ولو كان ترك الزوج للجماع بسبب تبتله وانقطاعه على العبادة، أو بسبب التعب في العمل أو غير ذلك. كما أنّ على القاضي أن ينظر الزوج مدة الإيلاء، فإذا لم يأتها أو يأتها بما لا يفي بالحق، أو يطلق، أو يطلق عليه الحاكم كما قال المالكية: "للقاضي أن يجتهد في التطليق للهجر دون ضرب الأجل". وقد قال هذا ابن فرحون؛ أنّ من الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه في الفراش عنها، وأضاف الدسوقي في حاشيته أنّ المهجر بلا موجب شرعي يعتبر من الضرر الذي يجيز للزوجة أن تطلب من خلاله التطليق؛ لأن المهجر بلا مسوغ شرعي من قبيل مما لا يجوز معه شرعا. وعليه، فإذا رفعت الزوجة دعواها وأقر الزوج بما تدعيه زوجته كونه لا يجامعها، فإنّ القاضي يأمر بجمعتها، ويضرب له أجلا بحسب اجتهاده، فإن رجع إلى معاشرتها والقيام بواجبه الزوجي تستمر الزوجية، وإلا حكم لها القاضي بالتطليق. وإذا تمكنت الزوجة من إثبات أنّ زوجها لا يجامعها، فلا تكلف حينئذ بإثبات تحقق الضرر من ذلك، بل يكفيها أن تدعي أنه لحقها من ترك جماع زوجها لها ضرر فتصدق بذلك<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للإيلاء الذي كان شائعا قبل الإسلام، والذي كان الزوج فيه يحلف ألا يعاشر زوجته معاشرة جنسية لمدة زمنية غير محددة، قاصدا من وراء ذلك إيذاءها والإضرار بها بالامتناع عن وطئها؛ حيث كان الزوج يعتمد على ذلك إما لكراهية ولادة زوجته البنات، أو كراهيته لها مع عدم الرغبة في إيقاع الطلاق بها لكي لا تتزوج غيره، أو حتى تموت عنده فيرثها. ناهيك عن أنّ اللجوء إلى الإيلاء كان مرتبطا في ذلك الوقت بتعدد الزوجات والجواري لدى الزوج، ومع مجيء الإسلام حدد للمولي مدة أربعة أشهر، فإن فاء خلال هذه المدة عاد إلى الحياة الزوجية وحنث في يمينه<sup>2</sup>، وإن امتنع عن مجامعة زوجته واستمر على ذلك حتى انتهت مدة أربعة

<sup>1</sup> - إبراهيم شمس الدين محمد بن فرحون العمري، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج.2، تحقيق: جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، لسنة 1423هـ - 2003م، ص.155. وشمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.1، مرجع سابق، ص.213. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية (دراسة فقهية مقارنة)، دار هومة، الجزائر، لسنة 2010، ص.327.

<sup>2</sup> - إن حنث في يمينه يجب عليه أن يكفر بما حلف، وذلك بحسب ما ألزم به نفسه؛ فإن كان قد حلف بالله أو بصفة من صفاته لزمته كفارة اليمين، وهي إطعام عشرة مساكين وكسوتهم، أو تحرير رقبة، فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام، وذلك بدليل ما أمر به سبحانه وتعالى في القرآن الكريم، لقوله تعالى: {لَا يُؤَاغِدُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاغِدُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ ۖ فَكْفَارُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ}. الآية 89 من سورة المائدة. انظر. الزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري -مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -بن عكنون-، لسنة 2002-2003. ص.107.



أشهر طلقت منه<sup>1</sup>، ودليل ذلك قوله تعالى ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرُصُّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾<sup>2</sup>.

ولقد اختلف الفقهاء في مدة الإيلاء التي يقع فيها الطلاق؛ فالحنفية يرون أن مجرد مضي المدة وهي أربعة أشهر يكون الطلاق بائنا، مستدلين في ذلك بأن الزوج بمنعها حقها فاستحق من الشرع أن تبين منه عند مضي هذه المدة<sup>3</sup>. بينما يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في قول لهم: "أنه لا يقع عليه طلاق بمجرد انقضاء مدة أربعة أشهر، بل لابد من تطليق الزوج أو التطليق من القاضي، ويكون الطلاق رجعياً"<sup>4</sup>، مستدلين بقوله تعالى ﴿فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾<sup>5</sup>. وعليه، يعتبر الزوج متعسفا إذا استعمل حقه في هجر زوجته بدون سبب مشروع، أو هجر زوجته لمدة متواصلة وبدون انقطاع حوالي أربعة أشهر أو أكثر، أو آلى على زوجته لمدة تزيد عن أربعة أشهر ولم يفئ خلال تلك المدة أو بعدها بيوم، فكل ذلك يعتبر من قبيل الامتناع عن المعاشرة الزوجية، مما يترتب ضرراً لاحقاً بالزوجة نتيجة خوفها من وقوعها في الحرام. وعليه، فحق الهجر أو الإيلاء هو حق مشروع إذا وجد سببه الشرعي<sup>6</sup>، لأن الحق وسيلة شرعية وجدت لتحقيق غاية شرعية معينة، فعلى الزوج ألا يستعمل حقه في الهجر أو الإيلاء في غير الغاية الشرعية؛ أي لتحقيق مقاصد أو مصلحة غير مشروعة، لأن باستعماله لهذا الحق وفق غير ما شرع لأجله يكون مناقضاً لقصد الشارع من تشريع حق الهجر، والذي يكون بغية التأديب وفق مدة معينة، أو حق الإيلاء وفق شروط معينة<sup>7</sup>، ومناقضة الشرع باطلة وما يؤدي إليها فهو باطل، وهذا هو المعنى الحقيقي للتعسف في استعمال حق الامتناع عن المعاشرة الزوجية<sup>8</sup>.

1- محمد الشافعي، مرجع سابق، ص.ص. 265-266.

2- الآيتان 226 من سورة البقرة.

3- موفق الدين بن قدامة، المغني، ج. 8، مرجع سابق، ص.ص. 542-543.

4- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ص. 1491.

5- الآيتان 226-227 من سورة البقرة.

6- وفي هذا قال الحنابلة أن ما وجب أدائه إذا حلف على تركه، وجب أدائه إذا لم يحلف على تركه كالنفقة وسائر الواجبات؛ لأن اليمين لا تجعل غير الواجب واجبا إذا حلف على تركه، ولأن وجوبه في الإيلاء لدفع حاجة المرأة وإزالة ضررها، وذلك لا يختلف بالإيلاء وعدمه. ضف إلى ذلك أن الإمساك بالمعروف لا يتحقق إلا بالوطء، على أنه إذا كان لعذر فلا بد من ضرب الأجل. انظر. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج. 3، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، لسنة 1051هـ، ص.ص. 189-190. المصري مبروك، مرجع سابق، ص. 328.

7- من شروط الإيلاء: أن يحلف الرجل بالله أو بصفة من صفاته، أن يحلف على مدة لا تقل عن أربعة أشهر، فإن قلت فلا يطالب بشيء بالاتفاق، أن يكون الرجل مؤهلاً وقت اليمين، فلو كان مجنوناً أو معتوها فلا إرادة له، وبالتالي فلا قصد ولا أثر، وأن تكون المرأة محلاً للطلاق؛ فمن آل من مطلقته طلاقاً بائناً لم يتحقق منه الإيلاء، وأما إن كانت مطلقة طلاقاً رجعياً كان مولياً؛ أي يجب أن تكون هناك علاقة زوجية حتى يتحقق الإيلاء. وهذه هي الشروط العامة للإيلاء عند جمهور الفقهاء غير الحنفية. انظر. اليزيد عيسات بلمامي، مرجع سابق، ص.ص. 106-107.

8- فتحي الدين، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 265.

## ب- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوج في الامتناع عن المباشرة

### الجنسية

سنشير في بداية هذه النقطة إلى موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوج في الامتناع عن المباشرة الجنسية (01)، وبعدها نتطرق إلى موقف التشريعات العربية من ذلك أيضا (02).

### 1- موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوج في الامتناع عن المباشرة الجنسية

تطرق المشرع الجزائري في المادة 36 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02-05 إلى وجوب المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، وحسن ما فعل المشرع حينما جعل هذا الحق مشتركا بين الزوجين؛ إذ يعتبر -طبقا لنفس النص- حقا وواجبا لكلا الطرفين الاستمتاع به والالتزام به في الوقت ذاته إذا دعاه صاحبه لممارسة هذا الحق استجابة لداعي الفطرة والنسل.

والجددير بالذكر أنّ المشرع الجزائري لم يفصل في مسألة المعاشرة بالمعروف من حيث الاستمتاع بين الزوجين، وإنما تطرق إلى هذا الحق -أي حسن المعاشرة- بصفة عامة، وترتبا لعمومية الفقرة لم يتعرض إلى مسألة امتناع الزوج عن المعاشرة الزوجية صراحة أيضا، وإنما أشار إليها في معرض الحديث عن حالات التطليق التي يجوز من خلالها للزوجة طلب التطليق، وتتمثل هذه الحالة في المجر في الموضع وفق نص المادة 53 ف 3 من القانون السالف الذكر، والتي جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ... الهجر في الموضع فوق أربعة أشهر". ويعتبر الهجر في الموضع من الأسباب الجوهرية التي تبيح للزوجة طلب التطليق؛ وذلك لما لحقها من ضرر نتيجة امتناع الزوج عن معاشرتها، وتطبيقا لذلك يكون المشرع قد أخذ برأي المالكية والحنابلة في جواز التفريق للهجر، خاصة إذا كانت بدون سبب مشروع؛ وذلك تأسيسا على المدة التي حددها كحد أدنى للهجر -والتي هي أكثر من أربعة أشهر- لكي تتمكن الزوجة من خلالها طلب التطليق.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يذكر لفظ الإيلاء في نص المادة السالفة الذكر، ولم يتعرض مباشرة لأحكامها، رغم تطابق معظم أحكام هذه الأخيرة مع أحكام المجر، وربما يدل ذلك على قصد الشارع من تخصيص نفس الحكم الذي طبقه على المجر لتطبيقه على الإيلاء<sup>1</sup>، فهذا الأخير يكون بهدف الإضرار بالزوجة وليس لسبب ما، ويكون ذلك بخلفان عدم قربانها لمدة أربعة أشهر، وأما المجر ربما يكون بغية تأديب الزوجة نتيجة نشوزها وإعراضها عن طاعة زوجها، غير أنه إذا تفحصنا جيدا في نصوص قانون الأسرة، نجد المشرع قد ألغى نص المادة 39 من ذات القانون، بموجب ذلك الأمر الذي كان يجيز للزوج استعمال حقه في القوامة، ومن ثم تأديب الناشز عند نشوزها عن بيت الزوجية أو إعراضها عن طاعة زوجها، فيكون المشرع -وفق هذا التعديل لقانون الأسرة الذي ألغى بموجبه نص المادة 39- قد اعتبر المجر غير مشروع في جميع

<sup>1</sup> - آيت شاولي دليلا، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية-، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، لسنة 2014، ص. 193.

الحالات، حتى وإن استعمل الزوج حقه في الهجر بطريقة شرعية بغية تأديب الزوجة، وتطبيقا لما سبق ذكره، يجوز للزوجة طلب التطليق إذا توفر شرط مدة الهجر فوق أربعة أشهر.

والملاحظ في نص المادة 53 ف 3 أنّ المشرع أجاز للزوجة طلب التطليق إذا استمر الهجر لأكثر من أربعة أشهر، ولم يحدده بأربعة أشهر فقط، وباعتبار أنّ المشرع اعتبر الإيلاء من حيث الحكم هو نفسه الهجر، من هذا المنطلق يكون المشرع قد سلك مسلك جمهور الفقهاء في عدم وقوع الطلاق بمجرد انقضاء المدة، وإنما يعطي القاضي فرصة للزوج لكي يفيء من قرار الهجر وإلا طلق عليه، وهو عكس ما ذهب إليه الحنفية<sup>1</sup>.

وعلى المستوى القضائي نجد ندرة غريبة في مسألة التطبيقات القضائية في مجال الهجر -ربما راجع ذلك لحياء المرأة من عدم رفع مثل هكذا دعاوى بالرغم من أنّ ذلك يعتبر حقاً أصيلاً من حقوقها، وواجباً يلتزم الزوج بأدائه إحصائياً لزوجته- ومع ذلك يمكن أن نستشف من بعض القرارات القضائية تلميحا ولو بطريق التعريض لمسألة الهجر، ومن بين تلك القرارات الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16/03/1999 الذي قضى فيه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز تطليق الزوجة بكل ضرر معتبر شرعاً، ومتى تبين -في قضية الحال- أنّ الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة، ولم يقيم بإتمام الزواج بالبناء بها، فإنّ الزوجة تضررت خلال هذه المدة مادياً ومعنوياً، مما يثبت تضررها شرعاً طبقاً لأحكام المادة 53 من ق. أ. وعليه، فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة، وإلغاء عقد الزواج، وحكمهم بالتعويض على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون"<sup>2</sup>.

والملاحظ لهذا القانون يجد أنّ قضاة القانون -في القرار السابق- قد أقرّوا بأنّ عدم الإسراع في البناء بالزوجة فيه ضرر عليها، مشيرين من خلال ذلك -تعريضاً- إلى مسألة الهجر؛ لأنّ الزوج هنا تقاعس عن تحصيلها، فهي زوجته شرعاً وقانوناً<sup>3</sup>. كما تطرقت المحكمة العليا أيضاً إلى مسألة هجر الزوجة لمدة تفوق سنة بموجب القرار الصادر عنها بتاريخ 11 فيفري 2009، الذي قضت فيه: "يعد الهجر في المضجع في حالة تعدد الزوجات دليلاً على انعدام نية العدل، يبرر طلب الزوجة المتضررة التطليق". وتتلخص وقائع قضية هذه الدعوى في كون أنّ الطاعن تزوج ثانية بدون علم المدعية التي تضررت من زواجه الثاني؛ حيث لم يعدل بين الزوجتين فهجر المطعون ضدها في المضجع لمدة تفوق السنة، وهو ما اعتبرته المحكمة من جملة الأضرار المعتبرة شرعاً طبقاً للمادة 63 ف 10 من قانون الأسرة<sup>4</sup>.

1- آيت شاوش دليلاً، مرجع سابق، ص.ص. 193-194.

2- قرار صادر عن المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 16/03/1999، م.ق، ع.خ، ص. 122.

3- ظاهرة الضرر الذي يقع على الزوجة التي يطول بها الأمد قبل الدخول، فالواقع يثبت أنّ الرجل والمرأة كلاهما يحسان بعد الخطبة -وخاصة بعد عقد القرآن- برغبة شديدة في الزواج، وباشتياق كل منهما لصاحبه؛ وذلك استجابة لداعية الفطرة، خاصة وأنهما قد حصنا هذا الحب بسياج الزواج الشرعي. وتطبيقاً لذلك، يكون الإحساس بالحاجة البيولوجية التي كانت كامنة فيهما أكثر، وهذا الأمر يولد الاضطراب النفسي إذا طالت المدة قبل الدخول، والذي يتحقق به الاستقرار النفسي والبدني. انظر. آيت شاوش دليلاً، المرجع نفسه، ص.ص. 193-194.

4- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 11/02/2009، ملف رقم 480246، م.م.ع، ع.01، لسنة 2009، ص.ص. 281-282.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أنّ دعوى الهجر تعتبر من أصعب الدعاوى التي يتعسر فيها الإثبات؛ لتعلقها بالحياة الزوجية أو الأسرار الكامنة في الأسرة، مع صعوبة إيجاد شهود على تلك الواقعة، إلا إذا تعلق الهجر بترك الزوج لمسكن الزوجية؛ لأنّ إثبات الهجر هنا يكون أسهل، خاصة وإذا توفرت القرائن، وأقيمت الدلائل على إدانة الزوج بحكم جزائي نتيجة الإهمال العائلي<sup>1</sup>، وهذا تطبيقا لما جاء في حيثيات القرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/09، والذي قضى فيه: "حيث إذا لم تستطع الطاعنة إثبات إساءة زوجها لها أمام المحكمة الأولى وأمام المجلس القضائي، فإنه يوجد في ملف الدعوى حكم جزائي صدر يوم 1984/11/05 من محكمة ورقلة، قضى غيابيا على المطعون ضده بسنة حبسا نافذا بسبب تهمة الإهمال العائلي نحو الطاعنة.."<sup>2</sup>، ويعتبر هذا الحكم دليلا ماديا على وقوع ضرر الهجر، ضف إلى أنه -وتخفيفا على الزوجة في هذه الحالة- كان لا بد من قبول شهادة السماع في إثبات واقعة الهجر والضرر بوجه عام، لاسيما وإذا اشتهر الزوج بين الناس بهجرانه لزوجته<sup>3</sup>.

وتطبيقا لما سلف ذكره، يمكن إنجاز الشروط التي تتمكن من خلالها الزوجة من رفع قضية التطليق للهجر، أو تأسيس دعاها بتعسف زوجها في الامتناع عن المباشرة الجنسية، وهي كالتالي<sup>4</sup>:

- هجر الزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية، والإعراض عنها وعدم قربانها، والامتناع عن جماعها.
- أن يكون هذا الهجر عمديا ومقصودا لذاته، وليس له ما يبرره من الناحية الشرعية والقانونية.
- أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر متتالية؛ أي لا يكون هناك أي اتصال بينهما خلال تلك المدة.

وتأسيسا لما سبق ذكره، فإنّ الزوج يعتبر متعسفا في الامتناع عن معاشرته زوجته أو عن ترك وقاعها، إذا هجرها لمدة تزيد عن أربعة أشهر، تاركا فراش الزوجية بدون مسوغ شرعي. وتطبيقا لذلك، أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطليق مع التعويض لما لحقها من ضرر نتيجة هجر الزوج لها، والامتناع عن معاشرتها دون وجه حق لمدة تزيد عن أربعة أشهر متتالية، وهذا طبقا لنص المادة 53 مكرر التي جاء فيها: "يجوز للقاضي -في حالة الحكم بالتطليق- أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". كما يعتبر ضررًا لاحقًا بالزوجة، ويحق لها المطالبة بالتعويض عنه إذا تم الزواج وعزف الزوج أو تأخر في الدخول بزوجته؛ حيث جاء في قرار قضائي صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/04/23 على أنه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا إلى ضرر معتبر شرعا؛ ولما ثبت -في قضية الحال- أنّ القضية تتعلق

1- شاوش دليمة، مرجع سابق، ص. 194.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1984/11/09، إ.ق، م.ق، ع.3، لسنة 1989.

3- شاوش دليمة، مرجع سابق، ص 194.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، لسنة 1994، ص. 289.

بزواج تام الأركان، إلا أنّ الزوج تأخر عن الدخول بزواجه لمدة خمس (05) سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفاً في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها<sup>1</sup>.

وتطبيقاً لهذا القرار القضائي، يكون المشرع الجزائري قد أجاز للزوجة المدخول بها، وغير المدخول بها، والتي تعنت زوجها في الامتناع عن ممارسة حق المعاشرة الجنسية - مما يعتبر بذلك ضرراً لاحقاً بالزوجة لحرمانها من مقاصد الزواج، ومن التمتع بالعلاقة الزوجية بما فيها العلاقة الجنسية - فيكون لها أن تسبب في دعاها بأنه قد لحقها ضرر معتبر يستحيل معه مواصلة الحياة الزوجية، وقد تضررت من ذلك.

## 2- موقف التشريعات العربية من تعسف الزوج في الامتناع عن المباشرة الجنسية

أشار المشرع المغربي إلى حل الاستمتاع بين الزوجين من خلال المساكنة الشرعية، وهذا طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 51 من مدونة الأسرة، التي جاء فيها: "الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين: ... المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معايشة زوجية، وعدل وتسوية عند التعدد، وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل"، وأضافت الفقرة الثانية أيضاً: "المعايشة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، والحفاظ على مصلحة الأسرة". ومن هذا السياق يتضح أنّ المشرع المغربي جعل حق الاستمتاع بين الزوجين من خلال المساكنة الشرعية مشتركاً بين الرجل والمرأة، وحسن ما فعل في ذلك؛ لأنه من أهم الواجبات والحقوق الملقاة على كاهل الرجل والمرأة، والتي تبيح لهما - في نفس الوقت - الاستمتاع على حد سواء<sup>2</sup>. وعليه، فيجب على الزوجة أن تستجيب لزوجها إذا دعاها إلى الجماع، وعلى الزوج - هو الآخر - ألا يمتنع عن معاشرتها إذا رغبت في ذلك، فهل إذا حدث وامتنع الزوج عن معايشة زوجته يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق طبقاً لمدونة الأسرة؟

باستقراءنا لنصوص مدونة الأسرة، نجد المشرع المغربي لم يتطرق إلى مسألة امتناع الزوج عن معايشة زوجته صراحة، وإنما تكلم عن ذلك في معرض الحديث عن الإيلاء والهجر. وتطبيقاً لذلك، يكون المشرع المغربي قد حدا حدو المشرع الجزائري بجعل امتناع الزوج عن معايشة زوجته حالة من حالات الهجر في المضجع.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أنّ المشرع المغربي قد حدد - وبوضوح - موضوع التفريق بسبب الإيلاء والهجر؛ حيث نصّ في المادة 112 من المدونة على أنه: "إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفى بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة". يتضح من سياق المادة أنّ المشرع قد حسم الأمر في مسألة الإيلاء والهجر، وذلك حتى لا تختلف التفسيرات حول ما إذا كان الأمر يتعلق بالإيلاء نفسه؛ والمتمثل في الحلف على عدم قربان الزوجة، أو أنّ الأمر يتعلق بالهجر دون شرط

1- المحكمة العليا، ع.أ.ش، بتاريخ 1996/04/23، م.ق، قرار رقم 135435، ع.1، الصادر لسنة 1998، ص.129.

2- إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص.353.

اليمين، فجمع بينهما وأعطى للزوجة الحق -في كلتا الحالتين- في أن ترفع أمرها إلى القاضي، والذي يؤجله أربعة أشهر، فإن لم يعدل عن قراره أو يفىء عن إيلائه بعد مرور أربعة أشهر طلقها القاضي مباشرة<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي من خلال نص المادة السالفة الذكر بمهل الزوج -وفي جميع الأحوال- أربعة أشهر بعد رفع الدعوى، وبعدها يطلقها عليه إذا لم يفىء أو يعدل عن موقفه، كما أنّ عبارة "إذا لم يعدل عن موقفه" إشارة إلى أنّ الزوج قد يفىء بعد انقضاء المدة، فيمكن له بذلك مواصلة الحياة الزوجية، المهم في ذلك أن يعلن رجوعه أمام القاضي وإلا طلقها عليه<sup>2</sup>.

وتطبيقا لما سبق ذكره، يتضح أنّ المشرع قد أخذ برأي المالكية في جواز التفريق للهجر، كما أخذ برأي الجمهور -وبخدافيه- في مسألة إمهال الزوج -بعد فوات أجل أربعة أشهر- الرجوع إلى زوجته واستمرار الحياة الزوجية بينهما. وتأسيسا على ذلك، يجوز للزوجة إذا تعسف زوجها بالامتناع عن معاشرتها وترك وطئها أن ترفع أمرها إلى القاضي، الذي سيؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفىء بعد ذلك طلقت عليه.

وعلى المستوى القضائي، نجد أنّ المجلس الأعلى قضى بأحقية الزوجة في المطالبة بالتطليق لما لحقها من ضرر بسبب امتناع الزوج عن المباشرة الجنسية، وبالتالي إخلاله بواجبه الزوجي؛ حيث جاء في قرار قضائي صادر عنها بتاريخ 2000/10/18 على أن: "بقاء الزوجة بكرا لمدة سنوات وهي في بيت الزوجية مع زوجها، وفي فراش واحد، يعتبر من قبيل الضرر المبرر للتطليق، والذي أدى إلى خلاف مستحکم بين الزوجين، وإقامة عدة دعاوى وشكاوى ضد بعضهما البعض"<sup>3</sup>.

ولقد جاء في قرار استئنائي صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 25 أفريل 1995: "إنّ لإقرار الزوج بعدم معاشرته لزوجته منذ سبع (07) سنوات ... هو ضرر لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين، وإنّ الضرر هو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي ... ولو كان الضرر مرة واحدة فإنّ الزوجة تثبت لها -إن شاءت- أن تطلق طلقة واحدة بئنة، ومن الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه عنها ..."<sup>4</sup>. كما قضت محكمة الاستئناف بالقنيطرة أيضا بتاريخ 2001/02/07، بأحقية الزوجة في طلب التطليق بسبب حرمانها من المباشرة الجنسية من قبل زوجها وكان هو المسؤول عن ذلك؛ حيث جاء في حيثيات القرار: "إذا كانت العلاقة الزوجية يعود تاريخها إلى سنة 1996، والزوجة غير مدخول بها وغير راضية بزواجها، فإنّ الإبقاء على هذه الحالة يشكل ضررا على الطاعنة؛ لأنّها محرومة من المباشرة الشرعية مع زوج ترتضيه. والحال أنّها مقيمة بإيطاليا كعاملة، وتملك سكنا هناك، في حين أنّ الزوج مقيم بالمغرب ولا يملك حق الإقامة بإيطاليا،

<sup>1</sup>- آيت شاولس دليلة، مرجع سابق، ص.190.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص.ص.190-191.

<sup>3</sup>- المجلس الأعلى، قرار قضائي بتاريخ 2000/10/18، ملف رقم 99396، مجلس القضاء الأعلى، ع.57-58، صادر بتاريخ 2001، ص.161.

<sup>4</sup>- محكمة الاستئناف بمراكش، قرار استئنائي بتاريخ 1995/04/25، ملف عدد 933362، مجلة المحامي، ع.28، ص.261 وما يليها.

وحيث أنه تأسيسا على ذلك وعملا بقوله تعالى ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾، وقوله تعالى: ﴿فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾، وبقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وقاعدة "الضرر يزال"، فإنه من العدالة القول بأنّ المعاشرة الزوجية مستحيلة بين الطرفين<sup>1</sup>. ومن هذا المنطلق أمكن القول أنّ المشرع المغربي - من خلال نصوصه وتطبيقاته القضائية - أجاز للزوجة المتضررة من تعسف الزوج في الامتناع عن المباشرة الجنسية أن ترفع أمرها إلى القاضي ليطلقها منه إذا ثبت ادعاؤها، وتبين تعنت الزوج في امتناعه عن أداء واجبه الزوجي، وكانت قد أمهلتها المحكمة مدة أربعة أشهر أو أكثر ليفيء من إيلائه، وبعدها طلقها المحكمة عليه طلاقة بائنة وفق ما جاء به المذهب الملكي.

أما بالنسبة للمشرع التونسي، نجد أنه قد أشار إلى حسن المعاشرة في الفقرة الأولى من الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، التي جاء فيها: "كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف، ويحسن عشرته، ويتجنب إلحاق الضرر به". وعليه، يتضح من نص المادة أنّ المشرع التونسي حذا حذو المشرع الجزائري والمشرع المغربي بجعل المعاشرة بالمعروف - أو حسن المعاشرة - من الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين، كما أضاف المشرع التونسي في نفس المادة أنه على الزوجين أن يتجنبوا إلحاق الضرر ببعضهما البعض. ومن هذا المنطلق، فعلى الزوج أن يحسن عشرة زوجته ولا يمتنع عن معاشرتها إذا دعت؛ لأنه بامتناعه يكون قد سبب لها ضرراً. وتطبيقاً لذلك، فإنّ إعراض الزوج عن مباشرة زوجته بصفة طبيعية دون عذر مقبول يعد إخلالاً بهذا الالتزام، مما يعطي للزوجة حرية الخيار بين البقاء أو المطالبة بالطلاق على أساس الضرر.

أما بالنسبة للهجر، فلم يتطرق المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية إلى هاته المسألة ولا إلى مسألة الإيلاء على الرغم من أهميتها على أرض الواقع، وهو ما يدعو إلى إحالتها أو إدراجها ضمن الطلاق للضرر، المنصوص عليه في الفقرة الثانية من الفصل 31 من نفس المجلة؛ لكونها تصرفات ضارة بالزوجة وجب إزالتها من خلال رفع دعوى الطلاق بموجب الضرر<sup>2</sup>.

وعلى المستوى القضائي، نجد فقه القضاء زاحر بإخلال الزوجة بواجب المساكنة الشرعية، إلا أنّ هذه الأخيرة قلّ ما نجدها من جانب الزوج؛ فنادراً ما ترفع الزوجة قضية ضد زوجها بالطلاق للضرر بسبب عدم المساكنة الشرعية، وهو ما يثبت أنّ الزوجة غالباً ما تتخلى عن حريتها في طلب التطلق للهجر في المضجع<sup>3</sup>، ومن الأحكام القضائية التي حيثت إخلال الزوج بواجب المساكنة الشرعية، نجد القرار الاستثنائي الصادر عن محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 30 أبريل 1997، الذي قضت فيه: "اقتضت الفقرة الثانية من الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، وبعد تنقيحها بالقانون عدد 74 لسنة 1999، بأنه على الزوجين أن يقوموا بواجباتهما الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة، مجلة الأحوال الشخصية باعتبارها فائتة بأحكام الشريعة

<sup>1</sup> - محكمة الاستئناف بالقنيطرة، قرار استثنائي بتاريخ 2001/02/07. مقتبس عن خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.ص. 479-480.

<sup>2</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 578.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص.ص. 578-579.

الإسلامية، لن يكون تفسير الفقرة الأخيرة في الفصل 23 المذكور؛ بحيث أنّ إعراض الزوج عن مباشرة زوجته لعدة أشهر مستمرة وإهمال حاجتها إلى المعاشرة المرتقبة بسبب الشذوذ الجنسي، وغياب الرغبة لديه في الاتصال بها جنسيا بصفة طبيعية؛ أي الإيلاج والإنعاط بالموطئ الطبيعي يلحق مضرة بالزوجة. وعليه، كان لقيام الزوجة بطلب الطلاق من الزوج للضرر من أجل ما ذكر قائما في الواقع والقانون؛ وهو الإمساك عن وطئها واجتنابها في تحقيق اللذة الجنسية دون عذر مقبول<sup>1</sup>.

يستشف من هذا القرار أنّ إعراض الزوج عن مباشرة زوجته لعدة شهور هو ضرر لاحق بالزوجة، مما يخولها الحرية في طلب الطلاق على أساس الفقرة الثانية من الفصل 31 من المجلة. كما جاء في قرار تعقيبي صار عن محكمة التعقيب بتاريخ 13 ماي 1997، على أنه يحق للزوجة طلب الطلاق للضرر لعدم معاشرتها والإنفاق عليها؛ حيث جاء في حيثيات القرار: "من واجبات الزوج معاشرته زوجته وتجنب كل ما من شأنه أن يضر بها، وأن ينفق عليها وفق الفصلين 23 و 38 من مجلة الأحوال الشخصية؛ إنّ عدم معاشرته الزوجة والإصرار على عدم الإنفاق عليها... كان لوحده كسند مبرر للطلاق للضرر بصرف النظر عن مآل الحكم الجزائي، والذي يعول عليه وفقا للفصل 443 من المجلة"<sup>2</sup>. كما أجازت أيضا محكمة الاستئناف في حكم استئنافي صادر عنها بتاريخ 1971/07/22 للزوجة بأن تتمسك بحريتها في طلب التخليق للضرر؛ وذلك بسبب تعود الزوج عن التخلف عن بيت الزوجية وقضاء ليلاليه بالملاهي، مما يعتبر هجرا لبيت الزوجية وحتى المعاشره الجنسية - وهذا بنية الإضرار بالزوجة-، وترتبا لذلك يعد إخلالا بالتزاماته الزوجية؛ حيث جاء في منطوق القرار بأنّ "... تعود الزوج التخلف عن بيت الزوجية، وقضاء ليلاليه بالملاهي دون مصاحبة الزوجة يشكل إخلالا بحسن معاملتها، ويخولها الاستناد إليه للمطالبة بالطلاق، عملا بالفقرة الأولى من الفصل 31 من المجلة المذكورة"<sup>3</sup>.

وجاء أيضا في قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 1990/06/27، بأنّ امتناع الزوج عن الدخول بزوجه ومعاشرتها يعتبر ضررا لاحقا بها، مما يجيز لها المطالبة بالطلاق؛ حيث جاء في حيثية القرار أنّ: "بقاء امرأة عذراء أكثر من سنة من تاريخ الدخول بها يمثل ضررا لاحقا بها تسبب فيه زوجها؛ المسؤول الوحيد عن إتمام هذا الواجب المحمول عليه مادام لم يثبت سببا مشروعاً منعه من ذلك؛ إنّ هذا الواجب محمول على الزوج لكونه يدخل في نطاق واجباته الزوجية العامة والأكيدة والمقصودة مباشرة، بما هو المذكور في أحكام الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية. وتفريعا عن ذلك، تكون دعوى الطلاق للضرر

1- محكمة الاستئناف بسوسة، قرار استئنافي مدني بتاريخ 1997/04/30، ع. 2876. مقتبس عن ساسي بن حليمة، مرجع سابق، ص. 275 وما يليها.

2- محكمة التعقيب التونسية، قرار تعقيبي مدني بتاريخ 1997/05/13، ع. 56563، ن.م.ت، لسنة 1997، ص. 319.

3- محكمة الاستئناف بتونس، حكم مدني استئنافي بتاريخ 1971/07/22، ع. 30676، م.ق.ت، ع. 4-5، صادر لسنة 1972، ص. 54.



التي قامت بها الزوجة بسبب بقاءها على الحال الآنف ذكره رغم مرور أكثر من سنة من تاريخ الدخول بها، دعوى مبررة مما يتجه القضاء مجدداً لتطبيقها"<sup>1</sup>.

ومن هذا المنطلق، أمكن القول أنّ تعسف الزوج في الامتناع عن المعاشرة الجنسية يشكل ضرراً لاحقاً بالزوجة يميز لها طلب التطلق<sup>2</sup>، وما يجدر التنويه إليه هو مدة الأشهر الواجب انتظارها، والتي تميز للزوجة - بعد تلك المدة - المطالبة بالتطلق، إذ لم يتعرض لها لا المشرع التونسي ولا الاجتهادات القضائية، تاركة أمر تقديرها للسلطة التقديرية للقاضي، الذي يستعين في تقديرها - في ظل غياب النص القانوني - بما جاءت به الشريعة الإسلامية.

وبالرجوع إلى المشرع المصري، نجد أنه قد اعتبر - من خلال المحاكم المصرية - امتناع الزوج عن معاشرة زوجته من الأضرار الموجبة للتفريق؛ حيث جاء في أحكام محكمة النقض المصرية: أنّ الأفعال الموجبة للتفريق هي قطع كلامه عنها، وهجر فراشها مدة طويلة، المهجر ضراراً، وكما يكون بعد الدخول وقبله<sup>3</sup>. وما يلاحظ على المشرع المصري أنه لم يفرد مادة قانونية مستقلة خاصة بالمهجر أو الإيلاء، وإنما اعتبر المهجر من بين الضرر الذي قد يقع على الزوجة من طرف الزوج، والذي نص عليه في المادة 6 من القانون رقم (25) لسنة 1929.

ومن اجتهادات محكمة النقض المصرية أنّ من أنواع الضرر الموجبة للتفريق: ثبوت واقعة هجر الزوج زوجته في الفراش، والتي تكفي وحدها للحكم بالتفريق، كما اعتبرت غيبة الزوج عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد صورة من صور المهجر المحقق للضرر، والمهجر يعتبر أهم أنواع الضرر الموجه للتفريق، ضف إلى ذلك نجد أنها قد اعتبرت تراخي الزوج - عمداً - في الدخول بزوجه والاستقرار في حياة زوجية لعدة سنوات ضرب من ضروب الضرر، إذا كان السبب راجعاً إليه وصنفه ضمن المهجر<sup>4</sup>.

وعليه، يستشف من خلال ما سبق ذكره أنّ المشرع المصري لم يتعرض إلى مسألة المهجر صراحة، وإنما جعله نوعاً من أنواع الضرر المعترف شرعاً والموجب للتطلق، ضف إلى أنّ المشرع لم يتطرق إلى شروط الإيلاء التي سلف ذكرها. ومع ذلك، وبالرغم من سكوت المشرع المصري عن التصريح أو التعريض لمسألة المهجر، نجد

1- محكمة الاستئناف بسوسة، قرار استئنائي بتاريخ 1990/06/27، ع. 1380، م. ق. ت، ع. 1، صادر لسنة 1994، ص. 123.  
2- جاء في قرار تعقيبي على أنه: "حيث ثبت بصورة قاطعة من الاختبار المأذون بإجرائه في القضية، بقاء الطاعة عذراء بعد مدة من الدخول بها، مما يؤكد عدم قيام المعقب ضده نحوها بواجبه الجنسي كزوج عادي، وسواء كان ذلك الامتناع منه إرادياً بعد الرغبة في الاتصال بزوجه، أو غير إرادياً بسبب عجزه الخلقي، أو بسبب أي نوع من الأمراض، فإنّ ذلك يشكل ضرراً في جانب الزوجة لا جدال فيه بخولها طلب الطلاق للضرر". انظر. قرار تعقيبي مدني صادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 2004/10/01، ع. 2523، ن. م. ت، ج. 2، صادر لسنة 2009، ص. 476-477.  
3- انظر. عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة بالشرائع السماوية وقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية -، ط. 2، دار الفكر، د. ب. ن، سنة 1968، ص. 782 وما يليها.  
4- طعن رقم 65 سنة 52 ق، جلسة بتاريخ 1984/06/26. وطعن رقم 45 سنة 54 ق، جلسة بتاريخ 1985/03/12. مقتبس عن آيت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص. 186.

المحاكم المصرية قد صرحت بذلك، واعتبرت المهجر من الأضرار المبررة شرعا للتطليق، كما أوضحت بأن امتناع الزوج عن التقرب من زوجته والامتناع عن معاشرتها -سواءً بهجر فراشها مدة طويلة، أو ترك التكلم معها، أو التأخر في الدخول بها- من الأفعال الموجبة للتفريق. وتطبيقاً لذلك، يكون المشرع المصري قد أخذ برأي المالكية في مسألة جواز التفريق للمهجر.

أما بالنسبة للمشرع الأردني، نجد أنه قد تطرق إلى حسن المعاشرة وجعله -هو الآخر- حقاً مشتركاً لكل من الزوجين؛ حيث جاء في المادة 77 من قانون الأحوال الشخصية: "على كل واحد من الزوجين أن يحسن معاشرة الآخر، ومعاملته بالمعروف، وإحصان كل منهما للآخر، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، والحفاظ على مصلحة الأسرة". يتضح من سياق المادة أنّ حسن المعاشرة يعتبر من الحقوق والواجبات المشتركة والمتبادلة بين الزوجين، وتطبيقاً لذلك، فإذا امتنع الزوج عن معاشرة زوجته، وأثبتت الزوجة امتناعه عن قربانها في بيت الزوجية مدة سنة فأكثر، ورفعت أمرها إلى القاضي مطالبة فسخ عقد زواجها منه، أجله القاضي مدة لا تقل عن شهر ليفيء من إيلائه، ويعدل عن امتناعه من قربانها، أو يطلقها، فإن لم يستجب لما أمر به القاضي ولم يبد عذراً مقبولاً فرّق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما، وهذا طبقاً لصن المادة 122 من نفس القانون<sup>1</sup>.

يتضح من خلال ما سبق ذكره، أنّ المشرع الأردني جعل امتناع الزوج عن معاشرة زوجته من حالات المهجر في المضجع التي تستوجب التفريق. وتطبيقاً لذلك، يكون المشرع قد سلك مسلك المالكية بقولهم بجواز التفريق للمهجر في المضجع، وذلك بعد إمهال القاضي الزوج مدة شهر ليعود أو يطلقها، فإن لم يستجب الزوج لما أمر به القاضي طلقت عليه.

أما بالنسبة للإيلاء الذي يعتبر -من حيث بعض الأحكام- بمثابة هجر، فقد نصّ عليه المشرع في الفقرة الأولى من المادة 123 من نفس القانون، التي جاء فيها: "إذا حلف الزوج على ما يفيد ترك وطء زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر أو تحديد مدة، واستمر على يمينه حتى مضت مدة أربعة أشهر، طلق عليه القاضي طلاقاً رجعية بطلبها". وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة: "إذا استعد الزوج للفيء قبل التطليق أجله القاضي مدة لا تزيد عن شهر، فإن لم يفئ طلق عليه طلاقاً رجعية ما لم تكن مكتملة للثلاث". كما أضاف المشرع في الفقرة ج من ذات المادة: "يشترط لصحة الرجعة في التطليق للإيلاء أن تكون بالفيء فعلاً أثناء العدة إلا أن يوجد عذر فتصح بالقول".

ويستشف من سياق هاته الفقرات أنّ المشرع الأردني أخذ برأي الجمهور في مسألة إمهال الزوج مدة شهر -بعد فوات أربعة أشهر- ليفيء من إيلائه وإلا طلقت عليه، كما سار المشرع ما سار إليه الجمهور في

<sup>1</sup> - نصت المادة 122 من قانون الأحوال الشخصية الأردني: "إذا أثبتت الزوجة هجر زوجها لها وامتناعه عن قربانها في بيت الزوجية مدة سنة فأكثر، وطلبت فسخ عقد زواجها منه، أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ليفيء إليها أو يطلقها، فإن لم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً، فرّق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما".

اعتبار الطلاق الذي يوقعه القاضي - إذا لم يفئ الزوج من إبلائه أو يعدل عن امتناعه عن مضاجعة زوجته - طلاقاً رجعياً.

وبالرجوع إلى المشرع العراقي، نجد أنه لم يتطرق إلى مسألة المعاشرة بالمعروف ضمن قانون الأحوال الشخصية، أما بالنسبة لامتناع الزوج عن معاشرة زوجته، فيبدو أنّ المشرع لم يتعرض إلى هاته المسألة صراحة مثله مثل بقية التشريعات، وإنما تطرق إلى كلمة الهجر دون تحديد مقصودها إن كان المراد بها الهجر في المضجع، وحسن ما فعل المشرع في ذلك؛ لأنّ ذكره كلمة "هجر" دون تحديد تحمل أكثر من معنى، وأهم معنى يمكن أن تحمله أيضاً هو العيية، وهذا تطبيقاً لنص المادة 43 أولاً الفقرة الثانية: "للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية: إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع، وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه". يستشف من نص المادة أنّ هجر الزوجة، والامتناع عن مضاجعتها، والبعد عنها - سواء كان حاضراً أم غائباً - يعتبر أكبر علة جوهرية في هذا الضرر، وإذا تمعنا في لفظة "الهجر" في نص المادة، فإنّ هذا المعنى هو الأقرب والمتداول والمطابق للتعبير القرآني بأنّ الهجر المراد به هو الهجر في الفراش أو الهجر في المضجع.

وما يلاحظ على المشرع العراقي أنه أصاب وهو يجمع أكثر من حالة في الهجر؛ لأنّ العلة من التفريق للفقدان أو التفريق للغياب، والتفريق للحبس هو بعد الزوج عن زوجته، وأكبر ضرر يمكن أن تتعرض له الزوجة بهذا البعد هو هجرها في المضجع أو في الفراش<sup>1</sup>، فيكون المشرع قد جمع بين العيية والهجر لاشتراكهما في العلة<sup>2</sup>. وهو عكس ما ذهب إليه المشرع الجزائري؛ الذي ذكر العيية شكلاً لكنه أفرغها من محتواها.

وأكثر تطبيق يؤكد موقف المشرع العراقي من اعتبار الهجر المنصوص عليه في المادة 43 هو نفسه الهجر في المضجع أيضاً أحكام القضاء العراقي، التي جاء بها حكم صادر عن محكمة الكاظمية بتاريخ 2006/09/03، الذي قضى فيه: "حيث ادعت بأنّ المدعى عليه ... قد هجرها منذ أكثر من ثلاث سنوات ... وبما أنّ النص القانوني لم يوضح ما هو الهجر، فإنّ الشريعة الإسلامية قد تصدت لذلك، وبينت بأنّ الهجر يقصد به هجر الزوجة في الفراش ... ومما تقدم وبالطلب، قرر الحكم بالتفريق القضائي بين المدعى عليه والمدعية، واعتباره طلاقاً بائناً بينونة صغرى"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - كان عمر بن عبد العزيز عندما يغاضب بعض نساءه، فإذا كانت ليلتها بات عندها ولم يبيت عند غيرها ولكن من غير أن يكلمها أو ينظر إليها. انظر. أميرة محمد مغازي، الممارسات الضارة وأثرها على العلاقة الزوجية - دراسة فقهية مقارنة -، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، لسنة 2008، ص.ص. 343-344.

<sup>2</sup> - آيت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص. 189.

<sup>3</sup> - حكم قضائي صادر عن محكمة الكاظمية بالعراق بتاريخ 2006/09/03. مقتبس عن القاضي سالم رمضان الموسوي، حق الزوجة في طلب التفريق بسبب العنف الأسري، من الهامش الصفحة 50، تاريخ الإطلاع 2021/01/09، على الساعة 14:00.

يتضح من خلال ما سبق ذكره أنّ المشرع العراقي وتطبيقاً لنص المادة السالفة الذكر، وكذا الحكم القضائي، قد أخذ بقول المالكية في مسألة جواز التفريق للهجر في المضجع. ومن هذا المنطلق، فإذا امتنع الزوج عن معايشة زوجته وترك وقاعها، فيحق للزوجة -إذا أصابها ضرر من ذلك- أن ترفع أمرها إلى القاضي لتبين منه.

أما بالنسبة لمسألة الإيلاء فلم يتعرض لها المشرع ولم يفصل في أحكامها، تاركاً الأمر للفقهاء الإسلاميين في ذلك، وبالرجوع إلى نص المادة الأولى الفقرة الثالثة من هذا القانون، والتي تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، يتضح -وتطبيقاً لما جاء في الحكم القضائي- أنّ المشرع قد أخذ بقول الحنفية في مسألة مدة الإيلاء التي يجب ألا تتجاوز أربعة أشهر، وكذا مسألة إيقاع الطلاق الذي تبين فيه الزوجة من زوجها بينونة صغرى، وهذا تأسيساً لما جاء في ذيل الحكم القضائي.

إنّ امتناع الزوج عن معايشة زوجته، وترك جماعها، وتضرر الزوجة من ذلك يعتبر من قبيل التعسفات الصادرة من طرف الزوج، غير أنّ ذلك ليس التعسف الوحيد الذي يمكن أن يصدر عن الزوج في العلاقة الجنسية، فرمما يجامع الزوج زوجته ولكن على نحو يشكل لها ضرراً من تلك العلاقة، وهو ما سيتم التعرّيج عليه من خلال تعسف الزوج في استعمال المباشرة الجنسية المضرة بالزوجة.

#### ثانياً: تعسف الزوج في استعمال المباشرة الجنسية المضرة بالزوجة

سنشير في هذا الصدد إلى صور تعسف الزوج في المباشرة الجنسية المضرة بالزوجة (أ)، وبعدها نتطرق إلى موقف الفقهاء الإسلاميين من تعسف الزوج في المباشرة الجنسية المضرة بالزوجة (ب)، ونعرج بعد ذلك على موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من ذلك (ج).

#### أ- صور تعسف الزوج في المباشرة الجنسية المضرة بالزوجة

تتمثل صور المعاشرة الجنسية المضرة بالمرأة في حالات الوطء المضر بالزوجة (01)، والعزل في العلاقة الجنسية (02)، وكذا موانع مباشرة المرأة جنسياً (03).

#### 1- حالات تعسف الزوج في وطء زوجته وطئاً مضراً بها

تتمثل حالات وطء الزوج وطئاً مضراً بالزوجة في التالي:

- إذا كانت الزوجة صغيرة لا يوطأ مثلها، فلا يجوز له وطؤها لحدوث الضرر لها، وكذلك لا يجوز له الاستمتاع بها إذا خشى عليها من فرط شهوته؛ لأنه قد تصيبه الشهوة بقوة فيصيبها، فإذا أصابها اجترحت منه فوق المعتاد، فمنعت منه حتى تبرأ من الجرح، فلذلك منع حتى من الاستمتاع بها<sup>1</sup>.
- إذا كانت الزوجة مريضة مرضاً شديداً تخشى من الوطء الضرر أو التلف<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الله بن مفتاح أبو الحسن، شرح الأزهار، ج.5، ط.1، التراث الإسلامي، الجمهورية اليمنية، لسنة 1424هـ - 2003م، ص.129-130.  
انظر أيضاً الصفحة 71 من هامش الدراسة.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص.129.

- إذا كان الزوج مريضاً بمرض مزمن معد من شأن وطئه لزوجته في هذه الحالة الإضرار بها صحياً؛ كأن يكون مصاباً بالإيدز، أو بالسيلان، أو بالزهري، أو بالسل، أو بالتهاب الكبد الوبائي ... أو غيرها من الأمراض المعدية في هذا العصر<sup>1</sup>.
- إذا كانت الزوجة حاملاً، فعلى الزوج أن يتفهم وضع زوجته الحامل من حيث تغير نفسيته، خصوصاً فترة الوحم، علاوة على ما يصاحب الحمل من تعب وإرهاق، وليعلم الزوج أنّ الزوجة في فترة حملها قد لا تكون بنفس الخلق كما كانت قبل الحمل، فيجب عليه مراعاة ما ينصح به الطبيب؛ ذلك أنّ الجماع في الشهور الأولى من الحمل -خاصة إذا كان الحمل بعد إجهاض- تكون له أضرار على الجنين وأمه. وعليه، فإذا نصح الطبيب الزوج بالتوقف عن الجماع، أو التقليل منه حتى تمر الشهور الأولى ويثبت الجنين في بطن أمه، فعلى الزوج مراعاة ذلك حرصاً على سلامة الجنين وأمه<sup>2</sup>.
- أن لا ينزع الزوج ذكره مباشرة من فرج زوجته عندما يقضي وطرها ويتركها قبل أن تقضي وطرها منه؛ وذلك لأنّ الزوج ربما يكون سريع الإنزال وهي بطيئة، فينهي جماعه قبلها، وقد تكون هي في أدوار التهيج ويتركها دون أن تستأثر وتستمتع بنشوة الجماع فيتركها، باعثاً في نفسها الشعور بالبغض وتغير المزاج فتغتاض، فتغدو عصبية المزاج ثائرة متناقضة في أعمالها وأقوالها، كما قد تصاب -نتيجة لذلك- بأعراض أخرى صحية ونفسية منها آلام الرأس وكذا العصبية، فيدب نتيجة لتكرار الفعل الخلاف بينهما، وقد ينتهي الأمر بالطلاق، وقد نمت الشريعة الإسلامية الزوج أن يترك زوجته قبل أن تقضي وطرها منه<sup>3</sup>، ودليل ذلك قوله -عليه الصلاة والسلام-: "ثلاث من العجز في الرجل: أن يلقي من يحب فيفارقه قبل أن يعلم اسمه ونسبه، أن يكرمه أحد فيرد عليه كرامته، أن يقارب الرجل جاريته أو زوجته فيصيبها قبل أن يحدّثها ويؤانسها، ويضاجعها فيقضي حاجته منها قبل أن تقضي حاجتها منه"<sup>4</sup>. المرأة ليست امرأة جسداً، أو امرأة وعاء، يفرغ فيها الرجل شحناته، ويلبي فيها غرائزه في أية لحظة ومتى شاء هو، أما هي فما عليها إلا الاستجابة دون تردد، بل المطلوب أن تستجيب المرأة لهذه الدعوة عن إرادة ورغبة ومحبة، الشيء الذي يوضح أنّ هذا الأمر في الإسلام ليس مجرد عمل شهواني بحت، لذلك ارتقى به إلى المشاركة الوجدانية للزوجة والزوج معا<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص. 134.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص. 134-135.

<sup>3</sup>- الحاج محمد وصفي، الرجل والمرأة في الإسلام، ط. 1، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، لسنة 1418هـ - 1997م، ص. 221.

<sup>4</sup>- رواه أبو منصور الديلمي من حديث أخصر منه، وهو بعض الحديث الذي قبله. مقتبس عن أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج. 2، مرجع سابق، ص. 46.

<sup>5</sup>- إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص. 353.

## 2- العزل في العلاقة الجنسية

يعتبر العزل<sup>1</sup>، في العلاقة الجنسية من الصور المضرة بالزوجة؛ والعزل هو أن يجامع الزوج زوجته فإذا قارب الإنزال نزع، وأنزل خارج الفرج، فالعزل ليس وسيلة يلجأ إليها لتحديد النسل -بمعنى قطع الحمل نهائياً أو على الدوام- وإنما هو طريقة أو وسيلة لمنع الحمل إلى حين، مع بقاء الصلاحية للإنجاب لحاجة تدعو إليه، وهو ما يعبر عنه حديثاً بتنظيم الأسرة أو بتنظيم النسل، ويعرف في وقتنا الحاضر بمنع الحمل، وهو منع الاندماج بين الحيوان المنوي للرجل وبين البويضة للزوجة، سواء بالأدوية الطبية أو بالنزع، أو بوضع عازل للذكر حتى لا يحصل الحمل<sup>2</sup>.

والعزل يكون مشروعاً وغير مشروع حسب النيات الباعثة على العزل، وقد أجملها الإمام الغزالي في خمس حالات وهي كالآتي<sup>3</sup>:

- حفظ الملك عن الهلاك باستحقاق العتاق، وقصد استبقاء الملك بترك الإعتاق. ودفع أسبابه ليس منهياً عنه.
- استبقاء جمال المرأة وسمنها لدوام التمتع واستبقاء حياتها خوفاً من خطر الطلق، وهذا أيضاً ليس منهياً عنه.
- الخوف من كثرة الحرج بسبب كثرة الأولاد، والاحتراز من الحاجة إلى التعب في الكسب، ودخول مداخل السوء، وهذا أيضاً غير منهي عنه.
- الخوف من الأولاد الإناث لما يعتقد في تزويجهم من المعرة، كما كانت من عادة العرب في قتلهم الإناث، فهذه النية فاسدة، فيكون العزل حينئذ غير مشروع<sup>4</sup>.
- أن تمتنع المرأة لتعززها ومبالغتها في النظافة، والتحرز من الطلق والنفاس والرضاع، وهذا منهى عنه أيضاً، فيكون العزل حينئذ غير مشروع<sup>5</sup>.

1- يعرف العزل بأنه: "الحيلولة دون وصول ماء الرجل إلى رحم المرأة بقذفه خارج الفرج أثناء الحمل ... ويكون ذلك بنزع الرجل ذكره إذا قارب الإنزال ليقتذف ماءه خارج الفرج ... ويفعل الرجل ذلك عادة في الأحوال أو الأزمان التي لا تكون مناسبة للإنجاب". راجع. حامد محمود شمروخ، حق الاستمتاع بين الزوجين وآثاره وموانعه الشرعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص.31.

2- انظر. مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص.135. حامد محمود شمروخ، المرجع نفسه، ص.31.

3- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج.2، مرجع سابق، ص.48.

4- عزل الرجل ذكره بسبب المعرة من خلفته البنات فهذه النية فاسدة. وعليه، فإذا ترك بسببها أصل النكاح أو أصل الوقاع أثم بما لا يترك النكاح والوطء، فكذا في العزل، والفساد في اعتقاد المعرة في سنة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أشد، وينزل منزلة امرأة تركت النكاح استنكافاً من أن يعلوها رجل فكانت تشبه بالرجال، ولا ترجع الكراهة إلى عين ترك النكاح. انظر. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

5- كان ذلك عادة نساء الخوارج لمبالغتهن في استعمال المياه، حتى كن يقضين صلوات أيام الحيض ولا يدخلن الخلاء إلا عراة، وما هذه إلا بدعة مخالفة لسنة المصطفى -عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم-. وعليه، فهي نية فاسدة. وقد استأذنت واحدة منهن عائشة -رضي الله عنها- لما قدمت البصرة فلم تأذن لها بذلك. وتطبيقاً لذلك، يكون قصد الزوج والزوجة في ذلك هو الفساد دون منع الولادة. انظر. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المرجع نفسه والصفحة نفسها.

وتطبيقا لما سلف ذكره، أمكن القول أنّ العزل يكون غير مشروع أو مكروها حسب نية وقصد الزوج أو الطرفين، ومن السنة والأثر فقد روي عن عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وابن عمر، وابن مسعود، وروي أيضا عن أبي بكر الصديق، وروي عن أبي سعد الخدري عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال في كراهية العزل: "لا عليكم أن لا تفعلوا ذاكم، فإنما هو القدر"<sup>1</sup>، فقد بين لهم -عليه الصلاة والسلام- أنّ ترك العزل أولى، وعن جابر قال: "كنا نعزل على عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- والقرآن ينزل"<sup>2</sup>، وسئل ابن عباس عن العزل فقال: "ما كان ابن آدم ليقتل نفسا قضى الله خلقها، حركك إن شئت أعطشتها، وإن شئت سقيته"، وعن عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما-: "أنه كان يضرب بنيه على العزل، أي يكرهه، وينهى عنه"<sup>3</sup>. كما قال -عليه الصلاة والسلام- أيضا: "من ترك النكاح مخافة العيال فليس منا." ثلاثا. قلت: فالعزل كترك النكاح. وقوله "ليس منا" أي ليس موافقا لنا على سنتنا وطريقتنا، وسنتنا فعل الأفضل<sup>4</sup>.

من سياق هذه الأحاديث الشريفة والآثار، يتضح أنّ العزل أو المنع من الحمل يكون مكروها وغير مشروع حسب قصد صاحبه -والأولى تركه إلا للضرورة-<sup>5</sup>، وعليه، ينبغي لمن دخل بزوجه ألا يعزل عنها كما يفعل ثلثة من الناس، ألا يعزل إلا بعد الإنزال وينتظر زوجته حتى تنزل هي الأخرى؛ وذلك كي يسرع ماؤه إلى رحمها، فرمما قد يؤدي ذلك التزواج إلى خلفة تنفعه وتكون صدقة جارية عنه، وربما يكون ذلك الجماع آخر عهده بالنساء، فلا يدري الإنسان ساعة الأجل، ولا يأمن الموت، فقد يأتيه في أي لحظة، فقد روي عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "إنّ الرجل ليجامع أهله فيكتب له بجماعه أجر ولد ذكر قاتل في سبيل الله فقتل"<sup>6</sup>. كما قد يعامل بنقيض قصده ويعزل قبل إنزاله وتحمل زوجته منه<sup>7</sup>.

1- مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم في شرح النووي، كتاب النكاح، باب حكم العزل، ج.10، حديث رقم 1438، مرجع سابق، ص.125.

2- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري في شرح فتح الباري، كتاب النكاح، باب العزل، ج.9، حديث رقم 5209، مرجع سابق، ص.305.

3- أبو بكر أحمد بن الحسن البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب من قال يعزل عن الحرة بإذنها وعن الجارية، ج.7، حديث رقم 14320، مرجع سابق، ص.376.

4- مقتبس عن أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، مرجع سابق، ص.48.

5- من الضرورة التي تجيز عدم الإنزال أو منع الحمل مثلا (إذا كان في دار الحرب وتدعوه حاجته إلى الوطء، أو أن تكون المرأة مريضة لا تستطيع الحمل، أو كانت صغيرة فيخشى عليها أن تحمل وكان جسمها لا يتحمل أعراض الحمل وجهده، أو كانت الزوجة صحيحة ولكن الحمل يعرضها للهلاك؛ كأن تكون صغيرة، أو كمن لا تضع إلا بعملية جراحية خطيرة، ويجب إزاء ذلك أخذ رأي الأطباء المختصين في ذلك). مشعل بن مطلق بن مقلد العتبي، مرجع سابق، ص.ص.136-137.

6- مقتبس عن أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، مرجع سابق، ص.47. وقال: لم أجد له أصلا.

7- فقد روي عن جابر أنه قال: "إنّ رجلا أتى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقال: إنّ لي جارية خادمتنا وساقيتنا في النخل وأنا أطوف عليها، وأكره أن تحمّل. فقال -عليه الصلاة والسلام-: اعزل عنها إن شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها. فلبث الرجل ما شاء الله ثم أتاه فقال: إن الجارية قد حملت، فقال -عليه الصلاة والسلام-: قد قلت سيأتيها ما قدر لها". ذكر المصنف أنه في الصحيحين وليس كذلك، وإنما انفرد به مسلم. مقتبس عن أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المرجع نفسه، ص.49.

وتأسيسا على ما سبق ذكره؛ فإذا تعسف الزوج على الزوجة بمنعها من الحمل مع عدم رضاها -إذا كانت حرة- منهي عنه شرعا<sup>1</sup>، وذلك لتفويت حقها في النكاح، ولحصول الضرر عليها بمنعها من الذرية التي ابتغت من أجلها الزواج<sup>2</sup>، فربما يكون قصد الزوج من العزل تأقيت الزواج، أو كان يريد زواج المتعة، أو ربما كان قصدهما معا تحليل زوجته التي بانة من طليقها بينونة كبرى، فكل هذه مقاصد غير شرعية للزوج من استعمال حق العزل، وقد دل القصد من خلال القرائن التي أفصحت على الباعث غير الشرعي للزوج من استخدامه هاته الوسيلة، فترتبت حين ذلك غاية غير شرعية، وكما سبق وأنا ذكرنا فإن الغاية والوسيلة تدوران معا وجودا وعدمًا، فإذا وجدت الغاية الشرعية وجدت وسيلتها وصحت شرعا، وإلا فلا<sup>3</sup>.

### 3- موانع مباشرة المرأة جنسيا

باعتبار أنّ للزوج الحق في مباشرة زوجته مباشرة جنسية، وهذا أمر مباح شرعا بدليل قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾<sup>4</sup>. وعليه، فالزوج له الحق في معايشة زوجته ولكن عليه الالتزام بما أمر به الله - سبحانه وتعالى -، واجتناب ما نهى عنه؛ ويكون ذلك بتحصيل اللذة الجنسية المؤدية إلى التناسل، وقد قال الله - سبحانه وتعالى - في كتابه الكريم: ﴿فَاتَّوَهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾<sup>5</sup>، وجه الدلالة أن يكون في حيث أمركم الله تعالى به وهو القبل<sup>6</sup>، كما قال تعالى أيضا ﴿نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾<sup>7</sup>، وجه الدلالة؛ أي مقبلات ومدبرات ومستقلبات، ويعني بذلك موضع الولد<sup>8</sup>. تأسيسا على ذلك، فإنّ الزوج له الحق في أن يجامع زوجته كيفما شاء ولكن في حدود ما أمر الله به - سبحانه وتعالى -. وعليه، يتضح من ذلك أنّ هناك موانع أمر الله - سبحانه وتعالى - الزوج أن يتجنبها، فإذا تعنت الزوج وخالف هذه الأوامر، أو قصد استعمال هذه الموانع من أجل الإضرار بالزوجة، فإنه يكون متعسفا في استعمال حق المعايشة الجنسية، ويمكن إجمال هذه الموانع في الآتي:

1- فقد روي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قال: "نهي رسول الله -صلى الله عليه وسلم- أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها". رواه أحمد بن حنبل الشيباني، مسند الإمام أحمد، ج.1، مرجع سابق، ص.31. وقد أخرجه عبد الرزاق في مصنفه والبيهقي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: "نهي عن عزل الحرة إلا بإذنها". فهذا يدل على جواز العزل عن الحرة بإذنها، ومنعه بدون إذنها، مع مراعاة عدم فعله إلا من حاجة شديدة أو ضرورة. انظر. الشيخ علي أحمد عبد العال الطهطاوي، العلاقات الزوجية في ضوء الكتاب والسنة النبوية وأقوال الأئمة، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان-، لسنة 1971، ص.211.

2- مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص.137.

3- عبير رجي شاعر القدومي، مرجع سابق، ص.35.

4- الآيتان 5-6 من سورة المؤمنون.

5- الآية 222 من سورة البقرة

6- محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.3، مرجع سابق، ص.90.

7- الآية 223 من سورة البقرة.

8- محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.3، مرجع سابق، ص.92.



• منع إتيان الزوجة في دبرها، وهذا مانع دائم، وهو محرم عند الجمهور السلف والخلف مما ثبت في الكتاب والسنة، فقد قال -عليه الصلاة والسلام-: "إنَّ الله لا يستحي من الحق، لا تأتوا النساء في أدبارهن"<sup>1</sup>، ولا بأس بالتلذذ بها بين الأليتين من غير إبلاج؛ وذلك لأنَّ ما ورد في السنة هو تحريم إتيان الزوجة في دبرها؛ فهو مخصوص بذلك، ويجوز دون ذلك. وقد حرم إتيان الزوجة في دبرها لأجل الأذى الذي يلحق بالمرأة، كما ورد نهي الرسول -صلى الله عليه وسلم- في أن يظأ الزوج زوجته قاصدا لإضرار بها ضررا جسيما<sup>2</sup>، وأساس ذلك النهي قوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup>. وعليه، فإذا تعسف الزوج في استعمال حقه في المباشرة الجنسية وأتى زوجته في دبرها دون رضا منها، فهناك من يرى بأنَّ هذا الفعل يشكل جريمة هتك عرض للزوجة؛ إذ أنَّ عقد النكاح لا يسمح للزوج بأن يتجاوز السيل الطبيعي كون فعله هذا غير مشروع<sup>4</sup>، ودليل ذلك قوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ينظر الله عز وجل إلى رجل جامع امرأته في دبرها"<sup>5</sup>.

• منع إتيان الزوجة وهي حائض أو نفساء؛ حيث اتفق جمهور الفقهاء وعامة أهل العلم أنَّ وطء الحائض في الفرج حرام<sup>6</sup>، واستدلوا على ذلك بالقرآن والسنة، لقوله تعالى ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ ۗ قُلْ هُوَ أَدَىٰ فَأَعْتَرِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ۗ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهَرْنَ ۗ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ۗ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ﴾<sup>7</sup>، وجه الدلالة من الآية الكريمة أنَّ المقصود بالنهي ترك الجماع؛ لأنَّ الحيض نجس وقذر، وتتأذى منه المرأة وحتى الرجل، وقد أفاد هذا الوصف لزوم اجتنابه، وفيه غاية تحريم الوطء وعدم قربان الحائض<sup>8</sup>، وقد روي عن أنس بن مالك -رضي الله عنه- أنَّ رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: "اصنعوا كل شيء إلا النكاح"<sup>9</sup>، ويصدق على الحيض ما يصدق على النفاس، فكلهما نجس وأذى. وعليه، يتضح أنَّ الزوج إذا أتى زوجته وهي حائض أو نفساء فقد أذاها وأضرها، فيكون بذلك متعسفا في استعمال حق المعاشرة الزوجية.

• وكذلك من الموانع الشرعية في المباشرة الجنسية إتيان المرأة وهي صائمة في رمضان، أو صائمة من

1- أحمد بن حنبل الشيباني، مسند الإمام أحمد، ج.16، مرجع سابق، ص.117.

2- انظر. عبد السلام بن عبد الله بن تيمية، فتاوى النساء، ط.1، دار الريان للتراث، القاهرة، لسنة 1408هـ-1988، ص.268.

3- سبق تخريجه.

4- عدي طلفاح محمد الدوري، الرابطة الزوجية في منظور القانون -دراسة مقارنة-، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان-، لسنة 2015، ص.148-149.

5- أبو عبد الله محمد بن زيد بن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، ج.2، حديث رقم 1923، مرجع سابق ص.240.

6- أميرة محمد مغازي، مرجع سابق، ص.195-196.

7- الآية 222 من سورة البقرة.

8- محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.3، مرجع سابق، ص.90.

9- أبو بكر أحمد بن الحسن البيهقي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، ج.1، ص.313.

أجل أن تقضي دينها، أو إتيان المرأة وهي محرمة لأداء فريضة الحج<sup>1</sup>. فكل هذه من الموانع الشرعية في المباشرة الجنسية، والتي تعتبر صورة من صور تعسف الزوج في استعمال حق المباشرة الجنسية، وهذا قصد الإضرار بالمرأة.

- ومن موانع ممارسة الزوج المباشرة الجنسية؛ وطء الزوجة علانية، ووطء المطلقة طلاقاً بائناً<sup>2</sup>.
- وكذلك يمنع على الزوج جماع زوجته إذا كان مصاباً بأحد الأمراض الجنسية كالزهري والسيلان، أو كان مصاباً بفيروس الإيدز<sup>3</sup>. وعليه، فإذا جامع الزوج زوجته وهو مصاب بإحدى هاتاه الأمراض الجنسية أو غيرها من الأمراض المعدية، يكون متعسفاً في استعمال حق المعاشرة الزوجية؛ وذلك لما فيه من أضرار قد تلحق الزوجة وحتى الأبناء كنتيجة لهذا الجماع.

ومن هذا المنطلق، أمكن القول أنّ هناك قاعدة تحكم جميع تصرفات الزوج؛ ومقتضاها أنّ التصرف لا يصبح مباحاً إذا كان من شأنه إلحاق الضرر بالزوجة. وتأسيساً على ذلك، فإنّ تعسف الزوج في مباشرة زوجته مباشرة جنسية، ويكون قد ترتب عن ذلك ضرر لاحق بالزوجة، فإنّ تصرفه يكون غير مشروع ومناقض لقصد الشارع من تشريع حق الاستمتاع. وتطبيقاً لذلك، فإذا أصيبت الزوجة بضرر نتيجة تعسف الزوج في ممارسة العلاقة الجنسية، فهل يجوز للزوجة أن تطلب التطليق؟

**ب- موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوج في استعمال حق المباشرة الجنسية المضرة بالزوجة**  
اختلف الفقهاء في مسألة إمكانية الزوجة المطالبة بالتفريق للضرر بين معارضٍ ومؤيدٍ؛ فهناك من الفقهاء من لم يجز للزوجة أن تطلب التفريق (01)، وهناك من الفقهاء من أجاز للزوجة أن تطلب التفريق للضرر المعاشرة الزوجية (02).

### 1- عدم جواز التفريق للضرر المعاشرة الزوجية

يرى الحنفية والشافعية في قول لهم "أنّ المرأة إذا تضررت من الزوج ورفعت أمرها إلى القاضي وطلبت تطليقها، فعلى هذا الأخير أن ينهى الزوج عن الإضرار بها ويهدده، فإن عاود الزوج الإضرار بزوجه عززه حسب اجتهاده، غير أنّ تأديب القاضي للزوج لا يصل إلى حد إيقاع الطلاق عليه أو التفريق بينه وبين زوجته، حتى وإن طلبت الزوجة ذلك"<sup>4</sup>.

1- عدي طلفاح محمد الدوري، مرجع سابق، ص. 145.

2- محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية -دراسة مقارنة-، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، لسنة 2002، ص. 307.

3- عدي طلفاح محمد الدوري، مرجع سابق، ص. 148.

4- انظر. بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 444. وشمس الدين السرخسي، المبسوط، ج. 5، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان-، لسنة 1414هـ- 1993م، ص. 219.

## 2- جواز التفريق لضرر المعاشرة الزوجية

ذهب المالكية، والحنابلة، والشافعية في قول آخر لهم إلى "إعطاء الزوجة الحق في رفع دعواها إلى القاضي للمطالبة برفع الظلم والضرر عنها، فالقاضي منصب على رفع المظالم، وللزوجة الحق في الخيار بين أن تطلب دفع الظلم عنها مع البقاء وزوجها، فعندئذ يلجأ القاضي إلى وعظه وتهديده وربما إلى تعزيره (من ضرب، أو سجن، أو توبيخ، أو نحو ذلك بما يقتضيه اجتهاده)، وبين أن تطلب التفريق عنه إذا ثبت أمام القاضي ضرر زوجها، وأنه لم يرجع عن الإضرار بها، واستمر الحال على ما هو عليه، فهنا يبعث القاضي إليهما بحكمين بغرض الإصلاح بينهما، ويكون الحكمان إما السلطان أو القاضي، ومهمة الحكمين إما الإصلاح والجمع أو التفريق، فإن تعدد الإصلاح والجمع طلقها القاضي بغير عوض، وقد استدلت أصحاب هذا القول بقوله تعالى ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>1</sup>، ووجه الدلالة أن الإمساك بالمعروف لا يتحقق مع الإضرار البين بالزوجة<sup>2</sup>.

والجدير بالذكر أن إثبات الزوجة لضرر يكون بأحد أمرين؛ إما بشهادة شهود عدلين فأكثر، وذلك بمعائنتهم إياه ومجاورتهم للزوجين أو لقرابتهم منهما، وإما بالسماع الفاشي المستفيض على السنة الجيران من النساء والخدم وغيرها بأن فلانا يضر بزوجه فلانة، إما بتحويل وجهه عنها في فراشه، أو عدم الكلام معها، أو إضرارها بالجماع بأن وطأها في دبرها وغير ذلك؛ حيث قال مالك: "ليس عندنا في قلة الضرر وكثرته شيء معروف"<sup>3</sup>.

كما أن أصحاب هذا القول يستندون إلى المصلحة في الطلاق؛ فهم يرون أن الزواج شرع لمصلحة الزوجين، ولدفع الضرر عنهما بإحصائهما، وبث المودة بينهما يجعل كل منهما سكنا للآخر، فيكون في الطلاق أيضا مصلحة شرعت إذا كان هناك علاقة زوجية تجلب الضرر نتيجة سوء العشرة، وبذلك لا تصبح المصلحة في الإبقاء على العلاقة الزوجية وإنما في إزالتها، لأن التفريق في هذه الحالة هو المصلحة، فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام، والضرر يجب أن يزال قدر الإمكان، وأيضا ما جاز لعذر بطل بزواله، وأيضا قاعدة الضرر يزال<sup>4</sup>.

وقد أجاز الدسوقي في حاشيته مجواز التطلق للزوجة إذا تحقق مانع من موانع المعاشرة الزوجية كوطئها في دبرها: "للزوجة التطلق على الزوج بالضرر، وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي...، ويؤدب

<sup>1</sup> - الآية 229 من سورة البقرة.

<sup>2</sup> - بن زينة عبد الهادي، مرجع سابق، ص.ص. 145-146.

<sup>3</sup> - شمس الدين الشيخ محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، مرجع سابق، ص.343.

<sup>4</sup> - آيت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص.ص. 204-205. والشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص.165 وما يليها.

على ذلك زيادة على التطبيق كما هو ظاهر، وكوطئها في دبرها... ومتى شهدت بيّنة بأصل الضرر فلها اختيار الفراق...<sup>1</sup>.

وتطبيقا لما سبق ذكره، فالقول الأولى بالرححان في هذه المسألة هو القول الثاني، الذي جاء به المالكية والحنابلة والشافعية في أحد أقوالهم بجواز التفريق لضرر؛ وذلك لأنه الأقرب لروح الشريعة، إذ أنّ المقصد الشرعي من انحلال آصرة النكاح بالطلاق من الزوج أو الحاكم، هو ارتكاب أحف الضرر عند تعسر استقامة المعاشرة، وخوف ارتباك حالة الزوجين، وتسرب ذلك إلى حالة العائلة<sup>2</sup>.

ويبدو أنّ هذا الرأي منطقي في ترجيح القول الثاني؛ لأنّ الزوجة قد يصيبها ضرر عظيم يستحيل عليها به أن تواصل العشرة مع زوجها، مثلا إذا تحقق في زواجها مانع من الموانع التي سبق ذكرها<sup>3</sup>؛ كأن كان يجامعها في نهار رمضان عدة مرات مع علمه بمنع ذلك، أو كان - بسبب قوة الشهوة الجنسية في جماعه - أصابها وأجهضت العديد من أجنحتها، مع تحذير الطبيب له بعدم الجماع أو التخفيف منه لعدم قدرة جسمها تحمل الوطء، أو كانت صغيرة وتضررت من كثرة الوطء وذلك لعدم إطاقتها له، فلما أفاقت من البلوغ قررت تطبيقها منه لأنها كرهت جماعه نتيجة الإضرار بها. فالزواج لا يعني أنّ المرأة ربما قد ترتبط بخيار الرجال الذي لا تستطيع فراقه ويكون رحيما عطوفا معها، بل هناك بعض أشباه رجال قد ترتبط بهم النسوة وتتضرر من معاشرتهم؛ لذلك وجد الطلاق كوسيلة للتخلص من هذا الضرر، والإفلات من شراك هذا الزواج الذي صار جحيماً عليهن، وحفظ النفس هو أولى مقاصد الشرع في الخلق، والضرر كمبدأ يدفع بقدر الإمكان. وبما أنّ الفقه أعطى للزوجة حق المطالبة بالطلاق إذا تضررت من عشرة الزوج، فهل القانون أعطى لها هذه الإمكانية أيضا؟

**ج- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوج في استعمال المباشرة الجنسية المضرة بالزوجة**

سنتطرق في البدء إلى موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوج في استعمال حق المباشرة الجنسية المضرة بالزوجة (01)، وبعدها نتطرق إلى موقف التشريعات العربية من ذلك (02).

### **1- موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوج في استعمال المباشرة الجنسية المضرة بالزوجة**

ذهب المشرع الجزائري - من خلال التعديل الجديد لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02- إلى إطلاق حرية المرأة في طلب التطبيق، وذلك من خلال المادة 53 من نفس القانون، والتي عدد فيها المشرع أسباب التطبيق التسعة، وأضاف فقرة أخيرة ليبين من خلالها أنّ الأسباب الأخرى التسعة جاءت على سبيل المثال لا

<sup>1</sup> - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.3، مرجع سابق، ص.213.

<sup>2</sup> - بن زيطة عبد الهادي، مرجع سابق، ص.146.

<sup>3</sup> - انظر. الصفحتين 124-125 من هذه الدراسة. في هذه الدراسة

الحصر ألا وهو: "كل ضرر معتبر شرعا"، وتطبيقا لهذه الفقرة يحق للزوجة المطالبة بالتطليق عن كل ضرر يصيبها من زوجها.

والجدير بالذكر أنّ المشرع قد قصد بالضرر المعتبر شرعا؛ هو الضرر الذي يعتبره الشرع الإسلامي مبررا للتطليق. وعليه، يكون المشرع قد اعتبر -من سياق هاته الفقرة- كل واقعة أو تصرف يشكل ضررا شرعيا يعد سببا من أسباب التطليق، ويجوز للزوجة طلبه. وبما أنّ المشرع قد أورد عبارة عامة فيما يخص الضرر المعتبر شرعا، فإنه يكون بذلك قد فتح مجالا واسعا أمام السلطة التقديرية للقاضي؛ بحيث لم يقيد بها بأي قيد، ويعتبر المعيار الذي أخذ به المشرع معيارا شخصيا في تقدير الضرر، وهو ذات المعيار الذي قال به الفقه المالكي "مما لا يجوز شرعا"، وحسن ما فعل المشرع الجزائري في ذلك؛ فما يعتبر فعلا يرتب ضررا لامرأة قد لا يرتب ضررا لأخرى، كما أنّ الوقائع تختلف والبيئة تختلف، فهذا المعيار جاء صالحا لكل زمان ومكان؛ لأنّ نسبة الإضرار تختلف باختلاف كل بيئة ومنطقة، كما أنه إذا رجعنا إلى صور تعسف الزوج في معاشرته زوجته معاشرته جنسية مضرة، فإنّ هذا المعيار يقاس بحسب كل فعل قد رتب ضررا للزوجة ولم يرتب لأخرى<sup>1</sup>. وتطبيقا لذلك، يكون المشرع قد فتح المجال للسلطة التقديرية للقضاء في تقديرهم للضرر الموجب للتطليق، مع التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة طبقا للمادة 53 مكرر التي جاء فيها: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وتجدر الإشارة إليه أن المشرع لم ينص صراحة على مسألة التعسف أو الإضرار في المعاشرية الجنسية في قانون الأسرة وما هو حكم الضرر المترتب عن المعاشرية الجنسية ما إن كان موجبا للتفريق أما غير موجب لذلك، وما سبق الإشارة إليه ما هو إلا تطبيق أصل عام على جميع الفروع، بمعنى تطبيق معيار الضرر على جميع أنواع الأضرار المادية والمعنوية، وفي ظل عدم وجود نص خاص يحكم هاته المسألة يتم الرجوع إلى الإحالة المنصوص عليها في المادة 222 من القانون السالف الذكر، والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

غير أن ما يجب تسليط الضوء عليه، هو أن الإحالة المنصوص عليها ضمن مقتضيات المادة 222 من القانون السالف الذكر غير مقيدة بمذهب واحد يتم الاستناد عليه في حالة عدم وجود نص، وإنما هي إحالة شاملة لجميع المذاهب، وفي ظل عدم اختصاص القضاة في البت في هاته المسائل الفقهية، لنقص إلمامهم وإحاطتهم بجميع أقوال المذاهب وأرائهم الفقهية، يتم الرجوع إلى الأصل العام المنصوص عليه في المادة 53 من قانون الأسرة السالف الذكر -والذي سبق التعرض إليه- والتي أشارت فيه إلى الضرر بوجه العام- وفق معيار موضوعي -والذي أعطى من خلاله للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، وبناء على ذلك يكون المشرع قد أخذ بالقول الثاني وهو قول المالكية والحنابلة والشافعية في أحد أقوالهم، كما اعتنق من خلال سياق هاته الفقرة المعيار الذي جاء به الفقه المالكي، والمتمثل في المعيار الموضوعي "مما لا يجوز شرعا".

<sup>1</sup> - آيت شاوش دليمة، مرجع سابق، ص.ص. 215-216.

وتأسيسا على ما سبق ذكره وبالرجوع إلى الساحة القضائية، فقد صدر قرار قضائي عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23 على أنه: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التتطبيق لكل ضرر معتبر شرعا، ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج، فإنّ تطبيق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإنّ القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة، قد طبقوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>. كما قضت المحكمة العليا على: "... إنّ القضاء بتطبيق الزوجة بسبب تضررها من تصرف الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقا للمادة 4 من قانون الأسرة، هو تطبيق سليم للقانون"<sup>2</sup>. يستشف من سياق القرارين أن هاته الاجتهاد القضائية قد بنت أحكامها من عموميات النصوص الواردة في قانون الأسرة، وليس بناء على الإحالة المنصوص عليها في المادة 222 السالفة الذكر، وهذا بحكم النقص القضائي الذي يعاني منه القضاة في الإمام بهاته المسائل.

## 2- موقف التشريعات العربية من تعسف الزوج في استعمال المباشرة الجنسية المضرة بالزوجة

بالرجوع إلى المشرع المغربي، نجد أنه كان أكثر دقة ووضوحًا مقارنة بالمشرع الجزائري، الذي حصر الضرر في أن يكون شرعيا، أو مما تعتبره الشريعة موجبا شرعا للتطبيق، فالمشرع المغربي اعتبر -بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 99 من مدونة الأسرة- أنّ الضرر المبرر لطلب التتطبيق هو: "كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية". وما يلاحظ على هذا النص أنّ المشرع -على غرار المشرع الجزائري- وإن كان قد ضيق من معنى الضرر الذي جاءت به الفقرة الثانية من المادة 99 من المدونة، إلا أنّ هاته الفقرة تحمل في طياتها عدة صور موجبة للتطبيق، فهذا النص -الذي جاء به المشرع المغربي- يحتوي على عدة صور تميز للزوجة طلب التتطبيق، والتي لا تقع تحت الحصر.

وتطبيقا لذلك، فإنّ كل ما يلحقه الزوج بزوجه من أنواع الأذى -ماديا كان أو معنويا- والتي لا تستقيم معها العشرة الزوجية؛ كإكراه الزوجة على فعل ما حرم الله سبحانه كالوطء في الدبر أو في غير موضع الحرث<sup>3</sup>، أو الجماع في نهار رمضان، أو الوطء علانية، أو وطئها وهي حامل وكانت قد تعرضت لإجهاض وحذر الأطباء من عدم الجماع أو التقليل منه، أو كل فعل مخل بالأخلاق الحميدة؛ كإكراهها على الوطء وهي بائنة منه، أو وطئها وهو مصاب بالزهري أو السيلان ولم يشف منه، أو كان يمارس لائطًا أو ملوطًا به ... فكل ما هو مخل بالأداب العامة والأعراف مما يسيء إليها يمنحها حرية طلب التتطبيق.

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1997/12/23، م.ق، رقم القرار 181648، ع.1، لسنة 1997، ص.49.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2001/07/18، م.ق، رقم القرار 269594، ع.1، لسنة 2003، ص.349.

3- خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.475.

ومن هذا السياق، يتضح أنّ المشرع المغربي قد اعتبر كل ما يلحق الزوجة من إساءة -مادية أو معنوية- تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية مبرراً كافياً للتفريق، بمنحها حق طلبه عند تضررها من ذلك. والواضح أنّ هذه المسألة تندرج في إطار الواقع الذي يستقل قضاة الموضوع بتقديره، وإن كان الأمر يحتاج إلى تعليل مقنع من جانب أولئك القضاة، إلا أنّ ما يجدر التنويه إليه أنّ هناك أفعالاً ماسة بالشرف لا تحتاج عملياً إلى تعليل لكي تكون سبباً مقنعاً للتطليق، كممارسة اللواط مثلاً<sup>1</sup>؛ فهذا السبب لا يحتاج إلى تعليل لأنه سلوكت مخل بالأخلاق الحميدة، ومنافٍ للمقاصد الشرعية والفطرة التي خلق عليها الإنسان، ولا يمكن لأي امرأة أن ترضى بالاستمرار في هذه العلاقة، والبقاء في عصمة ذلك الرجل الذي حادّ عن الفطرة البشرية بفعله هذا حتى وإن اضطرها الأمر لخلعه، أو تنفك من شراكه قطعاً بأي صورة كانت وبأي طريقة.

ويتضح من سياق ما سبق ذكره، أنّ المادة 99 من المدونة تضعنا أمام تكييف تشريعي؛ أي أننا أمام صور اعتبرها المشرع أضراراً تبيح للزوجة طلب تطليقها من زوجها، مع ترك هامش كبير للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، فيما يخص إلحاق الإساءة -المادية أو المعنوية- بالزوجة بكيفية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في علاقتها مع زوجها الذي أضر بها. والجدير بالذكر، أنّ المشرع المغربي لم يعد يشترط في الضرر المبيح للتطليق أن يكون مما يستحال معه دوام العشرة كما كان الحال في الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وإنما يكفي فيه أن يلحق إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية؛ ومعناه أنّ المشرع قد انتقل من معيار شخصي إلى معيار موضوعي في تقدير الضرر. ولم يشترط كذلك تكرار الضرر من قبل الزوج، بل يكفي ثبوته ولو لمرة واحدة. وتطبيقاً لذلك، يمكن القول أنّ المشرع كان مبدعاً وصائباً -إلى حد بعيد- حينما أسس الضرر على المعيار الموضوعي، وهو المعيار الذي قال به الفقه المالكي مما لا يجوز معه شرعاً، فيكون المشرع بذلك قد أخذ بالقول الثاني في جواز التفريق لضرر<sup>2</sup>.

وعلى المستوى القضائي، نجد حكماً ابتدائياً صادراً عن محكمة الحسيمة بتاريخ 2007/03/22، جاء فيه: "وحيث أنه تطبيقاً للمادة 99 من مدونة الأسرة، فإنه يعتبر مبرراً لطلب التطليق كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة، يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية"<sup>3</sup>.

وبالنسبة للمشرع التونسي، نجد هو الآخر قد أخذ بالقول الثاني في جواز التفريق لضرر؛ حيث نص في الفصل 31 الفقرة الثالثة من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "يحكم بالطلاق ... بناء على طلب

1- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، ط.3، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، لسنة 1496هـ-2015م، ص.ص.204-205.

2- انظر. خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.475. ومحمد الكشور، مرجع سابق، ص.205.

3- محكمة ابتدائية بالحسيمة، حكم ابتدائي بتاريخ 2007/03/22، ملف رقم 2007/31. مقتبس عن خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.482.

أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر<sup>1</sup>. يتضح من خلال هذا النص أنّ المشرع قد منح هذا الحق لكلا الطرفين، وتطبيقا على ذلك، فإنّ الزوجة إذا تضررت من تعسف الزوج في المعاشرة الزوجية من خلال الاستعمالات غير المشروعة للمعاشرة الجنسية، سواء أضرها بأفعال مشينة ومخلّة بالأخلاق الحميدة كممارسته اللواط، أو أفعال أضرّت بها ضررا جسيما كأن يكون قد جامعها جماعاً مضرا، وأدى ذلك إلى إجهاض الجنين مع تحذير الأطباء له بالامتناع أو التخفيف من الجماع، وتأسيسا على ذلك، أجاز لها المشرع من خلال تلك الفقرة الطلاق، كما أجاز لها في الفقرة الخامسة من ذات المادة التعويض عن الضرر الذي لحقها من زوجها، ويقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه".

ومن سياق هاته النصوص، يحق للزوجة التي تضررت -من تعسف الزوج في المعاشرة الجنسية وفق الصور التي أوردها سابقا- المطالبة بالطلاق مع التعويض، ويحكم لها القاضي -بناء على ذلك- عندما يثبت له الضرر الموجب للتفريق مع التعويض. والجدير بالذكر أنّ مسألة الضرر هي مسألة متروكة لاجتهاد المحكمة وفق التشريع التونسي؛ ذلك لأنّ المشرع التونسي قد أعطى للضرر مدلولاً واسعاً، فبعد أن كان يتوقف على صورة معينة تتمثل في خرق أحد الزوجين لأحد الواجبات المحمولة عليه بمقتضى عقد الزواج، تطبيقا لمقتضيات الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، صار الضرر وفق هذا التشريع ذا مدلول واسع، متروكا للسلطة التقديرية للقاضي المعروض عليه النزاع<sup>2</sup>.

لقد صدر في هذا الصدد قرار عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 1989/12/12 جاء فيه: "الضرر الموجب للطلاق والصادر عن أحد الزوجين هو أمر موكول لاجتهاد قاضي الموضوع، ولا رقابة عليه في ذلك ما دام اجتهاده معللا تعليلا سائغا، ومؤديا للنتيجة التي انتهى إليها". كما ورد في قرار آخر صادر عنها أيضا بتاريخ 1991/01/22: "أورد الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية ضمن أحكامه الضرر كعنصر من العناصر التي تبيح المطالبة بالطلاق، دون أن يحدد ماهيته ولا مداه، وترك ذلك لمحكمة الأساس"<sup>3</sup>.

ومن هذا المنطلق، يتضح أنّ المشرع التونسي أخذ بقاعدة عامة للضرر، دون تحديد شكل معين له ولا شروطا، ودون تحديد معيار لمعرفة إن كان الضرر المتمسك به من شأنه أن يؤدي إلى الحكم بالطلاق، تاركا الأمر إلى اجتهاد المحاكم في تقدير الأضرار حسب معطيات كل قضية وملابساتها<sup>4</sup>؛ فهناك من الأفعال التي

<sup>1</sup>- كان المشرع التونسي ينص في الفصل 31 قبل تنقيحه مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "المحكمة تقضي بالطلاق بناء على طلب من الزوج أو من الزوجة؛ للأضرار التي يدعي أحد الزوجين لحاقها به من الجانب الآخر للأسباب المبينة في فصول هذه المجلة".

<sup>2</sup>- خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.473.

<sup>3</sup>- انظر. قرار تعقيبي مدني صادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 1989/12/12، ع.23643، ن.م.ن، لسنة 1989، ص.475. وأيضا قرار تعقيبي آخر صادر عنها بتاريخ 1991/01/22، ع.24453، ن.م.ت، لسنة 1991، ص.145. مقتبس عن خدام هجيرة، المرجع نفسه، ص.473.

<sup>4</sup>- خدام هجيرة، المرجع نفسه والصفحة نفسها.



تشكل ضرراً لامرأة ولا تشكل ضرراً لأخرى حسب الصور التي أوردناها سابقاً، كما يختلف باختلاف قدرة تحمل كل امرأة ذلك الفعل، ومقدار ما يعتبر ضرراً لها من تعسف الزوج في استعمال المعاشرة الجنسية المضرة بالزوجة. وعليه، فقد أخذ المشرع التونسي بالقول الثاني، وهو قول المالكية والحنابلة والشافعية في أحد أقوالهم بجواز التفريق لضرر.

أما بالنسبة للمشرع المصري، فنجده قد نص في المادة 06 من قانون الأحوال الشخصية رقم (25) لسنة 1929 على أنه: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا تستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي بطلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما...". يستشف من هذا النص أنّ المشرع المصري قد حاد عن الأخذ بالمذهب الحنفي، الذي كان يطبقه على جميع مسائل الأحوال الشخصية تطبيقاً لنص المادة الثالثة قبل قانون 1929، وأخذ المشرع وفق هذا القانون بالمذهب المالكي؛ وهو القول الثاني الذي جاء به أيضاً فقهاء الحنابلة وأحد أقوال الشافعية في جواز التفريق لضرر. وتأسيساً على ذلك، فإنّ الزوجة إذا تضررت من تعسف الزوج في معاشرتها معاشرتها جنسية مضرة، فلها الحق في طلب التطلاق.

غير أنّ الملاحظ على التشريع المصري أنه وضع معايير وضوابط لم يتعرض لها الفقه المالكي، وهذه الضوابط قد تحد من قدرة الزوجة في إثبات الضرر الواقع عليها من طرف زوجها؛ ومن أهم هذه الضوابط أن يكون الضرر مما يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، وهذا الضابط بدوره يحمل في طياته شرطين؛ يتمثل الشرطان في تحقق أن يؤدي هذا الضرر إلى استحالة دوام العشرة، وأن نقارنه بين مثيلاتها في تحملها؛ بمعنى أنّ هناك ضرر يمكن تحمله والتعايش معه، وضرر آخر لا يمكن استمرار الحياة الزوجية معه، وهذا الشرط فيه نظر؛ إذ أنه ليس من المعقول -قطعاً- وجود ضرر يمكن تحمله، فالضرر في الشريعة ممنوع تطبيقاً لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>1</sup>، وهناك قاعدة تقول: "الضرر يدفع بقدر الإمكان"<sup>2</sup>، وقاعدة "الضرر يزال"<sup>3</sup>.

فكيف لهذا النص أن يكبل من قدرة المرأة بتحملها للضرر؟! وباشتراط أن يقبل طلبها في التفريق أن يكون مما يستحال معه دوام العشرة ونقارنه بين مثيلاتها؟! فهناك من حذرها الطبيب من الجماع؛ فإما التخفيف أو الامتناع حتى يثبت الجنين في بطنها نتيجة للإجهاد الذي تعرضت له من قبل، وهناك الصغيرة التي لا تتحمل وطء الجماع، فكيف نقارن هاته الصغيرة بالكبيرة التي يتحمل جسمها وطء إطاقه الجماع، وكأن المشرع يطلب من القاضي -عند النظر في مثل هذه القضايا- أن يقدر أولاً ما إذا كان الضرر الحاصل مما يمكن معه دوام العشرة أم لا، ثم ينتقل في تقديره إلى التحقق إن كانت مثيلاتها قد تحملت هذا الضرر أم

1- خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.473.

2- الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص.179.

3- المرجع نفسه، ص.207.

لا، لهذا فإنّ هذان الشرطان مردودان على المشرع عند اشتراطه، ومخالفان للتأصيل الفقهي وأيضاً لروح الشرعية الإسلامية<sup>1</sup>.

والواضح مما سبق ذكره أنّ المشرع قد أخذ بالمعيار الشخصي في الضرر الواقع على الزوجة والموجب لطلب التفريق، وهذا المعيار منافٍ للمعيار الموضوعي الذي أخذ به الفقه المالكي في أن يكون الضرر الموجب للتفريق "مما لا يجوز شرعاً"، والجدير بالإشارة في هذا المقام أنّ تأسيس المشرع الضرر الموجب التفريق على المعيار الشخصي مما يستحال معه دوام العشرة بين مثيلاتها، فإنّ ذلك يؤدي إلى إخراج بعض السلوكيات في المجتمع من أفعال وأقوال من دائرة الضرر بدعوى أنّ ظروف الزوجين أو بيئتهما الاجتماعية لا ترى بأساً في تلك التصرفات<sup>2</sup>، مثلاً وطء الزوجة في الدبر الذي يختلف من ملة لملة ومن ديانة لديانة، فالدولة المصرية معروفة بتعدد الشرائع؛ فهناك من الديانات التي لا ترى بأساً في ذلك، غير أنّ التشريع الإسلامي يرى أنّ هذا الفعل محرم وموجب للتفريق، وهذا الضرر -أي إتيان المرأة في غير موضع الحرث أو الدبر- قد اعتبرته المحاكم المصرية من الأسباب الموجبة للتفريق؛ حيث جاء في قرار محكمة النقض المصرية لسنة 1945: "إتيان الزوج زوجته في غير موضع الحرث يشكل ضرراً لا تستقيم به العشرة ويوجب التفريق عند ثبوته..."<sup>3</sup>.

ومن هذا السياق يتضح أنّ القضاء المصري قد أفرز مبادئ من شأنها التوسع في دائرة الضرر المعتبر شرعاً طبقاً لهذا المبدأ الصادر عنها في هذا الطعن ومبادئ أخرى كذلك سنأتي على ذكرها لاحقاً. ويبدو أنّ أهم مبادئ من المبادئ التي جاءت بها محكمة النقض هو ترك تقدير الضرر للقاضي دون رقابة محكمة النقض في ذلك، ليكون تقدير الضرر مستنداً على معيار موضوعي وهو اختلاف المجتمعات وكذا ملابسات ووقائع القضية، وأيضاً باختلاف كل امرأة، فهناك من الأفعال ما تعتبر ضرراً للمرأة ويؤثر فيها الفعل، وهناك من الأفعال لا تؤثر على المرأة ولا تعتبر ضرراً لها يوجب التفريق. وتطبيقاً لذلك، يلاحظ أنّ محكمة النقض جعلت معياراً واحداً يحكم الضرر الموجب للتفريق من خلال مبادئها، والذي جاء به الفقه المالكي وهو مما لا يجوز شرعاً.

وبالرجوع إلى المشرع الأردني، نجد أنه قد حذا حذو المشرع المغربي في صياغته للمادة 126 من قانون الأحوال الشخصية؛ حيث نصت المادة على أنه: "لأي من الزوجين أن يطلب التفريق للشقاق والنزاع إذا ادعى ضرراً لحق به من طرف الآخر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، سواء كان الضرر حسيًا كالإيذاء بالفعل أو بالقول أو معنويًا، ويعتبر ضرراً معنويًا أي تصرف أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالطرف الآخر إساءة أدبية، وكذلك إصرار الطرف الآخر على الإخلال بالواجبات والحقوق الزوجية المشار إليها في الفصل الثالث من الباب الثالث من هذا القانون...". والملاحظ على هذا النص أنّ المشرع الأردني

<sup>1</sup> - آيت شاولي دليلة، مرجع سابق، ص. 208.

<sup>2</sup> - آيت شاولي دليلة، المرجع نفسه، ص. 208-209.

<sup>3</sup> - طعن رقم 19 لسنة 1945، جلسة 3 نوفمبر، ص. 1516. مقتبس عن محمد الكشور، مرجع سابق، ص. 207.

كان أكثر دقة في صياغته للنص، فهذه الصياغة جعلته قادرا على احتواء صور لأضرار لا تقع تحت الحصر، واشترط المشرع أيضا مثل نظيره المشرع المغربي -الذي وفق إلى حد بعيد في الصياغة- أن يلحق بالطرف المتضرر إساءة أدبية أو كل تصرف مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة، وأيضا الإخلال بالواجبات والحقوق الزوجية.

وتطبيقا لذلك، فإنّ الزوجة إذا لحقتها إساءة من زوجها -بأن كان يمارس اللواط، أو وطأها في غير موضع الحرث والنسل، أو أضرها في جماعها بأن فقدت جنينها من وطأة الجماع مع تحذير الأطباء له من التخفيف في ذلك- فلها الحق أن تطلب من القاضي تطبيقها عنه. ويبدو أنّ المشرع الأردني قد أخذ بالقول الثاني في جواز التفريق لضرر، كما أخذوا بالمعيار الشخصي الذي جاء به فقه المالكية وهو مما لا يجوز شرعا. وباشتراط المشرع أن يكون الضرر مما يلحق بإساءة أدبية أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة كممارسة الجماع علانية، فإنّ كل هذه تعتبر أضرارا لاحقة بالزوجة تميز لها طلب التفريق، والحدير بالقول أنّ هاته المسائل تندرج في إطار الواقع الذي يستقل به قضاة الموضوع بتقديرهم.

أما المشرع العراقي فقد حذا حذو المشرع المصري باستعماله نفس العبارة في جواز التفريق لضرر وهو الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة؛ حيث نص في المادة أربعين الفقرة الأولى من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية: إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية".

والملاحظ على المشرع العراقي، وبالرغم من اعتماده على معيار واحد وهو معيار شخصي مما يستحال معه دوام العشرة، إلا أنه انفرد عن المشرع المصري نوعا ما بإحصائه للأضرار الموجبة للتفريق في ذات المادة من خلال عدة فقرات، ومن بين أهم الأضرار الموجبة للتفريق، والتي تخول للزوجة طلب التطبيق بسبب تعسف الزوج في المعاشرة الزوجية، ممارسة الزوج اللواط بأي وجه من الوجوه طبقا للفقرة الثانية من نفس المادة.

وتطبيقا لذلك، يستشف أنّ المشرع العراقي قد فصل في الضرر الموجب للتفريق عند سرده للضرر بوجه عام في الفقرة الأولى، وتفصيله لجمل الأضرار التي تصيب أحد الزوجين، غير أنّ ما يؤخذ عليه اعتماده على المعيار الشخصي في قياس الضرر؛ لأن الأضرار تختلف باختلاف كل امرأة وتحملها، وتختلف من بيئة لأخرى، ومن واقعة لواقعة، ومن فعل لفعل... فما يعتبر ضررا لامرأة قد لا يعتبر ضررا لأخرى. وعلى كل حال، فقد أخذ المشرع بالقول الثاني في جواز التفريق لضرر، ولم يحدّد حذو الفقه المالكي في قياس الضرر إلى ما لا يجوز شرعا. وتأسيسا على ذلك، يجوز للزوجة التي تعسف الزوج في معاشرتها معاشرة جنسية مضرة أن تطلب التفريق من القاضي لما أصابها من ضرر.

وتأسيسا على ما سلف ذكره، يمكن القول أنّ تعسف الزوج في المعاشرة الزوجية قد يشمل صوراً أخرى للتعسف كتأقيت الزواج، أو أن يتزوج الرجل بالمرأة بهدف المتعة فقط فينتقل في زواجه من امرأة لأخرى وكأنه ينتقل ما بين الدول أو يسافر عبر الأوطان، وفي ظنه أنّ الزواج هو رحلة شيقة تستدعي التجربة فيه أن يجرب

ويتلذذ بمجامعة كل النساء بهدف الاستمتاع فقط، وأيضا من صور التعسف في المعاشرة الزوجية الظهار، الذي يعتبر إهانة للمرأة وفي نفس الوقت تحرم هاته الأخيرة من ممارسة المباشرة الجنسية، وأيضا من صور التعسف في المعاشرة أن يقذف الزوج زوجته أنها مارست الجماع مع غيره بمتانا وزورا؛ فهذه الصورة الأخيرة لا تطال الزوجة فحسب، بل يعتبر من أكبر الأضرار التي تلحق بولده؛ لأنه لاعتن أمه ونفى نسب ابنه منه، وبأنه ابن أمه وأنه ليس من فراشه بل من فراش غيره.

وهذه الصورة الأخيرة أضحت جذورها متفرعة على أرض الواقع لكثرتها في الآونة الأخيرة نتيجة التطور الذي واكبته المجتمعات، وأيضا نتيجة انفلات الأفراد من قيم وأخلاق الشريعة الإسلامية الغراء، ونظرا لأهمية هذه الصورة وكثرتها، تستدعي الدراسة التطرق إليها من خلال طرح سؤال يستدعي الإجابة عليه، فما حكم تعسف الزوج في ملاءنة زوجته؟ وكيف نظرت التشريعات العربية إلى هاته المسألة؟ وما هو الجزاء الذي ترتب في حالة تعسف الزوج في ملاءنة زوجته ونفى نسب ابنه له؟ أو بالأحرى، فيمّ يتمثل تعسف الأب في استعمال حق الأبوة، واستعمال اسمه ونسبه تجاه أبنائه؟

### ثالثا: تعسف الزوج في استعمال حق اللعان

سنشير في هذه النقطة إلى موقف الفقه الإسلامي من حكم تعسف الزوج في استعمال حق اللعان (أ)، وبعدها نتعرض إلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من ذلك (ب).

### أ- موقف الفقه الإسلامي من حكم تعسف الزوج في استعمال حق اللعان

يعتبر اللعان وسيلة من وسائل نفي النسب، ويجب ألا يتم من الناحية الشرعية والقانونية إلا بحكم يصدر عن سلطة القضاء، بناء على دعوى من الزوج ترمي إلى تطبيق إجراءاته وأحكامه، ويكون ذلك من خلال صورتين: أن يدعي أنه رأى زوجته تزني وأن ينفي حملها عنه، والصورة الثانية تتضمن في أصلها قذف الزوج زوجته بالزنا أيضا؛ وأما الصورة الأولى في قذف الزوج زوجته بالزنا فقد لا يتضمن نفي نسب ولدها أو حملها منه إلا إذا صرح بذلك. وتطبيقا لما سلف ذكره، فإن صور الدعاوى التي يجب بها اللعان تكون إحداها زنا والثانية دعوى نفي الحمل إذا صرح الزوج بنفيه، ودعوى الزنا لا يخلو أن تكون مشاهدة؛ بمعنى أن يدعي أنه شاهدها تزني كما يشهد الشاهد على الزنا، أو تكون دعوى مطلقة، وإذا نفى الحمل فلا يخلو أن ينفيه أيضا نفيا مطلقا، أو يزعم أنه لم يقربها بعد استبرائها. وتأسيسا على ذلك، فدعوى اللعان لا تكون بدون سبب تؤسس عليه.

وبناء على ذلك، فإذا ادعى الزوج أنّ زوجته زانية ونفى حملها منه بدون أي مبرر يكون متعسفا في استعمال حق اللعان، ويكون تعسف الزوج في استعمال هذا الحق إذا ادعى أنه كان يعزل في جماعه مع زوجته وأنّ الولد الذي أتت به الزوجة ليس منه، أو أن يدعي أنّ المولود الذي جاءت به لا يشبهه، أو أنه كان يتصل بزوجه بين فخذيه لا غير ولم يصل الأمر إلى الوطاء فينفي نسب ابنه منه، أو يدعي أنه كان يجامعها في دبرها

ولم يجامعها في قبلها فينفي حملها منه<sup>1</sup>، وعلى ذلك قال الخرشي: "أنّ اللعان لا يعتمد فيه على عزل ولا مشابحة لغيره ولا بسواد ولا وطء بين الفخذين إن أنزل ولا وطء بغير إنزال قبله ولم يبيل...<sup>2</sup>".

وتطبيقا لذلك، فإنّ الزوج يعتبر متعسفا في استعمال حق اللعان وفق هذه الصور، ولا تقبل دعواه إذا أسس لعانه على ذلك. والجدير بالذكر في هذا الشأن أنّ الزوج حين استعماله لحقه في اللعان بشكل تعسفي لا يضر الزوجة فحسب، بل يضر حتى ابنه، بل إنّ الضرر الذي يلحق بابنه أكبر من الضرر الذي يلحق بأمه. وإضافة إلى الصور التي لا يعتد فيه باللعان، أسس الفقهاء صورة أخرى لا يعتد فيها بلعان الزوج أيضا، والمتمثلة في وقت نفي النسب؛ وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا حصل اللعان بين الزوجين واختلت الثقة والمحبة بينهما، فاقتضى ذلك وجوب الفرقة بينهما. كما اتفقوا على أنه لو علم الزوج بالحمل أو الولادة وسكت عن نفيه بعد علمه، ثم أراد بعد ذلك أن ينفيه فلا يجوز ذلك، ولكنهم اختلفوا في تحديد المدة التي يجوز فيها اللعان لنفي الولد عنه، كما اختلفوا في الفرقة التي تقع بين الزوجين ما إن كانت تعتبر فسحا أم طلاقا، وما إن كانت تستوجب حرمة مؤبدة أم مؤقتة.

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأبو يوسف من الأحناف، إلى اعتبار الفرقة التي تقع باللعان أنها فسخ للنكاح وليست بطلاق؛ وحثهم في ذلك أنّ الفرقة تقتضي تحريما مؤبدا فكانت فسحا كفرقة الرضاع، وقالوا أنّ الحياة الزوجية مبنية على المحبة والثقة، وأي ثقة يتبادلها زوجان تم اللعان بينهما أمام جماهير الناس، وأما بالنسبة للوقت الذي يعتبر فيه الزوج متعسفا في اللعان إذا نفى فيه الحمل ولا يعتد بنفيه للحمل إذا تجاوز ذلك الوقت، فقد أجمع فقهاء هذا الرأي أن ينفيه وهي حامل؛ فقد قال مالك: "أنه متى لم ينفه وهي حامل فلا يجوز له أنه ينفي بعد الولادة بلعان"، وهو ذات القول الذي جاء به الشافعية على أنه إذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له أن ينفيه بعد الولادة. وتطبيقا لذلك، فهم يرون أنه إذا ظهر بامرأته حمل فترك أن ينفيه لم يكن له نفيه بعد سكوته؛ لأنّ سكوته بعد العلم يكون قد رضا به، كما لو أقر به ثم ينفيه، فإنه لا يقبل منه<sup>3</sup>.

وذهب الحنفية، وسعيد بن المسيب، وإبراهيم، والشعبي، وابن جبير، إلى اعتبار فرقة اللعان بأنها طلاق بائن قياسا على فرقة الغبن لدى الحاكم، وأنها فرقة من جانب الرجل توجب حرمة مؤقتة كسائر أنواع الفرقة

<sup>1</sup> - انظر. شوقي بناسي، نحو صياغة قانونية لفقہ اللعان في قانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، م.6، ع.1، د.ب.ن، أبريل 2019، ص.14. محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.12، مرجع سابق، ص.185.

<sup>2</sup> - راجع. أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر خليل، ج.4، باب اللعان، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية الفكر، ببولاق مصر، لسنة 1317هـ، ص.ص.167-168.

<sup>3</sup> - انظر. محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.12، مرجع سابق، ص.190. الغات ريحة، التفريق باللعان (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الدراسات القانونية، م.6، ع.1، جامعة يحي فارس بالمدينة-الجزائر-، لسنة جانفي 2020، ص.27. وبين قوية سامية، أثر البصمة الوراثية في اللعان دراسة فقهية قانونية (القانون الأردني والجزائري أنموذجا)، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، م.5، ع.1، د.ب.ن، ديسمبر 2019، ص.209.

التي تتم بحكم القضاء، ويرون أنه إذا كذب الزوج نفسه بعد اللعان والفرقة وأقيم عليه حد القذف، فإنّ له أن يعود إلى زوجته بعقد جديد. كما يرون أيضا أنّ فرقة اللعان تكون بحكم الحاكم؛ فكل فرقة من جانب الحاكم لا توجب التحريم المؤبد كالتفريق بسبب العيب، حتى ولو كذب الملاح عن نفسه بعد أن تم اللعان وقبل وقوع الفرقة، وقد قال بهذا الرأي أيضا أبو يوسف، مع أنه من القائلين بالتحريم المؤبد في فرقة اللعان<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لوقت نفي الحمل منه، فقد قال الحنفية بعدم جواز اللعان بعد الزوجين بنفي الحمل قبل الوضع، أي الولادة. وعليه، فإذا علم الزوج بأنّ الحمل ليس منه ولم ينفه بعد الوضع وسكت، فلا ينتفى نسب الطفل منه، ويعتبر متعسفا إذا استعمل حقه في اللعان، كما يعتبر متعسفا إذا نفى حملها منه قبل الوضع، واعتبره من قبيل التعسف ولم يجيزوا اللعان؛ حيث قالوا أنّ الحمل ليس بشيء، لأنّ الزوج لا يدري كون ما في بطن زوجته، وأنّ اللعان بمنزلة الحد في قذف المرأة الأجنبية عن الزوج، فلا يجوز إقامة الحد مع الشبهة، فضلا عن كون نفي الولد يحتاج في هذه الحالة إلى تأمل، وإنّ القذف بنفي الحمل فيه معنى القذف المضاف إلى الولادة، والقذف لا يحتمل الإضافة ولا التعليق على شرط، ويرون أنه إذا علق القذف بشرط لم يجب الحد ولا اللعان<sup>2</sup>.

## ب- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوج في استعمال حق اللعان

سنشير في البدء إلى موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوج في استعمال حق اللعان (01)، وبعدها نتعرض إلى موقف التشريعات العربية من ذلك أيضا (02).

### 1- موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوج في استعمال حق اللعان

لم ينص المشرع الجزائري على مسألة اللعان ولا على حكم تعسف الزوج في استعمال هذا الحق، ولا على الفرقة التي تقع بين الزوجين في حالة اللعان، وإنما تعرض له فقط في باب النسب، غير أنه بالرجوع إلى المستوى القضائي نجد قرارًا صادرًا عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/10/28، أقرت المحكمة فيه على وجوب التحريم المؤبد بين الزوجين في حالة اللعان؛ حيث قضت: "بتأييد الحكم القاضي بفسخ عقد الزواج مع التحريم المؤبد وإلحاق نسب الولد بأمه ... وأنّ اللعان لا يتم بالمحكمة وإنما بالمسجد ... حيث أنّ اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق، وفي أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه"<sup>3</sup>، كما جاء في قرار آخر بتاريخ 1991/04/23: "من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين ..."<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - إلغات ريحة، المرجع نفسه، ص. 29.

<sup>2</sup> - بن قوية سامية، مرجع سابق، ص. 209.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1997/10/28، رقم 172379، ن.ق، ع. 54، لسنة 1999، ص. 103.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1991/04/23، رقم 69798، م.ق، ع. 3، لسنة 1994، ص. 54.

وتطبيقا لهاذين القرارين، يكون القانون الجزائري -من خلال تطبيقاته القضائية- قد حذا حذو ما اتفق عليه جمهور الفقهاء بوجود الفرقة المؤبدة، وتكون هذه الفرقة عبارة عن فسخ لعقد الزواج. أما بالنسبة للمدة التي ينتفي فيها حملها عنه، والتي يجوز للزوج فيها أن ينفي نسبه من ابنه ولا يجوز له ذلك بعد فواتها، فقد اكتفى المشرع الجزائري -من خلال القانون السالف ذكره- بالنص على الانتفاء بالطرق المشروعة من خلال المادة 41، التي جاء فيها: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

وتطبيقا لذلك، يكون المشرع قد أحدث فراغا قانونيا في هذه المسألة، وبالرغم من ذلك لم يسكت القضاء الجزائري عن تحديد المدة من خلال اجتهاداته، فقد ورد في حكم صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/10/20 التي قضت فيه: "... ومن المقرر أيضا أنّ نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا؛ ومتى تبين -في قضية الحال- أنّ العارض لم يثبت غيابه الدائم عن البيت الزوجي، وتمسك بأنّ البنت ولدت في مدة تقل عن ستة أشهر من عودته إلى التراب الوطني، كما أنه لم ينف النسب بالطرق المشروعة قانونا، فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بقاعدة الولد للفراش ما دامت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

وبناء على ذلك، فإنّ وقت اللعان أو نفي النسب يعتد به من يوم العلم بالحمل. وعلى ذلك، يكون المشرع قد أخذ برأي الجمهور في جواز اللعان وانتفاء النسب في وقت الحمل، فإذا علم الزوج بأنّ زوجته حامل من غيره ولم يرفع دعوى اللعان إلى أن وضعت مولودها سقط حقه في رفع دعوى اللعان، وقد صدر حكم قضائي عن المحكمة العليا بتاريخ 1985/02/28: "من المقرر شرعا أنّ دعوى اللعان لا تقبل إذا أخرجت ولو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل، أو الوضع، أو رؤية الزنا. ويكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البت في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين لكل واحد من الطرفين، إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوما من علمه بوضع زوجته حملها"<sup>2</sup>، وقد حدد القضاء الجزائري أجل ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه، وتسقط دعوى اللعان بعد مرور هذا الأجل<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لتعسف الزوج في استعمال حق اللعان، فإنه وبالرغم من عدم نص المشرع على ذلك، إلا أنه أعطى للزوجة حق رفع طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ويعتبر من قبيل الأضرار التي تصيب الزوجة معنويا اتهامها بالزنا، وذلك عن طريق اللعان، وهذا طبقا لنص المادة 53 ف 10 من قانون 02-05 المتعلق

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1998/10/20، رقم 204821، ع.خ، لسنة 2001، ص.82.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1985/02/25، رقم 35934. مقتبس عن بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.47.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1997/10/28، رقم 172379، ن.ق، ع.54، لسنة 1999، ص.103.

بقانون الأسرة، والتي جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ... كل ضرر معتبر شرعا". كما أجازت المادة 53 مكرر للقاضي - في حالة الحكم بالتطليق - أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، ويلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد منح في هذه المسألة الحكم بالتعويض وفق سلطته التقديرية، فإذا وجد القاضي مبررا لذلك حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

ولقد ورد في حكم قضائي صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23: "من المقرر قانونا أن يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا"، ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، "ولما كان ثابتا أنّ الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج، فإنّ تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإنّ القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من ق.أ، قد طبقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

## 2- موقف التشريعات العربية من تعسف الزوج في استعمال حق اللعان

بالرجوع إلى المشرع المغربي، نجد أنه هو الآخر لم ينص في التعديل الجديد لمدونة الأسرة على حكم اللعان، غير أنّ مدونة الأحوال الشخصية الملغاة قد تبنت موقف جمهور الفقهاء في أنّ الفرقة التي تقع بين الزوجين تكون مؤبدة، وهي فرقة من نوع فسخ للنكاح<sup>2</sup>. أما بالنسبة لمسألة الوقت لنفي النسب، فقد أخذ المشرع المغربي بقول جمهور الفقهاء الذين قالوا أنه إذا ظهر بامرأته حمل فترك أن ينفيه لم يكن له نفيه بعد سكوته، فقد قرر المجلس الأعلى انطلاقا من الفقه المالكي، وهو القول الذي جاء به جمهور الفقهاء بسقوط نفيه بعد علمه بحملها؛ حيث جاء في حيثيات القرار: "... إذا علم الزوج بالحمل وسكت فلا يسمع قوله بنفي النسب ولا يمكن من اللعان..."<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لتعسف الزوج في استعمال حق اللعان، فحسب قرار المجلس الأعلى أنّ الاتهام بالزنا يمثل ضررا أدبيا يبيح للمرأة طلب التطليق تطبيقا لمقتضيات الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة<sup>4</sup>. كما أجازت مدونة الأسرة الجديدة للزوجة طلب التطليق لكل ضرر أو سلوك مشين يلحق بإساءة أدبية للزوجة تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية، وهذا طبقا للفقرة الثانية من نص المادة 99: "يعتبر ضررا مبررا للتطليق كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية ومعنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية".

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1997/12/23، رقم 181648، م.ق، ع.01، لسنة 1997، ص.49.

2- محمد الكشيبور، مرجع سابق، ص.453.

3- قرار المجلس الأعلى الصادر في 5 يوليوز 1975، م.ق، ع.23، ص.34. وما بعدها. مقتبس عن محمد الكشيبور، المرجع نفسه، ص.449.

4- محمد الكشيبور، المرجع نفسه، ص.456.



ولقد ورد في حكم ابتدائي صادر عن محكمة الناظر بتاريخ 19 جوان 2006 على أنه: "حيث التمسست المدعية تطليقها من المدعى عليه طليقة واحد بائنة للضرر الناتج عن اتهام الزوج لها يكون البنت ... ليست من صلبه؛ وحيث أنه وفقا لمقتضيات المادة 99 من مدونة الأسرة في فقرتها الثانية، فإنه يعتبر ضررا مبررا لطلب التطليق كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادة على الاستمرار في العلاقة الزوجية؛ وحيث ثبت للمحكمة من خلال وثائق الملف وما تضمنته جلسات البحث والصلح أنّ ادعاء الزوج بأنّ البنت ... ليست من صلبه دون إدلائه بدلائل قوية على ادعائه أو سلوك مسطرة اللعان، ألحق بالزوجة إساءة معنوية جعلتها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية، مادام أنه اتهمها بموجب ادعائه بأنها أتت بالبنت من الزنا، وبتالي فإنّ الادعاء المكرر يشكل وعاءً للضرر المبرر للتطليق المنصوص عليه في المادة 99 من مدونة الأسرة، خاصة وأنّ المدعية أصرت على طلبها الرامي إلى التطليق والمدعى عليه رفض الصلح معها بجلسة الصلح المنعقدة لهذه الغاية، وبذلك يكون هذا الطلب مؤسسا ويتعين الاستجابة له"<sup>1</sup>.

كما أجاز المجلس الأعلى للزوجة أن تطلب التطليق إذا اتهمها زوجها بالزنا؛ حيث جاء في قرار صادر عنه بتاريخ 1987/07/21 على أنّ: "اتهام الزوج لزوجته بالزنا يعد إضرارا بها يحق لها أن تطلب الطلاق منه لهذا السبب لقول خليل إن قذفها بزنا في نكاحها"<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمشرع التونسي فلم ينص هو الآخر على مسألة حكم اللعان، وقد أجاز -مثله مثل المشرع الجزائري والمغربي- للزوجة أن تطلب التطليق إذا أضرت بها ماديا أو معنويا طبقا للفقرة الثالثة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية، والتي جاء فيها: "يحكم بالطلاق ... بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر ...". ويعتبر اتهام الزوج لزوجته بالزنا من قبيل الأضرار التي توجب للزوجة أن تطلب من خلالها التفريق. وأما بالنسبة لوقت نفي النسب فلم يتعرض له المشرع التونسي من خلال مجلة الأحوال الشخصية.

وبالعودة إلى المشرع المصري نجد أنه هو الآخر لم يتعرض لمسألة حكم اللعان من خلال قانون الأحوال الشخصية، غير أنه - كما سبق وأن ذكرنا - للزوجة الحق في أن تطلب التطليق إذا أصابها ضررٌ يستحيل معه دوام العشرة بين مثيلاتها، طبقا للمادة 6 من القانون رقم (25) لسنة 1929. وقد صرحت محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها بتاريخ 1945 بأنّ اتهام الزوج لزوجته بالزنا وحكمت المحكمة ببراءتها من ذلك الفعل يعتبر ضرراً يوجب التفريق<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة الابتدائية بالناظر، بتاريخ 2006/06/19، مقتبس عن خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 481.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، بتاريخ 1987/07/21، مقتبس عن خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 478.

<sup>3</sup> - طعن رقم 19 لسنة 1945، جلسة 3 نوفمبر، ص. 1516، مقتبس عن محمد الكشور، مرجع سابق، ص. 207.

وعليه، فإذا تعسف الزوج في استعمال حق اللعان واتهم زوجته بالزنا، وبرأتها المحكمة من ذلك الفعل، يعتبر مبرراً يميز للزوجة أن تطلب التفريق؛ لأن هذا الضرر يعتبر من الأضرار التي يستحيل معها دوام العشرة بين الزوجين، بل حتى لو لم تطلب الزوجة التفريق في اللعان، فإن المحكمة تفرق بينهما وفق ما جاءت به الشريعة الإسلامية السمحاء<sup>1</sup>. كما لم يتعرض المشرع المصري لمسألة وقت نفي النسب في قانون الأحوال الشخصية.

أما بالنسبة للقانون الأردني، فقد أخذ بموقف جمهور الفقهاء في حكم اللعان؛ الذين قالوا بأن فرقة اللعان تقع فسخاً، وذلك من خلال نصه صراحة في المادة 165 الفقرة (أ) من قانون الأحوال الشخصية، التي جاء فيها على أنه: "يترتب على اللعان بين الزوجين فسخ عقد زواجهما". غير أنّ المشرع الأردني لم يأخذ بقول كل المذهب؛ فقد اعتبر الفرقة التي تقع في اللعان فرقة مؤقتة، تجيز للزوج الرجوع إلى زوجته بعقد جديد بعد أن يكذب نفسه؛ وهذا يعني أنّ المشرع قد أخذ في مسألة تأقيت الفرقة بقول الحنفية والتابعين ممن قالوا

<sup>1</sup> - فقد جاء في حكم قضائي لمحكمة الزقازيق الكلية للأحوال الشخصية بتاريخ 1997/06/28، قضية تدور حول ملاءمة الزوج لزوجته، ونفي نسب ابنته منه تعسفاً في استعمال حق الملاءمة؛ حيث تدور أحداث القضية رقم 635 لسنة 1995 بشمال القاهرة، "أنه بتاريخ 1994/02/10 تم عقد زواج، وبتاريخ 1994/10/17 تم الدخول بالزوجة، ثم تبين حسب إدعاءات الزوج أنّ الزوجة ليست بكرًا، وحسب إدعاءاته قال أنه: من تاريخ دخولي على الزوجة حتى أواخر شهر ديسمبر من سنة 1994 وأنا أرى متاعب صحية تنتاب زوجتي، وهي تدعي أنّها مجرد آلام بالبطن، حتى فوجئت بأنّها حامل في أواخر الشهر السابع، ولم يبق الوضع سوى شهر ونصف على وجه التحديد. حيث قال أنّها: زفت إليه بتاريخ 1994/10/17، ومنذ ثلاثة (03) أشهر فقط وهي حامل في شهرها السابع، فهذا الحمل إذن ليس مني، وأنا أطالب بنفيه لتأكيدي ويقيني أنه حال دخولي عليها كانت تحمل هذا الحمل في أحشائها من شخص آخر غيري.

أما الزوجة فقد صرحت في أقوالها أنّ: المدعي زوجها دخل بها بتاريخ العقد؛ أي بتاريخ 1994/02/10 وليس بتاريخ 1994/10/17 كما يدعي، وهذا الحمل منه. وقدمت شهادة الميلاد للمحكمة. وقد أشهدت الزوجة شاهدين بأنّ عقد القران والدخلة كانا في نفس تاريخ العقد؛ أي في 1994/02/10، وقد أدلى أحد الشهود أنه قد قام بتوصيل العروسين إلى منزل الزوجية، وأنّ المدعي كان يقيم فيه، ويتردد على المدعي عليها منذ أن عقد عليها. وصرح شهود الزوج أنّهم حضروا الزفاف، كما شهدوا المنقولات، وصرحوا أيضاً بأنهم لا يعلمون ما إذا كان المدعي دخل بزوجه أم لا، كما أضافوا أنّهم لا يعلمون بإنجاب الطفلة إلا خارج جلسة المحكمة الآن.

ولقد حكمت المحكمة -بعد عدة جلسات- بتوجيه يمين اللعان بين الزوجين، وقاما بتأديته أمام المحكمة، وهذا في جلسة 1998/05/11؛ ثم أجابت المحكمة طلب الزوجة بإحالة الطفلة على الطب الشرعي لإجراء البصمة الوراثية للتأكد من نسب الطفلة، وهذا في الجلسة بتاريخ 1998/07/27. وبتاريخ 2001/04/19 جاء في تقرير الطب الشرعي أنه: "بعد إجراء الفحوصات الطبية على الطفلة ب"ب"، ونتائج التحاليل الطبية الخاصة بفصائل الدم الرئيسة والفرعية، وتحليل الحامض النووي (DNA)، يمكن القول بأنّ الطفلة ب"ب" هي ثمرة زواج المدعي والدة الطفلة".

وبتاريخ 2001/04/30 قررت المحكمة عرض القضية على دار الإفتاء المصرية؛ فجاء في قرار دار الإفتاء المصرية في القضية رقم (635) لسنة 1995، وبعد مقدمات عن أسباب ثبوت النسب التي هي الفراش، والإقرار، والبينة، وبعد عرض أقوال الفقهاء في مسألة أقل مدة للحمل وأكثره، واستعراض النصوص الشرعية الخاصة باللعان من الكتاب والسنة، انتهت دار الإفتاء المصرية إلى ما يلي:

\* يفرق بين الزوجين المتلاعنين، ولا يجتمعان أبداً.

\* يثبت نسب الطفلة ب"ب" المولودة بتاريخ 1995/03/19 إلى والدها المدعي.

حكم محكمة الزقازيق للأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/06/28. مقتبس عن شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان -الجزائر-، لسنة 2013-2014، ص.ص. 408-409.

بذلك، وهذا طبقاً لنص المادة 28 الفقرة (ح) التي جاء فيها: "يحرم بصفة مؤقتة: ... الزواج ممن لاعنها إلا إذا أكذب نفسه وتحقق القاضي من ذلك".

وفيما يخص الوقت الذي يعتد فيه لنفي النسب ولا يعتد بفواته، فقد أخذ المشرع الأردني -على غرار التشريع الجزائري من خلال تطبيقاته، وكذا المشرع المغربي من خلال تطبيقاته أيضاً- برأي الحنفية، الذي قال أنه لا يعتد بوقت نفي النسب إلا بعد الوضع وهذا طبقاً للمادة 163 الفقرة (ج): "يُمْتَنَعُ عَلَى الرَّجُلِ اللَّعَانُ لِنَفْيِ نَسَبِ الْحَمْلِ أَوْ الْوَلَدِ فِي أَيِّ مِنَ الْحَالَاتِ التَّالِيَةِ: بَعْدَ مَرُورِ شَهْرٍ عَلَى وَقْتِ الْوِلَادَةِ أَوْ الْعِلْمِ بِهَا، إِذَا اعْتَرَفَ بِالنَّسَبِ صِرَاحَةً أَوْ ضَمْنِيًّا، إِذَا ثَبِتَ بِالْوَسَائِلِ الْعِلْمِيَّةِ الْقَطْعِيَّةِ أَنَّ الْحَمْلَ أَوْ الْوَلَدَ لَهُ". وعليه، فإذا نفى الزوج نسبه من الحمل بعد فوات الأجل عن طريق اللعان لا يعتد بلعانه وينسب الولد له. أما بالنسبة للضرر الذي يصيب الزوجة نتيجة تعسف الزوج في استعمال حق اللعان فقد أجازت المادة 126 من نفس القانون للزوجة أن تطلب التفريق؛ حيث جاء في نص المادة: "لأي من الزوجين أن يطلب التفريق للشقاق والنزاع إذا ادعى ضرراً لحق به من طرف الآخر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، سواء كان الضرر حسيًا كالإيذاء بالفعل أو بالقول أو معنويًا، ويعتبر ضررًا معنويًا أي تصرف أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالطرف الآخر إساءة أدبية، وكذلك إصرار الطرف الآخر على الإخلال بالواجبات والحقوق الزوجية المشار إليها في الفصل الثالث من الباب الثالث من هذا القانون...". وعليه، يعتبر اتهام الزوجة بالزنا من قبيل السلوكات المشينة، أو التصرفات المضرة والمخلّة بالأخلاق الحميدة، والتي تميز للزوجة أن تطلب من خلالها التفريق.

وبالرجوع إلى القانون العراقي، نجد أنه لم يتطرق صراحة -مثل مثله مثل بقية التشريعات العربية باستثناء المشرع الأردني- إلى حكم اللعان، ولم يتعرض أيضاً إلى وقت نفي النسب، تاركاً الأمر إلى ما قضت به الشريعة الإسلامية، أما بالنسبة لتعسف الزوج في الإضرار بزوجه معنوياً كاتهامها بالزنا، فقد أشار المشرع إلى ذلك من خلال نص المادة أربعين الفقرة الأولى من قانون الأحوال الشخصية، على أنه: "لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية: إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية". وتطبيقاً لهذا النص، يعتبر تعسف الزوج في اتهام زوجته بالزنا عن طريق اللعان مع ثبوت براءتها من هذا الاتهام، من قبيل الأضرار التي توجب لها طلب التفريق. وبالنسبة لنوع الفرقة فلم يتعرض المشرع العراقي إليها لا في باب التطليق ولا في باب أنواع المحرمات.

وبعد ما تمت الإشارة إلى صور تعسف الزوج من خلال المعاشرة الجنسية المضرة بالمرأة بمختلف صورها وأنواعها، وأيضاً تعسف الزوج في استخدام حق اللعان الذي لا يترتب ضرره على الزوجة فحسب بل حتى على الأبناء وسمعتهم، وحتى نضبط الفعل التعسفي للزوج في استعمال حق المعاشرة، لابد من تبيان معايير تعسف الزوج في استخدام حق المعاشرة الزوجية. وعليه، فما هي معايير التعسف في استعمال حق المعاشرة الزوجية؟

## الفرع الثاني

### معايير تعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية

سبق وأنا ذكرنا أنّ المعاشرة الزوجية تقتضي حسن المعاشرة الجنسية من إعطاء الزوجة الحق في الاستمتاع مثلها مثله، وعدم الامتناع عنها بهجرها، وكذلك على الزوج أن يتجنب إلحاق الضرر بها عند قيامه بالجماع، وكذلك ألا يتهمها بالزنا بهتاناً وزوراً، وحتى نضبط الفعل التعسفي للزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية، لا بد من تبيان المعايير الذاتية للفعل التعسفي، أو ما يسمى بالمعايير الشخصية لتعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية (أولاً)، وأيضاً المعايير الموضوعية لتعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية (ثانياً).

### أولاً: المعايير الذاتية (الشخصية) لتعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية

تتمثل المعايير الذاتية أو الشخصية في ضبط الفعل التعسفي لاستعمال الزوج حق المعاشرة الزوجية في معيار قصد الإضرار (أ)، ومعيار المصلحة غير المشروعة (ب).

#### أ- معيار قصد الإضرار

ويمكن إعمال هذا المعيار إذا تعنت الزوج في هجر زوجته والامتناع عن معاشرتها بقصد الإضرار بها<sup>1</sup>، ويمكن أن نستخلص ذلك من خلال القرائن الدالة، وتتجسد هذه القرائن في هجره للمضجع لمدة طويلة بدون سبب أو لمصلحة غير مشروعة يتغيهاها من ذلك، أو علمه برغبتها في الجماع ويمتنع عن وطئها، كما يمكن تطبيق هذا المعيار إذا كانت لها رغبة في الإنجاب وكان يتعمد في جماعها إنزال مائه خارج فرجها؛ وذلك بأن كان يعزل في الجماع حتى لا تحبل زوجته، وكذلك يتمحض قصد الإضرار إذا تعنت في الإضرار بها بأن بالغ في جماعها لحد الإضرار مع تحذير الأطباء له بالتقليل من ذلك وهي حامل، وكانت قد أجهضت وخيف عليها تكرار الإجهاض فيتعمد في إضرارها حتى تجهض، خاصة إذا كانت له مصلحة في الإجهاض وكانت له رغبة في فك الرابطة الزوجية؛ وذلك من أجل أن لا يكون له ولد للإنفاق عليه، وكذلك يتمحض قصد الإضرار في العزل في الوطء حتى يبقى على جمالها وقدما واعتدالها ورشاقتها، وتكون فقط صالحة للاستمتاع فحسب.

ويمكن ضبط الفعل التعسفي وفق هذا المعيار أيضاً في تعمد الزوج الإضرار بزوجه جسدياً ومعنويًا بأن يأتيها في الدبر أو يأتيها وهي حائض أو نفساء، وكذلك يطبق معيار قصد الإضرار في تخيير وسيلة مضرة بالزوجة كجماعها في رمضان، أو وطئها وهي صائمة صيام دين، أو وطئها وهي محرمة في حج، فهذه كلها قرائن تدل على قصد الزوج في الإضرار بزوجه، والشريعة الإسلامية نعت صاحب المصلحة أو المكلف من الإضرار حين استعمال حقه لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر. الصفحة 37، 38 من هذه الدراسة.

<sup>2</sup> - سبق تخريجه.

## ب- معيار المصلحة غير المشروعة

ويطبق معيار المصلحة غير المشروعة إذا كان الزوج يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة من العزل أثناء الجماع؛ بأن كانت له رغبة في فك الرابطة الزوجية حتى لا يكون له أبناء ينفق عليهم بعد طلاقه، أو كان يعزل في جماعه حتى لا يحصل له نسل، مع أنّ من مقاصد الشرع في الخلق الحفاظ على النسل، ويعتبر النسل من أهم مقاصد الشريعة التي وجب على الزوجين أن يتغياها، فالمفروض على صاحب الحق والمتمثل في الزوج أن يوافق قصده مع قصد الشارع من تشريع المعاشرة الجنسية، ومن أهم المقاصد الشرعية في المعاشرة الجنسية تحصيل النسل وحفظه، وكذلك يمكن إعمال هذا المعيار إذا كان يرمي من خلال اتهام زوجته بالزنا إلى تشويه سمعتها<sup>1</sup>.

### ثانياً: المعايير الموضوعية لتعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية

وتتجسد المعايير الموضوعية لتعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية من خلال: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة (أ)، ومعيار الضرر الفاحش (ب).

#### أ- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

ويمكن إعمال معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة من إعمال ضابط اختلال مصلحتين فرديتين؛ ويتمثل ذلك في هجر الزوج لزوجته نتيجة نشوزها ومبالغته في الهجر لمدة تفوق أربعة أشهر، مع علمه برجوعها من نشوزها ورغبت في جماعه وامتنع بغير وجه حق، وخشيت أن تقع في الحرام، أو كان يعزل في جماعه حتى لا ينجبوا الأولاد ويتحرج منهم لعدم استطاعته الإنفاق عليهم وكانت للزوجة رغبة مثلاً في إنجاب الإناث لأنّ خلفتها الأولى كانت ذكوراً، أو كان يعزل لأنه كان يتحرج من خلفتها للبنات وكان يحس بالخزي والعار من ذلك فيجامعها وينزع عند الإنزال، أو كان يجامعها وهي صائمة لقضاء دينها ليحصل حقه في اللذة، دون أن يراعي المفسدة التي تحل بها لأنها غير قادرة على إتمام دينها في الصيام.

وكذلك يمكن تطبيق معيار اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين إذا قضى وطره منها قبل أن تقضي وطرها منه، فهنا تشعر بالاشتمزاز وتغتاظ من ذلك الفعل؛ لأنها لم تقض حقها من الجماع والمتعة، فتعتبر مفسدة لها بالرغم من تحقيق مصلحته، والشرع يقول أنه إذا تعارضت مفسدة مع مصلحة قدم دفع المفسدة غالباً؛ أي المفسدة التي حلت بالزوجة بعدم قضاء وطرها من الزوج، أو بإفطارها بالجماع وهي تقضي دينها؛ وذلك لأنّ الشرع كان شديداً في الاعتناء بالمنهيات أكثر من المأمورات، كما أنّ الشرع يحصل الأصلح بتفويت الصالح، كما يدرأ الأفسد بارتكاب الفاسد<sup>2</sup>. ويمكن إعمال قاعدة "الضرر يزال" وفق هذه الصور، مثل تعمد

<sup>1</sup> - انظر. الصفحة 39 من هذه الدراسة.

<sup>2</sup> - عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج.2، مرجع سابق، ص.75.

الزوج هجر زوجته لمدة تفوق أربعة أشهر بدون مبرر، فترفع الزوجة أمرها إلى القاضي فيعزره ليرتدع عن الإضرار بها ويعزف عن هجره لها<sup>1</sup>.

### ب- معيار الضرر الفاحش

ويمكن إعمال معيار الضرر الفاحش إذا وطأ الزوج زوجته في دبرها وهي كارهة<sup>2</sup>، أو جامع زوجته في نهار رمضان، أو وهي صائمة لقضاء دين وكرر ذلك كلما صامت دينها، أو جامعها وهي محرمة في حج من أجل أن يفسد عليها حجتها، خاصة وإن كان قد أدى فريضة الحج قبلها، أو كان يقوم بالعزل في جماعه دون استئذائها مع علمه برغبتها في الإنجاب. وكذلك يمكن تطبيق هذا المعيار إذا أضرها بجماعها وكانت صغيرة واجترحت لعدم تحملها الإطاقة الجنسية، أو بالغ في جماعه وهي في الشهور الأولى للحمل بعد تعرضها لعملية إجهاض، وكان الأطباء قد نصحوه بعدم الجماع أو التقليل منه، فأجهضت نتيجة للتعنت في مبالغة الجماع وخسرت جنينها، فيعتبر هذا ضررا فاحشا أحل بها.

ويعتبر أيضا من قبيل الضرر الفاحش اتهامه لها بالزنا وتشهيره بذلك رغم أن المحكمة برأتها، وكذلك نفي نسب ولده منه حتى لا ينفق عليه؛ وهذا بهدف إفساد سمعتها وسمعة ابنها، فكلها أضرار فاحشة تحل بالزوجة نتيجة لعان الزوج لها ولابنها، ويعتبر من قبيل الضرر الفاحش أن يجمع مطلقته البائنة منه؛ وهذا بغرض تشويه سمعتها حتى لا يتزوجها آخر. وكذلك يعتبر من قبيل الضرر الفاحش إذا كان يمارس اللواط وأصيب بمرض الزهري أو الإيدز، فيجامعها لينقل إليها المرض. كل هذه أضرار فاحشة تحل بالزوجة نتيجة تعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية، والقاعدة الشرعية دائما تحثنا على عدم الإضرار "فلا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup>.

وعليه، يتضح من خلال ما سبق ذكره أن المعاشرة بالمعروف تعتبر من أهم الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، خاصة وأنها ستتمخض عنها مودة ورحمة بينهما، والتي تعتبر أهم ثمرات الزواج، وتمثل المعاشرة بالمعروف - كما سبقت الإشارة إليه - في حق استمتاع كل طرف بصاحبه بما يقتضيه هذا الاستمتاع من آداب المعاشرة، والتي بينتها الشريعة الإسلامية من خلال نصوص قرآنية وأحاديث شريفة، كما يقتضي حسن المعاشرة تبادل الاحترام والثقة بينهما، وعدم تخوين أحدهما لصاحبه، وباعتبار أن العصمة للرجل في العلاقة الزوجية، وباعتبار - أيضا - حق المعاشرة الجنسية ليست واجبة على الزوجة فحسب بل وحتى على الزوج، فعلى هذا الأخير ألا يتعسف في استعمال هذا الحق الذي شرعه الله له لتحقيق مقاصد شرعية معينة، فإذا انحرف عن الوجه المقصود من تشريع هذا الحق، يكون قد تعسف في استعمال حق المعاشرة الجنسية.

كما أنه للزوجة أن تزيل هذا الضرر عنها برفع أمرها للحاكم؛ لأنه منصب على رفع الضرر والمظالم، ويقدر القاضي الضرر الذي وقع للزوجة، فإذا طلبت تعزيره عزره القاضي، أما إذا طلبت تطليقها منه فليطلقها

<sup>1</sup> - انظر. الصفحة 41، 42 من هذه الدراسة.

<sup>2</sup> - انظر. الصفحة 43 من هذه الدراسة.

<sup>3</sup> - عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج. 2، مرجع سابق، ص. 165.

القاضي وفق الرأي الراجح لما اتفق عليه الجمهور، وما أخذت به جل التشريعات العربية. وبما أنّ العلاقة الزوجية لا تنحصر في المعاشرة الزوجية فحسب، بل تتعدى ذلك إلى أمور مادية، أو إلى أمور اشترطتها الزوجة في عقد الزواج، أو إلى أمور يظن فيها الزوج أنّ له القوامة وحق السلطة والتسلط في العلاقة الزوجية.

## المطلب الثاني

### تعسف الزوج في استعمال حق القوامة

تعتبر القوامة<sup>1</sup>، من الحقوق الشرعية التي أوجبها الحكيم للزوج لتحقيق مقاصد شرعية، وقد أودعها الله - سبحانه وتعالى - في الزوج لقدرته على تحصيل المال ورئاسة المنزل وتسيير شؤونه من تدبير وحفظ وصيانة، وكذلك بما أودع فيه من قوة العقل والبدن. وبما أنّ الرجل - الممثل في الزوج - له مقاصد يحققها بما تقتضيه القوامة، وبما أودع الله سبحانه فيه من تلك المنزلة والرئاسة، فعليه أن يستعمل تلك المكانة والمنزلة وفق ما شرع الله - سبحانه وتعالى - وأراد، ومن أهم مقاصد القوامة الإنفاق على زوجته وأولاده، وأيضاً تأديب الزوجة إذا نشزت عن طاعته، وكذلك حقه في التعدد إذا رأى نفسه قادراً على العدل وكان ذا سعة في الإنفاق عليهن، ضف إلى ذلك حقه في منعها من العمل إذا رأى في ذلك موجبا شرعياً، وحقه في منعها من الخروج إذا كان المانع مشروعاً، وباعتبار أنّ هذه المقاصد من أجل حقوق الزوج في العلاقة الزوجية؛ لأنها تبرز مكانته وقوامته في تسيير أمور العلاقة الزوجية، غير أنّ الزوج قد ينحرف في استعمال هاته الحقوق عن المقصد الشرعي من تشريع حق القوامة، فيتعسف في استعمالها على نحو يضر بزوجه. وعليه، سنحاول من خلال هذه الدراسة إبراز أهم صور تعسف الزوج في استعمال حق القوامة (الفرع الأول)، وحتى نثبت الفعل التعسفي للزوج في استعمال حق القوامة، لابد من تبيان معايير التعسف في استعمال هذا الحق (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### صور تعسف الزوج في استعمال حق القوامة

تعدد صور تعسف الزوج في استعمال حق القوامة من خلال إعساره في الإنفاق على زوجته (أولاً)، كما قد يتعسف عندما يريد أن يستمتع بحق التعدد على نحو يلحق أضراراً بليغة بزوجه أو بقية زوجاته - إن كانت له أكثر من زوجة - (ثانياً)، كما قد يصل الخرافة عن المقصد الشرعي للقوامة إلى التعسف في استعمال حق التأديب؛ فيضر بزوجه ضرراً مادياً ومعنوياً (ثالثاً). وإضافة إلى كل تلك الانحرافات، قد يتعسف في حق

<sup>1</sup> - تعرف القوامة لغة: "القوامة في اللغة من قام على الشيء يقوم قياماً: أي حافظ عليه وراعى مصالحه، ومن ذلك القِيم وهو الذي يقوم على شأن شيء ويليهِ، ويصلحهُ، والقِيم هو السيد، وسائس الأمر، وقِيم القوم: هو الذي يقومهم ويسوس أمورهم، وقِيم المرأة هو زوجها أو وليها لأنه يقوم بأمرها وما تحتاج. انظر. ابن منظور. لسان العرب، ج.12، ص.502.

وتعرف القوامة اصطلاحاً "بأنها ولاية يفوض بموجبها الزوج تدبير شؤون زوجته والقيام بما يصلحها". انظر. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.4، مرجع سابق، ص.16.

الاحتباس؛ لدرجة اعتقاده أنّ له حق السلطة والتسلط في العلاقة الزوجية، فيمنع زوجته من الخروج لزيارة أهلها، أو يمنعها من العمل، أو من إكمال دراستها خاصة إن كانت على مشارف إنهاؤها.

### أولاً: تعسف الزوج في الإعسار بالنفقة

تعتبر النفقة حقاً أوجبته الشارع الحكيم للزوج على زوجته، بناء على قوامته وقدرته على تحصيل المال، غير أنّ الزوج قد يتعسف في الإساءة إلى هذا الحق المتمثل في قوامة الإنفاق، فيتعسر في أداء واجبه الذي يبرر حقه الشرعي في القوامة لدرجة أن يضر بزوجه وعياله، وقد أشار الفقه الإسلامي والتشريعات العربية إلى إمكانية الزوجة في دفع أو رفع الضرر عنها طبقاً لقاعدة "الضرر يزال"؛ بمنحها حق رفع أمرها إلى القاضي لأنه منصب على رفع المظالم على رعيته. وعليه، سنشير في هذا الصدد إلى موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوج في الإعسار بالنفقة (أ)، وبعدها نعرض على موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من ذلك (ب).

### أ- موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوج في الإعسار بالنفقة

اتفق الفقهاء على أنّ نفقة<sup>1</sup> الزوجة تجب على زوجها بالتمكين التام أو دعوتها أو وليها لذلك، وكذا بالعقد الصحيح كل حسب رأيه، كما اتفقوا على أنّ إعسار<sup>2</sup> الزوج في أداء النفقة هي حالة عارضة، تجيز للزوجة بمقتضاه اتخاذ إجراءات خاصة لدفع الضرر الذي لحقها نتيجة عدم تحصيلها للنفقة الواجبة على الزوج، ولكنهم اختلفوا في الإجراءات التي يجب على الزوجة إتباعها في دفع الضرر أو في رفع الظلم عنها؛ فهناك من الفقهاء من قال بأنّ للزوجة أن تدفع الضرر عنها ولكن ليس إلى حد التفريق بينها وبين زوجها (01)، وهناك من أجاز لها رفع الضرر عن طريق طلب التفريق (02)، وهناك من أجاز التفريق للإعسار بالنفقة عند تعسف الزوج عن أدائها (03).

### 1- عدم جواز التفريق للإعسار بالنفقة

ذهب الحنفية والمزني والأوزاعي والثوري من الشافعية، وابن القيم من الحنابلة، والظاهرية، وبعض الفقهاء التابعين كالزهري والنخعي وعطاء بن يسارة، وبه أخذ أيضاً ابن أبي ليلى إلى "أنه ليس للزوجة أن تطلب التفريق لعدم الإنفاق بسبب إعسار الزوج عن أداء النفقة الواجبة عليه، وسواء كان هذا الامتناع بعذر أو بغير

<sup>1</sup> - تعرف النفقة لغة على أنها: "ما تنفقه من الدراهم ونحوها، وأنفق المال: أنفده وصرفه وأفناه". الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج.3، مرجع سابق، ص.286.

وأما اصطلاحاً فتعرف على أنها: "كل ما تتطلبه الحياة الزوجية بحسب ما تعارف عليه الناس". كما تعرف على أنها: "اسم لما يخرج الشخص ويصرفه على نفسه وأهله وأقاربه ومن يلتزم بهم، بما فيه كفايتهم وقوام حالهم". انظر. بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل -دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، مرجع سابق، ص.145. وعبير رنجي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص.115.

<sup>2</sup> - يعرف الإعسار لغة على أنه: "الإعسار من عَسَرَ بالتحريك ضد اليسر، وعسر الأمر عسراً فهو عسير: وهو الضيق والشدة والصعوبة، والعسرة قلة ذات اليد، وكذلك الإعسار". انظر. محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج.3، دار ليبيا، د.ب.ن، د.س.ن، ص.396. ويعرف الإعسار اصطلاحاً: "بأنه عدم القدرة على الإنفاق لا بماله ولا بكسبه". انظر. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، ج.9، ط.1، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، لسنة 1957، ص.355.



عذر، حتى ولو ثبت إعسار الزوج عليها بالنفقة بعد رفع الأمر إلى القاضي"، وقالوا بأنّ "للزوجة أن تستدين وتنفق على نفسها وعيالها على حساب الزوج؛ أي أن يقضي ما استدانته من ماله عند يساره وهذا بعد استئذان القاضي للاستدانة". كما أنّ على القاضي -وفق أصحاب هذا القول- تأمين النفقة من مال الزوج أو من الاستدانة أو من بيت المال<sup>1</sup>، ولا يفرق بينهما بأي حال من الأحوال.

واستدلّ أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۗ لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۗ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾<sup>2</sup>. وجه الدلالة هنا أنّ الزوج الذي قل ماله ينفق حسب طاقته، وأنّ الإنفاق يكون على قدر الوسع والقدرة، فلا يكلف الله نفسا فوق طاقتها. وإنّ القول بجواز الفسخ للإعسار تكليف المعسر ما لا يطيق، وهو مرفوض بنص الآية الكريمة<sup>3</sup>.

كما استدلووا بما رواه مسلم في صحيحه عن جابر -رضي الله عنه- أنه قال: "دخل أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب -رضي الله عنهما- على رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فوجداه جالسا -وحوله نساؤه- واجما ساكتا، فقال أبو بكر: "يا رسول الله، لو رأيت بنت خارجه سألتني النفقة، فقممت إليها فوجأت عنقها"<sup>4</sup>، فضحك -صلى الله عليه وسلم- وقال: هن حولي كما ترى يسألني النفقة، فقام أبو بكر الصديق إلى عائشة يجأ عنقها، وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها. كلاهما يقول لبنته: تسألن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ما ليس عنده. فقلن: والله لا نسأل رسول الله -صلى الله عليه وسلم- شيئا أبدا ليس عنده، ثم اعتزلهن النبي -عليه الصلاة والسلام- شهرا"<sup>5</sup>. وجه الدلالة من الحديث الشريف أنّ في استنكار الخليفيتين الراشدين أبي بكر وعمر -رضي الله عنهما- سؤال زوجات النبي -صلى الله عليه وسلم- والذين هم بناهما عن النفقة مع إعساره -عليه الصلاة والسلام- وعدم قدرته على الإنفاق، دليل على أن لا حق لهن في سؤالهن ذلك، ومن باب أولى طلب التفريق للإعسار<sup>6</sup>.

## 2- جواز التفريق للإعسار بالنفقة

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية في قول لهم والحنابلة، إلى أنّ للزوجة أن تطلب التفريق لعدم الإنفاق سواء كان الزوج موسرا أو معسرا، وسواء كان حاضرا أم غائبا، فلها حرية الاختيار بين أن تصبر وتنفق

1- راجع. محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج.3، مرجع سابق، ص.591. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، مرجع سابق، ص.442. ومعنى الاستدانة أن تشتري الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه، وقد قالوا أنّ امتناع الزوج عن الإنفاق عليها ولو مع يسره لا يفرق الحاكم بينهما، وإنما يبيع هذا الأخير ما يملكه الزوج ويصرفه في نفقتها، أما إذا لم يجد الحاكم ماله يجسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ. انظر. عبيد رجي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.122.

2- الآية 07 من سورة الطلاق.

3- محمد الكشيبور، مرجع سابق، ص.180. عبيد رجي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص.165.

4- ويقصد بوجأت: "وجأ فلان يجؤه وجئنا: دفعه بجمع كفه في الصدر أو العنق. راجع. مجمع اللغة العربية المصري، المعجم الوسيط، ج.2، ص.1054.

5- رواه مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ج.2، حديث رقم 29، مرجع سابق، ص.1104.

6- عبيد رجي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص.126.

من مالها، أو ينفق عليها من يلي أمرها من أقاربها، أو طلب التفريق بعد أن تصر على الزوج ولم يستطع هذا الأخير الإنفاق، فيفترق القاضي بينهما بناء على طلبها، وذلك بعد إمهاله ثلاثة أيام حسب بعض الأقوال عند الشافعية، وبحسب المدة التي يراها الحاكم عند المالكية، والفرقة لعدم الإنفاق عند هذه الأخيرة تعتبر طلقة رجعية؛ أي أنّ للزوج حق الرجعة خلال العدة إذا استأنف الإنفاق عليها<sup>1</sup>.

واستدل أصحاب هذا المذهب بقوله تعالى ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>2</sup>، وجه الدلالة أنّ الآية الكريمة قد حددت الاستمرار في الحياة الزوجية على أساس المعاشرة بالمعروف، وإلا فالتفريق بإحسان. والمعاشرة بالمعروف تكون بالقيام بواجبات الزوجية كاملة بما فيها النفقة، ومن أعسر بالنفقة وأعوز زوجته فإنه يعاشر بغير معروف، وهذا ممنوع<sup>3</sup>.

كما استدلو بقوله تعالى ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَمِمَّا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾<sup>4</sup>، وجه الدلالة أنّ الآية الكريمة بينت أنّ القوامة حق للرجال على النساء، والقوام هو القائم بكل المصالح والتدابير بما فيها التأديب والاهتمام بالحفظ والتوقي من الآفات، والقيد الذي وضعته الآية الكريمة هو الإنفاق، ودل أنّ انتفاء قوميته تكون بانتفاء إنفاقه لإعساره، وإذا انتفت قوميته عليها فلها الفسخ<sup>5</sup>.

كما استدلو من السنة أيضا بقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرر"<sup>6</sup>. وجه الدلالة أنّ إمساك الزوجة مع عدم الإنفاق عليها عبارة عن مضرة كبرى، على القاضي أن يعمل على إزالتها عن طريق حكم يصدره<sup>7</sup>، كما قال أصحاب هذا القول. من المقرر أن يفرق القاضي بين الزوج وزوجته عند ثبوت عيب من العيوب التي تمنع الاتصال الجنسي بين الزوجين، وهي الحب والخصاء والعنة؛ للظلم في بقاء الزوجة في العلاقة الزوجية معه وهو بهذا الوضع -لعدم تحقق المقصود من الزواج بتوفر هذه العيوب- ولا شك أنّ ظلم عدم الإنفاق أشد، والتفريق فيه ألزم وأكد إن طالبت الزوجة في هذه الحال بالتفريق؛ لأنّ البدن يقوم بلا وطء ولا يقوم بدون قوت<sup>8</sup>.

1- ابن قدامة، المغني، ج.7، مرجع سابق، ص.573 وما بعدها. عبيد رجي شاعر القدومي، مرجع سابق، ص.122.

2- الآية 229 من سورة البقرة.

3- عبيد رجي شاعر القدومي، المرجع نفسه، ص.123.

4- الآية 34 من سورة النساء.

5- عبيد رجي شاعر القدومي، المرجع نفسه، ص.123.

6- سبق تحريجه.

7- محمد الكشيبور، مرجع سابق، ص.179.

8- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، مرجع سابق، ص.56.

غير أنّ أصحاب هذا القول من المالكية والحنابلة بالرغم من أنهم أجازوا للزوجة أن تطلب التفريق بسبب إعسار الزوج، غير أنّ ذلك يجب أن يتحقق بشروط لكي تستطيع التفريق مطلقاً بعدم الإنفاق، وهي كالتالي<sup>1</sup>:

- تقديم طلب من الزوجة أو من ينوب عنها إلى القضاء تطالب فيه الإنفاق أو التفريق.
- إثبات قيام الزوجية الصحيحة.
- إثبات استحقاق الزوجة للنفقة وعدم قيام ما يحول دون ذلك (بمعنى أن لا تنشز بمنع زوجها من الوطء بغير عذر، وكذلك بمنعه من الاستمتاع بها، أو الخروج عن طاعته، أو الخروج بغير إذنه؛ لأنّها بهذا التصرف تسقط نفقتها).

- عدم إمكان تأمين النفقة من مال ظاهر للزوج، وتطبيقاً لذلك فإن كان له مال ظاهر أخذ منه كرها.
  - إعطاء مهلة للزوج حسب تقدير القاضي ليختار فيها الزوج أحد الأمرين إما الإنفاق أو الطلاق.
  - أن يمتنع الزوج عن الإنفاق والطلاق معا بعد حكم القاضي عليه باختيار أحد الأمرين.
  - أن يكون التفريق لعدم الإنفاق بالنفقة الحاضرة، وليس لها طلب التفريق لنفقة متراكمة في ذمة الزوج.
- 3- جواز التفريق للإعسار بالنفقة عند تعسف الزوج بعدم أدائها**

وهذا القول جاء به ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة، كما قال به بعض المتأخرين من فقهاء الجعفرية، بأنّ للزوجة طلب التفريق إذا كان عدم الإنفاق من زوج موسر متعنت؛ لأنه ظالم في عدم الإنفاق عليها وليس عاجزاً فقيراً، فلو كان عاجزاً لا يعامل حينها معاملة الظالم، وقد استدل أصحاب هذا الرأي من القرآن بقوله تعالى ﴿لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾<sup>2</sup>. وجه الدلالة أنّ الآية الكريمة حجة بيد الزوجة لطلب التفريق، واستدلوا أيضاً بقوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>3</sup>. وجه الدلالة أنّ هذه الآية جاءت متعلقة بالديون والمعاملات المالية. وتجدد الإشارة إلى أنّ ابن حزم قال بوجوب نفقة الزوج الفقير العاجز على زوجته المتمكنة مالياً؛ بمعنى أنه لو كان الزوج موسراً، وتعنت في أداء واجبه في الإنفاق لتعسفه في استعمال حق القوامه، جاز للزوجة أن تطلب من الحاكم أو القاضي تطليقها منه؛ وذلك لرفع الغبن عنها، ولدفع المفسدة التي حلت بها، ولأنّ إزالة الضرر ورفع الظلم من واجبات القضاء، والقاضي منصب على القيام بذلك، ويكون ذلك بعد إعطاء الزوج مهلة كافية لاستيقاظ ضميره ورجوعه إلى استئناف الإنفاق على شريكة حياته. أما إذا كان الزوج معسراً وعاجزاً لفقره عن الإنفاق، فيجب على الزوجة أن تنفق إن كانت موسرة ومتمكنة مالياً

<sup>1</sup>- أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشبي، حاشية الخرشبي شرح مختصر خليل، ج.4، مرجع سابق، ص.191.

<sup>2</sup>- الآية 286 من سورة البقرة.

<sup>3</sup>- الآية 280 من سورة البقرة.

وتعيل عائلتها؛ وذلك لأنّ عقد الزواج روحي، وطابع الدوام فيه يقوم على أساس التعاون والمودة، فعلى المرأة الكريمة إذا أن تشاطر زوجها في السراء والضراء، وأن تقاسمه الآلام والأفراح<sup>1</sup>.

والقول الأولى بالرجحان في مسألة جواز أو عدم جواز التفريق لإنفاق، هو القول الأخير وقول ابن حزم الظاهري؛ لأنّ تعسف الزوج عن أداء النفقة مع يسره بتذره بحق القوامة ضرر لاحق بالزوجة، كما أنه تصرف منافٍ ومناقض لمقاصد الشريعة الإسلامية، خاصة وأنّ الشريعة الإسلامية تحثنا على سد الذرائع، كما أنّ الشريعة الإسلامية شريفة تقوم على رفع الضرر وعلى التسامح والتعاون، فقول الظاهري عين العقل وموازي، كما أنه يعبر عن روح الشريعة الإسلامية الغراء في تعاون الزوجين على تداير الأسرة، والنساء شقائق الرجال، فإن لم تقم العلاقة الزوجية على المودة والرحمة والتعاون بين الزوجين، فلا يمكن أن نسميها إطلاقاً علاقة روحية.

### ب- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوج في الإعسار بالنفقة

سنعرض في هذا الصدد إلى موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوج في الإعسار بالنفقة (01)، وبعدها نشير إلى موقف التشريعات العربية من ذلك أيضاً (02).

### 1- موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوج في الإعسار بالنفقة

أخذ المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة المعدل في سنة 2005 بقول الجمهور في مسألة الإعسار بالنفقة؛ حيث أجاز للزوجة أن تطلب التطلاق إذا أعسر الزوج في أداء النفقة الواجبة عليه، طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 53 من هذا القانون، والتي جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون...". يستشف من هذا النص أنّ المشرع الجزائري اشترط -لكي تقبل دعوى الزوجة في التطلاق- صدور حكم بوجوب النفقة، ويبدو -حسب البعض- أنه لا ضرورة لهذا الحكم؛ لأنّ النفقة واجبة في الأصل بحكم الشرع والقانون.

وبناء على ذلك، كان من الواجب عند قيام الزوجة بثبوت الزوجية وامتناع الزوج عن النفقة، أن يوجه القاضي -وفق هاته الأدلة المعروضة عليه- إعداراً للزوج ينذر فيه بأن ينفق على زوجته، أو يحدد له أجلاً إن كان معسراً لقلّة وسعه وعدم طاقته على الإنفاق، وإلا تعرّض للمتابعة بإجباره على الإنفاق. فيستجاب -حينئذ- لطلب الزوجة بالتطلاق إن رغبت في ذلك. كما اشترط المشرع الجزائري لجواز طلب التطلاق ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج؛ لأنّ ذلك يسقط حقها بسبب رضاها به معسراً، وإن طلبت التطلاق وكانت عالمة بإعساره تكون هي المتعسفة في استعمال حق طلب التطلاق<sup>2</sup>.

كما يلاحظ على نص المادة السالفة الذكر أنّ المشرع الجزائري -من خلال هذا القانون- لم يفرق فيما إذا كان عدم الإنفاق متعمداً من الزوج مع مقدرته على ذلك أم لا؛ بمعنى إن كان متعسفاً في الإعسار بالنفقة

<sup>1</sup> - مصطفى إبراهيم الزلي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص. 169 وما يليها.

<sup>2</sup> - سنأتي إلى تبيان تعسف الزوجة في استعمال حق طلب التطلاق. انظر. الصفحة 297-311.

بقصد إضرار الزوجة أم كان إعساره نتيجة عجزه بسبب البطالة، أو بسبب العجز الجسدي، أو لأي سبب آخر مبرر لعجزه، كما لم يوضح المشرع المهلة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة من أجل طلب التطلق<sup>1</sup>.

وتطبيقا لما سلف ذكره، وفي إطار عدم توضيح المشرع -من خلال النص السابق- إذا ما كان الإعسار بقصد الإضرار من الزوج أو كان نتيجة سبب آخر، فإنّ المادة 330 من القانون 15-19 المتعلق بقانون العقوبات، المؤرخ بتاريخ 30 ديسمبر 2015<sup>2</sup>، والمادة 331 من القانون 16-02 المتعلق بقانون العقوبات، المؤرخ بتاريخ 19 يونيو 2016<sup>3</sup>، قد أفصحت عن نية المشرع في حماية المرأة وتعزيز مركزها حتى لا يتعسف الزوج في أداء واجبه معها، والمتمثل في الامتناع عن أداء النفقة الواجبة عليه تعسفا في استعمال حق القوامة والرئاسة المنزلية، وبقصد إلحاق أضرار بالزوجة؛ حيث نصت المادة 330 من القانون أعلاه على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى سنتين (02) وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج: الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته وذلك لغير سبب جدي".

كما عاقب المشرع الجزائري في نص المادة 331 من القانون أعلاه، الزوج الممتنع عن أداء النفقة الواجبة عليه بعقوبة مقيدة للحرية وبالغرامة؛ حيث جاء في نص المادة أنه: "يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعها، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة إليهم"<sup>4</sup>.

والجدير بالذكر أنّ طبيعة الطلاق لعدم الإنفاق لم ينص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، مع عدم نصه صراحة على ذلك، فالواضح من نص المادة 50، والتي يمكن من خلالها تطبيق حالة التطلق بسبب الإعسار بالنفقة عليها، أنّ الطلاق يقع بائنا لصدور حكم قضائي في الموضوع، وهو ما صرح به المشرع من خلال مقتضيات المادة 53 من نفس القانون السالفة الذكر<sup>5</sup>.

وعلى المستوى القضائي، نجد أنّ المحاكم القضائية قد أجازت للزوجة طلب التطلق بسبب إعسار الزوج بالنفقة الواجبة عليه. وتطبيقا لذلك، قضت المحكمة العليا بتاريخ 1998/07/21: "من المقرر قانونا أنه يجوز

<sup>1</sup> - بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص. 189. بن زيطة عبد الهادي، مرجع سابق، ص. 131-132.

<sup>2</sup> - القانون رقم 15-19 المتعلق بقانون العقوبات، المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، ج.ر، ع. 71، الصادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2015، المعدل والمتمم للأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، والمعدل والمتمم بقانون 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982، ج.ر، ع. 07، ص. 04.

<sup>3</sup> - القانون رقم 16-02 المتعلق بقانون العقوبات، المؤرخ في 19 يونيو 2016، ج.ر، ع. 37، الصادرة في 22 يونيو 2016، المعدل والمتمم للأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، والمعدل والمتمم بقانون 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982، ج.ر، ع. 07، ص. 127.

<sup>4</sup> - عمير هاجرة، دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من التعسف -التعسف في استعمال حق الولاية أتمودجا-، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، م. 6، ع. 1، د.ب.ن، ديسمبر 2020، ص. 14.

<sup>5</sup> - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص. 192.

تطبيق الزوجة عند تضررها، ومن المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، ومتى تبين - في قضية الحال - أنّ الزوجة طلبت التطبيق لتضررها ... من إهمالها وإهمال الأولاد وعدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطبيق والتعويض معا لثبوت تضررها. وعليه، فإنّ قضاة الموضوع لما قضاوا بتطبيق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون<sup>1</sup>. يستشف من هذا القرار أنّ المحكمة العليا في قرارها أجازت التطبيق الذي قضى به قضاة الموضوع، كما أجازت التعويض الذي منحوه للزوجة المتضررة، والحكم بالتعويض مؤسس على نص المادة 53 مكرر من القانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة السالفة الذكر.

كما جاء في قرار آخر صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 18/05/1999: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق لكل ضرر معتبر شرعا، كما أنّ تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع؛ ومتى تبين - من قضية الحال - أنّ الزوجة متضررة من عدم الإنفاق ... من طرف الزوج، فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة لثبوت تضررها، تقديرهم كان سليما وطبقوا صحيح القانون ..."<sup>2</sup>. كما أجازت للزوجة طلب التطبيق في حكم صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 11/09/2014: "يجوز للزوجة طلب التطبيق بسبب عدم الإنفاق. يتم إثبات عدم الإنفاق بحكم قضائي وليس بسماع شاهدين ..."<sup>3</sup>.

## 2- موقف التشريعات العربية من تعسف الزوج في الإعسار بالنفقة

هذا المشرع المغربي حذو المشرع الجزائري في الأخذ بقول الجمهور في جواز التطبيق للإعسار بالنفقة؛ حيث نظم حالات التطبيق لعدم الإنفاق وأحكامها في المادتين 98 الفقرة الثالثة، والمادة 102 من الفقرة الأولى من مدونة الأسرة، وتتعلق أحكام هاته المادة بطلب التطبيق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الواجبة عليه، محاولا - المشرع المغربي - التمييز بين التوقف عن الإنفاق بسبب عسر الزوج أو بنية الإضرار بالزوجة، وإعطاء حكم خاص عن كل حالة. والجدير بالذكر في هذا الشأن، أنّ للزوجة أن تشتترط على زوجها أنّ عدم إنفاقه عليها يجعل العصمة بيدها؛ حيث لها أن تضع حدا للعلاقة الزوجية نتيجة ذلك الشرط<sup>4</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة 102 نجد أنها قد صنفت حالات جواز الحكم بالتطبيق وفق طلب الزوجة بسبب إعسار الزوج بالإنفاق عليها؛ حيث جاء فيه: "للزوجة طلب التطبيق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الواجبة عليه وفق الحالات والأحكام الآتية:

● إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه: قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب

لطلب التطبيق.

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1998/07/21، إ.ق، ع.خ، لسنة 2001، ص.116.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1999/05/18، إ.ق، ع.خ، لسنة 2001، ص.126.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2014/09/11، ملف رقم 0934996، م.م.ع، ع.1، بتاريخ 2015، ص.251.

4- انظر. محمد الكشور، مرجع سابق، ص.181. وخدام هجيرة، مرجع سابق، ص.428.

- في حالة ثبوت العجز: تحدد المحكمة -حسب الظروف- أجلا للزوج لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله وإلا طلقت عليه، إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي.
- تطلق المحكمة الزوجة حالاً: إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت عجزه".  
وتطبيقاً لهذا النص، بين المشرع أحكام تطليق الزوجة لعدم الإنفاق عليها، والتي لا تخضع في تطبيقها لحالة واحدة فحسب، بل لعدة حالات لا بد للقاضي من التأكد منها قبل الحكم بالتطليق، وهذه الحالات يمكن تفصيلها كالآتي<sup>1</sup>:
- إذا ادعت الزوجة أنّ زوجها -المدعى عليه- لا ينفق عليها، وكان له مالٌ ظاهر يمكن الحجز عليه واقتطاع النفقة منه مثل (عقار، أو حساب بنكي، أو منقول، أو راتب شهري، أو غير ذلك ...)، ففي هذه الحالة وطبقاً للبند الأول من المادة 102 من نفس المدونة، المحكمة لا تستجيب لطلب التطليق؛ وذلك لأنّ الزوجة ستأخذ نفقتها من مال زوجها، فتحكم المحكمة على هذا الأخير بأداء واجب النفقة، وتحدد الكيفية التي يؤخذ بها المبلغ المحكوم به، ويتم ذلك عادة وفقاً للقواعد العامة للحجز التنفيذي، أو أي طريقة أخرى تراها المحكمة ملائمة. وتأسيساً لما سلف ذكره، إذا كان للزوج مال ظاهر يمكن أخذ مبلغ النفقة منه، في هذه الحالة لا يمكن الحكم بتطليق الزوجة، وهذه القاعدة تعتبر من أهم خصائص دعوى التطليق لعدم الإنفاق<sup>2</sup>.
- إذا كان الزوج معسراً وأثبت إعساره فعلاً؛ فإذا رفعت عليه زوجته دعوى التطليق لعدم إنفاقه عليها، وأثبت الزوج أنه عاجز عن أداء واجبه في الإنفاق، واقتنعت المحكمة بما أثبتته من عجزه عن أداء واجبه هذا، فإنّ القاضي يحدد له أجلاً للإنفاق وإلا طلقت زوجته عليه -وأجل إعداره بالإنفاق لا يتعدى ثلاثين يوماً وفق ما قرره المشرع المغربي-، ومع ذلك يمكن للقاضي -وفق سلطته التقديرية- تمديد ذلك الأجل متى أثبت الزوج ظرفاً قاهراً أو استثنائياً يمنعه من الإنفاق في الحال، وأنّ هذا الظرف مؤقت وستتحسن حالته المادية. في هذه الحالة يجب على المحكمة أن تثبت وجود الظرف القاهر أو الاستثنائي المبرر لتمديد الأجل الذي حدده المشرع، وإلا كان حكمها محتلاً من حيث التعليل. كما يمكن للمحكمة تفعيل مقتضيات المادة 199 من مدونة الأسرة؛ والتي تقضي بأنه إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب. ومن هذا المنطلق، فإنه بعد مرور الأجل المحدد في الحالتين أعلاه، وإن لم يؤدّ الزوج للزوجة ما عليه، ولم تكن الزوجة موسرة حتى يمكن تفعيل نص المادة 199 السالفة الذكر من أجل إنقاذ الأسرة من التفريق، فإنّ المحكمة تحكم بتطليق زوجته عليه، ويقع التطليق رجعيًا عملاً

<sup>1</sup> - انظر. محمد الشافعي، الزواج والحلاله في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص. 253. محمد الكشور، المرجع نفسه، ص. 182-183.

<sup>2</sup> - إنّ تطبيق الحكم بالتنفيذ على أموال الزوج، يقتضي من الزوجة وهي المدعية في دعوى طلب التطليق لعدم الإنفاق، أن تحدد المبلغ الذي هي دائنة به لزوجها أو على الأقل مدة عدم الإنفاق، والمال الظاهر الذي سيؤخذ مبلغ النفقة منه إذا لم يكشف الزوج عن كل ما له. ولها أن تستعين في إطار المساعدة بالنيابة العامة التي أصبحت تمد يد المساعدة بما للزوجة، أو باعتبارها طرفاً معنياً بشؤون الأسرة، بل وطرفاً أصلياً في الدعوى طبقاً لنص المادة الثالثة من مدونة الأسرة المغربية. المرجع نفسه، ص. 182.

بالفقه المالكي؛ فيكون للمطلق عليه فرصة ثالثة - بعد استنفاد الفرصتين السابقتين - ليراجع زوجته خلال العدة إذا ما ثبت يساره<sup>1</sup>.

● إذا لم يكن للزوج - المدعى عليه - مال، وامتنع عن الإنفاق دون أن يثبت عجزه، فبخلاف الحالة السابقة - التي يستفيد فيها الزوج من مهلة الثلاثين يوماً، أو تمديد تلك المهلة في حالة ثبوت الظرف القاهر أو الاستثنائي بعد إثبات عجزه وإعساره تماماً عن الإنفاق -، للمحكمة في هذه الحالة أن تحكم بتطليق زوجته منه في الحال<sup>2</sup>، دون تمتيعه بأي أجل إضافي؛ لأنّ الإنفاق لا يحتمل التأخير دون مبرر معقول<sup>3</sup>.

وتأسيساً على ما سبق ذكره، فإن حكم القضاء بمختلف درجاته بالتطليق لعدم الإنفاق على الزوجة إذا كانت دعواها مؤسسة، كما إذا ثبت امتناع الزوج عن أداء النفقة لزوجته وإصراره على ذلك رغم إرغامه زجرها، وهذا طبقاً لما جاء في مقتضيات القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 22 جوان 1999، والذي قضى فيه: "بأنّ امتناع الطاعن عن أداء النفقة لزوجته، وإصراره على ذلك رغم إرغامه زجرها، يجعل دعوى المدعية الرامية إلى تطليقها منه لعدم الإنفاق مؤسسة طبقاً للفصل 53 من مدونة الأحوال الشخصية. تكون المحكمة على صواب لما رفضت إمهال الزوج المصر على الامتناع عن أداء النفقة لأدائها"<sup>4</sup>. أو حالة الزوج - المدعى عليه - الذي تخلف عن حضور دعوى التطليق لعدم الإنفاق، لا يستوجب معه إنذاره بأن ينفق أو يطلق عليه؛ لأنّ عدم إنفاقه في الماضي وعدم حضوره قرينة على إصراره على عدم الإنفاق على زوجته.

حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18 أكتوبر 2000 على أن: "توصل المدعى عليه في دعوى التطليق لعدم الإنفاق بصفة قانونية، وتخلفه عن الحضور لا يستوجب معه إنذاره بأن ينفق أو يطلق عليه؛ لأنّ عدم إنفاقه في الماضي وعدم حضوره رغم توصله، قرينة على إصراره على عدم الإنفاق على زوجته"<sup>5</sup>. أو كذلك تفضيل الزوج دخول السجن على الإنفاق على زوجته وأولاده منها، لا يمكن أن يفسر إلا في إطار إصراره على عدم الإنفاق على زوجته وأبنائها منه، وهذا بقصد التعسف في استعمال حق القوامة،

1- محمد الكشور، المرجع نفسه، ص. 183. محمد الشافعي، مرجع سابق، ص. 254.

2- جاء في حكم للقاضي الشرعي العماري - رحمه الله -: "إذا أقر الزوج بكونه معسراً بالنفقة، وشهد عليه بذلك، فتسأل الزوجة ثم يؤمر الزوج بالطلاق، فإن امتنع يتم الإشهاد على امتناعه، ثم يحكم بتطليق زوجته طليقة واحدة رجعية؛ يملك حق ارتجاعها في العدة إن أيسر أو يأمرها بإيقاعه ثم يحكم به. لا يتم التطليق لعدم الإنفاق إلا بعد ثبوت الإعسار بالبينة وثبوت الزوجية بكيفية شرعية". والجدير بالذكر في هذا الصدد أنّ المحكمة لا يمكنها أن تحكم بالتطليق لعدم الإنفاق، إلا إذا طالبت به الزوجة بكيفية صريحة من خلال الطلب الذي تقدمت به إليها، أما إذا طلبت بنفقتها أو بنفقة أولادها فقط، فلا سبيل للحكم بالتطليق في هذه الحالة، وإلا كان القاضي حارقاً لمقتضيات الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية؛ والتي تقضي بأنه يمنع على المحكمة أن تحكم بشيء لم يطلب منها. مقتبس عن محمد الكشور، المرجع نفسه، ص. 183-184.

3- محمد الشافعي، الزواج والحلاله في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص. 253. محمد الكشور، المرجع نفسه، ص. 183.

4- محكمة النقض، قرار صادر بتاريخ 32 يونيو 1999. مقتبس عن خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 433. ومحمد الشافعي، المرجع نفسه، ص. 252.

5- محكمة النقض، قرار مؤرخ في 18 أكتوبر 2000. مقتبس عن خدام هجيرة، المرجع نفسه، ص. 434.



وكذا بنية الإضرار بالزوجة<sup>1</sup>. وكذلك سفر الزوج إلى الخارج من أجل التهرب من أداء واجبه في الإنفاق؛ حيث صدر قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 01 فيفري 2000 جاء فيه: "إن المحكمة اعتمدت على الحكم 97/971، والقاضي على الطاعن بأداء النفقة والصدّاق المطلوبة في النقص، وعلى المحضر التحري المنجز في ملف التنفيذ عدد 98/638 بتاريخ 17/04/1998 بعد ثلاثة أيام من تاريخ إعلان استعداده لأداء نفقتها بجلسة البحث، ليغادر المغرب إلى ألمانيا تاركاً المطلوبة في النقص بدون نفقة، واستخلصت من ذلك إصراره على عدم الإنفاق، فقضت بالتطبيق دونما حاجة إلى بحث ملاءمة ذمة الطاعن أو عسره، وجاء بذلك قرارها مؤسساً ومعللاً بما فيه الكفاية"<sup>2</sup>.

وتأسيساً لذلك، اعتمد القضاء على هذه الأسباب وغيرها للحكم بتطبيق الزوجة من عصمة زوجها لعدم الإنفاق، واعتبر أن إخلال الزوج بواجب الإنفاق هو إخلال بمضمون عقد الزواج، ويلحق أضراً مادية وأدبية بالزوجة يتعين معه الاستجابة لطلب تطبيقها<sup>3</sup>.

ومن هذا المنطلق، يتبين توجه القضاء بتطبيق نية المشرع والتعامل بصرامة مع تعسف الزوج في استعمال حق القوام؛ وذلك من خلال التوقف عن أداء واجبه في الإنفاق مع يساره وسعة رزقه، وذلك لتوفر قرينة الإصرار على إلحاق الضرر بزوجه، فكان لزاماً معاقبته من خلال عدم إمهاله أجلاً لجبره على التراجع عن موقفه، فتحكم المحكمة طبقاً لقصد الزوج في الإضرار بزوجه حالاً<sup>4</sup>.

كما يلاحظ على المشرع المغربي أنه أخذ بالقول الثالث؛ وهو قول ابن تيمية وابن القيم الجوزية على أنّ إصرار الزوج وتعنّته في عدم أداء واجبه في النفقة يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق، والذي يجوز بموجبه للزوجة أن تطلب التطبيق؛ ذلك لأنّ الزوج يعتبر متعسفاً في استعمال حق القوام. كما أخذ المشرع بقول ابن حزم الظاهري بأنّ الزوجة إذا كانت موسرة وكان الزوج عاجزاً عن الإنفاق لعجزه الجسدي أو بسبب البطالة، فإنه يقع على الزوجة ما يقع على الزوج في الإنفاق وإعالة الأسرة، طبقاً لنص القانون 122 من المدونة. وتأسيساً على ما سلف ذكره، فإنّ الأحكام التي جاء بها المشرع من خلال نصوصه والتطبيقات القضائية التي أفزرتها محاكم ومجالس المغرب، كانت فريدة من نوعها، تعبر عن روح الشريعة، ومؤسسة على قوام فقهي، يحمل في طياته تطبيق مبادئ العدالة وحماية المرأة من كل تعسف قد يطالها من زوجها.

<sup>1</sup> - حيث جاء في حيثيات القرار: "أنّ المستأنفة أدلت بمحضر عدم وجود ما يحجز لدى المستأنف عليه، وبأحكام ابتدائية لم تقبل دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية التي تقدم بها المستأنف عليه لعدم توفره على المسكن؛ وحيث أنّ تفضيله الدخول إلى السجن على الإنفاق على زوجته وأولاده منها لا يمكن أن يفسر إلا في إطار إصراره على عدم الإنفاق على المدعية وأبنائها؛ وحيث أنه لم يدل للمحكمة بأية حجة قطعية تثبت عسره، مما يتعين معه - بناء على ما ذكر أعلاه - التصريح بتطبيق زوجته منه لعدم الإنفاق تطبيقاً رجعياً". محكمة الاستئناف بمراكش، قرار صادر بتاريخ 5 نوفمبر 1991، مجلة المحامي، ع. 25-26، ص. 158. مقتبس عن خدام هجيرة، المرجع نفسه والصفحة نفسها. ومحمد الشافعي، المرجع نفسه والصفحة نفسها.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، قرار مؤرخ بتاريخ 01 فيفري 2000، ملف رقم 98/407. مقتبس عن خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 434.

<sup>3</sup> - محمد الشافعي، الزواج والخلاله في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص. 252.

<sup>4</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 434.

وبالنسبة للمشرع التونسي، فبالرجوع إلى أحكام الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية السالف الذكر، والتي حددت من خلالها صور الطلاق، فلم تنظم صراحة التطبيق للإعسار بالنفقة، وإنّ حكمها يستمد من الفقرة الثانية من ذات الفصل، والتي تسمح من خلالها للزوجة بطلب الطلاق في حالة حصول ضرر لها، ولكون التوقف عن الإنفاق يسبب ضرراً بليغاً للزوجة، فإنه يمكن الاعتماد على ما جاء في الفقرة الثانية من المادة السالف ذكرها: "يحكم بالطلاق ... بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر". غير أنّ الملاحظ على هاته المادة أنّها جاءت عامة، كما جاءت تفترض وجود خطأ من الزوج يبيح للزوجة طلب التطبيق من خلاله. وعلى ذلك، لا يمكن التسليم بالاعتماد على هاته المادة في جواز طلب التطبيق للإنفاق بسبب إعسار الزوج عن أدائها؛ وذلك لأنّ حالة الإعسار أمر خارج عن إرادة الزوج وفق نظر المشرع التونسي<sup>1</sup>.

غير أنّ المشرع التونسي وإن كان حصر حالات جواز التفريق ضمن الفصل السالف ذكره، فإنّ هذا لا يعني إطلاقاً أنّ المشرع لم ينص في بقية الفصول على جواز التفريق لعدم الإنفاق، فبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 39 من نفس المجلة، نجد المشرع التونسي قد نص على جواز التفريق للإعسار بالنفقة؛ حيث نص الفصل على أنه: "لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر، إلا أنّ الحاكم يتلوم له بشهرين، فإن عجز بعد إتمامها عن الإنفاق طلقت عليه زوجته ...".

ويتضح من سياق هذا الفصل والفصل السالف ذكره أنّ المشرع التونسي قد أبرز تمييزاً غاية في الأهمية؛ ويتمثل ذلك في التمييز بين الطلاق للإعسار والطلاق لضرر من الجانبين، فالأول يتمثل في الطلاق للإعسار؛ ويتجسد في كون الضرر في الطلاق المؤسس على أحكام الفقرة الثانية من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية، منشؤه الخطأ المنسوب لإرادة الطرف المطلوب، ويترتب عن ذلك إمكانية حصولها على التعويض تطبيقاً لذلك. أما الطلاق المؤسس على الضرر اللاحق بالزوجة طبقاً لمقتضيات الفصل 39 منها، ناشئ عن إعسار الزوج الذي لا ذنب له فيه، وبالتالي حرمان الزوجة من التعويض؛ إذ لا مجال لمسألة الزوج عنه وهو الذي عجز بحكم إعساره حتى عن تسديد مال النفقة. أما من الجانب الثاني، فبخلافاً للطلاق المؤسس على الضرر الذي يتساوى فيه الزوجان، من حيث إمكانية اللجوء إلى المحكمة للمطالبة بإيقاعه، فإنّ إمكانية المطالبة بالطلاق المؤسس على الإعسار بالنفقة تختص به الزوجة دون الزوج<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 428.

<sup>2</sup> - والملاحظ على ما جاء في هذا الفصل والفصل السالف ذكره -والذي تم الإجابة من خلاله على علامة التعجب حول عدم إدراج الإعسار في التطبيق ضمن مقتضيات الفصل 31- أنّ المشرع قد خصص قد حاول الملاءمة بين وضعية الزوج الذي يعاني الإعسار ولم يرتكب ذنباً في حق زوجته باختياره من جهة، ومن جهة أخرى حق الزوجة في النفقة حتى لا تتضرر من عدم الإنفاق عليها. وهذا هو السبب الذي دفعه إلى تنظيمه بموجب فصل خاص وعدم إدراجه ضمن مقتضيات الطلاق للضرر المنصوص عليه في الفصل 31 من ذات المجلة. انظر. خدام هجيرة، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

أما بالنسبة لحالة تعسف الزوج في استعمال حق القوامة من خلال التعنت في الإعسار عن أداء واجبه في الإنفاق، فإنّ المشرع التونسي قد سكت عن ذلك، وفي ظل سكوت المشرع عن إرساء أحكام تعسف الزوج في الإعسار في أداء واجبه بالإنفاق، أمكن إسقاط أحكام الفقرة الثانية من الفصل 31 السالف ذكره؛ والذي يجيز فيه المشرع للطرف المتضرر -ووفقا للدراسة تكون الزوجة هي المتضررة في ظل تعنت الزوج عن أداء واجبه- فيحق لها تطبيقا لذلك، رفع دعوى المطالبة بالتطبيق. يستشف مما جاء في الفصلين 31 و39 أنّ المشرع التونسي قد أخذ برأي الجمهور في جواز التطبيق للإعسار بالنفقة.

وبالرجوع إلى المشرع المصري، نجد أنه قد غير مسار حكمه بشأن دعوى الإعسار بالنفقة؛ إذ كان العمل في المحاكم يجري على مذهب الحنفية، حتى صدر القانون رقم (25) لسنة 1920 المتعلق بالأحوال الشخصية، فأخذ المشرع حينها -بشأن حكم إعسار الزوج عن أداء واجبه في الإنفاق- بمذهب الجمهور؛ إذ أجاز للزوجة طلب التطبيق إذا أعسر الزوج عن أداء واجبه بالنفقة، حيث جاء في مقتضيات نص المادة الرابعة منه على أنه: "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر، أو موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق، طلق عليه القاضي في الحال، وإن ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالا، وإن أثبت أمهله مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك".

وعليه، يتضح من سياق المادة أنّ الزوج إذا اعترف بيساره أو سكت، أو ادعى الإعسار ولم يقيم على ذلك بينة ولم تصدقه الزوجة في ذلك، فأصر هو على عدم الإنفاق وأصرت هي على التطبيق، فإنّ القاضي يطلقها في الحال؛ دفعا لتعنت الزوج وتعسفه في استعمال حقه في القوامة بالإعسار على زوجته، وهذا بقصد إلحاق الضرر بها.

أما إذا غاب الزوج غيبة قريبة؛ بحيث يمكن وصول الإعلان إليه بسهولة وفي مدة لا تتجاوز تسعة أيام، وأعلن بموجب الحضور نيته في الإنفاق أو إرسال النفقة، وضرب له أجل يراه القاضي وفق سلطته التقديرية، فإذا تحققت المحكمة من وصول الإعلان ولم يحضر ولم يرسل النفقة، طلقها القاضي عليه مادامت الزوجة مصرة على ذلك. والجدير بالذكر أنّ الطلاق الذي يوقعه القاضي على الزوجة يقع رجعا إذا كانت الزوجة مدخولا بها، فإذا زال سبب التطبيق وأثبت يساره بعد ذلك، وقدرته على الإنفاق قبل مضي العدة، فله أن يراجعها عملا بالفقه المالكي، ولا يكفي الوعد والاستعداد للإنفاق أو التوعد بذلك، بل لابد من دفع النفقة المطلوبة منه في الحال، فإن لم يدفع لا يحكم بصحة الرجعة<sup>1</sup>.

وعلى المستوى القضائي، نجد محكمة النقض المصرية قد أكدت ما يلي<sup>2</sup>:

<sup>1</sup>- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص. 533-534.

<sup>2</sup>- طعن رقم 691 لسنة 70، قضائية أحوال شخصية، جلسة بتاريخ 2002/02/28. مقتبس عن آيت شاولي دليلا، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، مرجع سابق، ص. 121.

- انتفاء وجود مال ظاهر للزوج يمكن التنفيذ عليه بالنفقة.
- عدم إدعاء الزوج العسر أو اليسر.
- إصراره على عدم الإنفاق على زوجته".

كما تبني واضح قانون الأحوال الشخصية الأردني قول الجمهور في مسألة جواز التفريق للإعسار في أداء النفقة من جانب الزوج؛ حيث نصت المادة 115 منه على أنه: "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها، وكان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله. وإن لم يكن للزوج الحاضر مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه وطلبت الزوجة التفريق، فإن ادعى أنه موسر وأصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال، وإذا ادعى العجز والإعسار فإن لم يثبت طلق عليه حالا، وإن أثبتته أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر لدفع النفقة المحكوم بها من تاريخ رفع دعوى التفريق، وتقديم كفيل بنفقتها المستقبلية، فإن لم يفعل طلق عليه بعد ذلك".

يستشف من هذا النص أنّ المشرع الأردني كان صريح جدا -مثله مثل المشرع المغربي- في تبيان أحكام جواز التطلاق لعدم الإنفاق، وأيضا كان ضامنا لكل حقوق الزوجة ومدافعا عن ما قد يصيبها من ضرر بسبب تعنت الزوج في الإعسار عن أداء النفقة بذريعة القوامة، والتعسف في استعمال هاته الأخيرة. وحتى يكفل المشرع الأردني -من خلال سياق النص السالف الذكر- حق المرأة في النفقة، الذي يعتبر في الأصل كما جاء في قول الجمهور أكبر ضرر يصيبها -لأنّ المرأة يمكنها أن تتحمل عيوب الزوج بعدم وطئها، ولكن لا يمكنها أن تصبر على عدم الإنفاق- وتطبيقا لذلك، وضع المشرع كفيلا لنفقتها المستقبلية وإلا طلقت عليه.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الأردني حذا حذو بقية التشريعات العربية على غرار التشريع الجزائري، في إيقاع الطلاق لعدم الإنفاق رجعيا؛ إذا يجوز للزوج أن يراجع زوجته قبل مضي العدة وإثبات يساره، وهذا طبقا لنص المادة 118 الفقرة (أ)، التي جاء فيها: "تطبيق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا إذا كان بعد الدخول ما لم يكن مكتملا للثلاث أو قبل الدخول، أما إذا كان قبل الدخول فيقع بائنا، كما صرحت الفقرة (ب) من نفس المادة والقانون بإمكانية الزوج مراجعة زوجته قبل انقضاء المدة: "إذا كان الطلاق رجعيا فللزوج مراجعة زوجته أثناء العدة، ويحكم بصحة الرجعة إذا أرجعها خلال العدة، ودفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم لها عليه من نفقتها، وقدم كفيلا بنفقتها المستقبلية، فإذا لم يدفع النفقة أو لم يقدم كفيلا فلا تصح الرجعة".

وما يلاحظ على هاته النصوص أنّ المشرع الأردني كان صريحا جدا في صياغته لهذه المواد، وكان صريحا في ضمان حق نفقة الزوجة، الذي يعتبر أكبر ضرر إذا تعسف الزوج في استعمال قوامته بالإعسار عليها في أدائها، وهذا بغية إلحاق أضرار بها، والضرر ممنوع في الإسلام.

وبالرجوع إلى القانون العراقي، نجد أنه هو الآخر قد سار مسار التشريعات العربية بأخذه بقول الجمهور في جواز التفريق للإعسار في أداء النفقة من جانب الزوج، سواء كان متعمداً أو غير متعمداً، وهذا طبقاً لنص المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية، فللزوجة طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب الآتية<sup>1</sup>:

- إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوماً.
- إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغييره أو فقدته أو اختفائه، أو الحكم عليه مدة تزيد عن سنة.

● إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد إمهاله مدة ستين يوماً من قبل دائرة التنفيذ.

وقد خالف المشرع العراقي بقية التشريعات العربية -عدا المشرع الجزائري- في طبيعة نوع الفرقة التي تقع بسبب إعسار الزوج في أداء واجبه في النفقة، إذ قرر المشرع اعتبار الفرقة طلاقاً بائناً بينونة صغرى، وهذا تطبيقاً لنص المادة 45 من نفس القانون: "يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد 40، 41، 42، 43 طلاقاً بائناً بينونة صغرى".

وما يجب التنويه إليه أنّ المشرع العراقي قبل التعديل كان قد استثنى التفريق لعدم الإنفاق من أنواع التفريق القضائي الأخرى، واعتبره طلاقاً رجعياً عملاً بالفقه المالكي، وكان من المستحسن على المشرع العراقي أن يبقي الطلاق رجعياً كما كان؛ حتى يتمكن الزوج من مراجعة زوجته إذا أثبت يساره<sup>2</sup>. وتأسيساً على ما سبق ذكره، يكون المشرع العراقي والمشرع الجزائري قد اتفقا في نوع الفرقة التي تقع في حالة إعسار الزوج عن أداء النفقة الواجبة عليه.

وتماشياً مع ما تم ذكره، أمكن القول أنّ الإنفاق يعتبر حقاً شرعياً وقانونياً للمرأة نظمه التشريع الإسلامي وأسس أحكامه، وأرسته القواعد القانونية في مختلف التشريعات العربية من خلال نصوصها، والجدير بالذكر أنّ كل التشريعات العربية -بما فيها المشرع الجزائري- اتفقت على ما جاء به جمهور الفقهاء؛ بأنّ الزوجة لها الحق في طلب التطليق لإعسار الزوج بالنفقة الواجبة عليه.

كما سارت بعض التشريعات على نهج الفقه المالكي؛ وذلك بجعل الطلاق الذي يوقعه القاضي على الزوج يكون رجعياً، فيكون للزوج فرصة لمراجعة زوجته قبل مضي العدة إذا أثبت يساره وقدرته على الإنفاق، بينما ذهبت بقية التشريعات العربية التي سلف ذكرها -بما فيها المشرع الجزائري- إلى اعتبار فرقة الطلاق طلاقاً بائناً، وما يجب التنويه إليه أنّ الزوج لا يتعسف في استعمال حق القوامة بالإعسار على زوجته فحسب، بل قد يصل تعسفه في استعمال هذا الحق لدرجة الإضرار بزوجه أو بقية زوجاته -إذا كان متزوجاً بأكثر من

<sup>1</sup>- آيت شاوش دليّة، مرجع سابق، ص.106.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص.128.

واحد- إذا مارس حق التعدد على نحو مخالف لمقصد الله - سبحانه وتعالى - من تشريع هذا الحق، وأيضاً مناقض للرخص التي منحها له القانون ليستعمل هذا الحق.

### ثانياً: تعسف الزوج في استعمال حق التعدد

يعتبر التعدد في الزوجات حقاً مشروعاً للزوج، شرعه الله سبحانه وحكمه أرادها الشارع الحكيم في خلقه؛ وذلك لأجل تحقيق مقاصد شرعية من بين أهمها الحفاظ على النسل وغيرها من المقاصد. وبما أنّ التعدد حق فيجب استعمال هذا الحق وفق ما شرعه الله - سبحانه وتعالى - وأراد، غير أنّ الزوج - وفي إطار استعماله لهذا الحق - تتنابه أكثر من غاية، فيحيد وفق الغاية التي اختارها عن المقصد الشرعي لحق التعدد، فيتعسف في استعمال هذا الحق على نحو مضر بالمرأة. وعلى ذلك، ذهب المشرع الجزائري والتشريعات العربية إلى تقييد هذا الحق بشروط محددة حتى لا يتعسف الزوج في استعماله له، كما منحت الزوجة حق رفع الضرر عنها باللجوء إلى القضاء إذا تعسف الزوج في استعمال هذا الحق، ولم يحترم القيود التي وضعتها التشريعات لممارسة التعدد. وعليه، وقبل التطرق إلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوج في استعمال حق التعدد، لابد من الإشارة إلى صور التعسف في استعمال حق التعدد (أ)، حكم تعسف الزوج في استعمال حق التعدد (ب)، وبعدها نتعرض إلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في استعمال حق التعدد (ج).

### أ- صور التعسف في استعمال حق التعدد

يمكن إجمال صور التعسف في استعمال حق التعدد وفق النقاط الآتية:

- تعسف الزوج في ممارسة التعدد بهدف إنجاب الذكور؛ لأنّ زوجته لم تنجب له إلا الإناث وكان يشعر بالمعرة من هذا الخلف.
- ممارسة تعدد الزوجات بغية إشباع شهوات آنية عابرة، وكان يمارس التعدد دون حد ليطلق ويعيد التزوج قبل أن يتجاوز العدد؛ أي عدد أربعة زيجات<sup>1</sup>.
- ممارسة الزوج التعدد بنية إنقاص حظ الزوجة الأولى من التركة لبغضه لها مثلاً، ولأنه لا يستطيع طلاقها لسبب أو لآخر فيتعهد إلى أخذ جزء من الميراث منها بطريقة احتيالية، خصوصاً إذا علم من نفسه الهلاك<sup>2</sup>.
- ممارسة الزوج التعدد بهدف أن يكثر نصيبه من الميراث من كل زوجة يتزوجها، خاصة وإن اختارهن لملهن، أو يتزوج بغية التمتع بثرائهن، أو يتزوجهن بنية الاستفادة من مرتباتهن.
- ممارسة الزوج التعدد بدون إعلام الزوجة السابقة بالتعدد عليها، وبالتدليس في حالته المدنية؛ وذلك بإعلام زوجته اللاحقة بأنه غير متزوج من قبل، أي أنه غير متزوج بسواها.

<sup>1</sup> - تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، لسنة 2016، ص.92.

<sup>2</sup> - تبوب فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص.92.

- ممارسة الزوج التعدد بهدف التأقيت، أو المتعة، أو لإحلال زوجة غيره.
- وأيضاً ممارسة الزوج التعدد بغية عدم العدل والإضرار بالزوجة فحسب، والميل إلى الزوجة الثانية لجمالها وخصوبتها وبكارتها.
- ممارسة الزوج التعدد بالتقتير على زوجته السابقة وأولادها في النفقة، وكذا إهمالهم مادياً ومعنوياً.
- وأيضاً تعسف الزوج في ممارسة التعدد بإحلال الشرط المتفق عليه في عقد الزواج، وهو عدم التزوج عليها.

### ب- حكم تعسف الزوج في استعمال حق التعدد

أجاز الفقه الإسلامي للزوج أن يعدد في زواجه على أن يتقيد بعدم تجاوز أربع زوجات، وأن يحقق العدل بين زوجاته؛ ويكون ذلك بالمساواة بينهن في الأمور المادية، وأن تكون له القدرة على الإنفاق عليهم. والجدير بالذكر أنّ فلسفة التعدد في الإسلام بضوابطه، لا تجيز التفريق بطلب الزوجة الأولى لمجرد أنّ الزوج تزوج ثانية أو عدد في زواجه، غير أنّ هذه الإباحة غير مطلقة، وإنما مقيدة بعدم الإضرار، والتي تحكمها قاعدة جوهرية "لا ضرر ولا ضرار"<sup>1</sup>.

وعليه، فإذا وقع ضرر جراء استعمال الزوج هذا الحق -أي حق التعدد- فإنه من حق الزوجة المتضررة طلب إزالة هذا الضرر؛ وذلك برفع أمرها إلى الحكام أو القاضي من أجل تطليقها، وأساس قبول دعواها في طلب التطليق ليس مبنياً على ممارسة الزوج التعدد في حد ذاته، وإنما الضرر الواقع نتيجة هذا الزواج. وكما سبق وأن ذكرنا بخصوص التطليق لضرر<sup>2</sup>، فقد انقسم الفقهاء بين مجيز للتفريق لضرر وبين مانع لذلك؛ فالذين لم يجيزوا التطليق لضرر هم الحنفية، الذين يرون أنّ للزوجة أن ترفع أمرها إلى الحكام ليعزره حتى يرتدع عن الإضرار بها، ولا يصل الأمر إلى التفريق بينهما. بينما أجاز المالكية التطليق لضرر منعا للنزاع؛ حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق، غير أنهم لم يعتبروا التعدد في الزواج من قبيل الضرر الذي يوجب التفريق. وبما أنّ ممارسة الزوج حق التعدد لا يعتبر ضرراً يوجب التفريق، فهل يعتبر مخالفة الزوج لشرط الزوجة بعدم التزوج عليها من قبيل الأسباب الموجبة للتطليق؟

اختلف الفقهاء حول حرية التعاقد، ومنها حرية اشتراط الزوجة بعدم التزوج عليها؛ حيث ذهب جمهور الفقهاء والظاهرية إلى أنّ الأصل في الاشتراط الحظر، فلا يباح إلا ما دل عليه الدليل<sup>3</sup>، واستدلوا في ذلك بالسنة النبوية الشريفة: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"<sup>4</sup>، ووجه الدلالة من الحديث الشريف، أنّ كل

<sup>1</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص. 165.

<sup>2</sup> - راجع تفصيلاً الصفحة 126-127 من الدراسة.

<sup>3</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج. 5، مرجع سابق، ص. 169. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج. 3، مرجع سابق، ص. 343 وما يليها.

<sup>4</sup> - رواه أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النجش، ج. 2، مرجع سابق، ص. 17.

عقد أو شرط لم يرد به الشرع في القرآن أو في السنة أو بالإجماع فهو باطل مردود؛ إذ ليس لأحد سلطة تشريع العقود والشروط وإلا كان مبتدعا<sup>1</sup>.

أما الحنابلة فيقولون بحرية الاشتراط وإباحته؛ فلا يحظر إلا ما ورد عليه نص من الكتاب أو السنة<sup>2</sup>، واستدلوا في ذلك بما جاء في الكتاب الكريم، لقوله تعالى ﴿بِأَيِّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>3</sup>، ووجه الدلالة أنّ في الآية الكريمة أمر بوجوب الوفاء بالعقود دون استثناء، ويستفاد منها كذلك مبدأ القوة الإلزامية للعقد، ومنه أيضا صحة العقد الذي يكون مشتملا على شرط أقر الفقهاء بصحته وملاءمته لمقتضيات العقد في النكاح<sup>4</sup>، واستدلوا أيضا بما جاء في السنة النبوية الشريفة، لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "إنّ أحق الشرط أن يوفى به ما استحللتم به الفرج"<sup>5</sup>، وقوله -عليه الصلاة والسلام- أيضا: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"<sup>6</sup>، ويرى أصحاب هذا القول أنّ الإباحة هي الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء؛ وذلك تحقيق لمقصد رعاية مصالح الناس في المعاملات؛ فيباح تطبيقا لذلك عقد العقود واشتراط الشروط، ويكفي في صحة العقود ألا تحرمها الشريعة<sup>7</sup>.

كما يقول الذين ردوا على ما استند إليه الفقه الحنبلي، أنهم لا يعطون للزوجة حق التفريق إذا فعل الزوج ذلك؛ فعلة إجازة الحنابلة هذا الشرط ليست مطلق تضرر الزوجة من زواج زوجها بأخرى، وإنما علة ذلك ما قرروه هم بأنفسهم علة واضحة لذلك، وهو وجوب الوفاء بالشرط في النكاح التزاما بحديث النبي -عليه الصلاة والسلام- في ذلك<sup>8</sup>.

ويبدو أنّ القول الراجح هو قول الحنابلة لما فيه من التيسير والتوسعة على الناس، وما تقتضيه معاملاتهم من الاستمرار، أما بالنسبة للقول الأول فيؤدي مطلقا إلى القول بتحريم الحلال وتحليل الحرام<sup>9</sup>. وبالنسبة لجواز أو عدم جواز طلب الزوجة التطليق عند عدم وفاء زوجها بالشروط التي اشترطتها عليه في عقد الزواج، بما فيها شرط عدم التزوج عليها، فقد أجاز المسلمون حق التطليق للزوجة إذا لم يف زوجها

1- بن زينة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 137.

2- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، التحقيق (شعيب الأرنؤوط، عبد القادر الأرنؤوط)، ج. 5، ط. 26، مؤسسة الرسالة، بيروت، لسنة 1412هـ - 1992م، ص. 106-107.

3- الآية 01 من سورة المائدة.

4- انظر. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 4، مرجع سابق، ص. 199. وبن زينة عبد الهادي، مرجع سابق، ص. 138.

5- أخرجه مسلم، صحيح مسلم، باب الوفاء بالشرط في النكاح، مرجع سابق، ص. 674.

6- أخرجه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- في الصلح بين الناس، ج. 2، رقم الحديث 1363، مرجع سابق، ص. 403.

7- بن زينة عبد الهادي، مرجع سابق، ص. 138.

8- آيت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص. 266.

9- بن زينة عبد الهادي، مرجع سابق، ص. 139.



بالشروط التي اشترطتها عليه؛ حيث قال ابن قدامة في كتابه المغني بأن ما يلزم الوفاء به من الشروط في النكاح، هو ما يعود بفائدة على الزوجة، يثبت لها فسخ النكاح إذا لم يفِ الزوج به<sup>1</sup>. ويرى المالكية؛ بأن عدم الوفاء بالشرط يثبت حق الزوجة في تملكها الطلاق، وإلا فلها التطليق بالضرر. ويرى ابن تيمية أيضا أن للمرأة الفسخ إذا تزوج زوجها عليها مع اشتراطها ألا يفعل ذلك<sup>2</sup>. وأجاز أحمد أن للزوجة أن تطلب التطليق إذا أحل الزوج بشرط متفق عليه في عقد الزواج، والمتمثل في عدم التزوج عليها. وقد ذكر ابن قيم الجوزية تحريجا على قواعد الإمام أحمد، وقواعد فقه أهل المدينة، أن اختلف في شرط ألا يتسرى عليها، وألا يتزوج عليها، فأوجب الإمام أحمد وغيره الوفاء به، ومتى لم يفِ به فلها الفسخ عنده<sup>3</sup>. ومن هذا المنطلق، أمكن القول أن الزوجة إذا اشترطت على زوجها في عقد الزواج بأن لا يتزوج عليها، فعليه أن لا يفعل، فإن لم يفِ بما اشترطته عليه رغم قبوله وقت العقد وتزوج عليها، فللزوجة طلب التطليق؛ إما لعدم الوفاء بالشرط عند الحنابلة وابن قدامة وابن تيمية، أو للضرر الواقع عليها بعدم الوفاء بالشرط، والتفريق هنا يكون على أساس عدم الوفاء بالشرط أو الضرر الحاصل نتيجة لذلك، وليس على أساس أن الزوج تزوج غيرها أو ممارسته حق التعدد؛ لأن الفقه اتفق على أنه حق مشروع للزوج، ولا يعتبر الزوج إذا مارس هذا الحق مضرا بزوجته، إلا إذا صدرت منه أفعال أخرى توجب التطليق للضرر الناتج عن تلك الأفعال المقترنة بحق التعدد، وليس لحق التعدد في حد ذاته.

### ج- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوج في استعمال حق التعدد

سنتعرض في هذا الصدد إلى موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوج في استعمال حق التعدد (01)، وبعدها نشير إلى موقف التشريعات العربية من ذلك (02).

#### 1- موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوج في استعمال حق التعدد

أجاز قانون الأسرة للزوج ممارسة حق التعدد -باعتباره كمبدأ عام حقا شرعيا؛ خوّل الشارع الحكيم حق ممارسته للزوج، وهو حق مكفول في ذات القانون- ولكن قيده ضمن حدود وشروط لا ينبغي على الزوج تجاوزها، وإلا اعتبر متعسفا في استعمال هذا الحق، يوجب له إزاء استعماله لهذا الحق بشكل تعسفي تعويضا للضرر المادي والأدبي الذي ألحقه بزوجته أو زوجاته.

وعليه، يكون الزوج متعسفا في استعمال حق التعدد إذا خالف أحكام المادتين 08 و08 مكرر من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02؛ حيث نصت المادة 08 منه على أنه: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي، وتوفرت شروط ونية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، ج.7، مرجع سابق، ص.448.

<sup>2</sup> ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج.32، مرجع سابق، ص.164.

<sup>3</sup> شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج.3، المطبعة المنيرة، القاهرة، د.س.ن، ص.159.

المحكمة لمكان مسكن الزوجية. يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية". يستشف من نص المادة أنّ المشرع وضع ضوابط على الزوج التقيد بها، فإن لم يتقيد بها اعتبر متعسفا في استعمال حق التعدد، وهذه الضوابط تتمثل في وجود المبرر الشرعي، وضرورة توفر شروط ونية العدل بين الزوجات، وإعلام الزوجتين بالزواج.

### 1-1- المبرر الشرعي

يعتبر شرط وجود المبرر الشرعي ضرورة لإباحة التعدد، غير أنّ المشرع لم يوضح المقصود منه، كما لم يبين المبررات الشرعية التي إذا توفرت يباح للزوج أن يتزوج من امرأة أخرى، وقد فسر وزير العدل في إطار المنشور الوزاري رقم 84-102 المؤرخ في 1984/12/23، ضمنه تفسير المادة 08 من قانون الأسرة قبل تعديلها، وحصر شرط المبرر الشرعي في مرض الزوجة مرضاً عضالاً وحالة عقمها لا غير<sup>1</sup>. ولكنه تراجع بعد ذلك القرار، وأصدر منشوراً وزارياً آخر رقم (14) في سنة 1985/08/22، ضمن حالات ترك تقديرها للسلطة التقديرية للقاضي<sup>2</sup>. وعليه، فالمبرر الشرعي الوارد في المادة 08 قبل التعديل يتضمن عقم الزوجة، ومرضها العضال، وما يقدر القاضي أنه مبرر شرعي من الملف الذي يعرض عليه<sup>3</sup>.

ومن هذا المنطلق يبدو أنّ المراد بالمبرر الشرعي -حسب البعض- السبب المسوغ شرعاً أو قانوناً للتعدد في الزواج، ويحرم قطعاً من حيث الشرع والقانون ما كان الهدف منه الإضرار بالغير أو مخالفة تعاليم الدين؛ كأن تأخذ المعرة من إنجاب زوجته الإناث ورغبته في الذكور، فيتخذ من التعدد ذريعة لذلك، وهذا يعتبر منافياً للشرعية ومخالفًا لمقاصد الدين، والقواعد الفقهية تقوم على سد الذرائع<sup>4</sup>.

### 1-2- ضرورة توفر شروط ونية العدل بين الزوجات

يعتبر العدل شرطاً موقوفاً لإباحة التعدد، ويعتبر العدل من الأمور الباطنية التي لا يمكن الإطلاع عليها، خاصة وأنّ المشرع ربط العدل بالنية، وهذا ما يصعب على الزوجة المعدد عليها إثباته أمام القضاء، أضف إلى أنّ المشرع الجزائري لم يوضح الإجراءات الواجب إتباعها للوصول إلى معرفة والتحقق من مدى وجودها، وفي

1- جاء في قرار الوزير: "إذا طلب من الموثق أو ضابط الحالة المدنية تلقي عقد الزواج بثانية، فعليه أن يتحقق من توفر الشرط الأول الذي هو المبرر الشرعي، ويكتفي في إثباته بشهادة طبية من طبيب اختصاصي، تثبت عقم الزوجة الأولى أو مرضها العضال، فإذا لم يثبت العقم أو المرض العضال رفض الموثق أو الموظف المختص تلقي العقد". منشور صادر عن وزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية، رقم 84-102، مؤرخ في 1984/09/23، يتضمن كيفية تطبيق المادة 08 من قانون الأسرة.

2- حيث جاء في المنشور الوزاري المؤرخ في 1985/08/22: "... حالات يقدرها القاضي خاصة في حالة رضا الزوجة الأولى، وللقاضي سلطة تقديرية في أن يرخص بالزواج الثاني أو يرفضه بمجرد أمر على عريضة غير قابل للطعن...". انظر. المنشور الثاني لوزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية، رقم 85-14، الصادر في 1985/08/22، يتضمن كيفية تطبيق المادة 08 من قانون الأسرة.

3- تبوب فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص.ص. 86-87.

4- جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، لسنة -2004-2005، ص.103.

إطار الفراغ التشريعي في قانون الأسرة، صدر في المنشور الوزاري المؤرخ في 1984/12/23 أنّ إثبات نية العدل هو من صلاحيات القاضي وحده، وعلى الزوجة إثبات عدم توفره عند النزاع أمام المحكمة المختصة أثناء طلب التطليق، ليتسنى للقاضي الحكم لها بالتعويض. ومن هذا المنطلق، يبدو أنه باشتراط المشرع ضرورة توفر نية العدل، لم يترك للقاضي سلطة التدخل بين الزوجين إلا بعد إنشاء عقد الزواج؛ وذلك للتأكد من مدى توافر شروط ونية العدل<sup>1</sup>.

وعلى المستوى القضائي، صدر اجتهاد قضائي من المحكمة العليا بتاريخ 2006/07/12، والتي قضت فيه: "إنّ طلب المطعون ضدها بالتطليق مبرر، نظرا للضرر الذي لحقها من طرف الطاعن لتقاعسه في العدل بينها وبين ضررتها، والاعتداء عليها، وهو ما يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة، زيادة على استمرار الشقاق بينهما بالرغم من صدور حكم بالرجوع يوم 2002/11/26، وتمادي الطاعن في إيذائها بالضرب هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم يثبت لقضاة الموضوع نشوز الزوجة المطلقة طبقا للقانون، ومن ثم حكموا للمطعون ضدها بالتعويض، وبالتالي يكون ما ينعاه الطاعن بهذه الأوجه غير سديد يتعين رفضه، وتبعاً لذلك رفض الطعن"<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لتوفر الشروط الضرورية للحياة؛ فيقصد بها المشرع وجوب العدل بينهن في النفقة (أي الطعام، والسكن، والكسوة، والمبيت، فضلا عن المكوث في البيت، ويتقاسم الأيام التي يقضيها مع زوجاته). وقد قضت فيه المحكمة العليا بتاريخ 1986/05/05 على أنه: "حيث أنّ الزوج لم يقيم بواجباته الزوجية اتجاه المدعية في الطعن بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية. وبالتالي، فإنّ الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجتين طبقا للشريعة الإسلامية والقانون"<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنّ للقاضي السلطة التقديرية في التأكد من القدرة المالية للزوج، الكافية لإعالة زوجتين أو أكثر؛ ويكون ذلك عن طريق الإطلاع على دخل الزوج، من خلال شهادة كشف الراتب إن كان موظفًا حكوميًا، أو من خلال رقم أعماله التجارية إن كان تاجرا، أو عن طريق حسابه البنكي إذا كان رجل أعمال وله حساب في البنك، أو حتى يمكن التأكد من ذلك عن طريق شهادة الشهود، إلى غير ذلك من وسائل الإثبات. فإذا أثبت الزوج قدرته على الإنفاق من توفر موارد كافية لإعالة أسرته، رخص له القاضي التعدد أو التزوج بثانية، أما إذا لم يثبت الزوج ذلك، وثبت لدى القاضي عدم قدرته على الإنفاق وعلى إعالة أسرة واحدة، فيكون في الترخيص مظنة حصول الضرر، وهذا يتنافى مع مشروعية التعدد، فلا يرخص له القاضي تطبيقا لذلك<sup>4</sup>.

1- تبوب فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص. 88.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2006/07/12، م.ق، رقم 997356، ع.02، لسنة 2006، ص. 441.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1986/05/05، رقم القرار 41445، غير منشور.

4- تبوب فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص. 89.

### 1-3- إعلام الزوجتين بالزواج

اشترط المشرع الجزائري على الزوج الراغب في ممارسة التعدد، في الفقرة الثانية من المادة الثامنة من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02، ضرورة إخبار الزوجة السابقة التي هي في عصمته برغبته في الزواج بثانية، كما عليه إخبار المرأة التي يقبل على الزواج بها بأنه متزوج بسواها، وإن لم يفعل ذلك؛ فإنّ المشرع قد جعل عدم إعلام الزوجتين وإخبارهما بالزواج الجديد بالنسبة للزوجة السابقة، وبالزواج القديم بالنسبة للزوجة اللاحقة سببا موجبا للتطليق من القاضي، بناء على التدليس الذي صدر من الزوج وسوء نيته وخذاعهما، وهذا طبقا لنص المادة 08 مكرر من نفس القانون: "... حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

هذا النص أورد سبباً واحداً للتطليق، ناهيك عن الأسباب أو الضوابط الأخرى التي إن لم يلتزم بها الزوج فإنه يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق، وسبب التطليق هنا هو التدليس الصادر عن الزوج، والذي يميز للزوجتين طلب التطليق إزاء ذلك. وثبت واقعة التدليس بمجرد كتمان الزوج زواجه السابق بتدليس في حالته المدنية، وأيضاً بإخفائه على الزوجة السابقة ما ينويه<sup>1</sup>، خاصة إذا كان يرمي إلى زواج عرقي من قاصرة، فنظراً لسنها غير المرخص بالزواج لا يمكنهما إبرام عقد الزواج على مستوى البلدية ووفقاً للإجراءات الرسمية أو الشكلية للزواج.

وتأسيساً على ذلك، تظهر نية الزوج في استعمال حق التعدد بطرق احتيالية، وبالتخاذ للحق ذريعة لممارسة ذلك الفعل، مما يعتبر من قبيل التعسف في استعمال حق التعدد؛ ويمكن أن نستشف ذلك من خلال القرائن والملابسات الدالة على واقعة عدم إخبار الزوجة بالواقعة الجديدة، وعدم الحصول على ترخيص من المحكمة، هذا بالنسبة للزوجة السابقة، وإخفاء الحالة المدنية على الزوجة الجديدة. فكل تلك القرائن دلائل قوية على تعسف الزوج في استعمال حق تعدد الزوجات، وهذا طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 86 من القانون 05-10 المتعلق بالقانون المدني: "يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملبسة؛ إذا ثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

وبخصوص كيفية الإعلام؛ فيكون بإخبار كل من الزوجة السابقة واللاحقة أمام القاضي برغبته في إبرام عقد الزواج بثانية، ويسجل في السجل الخاص بطلبات التعدد، ليكون ذلك حججاً يرجع إليها عند التنازع، فإن تعذر على الزوجة السابقة الحضور يتعين إبلاغها للحضور بعقد غير قضائي، بواسطة مصلحة التبليغ بالمحكمة بالتاريخ والمكان الذي سيرم فيه عقد الزواج الثاني، فإن حضرت واعترضت يسجل اعتراضها، وإن تغيبت أثبتت غيبتها أو إبرام العقد. ويعلم الزوجة السابقة واللاحقة بالزواج وبرضاها على ذلك يسقط حقهما في طلب التطليق.

<sup>1</sup> - تبوب فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 89.

يتضح من خلال ما سبق ذكره أنّ المشرع وضع وسيلة حمائية للزوجة، تيسر لها الحصول على حقها أمام القاضي عند طلبها للتطبيق على أساس الفقرة 6 من المادة 53 وأيضاً المادتين 08 و 08 مكرر من قانون الأسرة السالف الذكر، وتعتبر هاته الوسيلة الحمائية بمثابة أثر يترتب عن تعسف الزوج وتدليس وسوء نيته، وما يترتب عن ذلك من أضرار مادية ومعنوية تلحق بالزوجة -والتي سنأتي على ذكر تفاصيلها في معايير التعسف في استعمال حق التعدد- وحتى لا يتمادى الزوج في استعمال هذا الحق كذريعة لإضرار بالزوجة بوجود هاته القيود. وما يجب التنويه إليه في هذا المقام، أنه كثيراً ما يحدث أن يبرم الزوج عقدًا عرفياً مع امرأة، خاصة إن كانت قاصرة فلا يمكن عقد زواجهما بطريقة رسمية، مما يتيح للزوج التحايل وإخفاء زواجه السابق واللاحق؛ لأنّ العقد المقبل عليه عرفي ولا يشترط فيه أهل الزوجة اللاحقة أي رسميات؛ لعلمهم بأنّ صغر سن ابنتهم لا يسمح بإتمام المراسيم الشكلية للعقد، فيدخل بزوجه دون إخبارها ولا إخبار الزوجة الأولى، وبعد ذلك يقصد المحكمة طالبا إصدار حكم تسجيل عقد زواجه الثاني في سجل الحالة المدنية، تطبيقاً لنص المادة 22 من قانون الأسرة<sup>1</sup>، حيث أنّ المحكمة بتوفر أركان الزواج وشروطه تقوم بتثبيته بحكم، ويتم تسجيله في الحالة المدنية دون اشتراط المبرر الشرعي ولا إثبات إخبار الزوجتين بواقعة زواجه<sup>2</sup>.

بالإضافة إلى ذلك، حتى وإن استعان الزوج بالمادة 22 من نفس القانون، بأن أثبت زواجه العرفي بحكم قضائي، ولو لم ترض الزوجة السابقة بذلك، وحتى بدون مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة 8 من نفس القانون كما سبق وأن أسلفنا، ولكن مع ذلك منح لها المشرع الجزائري -وفي ذات القانون- رخصة طلب التطبيق لضرر مع التعويض لها، وهذا طبقاً للمادة 53 الفقرتين 6 و 10 من القانون السالف ذكره. والجدير بالذكر في هذا الشأن أنه في حالة ما إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق<sup>3</sup>، وخالف الزوج هذا الشرط بعد الزواج، فإنه بمخالفته هذا الشرط يكون قد تسبب في إضرار الزوجة بنكوله عن وعده بعد التقييد بالشرط المنصوص عليه في عقد الزواج، وهو ما جعله المشرع الجزائري سبباً آخر للزوجة في أن تطلب التطبيق مع حقها في التعويض، طبقاً لنص المادة 53 الفقرة 49 من القانون المذكور آنفاً.

<sup>1</sup>- نصت المادة 22 من قانون 02-05 المتعلق بقانون الأسرة: "يثبت الزواج بمستخرج عن الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

<sup>2</sup>- تبوب فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص.ص. 91-92.

<sup>3</sup>- نصت المادة 19 من قانون 02-05 المتعلق بقانون الأسرة على أنه: "يجوز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

<sup>4</sup>- نصت المادة 53 الفقرة 9 من قانون 02-05 المتعلق بقانون الأسرة على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للأسباب الآتية: ... مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج ...".

وتطبيقا لذلك، يكون المشرع الجزائري قد أخذ برأي الفقه الحنبلي، وابن قدامة، والكاساني، وابن تيمية؛ في مسألة جواز التفريق لمخالفة الزوج الشروط المقترنة بعقد الزواج، ولكنه خالف الفقهاء بما اتفقوا عليه في أنه ليس للزوجة أن تطلب التفريق بسبب تزوج الزوج بثانية.

وعلى المستوى القضائي، نجد قرارًا قضائيًا صادرًا عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23: "من المقرر قانونًا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعًا، ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر. ولما كان ثابتًا أنّ الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغًا فيه متعسفا من طرف الزوج، فإنّ تطبيق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإنّ القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من ق.أ. قد طبقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

وعليه، يمكن القول أنّ الزوج إذا لم يلتزم بالقيود التي سطرها له المشرع الجزائري لممارسة حق التعدد، يكون متعسفا في استعمال هذا الحق في نظر القانون، وقد رخص المشرع للزوجة الحق في طلب التطلاق لتعسف الزوج في ممارسة التعدد أو خداعها بالتزوج بثانية.

## 2- موقف التشريعات العربية من تعسف الزوج في استعمال حق التعدد

بالرجوع إلى المشرع المغربي نجده قد أباح -مثله مثل المشرع الجزائري- التعدد، ولكن بشروط أو ضوابط على الراغب في ممارسة التعدد التقيد بها، من بين أهمها -والتي ذكرتها الشريعة الإسلامية- عدم تجاوز العدد المرخص به شرعا وهو أربع زوجات، وهذا الشرط أو القيد ذكره المشرع في معرض الحديث عن موانع الزواج المؤقتة<sup>2</sup>. بالإضافة إلى هذا الشرط، قيّد المشرع الراغب في التعدد بالحصول على إذن من المحكمة يسمح بذلك، ولا تأذن المحكمة بالتعدد إذا توفرت الأسباب الآتية:

● إذا خيف عدم العدل بين الزوجات<sup>3</sup>؛ ويلاحظ على هذه العبارة أنّ تقدير العدل، أو التخوف من عدم قدرة الزوج على إقامة العدل يخضع للسلطة التقديرية للقاضي؛ إذ أنّ القاضي بإمكانه عدم الإذن بالتعدد، إذا قدر أنّ الزوج ليست له القدرة على إقامة العدل<sup>4</sup>.

● إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج على زوجها عدم التزوج عليها<sup>5</sup>.

● ثبوت المبرر الموضوعي والاستثنائي<sup>6</sup>.

● وجود الموارد المالية لإعالة أسرته أو أكثر<sup>1</sup>.

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1997/12/23، رقم 181648، م.ق، ع.01، لسنة 1997، ص.49.

2- نصت المادة 39 من مدونة الأسرة المغربية على أنّ: "موانع الزواج المؤقتة هي: ... الزيادة في الزوجات على العدد المرخص شرعا..."

3- نصت المادة 40 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات..."

4- آيت شاولس دليلة، مرجع سابق، ص.ص.282-283.

5- نصت المادة 40 من مدونة الأسرة المغربية السالفة الذكر على أنه: "...كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها..."

6- نصت المادة 41 من المدونة على أنه: "لا تأذن المحكمة بالتعدد: إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي..."

وبعد توفر هذه الشروط -السالفة الذكر- والأسباب لطلب التعدد، تُقدم للمحكمة، فيقدرها القاضي في إطار السلطة الممنوحة له وفق هذه المدونة، ويقوم القاضي باستدعاء الزوجة المراد التزوج عليها لسماعها وفق نص المادة 43: "تستدعي المحكمة الزوجة المراد التزوج عليها للحضور، فإذا توصلت شخصيا ولم تحضر أو امتنعت من تسلّم الاستدعاء، توجه إليها المحكمة عن طريق عون كتابة الضبط إنذارا؛ تشعرها فيه بأنها إذا لم تحضر في الجلسة المحدد تاريخها في الإنذار فسيبت في طلب الزوج في غيابها، كما يمكن البت في الطلب في غيبة الزوجة المراد التزوج عليها؛ إذا أفادت النيابة العامة تعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاؤها فيه. إذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتجا عن تقديم الزوج -بسوء نية- لعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة؛ تطبق على الزوج العقوبة المنصوص عليها في الفصل 36 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة المتضررة". يتبين من خلال هذه الإجراءات -وخاصة الأخيرة منها- والتي أوجب المشرع على القاضي إتباعها، حرص المشرع على إعلام الزوجة التي يرغب زوجها في التزوج عليها، ومحاولة أخذ موافقتها، وحمايتها من أي تعسف قد يظالها من زوجها<sup>2</sup>.

وأضافت المادة 44 من نفس المدونة إجراء آخر على المحكمة إتباعه؛ حيث جاء في نص المادة: "تجري المناقشة في غرفة المشورة بحضور الطرفين، ويستمع إليهما لمحاولة التوفيق والإصلاح بعد استقصاء الوقائع وتقديم البيانات المطلوبة. للمحكمة أن تأذن بالتعدد بمقرر معلل غير قابل لأي طعن، إذا ثبت لها مبرره الموضوعي الاستثنائي وتوفرت شروطه الشرعية، مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها وأطفالهما".

يستشف من نص هاته المادة أنّ المشرع المغربي لما جعل ذلك الإجراء -التمثل في المشورة والمناقشة-؛ كان هدفه الوصول إلى قبول الزوجة الأولى ليمنح القاضي للزوج الإذن بالتعدد؛ بمعنى، إذن القاضي غير موقوف على إجازة ورضا الزوجة بالتعدد؛ لأنّ ذلك غير مذكور في الشروط التي أوردتها المادة 40 و 41 من نفس المدونة، وإنما الإذن مقرون أو موقوف على اقتناع القاضي بحجج الزوج، وبدواعي التعدد وتوفر شروطه؛ فالقاضي يسمح بالتعدد لتوافر الشروط، وقدرة الزوج على التزوج ثانية، سواء رضيت به الزوجة أم لم ترض، فهذا الإجراء الذي وضعه المشرع في المادة 44 اهدف منه محاولة الحد من الشقاق بين الزوجين، أو الوصول إلى الحل الأخير وهو التفريق بينهما. وما تجدر الإشارة إليه أنّ المشرع دائما دقيق في صياغته للنصوص القانونية بطريقة موضوعية، مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية؛ ويتجلى ذلك في وصف مبرر التعدد بالموضوعي والاستثنائي، وهذا يدل على أنّ المشرع لم يفتح المجال لجميع المبررات التي يتذرّع بها الزوج لممارسته التعدد<sup>3</sup>، ولكن السؤال الواجب طرحه: بما أنّ المشرع اعتبر أنه ليس كل مبرر موضوعي يعطي الحق للزوج بممارسة

<sup>1</sup>- نصت المادة 41 من نفس المدونة على أنه: "لا تأذن المحكمة بالتعدد: ... إذا لم تكن لطلبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة".

<sup>2</sup>- آيت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص. 283.

<sup>3</sup>- آيت شاوش دليلة، المرجع نفسه، ص. 283-284.

التعدد، بل يجب أن يكون مبرر الزوج موضوعياً استثنائياً، فما هو المبرر الاستثنائي الذي يقصده المشرع المغربي؟

أما بالنسبة لحق الزوجة في إزالة الضرر عنها نتيجة تعسف الزوج في استعمال حق التعدد، فنجد المشرع المغربي أجازاً للزوجة من خلال المادة 45 من نفس المدونة طلب التطلق، وبإمكان القاضي أن يحكم بالتطلق للزوج بأخرى "إذا تبين للمحكمة - من خلال المناقشات - تعذر استمرار الحياة الزوجية، وأصرت الزوجة المراد الزوج عليها على المطالبة بالتطلق. حددت المحكمة مبلغاً لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادها الملزم الزوج بالإفناق عليهم، يجب على الزوج إيداع المبلغ المحدد خلال أجل لا يتعدى سبعة أيام. تصدر المحكمة بمجرد الإيداع حكماً بالتطلق، ويكون هذا الحكم غير قابل لأي طعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية. يعتبر عدم إيداع المبلغ المذكور خلال الأجل المحدد تراجعاً عن طلب الإذن بالتعدد، فإذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد ولم توافق الزوجة المراد للزوج عليها ولم تطلب التطلق، طبقت المحكمة تلقائياً مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 بعده".

يتضح من نص المادة أنّ المشرع أجاز للزوجة إذا لم ترض بزواج زوجها بثانية، والذي أذن فيه القاضي للزوج بممارسة التعدد، مع الحفاظ على حقوقها المادية وحقوق أولادها، أو عن طريق إجراء دعوى الشقاق والتي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، في حال إذا لم تطلب الزوجة التطلق ورفضت التعدد<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر أيضاً أنّ المشرع المغربي مثل نظيره المشرع الجزائري قد منح حق الزوجة في الاشتراط في عقد الزواج، عملاً بالمذهب الحنبلي وقول ابن قدامة وابن تيمية، وتطبيقاً لذلك أجاز للزوجة أن تطلب التطلق في حال مخالفة الزوج لشرط الزوجة بعدم التزوج عليها، وهذا طبقاً لنص الفقرة 1 من المادة 99 من نفس المدونة، والتي جاء فيها: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضرراً مبرراً لطلب التطلق...".

وتأسيساً على ما سبق ذكره، أمكن القول أنّ المشرع المغربي قد أجاز للزوجة أن تزيل الضرر عن نفسها عن طريق القضاء للمطالبة بالتطلق نتيجة تعسف الزوج في استعمال حق التعدد، أو نتيجة تعسفه لمخالفة الشرط المتفق عليه في عقد الزواج بعدم التزوج عليها، وبناءً على ذلك يكون المشرع المغربي قد خالف ما اتفق عليه الفقهاء في مسألة عدم جواز التفريق لمجرد التعدد في حد ذاته.

أمّا المشرع التونسي فقد ذهب خلاف ما ذهبت إليه التشريعات المغاربية؛ بحيث اعتبر ممارسة الزوج التعدد في حد ذاته تعسفاً، فمنع الزوج من استعمال هذا الحق، بل وذهب إلى أبعد من ذلك؛ إذ عاقب من تزوج ثانية بعقوبة سالبة للحرية بالإضافة إلى غرامة مالية، حيث جاء في نص الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنّ "تعدد الزوجات ممنوع. فكل من تزوج وهو في حالة زوجية وقبل فك عصمة الزواج

<sup>1</sup> - آيت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص.ص. 284-285.



السابق، يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك، أو بإحدى العقوبتين، ولو أنّ الزواج لم يبرم طبق أحكام القانون".

يستشف من نص المادة أنّ المشرع لم يعتبر التعدد تعسفا في حد ذاته، وإنما اعتبر من مارس هذا الفعل تجاوز في استعمال حق القوامة - وعن أيّ قوامة نتحدث واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة هي المقررة<sup>1</sup>، فالمرأة هي القوامة وفق القانون التونسي - كما أنّ المشرع التونسي - على غرار المشرع الجزائري والمغربي - اعتبر من تزوج ثانية حتى ولو كان زواجه الثاني عرفيا مخالفاً للقانون، فتفرض عليه الغرامة بالإضافة إلى السجن، فحظر التعدد يعتبر مخالفة صريحة لنصوص الشريعة الإسلامية التي أقرت هذا الحق وحددت ضوابطه، فيكون بذلك المشرع قد خالف ما أجمع عليه الفقه الإسلامي في إجازته للتعدد، واعتبار أنه لا يعتبر سببا يجيز للزوجة الحق في طلب التفريق، ضف إلى أنّ المشرع التونسي منع التعدد حتى ولو لم تشترط الزوجة في عقد زواجها عدم التزوج عليها.

والجدير بالذكر أنّ المشرع التونسي جعل هذا الفصل يسري بأثر رجعي بالنسبة لمن كان متزوجاً بثانية قبل صدور هذا القانون؛ وذلك بمعاينة ممارس هذا الفعل بنفس عقوبة الذي مارس الفعل بعد صدور هذا القانون، حيث نصّت الفقرة الثالثة من نفس الفصل والجملة على: "ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجا على خلاف الصيغ الواردة بالقانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 4 محرم 1377 (أول أوت 1957) والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية، ويبرم عقد زواج ثان ويستمر على معايشة زوجته الأولى".

كما أنه بالنسبة لحق الزوجة في طلب التطليق لممارسة زوجها التعدد، فلا مجال للحديث عنه في ظل معاينة الزوج المعدد وفقا لهذا القانون، واعتبار الزواج بثانية من الأمور أو المسائل الماسة بالنظام العام، وبالتالي المخالفة للقاعدة الآمرة التي جاء بها المشرع وفق هذا الفصل، حتى ولو اتفق الزوجان على مخالفتها ورضيت زوجته باقتران زواجه بأخرى. وفي حال ممارسة الزوج التعدد يحق للزوجة أن ترفع دعوى تطليق لضرر بغض النظر عن العقوبة التي سلطت على الزوج، وهذا وفق نص الفصل 31 من نفس الجملة، والتي جاء فيها: "يحكم بالطلاق ... بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر. بناء على ... مطالبة الزوجة به".

وما يجدر التنويه إليه أنّ الرجل التونسي في ظل هذا القانون المجحف الذي يعطي للمرأة العصمة والقوامة الزوجية، والذي يكرس إلى فعل الحرام ويعاقب على فعل الحلال، فلا يعاقب الزوج إن اختار عشيقته للهو معها بارتكاب الزنا، ويعاقب بالغرامة والسجن إن مارس الزوج الحلال وتزوج ثانية حتى وإن كان قصده الستر بأن كانت التي تزوجها مطلقة أو أرملة، فهذا التناقض الرهيب والمخزي والذي تعافه النفس البشرية السوية هو الذي أرادت أحكام الشريعة الإسلامية الغراء تجنبه؛ لأن الرجل في بعض الأحيان يضطر إلى

<sup>1</sup> - تونس تسحب تحفظات عن اتفاقية "سيداو" لمكافحة التمييز ضد المرأة وتستثني فقرة الإسلام دين الدولة الرسمي، تاريخ الإطلاع 2021/02/02، على الساعة 21:00.

البحث عن امرأة أخرى لإطاقته وإشباع غرائزه لعدم قدرة الزوجة ربما على إشباع غريزته التي خلقت فيه، وبناء على ذلك فإن منع من هذا الحق لحاجته، وإشباع ما هو خارج عن نطاق إرادته لجأ إليه خلسة، واتخذ مثنى وثلاث ورباع عشيقات عن طريق الزنا؛ نتيجة تلذذه لأول مرة للحرام ومنع المشرع له من الحلال في بادئ الأمر.

أما بالنسبة للاشتراط في عقد الزواج فقد نص عليه المشرع في الفصل 11 من مجلة الأحوال الشخصية التي جاء فيها: "يثبت في الزواج خيار الشرط، ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء". وما يلاحظ على نص المادة أنّ المشرع التونسي أعطى للزوجة الحق في أن تطلب فسخ عقد الزواج في حال اشترطت على زوجها وقت العقد عدم التزوج عليها، ونكل الزوج هذا الشرط وتزوج ثانية سواء بعقد رسمي أو عرقي، بالإضافة إلى العقوبة التي قررها المشرع على الزوج في حال مخالفته للقاعدة الأمرة التي سبق ذكرها، والخاصة بحضر التعدد.

ناهيك عن ذلك، يحق للزوجة أن تطلب الفسخ بالإضافة إلى المسؤولية العقدية التي ستترتب عنه، ومن ثم التعويض عن الإخلال بالالتزام العقدي، وكذا الضرر الذي أحدثته نتيجة إخلاله بهذا الالتزام. ومن هذا المنطلق يتضح أنّ المشرع التونسي قد أخذ بما جاء به الفقه الحنبلي، وكذا ما قاله ابن قدامة وابن تيمية من جواز التفريق في حال مخالفة الزوج للشروط المقترنة بعقد الزواج.

ولقد أعطى القانون المصري -بعد تعديل بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية في قانون رقم (44) لسنة 1979- للزوجة الحق في طلب التطليق لزواج زوجها بأخرى دون تحميلها عبء إثبات الضرر<sup>1</sup>. وعلى الزوجة أن ترفع دعوى طلب التطليق خلال سنة من علمها بزواجه، وهذا طبقاً لنص المادة 06 مكرر التي أضافها المشرع إلى قانون 25 لسنة 1929؛ حيث نصت هذه المادة في فقرتها الثانية على أنه: "يعتبر إضراراً بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد زواجها عدم الزواج عليها، وكذلك إخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج عليها". يستشف من هذا النص أنّ مجرد زواج الزوج بأخرى بغير رضا زوجته الأولى يعتبر في حد ذاته إضراراً لها يخول لها حق طلب الطلاق منه، وكذلك يحق للزوجة اللاحقة التي أخفى عنها أنه متزوج بسواها الحق طلب التطليق أيضاً، وعلى القاضي أن يجيب على طلبها متى قدمت وثيقة زواج زوجها بأخرى، أو أنّ الزوج أقر بزواجه<sup>2</sup>. وما يلاحظ على هذا النص أنّ المشرع

<sup>1</sup> - قانون رقم (44) لسنة 1979 المتعلق بتعديل قانون الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 21 يونيو 1979. هذا ولقد كان المشرع المصري قبل التعديل لم يعتبر زواج الزوج بأخرى من الأسباب الموجبة للتفريق في المادة 06 من قانون (25) لسنة 1929، التي كانت تنص على التطليق لضرر، ولكن يمكن اعتبار الضرر الذي يقع بسبب الزواج من أخرى كعدم العدل وسوء العشرة من الأضرار المعترفة شرعاً التي تدخل في إطار المادة 06 من هذا القانون، ولكن يقع عبء إثبات الضرر على الزوجة. آيت شاوش دليلاً، مرجع سابق، ص. 273.

<sup>2</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص. 551.

المصري هو الآخر لم يأخذ بما أجمع عليه الفقه الإسلامي في عدم جواز التطليق بسبب ممارسة الزوج التعدد في حد ذاته<sup>1</sup>.

بتاريخ 04 ماي 1985 صدر حكم المحكمة الدستورية العليا رقم (28) لسنة 2 قضائية دستورية القرار بقانون رقم (44) لسنة 1979 بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية<sup>2</sup>، وقد ترتب عن الحكم بطلان القانون رقم (44) لسنة 1979، وسريان قوانين الأحوال الشخصية الصادرة بتاريخ 1920 و1929، وبعد أقل من شهرين من حكم المحكمة الدستورية بإلغاء القانون رقم (44) لسنة 1929 وافق مجلس الشعب على القانون رقم (100) لسنة 1985 بتعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية، ليحل محل القانون غير الدستوري بعد أن أدخل عليه بعض التعديلات التي تلافى بها ما شاب القانون المشار إليه من قصور وعيوب<sup>3</sup>.

كما تطرّق هذا التعديل الذي جاء به القانون رقم (100) لسنة 1985 في المادة الأولى منه إضافة المادة 11 مكرر إلى القانون رقم 25 لسنة 1929، والتي جاء فيها: "على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجاً فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحل إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول، ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي، يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها، فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بائناً. ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً. ويتجدد حقها في طلب التطليق كلما تزوج بأخرى، وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك".  
والجدير بالذكر أنّ المشرع المصري قد عاقب الزوج في حالة إدلائه ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية، أو محل إقامة زوجته أو زوجاته، أو عدم إخطار الموثق للزوجة بالزواج الجديد؛ بعقوبة الحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وهذا طبقاً للمادة 23 مكرر 1 والتي أضافها القانون رقم (100) لسنة 1985 إلى القانون رقم (25) لسنة 1929.

<sup>1</sup> - اعتبر البعض أنّ نص الفقرة الثانية من المادة 6 مكرر المضافة لقانون رقم (25) لسنة 1929 بقانون رقم (44) لسنة 1979 يخالف مخالفة صريحة وجريئة لنصوص الشريعة التي أباحت تعدد الزوجات، واعتبرت هذه المادة قد تعدت على حدود الله تعالى - وهذا منطلق العقل - . والجدير بالذكر أنه وبالرغم من مطالبة علماء وفقهاء الشريعة بإلغائها أو تعديلها، إلا أنّها ومع ذلك ظلت سارية المفعول على جل المنازعات الخاصة بالتعدد. انظر. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع نفسه، ص. 551.

<sup>2</sup> - المحكمة الدستورية العليا، المؤرخ في 1985/05/04، جلسة 1985/4/5/4، ج.ر، ع. 20، الصادر بتاريخ 1985/05/16. مقتبس من الموقع الإلكتروني، تاريخ الإطلاع 2021/01/12، على الساعة 16:00  
[/http://hrlibrary.umn.edu](http://hrlibrary.umn.edu)

<sup>3</sup> - صدر هذا القانون برئاسة الجمهورية في 1985/07/03، ج.ر، ع. 27، الصادر بتاريخ 1985/07/04. مقتبس عن رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص. 552.

ما يلاحظ على المشرع المصري أنه وبإضافته للمادة 11 مكرر قد تراجع عن اعتبار مجرد اقتران الزوج بأخرى إضراراً بالزوجة الأولى، مما يخولها حق طلب التطليق، وتطبيقاً لذلك يكون المشرع قد أخذ وفق نص المادة بما أجمع عليه الفقه الإسلامي على أنّ التعدد حق شرعي لا اختلاف فيه، ولا يعتبر إضراراً بالزوجة ممارسة اقتران زوجها بأخرى إلا إذا ترتب عن هذا الزواج ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين مثيلاتها.

ومن هذا السياق يتضح أنّ المشرع قد أخذ بالمعيار الشخصي في الضرر عن تعسف الزوج في استعمال حق التعدد، وهذا على خلاف ما جاء به الفقه المالكي باعتبار الضرر الموجب للتطليق هو الضرر المعتبر شرعاً؛ أي المعيار المادي أو الموضوعي، كما أنه على الزوجة إثبات حصول الضرر من جانب زوجها أو إثبات تعسفه في استعمال حق التعدد، وهذا ما أقرته محكمة النقض المصرية التي قضت: "التطليق للزوج بأخرى وفقاً للمادة 11 مكرر من المرسوم بقانون رقم (25) لسنة 1929 المضافة بقانون رقم (100) لسنة 1985، شرطه إثبات الزوجة وقوع الضرر بها لاقتران زوجها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما، وأن يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما، وعلى الزوجة إقامة الدليل على إصابتها بضرر منهي عنه شرعاً، مستقلاً بعناصر عن واقعة الزواج اللاحق وليس مترتباً عليها، منافياً لحسن العشرة بينهما. عدم اعتبار الزيجة الثانية هي المناسبة التي وقع الضرر مرتبطاً، مؤداه أحقية الزوجة في طلب التفريق طبقاً للقاعدة العامة في التطليق للضرر وفقاً للمادة 6 من المرسوم بقانون رقم (25) لسنة 1929"<sup>1</sup>.

وعليه، يتضح من خلال ما سبق ذكره أنّ المشرع المصري أجاز للزوجة أن تطلب التطليق إذا لحقها ضرر مادي يستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما، سواء اشترطت عليه في عقد زواجها ألا يتزوج عليها أو لم تشترط، ويقع على الزوجة عبء إثبات الضرر المادي الذي لحقها من جراء تعسف الزوج في استعمال حق التعدد. والجدير بالذكر في هذا الصدد أنّ ما يصيب الزوجة التي تزوج عليها زوجها من ألم نفسي لا يعد من أفراد الضرر الذي يجيز لها حق طلب التطليق؛ لأنّ مصدره المشاعر الإنسانية، وهو أمر افترض المشرع حدوثه ولم يقصد إلى إزالته كما أوضحت ذلك المحكمة الدستورية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- قرار صادر عن محكمة النقض المصرية. مقتبس عن آيت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص. 275.

<sup>2</sup>- أكدت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في أغسطس 1994 الذي قضت فيه: "أنّ الجمع بين أكثر من زوجة بما لا يجاوز الأربع حق لكل رجل وفقاً لصريح النصوص القرآنية التي تأذن بالتعدد، ولا يجوز للزوجة بالتالي أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها لأنه تزوج عليها ولو خالطته مشاعر نفسية تجاه زوجها. ذلك أنّ ما قد يقع بينهما من تباعض يمتد إلى أولادهما، مرده تلك الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد ولا يخلص هو لإحدهما، وهي تعد غيرة لا يمكن تنقية النفوس البشرية منها، ولا يجوز أن تخل بمقاصد التعدد التي تربو عليها، وبالتالي لا يكون الزواج اللاحق في ذاته منشئاً لضرر يخول للزوجة الأولى حق طلب التفريق بينها وبين زوجها، وإنما يقوم حقها في التفريق إذا كان زوجها بعد أن تزوج عليها قد ألحق بها أضراراً لا يجوز التسامح فيها بالمقاييس الشرعية وتتعد بسببها العشرة بين أمثالهما، ويعجز القاضي عن الإصلاح بينهما". المحكمة الدستورية العليا، حكم صادر في أغسطس لسنة 1994. مقتبس عن رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص. 255-256.

كما منح المشرع المصري للزوجة اللاحقة الحق في طلب التطليق إذا أخفى عنها زوجها بأنه متزوج بسواها؛ أي دلس عليها أو زور في الحالة المدنية الخاصة به، بالإضافة إلى العقوبة التي فرضها عليه المشرع كجزاء لإخفائه الحالة المدنية الخاصة به كما سبق وأن بينا.

وبالرجوع إلى المشرع الأردني نجد أنه قد أجاز للزوج أن يمارس التعدد بتوفر شروط يقدرها القاضي وفق السلطة الممنوحة له من المشرع، طبقاً لنص المادة 13 الفقرة (أ) من قانون الأحوال الشخصية، والتي جاء فيها:

"يجب على القاضي قبل إجراء عقد زواج المتزوج التحقق مما يلي:

1- قدرة الزوج المالية على المهر.

2- قدرة الزوج على الإنفاق على من تجب عليه نفقته.

3- إفهام المخطوبة بأن خاطبها متزوج بأخرى."

وأضافت الفقرة (ب) من ذات المادة والقانون: "على المحكمة تبليغ الزوجة الأولى أو الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة بعقد الزواج بعد إجرائه، وذلك وفق قانون أصول المحاكمات الشرعية". ما يلاحظ على المشرع الأردني أنه أباح التعدد دون شرط أو قيد ما عدا الشروط التي وضعتها الشريعة الإسلامية من الالتزام في حدود أربع زوجات، وكذلك القدرة على الإنفاق. ضف إلى ذلك أنه جعل التعدد غير مقرون بموافقة الزوجة الأولى أو الزوجات - إن كان متزوجاً بأكثر من واحدة -، مما يعني أنه لم يعط للزوجة أو الزوجات الحق في طلب التفريق لممارسة الزوج التعدد. وتأسيساً لذلك يكون المشرع الأردني قد أخذ بما أجمع عليه الفقه الإسلامية بعدم جواز التفريق لمجرد اقتران الزوج بأخرى.

وما تجدر الإشارة إليه أنّ المشرع الأردني الذي دائماً نراه السباق في عدم الخروج عن مقاصد الشريعة، وكذلك استنباط أحكام نصوصه من روح العقيدة الإسلامية قد حمى الزوجة من أي تعسف قد يطالها من الزوج، أو بالنتيجة من أي ضرر يلحقها نتيجة إساءة الزوج استعمال هذا الحق، فالضرر في الشريعة الإسلامية ممنوع لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "فلا ضرر ولا ضرار"<sup>1</sup>، ومنح للزوجة الحق في طلب التطليق ليس لممارسة الزوج التعدد في حد ذاته، وإنما للأضرار التي لحقتها نتيجة ممارسة الزوج حق التعدد، وهذا هو المبدأ الأسمى الذي تنادي به الشريعة، فالترخيص بالتعدد لا يعني إعطاء سلطة القوامة المطلقة دون قيد أو شرط فيتعسف الزوج في إلحاق الضرر بزوجته، دون إعطاء لهذه الأخيرة حق رفع الظلم عنها، فالشريعة لا تنادي بالظلم، وإنما تنادي برفع الظلم عن كل متضرر، والقاضي هو المنصب على رفع المظالم، وتطبيقاً لذلك نصت المادة 126 من القانون السالف الذكر: "لأي من الزوجين أن يطلب التفريق للشقاق والنزاع إذا ادعى ضرراً لحق به من الطرف الآخر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، سواء كان الضرر حسياً كالإيذاء بالفعل أو بالقول أو معنوياً. ويعتبر ضرراً معنوياً أي تصرف أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالطرف

<sup>1</sup> - سبق تخريبه.

الآخر إساءة أدبية، وكذلك إصرار الطرف الآخر على الإخلال بالواجبات والحقوق الزوجية المشار إليها في الفصل الثالث من الباب الثالث من هذا القانون".

وإذا رجعنا إلى الفصل الثالث من الباب الثالث، من خلال الإحالة المنصوص عليها في المادة 126 المذكورة آنفا طبقاً لنفس القانون، نجد المادة 75 نصت على أنه على الراغب في التعدد ألا يسكن الزوجة الجديدة مع زوجته القديمة إلا برضا هاته الأخيرة<sup>1</sup>، وأضافت المادة 79 من ذات القانون أنه على الراغب في ممارسة التعدد أن يعدل بين زوجاته في المعاملة كالمبيت والنفقة<sup>2</sup>. ومن هذا المنطلق، فإنه من الأضرار المادية والمعنوية التي تطال الزوجة نتيجة ممارسة الزوج التعدد بشكل تعسفي عدم العدل بينها وبين بقية زوجاته - إن كان للزوج أكثر من زوجة - في النفقة والمبيت، أو إسكانهن في بيت واحد دون رضاها أو رضاهن، مما يخول للزوجة الحق في طلب التفريق نتيجة الضرر المادي والمعنوي الذي لحقها، ويقع على القاضي السلطة التقديرية في تقدير الضرر الموجب للتفريق.

أما بالنسبة للمشرع العراقي، فنجده قد شرع التعدد - باعتباره حق أقرته الشريعة الإسلامية السمحاء - ولكن قيده مثل بقية التشريعات العربية بإذن القاضي، وهذا طبقاً لما جاء في نص المادة الثالثة الفقرة 4، 5، 6، 7 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959؛ حيث نصت الفقرة 4 منه على أنه "لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي"، ويشترط لإعطاء الإذن تحقيق الشرطين التاليين<sup>3</sup>:

- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة.
- أن تكون هناك مصلحة مشروعة.

1- نصت المادة 75 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه "ليس للزوج أن يسكن مع زوجته زوجة أخرى له في مسكن واحد بغير رضاها".

2- نصت المادة 79 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه "على من له أكثر من زوجة أن يعدل بينهما في المعاملة كالمبيت والنفقة".

3- عدلت المادة الثالثة في إقليم كردستان العراق، وأضيف إلى تلك الفقرات فقرات أخرى في هذا الإقليم؛ حيث نصت المادة الثالثة على أنه "لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي، ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشروط التالية:

ب- موافقة الزوجة الأولى على زواج زوجها أمام المحكمة.

ت- المرض المزمن الثابت المانع من المعاشرة الزوجية والذي لا يرجى منه الشفاء، أو عقم الزوجة الثابت بتقرير من لجنة طبية مختصة.

ث- أن يكون لطالب الزواج الثاني إمكانية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة، على أن يثبت ذلك بمستسكات رسمية يقدمها للمحكمة قبل إجراء عقد الزواج.

ج- أن يقدم الزوج تعهداً خطياً أمام المحكمة قبل إجراء عقد الزواج بتحقيق العدل بين الزوجتين في القسم وغيره من الالتزامات الزوجية (المادية والمعنوية).

ح- أن لا تكون الزوجة قد اشترطت عليه عدم التزوج عليها في عقد الزواج.

خ- كل من أجرى عقداً بالزواج بأكثر من واحدة خلافاً لما ذكر في أي من الفقرات أ، ب، ج، د، هـ ثانياً من هذه المادة يعاقب بالحبس لمدة لا تقل عن 6 أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة قدرها عشرة ملايين دينار.

د- لا يجوز للقاضي إيقاف تنفيذ العقوبات الواردة في الفقرة (و) أعلاه". مقتبس عن مجلة الوقائع العراقية، بتاريخ 1959/12/30، ج.1، ع. 280، ص.889. مقتبس عن:

وأضافت الفقرة 5 على أنه "إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي".

وما يلاحظ على المشرع العراقي أنه قيّد التعدد بشروط أو ضوابط، وعلى الراغب في ممارسة التعدد التقيد بها وإلا اعتبر متعسفا في استعمال حق التعدد. وفقاً لذلك وحماية من المشرع للزوجة من الضرر اللاحق بها من ممارسة الزوج التعدد، فرض المشرع عقوبات في ذات القانون عند مخالفة الزوج أحكام الفقرتين 4 و 5 من قانون الأحوال الشخصية السالفة الذكر؛ حيث نصت الفقرة 6 منه على: "كل من أجرى عقداً بالزواج بأكثر من واحدة خلافاً لما ذكر في الفقرتين 4 و 5 يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة، أو بالغرامة بما لا يزيد عن مائة دينار، أو بهما".

وعليه، فإنّ تعسف الزوج في استعمال حق التعدد، وأضر بزوجه من خلال التقتير عليها، أو عدم العدل بينها وبين بقية زوجاته، أو مارس التعدد ولم تكن له كفاية مالية؛ بأن كان راتبه قليلاً لا يتحمل الإنفاق على الزوجة الواحدة، أو كان بطالاً، أو رغب في التعدد دون أي مصلحة مشروعة؛ مثلاً إذا كانت زوجته ولوداً ولم تكن مصابة بأي مرض وكانت خلفتها البنات، فرغب في الزواج من أجل تحصيل الذكور وهذه من المعزّة، أو كان يرغب في التعدد وظهرت نيته في إهمال الزوجة الأولى، أو كانت نيته الإضرار بزوجه بالتزوج عليها فحسب. فيمنع من ذلك إذا خيف عدم العدل بين بقية زوجاته، ويظهر ذلك من خلال القرائن الدالة على ذلك؛ مثلاً إذا كان متزوجاً من زوجتين ولم يكن يعدل بينهما في الأمور المادية من الإنفاق مثلاً. وبناءً على ذلك كله ووفق ما سبق تبيانه، يعاقب على ذلك الفعل بالحبس لمدة لا تزيد عن سنة، أو بالغرامة بما لا يزيد عن مائة دينار، أو بهما معاً وفق القانون السالف الذكر.

والجدير بالذكر أنّ المشرع العراقي حمى الزوجة من تعسف الزوج في إلحاق الضرر بها نتيجة استعماله لحق التعدد؛ بأن منح لها حق إزالته عن طريق رفع دعوى التطليق، وهذا طبقاً للمادة 40 من الفقرة 5 من قانون الأحوال الشخصية. وقد اعتبر المشرع الزواج بثانية دون إذن من المحكمة من صور الضرر التي يمكن للزوجة من خلالها المطالبة بالتطليق<sup>1</sup>؛ حيث جاء في سياق النص: "لكل من الزوجين طلب التفريق عند توفر الأسباب الآتية... إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن من المحكمة. وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية بموجب الفقرة 1 من البند 1 من المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971، بدلالة الفقرة 6 من المادة 3 من هذا القانون". يستشف من نص المادة أنّ المشرع منح للزوجة حق إزالة الضرر عن طريق القضاء؛ حيث يعتبر هذا الأخير منصباً على رفع الظلم والضرر. وما يجدر التنويه إليه أنّ تحريك دعوى التطليق يكون بناءً على شكوى من الزوجة أو الجني عليه، وهذا وفق نص المادة 3 الفقرة 1 من البند 1 من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي: "لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية إلا بناءً على

<sup>1</sup> - آيت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص.ص. 279-280.

شكوى من المجني عليه أو من يقوم مقامه قانونا في الجرائم الآتية: ... تعدد الزوجات خلافا لقانون الأحوال الشخصية ...".

والجدير بالذكر في هذا الشأن -وفقا للنصوص السالف ذكرها- أنّ حق طلب التطليق في هذه الحالة ليس مطلقا، وإنما مرتبط بعدم تحريك الدعوى الجزائية من طرف الزوجة؛ ذلك لأنّ الزوج لا يعاقب مرتين، فإما أنّها تطلب التطليق منه وتتركه دون عقاب جزائي أو أنّها تحرك الدعوى الجزائية دون أن تطلب التطليق، إذ على الزوجة أن تختار أي من الدعويين.

والملاحظ أيضا في نصوص الأحوال الشخصية أنّ الزوجة لا تملك حق طلب التطليق لمجرد اقتران زوجها بأخرى، وإنما تملك ذلك الحق في حال إذا لم يأذن القاضي بالزواج الثاني. وعليه، فإذا أذن القاضي بالزواج من أخرى فالزوجة لا تملك حق طلب التطليق؛ مثلا في حال التزوج بأرملة فالقاضي يرخص بذلك طبقا لنص الفقرة 7 من قانون الأحوال الشخصية: "استثناء من أحكام الفقرتين 4 و 5 من هذه المادة يجوز الزواج بأكثر من واحدة إذا كان المراد الزواج بها أرملة".

أما في حال ما إذا تسبب هذا الزواج في ضرر لها كعدم العدل بين زوجاته أو التقتير والإعسار على الزوجة الأولى مثلا، فهنا يجوز للزوجة أن تطلب التطليق ليس لممارسة الزوج التعدد وإنما نتيجة الإضرار بها، والضرر ممنوع في الإسلام<sup>1</sup>. ولم يتطرق المشرع العراقي والأردني لمسألة الاشتراط في عقد الزواج.

نستنتج في الأخير أنّ التعدد حق مشروع ومكفول قانونا ضمن بعض التشريعات العربية، غير أنّ هذا الحق مقيد بعدم الإضرار بالزوجة؛ أي على الزوج ألا يتعسف في استعمال هذا الحق الذي شرع لتحقيق غاية قصدها الشارع الحكيم من تشريع هذا الحق، ومن إعطاء المكلف هذه القوامة وحق التعدد، بالإضافة إلى أنه مقيد بعدم الإضرار بالمرأة، فهو مقيد أيضا بضوابط عند البعض الآخر من التشريعات.

وما يجدر التنويه إليه في الأخير أنّ المشرع الجزائري قد خالف ما ذهب إليه بعض التشريعات العربية حينما اشترط نية العدل عوض العدل؛ ذلك لأنّ نية العدل تكون عادة قبل مباشرة العقد، فكان حري به أن يذكر العدل فقط حتى يلتزم القاضي عند تقديره لهذا الشرط بالجانب المادي الخارجي فقط، كما أنّ العدل المطلوب هو العدل الذي يكون بعد إبرام عقد الزواج الثاني وليس قبل إبرامه<sup>2</sup>؛ لأنّ من كان ينوي العدل ثم لم يعدل بين زوجاته فزواجه جائز قانونا!

وفي الأخير وليس أخيرا نجد أنّ هناك من التشريعات من خالفت روح الشريعة الإسلامية مثل المشرع التونسي الذي اعتبر التعدد ممنوعا في الأصل، وفرض عقوبة على من اقترف هذا الفعل الذي اعتبره جنائية يمنع ارتكابها قانونا، والمشرع العراقي الذي أحاز التعدد بشروط إن خالفها الراغب في ممارسة التعدد اعتبر مذنبا

<sup>1</sup> - آيت شاوش دليمة، مرجع سابق، ص. 280.

<sup>2</sup> - تبوب فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص. 88.



يتوجب عقابه، كما اعتبر المشرع المصري الزوج الذي دلس في حالته المدنية، أو أدلى بدلائل كاذبة للموثق الذي عقد زواجه الثاني معاقبا أيضا قانونا.

وما تجدر إليه الإشارة أنّ التعدد - كما سبق وأن ذكرنا - حق جائز شرعا وقانونا إذا كان ضمن الحدود التي رسمتها الشريعة، والضوابط التي حددها القانون على الراغب في الزواج - حسب بعض التشريعات العربية - ويعتبر هذا الحق من القوامة التي جبل عليها الرجل وأودعها الله - سبحانه وتعالى - فيه لقدرتة على ذلك، لهذا على الزوج ألا يسيء استخدام هذا الحق عند ممارسة التعدد، أو عند استعمال حق التأديب، الذي يعتبر من الرخص أو الحقوق التي تعزز مركز القوامة للزوج عند نشوز زوجته عن طاعته، غير أنّ الزوج عند استعماله لهذا الحق قد تتابه أكثر من غاية، وربما تتابه غاية غير شرعية فيتعسف في استعمال هذا الحق على غير ما شرع لأجله. وعليه، فيلزم أي مدى يتعسف الزوج في استعمال حق التأديب؟

### ثانيا: تعسف الزوج في استعمال حق التأديب

يعتبر التأديب<sup>1</sup> من حقوق الزوج التي تبرر قوامته على المرأة، وفي تسيير وتأديب أمور البيت، ويعتبر التأديب من الوسائل المرخص للزوج استعمالها عند نشوز زوجته عن طاعته مصداقا لقوله تعالى ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۖ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۗ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۗ فَإِنِ اطَّعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾<sup>2</sup>. ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة أنّ الله - عزّ وجلّ - قد جعل الرجل قيما على المرأة، ويقتضي حق القوامة للزوج وجوب طاعة الزوجة لزوجها - في غير معصية لله -، وله حق تأديبها وفق الرخص والوسائل التي أجازها له الشارع الحكيم، ويكون ذلك بالوعظ، ثم الهجر في المضجع، ثم الضرب غير المبرح<sup>3</sup>.

والتأديب يعتبر من أبرز الحقوق التي شرعها الحكيم للزوج في معالجة زوجته عند نشوزها، الغاية منه إصلاح الزوجة وتهذيبها بما يكفل رجوعها إلى طاعة الزوج، ولا يعتبر إذن سلطة مطلقة تبيح له استعمال هذا الحق على نحو الإضرار بالزوجة ومخالفة للمقصد الشرعي من تشريع هذا الحق. غير أنّ الزوج عند استعماله لهذا الحق فقد تنحرف غايته عن المقصود الشرعي من تشريع حق التأديب؛ فيتعسف في استعمال هذا الحق على

<sup>1</sup> - يعرف التأديب لغة "يقال: أذبه أدبا أي علمه الأدب، والأدب هو رياضة النفس، وأذبه تأديبا إذا عاقبه على إساءته واستأدب أي تأذّب". الفيومي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، ج.1، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن، ص.09. أبو حبيب سعدي، القاموس الفقهي، دار الفكر، ط.2، دمشق - سوريا، د.س.ن، ص.17.

ويعرف التأديب اصطلاحا: "التأديب بصفة عامة هو الضرب والوعيد والتعنيف". ويعرف أيضا على أنه "سلطة قررها المشرع للزوج على زوجته الناشز بالفعل تتمثل في وسائل تأديب محددة من أجل تهذيبها وإصلاحها". انظر. ابن قدامة، المغني، ج.1، مرجع سابق، ص.357. هلالي عبد الإله أحمد، تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة 1990، ص.156.

<sup>2</sup> - الآية 34 من سورة النساء.

<sup>3</sup> - ابن كثير، تفسير ابن كثير، ج.1، مرجع سابق، ص.491.

نحو يضر بالمرأة. وعليه، سنتطرق في هذا المجال إلى حكم تعسف الزوج في استعمال حق التأديب (أ)، وبعدها نتعرض إلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوج في استعمال حق التأديب (ب).

### أ- حكم تعسف الزوج في استعمال حق التأديب

رتبت الشريعة الإسلامية وسائل لاستعمال الزوج حق التأديب، وهذه الوسائل مدرجة من الأخف إلى الأشد حسب ما تقتضيه الظروف مصداقا لقوله تعالى ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۗ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾<sup>1</sup>. ومقتضى الآية الكريمة أنّ على الزوج أن يراعي في ذلك الترتيب الذي جاء في محكم تنزيله، والذي يقتضي علاج النشوز بتلك الوسائل المباحة شرعا. ويقول الكاساني في ظاهر الآية الكريمة أنه: "وإن كان حرف الواو الموضوعة للجمع المطلق، لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب، والواو تحتل ذلك"<sup>2</sup>.

وعليه، فعلى الزوج أن يلتزم بالوسائل التي حددها له الشارع الحكيم، والمتمثلة أولا في الوعظ؛ ويكون الوعظ بالحسنى والتذكير بأيام الله، ولا يقصد بالوعظ استعمال ألفاظ الشتم، أو التكلم معها كلاما فاحشا، أو إيذاؤها بالقول، وإنما تذكيرها بسوء العاقبة وما قد ينجر من عقاب عن نشوزها وعدم طاعتها له. فإن لم يؤثر فيها الوعظ انتقل إلى الهجر في المضجع؛ ويكون الهجر بامتناع زوجها عن جماعها، أو يولي دبره، أو يعزف عن الاضطجاع معها في نفس البيت، ويكون ذلك لمدة لا تتجاوز أربعة أشهر، فإن تجاوز هاته المدة أصبح الزوج موليا، فيكون عندئذ استعماله لحق الهجر تعسفا وإساءة لاستخدامه، وهذا ممنوع وغير مشروع عند المالكية. فإذا لم يؤثر فيها الهجر جاز للزوج أن يستعمل حق الضرب، وتعتبر هاته الأخيرة كآخر وسيلة بعد استنفاد الوسيلتين السابقتين؛ والضرب يكون بإيلام الزوجة إيلاما خفيفا. والجدير بالذكر أنّ هاته الوسيلة كغيرها من الوسيلتين السابقتين وإن كانت مباحة، إلا أنها ليست على إطلاقها، وإنما مقيدة بقيود؛ وذلك لأنّ الضرب المراد به في الآية الكريمة هو ضرب تأديب لا ضرب عقاب<sup>3</sup>. وفي هذا الصدد يمكن إجمال صور الضرب غير المشروع والمتمثلة في الآتي:

• أن لا يكون الضرب شديدا؛ أي ضربا مبرحا بدليل قوله -عليه الصلاة والسلام-: "ولكم عليهن أن لا يوظفن فرشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح"<sup>4</sup>. والمقصود بالضرب غير المبرح كما قال القرطبي هو الضرب الأدب، وهو الذي لا يكسر عظما ولا يشين جارحة، كاللكمة ونحوها؛ أي لا يظهر على البدن أثرا، لأنّ المقصود بالضرب الإصلاح لا العقاب. وعليه، فيجب أن يكون الضرب

<sup>1</sup>- الآية 34 من سورة النساء.

<sup>2</sup>- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، مرجع سابق، ص.614.

<sup>3</sup>- انظر. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص.255. العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة -دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، الخروبة، جامعة الجزائر، لسنة 2001-2002، ص.ص.155-156.

<sup>4</sup>- أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي -صلى الله عليه وسلم-، حديث رقم 1218، ج.2، مرجع سابق، ص.148.

خفيفا مصداقا لقوله تعالى ﴿وَأَخَذَ بِيَدِكَ ضِعْفًا فَأَضْرَبَ بِهِ وَلَا تُحْنِتْ ۗ إِنَّا وَجَدْنَاهُ صَابِرًا ۗ نِعْمَ الْعَبْدُ ۗ إِنَّهُ أَوَّابٌ﴾<sup>1</sup>. ومعنى الآية الكريمة أنّ الشيطان لما سول لرحمة زوجة النبي أيوب -عليه السلام- بأن تعترض على قضاء الله وقدره، والمتمثل في ما بلي به زوجها النبي أيوب -عليه السلام- من مرض، فغضب النبي على زوجته من فعلها، فحلف إذا شفاه الله تعالى من بلائه وأعطاه القوة ليضربها مئة سوط على سوء الظن بالله تعالى، ولما شفي النبي واستجاب الله تعالى لشفائه، كان لا بد أن يبر يمينه، فبقي في حيرة وحرَج، فأوحى الله تعالى على أيوب -عليه السلام- بأن يأخذ بيده حزمة من القش "ضغثا" فيها مئة قشة، فنفذ النبي -عليه السلام- أمر الله تعالى وأخذ الحزمة بيده، وضرب زوجته ضربة واحدة بتلك الحزمة، ضربة خفيفة رقيقة لا يمكن أن تؤذي حتى رضيعا صغيرا لقوله تعالى ﴿فَأَضْرِبْ بِهِ وَلَا تُحْنِتْ﴾<sup>2</sup>.

● وأيضا من صور عدم مشروعية الضرب، ألا يكون الضرب شائنا؛ والضرب الشائن هو ما ارتكب بطريقة فيها تحقير للزوجة أو إهانة لها كسبها مثلا أو سب أهلها، أو تحقيرها ويكون ذلك بإذلالها، وكذا يكون الضرب شائنا بصفعها على وجهها<sup>3</sup>، وقد نهى عنه -عليه الصلاة والسلام-: "إذا ضرب أحدكم أخاه فليجتنب الوجه"<sup>4</sup>. وقوله -عليه الصلاة والسلام- أيضا: "ولا تضرب الوجه ولا تقبح"<sup>5</sup>، ويعتبر من قبيل الضرب الشائن أن يستعمل الزوج سوطا أو عصا أو يضربها بالنعل، وهذا غير مشروع، فالضرب المقصود به في الآية الكريمة بأن يكون الضرب بالمنديل أو السواك؛ لأنّ المقصود به كما سبق الذكر التخفيف. فعلى الزوج أن يتقي عند استعمال هاتيه الوسيلة كل المناطق المهلكة، وأن يتقي البطن؛ أي لا يخلف عجزا أو مرضا<sup>6</sup>، ذلك لأنه ليست من الرجولة والشهامة ما شاع بين أهل الجفاء ممن قسا، أو غلظ طبعه وساء فهمه من ظلم الزوجة وضربها ضرب البهائم لأنفه الأسباب، متذرعا ومتسترا بإذن القرآن الكريم من الضرب، والشريعة الإسلامية تحث على سد الذرائع<sup>7</sup>.

● ويعتبر من صور عدم مشروعية الضرب أيضا إذا كان بهدف الانتقام أو التعذيب، فغاية الزوج من تأديب الزوجة يجب أن تتفق وغاية المشرع من تشريع حق الضرب؛ وذلك بأن يكون الضرب تأديبيا فحسب، وأن تكون غايته إصلاح حالها عند اعوجاج زوجته وتهذيبها، ويجب أن تكون هاته الغاية عند استعمال هذه

1- الآية 44 من سورة ص.

2- محمد علي سالم، إسرائ محمد علي سالم، التأديب الأسري وعلاقته بحقوق الإنسان، مجلة رسالة الحقوق، ع.01، كلية الحقوق، جامعة كبرياء، لسنة 2013، ص.ص.12-13.

3- العربي مجيدي، مرجع سابق، ص.157.

4- رواه مسلم، صحيح مسلم في شرح النووي، كتاب بالبر والصلة والآداب، باب النهي عن ضرب الوجه، حديث رقم 2612، ج.16، مرجع سابق، ص.165.

5- الألباني، صحيح أبي داود، ج.1، باب في حق المرأة على زوجها، حديث رقم 2142، مرجع سابق، ص.596. حديث حسن صحيح.

6- مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة، مرجع سابق، ص.76.

7- تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص.83.

الوسيلة مصحوبة بعاطفة المؤدب المرئي، فلا يكون طبعه شديداً عند استعمال هذا الحق فيؤدي حينئذ إلى النفرة والفرقة، ويبعث على القطيعة وعدم المودة. والتأديب وإن كان أمراً مراراً، لكن الأشد مرارة كقطع العلقم لدى المرأة هدم صرح الأسرة، وتقويض دعائم بنائها<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه وإن كان الضرب حقاً مباحاً للزوج إذا صدر من الزوجة سلوكاً يجعلها ناشزاً، إلا أنّ النبي -صلى الله عليه وسلم- قد كرهه وكره استعماله<sup>2</sup>، بدليل قوله -عليه الصلاة والسلام-: "إني لأكره للرجل يضرب أمتة عند غضبه، ولعله أن يضاجعها من يومه"<sup>3</sup>.

وتطبيقاً لما سلف ذكره فإن حق الزوج في التأديب يعتبر حقاً مباحاً له استعماله إذا قامت أسبابه؛ أي نشوز الزوجة وعصيانها، مراعيًا في ذلك الترتيب الذي جاءت به الآية الكريمة في علاج هذا النشوز. وعليه، فإذا ما استعمل الزوج حقه في تأديب زوجته عند قيام أسباب الضرب المتمثلة في نشوزها وعدم طاعة زوجها في الأمور المباحة، فإنه هنا يكون بصدد استعمال حق أباحه له الشارع الحكيم، إذا ما ترتب عن استعمال الزوج حقه في تأديب زوجته ضررٌ كبيرٌ، بأن تلفت أو أصيبت بعاهة؛ حيث ذهب في ذلك الإمام مالك وأحمد أنّ الزوج لا يضمن إذا تلفت الزوجة من التأديب المشروع، ولكن أن يكون الضرب في حدوده؛ أي مما يعتبر في مثله، غير أنّ الضرب إذا كان شديداً خارجاً عن الحدود المألوفة في الضرب؛ أي مما لا يعتبر في مثله، فإنه في هذه الحالة يكون فيه الزوج ضامناً<sup>4</sup>.

وما تجدر إليه الإشارة في هذا الشأن أنّ التأديب إذا لم تكن هناك أي فائدة ترجى من استعماله، أو تحقق الزوج أنّ ضربها لا فائدة منه في علاج نشوزها، فلا يضربها؛ لأنّ الضرب وسيلة لإصلاح حالها، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتيب المقصود منها، وفي هذا قال الإمام عز الدين بن عبد السلام: "أنّ كل تصرف

1- مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص.76.

2- من خصال أو آداب التأديب على المؤدب أن يتمتع عن ضرب من يؤدبه إذا استجار بالله، ما لم يكن ذلك في حد أو أنه استغاث مكرًا وحيلة، وكان ذلك من أجل التخلص من هذا الضرب الذي وصل إلى مرحلة الألم التي لم يعد يتحملها، أو الخوف الشديد، وعلى المؤدب أن يتمتع عن الترويع والتخويف بدليل قوله -عليه الصلاة والسلام-: "من أشار إلى أخيه بحديد فإن الملائكة تلغنه حتى يدعه وإن كان أخاه لأبيه وأمه". رواه مسلم، صحيح مسلم في شرح النووي، كتاب بالبر والصلة والآداب، باب النهي عن الإشارة بالسلاح إلى المسلم، حديث رقم 2616، ج.16، مرجع سابق، ص.ص.169-170. وانظر. مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص.ص.76-77.

وما تجدر الإشارة إليه من أخلاق المصطفى -عليه الصلاة والسلام- أنه لم يضرب شيئاً قط بيده، ولا امرأة ولا خادماً، فقد روي عن عائشة -رضي الله عنها- أنها قالت: "ما ضرب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- شيئاً قط بيده، ولا امرأة ولا خادماً إلا أن يجاهد في سبيل الله، وما نيل منه شيء قط فينتقم منه صاحبه إلا أن ينتهك شيء من محارم الله تعالى فينتقم لله تعالى". رواه مسلم، صحيح مسلم في شرح النووي، كتاب الفضائل، باب مباحته -صلى الله عليه وسلم- للآثام واختياره من المباح أسهله وانتقامه لله تعالى عند انتهاك حرمانه، حديث رقم 2328، ج.19، ص.83. وهذا الحديث الشريف يدل على أنّ ضرب الزوجة والخادم والدابة وإن كان مباحاً للأدب فتركه أفضل. انظر. مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص.77.

3- رواه البخاري، صحيح البخاري في شرح فتح الباري، كتاب النكاح، باب ما يكره من ضرب النساء، ج.9، مرجع سابق، ص.302.

4- العربي مجيدي، مرجع سابق، ص.159.

تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل". والتأديب شرع فقط للعلاج، والعلاج لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة<sup>1</sup>، وأحيانا لا يلجأ إليه إذا عرف أنّ المعتل لن يبرأ على هذا العلاج.

والجدير بالذكر أنّ الفقهاء اختلفوا في جواز أو عدم جواز الضرب في أول معصية؛ حيث ذهب الإمام مالك وأبو حنيفة إلى أنّ الضرب لا يكون لأول معصية وإنما يكون لتكرار المعصية والإصرار عليها، فعلى الزوج التقيد بالترتيب الوارد في الآية الكريمة؛ فيبدأ بالوعظ، فإن عصته مرة أخرى كان له أن يهجرها في المضجع، فإن عادت في عصيانها ولم تردع كان له أن يضربها. وحجتهم في الآية الكريمة قوله تعالى ﴿... فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ...﴾ أنّ الواو وردت للترتيب لا للتخيير، وأنّ المقصود من التأديب هو الزجر عن المعصية في المستقبل، وهذا سبيله أن يتدبّر بالأسهل فالأسهل. وعليه، ويترب على ما جاء به هذا الرأي أنّ من يضرب زوجته ابتداء دون الالتزام بالترتيب الوارد فإنه يعاقب بسبب تعسفه في استعمال ذلك الحق<sup>2</sup>.

بينما ذهب الرأي الراجح في مذهبي الشافعي وأحمد، أنّ من حق الزوج ضرب زوجته سواء تكررت المعصية أم لم تتكرر، وسواء سبقه وعظ أو هجر أم لم يسبقه؛ وحجتهم في ذلك أنّ عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار، وأنّ الواو في الآية الكريمة جاءت لمطلق الجمع وليس للترتيب. ويترب على هذا الرأي أنّ من يضرب زوجته ابتداء فإنه لا يعاقب؛ وذلك لأنه يمارس حقه الممنوح له شرعا إذا كان في حدوده المقررة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية من غير تعسف أو إساءة في استعمال حق الضرب<sup>3</sup>.

وتأسيسا على ما سبق ذكره، فإذا تعدى الزوج حدود وشروط التأديب، أو حاد بقصده وغرضه عند استعماله لهذا الحق عن المقصود الشرعي، وابتغى من التأديب وسيلة لتحقيق مراده في الانتقام من زوجته مثلا، أو قصد بالتأديب إيذاءها، أو إكراهها على إنفاق مالها في وجه لا تراه، فيكثف تصرفه بكونه تعسفا، يتحمل الزوج حينئذ تبعات هذا التصرف وآثاره باعتباره ضربا أو جرحا؛ لأنه لا يعتبر في هذه الحالة من قبيل التأديب. وبهذا يتضح أنّ حق التأديب حق مشروع بشروط وضوابط ووفق أسباب محددة، فإن قامت أسبابه فيحقق للزوج استعماله، ولكن ومع ذلك يبقى مقيدا بمبدأ عدم التعسف أو الإساءة في استعماله؛ ذلك أنّ هذا الحق حتى ولو تهيأت أسبابه وترك على إطلاقه فقد يحميد الزوج عند استعماله له، ويتجاوز استعمال هذا الحق عن حدوده الشرعية المرخصة له، فلا يعتبر حينئذ متعسفا في استعمال حق التأديب، وإنما تجاوزا لحدود هذا الحق، فيصنّف حينئذ تصرفه من قبيل العنف ضد المرأة، الذي يوجب لها حق طلب التظليل عند الإمام مالك؛ لأنه يعتبر من قبيل الضرر المعتبر شرعا، خاصة وإن كرر الزوج فعله بعد رده من قبل الحاكم أو القاضي.

1- عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج.1، مرجع سابق، ص.102-103.

2- انظر. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، مرجع سابق، ص.614.

3- سنوسي علي، التعسف في استعمال حق التأديب كمظهر من مظاهر العنف ضد الزوجة -دراسة مقارنة بين الحدود الشرعية والضوابط القانونية على ضوء التشريع الأسري والجزائري-، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، م.04، ع.02، د.ب.ن، ماي 2019، ص.ص.186-187.

وما يجدر التنويه إليه في هذا الصدد أنّ العنف الممارس ضد المرأة يخلّف آثاراً جسمانية ونفسية مدمرة، قد تنتج عنها انهيارات عصبية، وبالتالي تصاب الزوجة المعرضة لهذا العنف بعدة أمراض كالسكري، وارتفاع الضغط الدموي الذي قد يعرضها للإجهاد أو عدم استطاعتها الحمل، والجلطة القلبية. وما يظنه البعض من رعا ع الناس أنّ الشهامة وحسن سير العائلة تكون بالضرب والقهر والاستيلاء، وأما القوامة فهي طوق في عنق المرأة، فيجب أن تتمثل لهذه القوامة المتغترسة حتى ولو كان استعماله لحقه في القوامة عن طريق التأديب مهانة لكرامتها<sup>1</sup>.

## ب- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوج في استعمال حق التأديب

سنتعرض في هذا الصدد إلى موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوج في استعمال حق التأديب (01)، وبعدها نشير إلى موقف التشريعات العربية من ذلك (02).

### 1- موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوج في استعمال حق التأديب

لم ينص المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة المعدل عن حق تأديب الزوجة عند نشوزها وخروجها عن طاعة زوجها، وكل ما نجده فقط نص المادة 39 الفقرة الأولى التي توجب على الزوجة طاعة زوجها ومراعاته باعتباره رئيس العائلة، والتي ألغيت بموجب الأمر 05-02، وبالرجوع إلى المادة 222 من هذا القانون، والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فيما لم يرد بشأنه نص في القانون السالف الذكر، نجد أنّ حق تأديب الزوج لزوجته عند نشوزها حق مشروع، وشرع لحكمة إلهية وهي العلاج لا العقاب، على أن يحترم الزوج عند استعماله لهذا الحق التدرج المنصوص عليه في الآية الكريمة الخاصة بتأديب الناشز؛ بحيث يبدأ الزوج في علاجه مثل الطبيب الذي يترى في علاج مرضاه فيبدأ بالأخف، فإن لم تكن النتيجة مرضية شدد في استعمال العلاج الثاني قليلا، إلى أن يصل إلى العلاج الأشد، وهذه كمرحلة قصوى إن لم تنفع العلاجات السابقة.

وأما إذا تعتت الزوج في استعمال وسائل التأديب، أو ابتدأ في التأديب بالوسيلة الأشد دون احترام التدرج المنصوص عليه في الآية الكريمة من سورة النساء، فإنه في هذه الحالة يعتبر متعسفا في استعمال حق التأديب؛ وذلك لأنّ استعمال الزوج للضرب المبرح يعتبر من قبيل العنف الجسدي، فيحدث ضررا بالغا بالزوجة يجيز لها عندئذ أن تطلب التطليق لضرر، المنصوص عليه في المادة 53 الفقرة 10 من القانون المذكور

<sup>1</sup> - انظر. فتحى الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.256. مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص.98. العربي مجيدي، مرجع سابق، ص.ص.159-160. وشبلي أحمد عيسى عبيدات، يوسف عبد الله الشريفين، تعسف الزوج في حق زوجته وأثره على استقرار الأسرة المسلمة، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، ع.42، د.ب.ن، صفر 2017، ص.159. عمير هاجرة، دور قانون الأسرة في حماية المرأة من التعسف -التعسف في استعمال حق الولاية أمودجا-، مرجع سابق، ص.225.

آنفاً<sup>1</sup>؛ حيث جاء في سياق النص: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: ... كل ضرر معتبر شرعاً".

بالإضافة إلى حق الزوجة في طلب التطليق يكون الزوج مسؤولاً جزائياً عما أحدثه فعلة من ضرر؛ ذلك لأنّ الضرب والجرح العمدي يعتبر من قبيل المسؤولية الجزائية، التي عاقب عليها المشرع في نص المادة 266 مكرر من قانون 15-19 المتعلق بقانون العقوبات؛ حيث نصت المادة على أنه "كل من أحدث عمداً جرحاً أو ضرباً بزوجه يعاقب كما يأتي: بالحبس من سنة (01) إلى ثلاث سنوات إذا لم ينشأ عن الجرح والضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل يفوق خمسة عشر (15) يوماً. بالحبس من سنتين (02) إلى خمس (05) سنوات إذا نشأ عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر (15) يوماً. بالسجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة إذا نشأ عن الجرح أو الضرب فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله، أو فقد البصر أو فقد بصر إحدى العينين، أو أية عاهة مستديمة أخرى. بالسجن المؤبد إذا أدى الضرب أو الجرح المرتكب عمداً إلى الوفاة بدون قصد إحداثها. وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لا يقيم في نفس المكان مع الضحية ...".

كما اعتبر المشرع الجزائري العنف اللفظي أو النفسي المتكرر بقصد التأديب من أشكال العنف التي تستوجب العقوبة؛ وذلك لأنّ هذا الشكل يمس بكرامة الضحية وسلامتها النفسية والبدنية، وهذا طبقاً لنص المادة 266 من القانون أعلاه: "يعاقب بالحبس من سنة (01) إلى ثلاث (03) سنوات، كل من ارتكب ضد زوجته أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر، الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية والنفسية. وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لا يقيم في نفس المكان مع الضحية ...". كما يعاقب الزوج الذي يضرب زوجته بقصد إجبارها على عمل غير مشروع بوصف فعله جريمة إيذاء عمد، مما يقتضي فرض عقوبة هذه الجريمة عليه وفق المواد 262<sup>2</sup>-263 مكرر<sup>3</sup>-263 مكرر<sup>4</sup>-263 مكرر<sup>5</sup> من قانون 16-02 المتعلق بقانون العقوبات<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- تبوب فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص.ص. 83-84.

<sup>2</sup>- نصت المادة 262 من قانون العقوبات: "يعاقب باعتباره قاتلاً كل مجرم مهما كان وصفه استعمل التعذيب أو ارتكب أعمالاً وحشية لارتكاب جنايته".

<sup>3</sup>- نصت المادة 263 مكرر: "يقصد بالتعذيب كل عمل ينتج عنه عذاب أو ألم شديد جسدياً كان أو عقلياً يلحق عمداً بشخص ما، مهما كان سببه".

<sup>4</sup>- نصت المادة 263 مكرر 1: "يعاقب بالسجن المؤقت من 5 سنوات إلى 10 سنوات، وبغرامة مالية من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من يمارس أو يحرض أو يأمر بممارسة التعذيب على شخص".

<sup>5</sup>- بالنسبة للمواد 236 مكرر 2-264-269-270-271-272 من قانون العقوبات فقد جاءت نصوصها تدور في نفس معاني المواد التي تم سردها في هاته الدراسة مع اختلاف طفيف في مقدار العقوبات المالية.

وعلى المستوى القضائي فقد صدرت في هذا الشأن عدت قرارات قضائية عن المحكمة العليا، واستجاب فيها القضاء لطلب الزوجة التطليق بسبب استخدام الزوج أسلوب العنف ضد زوجته؛ حيث جاء في قرار قضائي صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15-07/2010 على أنه: "لا يتم في دعوى التطليق للضرر المعترف شرعا إثبات الضرب والجرح إلا بحكم جزائي فقط؛ حيث تبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أنّ المحكمة أسست حكمها على الشهادات الطبيتين المذكورتين في ذلك الحكم، فضلا عن أنّ الطاعن لم ينف واقعة الضرب والجرح التي ادعتها المطعون ضدها، كما يظهر من الحكم المطعون فيه، وبالتالي فإنّ المحكمة لم تكن ملزمة بإثبات الضرب والجرح بحكم جزائي ونهائي يدين الطاعن، وعليه فإنّ هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه"<sup>1</sup>.

كما جاء في قرار آخر بتاريخ 05/05/1986 على أنه: "حيث ثبت بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أنّ المجلس بعد سماع ملاحظات الطرفين، وممارسته للسلطة التقديرية المخولة له، أسس قراره على عدة شهادات تثبت أنّ الزوج يستعمل عدة مرات العنف ضد زوجته، وأنه اعترف بالضرب، وأنّ محكمة حسين داي - القسم الجزائري - حكمت على المدعي في الطعن مرتين في 27 سبتمبر 1980 وفي 03 مارس 1982، ومن ثمّ فإنّ الطلاق الذي صرح به المجلس بطلب الزوجة جاء معللا"<sup>2</sup>.

وفي قرار ثانٍ ذكرت المحكمة العليا: "حيث أنه يتضح من الرجوع إلى القرار المطعون فيه، أنّ القضاة ركزوا في حكمهم في إصدار التطليق على الضرر الذي جاء نتيجة حكم جزائي صدر عن الطاعن في 23 نوفمبر 1982، غير أنهم لم ينظروا إلى الحكم المذكور، ولم يوجبوا إحضاره أمامهم حتى يثبتوا مدى خطورة الضرب المؤدي إلى الضرر البين، الذي تستحق به الزوجة التطليق، وهل كان الضرب من قبيل التأديب؛ أي الضرب غير المبرح الذي قال به الفقه"<sup>3</sup>. كما جاءت القرارات القضائية لتطبق نصوص التشريع على أرض الواقع؛ وذلك بإعطاء الزوجة حق التطليق بسبب الضرب الذي مارسه زوجها عليها.

كما جاء في قرار قضائي صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 21/07/1998 على أنه: "من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها، ومن المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، ومتى تبين -في قضية الحال- أنّ الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها، وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض معا لثبوت تضررها. وعليه، فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون"<sup>4</sup>.

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 15/07/2010، ملف رقم 572240، م.م.ع، ع.ع، لسنة 2010، ص.278.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 05/05/1986، ملف رقم 41104، غير منشور. مقتبس عن تبوب فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص.84.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 05/05/1986، ملف رقم 40934، غير منشور. مقتبس عن تبوب فاطمة الزهراء، المرجع نفسه والصفحة نفسها.

4- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 21/07/1998، ملف رقم 192665، إ.ق، ع.خ، لسنة 2001، ص.116.



كما اعتبرت المحكمة العليا أنّ الضرب المبرح من الأضرار المعتبرة شرعا وفق المعمول به في الفقه المالكي، والتي تجيز للزوجة أن تطلب التطليق؛ حيث جاء في القرار الصادر عنها بتاريخ 2001/01/23: "إنّ ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي"<sup>1</sup>. وما تجدر إليه الإشارة أنّ المشرع الجزائري عمل بالمذهب المالكي في جواز التطليق للضرر المعتبر شرعا، وفق المعيار الموضوعي في تأسيس الضرر الموجب للتطليق، كما أجاز المشرع للقاضي وفق نص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة السالف الذكر أن يحكم بالتعويض، وهو ما اجتهد القضاء وفق إجازة المشرع في الحكم به في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23 على أنه "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومن المقرر أيضا أنه في حال الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان ثابتا أنّ الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج، فإنّ تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإنّ القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من ق.أ قد طبقوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"<sup>2</sup>.

## 2- موقف التشريعات العربية من تعسف الزوج في استعمال حق التأديب

نجد المشرع المغربي هو الآخر من خلال التعديل الجديد للمدونة قانون 03-70 المتعلق بالمدونة المغربية، الصادرة بتاريخ 5 فبراير 2004 لم ينص على حق تأديب الزوج لزوجته، وكل ما نجده هو نص المادة 36 الملغاة، والتي كانت توجب على الزوجة طاعة زوجها، ولكن وبالرغم من سكوت المشرع عن حق التأديب المخول للزوج، إلا أنه من جهة أخرى أعطى للزوجة حق التطليق إن استعمل الزوج هذا الحق، وهذا من خلال نص المادة 99 من المدونة الحالية، التي اعتبرت الضرر المبرر لطلب التطليق؛ بأنه كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية.

وتطبيقا لما جاءت به المادة 99 من المدونة، فكل ما يلحقه الزوج بزوجته من أنواع الأذى سواء كان ماديا أو معنويا، والتي لا تستقيم معها العشرة الزوجية كالعنف، والجرح، والألم الجسدي، والقذف، والإهانة، وإكراهها على فعل ما حرم الله، وأخذ مالها، وغيرها من صور الأذى<sup>3</sup>، كل هذه تجيز للزوجة طلب التطليق لتعسف الزوج في استعمال حق التأديب.

ولقد جاءت عدة قرارات صادرة عن القضاء المغربي ترجمت نص المادة 99 من المدونة، من أهمها ما جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 23 فيفري 2005: "تكون المحكمة على صواب إذا قضت

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2001/01/23، ملف رقم 258555، م.ق، ع.02، لسنة 2002، ص.417.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1997/12/23، ملف رقم 181648، م.ق، ع.01، لسنة 1997، ص.49.

3- خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.475.

بالتطليق للضرر بناء على ما ثبت لديها من الحكم الجنحي، القاضي بإدانة الطالب من أجل الضرب والجرح، وعدم الالتفات إلى دعوى الزور الفرعي في موجب إثبات الضرر"<sup>1</sup>.

كما جاء في حكم ابتدائي صادر عن محكمة فاس بتاريخ 23 ماي 2005، على أنّ إقدام الزوج على ضرب وجرح زوجته يعتبر سلوكا مشينا يلحق الضرر المادي والمعنوي بها، طلب الزوجة التطليق بناء على ذلك يبقى مؤسسا ويتعين الاستجابة له"<sup>2</sup>. كما قضت محكمة الحسيمة في حكم ابتدائي لها بتاريخ 22 مارس 2007 على أنه: "وحيث إنه وتطبيقا للمادة 99 من مدونة الأسرة، فإنه يعتبر مبررا لطلب التطليق كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة، يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية؛ وحيث أنّ اعتداء المدعى عليه على زوجته بالضرب المبرح الثابت بإقراره أمام المحكمة، يشكل ضررا جسمانيا ونفسيا للزوجة، أصبحت معه غير قادرة على الاستمرار في العلاقة، خاصة وأنّ هاته الأفعال تكررت لعدة مرات حسب الثابت من الأحكام الأجنبية المدلى بها في الملف. وبناء على فشل محاولة الصلح بين الطرفين، وحيث يكون طلب التطليق للضرر تبعا لذلك مؤسسا قانونا ومبررا من الناحية الواقعية، مما يتعين معه الاستجابة له، والحكم تبعا لذلك بتطليق المدعية من عصمة زوجها المدعى عليه طليقة واحدة تملك بها أمر نفسها"<sup>3</sup>.

ومن هذا السياق، يتضح أنّ القضاء المغربي قد فسر من خلال هاته الأحكام والقرارات ما جاءت به المادة من إعطاء الزوجة الحق في أن تطلب التطليق في حالة تعسف الزوج في استعمال حق التأديب؛ وذلك بأن يكون الزوج قد مارس العنف معها وضررها ضربا مبرحا.

وبالرجوع إلى المشرع التونسي نجد أنه هو الآخر لم ينص على حق التأديب في مجلة الأحوال الشخصية، ولكن ذكر في نص الفصل 31 حق الزوجة في أن تطلب الطلاق في حال إضرار الزوج بها؛ حيث جاء في نص الفصل على أنه: "يحكم بالطلاق: بتراضي الزوجين. بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر". ومن هذا المنطلق، فإنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة ما إذا تعسف الزوج في استعمال حق التأديب؛ بأن مارس العنف وضررها ضربا شائنا، فيعتبر ذلك العنف مبررا لها من أجل الطلاق للضرر، وهو ما استخلصه فقه القضاء؛ حيث جاء في قرار صادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 19 أفريل 1966 على أنه: "يكون قائما على أساس من القانون ومعللا تعليلا كافيا للحكم الصادر بالطلاق بناء على شهادات حررت بصفة قانونية، وأفادت أنّ الزوج كثيرا ما يعتدي على زوجته بالعنف والشتم الخطير، بصفة صيرت علاقتهما الزوجية أمرا مستحيلا"<sup>4</sup>.

1- المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 2005/02/23، ملف ع. 2004/1/2/542. مقتبس عن خدام هجيرة، المرجع نفسه، ص. 479.

2- المحكمة الابتدائية بفاس، بتاريخ 2005/05/23، ملف رقم 2589، مجلة المعيار، ع. 34، ص. 295 وما يليها.

3- المحكمة الابتدائية بالحسيمة، بتاريخ 2007/03/22، ملف رقم 2007/31. مقتبس عن خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 482.

4- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، بتاريخ 19/04/1966، ع. 4141، م. ق. ت. ع. 05، لسنة 1966، ص. 42.

كما جاء في قرار آخر صادر عنها أيضا بتاريخ 24 ماي 1966 ما يلي: "يكون قائما على أساس من القانون الحكم الذي قضى بالطلاق بناء على الضرر الحاصل للزوجة من اعتداء زوجها عليها بالضرب، وامتناعه عن القيام بنفقاتها. للزوجة القائمة بطلب الطلاق أن تثبت بسائر الطرق القانونية القذف الذي تنسبه لزوجها، دون أن تكون ملزمة بالإدلاء بحكم جناحي صادر عليه في هذا الموضوع"<sup>1</sup>. وعليه، ومن خلال هذه القرارات، يتضح أنّ القضاء التونسي قد أجاز للزوجة أن تطلب التطلق بسبب ممارسة الزوج العنف، أو إذا تعسف الزوج في استعمال حق التأديب، إذ أنه ليس كل ضرر موجب للتفريق؛ فإذا كان الضرب غير مبرح أي خفيفا، فإنّ القاضي لا يستجيب لطلب الزوجة في التطلق لذلك<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمشرع المصري -على غرار التشريعات المغربية- نصّ على حق التأديب باعتباره أحد تطبيقات استعمال الحق في المادة 60 من قانون العقوبات، التي جاء فيها أنه: "لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة".

ما يلاحظ على هذا النص أنه أباح للزوج استعمال حق التأديب بما أنه حق مقرر في الشريعة الإسلامية<sup>3</sup>، وهو ما جاء صراحة في نص المادة 209 من قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية؛ وذلك أنّ الزوج له الحق في تأديب زوجته ولكن وفق شروط معينة عليه التقيّد بها: "يباح للزوج تأديب المرأة تأديبا خفيفا على كل معصية لم يرد بشأنها حد مقرر، ولا يجوز أصلا أن يضربها ضربا فاحشا ولو بحق". وفق هذا النص يتضح أنّ حق التأديب مشروع ولكن وفق شروط معينة؛ فإن تعدى الزوج هذه الشروط أصبح استعماله لحق التأديب غير مشروع باعتباره تعسفا في استعمال الحق؛ وذلك لأنّ الزوج بإساءة استعمال هاته الشروط يكون قد انحرف عن الغاية الشرعية، والانحراف عن الغاية الشرعية هو في حد ذاته مناقضة لقصد الشارع الحكيم من تشريع هذا الحكم، ومن ثم يكون فعله باطلاً. وعليه، يعتبر فعل الزوج باطلا إذا ضرب زوجته ضربا مبرحا شائنا، وبفعله هذا يخرج الفعل من نطاق الإباحة إلى نطاق التحريم، وهذا طبقا لنص المادة 442 من قانون العقوبات.

<sup>1</sup> - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، بتاريخ 1966/05/24، ع.4546، م.ق.ت، ع.05، لسنة 1966، ص.55.

<sup>2</sup> - جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بسوسة بتاريخ 16 ديسمبر 1998: "... وحيث لا ترى المحكمة في صدور عنف خفيف من أحد الزوجين على الآخر خرقا خطيرا وجديا للرابطة الزوجية، ومكونا لضرر حقيقي يبرر إيقاع الطلاق، بل هو يتم عن خلاف من الخلافات العادية للعلاقة الزوجية، خاصة وأنّ تلك العلاقة يشترط فيها التسامح والتغاضي عن بعض التجاوزات البسيطة، وهو المنحى الذي انتهجه المشرع نفسه عندما نص صراحة صلب الفصل 319 من م.ج، على إسقاط الزوج المعتدى عليه بالعنف الخفيف حقه بوقف التبعات أو المحاكمة، أو تنفيذ العقاب ضد زوجه المبادر بالاعتداء...". محكمة الاستئناف بسوسة، قرار مدني، 1998/12/16، ع.3387. مقتبس عن ساسي بن حليمة، مرجع سابق، ص.348 وما يليها.

<sup>3</sup> - حيث نصت المادة 07 من قانون العقوبات المصري على أنه: "لا تخل أحكام هذا القانون بالحقوق المقررة في الشريعة الغراء".

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض المصرية بأنّ "حق الزوج في تأديب زوجته حدّه لا يحدث أثراً بجسم الزوجة؛ فالضرب الذي يحدث سحجات بسيطة معاقب عليه"<sup>1</sup>. كما قضت أيضاً على أنه "من المقرر أنّ التأديب - وإن كان حقاً للزوج - من مقتضاه إباحة الإيذاء، إلا أنه لا يجوز أن يتعدى الإيذاء الخفيف؛ فإذا تجاوز الزوج هذا الحدّ فأحدث أذى بجسم زوجته كان معاقباً عليه قانوناً، حتى ولو كان الأثر الذي أحدثه بجسم الزوجة لم يزد عن سحجات بسيطة"<sup>2</sup>.

كما قضت أيضاً على أنه: "وإن أبيع للزوج تأديب زوجته تأديباً خفيفاً عن كل معصية لم يرد بشأنها حد مقرر، إلا أنه لا يجوز له أصلاً أن يضربها ضرباً فاحشاً ولو بحق، وحدّ الضرب الفاحش هو الذي يؤثر في الجسم ويغيّر لون الجلد"<sup>3</sup>.

والجدير بالذكر - كما سبق وأن بينا في المسائل السابقة - أنّ المشرع المصري أجاز للزوجة - وفق الفقه المالكي - أن تطلب التطليق لكل ضرر يستحال معه دوام العشرة بين أمثالهما، وهذا وفق نص المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية رقم (25) لسنة 1929: "إذا ادّعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طليقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما".

أما بالنسبة للقانون العراقي، فنجد أنه هو الآخر نصّ على حق التأديب صراحة، وأقره من خلال قانون العقوبات مثله مثل المشرع المصري، وهذا وفقاً لنص الفقرة 1 من المادة 41 من قانون رقم 111 لسنة 1969 المعدل، والتي جاء فيها: "لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون، ويعتبر استعمالاً للحق: 1- تأديب الزوج زوجته ... في حدود ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً أو عرفاً". يتّضح من خلال النص أنّ حق التأديب الأسري هو أحد تطبيقات استعمال الحق، ومن ثمّ فإنّ هذا الحق مباح، غير أنه مقيد بعدم التعسف في استعماله، وهذا الحق يجد شرعيته وإقراره من خلال المادة 116 من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 المعدل، حيث جاء فيها أنّ: "الزوج ذو شوكة على زوجته".

وبناءً على هذا النصّ قضت محكمة الاستئناف ذي قار الاتحادية بصفتها التمييزية بأنه: "... الفعل الذي قام به المدان يعتبر فعلاً مباحاً بموجب المادة 1/41 من قانون العقوبات؛ إذ أنه مارس حقه القانوني

<sup>1</sup> - طعن رقم 1132 لسنة 45 ق، جلسة 1975/11/02، سنة 26، ص. 272. مقتبس عن محمد علي سالم، إسرائ محمد علي سالم، التأديب الأسري وعلاقته بحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص. 13.

<sup>2</sup> - نقض جلسة بتاريخ 1981/11/11، رقم 249، سنة 32، ص. 867. مقتبس عن عبد الحكم فودة، الموسوعة الجنائية الحديثة (التعليق على قانون العقوبات على ضوء الفقه وأحكام النقض، م. 01، ط. 02، دار الفكر والقانون، المنصورة، لسنة 2000، ص. 348.

<sup>3</sup> - نقض جلسة بتاريخ 1965/07/06، رقم 110. مقتبس عن ردينة محمد رضا مجيد كربول، حيدر الكريطي، التعسف في استعمال حق التأديب، ص. 20، تاريخ الإطلاع 2021/01/25، على الساعة: 10:30.

والشرعي في تأديب زوجته، ولم يتجاوز الحد المقرر له؛ إذ أنّ الأذى الذي تعرضت له الشاكية لا يعدو أن يكون إيذاء خفيفا حسبما ورد في التقرير الطبي<sup>1</sup>.

وعليه، يعتبر الزوج غير متعسف في استعماله لحق التأديب إذا مارس هذا الحق وفق الحدود المقررة له، من دون الإضرار بالزوجة أو ممارسة هذا الحق لغاية غير شرعية، ويكون استعمال حق التأديب مشروعاً إذا ضربها -مثلاً- لغاية علاجها من نشوزها ضرباً خفيفاً بعد احترام الوسائل الأخرى واتباعها بالتدرج في العلاج، وكان عند تأديبه مراعيها لها؛ أي نيته لم تنحرف عن القصد الشرعي في العلاج، فمثلاً إذا مارس حق التأديب وابتدأ شرعاً بالوسيلة الأولى والمتمثلة في الوعظ، ولكنه انحرف عن القصد الشرعي لهاته الوسيلة بأنه سبها وشتمها واتهمها في شرفها، فإنّ هذا لا يعتبر من قبيل التعسف في استعمال حق التأديب المبرر لسلطة القوامة، وإنما مجاوزاً للحدود الشرعية لحق التأديب، وهو ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في العراق؛ وذلك "بإدانة الزوج الذي سب زوجته بقوله إنّ لها علاقة غير شرعية مع شخص ما، وانطباق فعله على المادة 434 من قانون العقوبات العراقي؛ لأنّ السب ليس من الحقوق الشرعية التي تدخل ضمن حدود التأديب المسموح به للزوج على زوجته"<sup>2</sup>.

ويعتبر الزوج متعسفاً أيضاً في استعمال حق التأديب إذا ابتدأ بالضرب، وضربها ضرباً شائناً، فإنه في هذه الحالة قضت محكمة تمييز العراق على أنّ "القرار بإدانة المتهم (ع.ص.ع) وفقاً لأحكام المادة 1/413 من قانون العقوبات، قد جاء صحيحاً وموافقاً للقانون؛ لاعتدائه على زوجته المشتكية (ج.ع) بكلام حديدي مما سبب لها جرحاً في جسمها، لأنه يكون بذلك قد خرج عن حدود حقه في تأديب زوجته المقرر بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية؛ التي اشترطت ألا يحدث أذى في جسم الزوجة وإن لم يزد ذلك الأذى عن صفعات بسيطة في الجسم"<sup>3</sup>.

كما قضت أيضاً بأنّ "اعتداء المتهم على زوجته بالضرب بيده على وجهها، وجرحها من شعرها في الشارع العام أمام المارين، يخرج عن حدود التأديب المسموح به للزوج على زوجته، ويشكل جريمة تنطبق على المادة 415 من قانون العقوبات العراقي"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- قرار محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، رقم (28)ت/جنح/2008، بتاريخ 2008/10/07. مقتبس عن محمد علي سالم، إسرائ محمد علي سالم، مرجع السابق، ص.13.

<sup>2</sup>- محكمة التمييز العراقية بتاريخ 1976/02/14، قرار رقم 44 و172، مجموعة الأحكام العدلية، ع.1، س.7، لسنة 1976، ص.294. مقتبس عن ردينة محمد رضا مجيد كربول، حيدر الكريطي، مرجع سابق، ص.20.

<sup>3</sup>- قرار محكمة التمييز رقم 1786/أجزاء متفرقة/86085، بتاريخ 1986/01/11. مقتبس عن محمد علي سالم، إسرائ محمد علي سالم، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

<sup>4</sup>- قرار محكمة التمييز رقم 976/452، بتاريخ 1976/09/05، مجموعة الأحكام العدلية، ع.2، لسنة 1977، ص.352. مقتبس عن ردينة محمد رضا مجيد كربول، حيدر الكريطي، مرجع سابق، ص.20.

وما تجدر إليه الإشارة في هذا الصدد أنّ المادة 409 من قانون العقوبات العراقي، اعتبرت قتل الزوج لزوجته حال المفاجأة بالتلبس بالزنا، أو وجودها في فراش واحد مع الشريك عذراً مخففاً<sup>1</sup>؛ حيث نصت المادة على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات من فاجأ زوجته ... في حالة تلبسها بالزنا، أو وجدها في فراش واحد مع شريكها، فقتلها في الحال أو قتل أحدهما، أو اعتدى عليهما أو على أحدهما اعتداءً أفضى إلى الموت أو إلى عاهة مستديمة ...".

وعليه، يتضح أنّ حق التأديب مرتبط أو مقيّد بعدم الإضرار أو التعسف في استعماله، وفق ما جاء به التشريع العراقي؛ فعلى الزوج أن يتقيّد بهذا الأساس عند ممارسة حق التأديب، أي عليه أن يتقيّد بالمعنى الحقيقي للتأديب؛ والمتمثل في علاج نشوز الزوجة أو اعوجاجها بضربها ضرباً خفيفاً، فلا ينحرف عن الغاية الشرعية للحق؛ لأنّ التعسف وزن لاستعمال الحق على ضوء من غايته<sup>2</sup>، وعلى هذا الأساس قضت محكمة تمييز العراق بأنه "يجب أن تكون الغاية من التأديب إصلاح حال الزوجة لضمان عدم خروجها عنه؛ فإنّ ضرب المتهم لزوجته بالشكل ... غير جائز قانوناً، لأنّ المشتكية لم ترتكب معصية تستحق عليها التأديب؛ فطلب العلم فضيلة ولا يعتبر معصية ولا خروجاً عن طاعة الزوج؛ إذ أنه استهدف من وراء فعله هذا الانتقام من زوجته وليس إصلاحها، فهو سيء بنيته ويجب معاقبته"<sup>3</sup>.

كما اعتبر المشرع العراقي أنّ طاعة الزوجة لزوجها يجب أن تكون في الحدود التي رسمتها الشريعة الإسلامية، فلا طاعة للزوج في معصية الخالق؛ فالزوجة إذا عصت زوجها في أمر كان مخالفاً للشريعة الإسلامية، واستعمل الزوج حق التأديب لأنها لم تطعه في هذا الأمر، يعتبر الزوج في هذه الحال متعسفاً في استعمال حق التأديب، وهذا طبقاً لنص المادة 33 من قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل، والذي نصّ على أنه "لا طاعة للزوج على زوجته في كل أمر يخالف لأحكام الشريعة ...".

أما بالنسبة للمشرع الأردني، فقد نصّ على حق الطاعة في المادة 78 من قانون الأحوال الشخصية باعتباره واجباً على الزوجة، وأحد أهم حقوق الزوج التي تبرر سلطته الرئاسية المتمثلة في القوامة؛ حيث نصّت المادة على أنه "... على الزوجة أن تطيع زوجها في الأمور المباحة".

وبالنسبة لتعسف الزوج في استعمال حق التأديب، فقد أجاز المشرع الأردني للزوجة أن تطلب فسخ عقد زواجها في حال هجر الزوج لها لمدة سنة فأكثر وأثبتت الزوجة ذلك، فإنّ القاضي يفرق بينهما، وهو ما جاء في نص المادة 122 من القانون السالف الذكر: "إذا أثبتت الزوجة هجر زوجها لها وامتناعه عن قربانها

<sup>1</sup> - محمد علي سالم، إسرائ محمد علي سالم، مرجع سابق، ص. 13-14.

<sup>2</sup> - حسن كبره، المدخل إلى القانون، مرجع سابق، ص. 766.

<sup>3</sup> - قرار رقم 216/ هيئة عامة /1976، بتاريخ 25/12/1976، مجموعة الأحكام العدلية، ع. 4، س. 7، 1976، ص. 326. مقتبس عن محمد

علي سالم، إسرائ محمد علي سالم، مرجع سابق، ص. 14.

في بيت الزوجية مدة سنة فأكثر، وطلبت فسخ عقد زواجها منه، أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ليفيء إليها أو يطلقها، فإن لم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فترق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما".  
وباعتبار المهجر أحد وسائل التأديب، فإن تعسف الزوج في استعماله أجاز المشرع الأردني للزوجة أن تطلب الفسخ، ويستجيب القاضي لطلبها إن أثبتت ذلك، وبعد إمهال الزوج مدة ليفيء ولم يفئ حلالها طلقت عليه. أما إذا تعسف الزوج في استعمال حق التأديب ولم يحترم وسائل العلاج الأخرى، وابتدأ بضرب زوجته الناشز ضربا شائئا، فإنّ المشرع الأردني أجاز للزوجة أن تطلب التفريق لكل ضرر مادي أو معنوي أصابها؛ أي كل ضرر مما لا يجوز شرعا، تطبيقا لما جاء به الفقه الملكي؛ حيث نصت المادة 126 من القانون السالف الذكر: "لأي من الزوجين أن يطلب التفريق للشقاق والنزاع إذا ادعى ضررا لحق به من الطرف الآخر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، سواء كان الضرر حسيا كالإيذاء بالفعل أو بالقول أو معنويا، ويعتبر ضررا معنويا أي تصرف أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالطرف الآخر إساءة أدبية، وكذلك إصرار الطرف الآخر على الإخلال بالواجبات والحقوق الزوجية المشار إليها في الفصل الثالث من الباب الثالث من هذا القانون".

وبناء على هذا النص، فإنّ كل تصرف مشين من قبل الزوج بضرره زوجته ضربا مبرحا أو شائئا، أو إيذائها بالقول بسبها وشتمها أو شتم أهلها بذريعة استعمال وسيلة الوعظ، يعتبر من قبيل تعسف الزوج في استعمال حق التأديب، مما يخول للزوجة إزالة الضرر عنها عن طريق اللجوء إلى القضاء لرفع الظلم الذي لحقها من زوجها، والقاضي منصب على رفع المظالم.

وبعدما تم التطرق إلى بعض صور تعسف الزوج في استعمال حق القوامة، والمتمثلة في حق الإعسار بالنفقة، وكذا التعسف في استعمال حق التعدد، والتعسف في استعمال حق التأديب ... بالإضافة إلى هذه الصور توجد صور أخرى لتعسف الزوج في استعمال حق القوامة أيضا؛ فقد يتعسف الزوج في منع زوجته من زيارة أهلها، كما قد يتعسف في منعها من العمل أو الدراسة، ويتجسد تعسف الزوج في منع زوجته من العمل أو الدراسة إذا تزوج بامرأة محترفة ووافق على خروجها للعمل لحاجة، أو لتحقيق أمر ضروري، ثم رجع في رأيه ومنعها من الخروج لأمر في نفسه، وأصر على استخدام حقه في منعها من الخروج وحبسها في بيته، مع ما قد يترتب عن منعها من أضرار تلحق بها وبمن تعول؛ فمثلا كأن ترتبط بمؤسسة أو هيئة معينة على العمل مدة محددة، ثم يطلب منها الزوج الانقطاع عنه، مما قد يترتب عليه تغريمها، أو معاقبتها قانونا بتغريمها أو بدفعها تعويضًا كبيرًا مقابل عدم الالتزام بالعقد، أو فسخ للعقد، كأن تشترط المؤسسة تعويضًا جزائيًا في حالة فسخها لعقد العمل.

ويعتبر الزوج متعسفا في منع زوجته من العمل أيضا إذا كان عاجزا عن العمل، أو طرد من عمله لأي سبب، أو عزف عن العمل، أو قصر المعيل لسبب ما، وأرادت زوجته الخروج للعمل لإعالة أبنائها وسد حاجاتهم، ولتوفير متطلبات المعيشة للأسرة، ومنعها زوجها من ذلك، فهنا يكون الزوج متعسفا في منعها من

العمل؛ لأنّ حجبها عن العمل يؤدي إلى زعزعة الأسرة، وإرباكها، وتحويلها من أسرة مكتفية إلى عائلة على المجتمع، ويترتب عن ذلك من المضار ما لا يخفى<sup>1</sup>.

أيضا بالنسبة لتعسف الزوج في منع زوجته من الدراسة، مثلا إذا كانت الزوجة في الدراسات العليا وأرادت الانتهاء من أجل أن تتوظف، أو كانت على مشارف المناقشة لأخذ شهادة دراسية معينة ومنعها زوجها من الدراسة، فيعتبر ضررًا لاحقًا بالزوجة نتيجة تعسف الزوج في استعمال حق القوامة.

وكذا يعتبر من قبيل تعسف الزوج في استعمال حق القوامة منع زوجته من زيارة أهلها؛ مثلا إن كان قد طال الزمن عليها ولم تزهم، أو أرادت أن تعود أباهم لمرض خطير أصابه، أو كان والدها على فراش الموت ورغب في رؤية ابنته ومنعها زوجها من ذلك، فإنّ منع الزوج لزوجته من أن تعود أهلها لضرورة شرعية ملحة، يكون قد تعسف في استعمال حق القوامة لما لحقها من ضرر نتيجة لذلك، وحتى يمكن إثبات الفعل التعسفي من قبل الزوج في نطاق الرابطة الزوجية من خلال استعماله لحق القوامة، لابد لنا من ضبط معايير تعسف الزوج في استعمال هذا الحق.

## الفرع الثاني

### معايير تعسف الزوج في استعمال حق القوامة

يمكن ضبط الفعل التعسفي للزوج في استعمال الحقوق الزوجية، وبالأخص حق القوامة -بمختلف صورته-، من خلال المعايير الشخصية لتعسف الزوج في استعمال حق القوامة (أولا)، وكذا المعايير الموضوعية لتعسف الزوج في استعمال حق القوامة (ثانيا).

### أولا: المعايير الشخصية (الذاتية) لتعسف الزوج في استعمال حق القوامة

تمثل المعايير الشخصية الذاتية لضبط الفعل التعسفي للزوج في استعمال الحقوق الزوجية في معيار قصد الإضرار (أ)، ومعيار المصلحة غير المشروعة (ب).

#### أ- معيار قصد الإضرار

يتجسد معيار قصد الإضرار في تعسف الزوج في استعمال حق القوامة؛ إذا كان الزوج موسرا وتعمد الإعسار على زوجته، والتفتير عليها وعلى أبنائها في المعيشة بقصد الانتقام وإلحاق الضرر بها، أو التضيق عليها، خاصة إذا لم تجد ما يسد جوعها وحاجتها وأبنائها، وكما قال ابن رشد: "ظلم عدم الإنفاق أشد والتفريق فيه أظلم وأكدر، لأنّ البدن يقوم بلا وطء ولا يقوم بدون قوت"<sup>2</sup>.

كما يمكن تطبيق معيار قصد الإضرار إذا مارس الزوج التعدد بهدف الانتقام من زوجته، أو من أجل إشعال نار الغيرة في قلبها، وتزوج عليها قصد ألا يعدل بينها وبين زوجته الجديدة، أو قصد من التعدد أن يهجر بيتها ويؤنس بزوجه الجديدة. كما يمكن تطبيق معيار قصد الإضرار إذا أراد الزوج ممارسة التعدد بنية

<sup>1</sup>- عيبر ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.ص. 140-141.

<sup>2</sup>- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، مرجع سابق، ص.56.



إنقاص حظ الزوجة الأولى من التركة لبغضه لها، ولأنه لا يستطيع طلاقها لسبب أو لآخر، فعمد إلى أخذ جزء من الميراث منها بطريقة احتيالية، وخاصة إذا علم من نفسه الهلاك.

كما يتمثل قصد الإضرار أيضا إذا نشزت الزوجة عن زوجها، وأدبها دون احترام الوسائل الأخرى للعلاج من الوعظ والهجر، وابتدأ مباشرة بالضرب قصد الإضرار بها، وضربها ضربا جارحا مخلفا آلاما جسدية بالغة، أو ضربها بنعله أو بالسوط، أو صفعها على وجهها ولكمها في عينيها، لدرجة أن تغير لون وجهها من الضرب وأحدث لها كدمات، أو استعمل حق الوعظ أو وسيلة الوعظ بطريقة غير شرعية، فساق لسانه وهو يتخذ من الوعظ ذريعة ألفاظا تنزل من كرامتها؛ بأن شتمها وشتم أهلها، وهذا بقصد إذلالها وبغية الإضرار بها، وهذا منهي عنه شرعا لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"<sup>1</sup>.

ويمكن إعمال معيار قصد الإضرار أيضا إذا هجر الزوج زوجته لدرجة المغالاة، فأدى غلوه إلى تجاوز مدة الهجر المشروعة فصار موليا، وهذا بقصد الإضرار بزوجه فحسب. كما يمكن تطبيق معيار قصد الإضرار لمنع الزوجة من الخروج لحاجة أو ضرورة شرعية ملحة؛ مثلا إذا أرادت أن تعود والدها المريض ومنعها الزوج من الخروج، أو كان والدها على فراش الموت ورغب في رؤيتها فمنعها زوجها من ذلك لسبب غير مشروع، وهذا بنية الإضرار بها. كما يتمحض قصد الإضرار أيضا إذا كانت الزوجة محترفة ولم يعترض الزوج وقت القران ووافق على استمرارها في العمل، وبعد الزواج منعها من ذلك، وكلف منعها من العمل أن تدفع تعويضا كبيرا وغرامة جد مرتفعة كجزاء لفسخها العقد، فقط لنية الزوج الإضرار بها، أو كانت على مشارف الانتهاء من الدراسة ومنعها من إكمال تعليمها بهدف الإضرار بها فحسب.

وتظهر قرينة منعها من العمل أو إكمال دراستها بقصد إلحاق الضرر بها خصوصا إذا كان موافقا على عملها وقت عقد القران؛ إذ أنّ كثيرا من الرجال يتزوجون المحترفات رغبة في استثمارهن<sup>2</sup>، حتى إذا عجزوا عن تحقيق هذه الرغبة طلبوا إليهن ترك العمل بقصد الإضرار<sup>3</sup>.

### ب- معيار المصلحة غير المشروعة

يمكن إعمال معيار المصلحة غير المشروعة في استعمال الزوج لحق القوامة؛ إذ أنّ غاية التأديب هو تهذيب الزوجة وحملها على الطاعة وإصلاح نشوزها، فالشارع الحكيم وضع هذا الحق في يد الزوج ليستهدف باستعماله هذه الغاية؛ أي إصلاح نشوز الزوجة، أما إذا ابتغى بفعله غير ذلك، أصبح فعله تعسفا غير مشروع لانحرافه عند استعماله هذا الحق عن الغاية التي شرع من أجلها؛ كأن يؤديها بغية الانتقام، أو التعبير عن كراهيته، أو أن يبتغي من التأديب وسيلة لحملها على المعصية، أو إكراهها على الإنفاق من مالها في وجه لا تراه، ولو استعمل حقه في الحدود الموضوعية المرسومة له شرعا. وقد قال الفقهاء بأنّ حق التأديب وسيلة

<sup>1</sup> - سبق تحريجه.

<sup>2</sup> - عيبر ربحي شاعر القادومي، مرجع سابق، ص. 141. بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج. 1، مرجع سابق، ص. 243.

<sup>3</sup> - انظر. الصفحة 37، 38 من هذه الدراسة.

شرعت لغاية معينة فلا يجوز استعمالها في غير غايتها؛ أي لتحقيق مصلحة غير مشروعة، لأن ذلك يناقض قصد الشارع من تشريعه هذا الحق، وبمناقضته لقصد الشارع يكون تصرفه أو فعله باطلاً وما يؤدي إليه باطل، ولا نعني بالتعسف إلا هذا<sup>1</sup>.

وتطبيق معيار المصلحة غير المشروعة يجد نطاقه أيضا إذا أعسر الزوجة على زوجها، وعزف عن الإنفاق على أبنائه رغم يساره وسعة وسعه؛ وهذا بغية حمل الزوجة على الإنفاق من مالها الخاص أو حتى تستدين، أو ترجع على أهلها للإنفاق عليها؛ بهدف أن يبقى على ماله ولا يصرف منه شيئا لشح هالع فيه، لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "شر ما في الرجل شح هالع وجبن خالع"<sup>2</sup>.

كما يمكن إعمال معيار المصلحة غير المشروعة إذا مارس الزوج التعدد بغية إنجاب الذكور؛ وذلك لأن زوجته لم تنجب له إلا الإناث، وكان يشعر بالمعرة من هذه الخلفة. أو مارس التعدد بنية إنقاص حظ زوجته الأولى من التركة لبغضه لها مثلا، ولأنه لا يستطيع طلاقها -لما يعقب ذلك من إجراءات ونفقة وغيرها من توابع الطلاق- فيعمد إلى أخذ جزء من الميراث منها بطريق احتيالية خصوصا إذا علم من نفسه الهلاك، أو ابتغى من التعدد كثرة نصيبه من ميراث كل زوجة، أو طمعه في مال أهلها، أو مارس التعدد بنية التمتع بثرائهن أو الاستفادة من مرتبهن، أو مارس التعدد بهدف التأقيت أو متعة، أو لإحلال زوجة غيره... فكل هذه المصالح غير مشروعة تبرر غاية الزوج في استعمال حق التعدد ولا نعني بالتعسف إلا هذا، فكل من ناقض قصد الشارع من تشريع الحق فعمله في المناقضة باطل<sup>3</sup>.

ويجد هذا المعيار تطبيقه أيضا في منع الزوج زوجته من العمل، أو بحملها على ترك عملها بعد موافقتها لها، لا لتحقيق مصلحة ما، بل هدفه مصلحة غير مشروعة من معاقبة المرأة مع حاجتها إلى العمل، ولأنها قادرة على خدمة بيتها دون إهمال، وأفعال المكلفين إن لم تحقق مصلحة أو سعت في جلب مفسدة كانت مردودة<sup>4</sup>.

### ثانيا: المعايير الموضوعية لتعسف الزوج في استعمال حق القوامة

تتجسد المعايير الموضوعية لتعسف الزوج في استعمال حق القوامة في معياري اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة (أ)، ومعيار الضرر الفاحش (ب).

<sup>1</sup>- فتحي الدين، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.ص. 255-256.

<sup>2</sup>- الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، هداية الرواة إلى تخريج أحاديث المصاييح والمشكاة، كتاب الزكاة، م.2، رقم الحديث 1815، ط.1، دار ابن عфан، القاهرة - مصر-، لسنة 1422هـ- 2001م، ص.280. إسناده صحيح.

<sup>3</sup>- انظر. الصفحة 39 من هذه الدراسة.

<sup>4</sup>- وما يجدر التنويه إليه أنّ اشتراط قيام المرأة على رعاية بيتها وزوجها أكد وأولى، أما إن قصرت في واجبها، فإنّ للزوج أن يمنعها من الخروج للعمل وإن وافق لها ابتداء؛ لأنها تكون باعتراضها عن القيام بأعمال البيت، أو التهاون في القيام بما يستوجب عليها من مصلحة الأسرة، تكون قد تجاوزت حدود حقها في الخروج، وقصرت فيما فرض عليها، والمجازة أشد خطرا من التعسف، وأولى بالمنع والدفع منه، فلا يسمح لها بالخروج. انظر. عبير ربحي شاعر القدومي، مرجع سابق، ص.141.

## أ- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

يمكن إعمال معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة في استعمال الزوج حق القوامة<sup>1</sup>؛ من حيث إعساره بالنفقة بهدف تحصيل المال لشح هالغ فيه، والتقتير والإعسار على بعله وأبنائه، فهنا المفسدة التي لحقت الزوجة من إعسار الزوج في الإنفاق عليها وعلى أبنائها أكبر من مصلحة الزوج في تحصيل المال وتكديسه، وفي هذا قال العز بن عبد السلام: "إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى ﴿فاتقوا الله ما استطعتم﴾ الآية 16 سورة التغابن، وإن تعدد الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة"<sup>2</sup>.

وكذا يمكن تطبيق معيار اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين؛ ويكون ذلك إذا ما اشترطت الزوجة في عقد زوجها ألا يتزوج عليها، وبعد عقد الزواج رغب في ممارسة التعدد، فهنا مصلحتها مقدمة على مصلحته في التعدد؛ لأنّ الوفاء بالوعد أولى وأكدّ، وما تجدر إليه الإشارة في هذه الحالة كون المصلحة مرجوحة والمفسدة راجحة، لا يعني إنحرام مناسبة المصلحة، بل تبقى في ذاتها مصلحة؛ لأن الحقائق لا تتبدل، وإنما عرض عليها طارئ أوقف اعتبارها، فإن سلمت من المعارضة عدنا إلى إعمالها<sup>3</sup>؛ بمعنى إذا وافقت الزوجة على التعدد فهنا يكون للزوج أن يعدل عن الوعد الذي وعده ويمارس التعدد.

كما يمكن إعمال معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة في استعمال الزوج حق التأديب؛ إذا لم تكن هناك فائدة من علاج الزوجة بالتأديب، فالفقه الإسلامي يرى أنه إذا لم تكن هناك فائدة من علاج الزوجة من نشوزها، فعلى الزوج أن يعدل عن ذلك، وأيضاً إذا ابتداءً الزوج بالوسيلة الأغلظ وهي الضرب دون احترام للوسائل السابقة بهدف تحصيل المفسدة، مع أنّ المصلحة كانت تقضي فقط مجرد الوعظ لتعود عن نشوزها، وفي هذا قال العز بن عبد السلام: "ومهما حصل التأديب بالأخف من الأفعال والأقوال لم يعدل إلى الأغلظ، إذ هو مفسدة لا فائدة فيه لحصول الغرض بما دونه"<sup>4</sup>.

كما يمكن إعمال معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة في واقعة الخروج من المنزل؛ فإذا استعمل الزوج حق القوامة ومنع زوجته من الخروج للعمل لغير مبرر شرعي، ودون تقصير منها، وبعد أن وافق لها به، وكانت قد ارتبطت بعقد مع مؤسسة أو هيئة معينة على العمل لمدة محددة، وكانت تلك المؤسسة قد اشترطت شرطاً جزائياً في حال فسخها لعقد العمل، أو تغريمها ومعاقبتها قانوناً لعدم الالتزام بالعقد، فهنا ضرر منعها

<sup>1</sup> - انظر. الصفحة 41، 42 من هذه الدراسة.

<sup>2</sup> - العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج.1، مرجع سابق، ص.84.

<sup>3</sup> - فتحي الدبري، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.40. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج.1، المرجع نفسه، ص.84.

<sup>4</sup> - العز بن عبد السلام السلمي، المرجع نفسه، ص.85.

من العمل أعظم من حقه في المنع، فلا بد من درء المفسدة التي ستحل بالزوجة إن فسخت عقد عملها؛ لأن الشرع يحصل الأصلح بتفويت الصالح، كما يدرأ الأفسد بارتكاب الفاسد<sup>1</sup>.

وكذلك يمكن تجسيد معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة؛ إذا منع الزوج زوجته من إكمال تعليمها وكانت على مشارف المناقشة أو الانتهاء خاصة إذا كانت في دراسات عليا، فهنا الضرر الذي يجل بالزوجة أعظم من الضرر الذي يجل بالزوج بمنعها من إكمالها دراستها وفق ما تبرره سلطته المنزلية.

وكذا يتجلى معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة؛ من خلال اختلال التوازن بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة، في حال منع الزوج زوجته من أن تعود والدها المريض، أو أهلها الذين طال عليها الزمن ولم ترهم ولم يروها، أو كان والدها على فراش الموت ورغب في رؤيتها قبل وفاته، فهنا الضرر الذي يحصل بالجماعة أكبر من المصلحة التي يرمي إليها صاحب الحق المتمثل في الزوج، وفي هذا قال الشاطبي: "اعتبار الضرر العام أولى فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به؛ لأنّ المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، وذلك يقتضي تقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص، لكن بحيث لا يلحق الخصوص مضرة لا تنجبر"<sup>2</sup>. ويؤيد هذا أيضا القاعدة الفقهية "يدفع الضرر العام بالخاص، والأشد بالأخف"<sup>3</sup>، ضف إلى ذلك أنّ "اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر وأكثر من اعتنائه بالمصالح الخاصة، فالشرع يحصل الأصلح بتفويت الصالح، كما يدرأ الأفسد بارتكاب الفاسد"<sup>4</sup>.

### ب- معيار الضرر الفاحش

يجد معيار الضرر الفاحش تطبيقه إذا أعسر الزوج في الإنفاق على زوجته مع قدرته على النفقة وسعة وسعه، فقتر على زوجه وأبنائه، فلم يطق ذويه الجوع والهلاك، فإنّ هذا يعتبر أعظم ظلم وضرر يلحق الزوجة وأبناءها، ويؤيد ذلك ما قاله ابن رشد: "ظلم عدم الإنفاق أشد والتفريق ألزم وأكد؛ ذلك لأنّ البدن يقوم بلا وطء ولا يقوم بلا قوت"<sup>5</sup>.

كما يمكن إعمال معيار الضرر الفاحش إذا اشترطت الزوجة على زوجها عدم التعدد ومخالف الشرط المتفق عليه في عقد الزواج، فيعتبر ضرراً فاحشاً لحقها لعدم توقعها غدره ومخالفته للشرط. كما يطبق هذا المعيار أيضا إذا منع الزوج زوجته من إكمال تعليمها وكانت قاب قوس أو أدنى من الانتهاء من الدراسة وتحصيل الشهادة -خاصة إذا كانت دراسات عليا- وكان موافقاً وقت الزواج على إكمال دراستها ثم نكل عن وعده، فيعتبر ذلك ضرراً فاحشاً لحقها منه.

1- العز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج.2، مرجع سابق، ص.75.

2- إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج.2، مرجع سابق، ص.266.

3- الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص.197 وما يليها.

4- العز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج.2، مرجع سابق، ص.75.

5- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، مرجع سابق، ص.56.

كما يجد هذا المعيار تطبيقه إذا منع الزوج زوجته من العمل، وكانت هاته الأخيرة مرتبطة بمؤسسة، ويتضمن أحد بنود العقد الذي وقعته أنه في حال فسخ العقد يترتب عليها تعويض جزائي وغرامة أو متابعتها قضائياً، فإنّ منعها من العمل يعتبر من قبيل الضرر الفاحش الذي يلحق بها، وهذا هو المعنى الحقيقي للتعسف. وكذا يتجسد معيار الضرر الفاحش من خلال استعمال الزوج حق التأديب وضرب زوجته ضرباً شائناً أدى إلى هلاك عينها، أو إصابتها بشلل، أو إصابة ظهرها نتيجة الضرب المبرح، فكل ذلك يعتبر من قبيل الضرر الفاحش الذي يلحق بالزوجة نتيجة تعسف الزوج في استعمال حق القوامة بمختلف صورته<sup>1</sup>.

وعليه، وتطبيقاً لما سلف ذكره، فإنّ الحقوق الزوجية المخول للزوج استعمالها والمتمثلة في المعاشرة الزوجية بمختلف صورها، أو من حق القوامة بمختلف أشكاله، تعتبر كوسائل أودعها الله سبحانه في الزوج لتحقيق غاية شرعية، هي جوهر المقصد الذي أراده الله سبحانه من خليفته في الأرض، كما أنّ هاته الحقوق من حق المعاشرة وحق القوامة بمختلف صورها، حددها التشريع ضمن ضوابط على الزوج أن يتقيد بها عند استعمالها، فإذا ما حاد الزوج عند استعماله لهاته الحقوق عن الغاية الشرعية، أو قصد الإضرار بزوجه، فلحقها ضرر فاحش نتيجة لتعسفه في استعمال هاته الحقوق، أو تعارضت مصالحه مع مصالحها، فأدى استعماله لهاته الحقوق إلى مفاسد عظيمة أصابتها، وتأسيساً لذلك اعتبر استعماله لتلك الحقوق بهذا الشكل باطلاً لسوء الوسيلة التي استخدمها؛ ذلك لأنّ الوسيلة والغاية تدوران معاً، فإذا وجدت الغاية الشرعية صحت الوسيلة وإلا فلا.

وحتى التشريع الجزائري والتشريعات العربية اعتبرت الزوج متعسفا في استعمال هاته الحقوق إذا أضر بزوجه وفق المعايير السالف ذكرها، وبناء على ذلك منحت للزوجة حق طلب التلطيق، بالإضافة إلى حقها في التعويض كحجر للضرر الذي أصابها من الزوج. وما تجدر إليه الإشارة أنّ الزوجة حين قيامها بما تمليه عليها الرابطة الزوجية قد تحيد عن ما أمرها الله به، وما أوجبته عليها القوانين، فتستعمل الحقوق الزوجية على غير ما شرعت لأجله، أو تتعسف في الامتناع عن أداء واجباتها وفق ما هو مقرر لها في الشريعة الإسلامية الغراء، وما هو مسطر لها في القوانين.

## المبحث الثاني

### تعسف الزوجة في استعمال الحقوق الزوجية

يعتبر مبدأ التكافؤ بين الحقوق والواجبات في العلاقة الزوجية أمر معلوم، حرصت عليه الشريعة الإسلامية الغراء والتشريعات الوضعية؛ إذ أنه ليس هناك حق للزوج إلا ويقابله واجب ومسؤولية تلتزم بها الزوجة، وهذا من أجل مصلحة الكيان الأسري والأبناء؛ إذ أنّ الزوجة في عقد زواجها تتمتع بحقوق شرعت كوسائل لها لتحقيق المقصود الشرعي للزواج، وواجبات تقيد بها أو تلتزم بها في نطاق العلاقة الزوجية، وحتى

<sup>1</sup> - انظر. الصفحة 43 من هذه الدراسة.

بعد فك الرابطة الزوجية، هذه الحقوق والالتزامات شرعت لتكون وسائل على الزوجة استخدامها في نطاق شرعي، أو وفق الغاية الشرعية التي سطرت لأجلها، فإذا ما حادت عن الغاية الشرعية أو عن المقصود الشرعي وسببت ضرراً للزوج، اعتبرت متعسفة في استعمال الحقوق الزوجية. وعليه، سنحاول من خلال هاته الدراسة تسليط الضوء على أبرز صور تعسف الزوجة في استعمال الحقوق الزوجية (المطلب الأول)، وبعدها نتطرق إلى معايير تعسف الزوجة في استعمال الحقوق الزوجية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### صور تعسف الزوجة في استعمال الحقوق الزوجية

إنّ من أهم صور تعسف الزوجة في استعمال الحقوق الزوجية، أو التعسف في التزامها بالواجبات الزوجية؛ نشوزها وامتناعها عن طاعة زوجها، سواء بالامتناع عن معاشرته جنسيا إذا دعاها، أو امتناعها عن الالتحاق بمسكن الزوج أو السفر معه، أو امتناعها عن خدمة البيت ... وغيرها من صور النشوز، والتي تمثل في مجملها عصيان الزوجة والامتناع عن الامتثال لأمر الزوج فيما تجب عليها طاعته بالمعروف (الفرع الأول)، بالإضافة إلى إعراض الزوجة عن طاعة زوجها فيما تجب عليها، أيضا تعسفها في استعمال حق الرضاع (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### تعسف الزوجة في استعمال حق النشوز

سنشير في هذا الصدد إلى مظاهر تعسف الزوجة في استعمال حق النشوز (أولا)، وبعدها نعرض موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوجة في استعمال حق النشوز (ثانيا).

### أولا: مظاهر تعسف الزوجة في استعمال حق النشوز

يعتبر النشوز<sup>1</sup>، حقاً للزوجة، تستعمله حين إحجام الزوج عن القيام بواجباته الزوجية كامتناعه عن أداء النفقة الواجبة عليه رغم يساره، وتضررت الزوجة من البقاء معه فترجع إلى بيت أهلها، أو تمتنع عن الانتقال إلى بيت الزوجية إذا امتنع الزوج عن دفع معجل المهر، غير أنّ ما يجدر التنويه إليه أنّ هذا الحق شرع كوسيلة ليستعمل في حدود شرعية، فإذا ما حادت الزوجة في استعمالها لهذا الحق عن الغاية الشرعية لحق النشوز كإعراضها عن طاعة زوجها فيما تجب عليها؛ وذلك من خلال امتناعها عن معاشرته بترك جماعه إذا دعاها

<sup>1</sup> - يعرف النشوز لغة على أنه: "النشوز من نشز وهو ما ارتفع وظهر، وناشز إذا ارتفع عن مكانه من الرعب، والنشوز يكون بين الزوجين، وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه، ونشزت المرأة بزوجها وعلى زوجها ارتفعت عليه، واستعصت عليه، وأبغضته، وخرجت عن طاعته وتركته. انظر. ابن منظور، لسان العرب، ج.5، مرجع سابق، ص.ص.417-418.

ويعرف النشوز اصطلاحاً: "المرأة الناشز هي المرتفعة على زوجها التاركة لأمره، المعرضة عنه، المبغضة له". ابن كثير، تفسير ابن كثير، ج.1، مرجع سابق، ص.602.

لذلك (أ)، أو امتناعها عن الالتحاق بمسكن الزوج أو السفر معه (ب)، أو خروجها من بيت زوجها دون إذنه وبغير عذر شرعي (ج).

### أ- امتناع الزوجة عن معاينة زوجها معايشة جنسية

إنّ من حق الزوج على زوجته الاستمتاع بها استحابة لداعي الفطرة والنسل، والذي هو المقصود الأسمى من الزواج. وعليه، فإن امتنعت الزوجة من تمكين زوجها من الاستمتاع بها تمكيناً تاماً، أو قامت بفعل يحول دون الاستمتاع المؤقت بغير حق وبدون عذر شرعي، فإنها تعتبر وفقاً لذلك ناشزاً، وقد اختلف الفقهاء في الحكم على الزوجة بالنشوز أو عدم النشوز إذا منعت زوجها من الاستمتاع بها على قولين؛ حيث ذهب البعض إلى اعتبار الزوجة ناشزاً إذا امتنعت عن تمكين زوجها من الاستمتاع بها دون عذر شرعي (01)، في حين ذهب البعض الآخر إلى اعتبار الامتناع في بيت الزوج لا يسمى نشوزاً (02).

### 1- اعتبار الزوجة ناشزاً إذا امتنعت عن تمكين زوجها من الاستمتاع بها دون عذر شرعي

أصحاب هذا القول هم جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية؛ حيث يرون أنّ الزوجة إذا منعت زوجها من الاستمتاع بها بغير حق، وبدون عذر شرعي؛ كأن تمنعه الوطء، أو مكنته من دون سائر الاستمتاع كاللمس والتقبيل والمباشرة، أو لم تبت معه في فراشه فإنها تكون ناشزاً<sup>1</sup>، ويرى المالكية أيضاً أنّ الزوجة تكون ناشزاً إذا خرجت عن طاعة الزوج بمنعه التمتع بها، أو أغلقت الباب دونه، أو خانتها في نفسها وماله<sup>2</sup>.

كما يرى الشافعية أنّ الزوجة تكون ناشزاً إذا لم تتمكن الزوج من نفسها، أو عصت عليه في الامتناع عصياناً خارجاً عن حد الدلال<sup>3</sup>، وهو ما ذهب إليه الحنابلة أيضاً؛ أنّ الزوجة تعتبر ناشزاً إذا لم تتمكن من الوطء، أو مكنته من دون بقية الاستمتاع كالقبلة واللمس وغيرها، فلا نفقة لها لأنّ مقابل التمكين قد زال بزوال الاستمتاع<sup>4</sup>.

أما الظاهرية فيقولون أنّ الأمة والحرّة فرض عليهما أن لا يمنعا السيد والزوج من الجماع متى دعاهما، ما لم تكن المدعوة حائضاً، أو مريضة تتأذى بالجماع، أو صائمة فرض، فإذا امتنعت بغير عذر فهي ملعونة<sup>5</sup>، واستدل أصحاب هذا القول بما رواه أبو هريرة -رضي الله عنه-: "قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: إذا

<sup>1</sup> - معتصم عبد الرحمن محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين، لسنة 2007، ص.ص. 46-47.

<sup>2</sup> - معتصم عبد الرحمن محمد منصور، مرجع سابق، ص. 47.

<sup>3</sup> - الشريبي، مغني المحتاج، ج. 5، مرجع سابق، ص. 68.

<sup>4</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع، ج. 5، مطبوعة الحكومة، مكة المكرمة، لسنة 1394هـ، ص. 473.

<sup>5</sup> - انظر. ابن حزم، المحلى بالآثار، ج. 9، مرجع سابق، ص. 175.

دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء لعنتها الملائكة حتى تصبح"<sup>1</sup>. ولقد دل الحديث الشريف بظاهره على لعن الزوجة واعتبارها ناشزا في حال لم تأت إلى فراش زوجها عندما يدعوها لذلك، أو امتناعها عن ذلك من دون أن يكون لها عذر؛ أي لم تكن حائضا أو نفساء أو مريضة تتأذى بالجماع ونحو ذلك<sup>2</sup>، وسواء غضب عليها أم لا؛ لأن طاعتها لزوجها واجبة عليها، واللعن لا يقع إلا من معصية، فدل ذلك على وجوب الطاعة إن دعاها لذلك، وأن بامتناعها عن الاستجابة لما دعاها تكون قد عصته ومن ثم تستحق اللعن<sup>3</sup>.

كما استدلو أيضا بما روي عن طلق بن علي -رضي الله عنه-، أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: "إذا دعا الرجل زوجته لحاجته فلتأت ولو كانت على التنور"<sup>4</sup>. وجه الدلالة من الحديث الشريف أن الرسول -عليه الصلاة والسلام- أمر الزوجة بطاعة زوجها على أي حال من الانشغال كانت، كما جاء في الحديث وهي تحبز على التنور، الذي من الصعب تركه قبل أن يتم ويجهز، وهذا يفيد أن الأمر يدل على الوجوب، ما لم ترد قرينة تدل على صرفه عن الوجوب إلى غيره، ولا قرينة تدل على ذلك في مطلع هذا الحديث، بل وأن القرينة تؤكد على وجوبه، وبالتالي فلا ذريعة ولا حجة تسند عليها في عدم استجابة مطلبه، وتأسيسا على ذلك فبتركها طاعة زوجها تكون قد عصته، وبناء عليه تكون ناشزا عن طاعته<sup>5</sup>.

## 2- اعتبار الامتناع في بيت الزوج لا يسمى نشوزا

ذهب الحنفية -ومن معهم- إلى اعتبار أن الزوجة إذا امتنعت عن تمكين زوجها منها لا تعتبر ناشزة إذا كان الامتناع في منزله، أما إذا كان الامتناع في منزلها هي تكون ناشزة حينها؛ وعللوا كونها ناشزة إذا كان

<sup>1</sup> أخرجه أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري في شرح فتح الباري، كتاب النكاح، باب إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها، حديث رقم 5193، ص. 1324.

<sup>2</sup> معتصم عبد الرحمن محمد منصور، مرجع سابق، ص. 49.

<sup>3</sup> قال النووي في معرض شرحه للحديث الشريف السالف الذكر أن: "الحيض ليس بعذر في الامتناع؛ لأن له حق في الاستمتاع بها فوق الإزار، فإذا امتنعت بغير عذر شرعي من ذلك فإن اللعنة تستمر عليها حتى تزول المعصية بطلوع الفجر والاستغناء عنها، أو بتوبتها ورجوعها إلى الفراش". انظر. أبو الحسين مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ج. 9، مرجع سابق، ص. 87.

كما قيل أن الحيض والنفاس أو المرض عذر عند طلب الجماع والوقاع، وأما إذا طلب ما دونه من الاستمتاع؛ أي ما دون الفرج والمباشرة كاللمس والتقبيل فليس الحيض والنفاس بعذر عن الامتناع. معتصم عبد الرحمن محمد منصور، مرجع سابق، ص. 50.

<sup>4</sup> رواه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الرضاع، باب ما جاء في حق الزوج على المرأة، حديث رقم 1160. انظر. الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، ج. 1، حديث رقم 53، المكتب الإسلامي، د.ب.ن، لسنة 1408هـ-1988، ص. 154. والتنور هو نوع من الكوانين، وهو الذي يخبز فيه. انظر. ابن منظور، لسان العرب، ج. 4، مرجع سابق، ص. 95. كما روي عن ميمونة أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- كان يباشر المرأة من نساءه وهي حائض إذا كان عليها إزار إلى أنصاف الفخذين أو الركبتين تحتجز به". الألباني، صحيح سنن أبي داود، باب في الرجل يصيب منها ما دون الجماع، حديث رقم 267، مرجع سابق، ص. 78.

<sup>5</sup> معتصم عبد الرحمن محمد منصور، مرجع سابق، ص. 50.



الامتناع في منزلها بأن حياءها أمر مستبعد، بخلاف منزله؛ لأنها في منزله تكون محبوسة عنده، وبإمكان الزوج وطأها طوعاً أو كرهاً، وبالتالي لا تكون ناشزة<sup>1</sup>.

والقول الأولى بالرجحان في هذه المسألة هو القول الأول الذي جاء به جمهور الفقهاء؛ باعتبار الزوجة ناشزة لعدم تمكين زوجها من الوطء، أو من مقدماته بغير عذر شرعي، حتى ولو قدر الزوج على ذلك بإكراه الزوجة على الوطء؛ وذلك لأنّ الزوجة تؤدي للزوج حقوقه الشرعية التي أوجبها الله تعالى عليها، والذي هو حقه في الاستمتاع بها ما لم يوجد مانع شرعي يمنعها من ذلك، وحق استمتاع أحد الزوجين بصاحبه من بين المقاصد الشرعية للزواج<sup>2</sup>؛ لأنّ الغاية من الزواج هي تحصين الفرج وإنجاب النسل.

وبخصوص ما جاء به الحنفية في عدم نشوز الزوجة إذا منعت زوجها -وهي في منزل الزوجية- من وطئها أو الاستمتاع بها؛ فهم يعتبرون وجودها في البيت مظنة أداء حق الزوج، فأقاموا المظنة مقام المثنية، وبذلك تكون ناشزة إذا لم تكن في بيته، لكنهم -ومن جانب آخر- يرون أنها إذا منعت من ذلك لا تكون ناشزة ولا تسقط نفقتها، مع أنّ تسليم نفسها بالمعنى الذي ذكره ليس موجوداً، فكيف إذن تستحق النفقة مع أنّ شرط إيجابها ليس متحققاً فعلاً؟! ويستثنى من ذلك إذا كان الامتناع لعذر كمرض أو أذى متحقق يلحق بها أو به<sup>3</sup>.

### ب- امتناع الزوجة عن الالتحاق بمسكن الزوج (الانتقال معه) والسفر معه

نقصد بامتناع الزوجة عن الالتحاق بمسكن الزوج أي الانتقال إلى المسكن الجديد؛ وذلك لأنّ النقلة والسفر عند الفقهاء يأخذ نفس الحكم<sup>4</sup>، وما تجدر إليه الإشارة أنّ الزوجة لا تعتبر ناشزة إذا امتنعت عن النقلة

<sup>1</sup> - انظر. ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدار المختار، ج.3، مرجع سابق، ص.576-577. معتصم عبد الرحمن منصور، المرجع نفسه، ص.52. جلال عازل غزال، بشار صبيح محمد، نشوز الزوجة في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية الأساسية، م.26، ع.106، الجامعة العراقية، لسنة 2020، ص.332.

<sup>2</sup> - انظر. معتصم عبد الرحمن منصور، المرجع نفسه، والصفحة نفسها. جلال عازل غزال، بشار صبيح محمد، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.  
<sup>3</sup> - معتصم عبد الرحمن منصور، المرجع نفسه، ص.53. ذكر الشافعية أمثلة عن الأعداء التي لا تعتبر بها الزوجة ناشزة حتى ولو منعت من الوطء نذكر منها:

\* الحيض والنفاس والاستحاضة.

\* أن يكون بفرجها جراحة وعلمت أنه متى لمسها واقعها.

\* أن يكون بها مرض يضر معه الوطء، سواء أضر بها أو به.

\* عبالة الزوج؛ أي كبر ذكره بحيث لا تحتمله. انظر. الشريبي، مغني المحتاج، ج.5، مرجع سابق، ص.169.

<sup>4</sup> - الالتحاق بالمسكن يراد به أيضاً امتناع الزوجة عن أن تزف إلى زوجها، أو امتناعها عن دخوله عليها في المنزل وغير ذلك، وهذه الحالة تعتبر أيضاً فيها الزوجة ناشزة، وإن اختلفت نوعاً ما في حكم بسيط بالنسبة للانتقال معه إلى مسكن آخر؛ ذلك لأنّ الزوجة إذا امتنعت عن أن تزف إلى زوجها بعد استيفائها مهرها المعجل تسقط نفقتها لأنها في حكم الناشز. حيث جاء في العناية على الهداية أنه: "إن كان المنزل ملكاً لها وهو يسكن معها فيه، فمنعت من الدخول عليها، فهو بمنزلة الخروج من بيته؛ أي تعتبر ناشزة". وأما لو كانت ساكنة في منزلها ومنعت من الدخول عليها لكنها كانت قد طلبت منه أن ينقلها إلى منزله، أو يستأجر لها منزلاً؛ لأنها تحتاج إلى منزلها فلا تعتبر ناشزة، لأنّ امتناعها لحق مشروع وليس بقصد الامتناع عن الزفاف لذاته. انظر. أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، العناية على الهداية، ج.3، مطبوعة على الهامش الأول لشرح فتح القدير، ط.1، دار صادر، بيروت،

والسفر معه إذا لم يستوفِ معجل مهرها مثلاً؛ وذلك لأنّ التسليم لا يجب قبل إيفاء العاجل من مهرها، كما لا تعتبر ناشزاً إذا طلبها بالنقلة إلى دار مغصوبة؛ لأنّ امتناعها بحق فلم يجب التسليم<sup>1</sup>، أما إذا كان امتناعها عن النقلة أو السفر بغير حق؛ كأن يكون زوجها قد وفي مهرها العاجل، أو كان المهر مؤجلاً، أو رفضت البقاء معه في مسكنه رغم توافر الشروط الشرعية فيه، فإنه في هذه الحالة اختلف الفقهاء في اعتبار ما إذا كانت الزوجة ناشزة أم لا على قولين؛ حيث ذهب فريق من الفقهاء القدامى إلى القول بأنّ امتناع الزوجة عن النقلة والسفر يعتبر نشوزاً (01)، في حين ذهب فريق آخر إلى القول بأنّ الامتناع عن السفر لا يعتبر نشوزاً (02).

### 1- امتناع الزوجة عن النقلة والسفر يعتبر نشوزاً

أصحاب هذا القول هم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، والمتقدمون من الحنفية في ظاهر الرواية؛ حيث يرى أصحاب هذا القول أنّ الزوجة تعتبر ناشزة إذا امتنعت عن النقلة والسفر بدون أي عذر أو وجه حق. إذ يرى المالكية أنه من نشوز الزوجة عدم طاعة الزوجة لزوجها، وهذا الامتناع من الانتقال إلى المسكن الجديد أو السفر معه يعتبر خروجاً عن طاعة الزوج، وتعد الزوجة بذلك ناشزة. وذهب الشافعية إلى ما ذهب إليه المالكية باعتبار أنّ الزوجة ناشزة إذا امتنعت عن النقلة والسفر، وفصلوا في ذلك بوجود توفر شرط أمن الطريق؛ أي السلامة في السفر، وعدم المشقة التي لا تحمل<sup>2</sup>، وهو ما قاله الحنابلة أيضاً في اعتبار الزوجة ناشزة إذا امتنعت عن النقلة والسفر إلى حيث يشاء الزوج متى أوفى لها مهرها ولم تشتترط عليه البقاء في بلدها<sup>3</sup>.

د.س.ن، ص.324. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.5، مرجع سابق، ص.129. معتصم عبد الرحمن منصور، مرجع سابق، ص.56.

وما تجدر إليه الإشارة أنّ مسألة حبس الزوجة التي يسلب من خلالها الزوج من حق الاستمتاع من زوجته، فزق فيها الفقهاء بين صورتين للحبس، اللتان بموجبهما يحكم على الزوجة بالنشوز أو لا؛ تمثلت الصورة الأولى في أنه إذا حبست الزوجة بدين عليها ويمكن لها أدائه والوفاء به لكنها لم تفعل، وماطلت حتى حبست أو أنها حبست بحق، كما لو ارتكبت جريمة استوجب حبسها بحكم الشرع، ففي هذه الصورة تعتبر ناشزة؛ لأنها هي التي رغبت الحبس لنفسها، ودليل ذلك ما روي عن أبي هريرة -رضي الله عنه- أنّ النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "مطل الغني ظلم". رواه البخاري، صحيح البخاري في شرح فتح الباري، كتاب الاستقراض وأداء الديون، باب مطل الغني ظلم، حديث رقم 2400. وذلك لأنها بامتناعها عن قضاء الدين مع قدرتها عليه كأنما حبست نفسها، فتصير بمعنى الناشزة. وأما الصورة الثانية فإنها إذا حبست لدين عليها ولم تستطع الوفاء به، أو أنها حبست ظلماً، فإنها لا تكون ناشزة؛ لأنّ الحبس خارج عن إرادتها ولا يجوز إيقاع ظلم عليها فوق ظلمها بالحبس. وكذلك لا تعتبر ناشزة إذا حبسها الزوج لحقه عليها؛ لأنّ المنع جاء من قبله. انظر. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج.2، مرجع سابق، ص.51. معتصم عبد الرحمن منصور، مرجع سابق، ص.56-57.

1- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.5، مرجع سابق، ص.129.

2- معتصم عبد الرحمن منصور، مرجع سابق، ص.57.

3- البهوتي، كشف القناع، ج.5، مرجع سابق، ص.187.

وهو نفس ما جاء به المتقدمون من الحنفية في ظاهر الرواية، وقالوا أيضا أنّ الزوجة إذا رفضت البقاء مع زوجها في محل عمله تعتبر ناشزة<sup>1</sup>. أما المتأخرون من الحنفية قد استثنوا من ذلك أنّ الزوجة إذا امتنعت عن السفر مع زوجها حتى مسافة القصر فأكثر لا تعتبر ناشزة، أما ما دون مسافة القصر فإنها تعتبر ناشزة<sup>2</sup>، بخلاف المتقدمين الذين قالوا أنّ الزوجة تعتبر ناشزة إذا امتنعت عن السفر دون تحديد المسافة.

## 2- الامتناع عن السفر لا يعتبر نشوزا

والقول بالامتناع عن السفر لا يعتبر نشوزا هو قول عند الحنفية، حكاه ابن عابدين عن الفقيهين أبي القاسم الصفار وأبي ليث، وقال عنه ابن عابدين بأنه المختار وعليه الفتوى، وجعلوا هذه الفتوى من باب اختلاف الحكم باختلاف العصر والزمان<sup>3</sup>.

والرأي الأول بالرجحان في هذه المسألة أن يترك تقدير موضوع النقلة أو السفر للاقتناع الشخصي للقاضي، ولسلطته التقديرية وبحسب الظروف والأحوال. وعليه، إذا كان الغرض من النقلة أو السفر الإضرار بالزوجة والكيد لها، أو طالبها بالانتقال إلى بيت أهله، وكان أهله يسيئون معاملتها، ويغضونها، وتيقن القاضي من ذلك وفق ظروف الحال والقرائن، فلا يحكم القاضي عندئذ بنشوزها؛ لأن في ذلك ضرر للزوجة ولا أمان لها، وإن لم يرفع الأمر إلى القاضي فالقول للزوج بحكم قوامته. أما إذا تعسفت الزوجة، وامتنعت عن النقلة أو السفر بدون عذر وبغير وجه حق؛ كأن كانت النقلة وليدة ظروف طارئة مثلا من أجل العمل، أو طلب الرزق أو العلاج، وأراد أن ينتقل إلى منزل آخر ليقترّب من المدينة أو البادية حيث محل عمله، إذا امتنعت فإنّ القاضي يحكم بنشوزها؛ لأنها متعسفة في استعمال حق الامتناع<sup>4</sup>.

## 3- خروج الزوجة من بيت زوجها دون إذنه

إنّ واجب الطاعة على الزوجة أمر حث عليه الإسلام، فأمر الزوجة بالامتثال لطاعة زوجها. من أوجه صور الطاعة؛ ألا تخرج الزوجة من بيت زوجها دون إذنه، سواء كان في أمور العبادات أو الحاجيات، وبناء على ذلك تعتبر ناشزة إن هي خرجت بغير إذنه وبدون عذر شرعي. والجدير بالذكر أنّ فقهاء المذاهب السنية اتفقوا على أنّ الزوجة تعتبر ناشزة بخروجها من بيت زوجها دون إذن منه أو عذر شرعي؛ وذلك لتعديها حقوق الطاعة الواجبة عليها، وتفويت حقه الثابت عليها في الاحتباس على ما يقتضيه عقد النكاح، وتأسيسا

<sup>1</sup> - ابن الهمام، فتح القدير، ج. 2، مرجع سابق، ص. 474. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج. 5، مرجع سابق، ص. 129. وفي هذا قال الكاساني: "... وإن كان بغير حق بأن كان الزوج قد أوفأها مهرها، أو كان مؤجلا فلا نفقة لها؛ لانعدام التسليم حال وجوبه، فلم يوجد شرط الوجوب، فلا تجب ولهذا لم تجب النفقة للناشزة، وهذه ناشزة". انظر. مرجع سابق، ص. 187.

<sup>2</sup> - وذكروا أيضا أن مسافة السفر الطويل لا تقل مدته عن مسيرة ثلاثة أيام بسير الإبل أو مشي الأقدام. انظر. ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج. 3، مرجع سابق، ص. 147.

<sup>3</sup> - ابن عابدين، المرجع نفسه، ص. 146-147.

<sup>4</sup> - معتصم عبد الرحمن محمد منصور، مرجع سابق، ص. 59.

على ذلك تستحق التأديب إذا خرجت بغير إذنه لنشوزها عن طاعته<sup>1</sup>. وفي هذا قال الحنفية بأن خروج الزوجة من بيت زوجها بغير حق يعد نشوزاً منها<sup>2</sup>.

كما قال المالكية بسقوط نفقة الزوجة بالنشوز، ويكون ذلك بالخروج بغير إذن؛ فهم جعلوا الخروج دون إذن الزوج أحد صور سقوط نفقة الزوجة<sup>3</sup>، وهو ذات حكم فقهاء الشافعية في اعتبار الزوجة ناشزة إذا خرجت من بيت الزوج؛ أي من محل رضي بإقامتها فيه ولو كان بيتهما أو بيت أبيهما، إن كان غائبا بلا إذن منه<sup>4</sup>، كما رأى الحنابلة أنّ للزوج أن يمنع زوجته من الخروج من منزله، واستحبوا له أن يأذن لها بالخروج إن مرض بعض محارمها أو مات<sup>5</sup>.

واستدل فقهاء المذاهب السنية بما جاء في الكتاب الكريم لقوله تعالى ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى﴾<sup>6</sup>، وجه الدلالة من الآية الكريمة أنّ الأمر بلزوم البيت وإن كان الخطاب للنساء النبي - عليه الصلاة والسلام - فقد دخل غيرهن فيه بالمعنى، هذا لو لم يرد دليل يخص كل النساء، فكيف والشريعة طافحة بلزوم النساء بيوتهن، والانكفاف عن الخروج منها إلا لضرورة<sup>7</sup>، كما استدلوها أيضا بما جاء في السنة النبوية الشريفة؛ وذلك لما روي عن ابن عمر بن الخطاب -رضي الله عنهما- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- "أنّ امرأة أتته فقالت: ما حق الزوج على امرأته؟ ... ولا تخرج من بيته إلا بإذنه، فإن فعلت لعنتها الملائكة؛ ملائكة الغضب وملائكة الرحمة حتى تتوب أو تُراجع. قيل: فإن كان ظلما؟ قال: وإن كان ظلما"<sup>8</sup>. دلّ الحديث الشريف على حقوق الزوج على زوجته، والمتمثل في القرار في بيت الزوجية، وعدم خروجها منه إلا بإذنه، فإن خالفت أمره كانت ناشزة وصارت ملعونة<sup>9</sup>.

وما تجدر إليه الإشارة أنّ ما أقر به الفقهاء على وجوب القرار في البيت يشمل كل النساء؛ أي البكر والثيب، والمتزوجة وغير المتزوجة، ولكنه في حق الثيب المتزوجة أوجب؛ وذلك لحق زوجها عليها من باب أولى،

1- ابن عابدين، مرجع سابق، ص. 576. كما قالوا أنّ للزوج أن يضربها عند خروجها بغير حق، وأما إذا كان بحق فليس له أن يضربها عليه.

2- معتصم عبد الرحمن محمد منصور، مرجع سابق، ص. 59 وما يليها.

3- المرجع نفسه، ص. 60.

4- شمس الدين محمد بن أحمد شهاب الدين الرملي المعروف بالشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج، ج. 7، دار الفكر، بيروت، د.س.ن، ص. 206.

5- موفق الدين عبد الله أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، ج. 3، مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية، لسنة 1400هـ-1980 م، ص. 107.

6- الآية 33 من سورة الأحزاب.

7- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج. 14، مرجع سابق، ص. 117. وفي هذا قال السيد قطب في معرض شرحه للآية الكريمة أعلاه لقوله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾. وقرن من وقر، بقر؛ أي ثقل واستقر، وليس معنى هذا الأمر ملازمة البيوت فلا يبرحها إطلاقاً، وإنما هي إيماء لطفة إلى أن يكون البيت هو الأصل في حياتهن وهو المقر، وما عداه استثناء طارئاً لا يثقلن فيه ولا يستقرن، وإنما هي الحاجة تقضي وبقدرها". انظر. السيد قطب، في ظلال القرآن ج. 5، دار إحياء التراث العربي، بيروت -لبنان-، لسنة 1971، ص. 2859.

8- البيهقي، السنن الكبرى، كتاب القسم والنشوز، باب ما جاء في بيان حقه عليها، حديث رقم 14713، مرجع سابق.

9- معتصم عبد الرحمن محمد منصور، مرجع سابق، ص. 62.

ضف إلى ذلك أنّ وجوب القرار في البيت هو الأصل، وهذا بالنسبة للمتزوجة، واستثناءً لها الخروج من البيت إما لإذنه؛ أي إذا أباح لها الخروج<sup>1</sup>، أو الخروج بغير إذنه ولكن بعذر شرعي<sup>2</sup>.

وما يجدر التنويه إليه في هذا الصدد أنه بالإضافة إلى الصور التي أوردناها، والتي إن فعلتها الزوجة تعتبر في حكم الناشز، هناك صور أخرى تكون فيها الزوجة ناشزة أيضاً: من بينها امتناعها عن خدمة البيت؛ فالمرأة إذا امتنعت عن خدمة البيت والأبناء ومستلزمات الأسرة تكون ناشزة عن طاعة زوجها، وغير ملتزمة بأداء واجباتها التي تملئها عليها الحياة الزوجية، خاصة وأنّ خدمة الزوجة لبيتها تعتبر من الأعراف التي تواتر عليها الناس، وهذا طبقاً للقاعدة الفقهية "المعروف بين الناس كالمشروط شرطاً"<sup>3</sup>.

وعليه، إذا امتنعت الزوجة عن خدمة بيتها وأبنائها صارت ناشزة ومتعسفة في استعمال الحقوق الزوجية<sup>4</sup>، كما تعتبر الزوجة ناشزة أيضاً إذا سافرت بدون إذن زوجها سواء لحاجة نفسها أو لحاجة غيرها، أما

<sup>1</sup> - معتصم عبد الرحمن محمد منصور، مرجع سابق، ص.ص. 61-62.

<sup>2</sup> - لا يعد خروج الزوجة من بيت زوجها لعذر شرعي من باب النشوز، وقد ذكر الفقهاء الأعداء المشروعة التي لا يعد خروج الزوجة من بيتها بغير إذنه نشوزاً، وهي كالتالي:

\* أن يشرف البيت أو بعضه على التهدم؛ فيطلب هذا أن تخرج دون إذن زوجها.

\* إذا أكرهت على الخروج ظلماً، أو خافت على نفسها أو مالها من فاسق أو سارق، لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "إنّ الله تجاوز عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه". سبق تحريجه

\* وحالة إذا خرجت لقضاء حوائجها المعتادة، والتي يقضي العرف خروج مثلها لها، ولتعود عن قريب، ويكون خروجها في مثل هذه الأحوال من قبيل الضرورة، وليس للزوج منعها، إلا إذا قضى هو نفسه لها هذه الحوائج؛ كخروجها لشراء الخضراوات من السوق، أو بعض مستلزمات الزينة، أو إلى العيادة الطبية المحلية، أو حوائج بيتية لزمتهما في طبخ ونظافة ونحو ذلك . . .

\* إذا خرجت إلى القاضي لطلب حقها منه، أو خرجت من أجل العلم أو الاستفتاء، إذا لم يكفها زوجها الثقة عن مثل هذه العلوم، أما ما لا تحتاج إليه حالاً من العلوم، أو كان مجرد وعظ وإرشاد فلا عذر.

\* إذا خرجت الزوجة دون قصد النشوز وفي غيبة الزوج عن البلد بلا إذنه، لزيارة قريب غير أجنبي أو أجنبية، فإنه لا يعد في العرف نشوزاً ما لم يمنعها قبل سفره، أو يرسل لها بالمنع.

\* خروج المرأة للقتال في حالة النفير العام؛ وذلك لأنّ خروجها للقتال فرض عين في هذه الحالة كالصلاة والصيام، ولا يجوز للزوج منعها ولا إثم في ذلك، ويحق لها أن تخرج دون إذنه ولا يجوز للزوج منعها ولا إثم في ذلك، ويحق لها أن تخرج دون إذنه ولا تكون ناشزة؛ لأنّ احتلال بلاد المسلمين خطر جسيم يجب دفعه بكل الوسائل، وعدم الخروج للقتال -مع عدم العذر- يعتبر عصياناً يستوجب عذاب الله، لقوله تعالى ﴿إِلَّا تَنْفِرُوا يُعَذِّبْكُمْ عَذَابًا أَلِيمًا وَيَسْتَبْدِلْ قَوْمًا غَيْرَكُمْ وَلَا تَضُرُّوهُ شَيْئًا ۗ وَاللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾. الآية 39 من سورة التوبة.

وهذه الأعداء والحالات لا يمكن حصرها في هذه النقاط، فهي على سبيل المثال فقط لا الحصر، وتقاس عليها حالات أخرى مستجدة في كل زمان ومكان ما دامت تدور في دائرة الضروريات التي لا يستغني الإنسان عن تحصيلها، أو حتى في دائرة الحاجيات التي جرى العرف بالإذن في خروج الزوجة لتحصيلها.

انظر. الشريبي، مغني المحتاج، ج.5، مرجع سابق، ص.ص. 169-170. ومعتصم عبد الرحمن محمد منصور، مرجع سابق، ص.ص. 63 وما يليها.

<sup>3</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص. 237.

<sup>4</sup> - إذ ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى عدم وجوب خدمة الزوجة تجاه زوجها؛ لأنّ ذلك غير واجب عليها أصلاً، وبالتالي لا تكون تاركة لواجب عليها في حق زوجها. وذهب رأي آخر جاء به بعض أئمة السلف وبعض فقهاء المذاهب إلى وجوب خدمة الزوجة لزوجها، وتطبيقاً لذلك فإنه يباح للزوج تأديب زوجته على تركها الخدمة؛ حيث أمّا تركت واجبا عليها في حق زوجها. يبدو أنّ القول الأولى بالرجحان في هذه المسألة هو الرأي الثاني في وجوب خدمة الزوجة لزوجها وهذا لسببين: تمثل السبب الأول فيما أجاز به الإمام القرطبي في تفسيره

إذا أذن لها الزوج بالسفر فلها ذلك ولكن مع زوجها أو مع محرم لها. وكذلك يعتبر من نشوز الزوجة عدم أخذ إذنه في القيام بالعبادات والنوافل أو الخروج إلى المسجد، ضف إلى ذلك أنّ الزوجة إذا أساءت عشرة زوجها - تكلمت معه باحتقار، وبأسلوب غير محترم باستعمال كلمات فيها سب وشتيم وتقبيح - تعتبر ناشزة حينها وملعونة بتصرفاتها وأقوالها.

بالنسبة لحكم الزوجة الناشزة، فيكون بعلاجها من نشوزها بالتأديب **بدليل قوله تعالى ﴿وَاللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ...﴾**. فهذه الآية دلت على علاج الناشزة؛ حيث يتدئ الزوج بوسيلة الوعظ كما هو مرتب في الآية الكريمة، وبعدها الهجر في المضجع، على ألا يغالي ويتجاوز مدة الهجر المشروعة وهي أربعة أشهر؛ لأنه إذا تجاوزها صار موليا، فيكون حينها هو المتعسف في استعمال حق التأديب على نحو غير مشروع - كما سبق وقدّمنا<sup>1</sup>، وبعدها ينتقل إلى الضرب غير المبرح.

وبالإضافة إلى حق تأديب الزوج زوجته الناشزة وفق الصور التي أوردناها وغيرها، والتي لا تعد ولا تحصى، وعند عدم إتياء التأديب أكله في علاج الناشزة، يكون حينها من حق الزوج أن يمتنع عن الإنفاق عليها هي فقط وليس على أبنائه الذين نفقتهم واجبة ولا تسقط؛ فتسقط نفقة الزوجة بفوات حق الزوج في الاحتباس المشروع لزوجته والتمكين التام له، وهو ما أجمع عليه فقهاء المذاهب السنية من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، واستدل هؤلاء بالمعقول؛ وذلك بأن النفقة لا تجب للزوجة قبل تسليمها إليه، وإذا منعها النفقة كان لها منعه من التمكين، فإن منعه هي من التمكين كان له منعها من النفقة كما قبل الدخول، أما إن كان له منها ولد فعليه نفقة ولده؛ لأنها واجبة له ولا يسقط حقه بمعصيتها<sup>2</sup>.

وبعد عرض صور النشوز، والتي ذكرنا بعضها على سبيل المثال لا الحصر، وكذا تبيان حكم الزوجة الناشزة، تستدعي الدراسة الآن الوقوف على ما جاءت به بعض التشريعات العربية في هذا الخصوص وموقفها من ذلك.

### ثانيا: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوجة في استعمال حق النشوز

سنتعرض في البدء إلى موقف المشرع الجزائري من نشوز الزوجة (أ)، وبعدها نشير إلى موقف التشريعات العربية من ذلك (ب).

"واختلف في ضربها في الخدمة، والقياس يوجب أنه إذا ضربها في المضاجعة جاز ضربها في الخدمة الواجبة للزوج عليها بالمعروف". والسبب الثاني يتمثل في أنّ العرف يقتضي خدمة الزوجة لزوجها وأبنائها طبقا للقاعدة الفقهية "المعروف بين الناس كالمشروط شرطا". انظر. معتصم عبد الرحمن محمد منصور، مرجع سابق، ص. 91. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج. 5، مرجع سابق، ص. 174. الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص. 237.

<sup>1</sup> - انظر. الصفحة 198 من هذه الدراسة.

<sup>2</sup> - معتصم عبد الرحمن محمد منصور، مرجع سابق، ص. 93-94. ابن قدامة، المغني، ج. 11، مرجع سابق، ص. 281-282.

## أ- موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوجة في استعمال حق النشوز

كان المشرع الجزائري قد نص على حق تأديب الزوجة عند نشوزها وخروجها عن طاعة زوجها، وذلك من خلال المادة 39 من قانون 84-11 المتعلق بقانون الأسرة، التي توجب على الزوجة طاعة زوجها ومراعاته باعتباره رئيس العائلة، لكنها ألغيت بموجب الأمر 05-02 المتعلق بقانون الأسرة. وبالرغم من إلغاء المشرع الجزائري لمسألة حق الطاعة، وحق تأديب الزوج لزوجته عند نشوزها وخروجها عن طاعته وعصيانه فيما أمرها به، وعدم تنظيم أحكام النشوز وتفصيل صورته، إلا أنّ الجهاز القضائي لم يغفل عن تفصيل وإصدار قرارات بشأن ذلك؛ حيث جاء في قرار قضائي صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 13/01/1986: "أنه من الواجب على الزوجة متابعة زوجها والالتحاق به أين طاب عيشه"<sup>1</sup>، وبناء على ما جاء في القرار؛ إذا توفرت شروط الانتقال فلا يحق للزوجة أن تمنع فيه وإلا اعتبرت متعسفة، خصوصاً إذا اضطرت الظروف الزوج إلى الانتقال من بلده إلى بلدة أخرى<sup>2</sup>.

أما إذا أمرها أو رغب في الانتقال إلى بيت أهله وامتنعت عن ذلك، فإنها لا تعتبر ناشزة، وهو ما جاء في القرار القضائي الصادر بتاريخ 15/10/2008 والذي جاء فيه: "لا تتوفر حالة نشوز الزوجة عند إقامتها ببيت أهلها وعدم توفير الزوج السكن"<sup>3</sup>. كما جاء في قرار آخر صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 06/02/1999 على أنه: "من المستقر عليه قضاء أنّ للزوجة الحق في سكن مستقل عن أهل الزوج"<sup>4</sup>. كما لم يعتبر القضاء الجزائري الزوجة ناشزة إذا رفضت أن تسكن مع زوجها في نفس المنزل وامتنعت عن الرجوع إلى بيت الزوجية؛ حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12/07/2006: "اشتراط الزوجة الأولى توفير سكن منفرد لها للرجوع لا يشكل حالة نشوز"<sup>5</sup>.

وعليه، يفهم من هاته القرارات؛ أنّ الزوجة لا تعتبر ناشزة في حال ما إذا أراد الزوج إسكانها مع أهله أو مع زوجها وامتنعت عن ذلك، أما في غير ذلك فإنّ الزوجة إذا امتنعت عن النقلة إلى بيت الزوج تعتبر ناشزة، وهو ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 02/04/1984: "متى كان من المقرر شرعاً -وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى- أنّ الشريعة الإسلامية تفرض على الزوجة الالتحاق بمنزل زوجها، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً لقاعدة مقررّة شرعاً، إذ كان من الثابت شرعاً أنّ المحل الزوجي هو منزل الزوج وليس منزل الزوجة، فإنّ قضاة الاستئناف بقضائهم عكس ذلك خرقوا قاعدة مقررّة شرعاً

<sup>1</sup>- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 13/01/1986، قرار رقم 89467. مقتبس عن تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص.93.

<sup>2</sup>- تبوب فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

<sup>3</sup>- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 15/10/2008، قرار رقم 448305، م.م.ع، ع.ع.2، لسنة 2010، ص.251.

<sup>4</sup>- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 06/02/1999، قرار رقم 213669، إ.ق، ع.خ، لسنة 2001، ص.219.

<sup>5</sup>- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 12/07/2006، قرار رقم 364855، م.م.ع، ع.ع.2، لسنة 2006، ص.469.

وعملا، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على مخالفة هذا المبدأ<sup>1</sup>. كما جاء في قرار آخر بتاريخ 1971/02/03 على اعتبار الزوجة ناشرة عند امتناعها عن الالتحاق بالسكن المعد في محل عمل زوجها<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الحكم بنشوز الزوجة، وبإلزامها بالرجوع إلى بيت الزوجية وإسقاط نفقتها، يكون بموجب حكم قضائي نهائي، وذلك من خلال رفضها صراحة للامتناع للحكم، فيحرم محض امتناع، وبذلك يعد دليلا كتابيا على نشوزها<sup>3</sup>، ومن ثم يكون الزوج قد برر وجهته نحو الطلاق<sup>4</sup>. وتجدر الإشارة إلى أنّ عبء إثبات نشوز الزوجة يقع على الزوج، وهو ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/05/12 والذي جاء فيه: "إنّ نشوز الزوجة لا يثبت إلا بموجب محض امتناع عن الرجوع بعد تنفيذ حكم يقضي بالرجوع"<sup>5</sup>.

كما جاء في قرار آخر بتاريخ 2000/02/22 على أنّ: "الإنذار القانوني المنصوص عليه في المادة 102 من ق.إ.م.إ هو غير الإنذار الموجه للزوجة للعودة إلى بيت الزوجية الذي يترتب عليه استئناف الحياة الزوجية، ويجب أن ينفذ الإنذار من طرف المنفذ مصحوبا بالزوج، الذي يلتزم بإرجاع الزوجة إلى المسكن المنفرد. في حال امتناع الزوجة عن الرجوع يحكم عليها بالنشوز"<sup>6</sup>.

كما أعطى القضاء الجزائري حق الزوج في الحصول على تعويض في حال نشوز الزوجة، وهو ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/04/27: "متى كان من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين فإنّ القضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون؛ ومن ثمّ فإنّ عدم وجود سبب واضح يجعل من الزوجة - في قضية الحال - تلجأ إلى طلب التطلق بعد نشوزها، فإنّ ذلك يعد سببا كافيا لاعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق. وعليه، فإنّ قضاة الموضوع قد أخطأوا حين قرروا أنّ الضرر والتعويض عنه يكون للزوجة وحدها، مما يستوجب نقض القرار جزائيا وبدون إحالة"<sup>7</sup>.

كما جاء في قرار آخر بتاريخ 1994/06/14 على أنه: "من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين، وتلزم الأم بدفع نفقة الأولاد متى كانت قادرة على ذلك

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1984/04/02، قرار رقم 32653، م.ق، ع.2، لسنة 1989، ص.52.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1971/02/03، رقم القرار غير موجود، ن.ق، ع.3، لسنة 1972، ص.37.

3- إثبات حالة نشوز الزوجة "من عصيان، وامتناعها عن القيام بالواجبات المنزلية..."، من الصعوبة بمكان إثباته؛ وذلك لأنها تبنى عادة بادعاءات مقابل ادعاءات، وهذا لكون العلاقة مقدسة بين الطرفين فينعدم فيها الشهود، ولا يمكن لأي أحد الإطلاع عليها، غير أنّ ذلك لم يمنع القضاء الجزائري من محاولة إيجاد حالات للنشوز ليست مبنية على مجرد تصريحات وادعاءات، وإنما مرجعها الدليل الكتابي. راجع. باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر -، لسنة 2012، ص.24.

4- المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

5- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2005/10/12، قرار رقم 339353، ن.ق، ع.3، لسنة 2005، ص.339.

6- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2000/02/22، قرار رقم 239357، م.ق، ع.1، لسنة 2001، ص.271.

7- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1993/04/27، قرار رقم 90947، م.ق، ع.2، لسنة 1994، ص.71.



وعجز الأب عن دفعها، ولما تبين -من قضية الحال- أنّ الطاعن أثار موضوع نشوز زوجته التي رفضت العودة من فرنسا إلى أرض الوطن، وبقيت تتقاضى أجرها هنالك من عملها عكس حالته؛ بحيث فقد منصب عمله، وعلى هذا الأساس طلب إعفائه من نفقة الأولاد. وعليه، فإنّ قضاة الموضوع بإغفالهم مناقشة هذين الدافعين سواء إيجاباً أو سلباً يكونوا قد عرضوا قرارهم للنقض في كل ما قضى به باستثناء نفقة العدة<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أنّ مسألة إثبات نشوز الزوجة من الصعوبة بما كان إثباته من طرف الزوج؛ خاصة إذا تعلق النشوز بامتناعها عن معاشرته، أو بعزوفها عن خدمة البيت والقيام بواجباته، أو خروجها بغير إذنه، أو إساءة معاملته، فمثل هذه المسائل يصعب إثباتها، خاصة وأنّ عبء الإثبات يقع على الزوج، كما أنّ على هذا الأخير أن يبادر بإرجاع زوجته الناشزة، ناهيك عن ما يلاحظ من خلال هاته القرارات وغيرها، أنّ الاجتهاد القضائي في الجزائر بذل مجهودات جبارة في محاولة لنفي النشوز عن الزوجة وجعله في حكم الاستثناء بدلا من القاعدة<sup>2</sup>، حتى ولو توافر الدليل الكتابي من وجود محضر امتناع الزوجة للامتناع للحكم<sup>3</sup>.

#### ب- موقف التشريعات العربية من نشوز الزوجة

لقد حذا المشرع المغربي حذو المشرع الجزائري في إهماله تنظيم أحكام النشوز وصوره؛ فلم يسن المشرع المغربي نصوصا صريحة ضمن هذه المدونة، كما ألغى المشرع واجب الطاعة الذي كان مفروضا على الزوجة تجاه زوجها في المادة 36 من نفس المدونة. وما يجب التنويه إليه أنّ المشرع المغربي قد أقرّ في المادة 195 من نفس المدونة بأنّ الزوجة التي غادرت بيت الزوجية، وصدر حكم بضرورة رجوعها إلى بيت الزوجية، وامتنعت بغير وجه حق ودون عذر شرعي عن العودة، تسقط نفقتها عن المدة الموالية للامتناع عن الرجوع بعد إثبات واقعة الامتناع، سواء بمحضر امتناع أو بمحضر إخباري، حيث جاء في نص المادة: "يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 14/06/1994، قرار رقم 110607، م.ق، ع.2، لسنة 1995، ص.95.

2- باديس دياي، مرجع سابق، ص.24.

3- وما يبرر ذلك القرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 19/05/1998، والذي جاء فيه: "إنّ امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا؛ ومتى تبين -في قضية الحال- أنّ المطعون ضده قد سبق وأن رفع دعوى طلاق الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقليا ثم تراجع عن ذلك، وطلب رجوعها من جديد ليتجنب مسؤولية الطلاق، فإنّ امتناع الطاعنة عن الرجوع بعد إهانتها لا يعتبر نشوزا. وعليه، فإنّ قضاة الموضوع لما قضا بتأييد حكم المحكمة القاضي بالطلاق وتعويض الزوج لنشوز الزوجة دون مناقشة الدفع الذي أثارته الطاعنة، فيقضائهم بما فعلوا خالفوا القانون، وخاصة أحكام المادة 55 من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه". وفي عرض أسبابه، أكدت المحكمة العليا أنّ القرار المنتقد لم يناقش الدفع الذي أثارته الطاعنة من كون المطعون ضده قد سبق له وأن طلب طلاقها على اعتبار أنها مريضة عقليا حسب الحكم الصادر، وأنّ طلب الطلاق من طرف المطعون ضده على أساس أنّ الطاعنة مريضة عقليا يجعل من مطابقتها لها بالرجوع محل الزوجية طلبا غير جدي، مما يجعل امتناعها عن الرجوع بعد تعرضها لهذه الإهانة لا يعتبر نشوزا منها. المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 19/05/1998، قرار رقم 189324، إ.ق، ع.خ، ص.147. مقتبس عن باديس دياي، المرجع نفسه، ص.24-25.

وامتنعت". ويلاحظ على نص المادة أنه يشمل الناشز وغير الناشز، يبدو أنّ المشرع من خلال هذه المادة خالف الجمهور نوعاً ما في مسألة سقوط النفقة عن ذمة الزوج إذا نشزت زوجته<sup>1</sup>.

ومن هذا المنطلق، على الزوج الذي يريد أن يثبت نشوز زوجته أن يرفع دعوى إلى المحكمة؛ يطلب فيها من القاضي أن يأمر الزوجة الناشز بالرجوع إلى بيت الزوجية، ثم عند امتناعها عن تنفيذ ذلك الأمر، بإمكانه أن يرفع بعدها دعوى ثانية؛ يطلب من خلالها بإيقاف النفقة عنها، ويصبح حينها هذا الحكم الأخير حالة صدوره حجة يدفع بها الزوج دعوى زوجته الناشز متى طالبته بالنفقة الواجبة لها<sup>2</sup>.

وفي هذا السياق، جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى: "إنّ الطاعن سبق له أن صرّح بأنه لا يمكنه أداء النفقة للمدعية ما دامت تمتنع عن الرجوع إلى بيت الزوجية رغم الحكم الصادر عليها، وأدلى بنسخة من الحكم بالرجوع ومحضر الامتناع عن تنفيذه، ولم تحب المحكمة على ذلك طبقاً للقانون الذي ينص على إمكانية إيقاف تنفيذ النفقة في هذه الحالة؛ لأنّ ثبوت الامتناع عن الرجوع إلى بيت الزوجية - وإن كان لا يؤثر على وجوب النفقة - يكون واقعة قانونية وضرورية يجب مناقشتها في نطاق الفصل 123 من مدونة الأحوال الشخصية..."<sup>3</sup>.

كما جاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بشأن النشوز والرجوع إلى بيت الزوجية جاء فيه: "طبقاً لمقتضيات المادة 195 من مدونة الأسرة، يجوز للمحكمة إيقاف نفقة الناشزة إذا صدر عليها حكم بالرجوع وامتنعت عن تنفيذه، والمحكمة لما ثبت لها أنّ الطالبة تمتنع عن تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع إلى بيت الزوجية المعين فيه، وقضت بإيقاف نفقتها، فتكون قد طبقت الفصل المذكور التطبيق الصحيح، ولا ضير عليها إن هي لم تستجب لما تمسكت به الطالبة من تخصيص مسكن لها، ما دام لم يثبت أنّ بيت الزوجية المعين في الحكم القاضي بالرجوع غير مستوفٍ للشروط المقررة شرعاً..."<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - انظر. محمد الشافعي، شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص. 137. ومحمد الكشور، الواضح في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص. 512.

<sup>2</sup> - ويشترط لتطبيق المقتضيات أعلاه ألا تكون الزوجة الناشزة حاملاً؛ لأنّ الحمل - ووفق ما أكده المشرع المغربي نفسه - مانع من إيقاف النفقة ولو كانت الزوجة في حالة طلاق، وذلك لاعتبارات حمائية بالنسبة للحمل، إذ قد يتضرر الجنين من ذلك الإيقاف، بل وتحب لها النفقة في هذه الحالة - أي حالة الحمل - ولو كانت مطلقة. انظر. محمد الكشور، المرجع نفسه، ص. 513-514.

<sup>3</sup> - المجلس الأعلى، قرار صادر بتاريخ 1977/05/24، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع. 26، ص. 127 وما بعدها. مقتبس عن محمد الكشور، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

<sup>4</sup> - المجلس الأعلى، قرار صادر بتاريخ 2005/02/02، قرار غير منشور، ملف رقم 437/2/1/2004، ع. 66، ص. 127. مقتبس عن محمد الكشور، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

ويجب التنويه إلى مسألة مهمة؛ أنّ القضاء المغربي لم يعتبر الزوجة ناشزة إن لم يكن لها بيت تؤوي إليه، وأن لا توضع أمامها عراقيل تمنعها من ذلك، وفي هذا السياق جاء في قرار للمجلس الأعلى على أنه "إنّ محكمة الاستئناف لما اعتبرت أنّ وصف الزوجة بالناشزة سابق لأوانه، وعللت ذلك بكون الزوج يقيم في بلد أجنبي، وأنّ انتقال الزوجة إلى تونس حيث بيت الزوجية يتطلب من الزوج تسهيل الإجراءات اللازمة للخروج من المغرب في اتجاه بلد إقامته، والثابت من الوثائق أنّ طلب الرجوع قدم من طرف وكيل الطاعن بالمغرب، وأنه لم يقيم بتنفيذ ما قضى به الحكم في الطلب المضاد من أفراد سكني خاصة بالزوجة، مما جاء معه القرار القاضي باستحقاقها النفقة وعدم إيقافها معللاً تعليلاً سليماً". المجلس الأعلى، قرار شرعي صادر بتاريخ 22 نوفمبر 2006، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع. 68، ص. 69 وما بعدها. مقتبس عن محمد الكشور، المرجع نفسه، ص. 515.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المادة 195 السالف ذكرها من المدونة لم تستلزم صراحة الإدلاء بمحضر الامتناع، مما يسمح للمحكمة - في إطار السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي - الاعتماد على كل وسيلة إثبات تدل على النشوز الفعلي للزوجة وامتناعها عن الرجوع إلى بيت الزوجية<sup>1</sup>.

وعليه، يتضح من خلال ما سبق ذكره، أنّ المشرع المغربي قد أخذ برأي الجمهور في اعتبار الزوجة ناشزة إذا امتنعت عن الرجوع إلى بيت الزوجية بغير حق، وهذا بعدما يثبت الزوج امتناعها؛ ويثبت امتناعها بتبليغها رسمياً وامتناعها عن الرجوع، فيحرر عندئذ محضر امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية، الذي يقدمه الزوج للقاضي كدليل لسقوط نفقتها حين طلبها النفقة.

أما المشرع التونسي، فنجد أنه لم يتطرق إلى مسألة نشوز الزوجة، ولا إلى حق الزوجة في طاعة زوجها وسلطة الزوج في تأديب زوجته الناشز، ولا إلى حكم الناشزة وبيان صورها.

وبالنسبة للمشرع المصري، فنجد أنه نظم حالة نشوز الزوجة من خلال قانون رقم (100) لسنة 1985، وهذا بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية، وبين من خلال هذا القانون كيفية تنفيذ حق الطاعة وطريقة إثبات امتناع الزوجة عن طاعة زوجها، وما يترتب عن هذا الامتناع من آثار؛ حيث نص في المادة 11 مكرر 2 على أنه:<sup>2</sup> "إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع.

- وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد إلى منزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها، وعليه أن يبين في هذا الإعلان المسكن.

- وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ هذا الإعلان، وعليها أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها.

- ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم في الميعاد.

- وعلى المحكمة عند النظر في الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين؛ التدخل لإنهاء النزاع بينهما صلحاً باستمرار الحياة الزوجية وحسن المعاشرة، فإذا بان لها أنّ الخلاف مستحکم وطلبت الزوجة التطليق، اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من 7 إلى 11 من هذا القانون.

<sup>1</sup> - محمد الشافعي، مرجع سابق، ص. 137. يلاحظ على القضاء المغربي - في عمومه - أنه يجعل الأحكام القاضية بإيقاف نفقة الزوجة الناشز مشمولة بالنفاذ المعجل طبقاً لأحكام الفصل 123 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، والذي حلت محله حالياً المادة 195 من مدونة الأسرة، وليس طبقاً للأحكام المضمنة في قانون المسطرة المدنية. محمد الكشيبور، المرجع نفسه، ص. 14.

<sup>2</sup> - تعتبر المادة 11 مكرر 2 مادة جديدة أضافها القانون رقم (100) لسنة 1985 في مادته الأولى إلى المرسوم، وذلك من خلال قانون رقم (25) لسنة 1929 الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية. انظر. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص. 257.

وجاء في المذكرة الإيضاحية أنّ هذه الأحكام مأخوذة من مذهب الإمام مالك، إما نصاً وإما مخرجة على نصوصه". يتضح من خلال هذا النص أنّ طاعة الزوجة لزوجها واجبة عليها شرعاً بمجرد إيفائها عاجل صداقها، وهيئة سكن شرعي لها، مع عدم وجود مانع شرعي، وذلك بدون توقف على حكم من القاضي عليها بدخولها في طاعته. وعليه، إذا امتنعت الزوجة عن الدخول في منزل الزوجية، فعلى الزوج أن يدعوها إلى مسكن الزوجية على يد محضر؛ أي بورقة من أوراق المحضرين مستوفية بياناتها القانونية، وهذا طبقاً لنص المادة 09 من قانون المرافعات المصري، وأن تشتمل على بيان المسكن الذي يدعوها إليه، فإذا لم تعد بعد دعوتها على هذا الوجه، اعتبرت ممتنعة بغير وجه حق عن طاعة زوجها، ويثبت امتناع الزوجة عن طاعة زوجها بإجابتها للمحضر على الإعلان، أو بعدم عودتها لمنزل الزوجية بعد الإعلان قانوناً<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه الأحكام التي جاء بها القانون رقم (100) لسنة 1985 بشأن تنفيذ حق الطاعة مأخذها جميعاً من مذهب المالكية<sup>2</sup>. وتأسيساً على ذلك، فإنّ الزوجة تعتبر ناشزة وفق الصور التي أوردناها إذا امتنعت عن المعاشرة الجنسية ومقدماتها بدون عذر، وكذا امتناعها عن النقلة والسفر بغير وجه حق، وأيضاً خروجها من بيت زوجها دون إذنه.

ونجد أنّ المشرع الأردني هو الآخر تناول مسألة نشوز الزوجة، وحالة إعراضها عن طاعة زوجها من خلال تبيان تعريف الناشز وحكم الزوجة الناشزة، وهذا في سياق المادة 62 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها ما لم تكن حاملاً، فتكون النفقة للحمل. والناشز هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي، أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر. ويعتبر من المسوغات المشروعة لخروجها من المسكن إيذاء الزوج لها، أو إساءة المعاشرة، أو عدم أمانتها على نفسها أو مالها". يستشف من هذا النص أنّ المشرع الأردني قد عدد صور نشوز الزوجة وذلك من خلال خروجها من

<sup>1</sup> - لقد أجاز القانون المصري للزوجة أن تتقدم باعتراض إلى قاضي المحكمة الابتدائية على حق زوجها في طاعتها له؛ وذلك خلال ثلاثين يوماً من إعلانها على يد محضر، وهذا الاعتراض يكون بصحيفة دعوى؛ توضح فيها الزوجة البيانات القانونية والأوجه الشرعية لاعتراضها على منزل الزوجية المطلوب دعوتها إليه، والتي تستند إليها في الامتناع عن طاعة زوجها فيه، وكذلك الأوجه الشرعية لاعتراضها على طاعة زوجها. وعلى ذلك يتعين أن توضح في الصحيفة أوجه الاعتراض على منزل الزوجية وعلى الزوج نفسه؛ مثلاً كأن يكون غير أمين على حياتها أو مالها، وإذا لم تتقدم الزوجة بالاعتراض خلال ثلاثين (30) يوماً من تاريخ إعلانها، أو لم تشتمل صحيفتها على الأوجه الشرعية التي تبرر لها الامتناع عن الطاعة في المسكن المدعوة إليه، اعتبرت ممتنعة عن طاعة زوجها، وتوقف نفقتها على زوجها من تاريخ انتهاء ميعاد المعارضة نهائياً. وإذا استوفى الاعتراض شكله القانوني، وجب على المحكمة عند النظر في موضوعه أن تتدخل من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الزوجين؛ وذلك بقصد إنهاء النزاع بينهما صلحاً واستمرار الزوجية، وللمحكمة - كما جاء في المذكرة الإيضاحية - أن تبحث شرعية المسكن إذا كان اعتراض الزوجة منصبا على انتفاء شرعيته، ولها أن تأمر الزوج بإعداد المسكن المناسب إذا ظهر لها أنّ المسكن الذي حدده الزوج في الإعلان غير مستوفٍ لما يجب توافره شرعاً أو عرفاً، فإذا اتضح من المرافعة أنّ الخلاف مستحکم بين الزوجين وطلبت الزوجة الطلاق، اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم الموضحة في المواد من 07 إلى المادة 11 من هذا القانون.

أحمد فراج حسين، المرجع نفسه، ص.ص. 259-260.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص. 258 وما يليها.

بيت الزوجية بدون إذنه وبغير مسوغ شرعي، أو منع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر.

وأضافت المادة 72 من ذات القانون: "يهيئ الزوج المسكن المحتوي على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته أو عمله، وعلى الزوجة بعد قبض مهرها المعجل متابعة زوجها ومساكنته فيه، وعليها الانتقال إلى أي جهة أَرادها ولو خارج المملكة بشرط أن يكون مأمونا عليها، وأن لا يكون في وثيقة العقد شرط يقتضي خلاف ذلك، فإذا امتنعت عن الطاعة يسقط حقها في النفقة". يتضح من خلال نص المادة أنّ الزوجة تعتبر ناشزة ويسقط حقها في النفقة إذا لم تطع زوجها، وامتنعت عن الانتقال إلى أي جهة أَرادها ولو خارج المملكة؛ أي ولو طلبها للنقلة إلى بلد آخر أو السفر بشرط أن يكون مأمونا عليها، وأن لا يكون في وثيقة العقد شرط يقتضي خلاف ذلك.

بناء على ما سبق ذكره، نجد المشرع الأردني قد أخذ بما جاء به جمهور الفقهاء في مسألة الخروج دون إذن الزوج، وكذا في مسألة الامتناع عن النقلة والسفر، وكذا في مسألة سقوط النفقة وحقه في تأديب زوجته عند نشوزها. وقد نص المشرع على حق الطاعة أيضا وجعله من واجبات الزوجة على زوجها من خلال نص المادة 78 من القانون السالف الذكر: "... على الزوجة أن تطيع زوجها في الأمور المباحة".

وبالرجوع إلى المشرع العراقي، نجد أنه نص على حالات نشوز الزوجة؛ وذلك من خلال تبيانه الأحوال التي تسقط فيها نفقة الزوجة على زوجها، حيث جاء في نص المادة 25 الفقرة الأولى من قانون الأحوال الشخصية: "1- لا نفقة للزوجة في الأحوال الآتية:

- إذا تركت بيت زوجها بلا إذن، وبغير وجه شرعي.
- إذا حبست عن جريمة أو دين.
- إذا امتنعت عن السفر مع زوجها بدون عذر شرعي".

يتضح من خلال نص المادة أنّ المشرع العراقي قد عدد الصور التي تكون فيها الزوجة ناشزة؛ والمتمثلة في ترك بيت زوجها بلا إذن وبغير وجه شرعي، وكذا حالة حبسها لدين؛ وهما المقصود بالدين الذي تستطيع أدائه ولكنها تعنتت في عدم أدائها، وكذا امتناعها عن السفر مع زوجها بدون عذر شرعي. يتضح من خلال هاته الصور أنّ المشرع قد أخذ برأي الجمهور في مسألة صور نشوز الزوجة، والتي بموجبها يسقط حقها في النفقة كما قال الجمهور.

وقد ذكر المشرع من خلال نفس المادة الفقرة الثالثة أنّ الحكم بالنشوز يكون بعد التريث والوقوف على أسباب رفض الزوجة مطاوعة زوجها؛ حيث جاء في نص المادة على أنه: "على المحكمة أن تترث في إصدار الحكم بنشوز الزوجة حتى نقف على أسباب رفضها مطاوعة زوجها". وأضافت الفقرة الرابعة: "على المحكمة أن تقضي بنشوز الزوجة بعد أن تستنفذ جميع مساعيها في إزالة الأسباب التي تحول دون المطاوعة". وتجدر

الإشارة إلى أنّ المشرع العراقي جعل نشوز الزوجة كأحد أسباب التفريق من خلال نص الفقرة الخامسة من نفس المادة: "يعتبر النشوز سببا من أسباب التفريق، وذلك على الوجه الآتي:

- للزوجة طلب التفريق بعد مرور (سنتين) من تاريخ اكتساب حكم النشوز درجة البتات، وعلى المحكمة أن تقضي بالتفريق، وفي هذه الحالة يسقط المهر المؤجل، فإذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر ألزمت برد نصف ما قبضته".

- للزوج طلب التفريق بعد اكتساب حكم النشوز درجة البتات، وعلى المحكمة أن تقضي بالتفريق وتلزم الزوجة برد ما قبضته من مهرها المعجل، إذا كان التفريق بعد الدخول فيسقط المهر المؤجل، وتلزم الزوجة برد نصف ما قبضته إذا كانت قد قبضت جميع المهر".

وقد اعتبرت الفقرة السادسة من ذات المادة والقانون التفريق بائناً بينونة صغرى، حيث نصت: "يعتبر التفريق وفق الفقرة (5) من هذه المادة طلاقاً بائناً بينونة صغرى".

## الفرع الثاني

### تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاع

يعتبر الرضاع<sup>1</sup> حقاً للأم، وواجباً عليها شرعاً في نفس الوقت، لحكمة خصها الشارع الحكيم بها دون غيرها، إلا أنّ الأم قد تتعسف في استعمال حق الرضاع نكايّة بالزوج، فتصيب حينها رضيعها بضرر أشد من الضرر الذي قد يقع على الزوج. وعليه، سنعرض في هذه المسألة صور تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاع، وسنبين من خلال هذه الصور حكم الرضاع (أولاً)، وبعدها نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاع (ثانياً).

### أولاً: صور تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاع

تتعسف الزوجة في استعمال حق الرضاع من خلال مغالاتها في طلب أجره الرضاع (أ)، أو بامتناعها عن إرضاع ابنها مع قدرتها على ذلك (ب).

### أ- مغالاة الزوجة في طلب أجره الرضاع

يكون تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاع؛ وذلك من خلال استعمال هذا الحق لغرض غير مشروع، ويكون ذلك بمغالاتها في طلب الأجره بأكثر من أجره المثل، وهذا بنية الإضرار بزوجها؛ إذ أنه ليس للزوجة أو الأم -إن كانت مطلقة وانتهت عدتها- أن تطلب أجراً على الرضاع إذا كان غيرها يرضعه مجاناً، أو بأقل مما تطلب، وذلك منعا للضرر الذي قد يصيب الزوج أو الأب؛ لأنّ الزوجة في هذه الحالة تقصد المضار،

<sup>1</sup> يعرف الرضاع لغة على أنه: "رضع أمه رضعا، وبحرك ورضاعا ورضاعه، ويكسران ورضعا فهو راضع؛ أي امتص ثديها". الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج.3، مرجع سابق، ص.ص. 29-30.

ويعرف الرضاع اصطلاحاً على أنه: "مص الطفل الذي لم يتجاوز العامين ثدي امرأة ووصول اللبن إلى حوفه". عبيد رجي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.143.

فمنعنا لذلك يعطى الولد لغيرها لإرضاعه ولكنه لا ينزع من حضانتها إذا لم تتزوج، وفي هذا الحكم توفيق بين مصلحة الطفل في تغذيته ومصلحة الأب أو الزوج في عدم إلزامه بأجر معين مع وجود متبرعة، أو من ترضى بالأقل، وليس في ذلك إضراراً بالأب؛ لأنه في حضانتها وبإمكانها إرضاعه - إذا رغبت - بدون أجر، أو بالأجر الذي رضي به غيرها حسب الأحوال<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء اختلفوا في استحقاق الزوجة أجره الرضاع على قولين<sup>2</sup>؛ حيث ذهب القول الأول إلى أنه ليس للزوجة أجره الرضاع، وهذا القول هو القول الأول للأحناف؛ حيث يرون أن المعتدة زوجة من وجه تستحق النفقة، فلا يجمع لها مع النفقة أجره<sup>3</sup>.

وذهب أصحاب القول الثاني إلى أن الزوجة المطلقة والتي انتهت عدتها تحب لها الأجر؛ وذلك لأنهم يرون بأن النكاح قد زال بالإبانة فصارت كالأجنبية، فلا مانع من لزوم الأجر لها وإلا تضررت، والضرر ممنوع في الإسلام، وقال بهذا القول الثاني الأحناف وكذا المالكية<sup>4</sup>. والقول الراجح في هذه المسألة هو الثاني؛ وذلك لأن المعتدة من طلاق بائن وإن وجبت لها النفقة عند بعض الفقهاء مادامت في العدة، إلا أن هذه النفقة على وشك الانقطاع؛ وذلك لأنّ العلائق بينها وبين زوجها تنتهي بانتهاء العدة، فاحتاجت لتلك الأجر فيجب أن يجاب لطلبها<sup>5</sup>.

أما إن غالت الزوجة في طلب الأجر بأكثر من أجره المثل وهناك ظن<sup>6</sup> ترضعه بأجره المثل، فلا تجاب للأمر في هذه الحالة؛ أي لطلبها الزيادة، وهذا درءاً للتعسف، ومنعاً للضرر الذي يلحق الأب من ذلك، فيقال لها إما أن ترضعيه بما يرضعه غيرك من الأجنبيات أو يسترضع له الأب من وجد بأجر المثل، فإن عدلت إلى أجره المثل والأجنبية طلبت الأجره نفسها فالأم أحق وأولى، أما إن أصرت على الأجره فلا تجاب إلى طلبها وترضعه الأجنبية بأجر المثل، والدليل على ذلك قوله تعالى: {وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَسْتَرْضِعٌ لَهُ أُخْرَى} <sup>7</sup>، ووجه الدلالة من الآية الكريمة أنّ الله - سبحانه وتعالى - قرر إحالة أمر الرضاع إلى امرأة أخرى في حالة التعاسر بين

1- فتحي الدبرني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.95.

2- هناك من أجاز أن يكون الرضاع مقابلاً للخلع، كما قالوا أن ليس هناك ما يمنع من التبرع بالرضاع "... المرأة لما التزمت لزوجها في عقد الخلع برضاع ابنتها لزمها ما التزمت، ويقضى عليها بأن ترضعه مجاناً ما دام في ثديها لبن وهي صحيحة قادرة، فإن انقطع لبنها قبل انقضاء أمد الرضاع أو عجزت وجب عليها أن تستأجر من مالها، فإن لم يكن لها مال استأجر أبو الصبية مرضعاً ورجع على المرأة متى أمكن له الرجوع، هذا مقتضى نصوص الأئمة...". المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، ج.4، مطبعة فضالة، د.ب.ن، لسنة 1997، ص.ص.342-343.

3- عبيد رجي شاعر القدومي، مرجع سابق، ص.151.

4- انظر. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.4، مرجع سابق، ص.41. الإمام مالك، المدونة الكبرى، ج.3، مرجع سابق، ص.295.

5- عبيد رجي شاعر القدومي، مرجع سابق، ص.152.

6- الظنر هي المسترضعة التي يستأجرها الأب لإرضاع ابنه، يقال ظاءرت المرأة، بوزن فاعلت، اتخذت ولدا ترضعه، واطأر لولده ظنرا: اتخذها. انظر. ابن منظور، لسان العرب، ج.4، مرجع سابق، ص.515.

7- الآية 06 من سورة الطلاق.

الأم والأب؛ أي بين الزوجة والزوج، والتعاسر هو الاختلاف؛ ويكون بتضييق أحدهما على الآخر بالمشاحة في الأجر أو طلب الزيادة، وإذا رفض الصغير ثدي الأجنبية فإنّ الأم تجبر على الإرضاع بأجر المثل مراعاة لمصلحة الصغير<sup>1</sup>.

### ب- امتناع الزوجة أو الأم عن إرضاع ابنها مع قدرتها على ذلك

يحرم على الزوجة أو الأم أن تمتنع عن إرضاع ابنها إضراراً بزوجها، وفي هذا يقول الإمام القرطبي في معنى قوله تعالى ﴿وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾<sup>2</sup>: "لا تأبى الأم أن ترضعه إضراراً بأبيه، أو تطلب أكثر من أجر مثلها، فإن امتنعت الأم عن إرضاع ابنها ولم يجد الأب من ترضعه، أو وجد ورفض الولد إلتقام ثدي غيرها، أو كان الأب معسراً ولا يملك استئجار مرضعة ولا مال للصبي، ففي هذه الحالة تجبر الأم على إرضاع ولدها صيانة له من الضياع وحفاظاً له، وكذا معاملة الزوجة أو الأم بنقيض قصدها"<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الفقهاء اختلفوا في مسألة وجوب أو عدم وجوب الإرضاع، ويرجع سبب اختلافهم في ذلك إلى اختلافهم في تفسير الآية الكريمة التي نزلت في موضوع الرضاع، ولقد انقسم الاختلاف إلى ثلاثة أقوال: حيث ذهب أصحاب القول الأول من أبي ثور وابن أبي ليلى، وأحد فقهاء الحنفية، وكذا قول الظاهرية إلى اعتبار الرضاع واجباً مطلقاً على الأم وفي كل الأحوال، بل وتجبر عليه، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾<sup>4</sup>. ووجه الدلالة أنّ الآية الكريمة أمرت الأم والتي ذكرت بلفظ الوالدة تذكيراً لها، ولإدراج عطفها بإرضاع الطفل، والأمر للوجوب، وهو حق للولد لحاجته إليه فلا تخير فيه<sup>5</sup>.

وذهب القول الثاني إلى اعتبار الرضاع واجباً على الأم بحال دون حال، وبه قال المالكية في المشهور، كما قالوا بعدم وجوب الإرضاع في حالات؛ كأن تكون المرأة من الشريفات ذوات القدر العالي، أو أن يحصل لها قلة لبن أو سقم فلا تجبر عليه، وإلا فهو واجب، ودليلهم في ذلك العرف والعادة، فإن جرى العرف على أن يرضع أمثالها وجب عليها، وإلا فلا.

<sup>1</sup>- عبير رجي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص. 147.

<sup>2</sup>- الآية 233 من سورة البقرة.

<sup>3</sup>- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج. 3، مرجع سابق، ص. 167. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 96. عبير رجي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص. 153-154.

<sup>4</sup>- الآية 233 من سورة البقرة.

<sup>5</sup>- انظر. ابن المهام، شرح فتح القدير، ج. 4، مرجع سابق، ص. 468 وما يليها. ابن حزم، المحلى بالآثار، ج. 9، مرجع سابق، ص. 274-275. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج. 3، مرجع سابق، ص. 161. عبير رجي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص. 144-145.



وقالوا أيضا أنه إن لم يقبل ثدي غيرها وإن كانت من الشريقات، فإنه يجب عليها إرضاع ابنها؛ ذلك لأنه يتعين عليها<sup>1</sup>. فأما القول الثالث فقد قال بعدم وجوب الرضاع على الأم، وإن كان مندوبا فلا تجبر عليه، وهذا القول جاء به الحنفية والشافعية والحنابلة، واستدلوا بالقرآن الكريم لقوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۗ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۗ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ﴾<sup>2</sup>. وجه الدلالة من الآية الكريمة أنّ الأمر بالإرضاع - والمفهوم من الخبر يرضعن - صرف إلى النذب بقوله تعالى في آية أخرى ﴿وَأَنْ تَعَاسِرْتُمْ فَسْتُرْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾<sup>3</sup>؛ لأنه لو كان واجبا لما تعاسرا، والتعاسر هو الاختلاف<sup>4</sup>.

والقول الأول بالرجحان في هذه المسألة هو القول الثالث؛ والمتمثل في عدم إجبار الأم على إرضاع ولدها والاكتفاء بالنذب إليه، مع القول بالإجبار في حالات الضرورة التي جاء بها الحنفية والحنابلة؛ والمتمثلة في حالة رفض الولد إلتقام ثدي غير والدته، أو كان الزوج معسرا فلا يجد ما ينفق به على المرضعة ولا مال للصيبي. في هذه الحالات تجبر الأم على إرضاع ولدها صيانة له من الضياع؛ وذلك لأنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وحفظ النفس أوجب، وطريقه الإرضاع فهو واجب الأوجب. وأضاف الشافعية حالة أخرى تجبر فيها الأم وهي اللبأ<sup>5</sup>؛ فيجب على الأم ألا تمنع رضيعها منه لفائدته الكبيرة ولا تخير في ذلك، لحاجة الطفل إليه وعدم استغنائه عنه<sup>6</sup>.

1- انظر. الإمام مالك، المدونة الصغرى، ج.2، مرجع سابق، ص.294. ابن رشد، بداية المجتهد، ج.2، مرجع سابق، ص.61. وعبير ربحي شاكرك القدومي، مرجع سابق، ص.ص.144-145.

2- الآية 233 من سورة البقرة.

3- الآية 06 من سورة الطلاق.

4- انظر. الشريبي، مغني المحتاج، ج.3، مرجع سابق، ص.449. ابن قدامة، المغني، ج.8، مرجع سابق، ص.199. عبير ربحي شاكرك القدومي، مرجع سابق، ص.ص.145-146.

5- اللبأ بالكسر الأول وفتح الثاني مهموز: "أول اللبن قبل أن يرق وهو عند الولادة ويحلب إلى مدة ثلاثة أيام. يقال ألبأت المرضعة: أنزلت اللبأ، وألبأت الولد: أرضعته إياه. انظر. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج.1، مرجع سابق، ص.65.

6- واللبأ له فائدة عظيمة للطفل خاصة في الأيام الثلاثة الأولى من الوضع، واللبأ هو عبارة عن مادة صمغية صفراء اللون تحتوي على الكولستروم "colostrum" الذي يعتبر ضرورياً لبناء ونمو عظام الطفل حتى لا يشتكي بعدها من هشاشة العظام، وأيضاً على نسبة عالية من المواد الضرورية لنمو الطفل ما يزيد عن الكميات الموجودة في الحليب الاعتيادي للأم بأضعاف، وكذا يحتوي أيضاً على مادة الحديد الضرورية لتكوين كريات الدم الحمراء، وهذا حتى لا يعاني بعدها من فقر الدم ونقص كريات الدم، فضلاً عن عناصر أخرى كالفسفور والصوديوم والبوتاسيوم التي تدخل في تركيب معظم المواد السائلة في جسم الطفل، بالإضافة إلى كل ذلك يحتوي اللبأ أيضاً على نسبة عالية من البروتين والفيتامينات التي تكون الجزء الأعظم من أنسجة الجسم، كما تحتوي على عناصر مضادة للميكروبات والجراثيم، وتنظف أيضاً أمعاء الطفل مما يجب التخلص منه فيها، فتكون حينها خير مطهر لجهازه الهضمي. ولقد أثبتت الدراسات أهميته لاسيما في الأيام الأولى من وضع المولود، واللبأ لا يوجد في الظئر التي تأتي لترضع الطفل بعد مدة طويلة من ولادتها، كما أثبتت الأبحاث من خلال التجارب العلمية أنّ الأطفال الذين يجرمون من تناول اللبأ يكونون عرضة لمختلف أنواع الأمراض التي تقضي على حياتهم في الأشهر الأولى من أعمارهم. محمد وصفي، الرجل والمرأة في الإسلام. مقتبس عن سعيدة بواغس، استحقاق الأجرة على الرضاع وموقف الفقه الإسلامي منه، ص.12. تاريخ الإطلاع 2021/02/28، على الساعة 16:00.

والإجبار يكون من أجل درء التعسف، ومنع الإضرار بالرضيع الذي لا علاقة له بما وصل إليه الزوجان من التعاسر، ومصلحة الطفل هي الراجحة فيجب تحصيلها؛ لأنّ الشرع يحصل الأصلاح بتفويت الصالح، كما يدرأ الأفسد بارتكاب الفاسد<sup>1</sup>.

### ثانيا: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاع

سنتعرض في هذا المجال إلى موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاع (أ)، وبعدها نعرض على موقف التشريعات العربية من ذلك (ب).

#### أ- موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاع

لم يتعرض المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02، ولا في قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل المؤرخ في 21/06/2015<sup>2</sup>، لمسألة استحقاق الأجرة، وتعسف الزوجة في المغالاة فيها، وفي ظل غياب النص على ذلك يتم الاحتكام إلى الشريعة الإسلامية عن طريق المادة 222 من قانون الأسرة السالف الذكر. وبالنسبة لمسألة امتناع الأم عن إرضاع ابنها فقد كانت الفقرة الثانية من المادة 39 الملغاة تتضمن هذه المسألة؛ حيث نصت على أنه: "تلزم الزوجة بإرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم"، ولكن هذا النص قد ألغي بمقتضى التعديل الجديد، وقد اعتبر حق الرضاع واجباً من واجبات الزوجة في بيت زوجها، وواجباً عليها أيضاً اتجاه ابنها.

ولكن إذا رجعنا إلى بعض النصوص المتفرقة من قانون الأسرة وقانون حماية الطفل<sup>3</sup>، نجد أنّ المشرع يتكلم في معرض الحديث على حماية الطفل بما يكفل نموه وسلامته، وسلامة الرضيع وحفظه تتمثل في إرضاعه، ولكن الرضاعة قد يفهم منها أيضاً أنها الرضاعة الاصطناعية، ومن ثم على المشرع الجزائري أن يعيد نص المادة السابقة التي كانت في قانون 84-11 الملغاة؛ لأنها هي التي كانت تضمن حق الولد في رضاع أمه، وعدم تعسفها في منع رضيعها نكايه بالزوج من هذا الحق. وما تجدر الإشارة إليه أنّ قانون العقوبات قد نوه إلى مسألة معاقبة ترك الطفل عرضة للخطر والهلاك؛ وهذا في نص المادة 320 من قانون 09-01 المتعلق بقانون العقوبات، والتي جاء فيها: "يعاقب كل من ترك طفلاً عاجزاً غير قادر على حماية نفسه وعرضة للهلاك، وأيضاً من حرّض الأبوين على التخلي على طفل".

ومن هذا المنطلق أمكن القول أنه يؤخذ على المشرع الجزائري قصوره وإغفاله، وعدم إشارته الواضحة والصريحة لمسألة أحكام الرضاع، وعدم إفراد نصوص صريحة تنظم هذا الحق وتبين أحكامه، لا في قانون الأسرة

<sup>1</sup>- عيبر ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص. 148. الشريبي، مغني المحتاج، ج. 3، مرجع سابق، ص. 449. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج. 2، مرجع سابق، ص. 75.

<sup>2</sup>- ج. ر، ع. 39، الصادرة بتاريخ 2015/07/15.

<sup>3</sup>- انظر. نص المادتين 03 و 07 من قانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل، والمادتين 75 و 80 من قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة.

ولا في قانون حماية الطفل السابق ذكرهم، كما لم نفهم غاية المشرع من إلغائه النص السابق، الذي كان يتضمن واجب الزوجة في إرضاع ابنها، باعتباره حقًا شرعيًا أصيلاً وجب تضمين قانون الأسرة به<sup>1</sup>.

### ب- موقف التشريعات العربية من تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاع

بالرجوع إلى المشرع المغربي نجده -على غرار المشرع الجزائري- قد نظم بعض مسائل الرضاع، وإن كانت في نصوص متفرقة؛ ففي مسألة أجره الرضاع أخذ المشرع المغربي بالقول الثاني وهو قول المالكية والقول الثاني للحنفية، والمتمثل في أنّ الزوجة تستحق أجره الرضاع، وهذا طبقاً لنص المادة 102 من مدونة الأسرة التي جاء فيها: "أجره رضاع الولد على المكلف بنفقته".

وبالنسبة لتعسف الزوجة في مغالاتها في طلب أكثر من أجره المثل، فلم يتعرض لها المشرع المغربي تاركاً الأمر لما جاء في الشريعة الإسلامية، والمشهور في الدولة المغربية أخذهم بمذهب المالكية، وتطبيقاً لذلك اعتبر الزوجة متعسفة عند طلبها أجره رضاع أكثر من أجره المثل مع وجود المتبرعة، أو مرضعة طلبت أجره أقل، وعلى ذلك فلا يجب لطلبها.

أما بالنسبة لامتناع الزوجة عن إرضاع ابنها، فنجد المشرع قد أخذ بالقول الثالث في أنه ليس واجباً على الزوجة إرضاع ابنها، وأنّ الأمر يحمل على الندب والاستحباب وليس الأمر والوجوب، وهذا ما نصت عليه الفقرة أربعة من المادة 54 من المدونة، والتي جاء فيها: "إرضاع الأم أولادها عند الاستطاعة". فنص المادة دل على الاستطاعة؛ أي على سبيل الندب، بمعنى استطاعت أن تقوم به رعاية لمصلحة الرضيع<sup>2</sup>، وهذا يفيد ضمناً أنّ ذلك الحق يسقط بعدم الاستطاعة، إذ القاعدة أنه لا تكليف بما فوق الطاقة<sup>3</sup>.

أيضاً حسب نص المادة 167 من المدونة التي جاء فيها أنّ: "أجره الحضنة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون، وهي غير أجره الرضاعة والنفقة". وهذا الحكم أكدّه المشرع المغربي في نص المادة 102 من المدونة السالفة الذكر، وتأسيساً على ما سبق ذكره فإذا كان المشرع المغربي قد ألزم أب المحضون بوجوب أداء أجره الرضاع، إلا أنه سكت عن تبيان كيفية تقديرها، مما يجعل ذلك التقدير هنا كذلك مما يدخل ضمن السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع<sup>4</sup>.

أما المشرع التونسي فنجدّه قد حذا حذو المشرع الجزائري في عدم التنظيم بالتفصيل أحكام الرضاع، وإن كان قد نوّه على أنّ مسألة أجره الرضاع تقع على الزوج ولكن بشكل عام، عملاً بالقول الثاني وهو المالكية والقول الثاني لدى الأحناف، وهذا ما يستشف ضمناً من نص الفصل 48 من مجلة الأحوال

<sup>1</sup> - بوجادي صليحة، حماية حق الطفل في الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة المعيار، ع.16، د.ب.ن، ديسمبر 2016، ص.81.

<sup>2</sup> - محمد الشافعي، الزواج والحلاله في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص.162.

<sup>3</sup> - محمد الكشيبور، أحكام الحضنة (دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة)، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب، لسنة 2004، ص.136.

<sup>4</sup> - محمد الكشيبور، المرجع نفسه، ص.ص.136-137.

الشخصية التونسية، والتي جاء فيها: "على الأب أن يقوم بشؤون الإرضاع بما يقتضيه العرف والعادة إذا تعذر على الأم إرضاع الولد". فيلاحظ من نص المادة أنّ شؤون الرضاع تشمل أجره الرضاعة. بالنسبة لتعسف الزوجة في مغالاتها في طلب أكثر من أجره المثل، فلم يتعرض لها المشرع التونسي، أما بشأن امتناع الزوجة أو الأم عن الإرضاع فلم يتطرق إلى هذه المسألة صراحة، ولكن بما أنه لم يجبر الحاضنة على الحضانة طبقاً للفصل 55 من نفس المجلة، يستشف قياساً أنه لا يجبر الأم على الرضاعة، وبناءً على ذلك يكون المشرع التونسي قد أخذ بالقول الثالث في مسألة عدم وجوب الرضاع على الأم، وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة.

وبالعودة إلى المشرع المصري نجد أنه لم يتعرض في قانون الأحوال الشخصية لمسألة حكم الرضاع، ولكن بالرجوع إلى نص المادة الثالثة من نفس القانون، والتي تخيلنا إلى الأخذ بالفقه الحنفي فيما لم يرد بشأنه نص في القانون، كما أنه هو المعمول به في المحاكم الشرعية، وبناءً على ذلك فإنّ القانون المصري لا يوجب الأجره للزوجة أو الأم على الرضاع عملاً بالفقه الحنفي، كما أنّ الزوجة إذا تعسفت في المغالاة في أجره الرضاع، فإنها لا تجاب إلى طلبها بالزيادة، وفي حال امتناع الأم أو الزوجة عن إرضاع ابنها فإنها لا تجبر على ذلك إلا في حالات استثنائية ذكرها الحنفية -وسبق ذكرها- تجبر على إرضاع ولدها.

أما القانون الأردني فقد نظم مسألة الرضاع وبين أحكامه، فبخصوص استحقاق أو عدم استحقاق الزوجة أجره الرضاع، أخذ في هذه المسألة بالقول الثاني الراجح -وهو قول المالكية والقول الثاني لدى الأحناف- الذين قالوا بأنّ المطلقة طلاقاً بائناً وانتهت عدتها تستحق أجره الرضاع؛ وذلك لانقطاع علاقتها مع الزوج، وهو ما جاء في نص المادة 168 من قانون الأحوال الشخصية: "لا تستحق أم الصغير حال قيام الزوجية وفي عدة الطلاق الرجعي أجره إرضاع ولدها، وتستحق في عدة الطلاق البائن وبعدها".

أما بالنسبة لمسألة تعسف الزوجة في مغالاتها في أجره الرضاع، وطلبها أكثر من أجره المثل، فقد نصّ عليها المشرع في المادة 169 من القانون المذكور آنفاً: "الأم أحق بإرضاع ولدها، ومقدمة على غيرها بأجره المثل المتناسبة مع حال المكلف بنفقته ما لم تطلب أجره أكثر، ففي هذه الحالة لا يضار المكلف بالنفقة، وتفرض الأجره من تاريخ الإرضاع إلى إتمام الولد سنتين إذا لم يفطم قبل ذلك". وبناءً على ذلك، تمنع الأم من التعسف في استعمال حقها بطلب الأجره بصورة يتضرر معها الأب والطفل الصغير.

وبالنسبة لامتناع الأم عن إرضاع ابنها، فقد أخذ المشرع بالقول الثالث؛ وذلك بعدم وجوب الإرضاع على الأم إلا في حالات الضرورة كما قال الحنفية والشافعية والحنابلة، وهو ما جاء في نص المادة 166 من القانون السالف ذكره: "تتعين الأم لإرضاع ولدها، وتجبر على ذلك إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال تستأجر به مرضعة، ولم توجد مترعة، أو إذا لم يجد الأب من ترضعه غير أمه، أو إذا كان لا يقبل غيرها". ومن سياق نص المادة، يتضح أنّ المشرع الأردني قد منع الزوجة أن تعسفت في منع ابنها من رضاعها نكاية بالأب، فالمعاملة بنقيض قصدتها تجبر في هذه الحالات التي وردت في نص المادة، أما إذا لم يكن في مقدور الأم إرضاع

ابنها، فإنه يتعين على الأب استئجار مرضعة، وهذا طبقاً لنص المادة 167 من نفس القانون: "إذا أبت الأم إرضاع ابنها في الأحوال التي لا يتعين عليها إرضاعه فعلى الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عندها". أما المشرع العراقي فقد أخذ في مسألة استحقاق الزوجة الأجرة أو عدم استحقاقها بالقول الثاني؛ وهو قول المالكية وقول ثاني للأحناف، والذين قالوا بأنّ الزوجة تستحق أجرة الرضاع، وهذا في نص المادة 56 من قانون الأحوال الشخصية، والتي جاء فيها: "أجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته، ويعتبر ذلك في مقابل غذائه".

أما بالنسبة لتعسف الزوجة في مغالاتها في أجرة الرضاع وطلبها أكثر من أجرة المثل، فلم يتعرض لها المشرع العراقي تاركاً الأمر لأحكام الشريعة الإسلامية، التي جاء فيها بأنّ الزوجة لا تجاب لطلبها إذا طلبت أكثر من أجر المثل مع وجود متبرعة، أو مرضعة طلبت أجرًا أقل.

وفيما يخص امتناع الزوجة أو الأم عن إرضاع ابنها، فنجد المشرع قد نص في المادة 55 من نفس القانون: "على الأم إرضاع ولدها إلا في الحالات المرضية التي تمنعها من ذلك". ويستشف من نص المادة أنّ الإرضاع واجب على الأم أو الزوجة، ولا يجوز لها الامتناع إلا في حالات مرضية تمنعها من ذلك. وبناءً على ذلك يكون المشرع العراقي قد خالف المشرع الأردني؛ وذلك بأخذه بالقول الثاني وهو قول المالكية في المشهور عندهم، والذين قالوا بأنّ الرضاع واجب على الأم بحال دون حال.

وعليه، نستنتج من خلال ما سبق ذكره أنّ الزوجة قد تتعسف في إطار العلاقة الزوجية؛ وذلك من خلال استعمالها حقوقها أو امتناعها عن أداء واجباتها، ويتجسد ذلك من خلال نشوزها وإعراضها عن طاعة زوجها بدون مبرر شرعي وبغير وجه حق، وعلى ذلك منح الشارع الحكيم للزوج حق القوامة لتأديب زوجته، أو إسقاط حقها في النفقة في حالة امتناعها عن طاعته. وإن كان هذا الحق -أي حق القوامة- لا نجد له صدى في غالبية التشريعات العربية، ولا سيما التشريعات المغربية.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الزوجة لا تتعسف في استعمال حقوقها وواجباتها الزوجية إضراراً بالزوج ونكايته به فحسب، بل قد يصل إضرارها لدرجة لا يتحملها من لا علاقة له بما نشأ بين الطرفين من اختلاف، ولا وازرة يزرها منهم، كامتناعها عن إرضاع ابنها بغير حق، أو امتناعها عن خدمة البيت وخدمة الأبناء بما يتطلب من طعام، والقيام بمتطلباتهم بما يملي العرف، وما تستدعي إليه الحاجة والضرورة.

كما ذكرنا سابقاً مختلف أوجه صور تعسف الزوج بإعساره بالنفقة على زوجته مع قدرته وسعة وسعته، إلا أنه في بعض الحالات لا يعتبر امتناع الزوج عن أداء النفقة -لعدم قدرته على ذلك- تعسفاً في استعمال حق القوامة، وإنما الضرورة قدرت بقدرها، فجاز لعذر عدم الإنفاق على عياله، وحيال ذلك تتخذ الزوجة من حقها في النفقة ذريعة لترفع أمرها إلى القاضي ليلزمه بالإنفاق جبراً، أو يجسسه في حال امتناعه، وهذا كله تعسفٌ منها، وقصدها إلحاق الضرر به، أو غايتها التخلص من حباله وتطليقه باتخاذها من امتناعه عن الإنفاق ذريعة لترفع طلب الطلاق، وحتى تثبت أفعال الزوجة ما إن كانت تعسفية أما لا عند استعمالها هاته

الحقوق السالف ذكرها، لا بد من ضبط الفعل التعسفي؛ ويكون ضبط هذا الأخير من خلال إبراز معايير التعسف في استعمال الحق.

## المطلب الثاني

### معايير تعسف الزوجة في استعمال الحقوق الزوجية

سبق وذكرنا أنّ الزوجة عند استعمالها حقوقها، أو إعراضها عن أداء واجباتها قد تلحق أضرارًا بليغة على من ترتبط معهم برابطة النسب، سواء عن طريق الزوج أو عن طريق الدم أو السلالة. وحتى نثبت نية الزوجة في استعمالها هذه الحقوق إذا ما كانت سيئة ولغاية في نفسها أو حسنة ولغاية شرعية؛ أي إذا ما كانت الزوجة تستعمل هذا الحق بقصد الإساءة والتعسف في استعماله أم لا، لا بد لنا من إثبات الفعل التعسفي؛ ويكون إثبات أو ضبط الفعل التعسفي من خلال تبيان المعايير الذاتية أو الشخصية لتعسف الزوجة في استعمال الحقوق الزوجية (الفرع الأول)، وكذا المعايير الموضوعية أو المادية للتعسف في استعمال الحقوق الزوجية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### المعايير الذاتية (الشخصية) لتعسف الزوجة في استعمال الحقوق الزوجية

تتمثل المعايير الذاتية أو الشخصية لتعسف الزوجة في استعمال الحقوق الزوجية في معيارين أساسيين؛ ألا وهما معيار قصد الإضرار (أولاً)، ومعيار المصلحة غير المشروعة (ثانياً).

#### أولاً: معيار قصد الإضرار

وبحال تطبيق معيار قصد الضرر<sup>1</sup>؛ إذا دعا الزوج زوجته إلى فراشه ليجامعها وامتنعت عن ذلك بدون مبرر شرعي، وهذا بقصد إلحاق الضرر به، وكذلك امتناع الزوجة عن خدمة بيتها وأبنائها وزوجها بنية الإضرار بزوجها، أو امتناعها عن النقلة والسفر وكانت ضرورة السفر أو النقلة لمنزل آخر تستدعي ذلك؛ مثلاً إذا تم نقل مكان عمله إلى بلد آخر وامتنعت قصد إضراره، ولأجل أن يعترض عن هذه النقلة. وكذا يمكن إعمال معيار قصد الإضرار إذا خرجت الزوجة من بيت زوجها بدون إذنه، أو منعت زوجها من الدخول لبيتها ولم يكن له بيت آخر يأوي إليه، وهذا قصد إلحاق الضرر به.

ويتجسد قصد إضرار الزوجة في مغالاتها في أجره الرضاع عن أجره المثل نكايه بالأب، وإغفال حق طفلها في الرضاعة فيه قرينة على قصد الإضرار، وإلا طلبت ما يطلبه غيرها من المرضعات؛ فكان الأولى بها كأم النظر إلى مصلحة طفلها واعتبارها أولاً وأصلاً لتعاملها مع الأب، لا أن يكون محركها الانتقام والإضرار بالزوج المطلق، وتكليفه ما لا يجب عليه شرعاً بغض النظر عن تضرر الصغير.

<sup>1</sup> - انظر. الصفحة 37، 38 من هذه الدراسة.

وكذا يمكن إعمال معيار قصد الإضرار إن طلبت الزوجة التفريق للإعسار عليه بالنفقة، وعجز الزوج عن ذلك قد يكون سببه أمر خفي، ويمكن أن نستشف ذلك السبب الخفي أو قصد الزوجة في الإضرار من خلال القرائن التي تدل على ذلك؛ كأن تكون المرأة محترفة ولها دخل تستطيع به التكفل بنفسها إلى حين يسار الزوج، وبذلك فإن طلبها التفريق مع قدرتها على رعاية نفسها وبنيتها فيه قصد الإضرار بالزوج بإيقاعه في مصيبتين؛ مصيبة الإعسار وسوء الحال لضيق اليد، ومصيبة ترك زوجته له في وقت احتاج إليها فيه<sup>1</sup>، والشريعة الإسلامية تحثنا على عدم الإضرار لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>.

### ثانياً: معيار المصلحة غير المشروعة

ويطبق معيار المصلحة غير المشروعة إذا طالبت الزوجة الزوج المعسر بالنفقة، ورفعت أمرها إلى القاضي ليحبسه، أو طلبت التطليق حتى تحصل على تعويض عدم الإنفاق. كما يمكن إعمال معيار المصلحة غير المشروعة إذا غالت الزوجة في أجرة الرضاع نكايه بالزوج، وكذا بغية تحميله فوق طاقته، خاصة إذا كان في غير مقدوره تسديد الأجرة، أو امتناع الزوجة عن إرضاع ابنها من أجل أن تحافظ على ثديها وشبابها ورشاقة جسمها وقوامها<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني

### المعايير الموضوعية لتعسف الزوجة في استعمال الحقوق الزوجية

تتجسد المعايير الموضوعية لتعسف الزوجة في استعمال الحقوق الزوجية في معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة (أولاً)، ومعيار الضرر الفاحش (ثانياً).

#### أولاً: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

ويطبق معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة؛ في حال طلبت الأم أجرة أكثر من أجرة المثل مع حاجة الولد إليه، وعدم قدرة الزوج على إيفاء المبلغ، أو قدرته وعدم أدائه، فإن الضرر المعنوي الذي يلحق الطفل أكبر من الضرر المادي الذي يلحق الأب، أو مغالاة الزوجة في الأجرة لتسد به حاجياتها ومعيشتها، فإن الضرر الذي يلحق بابنها بامتناعها عن إرضاعه أكبر من الضرر الذي يصيبها إن لم تحصل تلك الحاجيات، وطبقاً للقاعدة الفقهية "الضرر الأشد بالأخف"، وكذا قاعدة "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما"<sup>4</sup>، أو امتناعها عن إرضاع ابنها لمصلحتها الخاصة -من أجل المحافظة على جسمها وقوامها واعتدالها ورشاقته-، أقل ضرراً من الضرر الذي يصيب الابن من عدم تحصيل حقه في الرضاع الذي هو في حاجة إليه.

<sup>1</sup>- عيبر رجي شاكرا القادومي، مرجع سابق، ص.133.

<sup>2</sup>- سبق تخريجه.

<sup>3</sup>- انظر. الصفحة 39 من هذه الدراسة.

<sup>4</sup>- الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص.199 وما يليها.

ويمكن أيضاً إعمال معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة؛ إذا عجز الزوج عن توفير متطلبات زوجته الأساسية، وأعسر في نفقتها، بهذا يكون قد وضعها في موقف حرج، وعاشت في ضنك ومشقة وعناء، إلا أنّ ذلك مؤقت باليسار، وفي المقابل إذا طلبت المرأة التفريق للإعسار وتركت زوجها، فقد ألحقت بنفسها وبزوجها وبنيتها ضرراً أكبر يفوق الضرر اللاحق بها إن هي تحملت إعساره. وطبقاً للقاعدة الفقهية في مبدأ الموازنة بدفع أعظم الضررين بتحمل أيسرهما<sup>1</sup>؛ فلا يقال بالتفريق، وإنما تصبر المرأة وتبحث عن مصادر للرزق لها ولعائلتها؛ وذلك بأن تحترف أي مهنة لتسد بها جوعها وجوع عيالها إن كانت لها مؤهلات لذلك، أو كانت بيدها أي حرفة يمكن أن تضمن بها معيشتها، أو أن تستدين ممن يلي أمرها وتؤدي إليهم عند يسارها ويسار زوجها، ويجبر الزوج على التكسب وتوفير حاجيات أسرته، وفي ذلك دفع لأعظم الضررين بتحمل أيسرها<sup>2</sup>.

### ثانياً: الضرر الفاحش

ويطبق معيار الضرر الفاحش إذا منعت الزوجة زوجها من دخول بيتها، في حين لم يكن له بيت يأوي إليه، وكان الاتفاق بينهما أن يسكن في بيتها حتى يحصل على سكن يستقرون فيه. وكذا يمكن إعمال هذا المعيار؛ إذا امتنعت الزوجة عن المعاشرة الجنسية بدون مبرر، مع حاجة الزوج إلى المعاشرة لإطاقته، أو كان يخشى على نفسه الزنا فدعاها إلى فراشه فامتنعت بغير وجه حق، وكذا امتناع الزوجة عن النقلة والسفر مع الزوج بغير مبرر، وكان عمله يفرض عليه ذلك فامتنعت وطلبت التفريق.

وكذا يطبق معيار الضرر الفاحش إذا امتنعت الزوجة عن خدمة البيت والعيال وما تتطلبه شؤون الأسرة، وكان الزوج غير متفرغ لمشقة العمل، وامتنعت الزوجة عن أداء واجباتها المنزلية، مما سبب ضرراً فاحشاً للزوج ولالأولاد؛ لعدم تحصيل متطلباتهم من أكل وشرب، واعتناء بهم وبملايسهم، وبالبيت الذي وصل إلى حال رثة من الإهمال.

ويتم إعمال معيار الضرر الفاحش أيضاً إذا امتنعت الزوجة عن إرضاع ابنها بغير مبرر، أو بحجة المحافظة على جسمها ورشاقتها، أو طالبت أب الطفل بأجرة مرتفعة عن أجرة المثل نكايه به ولم يكن في وسعه أداء ذلك المبلغ. كما يمكن أن يتجسد معيار الضرر الفاحش؛ في حال ما إذا كان الزوج معسراً ولا يملك مالا ورفعت الزوجة أمرها إلى القاضي، فحبسه لامتناعه عن أداء النفقة، أو طلبت التفريق مع التعويض لإعساره في النفقة، فهنا تكون قد سببت ضررين فاحشين؛ ضرر للزوج لتحميله دعوى الطلاق ونفقاته وكذا التعويض، وضرر للولد الذي صار يتيم الأبوين بانفصالهما<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص. 199.

<sup>2</sup> - عيبر ربحي شاكرا القادومي، مرجع سابق، ص. 133-134.

<sup>3</sup> - انظر. الصفحة 43 من هذه الدراسة.



وكخلاصة لما سلف ذكره، أمكن القول أنّ الزواج بمقدماته، وأركانه، وشروطه، وآثاره المالية وغير المالية، تعبير عن قيمة معينة أو ميزة أو وسيلة، تتضمن سلطات معينة، منحها الشارع الحكيم والمشرع الجزائري والتشريعات العربية لطرفي العلاقة الزوجية، أو لكل من له حق في استعمالها وفق غرض معين أو مصلحة معينة هي غاية الحق، أو مبرر وجوده، وإذا ما انحرف أحد طرفيها أو من ينوب عنهم -بخصوص الولاية وحتى الصداق- في استعمال هاته الحقوق، اعتبر متعسفا في استعمال الحق.

وكما سبق وأن أشرنا في هذه الدراسة أنّ التعسف في نطاق الأسرة بصفة عامة يتخذ عدة مظاهر، وهذه المظاهر يمكن أن نستشفها من خلال الأثر الذي قد يترتب، وهذا الأخير يعتبر محور نظرية التعسف في استعمال الحق، والتعسف قد يترتب أثراً كما ذكرنا في فترة الخطبة سواء من الخاطب أو من المخطوبة، كما قد يترتب في تلك الفترة أو عند إنشاء الزواج من طرف ولي المرأة من خلال عضلها أو الإفتيات عليها، أو تزويجها وهي قاصرة لا تفقه الزواج وأحكامه.

كما قد تترتب عن التعسف عدة آثار بعد إنشاء الرابطة الزوجية، فتنوع بتنوع نية صاحب الحق في الإضرار أو تعدد الغاية، فيصل لدرجة الانحراف عن المقصود الشرعي -ذلك لأنّ صاحب الحق عند استعماله لحقه تتنابه عدة غايات منها ما هو شرعي وما هو غير شرعي- أو عن فعل يكون خارجاً عن إرادته فاستعمله لمصلحته، ولكنه سبب بالنتيجة ضرراً لصاحبه، وربما يصل حجم الضرر والمفسدة لمن ربطهم في هذه العلاقة برابطة الدم فتختل المصالح المتوازنة، وما يجدر التنويه إليه أنّ آثار التعسف في الحقوق والواجبات أكبر متضرر منها هو الطفل الذي يسقط نسبه أو يمنع من حقوقه لسبب لا يد له فيه، والتعسف في استعمال الحق قد يترتب أثره حتى عند إنهاء العلاقة، وهذا ما سنتعرض له في الباب الثاني.

## الباب الثاني

أثر التعسف في استعمال الحق على إنحلال الزواج  
في ضوء التشريع الجزائري والتشريعات العربية

إنّ الزواج شرع على وجه الدوام والاستمرار؛ فهو ليس من العقود المحددة بمدة، أو مؤقتة بتحقيق غرض معين، وذلك نظرا للمقاصد الشرعية السامية التي يهدف إلى تحقيقها هذا الزواج والآثار العظيمة والخطيرة التي يترتبها هذا العقد، ومن بين أهم هذه المقاصد والآثار المترتبة على عقد الزواج تحصيل النسل، وتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، إلا أنّ هذه المقاصد قد لا تصل إلى تلك النتائج؛ فيمكن أن تصاب العلاقة الزوجية بما لا يستطيع معه دوام العشرة، بل قد تصبح الحياة الزوجية جحيما بعد أن كانت سكن سحاء ورخاء، وشرا بعد أن كانت واحة للراحة. ومما لا شك فيه أنّ المنطق السليم والعقلاني يوجب أن يسلك في هذا الحال طريق الطلاق؛ لأنه جاء كأجل لكتاب، ولحاجة حتمية طبقا لقاعدة "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة"، خاصة وأنّ الزوجان قد جفت ينابيع الرحمة والمودة بينهما وتنافرت الطباع، فيكون ذلك السكن بمثابة سجن يقبع فيه الزوجان وحتى الأولاد.

والجدير بالذكر أنّ الطلاق يعتبر من أعظم الحقوق التي شرعها الله سبحانه وتعالى ثم التشريع الجزائري والتشريعات العربية، فتم تحديد أحكامها وتبيان ضوابط استعمالها؛ وذلك لأنّ الحقوق في أصلها تعتبر وسائل لتحقيق غايات معينة قصدتها الشارع الحكيم من تشريعه هذا الحق، ثم التشريعات العربية من تنظيمها وحمايتها. كما أنه ونظرا لخطورة حق الطلاق الذي قد يستعمله الزوجان كوسيلة للخلاص، فقد يترتب على هذا الحق آثار من بين أهمها الرجعة والحضانة إن كانت الحياة الزوجية قد أثمرت أبناء، غير أنّ الطلاق بمختلف صورته من طلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بطلب من الزوجة كالتطليق والخلع، قد يساء في استعمالهما على غير النحو الذي شرع لأجله؛ فقد يتعسف أحد أطراف العلاقة الزوجية -رغبة في المضار بقريته- في استعمال حق فك الرابطة الزوجية على نحو قد يخلف وراءه أضرارا ومفاسد عظيمة، وقد تمتد هذه الإساءة في استعمال الحق إلى آثار انحلال الزواج من رجعة وحضانة، وهو ما سيتم التطرق إليه خلال هذه الدراسة، ويكون ذلك بتسليط الضوء على أثر التعسف في استعمال الحق على صور انحلال الزواج (الفصل الأول)، وكذا أثر التعسف في استعمال الحق على آثار انحلال الزواج (الفصل الثاني).

## الفصل الأول

### أثر التعسف في استعمال الحق على صور انحلال الزواج

تنحل الرابطة الزوجية إما بإرادة الزوج لقوامته، أو بتراضي الزوجين على إنهاء العلاقة، أو بطلب من الزوجة إما بالتطليق أو المخالعة. والجدير بالذكر أنّ الله سبحانه وتعالى شرع الطلاق كما شرع الزواج لحكمة قصدها من هذا التشريع لعباده، يكون فيها خير وصلاح لهم، وإن اعتبر الطلاق بوجهه العام شرًا لا بد منه، أو هو الحلال الذي تم تبغيضه لضرورة فُدرت بقدرها، والأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة وفق ما أجمع عليه الجمهور؛ لأنه يعتبر من الأعذار التي تجوز بضرورتها وتنزل بزوالها طبقاً للقاعدة الفقهية "ما جاز لعذر بطل بزواله".

ويعتبر الطلاق بمختلف صورته من الحقوق التي خولها الشارع الحكيم للزوج في الأصل لتمليكه القوامة، وللزوجة بحسب الظروف والأسباب التي تجيز لها لما لحقها من ضرر، ولكن هذا الحق مقيد بعدم الإضرار سواء من الزوج عند إيقاعه للطلاق، أو من الزوجة بتخليها إياه أو رفع أمرها إلى القاضي، فالطلاق شرع لغاية أرادها الله سبحانه وتعالى؛ والمتمثلة في انهدام الأسرة لكثرة الشقاق واحتدام الصراع، وتأثر الأبناء من الخلافات المستمرة، وتحول الزواج إلى جحيم مطلق، فشرع لهم ذلك الحق لرفع تلك الأتقال، فيكون الطلاق هو الحل لكل تلك المشاكل، غير أنّ هذا لا يعني استخدامه وفق غاية غير شرعية، أو بغية تحقيق مقاصد منافية ومخالفة للمقصد الشرعي والتشريعي لهذا الحق، أو قصد المكلف إلحاق الضرر بصاحبه في العلاقة؛ لأنّ استعمال حق الطلاق في غير ما شرع لأجله يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق.

وبناء على ذلك، سنحاول من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على أثر التعسف في استعمال الحق في إطار فك الرابطة الزوجية بمختلف صورها، ويكون ذلك من خلال التطرق إلى تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق (المبحث الأول)، وبعدها نتعرض إلى تعسف الزوجة في استعمال حق التطليق والخلع (المبحث الثاني).

### المبحث الأول

#### تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق

يعتبر الطلاق حقاً شرعياً وقانونياً<sup>1</sup>، أفردته الشارع الحكيم والتشريعات الوضعية للزوج بما أودع فيه من القوامة، غير أنّ هذا الحق - كما سبق الذكر - مقيد بعدم الإضرار، والجدير بالذكر أنه سبق الإشارة إلى أنّ الزوج

<sup>1</sup> - يعرف الطلاق لغة على أنه: "طلق الرجل امرأته وطلقت هي بالفتح: تطلق طلاقاً وطلقت، والضم أكثر عند ثعلب: تحرر من قيده. ويقال للذي يكثر تطليقه رجل مطلق، مطلق، طليق وطلقة، وفيه حديث الحسن "إنك رجل طليق" أي كثير طلاق النساء، والأجود أن يقال مطلق مطلق، ومنه حديث علي "أن الحسن مطلق، فلا تزوجوه". والطلاق هو حل القيد مطلقاً، وقيل الطلاق موضوع في الأصل للتخلي من القي، وباقي المعاني المتشعبة منه. انظر. ابن منظور، لسان العرب، ج.10، مرجع سابق، ص.226. ومحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، لسنة 1986، ص.160.

وعرف الطلاق اصطلاحاً على أنه: "حل قيد النكاح بالألفاظ مخصوصة كالطلاق وما يحل محله من الألفاظ". انظر. ابن قدامة، المغني، ج.7، مرجع سابق، ص.296.

له الحق في استعمال قوامته سواء في إطار العلاقة الزوجية، كما له الحق في استعمالها بإنهاء الرابطة الزوجية، ولكن هذا الحق مقيد بمحدود على الزوج ألا يتعداها عند استعماله، وألا يسيء استخدامه وينحرف عن الغاية الشرعية التي قصدها الشارع من تشريع هذا الحق، فالمناقضة تعسف، فيعامل حينئذ بنقيض قصده فيبطل تصرفه، والجدير بالذكر أنّ الطلاق يعتبر من التصرفات الشرعية التي بنيت على حكم تكليفي<sup>1</sup>؛ بمعنى أنها محددة بأحكام على الزوج ألا يسيء استعمالها، فإن أساء استعمالها اعتبر متعسفا في استعمال حق الطلاق، وعليه سنشير في هذا المبحث إلى حكم تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق مع بيان صوره (المطلب الأول)، وبعدها نبين معايير تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### حكم تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق وبيان صور التعسف فيه

عرّف البعض الطلاق التعسفي على أنه: "مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه"<sup>2</sup>، ويستشف من هذا التعريف أنّ الزوج يعتبر متعسفا في استعمال حق الطلاق إذا قصد من ذلك الاستعمال الإضرار بزوجته، أو كانت له غاية غير شرعية من استعماله لهذا الحق؛ ذلك لأنّ المكلف بهذا الحق عند استعماله لحقه تتنابه أكثر من غاية، فمنها ما هو شرعي ومنها ما هو غير شرعي، ويتم التعرف على غايته الشرعية وغير الشرعية من الآثار التي تترتب من استعمال هذا الحق، أو من القرائن والملابسات الدالة على ذلك، وتأسيسا على ذلك حتى يتم الفصل في مسألة تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق لا بد من التعرض بداية إلى حكم تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق، مع تبيان موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من ذلك (الفرع الأول)، وبعدها نسلط الضوء على مختلف الصور العملية لتعسف الزوج في استعمال حق الطلاق (الفرع الثاني).

وبالنسبة للتعريف القانوني للطلاق، فالرجوع إلى التشريعات العربية، نجد المشرع الجزائري لم يعرف الطلاق في قانون الأسرة، وإنما ذكر فقط في المادة 47 والمادة 48 صور انحلال الرابطة الزوجية. أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد عرف الطلاق في مدونة الأسرة، وذلك في نص المادة 78 حيث جاء فيها: "الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة". وعرف المشرع التونسي الطلاق في المادة 29 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والتي جاء فيها: "الطلاق هو حل عقدة الزواج". ولم يعرف المشرع الأردني في قانون الأحوال الشخصية الطلاق -مثله مثل المشرع الجزائري- وإنما تطرق فقط إلى أحكام الطلاق، وهو ما انتهجه المشرع المصري في قانون الأحوال الشخصية بعدم إفراد تعريف للطلاق، وإنما الاكتفاء بتبيان أحكام الطلاق وصوره. أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد خص الطلاق بتعريف جامع مانع؛ حيث نصت المادة 34 أولا من قانون الأحوال الشخصية على أنّ: "الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة وإن وكلت به أو فوضت أو من القاضي. ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصصة له شرعا".

<sup>1</sup> - يقصد بالحكم التكليفي ما اقتضى طلب الفعل أو الكف عنه، أو التخيير بين الفعل والكف عنه. ويعتري الطلاق -باعتباره حكما تكليفيًا- خمسة أحكام؛ تمثل هذه الأحكام في الوجوب والإباحة والكرهية والتحرّم والندب. انظر. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط. 1، دار حامد، عمان -الأردن-، لسنة 2009، ص. 183.

<sup>2</sup> - جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

## الفرع الأول

### حكم تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق

سنتناول في هذا الصدد مسألة حكم تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق، ويكون ذلك من خلال التعرض إلى موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة (أولاً)، وبعدها نبين موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية (ثانياً).

#### أولاً: موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق

أجمع فقهاء المذاهب السنية من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة<sup>1</sup>، على أنّ الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة بدليل قوله تعالى ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾<sup>2</sup>. وجه الدلالة من الآية الكريمة أنّ من طلق بلا حاجة جحد نعمة الله والمتمثلة في الزواج وكفر به؛ وذلك لأنّ النكاح متعلق بالمصالح الدينية لا الدنيوية<sup>3</sup>. واستدلوا بقوله تعالى أيضاً ﴿فَإِنْ أَطَعْتُمْ بَلَغُوا عِلَيْهِمْ سَبِيلًا﴾<sup>4</sup>. وجه الدلالة من الآية الكريمة أنّ الله - سبحانه وتعالى - اعتبر الطلاق من غير مبرر بغيا وعدوانا وظلماً، وذلك ظلم للزوجة فلا يجوز، فإن كان الطلاق لمبرر من عدم طاعة أو كراهية أو نفور، جاز الطلاق وإلا فلا. فهو مشروط وليس مطلق الإباحة<sup>5</sup>. واستدلوا أيضاً بالسنة النبوية الشريفة، فعن أبي موسى الأشعري -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: "إن الله لا يحب الذواقين والذواقات"<sup>6</sup>، ولقد دل الحديث الشريف على كراهة التطلق وتبدل الأزواج، والكراهة قد تؤدي إلى التحريم إن أصر عليها، فلا يباح الطلاق إلا لضرورة، والضرورة تقدر بقدرها<sup>7</sup>.

يستشف من الاستدلالات التي جاء بها جمهور الفقهاء أن الزوج ملزم بأن يقيد طلاقه بمبرر أو مسوغ شرعي دفعه للطلاق، أو لضرورة استجدت فوجب فيها الفراق، والضرورة تقدر بقدرها؛ لأن إباحة الشرع الطلاق تكون إلا لضرورة وهو المعنى الشرعي لجعل الإباحة هي الاستثناء. وعليه، فإن أوقع الزوج الطلاق بعذر ومبرر وكانت له دواعٍ شرعية لإيقاعه، كان متصرفاً في حقه بالشكل الذي أمر به الشارع الحكيم، وتطبيقاً لذلك لا يأثم على إيقاعه لإباحته بهذه الصورة. أما إن كان إيقاعه للطلاق لمجرد زوبعة مؤقتة، أو موجة غضب آنية، أو رغبة في

<sup>1</sup> - انظر. كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود بن الهمام، فتح القدير (شرح الهداية)، ج.3، مرجع سابق، ص.465. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، مرجع سابق، ص.361. الشريبي، مغني المحتاج، ج.2، مرجع سابق، ص.151. أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج.33، مرجع سابق، ص.81.

<sup>2</sup> - الآية 21 من سورة الروم.

<sup>3</sup> - عيبر رجي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.187. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.226.

<sup>4</sup> - الآية 34 من سورة النساء.

<sup>5</sup> - عيبر رجي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص.186.

<sup>6</sup> - الحافظ الطبراني، المعجم الوسيط، ج.8، مرجع سابق، ص.413.

<sup>7</sup> - عيبر رجي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص.186.

التجبر والتحكم في المرأة بداعي القوامة، وما إلى ذلك من المبررات التي يرى الرجل بأنها أفعال تبين رجولته وقوته ورباطة جأشه وفق ما زين له الشيطان في قلبه، وطبقا لذلك تكون مصلحته مجانية له، والضرر المترتب عن إيقاعه أكبر من الضرر المراد دفعه، فإن الشارع الحكيم قد وقف في وجه هذا الرجل مسائلا له عن سبب إيقاعه للطلاق، حتى إذا كان مبرره مجرد التصرف بحق من حقوقه وقف معاتبا ومعاقبا إياه، ومن هذا السياق يتضح أن الطلاق بغير سبب ممنوع ومحظور عند فقهاء المذاهب السنية الذين سبق ذكرهم، والذين جعلوا الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة.

### ثانيا: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى مسألة حكم الطلاق إن كان الأصل فيه الحظر أم الإباحة، وعلى نفس الدرب سار المشرع المغربي والتونسي، بينما ذهبت بعض التشريعات: منها المشرع المصري - من خلال ما قضت به محكمة الاستئناف - بأنه ليس هناك تعسف في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، حيث قضت بـ "إن الطلاق حق مطلق للزوج بحكم الشريعة الغراء؛ ولأن الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا، وإذن فهي تعلم وقت التعاقد النتائج التي قد تترتب عن عقدها، فلا يجوز لها أن تتظلم منها"<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الأردني، فقد اعتبر الزوج متعسفاً إذا طلق بغير سبب أو مسوغ مشروع، وذلك في نص المادة 155 من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض". وذهب المشرع العراقي إلى الأخذ بفكرة التعسف في استعمال حق الطلاق؛ وذلك في قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل بقانون رقم (51) لسنة 1985، حيث جاء في الأسباب الموجبة لتشريعته: "أنه حماية للزوجة المطلقة من تعسف زوجها من إيقاع الطلاق لما يلحق بها من ضرر ينجم عن هذا الطلاق دون سبب من الزوجة، إذ يعد الزوج في هذه الأحوال متعسفاً في استعمال حق الطلاق، وهذا التعسف أو الإساءة في استعمال الحق يجيز للقضاء التدخل من أجل حماية الزوجة التي أصابها ضرر، وتعويضها عن ذلك باعتبار أنّ حق الطلاق يخضع لإشراف القضاء"<sup>2</sup>.

### الفرع الأول

#### صور تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق

يتخذ تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق عدة صور في إيقاعه أو في استعماله، وسنحاول من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على أبرز صور التعسف في استعمال حق الطلاق، مع تبيان موقف المشرع الجزائري

<sup>1</sup> - محكمة الاستئناف بمصر بتاريخ 1927/12/18، مجلة المحاماة، السنة الثامنة، ص.496، مقتبس عن جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص.192.

<sup>2</sup> - مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنباء للعلوم الإسلامية، ع.3، م.1، د.ب.ن، لسنة 2009، ص.ص.23-24.

والتشريعات العربية من كل صورة اتخذها الزوج في استعمال هذا الحق تعسفياً، وتطبيقاً لذلك سنتطرق في البدء إلى الطلاق دون سبب (أولاً)، وبعدها نشير إلى طلاق مريض مرض الموت (ثانياً)، وبعدها نعرض على طلاق الثلاث في لفظ واحد (ثالثاً).

### أولاً: الطلاق دون سبب

تجدر الإشارة إلى أنّ الفقهاء المسلمين المعاصرين قد اختلفوا في تكييف الطلاق دون سبب إذا ما كان تعسفياً أم لا، كما اختلفت التشريعات العربية باختلافهم في تكييف ذات المسألة. وعليه، سنتعرض في هذه النقطة إلى موقف الفقه من الطلاق دون سبب والتعويض عنه (أ)، وبعدها نعرض على موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من الطلاق دون سبب (ب).

#### أ- موقف الفقه الإسلامي من الطلاق دون سبب والتعويض عنه

سنشير في البدء إلى موقف الفقه من الطلاق دون سبب (01)، وبعدها نتعرض إلى موقفه أيضاً من التعويض عن الطلاق دون سبب (02).

#### 1- موقف الفقه الإسلامي من الطلاق دون سبب

لم يتعرض الفقهاء القدامى إلى مسألة الطلاق دون سبب، وذلك ربما لقلة وقوعه أو ندرة وقوعه في وقتهم، وإن حرموا الطلاق لدون حاجة، وكرهوها في نفس الوقت باعتبارها حكماً تكلفياً، خاصة وأنهم أجمعوا على أنّ الأصل في الطلاق الحظر والاستثناء هو الإباحة، ومن هذا المنطلق فعندهم إن لم تكن هناك الحاجة المبيحة له شرعاً بقي على أصله من الحظر، لما فيه من إضرار للمطلق وزوجته وأولاده، وإعدام للمصلحة الزوجية؛ لقوله تعالى ﴿فَإِنْ أَطَعْتُمْ بَدَنَهُ فَأَلْبَسُوا عَلَيْهِ يَوْمَئِذٍ أَكْفُؤًا مَسَكِينًا﴾<sup>1</sup>. فيستدل من الآية الكريمة أنّ من طلق زوجته لغير حاجة ودون سبب مشروع، قد أضر بزوجه وأهلها والمجتمع، وبالتالي تكون هناك مفسدة عظيمة تحل بالمجتمع، والله - سبحانه - ينهى عن الفساد لقوله تعالى ﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾<sup>2</sup>، وقوله - عليه الصلاة والسلام -: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup>. كما أنّ استعمال حق الطلاق بدون سبب أو مبرر أو من غير مسوغ شرعي، يكون قد ناقض الشارع الحكيم من تشريع حق الطلاق، والمناقضة تعسف<sup>4</sup>.

أما العلماء المسلمون المحدثون فقد اختلفوا في اعتبار الطلاق دون سبب أو مبرر يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق أم لا، وتجسد اختلافهم من خلال قولين؛ حيث ذهب البعض إلى اعتبار الطلاق من دون سبب تعسف في استعمال الحق، وذهب البعض الآخر إلى اعتبار الطلاق من دون مبرر ليس من قبيل التعسف في استعمال الحق.

<sup>1</sup> - الآية 34 من سورة النساء.

<sup>2</sup> - الآية 205 من سورة البقرة.

<sup>3</sup> - سبق تحريجه.

<sup>4</sup> - جميل فحري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.ص. 226-227.



## 1-1- اعتبار الطلاق من دون سبب تعسفًا في استعمال الحق

ذهب عامة العلماء المسلمون المحدثون<sup>1</sup> إلى اعتبار أنّ الزوج إذا طلق زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي، فقد تعسف في استعمال حق الطلاق الذي وضعه الله سبحانه وتعالى بيده لقوامته؛ وذلك لمخالفته المقصود الشرعي من تشريع هذا الحق - أي حق الطلاق - لأنّ الزوج إذا استعمل حق الطلاق بدون سبب وبغير مسوغ شرعي يكون قد أضر بالزوجة وأهلها وأولادها والمجتمع، والضرر في الشريعة الإسلامية ممنوع لقوله - عليه الصلاة والسلام -: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>.

وعليه، فإنّ من طلق زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي آثم عند الله؛ لأنّ ذلك يعتبر كفرانًا للنعمة، وإخلاص نيته لإيذاء بها وبأهلها وأولادها، وهذا هو المعنى الحقيقي لإساءة الزوج استعمال الحق الذي جعله الشارع الحكيم بيده، ومن ثم مناقضة قصد الشارع في حكمه لاجل تحقيق غاية معينة، والتعسف مناقضة، فيقف الإسلام عندئذ وقفه صارمة في وجه مستعملي حق الطلاق بدون مبرر ومسوغ شرعي. وتطبيقًا لذلك، أباح الإسلام للزوجة المطالبة بالنظر في إساءة الزوج استعماله لحقه من قبل القضاء وأولي الأمر، ومحاولة رده بما يرويه مناسبا. وتأسيسا على ذلك، يكون من حق الزوجة أن تطلب التعويض عن الطلاق الذي أوقعه زوجها من دون سبب أو مبرر شرعي؛ بمعنى تعسفه في استعمال حق الطلاق<sup>3</sup>.

## 1-2- اعتبار الطلاق من غير سبب أو مبرر أنه ليس من قبيل التعسف في استعمال الحق

ذهب البعض الآخر من العلماء المحدثين<sup>4</sup> إلى القول بأنّ: من طلق زوجته بدون سبب أو مسوغ شرعي لا يعتبر متعسفا في استعمال حق الطلاق؛ لأنه في ذلك يكون مستعملا لحقه الشرعي، ومع ذلك يقولون بکراهية الطلاق إذا كان من غير حاجة أو سبب مشروع؛ بناء على أنّ الأصل في الطلاق الإباحة، وأنّ للزوج حرية الإرادة في التصرف؛ أي في إمساك زوجته أو تسريحها<sup>5</sup>.

والقول الراجح في هذه المسألة هو القول الأول؛ أي اعتبار أنّ الزوج يكون متعسفا في طلاق زوجته إذا استعمل هذا الحق بغير مبرر أو مسوغ مشروع. وسبب ترجيح هذا الرأي أنه موافق لروح الشريعة الإسلامية التي تنهى وتحذر من الطلاق؛ وذلك لما روي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله

<sup>1</sup> - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر، عمان -الأردن-، لسنة 1431هـ-2010م، ص.ص.176-177. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص.176. عبير رجي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.ص.191-192.

<sup>2</sup> - سبق تحريجه.

<sup>3</sup> - جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.227.

<sup>4</sup> - نور الدين عتر، أبغض الحلال (دراسة لتشريع الطلاق في إطار واقعه عند الأمم في القلم والحديث وإصلاحات الإسلام وحكمته في تشريعه)، ط.2، مؤسسة الرسالة، د.ب.ن، لسنة 1403هـ-1983، ص.156 وما بعدها.

<sup>5</sup> - جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.228.

عليه وسلم-: "أبغض الحلال عند الله الطلاق"<sup>1</sup>. كما وردت أحاديث شريفة تدل على نهي الإضرار لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>. وأيضاً لما يترتب عن الطلاق دون سبب من مآل ممنوع شرعاً، وهو الإضرار بالغير؛ حيث تحرم الزوجة من نعمة النكاح ويكسر قلبها بالفراق، إضافة إلى عدم رغبة الأزواج بها، وربما قد يصل الأمر إلى اتهامها بالخيانة أو أنها سيئة العشرة، أو لريبة أو تهممة ونحو ذلك. ناهيك عن هذا كله، فإن الطلاق دون سبب مناقض لحكمة مشروعية الطلاق<sup>3</sup>، وأيضاً مخالف لمقصد الشارع من تشريع هذا الحق، وهذا من أبرز وجوه التعسف في استعمال الحق.

## 2- موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الطلاق دون سبب وعلاقته بتمتع الطلاق

الطلاق حق إنفرادي للزوج، له الحق في إيقاعه دون موافقة الزوجة عليه، ودون أخذ الإذن منها<sup>4</sup>، واستعماله لهذا الحق لا يوجب عليه التعويض ما دام يستعمله وفق حدوده الشرعية؛ لأن إلزام الزوج بالتعويض حين استعماله لحقه الشرعي يتنافى والنصوص الشرعية التي توطئه وتشعره، كما يتنافى والقاعدة الشرعية التي تقضي أن "الجواز ينافي الضمان"<sup>5</sup>؛ إذ أنّ المقصود بالجواز أنّ من يستعمل حقه الشرعي لا يكون ضامناً، غير أنه إذا لحقت هذا التصرف أفعال أخرى سببت ضرراً للغير<sup>6</sup>، أو خالف الزوج المقصود الشرعي من استعمال هذا الحق،

<sup>1</sup> - محمد ناصر الدين الألباني، حقوق النساء في الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت، لسنة 1404 هـ-1984م، ص.165. الحديث ضعيف من قبل إسناده.

<sup>2</sup> - سبق تخريجه.

<sup>3</sup> - جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.229.

<sup>4</sup> - اتفق الفقهاء على أنّ حق الطلاق مقرر للزوج فقط لمعانٍ وحكم متعددة؛ من بين أهمها أنّ الرجل أحرص على استمرار الحياة الزوجية التي تكلف في سبيلها الكثير، وتحمل أعباء الخطبة وما يلحق بها من مهر وهدايا، ونفقات الزفاف، وكذا الإنفاق على الزوجة والعيال، وتجهيز البيت وما إلى ذلك من أعباء، ضف إلى ما يتبعه في سبيل تحقيق آماله وأهدافه، كما أنه المسؤول عن النتائج المترتبة عن الطلاق؛ كدفع مؤخر الصداق ونفقة العدة للزوجة المطلقة، إضافة إلى المتعة ونفقة الحضانة والرضاع، وغير ذلك من النفقات التي تلقى على عاتق الزوج. انظر. عبد الرحمن الحجاجي، التعويض في مدونة الأسرة (بين الأحكام الموضوعية والمسטרية)، ط.01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب، لسنة 2019، ص.152-153.

<sup>5</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص.449.

<sup>6</sup> - حدثت قضية في مصر نتيجة تغير الزوج والزوجة وهذا بتاريخ 20 يناير 1926، وتلخص وقائع هذه القضية في أنّ سيدة تقدمت إلى محكمة مصر مصر مدعية أنّها كانت تشتغل بمهنة التدريس، وتتقاضى مرتباً قدره 11 جنيهاً، فعرض عليها المدعى عليه الزواج، فترددت في قبول عرضه لعلها أنه يجب عليها قانوناً -سابقاً- عند قبوله تقدم استعفاؤها من مهنتها التي تراولها، وفي الأخير قبلت الزواج، وقدمت الاستقالة، وفي شهر أكتوبر 1924 تم العقد بينهما ودخل بها، ولكن لم يمض على هذا الزواج إلا مدة وجيزة؛ حيث طلقها المدعى عليه في ديسمبر 1924. فرفعت المدعية دعواها، مطالبة المدعى عليه بأن يدفع لها مبلغ 5000 جنية كتعويض؛ لأنّ هذا الطلاق أضر بها مادياً ومعنوياً، وأنه ليس للزوج بمقتضى الشريعة الغراء أن يوقع هذا الطلاق إلا للضرورة ملحة، فإذا انتفت هذه الضرورة كان الزوج في إيقاعه هذا الطلاق مخطئاً، بل آثماً، ومادام هناك ضرر وخطأ كان التعويض واجباً، وأنه -وإن كان الطلاق حقاً مشروعاً- من المبادئ المقررة قانوناً لا يجوز للشخص أن يسيء استعمال حقه -بحسب نظرية التعسف- وإلا كان ملزماً بالتعويض، لاسيما إذا لوحظ أنّ المدعى عليه غرر بالمدعية، وأوهمها أنّها ستستعاض عن حياتها العملية بحياة زوجية دائمة الرباط. كان دفاع الزوج أنّ الطلاق حق مشروع في الشريعة، وأنه ليس للزوجة المطلقة إلا مؤخر صداقها ونفقة عدتها، لكن محكمة مصر الكلية رفضت هذا الدفاع، وقضت بإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مبلغ 1000 جنية كتعويض لها. مقتبس عن أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، لسنة 1972، ص.311.

واستعمله وفق أهوائه ومن غير سبب مشروع، كان متعسفا في استعمال حق الطلاق، ويكون آثماً عند الله - سبحانه وتعالى-؛ لأنه أساء استعمال الحق الذي جعله الشارع بيده. وعليه، فإذا ما ترتب عن هذا الطلاق الذي أوقعه الزوج دون سبب أو مبرر شرعي ضرر لاحق بالمطلقة أو كان قد غررها، فهل يلزم عندئذ المطلق بتعويض يتناسب ومقدار الضرر الذي لحق بالمطلقة؟ وهل يمكن استبدال التعويض بالمتعة في الطلاق التعسفي؛ بمعنى ما إن كانت المتعة تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي؟ وما هو حكم المتعة؟. وعليه، سنحاول الإجابة عن هاتهن التساؤلات من خلال تبيان موقف الفقه الإسلامي من مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي، وكذا موقفه من حكم المتعة وعلى من تجب، ونختتم المسألة بتبيان موقفه من إمكانية استبدال المتعة بالتعويض في حالة الطلاق التعسفي.

## 2-1-1- موقف الفقه الإسلامي من مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي

في هذه المسألة اختلف العلماء المحدثون في وجوب تعويض المطلقة عن الطلاق دون سبب أو مسوغ شرعي، كما اختلفوا في إبدال التعويض بالمتعة، كما اختلفت آراء الفقهاء المسلمين في إذا ما كانت المتعة تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي أم لا؟

بالنسبة لوجوب التعويض عن الطلاق الذي يوقعه الزوج دون سبب أو مسوغ شرعي، فقد اختلف فيها العلماء المسلمون المحدثون على قولين؛ حيث ذهب فريق منهم إلى وجوب التعويض عن الطلاق دون سبب، في حين ذهب فريق آخر إلى عدم جواز التعويض عن الطلاق دون سبب.

## 2-1-1-2- وجوب التعويض عن الطلاق دون سبب

ذهب فريق من العلماء المسلمين المحدثين إلى أن الزوج إذا طلق زوجته دون سبب أو مسوغ شرعي معقول<sup>1</sup>، يكون تصرفه مشوباً بالتعنت والتعسف المحض في استعمال حق مقيد منحه إياه الشارع الحكيم، فيصيب بذلك ضرر للزوجة لعدم رضاها عن الطلاق، وأنه قد لحقتها إساءة معنوية ومادية نتيجة لذلك، ناهيك عن زهد الخطاب في التقرب منها نتيجة ريبة الطلاق الذي أوقعه الزوج، فيكون من حق المطلق تعويض مطلقته تعويضاً مالياً لما لحقها من ضرر، وهذا التعويض يقرره القاضي لها مقابل إيقاع الطلاق؛ لأن في الطلاق ضياعاً لمستقبل الزوجة وتفويتاً لفرصة الزواج بغيره. وقد استدلت أصحاب هذا القول بما يلي<sup>2</sup>:

● أن العمل بمبدأ السياسية الشرعية العادلة التي تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج وظلمه في إيقاع الطلاق دون سبب أو مسوغ شرعي، وتبيح لولي الأمر أن يقيد المباح، وأن يفرض عقوبة أو جزاءً على من أساء استعمال حق الطلاق.

<sup>1</sup> - من العلماء المسلمين المحدثين الذين أوجبوا التعويض عن الطلاق دون سبب أو مسوغ شرعي، نجد عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ج.1، ط.01، دار الفكر، د.ب.ن، لسنة 1968، ص.ص.117-118. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.267. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، مرجع سابق، ص.532.

<sup>2</sup> - عبد الرحمن الصابوني، المرجع نفسه، ص.ص.117-118. مصطفى السباعي، المرجع نفسه، ص.267. وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص.532.

- قياس التعويض على المتعة المعطاة للمطلقة، والتي أوجبها بعض الفقهاء واستحبها البعض الآخر، وحث عليها القرآن وجعلها بالمعروف.
- أن الطلاق وإن كان حقا للرجل، إلا أن هذا الحق مقيد بأن تدعو الحاجة إليه، وبأن لا يترتب على استعماله الإضرار بالزوجة، فإذا أساء الزوج هذا الحق وجب عليه التعويض لمن تضرر من ذلك.
- ضف إلى أن صيانة الأسرة من الانحلال يقتضي الزجر والردع والتعزير، فكان التعويض زجرا وتعزيرا للمطلق دون سبب أو مسوغ شرعي، وردعا لمن يفكر فيه، وخاصة بانتشار ظاهرة الطلاق.
- قياس التعويض على المخالعة في الإسلام؛ حيث أباحت الشريعة الإسلامية للزوج أن يأخذ من زوجته العوض المتفق عليه، أو يسقط جزءا من مهرها، أو أن تكون أجرة الرضاع كبديل لمقابل الخلع إذا رضيت بذلك مقابل طلاقها، لذلك فإن للزوجة أن تأخذ من زوجها تعويضا متى ارتضاه.
- إن الطلاق التعسفي ضياع لمستقبل الزوجة، وتفويت لفرصة لها نتيجة زهد الخطاب عنها، والقاضي منوط به إنصاف المظلومين، فعليه معاقبة من يسيء التصرف؛ لأنه منصب على رفع المظالم وإزالة عين الضرر، فمن طلق زوجته وأصابها ضرر من جراء ذلك، أو لم يكن طلاقه مبني على سبب شرعي يدعو إليه، أو مسوغ شرعي يؤسس عليه طلاقه، فيعتبر عندئذ طلاقه تعسفيا يوجب عليه التعويض.
- كما اعتبر أن الطلاق حق مباح استثناء عن الأصل في الطلاق الحظر، وهذا الحق وإن شرع استثناء، فإن روح الشريعة الإسلامية الغراء لا تسمح بالطلاق جزافا، إذ أن الزواج لا يقصد به الاستمتاع الشهوواني فقط، بل إن الغرض منه أسمى وأشرف من ذلك، والطلاق شرع للضرورة، فليس من المروءة، ولا من الشهامة والإنسانية، ولا من الإيمان، أن يتزوج شخص بامرأة ثم يطلقها بغير سبب؛ لأنه إن فعل ذلك يكون من رعاع الناس الذين يفهمون القرآن وفق أهوائهم ومقاصدهم التي توازي عقولهم، وأنها في نظرهم تحقيق مبتغاهم. وعليه، فإن فعلوا ذلك وقف الإسلام ضدهم، فيلزم حينئذ مسيء التصرف بالتعويض عن الضرر المادي والأدبي الذي ألحقه بزوجه نتيجة تعسفه في استعمال حق الطلاق، وهذا طبقا للقاعدة الفقهية "الضرر يزال"<sup>1</sup>.
- وهناك من يرى أن وجوب التعويض عن الطلاق التعسفي مرتبط بالضرر الواقع نتيجة لهذا التعسف، وليس بمتعة الطلاق، ولذلك فهو يشمل كل من أوقع الطلاق على هذه الشاكلة<sup>2</sup>، لقوله -عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup>، إذ يرون أن العبرة بمحصول الضرر على المتضرر، ولا عبرة بمن أوقع الضرر، حتى أن الفقهاء

<sup>1</sup> - جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 274. الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص. 179.

<sup>2</sup> - بمعنى أن الزوجة إذا فوض إليها أمر الطلاق، أو منحها العصمة حين إبرام العقد، وتتعسف في استعمال هذا التفويض أي الطلاق، فيلزمها التعويض، وسنأتي على شرح ذلك لاحقا. انظر. الصفحة 347-349 من هذه الدراسة.

<sup>3</sup> - سبق تحريجه.

أوجبوا الضمان على المتسبب بالتعدي إذا أتلّف مال غيره بقصد أو بغير قصد. وعليه، فإن أوقع الزوج الطلاق بغير مسوغ وتضررت به المرأة كان ملزماً بجبر الضرر عن طريق التعويض<sup>1</sup>.

## 2-1-2- عدم جواز التعويض عن الطلاق دون سبب

ذهب البعض الآخر من العلماء المسلمين المعاصرين إلى القول أن المطلقة لا تستحق التعويض عن الطلاق<sup>2</sup>؛ لأن الطلاق حق للزوج يسوغ له إيقاعه، وأن من الظلم مساءلة أحد عن حق، خصوصاً وأن المطلق له أسبابه ودواعيه، وليس من الحكمة عرضها في ساحات القضاء عند القول بجواز تعويض الزوجة، ولأن هذه الأخيرة كانت على بينة مسبقاً بحق الزوج في الطلاق، فكان ينبغي عند ذلك أن تحتاط لنفسها، وأن في نفقة العدة ومؤخر صداقها ما يغني عن إيجاب تعويض لها، ولئلا يكون التعويض عقوبة على تصرف في حق وهذا ممنوع. كما أن القول بالتعويض عن الطلاق يعتبر جانبا سيئاً؛ لأن ربط الطلاق بالتعويض معناه جبر الزوج على العيش مع امرأة لا يرغب فيها، ويعتبر ذلك ضرراً لاحقاً بالزوج في إجباره على العيش بما لا يطيق، وفي حال استعمال حقه في الطلاق تكليفه فوق ما لا يطيق بدفعه ثم طلاقه، غير أن ربط الزوج إما بالبقاء في الرابطة الزوجية أو دفع ثمن فكها ينتج عنه آثار سلبية، من بينها البحث عن تحليل آخر، وقد يكون بطريقة غير مشروعة، فيكون الضرر نتيجة لذلك القيد عاماً بعد أن كان خاصاً، وهذا كله يتعارض مع الأهداف العليا من الزواج، ويبعد كل البعد عن مقاصد الزواج، فيكون بذلك تكبيل إرادة الزوجين في البقاء في العلاقة الزوجية<sup>3</sup>. وقد استدلت أصحاب هذا القول بما يلي<sup>4</sup>:

- إن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية، لا يتقيد في استعماله بوجوب الحاجة التي تدعو إليه، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فهو مستعمل حقه الشرعي، ولم تكن منه إساءة تستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق.
- أن الطلاق وإن كان الأصل فيه الحظر والمنع، ولا يباح إيقاعه إلا للحاجة، لكن هذه الحاجة قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، وقد تكون مما يجب ستره؛ بحيث لو عرض على القضاء لكان في ذلك تشهير بكرامة الزوجين وذلك ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي.

<sup>1</sup> - عبد الفتاح عايش، السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص.ص. 173-174.

<sup>2</sup> - من العلماء المسلمين المعاصرين من لم يجيزوا التعويض عن الطلاق دون سبب: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 333. بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج. 1، مرجع سابق، ص.ص. 311-312. نور الدين عتر، أبغض الحلال، مرجع سابق، ص. 158. وفي هذا قال أبو زهرة: "وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض، إذ يكون شرطاً فاسداً فيلغى". أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

<sup>3</sup> - عيبر رنجي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.ص. 192-193. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 278.

<sup>4</sup> - انظر. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 333. بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج. 1، مرجع سابق، ص.ص. 311-312. نور الدين عتر، أبغض الحلال، مرجع سابق، ص. 158. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 277 وما يليها.

- كما أن القول بالتعويض يؤدي إلى منع إيقاع الطلاق الذي لا ظلم فيه؛ فقد يكون الدافع إلى الطلاق رغبة أحاطت بالزوجة - كأن دخل بها فوجدتها غير عذراء- فطلقها الزوج خشية العار، فستر عليها بعد أن أبقاها مدة في بيته، إذا ليس من العدل تعويض في هذه الحالة؛ لأن الواجب أن يحصل هو عن التعويض نتيجة تغيره وخذاعه.
- ضف إلى ذلك أن التعويض يعتبر عقوبة، والعقوبة لا تكون إلا على فعل محرم، فيؤخذ إذن من إيجاب التعويض تحريم الطلاق الذي لم تظهر أسبابه.
- كما أضافوا أن العقوبة المالية لم يشرعها الإسلام مقابل الأمور المعنوية إلا في أمور منصوص عليها؛ كبذل المتلفات، وأرش الأعضاء، والتعويض عن الضرر المادي الملحق بالغير، ودية القتل الخطأ، فمثل هذه الأمور وردت بها النصوص، وما عاد ذلك فالعقوبة في الإسلام بدنية لا مالية، أما العقوبة المالية تكون على الأمور المعنوية، فهي من آثار الأنظمة الغربية.
- أن الأخذ بمبدأ التعويض سيجعل كلا من الزوجين يقذف الآخر بالتهم، فالزوجة تريد إثبات التعسف والزوج ينفيه، ولن يتورع أكثر المطلقين من الاستعانة بشهود الزور، مما يلحق الضرر بالزوجة أكثر من الزوج، ويؤدي إلى كشف أسرار الحياة الزوجية، علاوة على العداوة التي تنشأ بين العائلات.
- والقول الراجح في هذه المسألة هو القول الأول بوجوب التعويض عن الطلاق، خصوصاً إن كان دون سبب ولغير مسوغ شرعي معقول؛ وذلك لما فيه من ضرر يلحق المرأة، وفي تشريع التعويض إعانة لها في بداية مرحلة جديدة لم تعتد عليها، بعد أن كانت نفقتها على زوجها، فالتعويض يعتبر كمرحلة تمهيدية لمرحلة اعتمادها على ذاتها. ضف إلى ذلك أن التعويض ليس فيه أي إرهاب للزوج، أو إجبار ضمني على الاستمرار في حياة لا يرغب فيها؛ لأن القاضي أو الحاكم يحكم بتعويض معقول يتناسب وقدرة المطلق، ناهيك عن أن هذا التعويض يعتبر محدد المدة وليس بدائم<sup>1</sup>.
- كما أن أصحاب القول الأول أوجبوا التعويض نتيجة تضرر الزوجة، الذي كان نتيجة لتعسف الزوج في استعمال حق الطلاق، ودون سابق إنذار. ويضاف إلى ذلك أن القول بالتعويض في حال ثبوت الضرر فقط يؤدي إلى فتح باب المصلحة؛ لأن الزوج المطلق لن يألو جهداً ولن يتوانى في رد دعوى إضراره بالمرأة، وإسقاط هذا الواجب عن كاهله بكل الوسائل حتى وإن كانت الوسيلة غير مشروعة - كأن يقدم شهود الزور - وهذا كله يؤدي إلى التقاذف بينهما، ومما ينتج عن ذلك عداوات لا تنطفئ بين العائلات، وفي ذلك من الضرر ما فيه. وعلى ذلك ينبغي غلق هذا الباب والقول بالتعويض عن كل مطلقة لم تدع إلى الطلاق، ولم تطلبه بناء على الأصل العام الذي أجمعت عليه المذاهب الأربعة السنية؛ ألا وهو الحظر الذي يحكم إيقاع الطلاق ويوجب مساءلة موقعه، مع تأكيد تضرر المطلقة من إساءة الزوج استعمال حق الطلاق، كما أنّ أصحاب القول الأول أوجبوا التعويض عن

<sup>1</sup> - عبير ربحي شاكور القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 193-194.

فعل الطلاق وليس عن ضرر الطلاق؛ وذلك لأن الطلاق لا يخلو غالبا من الضرر، فيبقى التعويض عن إيقاع الطلاق ما دام لم يثبت تدخل المرأة تدخلا مباشرا في إيقاعه؛ وذلك لأن الآثار المترتبة عن الطلاق تتأثر بها الزوجة أكثر من غيرها، لذلك كان لها المطالبة بالتعويض<sup>1</sup>. والتعويض لا يعتبر جزاءً أقره العلماء المعاصرين بناء على اجتهادهم فحسب، بل إن حق المطلقة في مبلغ مالي نتيجة للطلاق الذي أوقعه الزوج عليها مكفول في الشريعة الإسلامية الغراء، وأوجبه الله - سبحانه وتعالى - لها على الزوج جزاءً وفاقا، وهذا المبلغ المالي يعبر عنه في الشريعة الإسلامية بالمتعة<sup>2</sup>. والسؤال المطروح في هنا: هل تغني متعة الطلاق عن التعويض المطالب به؟

## 2-2- موقف الفقه الإسلامي من حكم المتعة في حالة الطلاق التعسفي

اتفق فقهاء المذاهب من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، إلى أن المتعة<sup>3</sup>، تجب لكل زوجة طلقت من زوجها وانتهت عدتها من الطلاق، سواء كانت حرة أم أمة، مسلمة أم ذمية، إلا أنهم اختلفوا في حكم المتعة، ولمن تجب من المطلقات على ثلاثة أقوال؛ حيث ذهب بعضهم إلى القول بأن المتعة واجبة لكل مطلقة، وذهب بعض منهم إلى اعتبار المتعة مستحبة لكل مطلقة، وذهب بعض آخر إلى اعتبار المتعة واجبة لكل مطلقة قبل الدخول وقبل الفرض.

### 2-2-1 المتعة واجبة لكل مطلقة

ذهب المالكية في قول لهم، والحنابلة في رواية عن الإمام أحمد في قول له، وابن حزم من الظاهرية، إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة بدون تخصيص، سمي لها مهرا أم لم يسم لها، وسواء طلقت قبل الدخول أم بعده<sup>4</sup>. واستدلوا بما جاء في القرآن الكريم بقوله تعالى ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۗ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>5</sup>، وجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى أوجب المتعة لكل مطلقة، ولم يخص منهن بعضا دون بعض، وأوجبه حقا لمن على كل متق يخاف الله - سبحانه وتعالى -<sup>6</sup>، كما استدلوا بقوله تعالى أيضا ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمْ

<sup>1</sup> - جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 287-288.

<sup>2</sup> - يطلق الكثير من الكتاب على حق المتعة المتعلق بالمطلقة بمصطلح نفقة المتعة، في حين أنّ المصطلح الأصح والأصلح هو حق المتعة؛ وذلك لأنّ المتعة ليست من النفقات أو ما في حكمها، ومع أنّ المتعة تسمى نفقة عند الكثير من الكتاب، غير أنّ هذه التسمية راجعة إلى أنه يتم تقديرها على أساس النفقة وليس لأنها في حد ذاتها نفقة؛ وذلك لأنّ هذه الأخيرة لها أحكام خاصة وشروط لازمة، من بين أهمها شرط الاحتباس؛ وهذا لا يتوفر في المطلقة، مما ينفي فكرة إطلاق مصطلح نفقة على حق المتعة. انظر. لمن لبني، حق المتعة وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، لسنة 2014-2015، ص. 08.

<sup>3</sup> - تعرف المتعة لغة من متع، وهو كل ما جاد، والممتع: البالغ في الجودة والغاية، والمتاع: هو ما ينتفع به ويتنود، والفناء يأتي عليه في الدنيا. انظر. ابن منظور، لسان العرب، ج. 8، مرجع سابق، ص. 329.

أما اصطلاحا فتعرف المتعة على أنها: "اسم لما يقدمه المطلق إلى مطلّقة من المتاع، على حسب قدرته جبرا لألم فراقه". عبير رحي شاكرك القدومي، مرجع سابق، ص. 195.

<sup>4</sup> - أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج. 2، دار المعارف، القاهرة - مصر، لسنة 1991، ص. 606. ابن قدامة، المغني، ج. 8، مرجع سابق، ص. 184. ابن حزم، المحلى بالآثار، ج. 10، مرجع سابق، ص. 245.

<sup>5</sup> - الآية 241 من سورة النساء.

<sup>6</sup> - الطبري، جامع البيان، ج. 5، مرجع سابق، ص. 131.

النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۖ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ<sup>1</sup>، وجه الدلالة من الآية الكريمة أنها ذكرت "ومتعوهن"، فأوجب المتعة للصفين جميعاً؛ المفروض لمن وغير المفروض لمن، فمن ادعى أن ذلك لأحد الصفين طلب منه البرهان على ذلك<sup>2</sup>.

### 2-2-2- المتعة مستحبة لكل مطلقة

ذهب المالكية في المشهور، والشافعية في القديم إلى أن المتعة مستحبة لكل مطلقة<sup>3</sup>، واستدل أصحاب هذا القول أيضاً بما جاء في القرآن الكريم لقوله تعالى ﴿مَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>4</sup>. وقوله تعالى أيضاً ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>5</sup>، وجه الدلالة من الآيتين الكريميتين أنهما تدلان بظاهريهما على وجوب المتعة للمطلقات، ضف إلى ذلك أن الله - سبحانه وتعالى - لم يقدر المتعة في الآية الأولى بقدر معين، وإنما وكلها إلى اجتهاد مقدر، ولو كانت واجبة لقدرها، كما أن الله - سبحانه وتعالى - جعل المتعة في الآية الأولى ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾، وفي الآية الثانية ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾، مما صرف الأمر من الوجوب إلى الندب؛ لأن الإحسان يعني التفضل والتجمل، وما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب، ولو كانت واجبة لجعلها من المحسنين وغير المحسنين، وعلى المتقين وغير المتقين<sup>6</sup>.

### 2-2-3- المتعة واجبة لكل مطلقة قبل الدخول وقبل الفرض

ذهب الحنفية، والشافعية في الجديد، والحنابلة في رواية، إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة ما عدا المطلقة قبل الدخول وقبل الفرض، ومع ذلك يرون باستحبابها لغيرها من المطلقات إلا من طلقت قبل الدخول وقد سمي لها، فلها نصف المهر، وليس لها المتعة عند الشافعية، وعند الحنفية من المستحب لمن<sup>7</sup>. واستدلوا في ذلك بما جاء في القرآن الكريم أيضاً ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۖ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ۖ وَأَنْ

<sup>1</sup> - الآية 236 من سورة البقرة.

<sup>2</sup> - الطبري، جامع البيان، ج.5، المرجع السابق، ص.136.

<sup>3</sup> - الشريبي، مغني المحتاج، ج.3، مرجع سابق، ص.241.

<sup>4</sup> - الآية 236 من سورة البقرة.

<sup>5</sup> - الآية 241 من سورة البقرة.

<sup>6</sup> - عبيد ربحي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.ص. 197-198. جميل فخري محمد جاتم،

التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص.310.

<sup>7</sup> - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج.4، ص.243. الشريبي، مغني المحتاج، ج.03، مرجع سابق، ص.241. ابن قدامة، المغني، ج.7، مرجع

سابق، ص.185.



تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى ۗ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ<sup>1</sup>، وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين أن غير المدخول بها واحدة من اثنتين؛ إما أنه سمي لها مهراً أو لم يسم لها مهراً، أما بالنسبة للأولى فبالطلاق قبل الدخول لها نصف المهر، أما الثانية فلها المتعة وهذا من دواعي العدل الرباني، ولأن الأولى كان لها نصف المهر جبراً لما ألمَّ بها من ألم الفراق، ولأنه سمي لها مهراً وطلقت قبل الدخول فقدت أحد الشرطين -أي شرط وجوب المتعة لمن لم يسم لها مهراً- فلا تجب لها المتعة إذن، أما الثانية التي تحقق فيها الشرطان -شرط الطلاق قبل الدخول وشرط الطلاق قبل الفرض- فكانت المتعة جارية لما أصابها من إجحاش وابتذال بالطلاق، فدل ذلك كله على تقسيمه للمطلقات قبل الدخول إلى قسمين، وإعطاء كل قسم حكماً يختص به<sup>2</sup>.

كما استدل أصحاب هذا القول على استحباب المتعة لباقي المطلقات بعموم الأدلة التي قررت المتعة للمطلقة، وهي التي استدل بها أصحاب القول الأول والثاني<sup>3</sup>. كما استدلوا بالمعقول على أن المتعة واجبة للمطلقة للمطلقة قبل الدخول وقبل تسمية المهر؛ لأنّ بدل الواجب واجب، وبدل الواجب هو نصف مهر المثل<sup>4</sup>.

والقول الراجح في هذه المسألة هو قول الجمهور؛ وذلك لأن الآية الكريمة نصت صراحة على استحقاق المطلقة قبل الدخول والفرض المتعة، واستحقاق غيرها -أي المطلقة بعد الدخول، والمطلقة قبل الدخول وبعد الفرض- المهر كاملاً، أو نصف المهر على حسب الحالة، ضف إلى أن الأدلة التي جاء بها أصحاب القولين الأول والثاني تتعارض مع مفهوم الآية، فيجمع بينهما -وهو أولى عند إمكانية الجمع من ترجيح أحدهما- بأن يقال بوجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول والفرض، واستحبابها لبقية المطلقات وإعمالاً للأدلة جميعاً<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - الآيتان 236-237 من سورة البقرة.

<sup>2</sup> - عبير ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.198. جميل فخري محمد حاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص.311.

<sup>3</sup> - عبير ربحي شاكرا القدومي، المرجع نفسه، ص.198.

<sup>4</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.2، مرجع سابق، ص.303.

<sup>5</sup> - عبير ربحي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص.200. وبالنسبة للمفترقة عنه بفسخ أو بإرادتها كالمختلعة، فقد اختلف الفقهاء في وجوب المتعة لها على قولين؛ حيث ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنّ المتعة تجب في كل فرقة حصلت من جهة الزوج كالفرقة بالإيلاء، واللعان والجب والعنة وردته. أما إن حصلت الفرقة من جهتها فلا تجب لها المتعة، كردتها وإبائها الإسلام، وكذا إن اختلعت منه. انظر. الكاساني، ج.2، مرجع سابق، ص.303. الشريبي، مغني المحتاج، ج.3، مرجع سابق، ص.241-242. ابن قدامة، المغني، ج.7، مرجع سابق، ص.185. عبير ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.200.

في حين ذهب أصحاب هذا القول من المالكية والظاهرية إلى أنّ كل فراق تختاره المرأة فلا متعة لها؛ كما رأه المجدوم والعينين، ولا الفسوخ، ولا المختلعة، ولا الملاعنة. انظر. أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، مرجع سابق، ص.617-618. ابن حزم، المحلى، ج.10، مرجع سابق، ص.142 وما يليها. عبير ربحي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص.200.

والقول الراجح في هذه المسألة هو القول الأول؛ وذلك لقياس هذه الفرقة التي وقعت من قبل الزواج على الطلاق، فكما يجب فيها للمطلقة يجب للمفارقة، لأنّ الفرقة وقعت بسبب من الزوج، وقد لحقها الإجحاش والابتذال التي تجب لأجله المتعة بل وأكثر، أما إذا كانت الفرقة من قبلها فلا إجحاش ولا ابتذال، فلا متعة لها. وإذا وقعت الفرقة بسبب لا يد لها فيه كالعنة والجب، فإنّ وجوب المتعة لها أولى في هذه الحالة. عبير ربحي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص.201. جميل فخري محمد حاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص.332-333.

يبدو أن القول الراجح -حسب قوة الأدلة التي استدلوها بها ووضوحها في الدلالة- هو القول الأول، في وجوب المتعة لكل مطلقة قبل الدخول؛ وذلك لأن المتعة ما هي إلا لجبر الضرر عن كل من وقع عليها الطلاق، فهل تجبر المطلقة قبل الدخول والفرض ولا تجبر المطلقة بعد الدخول؟ خاصة وأن المطلقة قبل الدخول مازال لديها فرصة للزواج من غيره لأن المطلق لم يدخل بها، بيد أن المطلقة بعد الدخول تقل فرصتها في زوج لأن آخر دخل بها، والمهر ما هو إلا بدل الاستمتاع، أما بدل الألم والإيحاء فهو المتعة، خاصة وأن الفقهاء كلهم أجمعوا على وجوب المتعة مع اختلافهم على من تجب، ولكن حين يعمل بالأصل فإنهم لم يختلفوا في أن المتعة واجبة، فلهذا وجب العمل بأصل إجماعهم والله أعلم.

وبعد ما تم تبيان على من تجب المتعة مازال السؤال مطروحاً: هل المتعة تغني عن التعويض في حالة الطلاق التعسفي؟

### 2-3- موقف الفقه الإسلامي من إمكانية استبدال المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي

ذهب جمهور العلماء المسلمين المعاصرين إلى أن المتعة تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي<sup>1</sup>؛ حججهم في ذلك أن القول بالتعويض بالإضافة إلى المتعة أو التعويض فقط دون متعة؛ يؤدي إلى فتح باب التخلص من التعويض عن طريق ادعاء المطلق تسبب الزوجة في الطلاق بتصرفاتها، وإن في القول بالتعويض فقط تعطيل للنصوص التي أمرت بالتمتع، ثم أنه يندر أن نجد زوجاً يطلق يعترف بمسؤوليته عن الإيقاع أو عن خطئه في ذلك، فكان الحل الأمثل هو القول بالتمتع في حالة الطلاق، وهي تغني عن فرض التعويض. ولأن المتعة في تشريعها تبرع غير معلل فتصلح أن تكون تعويضاً وليس كما قيل بأنها للتسلية، لأنها قد تزيدها أسفاً بتذكيرها بحسن صحبتته وكرامته شئامه. كما عللوا قولهم أن المتعة تحقق المقصود من التعويض بصور أشد وأقوى، وتحفظ للمرأة كرامتها التي قد تمس قبل الحكم بالتعويض، ضف إلى أنها الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، وللتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة<sup>2</sup>.

كما أضافوا أيضاً: أننا بالأخذ بوجوب المتعة على كل مطلق حافظنا على أسرار البيوت وأعراض المسلمين من أن تنالها الألسن، وأن يتحدث بها في ساحات المحاكم، بالإضافة إلى توفير الوقت على القضاء، ودون استفحال الشر بين الأسر؛ وذلك لأن الأخذ بمبدأ التعويض عن التعسف في استعمال حق الطلاق، سيحاول كل من الزوجين إصااق التهم بالآخر ليبرأ ساحته، أو ليحصل على مكسب مادي، وتطبيقاً لذلك يقع كل منهما في الحرام، لا سيما مع قلة الوازع الديني في هذا العصر. وتأسيساً على ما سبق ذكره، أمكن القول أن المسلم إذا علم

<sup>1</sup> - من الفقهاء المعاصرين الذين أخذوا بهذا القول نجد الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج.1، مرجع سابق، ص.124. أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط.1، دار المعارف، مصر، لسنة 1967، ص.205. محمود علي السرتاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.180 وما يليها.

<sup>2</sup> - الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، مرجع سابق، ص.110. أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص.205، محمد السرتاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.180. عبيد رنجي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص.205. جميل فخري محمد جاتم، مرجع سابق، ص.357-358.

أن ما طبق عليه من نظام المتعة هو ما أمر الله تعالى به أذعن له وأطاع وسلم بأمر الله، على العكس من تطبيق نظام بشري<sup>1</sup>.

وهناك من فند هذا القول؛ أي باعتبار أن المتعة لا تغني عن الطلاق التعسفي ولا تحل محله، إذا أنهم يرون أن المتعة تجب للمطلقة قبل الدخول في حالة عدم تسمية المهر وتستحب لغيرها، والتعويض يجب لكل مطلقة ما دام أنه ثبت أن لا يد مباشرة لها في إيقاع الطلاق؛ وذلك لأن الطلاق يقع -غالبا- عندما يكون اختلاف الزوجين فيما بينهم، وتكون الزوجة طرفًا فيه، لكن قد يكون السبب المباشر في الطلاق تصرفات الزوج اللامسؤولة، مما يترتب عنه ردة فعل الزوجة الراضية فينشأ الخلاف. وبناء على ذلك يتضح أن التعويض يجب لمن لا متعة واجبة له، فلا تغني المتعة بذلك عن التعويض؛ لأنها تجب لفئة مغايرة عن تلك التي يجب لها التعويض. ومن هذا المنطلق، يكون لكل المطلقات مبلغ مالي يخفف من إحاشها، إما المتعة المنصوص عليها شرعا، وإما بالتعويض المقيسة فكرته على المتعة<sup>2</sup>.

## ب- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوج في استعمال الطلاق

### دون سبب

سنتعرض في الصدد إلى موقف المشرع الجزائري من طلاق الزوج دون سبب (01)، وبعدها نشير إلى موقف التشريعات العربية من ذلك أيضا (02).

### 1- موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوج في استعمال الطلاق دون سبب

لم يتعرض المشرع الجزائري -صراحة- إلى مسألة إيقاع الزوج الطلاق من دون سبب أو مبرر في قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة، ولكن يستشف من نص المادة 52 من ذات القانون أن الزوج إذا تعسف في استعمال حق الطلاق، وتبين للقاضي تعسف الزوج في إيقاعه من دون سبب أو مسوغ مشروع؛ أي لم يقدم للقاضي المبررات التي تدل على رغبته في التمسك في إيقاع الطلاق، فهنا يحكم لها القاضي بالتعويض عن الطلاق التعسفي لجبر الضرر الذي لحق بها، بالإضافة إلى حفظ حقوق المرأة بالكامل من صداق ومتعة ونفقة الإهمال، والأموال الخاصة بها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمود علي السراطوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.182.

<sup>2</sup> - عبير رجي شاعر القدومي، مرجع سابق، ص.205.

<sup>3</sup> - بن شويخ سارة، التعسف في استعمال الحق وأثره على بعض قضايا الأسرة (دراسة مقارنة في قوانين الأسرة المغربية)، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، م.13، ع.01، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف -الجزائر-، لسنة 2021، ص.383. ولقد جاء في قرار قضائي صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/04/05 على أنه: "من الأحكام الشرعية أنّ للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، ونفقة الإهمال، ونفقة المتعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل. والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي". المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1986/04/07، م.ق، ع.2، لسنة 1989، ص.69.

وعلى المستوى القضائي، نجد أن المحكمة العليا قد اعتبرت الزوج متعسفا إذا طلق بدون سبب أو مبرر مشروع؛ حيث جاء في قرار قضائي صادر عنها بتاريخ 2006/11/15 على أن "عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يعد سببا من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حق الطلاق بتظلم الزوجة"<sup>1</sup>. وقد أكدت المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها أن الطلاق بدون مبرر من الزوج يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق، يستوجب معه تمتيع الزوجة مقابل الضرر اللاحق بها؛ حيث جاء في قرار قضائي صادر عنها أيضا بتاريخ 1986/01/27 أنه: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمتع للزوجة مقابل الضرر الواقع بها من طلاق غير مبرر"<sup>2</sup>.

ومن هذا المنطلق، يستشف من سياق القرارات القضائية أن القاضي إذا ثبت لديه أن الطلاق الذي أوقعه الزوج لم يكن لسبب جدي، ولا لدفع ضرر واقع من الزوجة، ولا لأي حكمة من الحكم التي شرع الطلاق من أجلها، أو أن الزوج تعمد عدم الإفصاح عن الأسباب الداعية إلى طلب الطلاق، يكيف الطلاق على أنه تعسفا، وبناء على ذلك يحكم للمطلقة بالتعويض<sup>3</sup>، حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/11/17 أنه: "من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق؛ ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون"<sup>4</sup>.

خاصة وأن مثل هذه المسائل -التي سلف ذكرها- تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ومدى اقتناع القاضي بأن طلاق الزوج مبرر أو غير مبرر تبريرا سائغا. وعليه، اعتبرت المحكمة العليا أن الطلاق الذي أوقعه الزوج تعسفا عند ادعائه أن زوجته امتنعت من الرجوع إلى بيت الزوجية، واعتبرت أن طلاق الزوج غير مؤسس وغير مبرر، حيث جاء في قرار قضائي صادر عنها بتاريخ 2004/09/22 أنه: "من المقرر قانونا أن نشوز الزوجة لا يثبت بمجرد الامتناع عن الرجوع بموجب حكم قضائي إذا كان معلما على شرط توفير سكن مستقل لم يتحقق؛ حيث أن الحكم المطعون فيه قضى بأن الطلاق تعسفي من طرف الطاعن على أساس أن نشوز الزوجة غير ثابت، باعتبار أن الطاعن عند سعيه لتنفيذ القرار الصادر بتاريخ 1996/06/15 والقاضي بالرجوع، قد تجاهل شقا منه؛ والمتعلق بتوفير مسكن مستقل للزوجة، واكتفى بالشق المتعلق بالرجوع فقط، وبذلك لم يقيم بتنفيذ القرار كليا وبصفة جدية حتى يكون نشوز الزوجة أمرا مؤكدا، خاصة وأن هذه الأخيرة قد دفعت بأن رفضها للرجوع المحرر في محضر الامتناع يعود إلى عدم توفير بيت منفرد لها من طرف الزوج، مما يجعل الوجهين غير مؤسسين، الأمر الذي يتعين معه رفض لطنع"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2006/11/15، ملف رقم 373707، م.م.ع، ع.01، لسنة 2007، ص.499.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1986/01/27، ملف رقم 39731، م.ق، ع.04، لسنة 1993، ص.61.

<sup>3</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.708.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1998/11/17، ملف رقم 210451، إ.ق، ع.خ، لسنة 2001، ص.252.

<sup>5</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2004/09/22، ملف رقم 315314، ن.ق، ع.65، لسنة 2010، ص.311.

وعليه، فإذا لم يؤسس الزوج طلاقه على سبب جدي ومقنع ومبرر اعتبر متعسفا، والقاضي من خلال فحص مواقف الطرفين يتمكن من الموازنة بين الدافع إلى استخدام الزوج لحق الطلاق وبين الآثار المترتبة عن هذا الاستعمال، فيستنتج الدوافع التي أدت بالزوج إلى الطلاق هل هي مبررة أم لا. ولكن الملاحظ على النص التشريعي الخاص بالطلاق التعسفي الوارد في المادة 52 من قانون الأسرة السالف الذكر أن القاضي وإن منحت له السلطة التقديرية في تقدير التعويض، إلا أنه مقيد بعدم البحث في الأسباب، ولهذا اقترح بعض الشراح تحديد أسباب الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج<sup>1</sup>، حتى يترتب هذا الأخير قبل إيقاع الطلاق دون سبب أو لسبب تافه، وحتى يتمكن القاضي من عدم قبول دعاوى الطلاق القائمة على أسباب تافهة فيقلل من نسبة الطلاق بدون سبب، وبالتالي يحمي المرأة والأسرة على وجه الخصوص، ويحفظ المجتمع من المفاسد والآفات التي قد يفرزها مثل هكذا نوع من الطلاق.

وتأسيسا على ما سبق ذكره أمكن القول أن القاضي - وبالرغم من حكمه بالتعويض لإزالة الضرر عن الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا - في الواقع لم يستطع أن يحد كثيرا من الطلاق التعسفي؛ وذلك لأن دور القاضي سلمي محدد لا يملك سلطة رفض الحكم بالطلاق؛ لأن هذا الأخير - أولا وأخيرا - في عصمة الزوج، فيقتصر حينئذ حكمه على التعويض والمتعة في حالة الطلاق التعسفي؛ ذلك لأنه في حالة تقييد الزوج بذكر أسباب الطلاق، فإن من شأن القاضي عندئذ أن يكون له دورٌ إيجابيٌ وسلطة تقديرية في التقليل من حالات فك الرابطة الزوجية<sup>2</sup>؛ بمعنى يكون ذلك بدرء المفسدة قبل وقوعها، ووقاية الأسرة والمجتمع من المفاسد التي ستقع إن حدث الطلاق؛ لأن الوقاية خير من العلاج. وبناء على ما سلف ذكره، يتضح أن المشرع الجزائري قد أخذ بالقول الأول؛ والذي اعتبر فيه الزوج متعسفا إن طلق زوجته بدون سبب أو مسوغ شرعي.

## 2- موقف التشريعات العربية من تعسف الزوج في استعمال الطلاق دون سبب

بالرجوع إلى المشرع المغربي، لا نجد نص على طلاق الزوج دون سبب، أو الطلاق التعسفي بصفة عامة كما فعل المشرع الجزائري، وإنما يستفاد ضمينا من مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 52 من مدونة الأحوال

<sup>1</sup> - من بين الشراح لقانون الأسرة الجزائري نجد الدكتور تشوار الجليلي الذي يرى "بأن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يعد حاليا آفة اجتماعية، وهو ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر الطلاق حلا استثنائيا. ومن أجل الحد من حالات الطلاق يجب أن تتدخل الدولة نظرا لضعف الوانح الديني، ولضمان احترام حقوق الغير، ويتعلق الأمر بحقوق المرأة والأولاد، وحماية الأسرة، فرغم اعتبار الفقه الحق في الطلاق حقا خالصا للرجل، إلا أنه لا حرج في أن تتدخل الدولة لحصره في بعض الأسباب لتحقيق المنفعة الاجتماعية؛ لأن الله تعالى قد حظر الطلاق إلا لسبب مشروع، خاصة وأن الطلاق يهتز له عرش الرحمن... فيتحدد المشرع لأسباب الطلاق يكون الزوج مقيدا بإيقاع الطلاق؛ لأنه يعلم أنّ دعواه في الطلاق إن لم تكن مبررة ومؤسسه، فلن تكون مقبولة؛ فيتردد حينئذ عن رفعها لأسباب تافهة، وتطبيقا لذلك يكون هذا الحل سببا لتناقص عدد حالات الطلاق في الجزائر. وذلك لأنّ تحديد الأسباب ما هو إلا مكبح قوي لطلبات الطلاق غير المؤسسة، ويحث كثيرا من الأزواج على القيام بواجبهم بكل نزاهة". بالنسبة لإحصائيات الطلاق انظر. الملحق رقم 01 من الدراسة

Djilali tchouar, droit algérien de la famille, quels principes d'égalité? Etude de droit, mélanges en hommage à abdallah benhamou-, p.p. 202 et s. ص.ص. 709-710.

<sup>2</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 711.

الشخصية المُلغاة، والتي حلت محلها المادة 84 من مدونة الأسرة؛ حيث جاء في نص الفقرة الأولى من المادة أنه: "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه". ومن سياق المادة يتضح أن العبارة الأخيرة في النص تشير بوضوح إلى مسألة تعسف الزوج في الطلاق، والتعسف يعتبر من جملة المعايير التي يأخذها القاضي في الحسبان عند تقدير التعويض للزوجة. كما ضمن المشرع زيادة في مبلغ المتعة كتعويض لصالح المطلقة في الطلاق غير المبرر، والتعويض لا يترتب من الناحية القانونية عادة، إلا عن قول أن هناك فعل غير مشروع؛ أي أن التعويض جزء من المسؤولية المدنية، ومن الناحية القانونية التعويض هو أثر لعمل غير مشروع<sup>1</sup>.

وهناك من يرى من شرح مدونة الأسرة المغربية "أن مدونة الأسرة تحمل المسؤولية للطرف المتعسف في المطالبة بإنهاء الرابطة الزوجية للشقاق، حين يتضح للمحكمة بأن طلب الإنهاء للشقاق لم تكن لديه مبررات معقولة لهذا الإنهاء، ويمكن لمحكمة الاستئناف في ذلك بتقرير الحكمين، وكذا بالاستماع من طرف المحكمة لطالب الشقاق وتكوين قناعة القاضي بمدى وجاهة الأسباب من عدمها، وبالتالي الحكم بالتعويض أو عدمه لفائدة الطرف الآخر، ويمكن للمحكمة أيضا أن تحكم لصالح الزوجة طالبة إنهاء الزواج للشقاق إذا كان الزوج متعسفا ومتعنتا"<sup>2</sup>.

كما جاء في الدليل العملي لمدونة الأسرة المغربية ما يلي: "وعلى المحكمة عند تقديرها للمتعة أن تراعي مدى تعسف الزوج من عدمه في إيقاع الطلاق، فإذا ثبت لها أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول تعيّن عليها أن تراعي ذلك عند تقدير المتعة وما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار"<sup>3</sup>.

وتطبيقا لذلك يكون المشرع المغربي قد أخذ بالقول الأول مثله مثل المشرع الجزائري؛ وذلك باعتبار أن الزوج يكون متعسفا إن طلق بدون سبب أو مسوغ شرعي، كما أخذ بقول الجمهور في مسألة أن المتعة تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي، وهذا طبقا لقاعدة "لا يمكن أن يجبر الضرر مرتين".

ومن هذا المنطلق كرس العمل القضائي بالمغرب من خلال بعض أحكام وقرارات له، إذا منع الزوجة في الطلاق الرجعي من حصولها على تعويض عن الطلاق التعسفي، ويكتفي بالحكم لها بالمتعة<sup>4</sup>؛ حيث قضت محكمة الاستئناف بالرباط على أن "التعسف المتحدث عنه في المادة 84 من مدونة الأسرة تأخذه المحكمة بعين الاعتبار عند تقدير واجبات الزوجة بما فيها المتعة، ومن ثم فإن المحكمة في الوقت الذي حددت فيه مستحقات المطلقة من متعة وغيرها تكون قد راعت الأضرار اللاحقة بها، ومن ثم ليس هناك من مبرر قانوني للحكم

<sup>1</sup> - انظر. محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة (انحلال ميثاق الزوجية)، مرجع سابق، ص.70. وسارة بن شويخ، مرجع سابق، ص.383.

<sup>2</sup> - إدريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية. مقتبس عن سارة بن شويخ، المرجع نفسه، ص.ص.383-384.

<sup>3</sup> - الدليل العملي لمدونة الأسرة المغربية، لسنة 2006. مقتبس عن سارة بن شويخ، المرجع نفسه، ص.384.

<sup>4</sup> - عبد الرحمن الحجاجي، التعويض في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص.ص.159-160.

بالتعويض، الذي هو من مميزات مسطرة التطليق دون مسطرة الطلاق ... وأن المحددات القانونية التي يتحدث عنها الطرف المستأنف فيما يخص التعسف في إيقاع الطلاق وطلب التعويض عن الضرر الناتج عنه، لا تنطبق على الحالة التي هي معروضة على أنظار هذه المحكمة؛ إذ أن الأمر في نازلة الحال يتعلق بطلاق وفق مقتضيات المواد 78 إلى 93 من مدونة الأسرة، وليس بالتطليق كما هو محدد صوره وإجراءاته في المادة 94 وما يليها من مدونة الأسرة<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر أنه في مسألة حكم المتعة وعلى من تجب من المطلقات، قد أخذ المشرع بالقول الثالث في وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول والفرض؛ حيث نصت المادة 60 من المدونة: "يلزم كل مطلق بتمتع مطلقة إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحالها، إلا التي سمي لها الصداق وطلقت قبل الدخول".

وسار المشرع المصري على نهج التشريعات المغاربية السالف ذكرها، وذلك بأخذه بالقول الأول الذي اعتبر الزوج متعسفا إذا طلق زوجته من غير سبب أو مبرر مشروع؛ حيث نصت المادة 18 مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (100) لسنة 1985 على أن: "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها، تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسرا أو عمرا ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط". يستشف من سياق النص أن المشرع المصري أوجب المتعة للمطلقة قبل الدخول خروجاً عن الخلاف الذي قال به الفقهاء في مسألة حكم المتعة وعلى من تجب من المطلقات.

لقد أخذت بعض المحاكم في جمهورية مصر العربية بمبدأ التعويض، الذي أوجبه أصحاب القول الأول في مسألة وجوب التعويض عن الطلاق التعسفي<sup>2</sup>، بينما هناك من المحاكم الأخرى من لم توجهه، وهو ما قال به أصحاب القول الثاني<sup>3</sup>. وبالنسبة لمسألة المتعة إذا ما كانت تغني عن التعويض في حالة الطلاق التعسفي، فقد أخذ المشرع المصري بقول جمهور العلماء المعاصرين، ويظهر ذلك من خلال نصه على المتعة فقط في قانون الأحوال الشخصية المصري لسنة 1985، ولم ينص على التعويض عن الطلاق التعسفي؛ إلا أن بعض المحاكم في الجمهورية قد أقرت بمبدأ التعويض، بينما اكتفى البعض الآخر من المحاكم بالنص على المتعة فقط للمطلقة تعسفاً، مثلها مثل ما أوجبه المشرع المصري<sup>4</sup>.

لم ينص المشرع التونسي على الطلاق التعسفي في مجلة الأحوال الشخصية، وإنما اكتفى بالحديث عن

<sup>1</sup> - قرار صادر عن محكمة الاستئناف الرباط، بتاريخ 1890/06/11، ع. 347، غ.م. مقتبس عن عبد الرحمن الحجاجي، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

<sup>2</sup> - من المحاكم التي أوجبت التعويض للمطلقة تعسفاً: نجد محكمة مصر الكلية لسنة 1926، ومحكمة النقض المصرية لسنة 1940، ومحكمة الاستئناف القاهرة لسنة 1958. مقتبس عن جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص. 289.

<sup>3</sup> - ومن المحاكم التي لم توجه التعويض للمطلقة تعسفاً: نجد محكمة الاستئناف بمصر لسنة 1927، وللسنة 1931. مقتبس عن جميل فخري محمد جاتم، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

<sup>4</sup> - جميل فخري محمد جاتم، المرجع نفسه، ص. 359.

الطلاق لضرر في الفصل 31 من المجلة التي سبق ذكرها في الدراسة؛ حيث استلزم المشرع من خلال هذا الفصل التعويض عن الضرر الذي يقع جراء استعمال حق الطلاق، وقد يدخل ضمن الضرر الطلاق التعسفي حسب الوقائع<sup>1</sup>. وقد أوجب المشرع التعويض عن الطلاق من الذي أوقعه ورتب عنه ضرراً للزوج الآخر؛ لأن المشرع التونسي يرى أن طابعه غير المبرر يجعله تعسفياً موجبا للتعويض. وعلى ذات المسار ذهب فقه القضاء التونسي الذي اعتبر الطلاق طلاق إنشائي، فمن يرغب في الطلاق بإرادته المنفردة له، وذلك دون بيان أسبابه ودوافعه أن يتحمل نتائجها في حالة التعسف في استعماله<sup>2</sup>؛ أي إذا تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وبدون سبب أو مسوغ شرعي، أن يتحمل الغرامات المترتبة عن فك الرابطة الزوجية، حيث ورد في القرار التعقيبي الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 1975/04/30 أنه: "لا تقدر غرامة الطلاق التعسفي على أساس السبب أو الداعي إليه، وإنما على أساس النتائج الناجمة عنه للطرف المكره على الطلاق وظروف كل من الطرفين"<sup>3</sup>.

كما جاء في قرار آخر عنها: "الطلاق برغبة منفردة تنعدم به الأسباب المبررة لذلك، وأن طلبه ينشئ قرينة على التعسف في استعمال حق الطلاق، الأمر الذي يخول لمن تسلط عليه الطلاق أن يطلب غرم ضرره"<sup>4</sup>. ويتضح من سياق هذين القرارين أن مجرد اللجوء إلى طلاق إنشائي يعد قرينة على تعسف الزوج في الطلاق دون حاجة إلى ذكر الأسباب، ويوجب التعويض، وهذا على خلاف المشرع الجزائري والتشريعات العربية التي سيأتي ذكرها، والتي أعفت الزوج من التعويض إن كان له مسوغ شرعي، أو كان لطلاقه مبرراً شرعياً، أما إن طلق بدون سبب أو مبرر شرعي، أو لعذر تافه، ففي هذه الحالة يسأل عن طلاقه الذي أوقعه فيلزمه التعويض نتيجة تعسفه. وما يلاحظ على المشرع التونسي أنه لم يأخذ بكل من القولين، فهو رتب التعويض ليس لأن الزوج استعمل حقه بمرر أو بغير مبرر، وإنما للضرر الحاصل للطرف الآخر، وهو ما يستشف من القرار الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 2009/11/19، والذي جاء فيه: "يستشف من روح التشريع أن المشرع وضع قرينة حصول الضرر لمن سلط عليه الطلاق قهراً، وهو لذلك غير مطالب بإثبات مضرته، وإنما على من يدعي عدم حصولها أن يقدم الدليل على زعمه"<sup>5</sup>.

وبناء على ما سلف ذكره يتضح أن المشرع التونسي قد أوجب التعويض للمطلقة تعسفياً، أما في مسألة حكم المتعة فقد أوجبه لكل مطلقة وفق نص الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية السالفة الذكر، ويتضح من

<sup>1</sup> - ما يلاحظ على المشرع التونسي أنه جعل الطلاق إنشائي يشترك فيه الزوجان معاً ولهم مطلق الحرية في ممارسته، غير أنّ هذا الطلاق في جميع أحواله يوجب التعويض؛ حتى وإن لم يتعسف الزوج في استعمال هذا الحق يقع عليه وجوب تعويض الضرر اللاحق بالزوجة. سارة بن شويخ، مرجع سابق، ص.384.

<sup>2</sup> - سارة بن شويخ، المرجع نفسه، والصفحة نفسها. خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.711.

<sup>3</sup> - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، بتاريخ 1975/04/30، ع.11786، ن.م.ت، لسنة 1975، ج.2، ص.24. مقتبس عن خدام هجيرة، المرجع نفسه، ص.712.

<sup>4</sup> - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي، بتاريخ 2010/03/11، ع.42805. مقتبس عن سارة بن شويخ، مرجع سابق، ص.384.

<sup>5</sup> - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، بتاريخ 2009/11/19، ع.39553. مقتبس عن خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.713.



هذا الفصل أن المشرع قد أخذ بالقول الأول في مسألة وجوب المتعة لكل مطلقة.

كما أخذ المشرع التونسي - مثله مثل المشرع المغربي - في ما جاء به جمهور العلماء المعاصرين أن المتعة تغني عن التعويض في حالة الطلاق التعسفي، وهذا ما يستشف من سياق الفصل 31 من المجلة، على أنه إذا رغب الزوج في إنشاء الطلاق يقرر الحاكم ما تتمتع به الزوجة من الغرامات المالية لتعويض الضرر الحاصل لها؛ بمعنى أن المشرع قد اعتبر المتعة تعويضا للمطلقة عن الضرر الحاصل لها، وأنها تغني عن التعويض<sup>1</sup>.

ولقد حذا المشرع الأردني حذو التشريعات العربية السالف ذكرها، وذلك بأخذه بالقول الأول في اعتبار الزوج متعسفا إذا طلق زوجته بدون سبب أو مبرر شرعي، وهذا طبقا لنص المادة 155 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء فيها: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول...". وجاء في قرار محكمة الاستئناف الشرعية مؤيدة ما جاء به المشرع الأردني: "الطلاق في أصله مكروه شرعا، ويكون تعسفا إذا لم يكن لسبب مشروع"<sup>2</sup>. كما ورد في قرار قضائي آخر: "إن طلاق الزوج لزوجته في أصله مكروه شرعا، ويعتبر طلاقا تعسفا ما لم يكن الطلاق لسبب معقول"<sup>3</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الأردني أخذ بالقول الثالث في وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول والفرض، وهذا طبقا لنص المادة 55 من قانون الأحوال الشخصية، والتي جاء فيها: "إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر، وقبل الدخول والخلوة الصحيحة، فعندئذ تجب المتعة، والمتعة تعين حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج، على أن لا تزيد عن نصف مهر المثل". غير أن المشرع في مسألة ما إن كانت المتعة تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي، نجده قد خالف جمهور العلماء المسلمين المعاصرين، واعتبر أن المتعة لا تغني عن التعويض في ذلك الطلاق، ويظهر ذلك من خلال تفريقه بين المتعة والتعويض، وقرر استحقاق المطلقة بدون سبب شرعي التعويض المحدد<sup>4</sup>، وهذا ما يستشف من نص المادة 155 من القانون السالف الذكر، والذي جاء فيه: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفا - كأن طلقها لغير سبب معقول - وطلبت من القاضي التعويض، حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد عن نفقة ثلاث سنوات، ويراعى في فرضها حال الزوج عسرا ويسرا، ويدفع جملة إذا كان الزوج موسرا، وأقساطا إذا كان معسرا، ولا يؤثر ذلك على حقوقها الأخرى". يستشف من سياق النص أن المشرع أخذ بالقول الأول في وجوب التعويض للمطلقة تعسفا.

أما المشرع العراقي فلم يتطرق إلى الطلاق دون سبب، وإنما اكتفى بمنح القاضي السلطة التقديرية في تحديد الضرر إن كان ناجما عن طلاق تعسفي أو لا ومقداره؛ حيث نص في الفقرة الثالثة من المادة 39 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها، وإن الزوجة

<sup>1</sup> - جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص. 360.

<sup>2</sup> - قرار قضائي رقم 20245، لسنة 1978، ص. 44. مقتبس عن جميل فخري محمد جاتم، المرجع نفسه، ص. 228.

<sup>3</sup> - قرار قضائي رقم 19859، لسنة 1978، ص. 44. مقتبس عن جميل فخري محمد جاتم، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

<sup>4</sup> - عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 206.

أصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه، يقدر جملة، على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى". يتضح من نص المادة أن المشرع قد منح القاضي سلطة تقدير الطلاق ما إن كان الطلاق الذي أوقعه الزوج تعسفياً أم لا، وسلطة تقدير التعويض، ودرجة تعسفه وحالته المادية. وعليه، فإذا تبين للقاضي أن الطلاق الذي أوقعه الزوج كان دون سبب أو من غير مسوغ شرعي أو لعذر تافه، حكم للمطلقة بالتعويض مع حفظ حقوقها الأخرى.

يمكن أن نستنتج من سياق النص السالف الذكر أن المشرع وإن كان لم ينص على الطلاق دون سبب صراحة، ومنح تقدير التعسف في الطلاق للقاضي؛ بمعنى إذا ثبت للقاضي أن طلاق الزوج بدون سبب حكم لها بالتعويض، وهنا يمكن أن نقول أن المشرع العراقي أخذ بالقول الأول في اعتبار الزوج متعسفاً في استعمال حق الطلاق دون سبب، كما أخذ بالقول الأول في مسألة وجوب التعويض للمطلقة تعسفياً. وبالنسبة لمسألة ما إن كانت المتعة تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي، فنجد المشرع العراقي قد حذا حذو المشرع الأردني بجعل المتعة لا تغني عن التعويض في ذلك الطلاق، وهذا ما يستشف من سياق النص السالف ذكره، والذي ذكر فيه المشرع الحكم بالتعويض للمطلقة تعسفياً علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى. وعليه، يكون المشرع قد خالف جمهور العلماء المعاصرين في هذه المسألة. أما بالنسبة لحكم المتعة فلم يتطرق المشرع إلى هذه المسألة، فيتم الرجوع في هذه الحالة إلى الشريعة الإسلامية.

نستنتج من خلال ما سبق ذكره أن الزوج يعتبر متعسفاً في استعمال الحق إن أوقع الطلاق دون سبب أو مسوغ مشروع، ومن صور الطلاق دون سبب: تطليق المرأة انتقاماً منها لمطالبتها بحق لها، أو لعدم تعاونها معه على الإثم والعدوان، أو لعدم تسترها على انحرافاته السلوكية، أو بقصد ابتزازها وابتزاز أهلها لتحقيق أغراض شخصية، أو مضارة لأهلها لسبب أو لآخر<sup>1</sup>، أو تطليقها لأنها بلغت من العمر عتياً، أو تطليقها لأنه وجد فتاة حسناء يرغب في التزوج بها ولا يريد أن ينفق على زوجتين معاً، أو أن تكون الزوجة الثانية قد سألت عن طلاق الزوجة الأولى، أو تطليقها لأن خلفتها بنات وكان يشعر بالمرّة من تلك الخلفة... وغيرها من الأسباب الواهية والدنيئة التي يرى أنها موجبة لحقه في إيقاع الطلاق. كما قد يتعسف الزوج في إيقاع الطلاق حتى على فراش الموت بنية الإضرار بالزوجة، وهو ما سنراها من خلال هاته الدراسة الآتي تبيانها على ضوء دراسة طلاق المريض مرض الموت.

### ثانياً: طلاق المريض مرض الموت

يعتبر الطلاق في مرض الموت صورة أخرى من صور تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق، ويعرف مرض الموت بأنه: "الحالة التي يصاب بها المرء من فقدان صحته تدريجياً، ويعقبها الموت وهو الفناء"<sup>2</sup>، وقد وضع الفقهاء شروطاً لاعتباره مرض موت ينظر في تصرفات صاحبه؛ تمثل الشرط الأول في أن يكون المرض من الأمراض التي

<sup>1</sup> - جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص.230.

<sup>2</sup> - عبير ربحي شاكور القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.226-227.

يعقبها الموت في أكثر الأحيان (كأمراض القلب، والسرطان، والسيدا، ومرض الزهري، ومرض الفشل الكلوي، وأمراض الدم وغيرها...)، وتجسد الشرط الثاني في أن يعقب المرض الموت فعلا، أما الشرط الثالث تمثل في أن يكون المرض قد أعجزه عن القيام بواجباته، فأصبح غير قادر على رؤية مصالحه، وأشغاله المعتادة، ويلحق بالمريض مرض الموت كل شخص يغلب على حاله الهلاك، ويتصل بها موته فعلا، ولو كان الشخص معافى سليما، ليس به أي مرض، كالذي يحكم عليه بالإعدام (مثل القصاص، أو الرجم)، أو من خرج ليبارز شخصا آخر، أو من وقع في فم حيوان مفترس، أو من تحطمت به السفينة وغرقت وبقي على لوح... فهذه الحالات وأمثالها تأخذ حكم المريض مرض الموت ولو لم يكن صاحبها مريضا؛ وذلك لأنها تدل -في الغالب- على هلاك صاحبها<sup>1</sup>.

وبناء على ما سلف ذكره، فإذا فقد المريض شرطا من هذه الشروط التي ذكرناها آنفا، لم يكن مرضه مرض الموت، ويكون تصرفه فيه حكم تصرف الصحيح؛ ذلك لأن الأصل في تصرفات المريض أنها نافذة كالصحيح، ما دام الشخص واعيا مدركا لما يدور حوله، ويقدر الآثار، كما تترتب النتائج عن تصرفاته، حتى وإذا صدرت منه تصرفات مجحفة بالغير مضرة بهم، وسواء كان ذلك عن قصد أو بدون قصد (كتهريبه بماله كله، وبيعه بمحابة، أو تطليقه لزوجته... وغير ذلك من التصرفات التي ما كان ليقوم بها في غير مرضه)، فإن تصرفه في تلك الأوضاع موقوف ومحجور عليه فيها<sup>2</sup>، وما يهمننا في هذه الدراسة هو تصرف المريض مرض الموت بإيقاعه الطلاق على زوجته، وصادف ذلك الطلاق محلا له. وعليه، وحتى يتم التوسع أكثر في هذه الدراسة، لا بد من التعرض إلى حكم طلاق المريض مرض الموت (أ)، وكذا لا بد من التعرّيج على موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من طلاق المريض مرض الموت (ب).

### أ- حكم طلاق المريض مرض الموت

إذا مرض الرجل مرضا لا يؤثر على عقله، أو كان مرضه مرضا لا يغلب عليه الهلاك، أو كان مرضه يغلب عليه الهلاك، فقد اتفق الفقهاء على أن الطلاق يقع وتترتب عليه جميع آثاره التي تترتب على الطلاق الصحيح؛ وعليه، فإن طلقها طلاقا رجعيا ثم توفى وهي في عدتها ورثته لبقاء الزوجية الموجبة للميراث وسائر الأحكام كالظهار والإيلاء -وذلك لأنه يملك إرجاعها ما دامت في العدة بغير رضاها وبدون عقد جديد-، أما إذا توفى بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها لانتهاء آثار عقد الزواج، كما اتفق الفقهاء على أن الزوج إذا طلق زوجته حال صحته طلاقا بائنا أو رجعيا وبانت منه بانقضاء عدتها، فلا توارث بينهما؛ لأن الزوجية سبب الميراث، وحيث لا زوجية فلا

<sup>1</sup> - عبيد رجي شاکر القدومي، المرجع نفسه، ص.ص. 227-228. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 201. محمد عطشان عليوي، حكم طلاق المريض مرض الموت، ع. 22، مجلة الفتح، د.ب.ن، لسنة 2005، ص. 167.

<sup>2</sup> - انظر. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص.ص. 200-201. محمد عطشان عليوي، حكم طلاق المريض مرض الموت، مرجع سابق، ص. 167. عبيد رجي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 228.

إرث، وهنا الزوج في حال صحته فلا يعتبر فاراً من الميراث، فلا تهممة عليه<sup>1</sup>. وحتى يتم التفصيل في هذه النقاط، ومعرفة حكم طلاق المريض مرض الموت، لا بد من التعرض إلى موقف الفقه الإسلامي من حكم توريث المطلقة في مرض الموت (01)، وتبيان شروط توريث المطلقة ثلاثاً في مرض الموت (02)، وكذا التعرّيج على حكم تعليق الزوج الطلاق البائن في المرض (03).

### 1- موقف الفقه الإسلامي من حكم توريث المطلقة في مرض الموت

تعتبر تصرفات المريض مرض الموت موقوفة محجورة عليه فيه - كما سبق وذكرنا - وعليه، فإذا أوقع المريض مرض الموت الطلاق وصادف محلاً؛ أي إذا كانت الزوجة في حباله حقيقة أو حكماً، وقع الطلاق ولزم في حق زوجته، ولا مجال لردّه بأي حال من الأحوال، إلا أن الآثار المترتبة عن الطلاق من التحريم وانقطاع التوارث بانتهاء العدة يثبت بعضها ويوقف بعضها بحسب تعلق حق الغير فيه<sup>2</sup>. والطلاق كما هو معروف في الشريعة الإسلامية، إما أن يكون رجعياً أو يكون بائناً (بينونة صغرى أو كبرى). وعليه، فإذا طلق الزوج زوجته رجعياً أو بائناً وكان في مرض الموت، يعتبر الطلاق بإجماع الفقهاء طلاقاً فاراً<sup>3</sup>. ولقد اتفق الفقهاء على أن المريض مرض الموت إذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً يملك فيه عودتها ما دامت في العدة، فإن الزوجة ترث زوجها المريض إن مات في عدة هذا الطلاق؛ ذلك لأن المطلقة رجعياً زوجة من وجه، فهو يقدر على مراجعتها أتي شاء ما دامت في العدة - فيلحقها طلاقه وظهاره - حتى إذا انقطعت عدتها حرمت عليه، وانقطعت الآثار بينهما بما فيها التوارث، فلا ترثه ولا يرثها، وذلك عند الفقهاء إلا الحنابلة، الذين قالوا أنها ترث وإن انتهت عدتها ما لم تتزوج، ولأنها إذا ماتت في عدتها من الطلاق الرجعي ورثها فكذلك هي<sup>4</sup>.

وأما إذا طلق المريض مرض الموت زوجته طلاقاً بائناً لا يملك عودتها فيه، بأن أكمل الطلاق بثلاث، فقد اختلف الفقهاء في ميراثها، وهذا حسب ما إن كان مدخولاً بها أو غير مدخول بها. وعليه، سنتعرض في البدء لمسألة ميراث المطلقة بائناً غير المدخول بها، وبعدها نتناول مسألة ميراث المطلقة بائناً المدخول بها.

<sup>1</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، مرجع سابق، ص.218. ابن قدامة، المغني، ج.7، مرجع سابق، ص.217. الشربيني، مغني المحتاج، ج.3، مرجع سابق، ص.294. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص.203. محمد عطشان عليوي، حكم طلاق المريض مرض الموت، مرجع سابق، ص.168.

<sup>2</sup> - عبيد رجي شاعر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.229.

<sup>3</sup> - سمي طلاق الفار أو الفرار، لأنّ الزوج يقصد بالطلاق الفرار من ميراثها، والتهرب من كتاب الله - سبحانه وتعالى - وحكمه. انظر. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.202.

<sup>4</sup> - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج.2، مرجع سابق، ص.132. ابن قدامة، المغني، ج.6، مرجع سابق، ص.268. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، مرجع سابق، ص.354. عبيد رجي شاعر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.229.

### 1-1-1- موقف الفقه الإسلامي من ميراث المطلقة بائنا غير المدخول بها

انقسم فقهاء المذاهب السنية في مسألة ميراث المطلقة بائنا غير المدخول بها على قولين؛ حيث ذهب البعض منهم إلى اعتبار المطلقة بائنا غير المدخول بها لا ترث، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بأن المطلقة بائنا غير المدخول بها لا ترث.

#### 1-1-1-1- اعتبار المطلقة بائنا غير المدخول بها لا ترث في مرض موت زوجها

ذهب جمهور الفقهاء من: الحنفية والشافعية والحنابلة في قول لهم إلى أن المطلقة غير المدخول بها لا ترث إن طلقها زوجها وكان في مرض الموت؛ وذلك لأنه لا عدة لها فلا ميراث، ولها نصف الصداق<sup>1</sup>.

#### 1-1-2- اعتبار المطلقة بائنا غير المدخول بها ترث في مرض موت زوجها

ذهب المالكية والحنابلة في قول آخر لهم إلى أن الزوج إذا طلق زوجته في مرض موته طلاقاً بائناً، وكان لم يدخل بها فإنها ترثه؛ لأنه فار في طلاقها، مضار بها<sup>2</sup>.

والقول الراجح في هذه المسألة هو قول الجمهور؛ حيث أن الآية الكريمة ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾<sup>3</sup>، قد صرحت بأن لا عدة على المطلقة غير المدخول بها؛ لأن الزوجية بينهما تنتهي بمجرد الطلاق، فلا يعقل أن تبقى آثاره من ميراث أو نفقة مع زوالها<sup>4</sup>.

### 2-1-2- موقف الفقه الإسلامي من ميراث المطلقة بائنا المدخول بها

أما إذا طلق الزوج زوجته ثلاثاً وكان قد دخل بها، فقد اختلف الفقهاء في المطلقة بائناً في مرض الموت إن كانت ترث زوجها أم لا؛ حيث ذهب بعضهم إلى القول بأن المطلقة بائناً في مرض الموت المدخول بها ترث زوجها، وذهب البعض الآخر إلى القول بأن المطلقة بائناً في مرض الموت المدخول بها لا ترث زوجها.

#### 1-2-1- المطلقة بائنا في مرض الموت المدخول بها ترث زوجها

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في القديم والحنابلة، إلى القول أن الزوجة إذا طلقها زوجها طلاقاً بائناً في مرض الموت وكان قد دخل بها، ومات وهي في العدة فإنها ترثه، غير أنها إذا ماتت قبله في عدتها من طلاقها فإنه لا يرثها<sup>5</sup>، وقد استدل أصحاب هذا القول من السنة النبوية الشريفة لما روي عن سليمان بن موسى أنه قال: "قال -صلى الله عليه وسلم-: من قطع ميراثاً فرضه الله تعالى قطع الله ميراثه من الجنة"، وجه

<sup>1</sup> - ابن قدامة، المغني، ج.6، مرجع سابق، ص.268. عبير ريجي شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.230.

<sup>2</sup> - جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.204.

<sup>3</sup> - الآية 49 من سورة الأحزاب.

<sup>4</sup> - عبير ريجي شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.230.

<sup>5</sup> - ابن قدامة، المغني، ج.7، مرجع سابق، ص.217. ابن رشد، بداية المجتهد، ج.2، مرجع سابق، ص.82. الشريبي، مغني المحتاج، ج.3، مرجع سابق، ص.294.

الدلالة من الحديث الشريف أنه نص على حرمة منع الوارث من حقه أو التسبب في المنع، والمطلق ثلاثاً في مرضه قاطع لميراث مستحقه، فيعامل بنقيض قصده، فجعل طلاقه لا يؤثر في حقه من الميراث<sup>1</sup>. ومن الأثر ما رواه صالح أن عثمان بن عفان -رضي الله عنه- ورث تناصر بنت الأصبع الكلبية من عبد الرحمن بن عوف -رضي الله عنه- حين طلقها في مرضه، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، فلم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً. وجه الدلالة أن قيام عثمان بن عفان بتوريث المبتوتة في مرض الموت، دل على عدم انقطاع ميراثها منه لاحتمال فراره من ميراثها<sup>2</sup>.

كما اختلف أصحاب هذا القول فيما إذا كانت ترث المبتوتة بعد انتهاء عدتها أو لا ما لم تتزوج على قولين؛ حيث ذهب أصحاب القول الأول من الحنفية والشافعية في القديم والحنابلة في قول لهم إلى أن المبتوتة ترث ما دامت في العدة، إما إذا انتهت عدتها فلا توارث مطلقاً بينها وبين زوجها لانتهاء الصلات بينهما<sup>3</sup>.

وذهب المالكية إلى القول أن المبتوتة مطلقاً وإن انتهت عدتها، أو تزوجت بعدها فإنها ترث، سواء كان الطلاق منه أو منها، وسواء قصد حرمانها أم لم يقصد؛ اكتفاء بهذه المظنة -والتي هي مرض الموت- التي يقيمها مقام المنة، وهذه نظرة موضوعية من قبل الفقه المالكي وحتى من قبل الفقهاء الذين قالوا بوجود توريث المبتوتة في مرض الموت؛ لأن النظرة الموضوعية في مثل هكذا مسائل تقتضي أن لا ينظر إلى الصور في آحادها؛ بل يكون النظر في مجموعها، وهذا تطهيراً للمجتمع من الفساد<sup>4</sup>، وذهب قول ثالث، وهو قول الحنابلة إلى أن المبتوتة ترث في مرض الموت ما لم تتزوج غيره<sup>5</sup>.

والقول الراجح في هذه المسألة هو القول الذي جاء به الحنفية والشافعية في القديم والحنابلة، في قول لهم أن المبتوتة ما دامت في عدتها فإنها ترث، أما إذا انتهت عدتها فلا توارث بينهما؛ وذلك لأن العدة أثر من آثار الطلاق ثبتت فيها بعض أحكام الزواج من الميراث ولو أحقها الظهار والإيلاء، ما دامت فيها، فبانقضاء عدتها تنقطع العلاقات بين الزوجين، فلا توارث بينهما؛ وذلك لأن الميراث بعد انقضاء العدة قد يؤدي إلى مآل ممنوع شرعاً، إذ أنه يفرض إلى توريث أكثر من أربع نسوة، كأن يكون قد تزوج رابعة بعد طلاقها وانقضاء عدتها، وتطبيقاً لذلك سيشترك مع زوجاته الأربع في ثمن التركة أو ربعها، فيوزع الميراث حينئذ على خمسة أسهم، وهذا غير جائز شرعاً، ناهيك عن ظلم الورثة من الزوجات؛ حيث لا يجوز أن يقل نصيب إحداهن من تركة الزوج عن ربع

<sup>1</sup> - عبير ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 231.

<sup>2</sup> - لقد ورد أنّ عبد الرحمن بن عوف ما فر من ميراثها، وإنما كانت بقية تطليقتين، فرما حمل على كراهته لها، خصوصاً وأنّ ابن عوف من المبشرين بالجنة، فلا يعقل أن يظلم زوجته في حق شرع لها، وإنما يحمل على معنى آخر في نفسه. انظر. عبير ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 232.

<sup>3</sup> - الشريبي، مغني المحتاج، ج. 3، مرجع سابق، ص. 294. ابن قدامة، المغني، ج. 6، مرجع سابق، ص. 268.

<sup>4</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج. 2، مرجع سابق، ص. 353. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 171.

<sup>5</sup> - عبير شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 235.

التمن بأي حال من الأحوال. أما أن نقول بتوريثها ما لم تتزوج فإن فيه مفسدة كبيرة؛ وذلك لأن بقاء المرأة بدون زوج فيه مفسدة كبيرة لها، والقول بتوريثها وهي في حبال زوج آخر فإن ذلك يترتب عليه أن سترت أزواجاً أكثر، كل منهم مات في مرض موته بعد أن طلقها ثلاثاً، وهذا مخالف للأصول<sup>1</sup>.

### 1-2-2- المعلقة بائنا في مرض الموت المدخول بها لا ترث زوجها

ذهب الشافعية في الجديد والظاهرية<sup>2</sup>، إلى أن الزوجة إذا طلقا زوجها طلاقاً بائناً في مرض موته فإنها لا ترثه، وهذا القول قال به أيضاً عبد الله بن الزبير<sup>3</sup>، وقد استدلت أصحاب هذا القول بما جاء في القرآن الكريم لقوله تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾<sup>4</sup>. وجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى قد قطع الصلات بين الزوجين بالطلاق البائن مطلقاً، وأنها لا تحل له حتى تنكح غيره، فكيف يقال بتوريثها وقد أضحت محرمة عليه وحلالاً لغيره من الأزواج؟!<sup>5</sup> كما استدلوها بما جاء في السنة النبوية الشريفة لما روي عن أبي هريرة -رضي رضي الله عنه- أنه قال: "قال -صلى الله عليه وسلم-: ثلاث جدهن جد، وهزلن جد: النكاح والطلاق والرجعة"<sup>6</sup>. وجه الدلالة من الحديث الشريف أن الجد والهزل في النكاح والطلاق والرجعة نافذ وواقع، وتترتب عليه عليه الآثار دون تفريق بينهما<sup>7</sup>.

والقول الأولى بالرجحان في هذه المسألة هو القول الأول، الداعي إلى توريث المطلقة ثلاثاً في مرض زوجها ما دامت في عدتها ولم تنقطع العلائق بينهما -فإذا انقضت فلا ميراث لها-، وهذا لقوة أدلته وموافقته لروح العدالة في الشريعة الإسلامية؛ وذلك لأن العدل يقتضي إعطاء كل ذي حق حقه، والمريض مرض الموت لما أيقن الهلاك وقربه من الفناء بأن ظهرت القرائن الدالة على هلاكه وقرب أجله، وظهر ذلك في سوء حالته، شرع إلى إيقاع الطلاق على زوجته -مع حاجته إليها- وهذا بغية حرمانها من الميراث، فيعامل بنقيض قصده، وترث منه إن مات في عدتها، أما إذا انقضت عدتها فلا توارث بينهما -لانقطاع العلائق بينهما- سواء تزوجت بآخر أم لم تتزوج؛ وذلك لأن الميراث بعد انقضاء العدة قد يؤدي إلى مآل ممنوع شرعاً كما سبق وأن بينا. والقول بعدم توريث المتوتة مطلقاً فإنه يؤدي -وبدون شك- إلى إلحاق الضرر بالزوجة، ويتعارض مع مصلحة المحافظة على حقها في

<sup>1</sup> - جميل فحري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.204. عبير شاکر القدومي، المرجع نفسه، ص.ص.234-235.

<sup>2</sup> - ابن حزم، المحلى بالآثار، ج.9، مرجع سابق، ص.486. عبير رجي شاکر القدومي، المرجع نفسه، ص.231.

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، ج.6، مرجع سابق، ص.268.

<sup>4</sup> - الآية 230 من سورة البقرة.

<sup>5</sup> - عبير رجي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.233.

<sup>6</sup> - أبو داود، سنن أبي داود، ج.2، حديث رقم 2194، مرجع سابق، ص.266.

<sup>7</sup> - جميل فحري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.209.

الميراث، ولذلك لا يؤخذ بقولهم لوجود مفسدة تلحق بالزوجة وبالمجتمع ككل، وهذا عملاً بالمصلحة الأرحح<sup>1</sup>، وعملاً بقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>، وقاعدة "الضرر يزال"<sup>3</sup>.

## 2- شروط توريث المطلقة ثلاثاً في مرض الموت

اشترط الفقهاء عدة شروط لتوريث المطلقة ثلاثاً في مرض الموت، وهي على النحو التالي:

● أن يكون الطلاق في مرض الموت، وأن يكون الزوج قد مات بسببه ولم يبرأ منه حتى مات. وعليه، فإذا مرض وطلق خلال مرضه ثم استعفي منه وبرأ فلا ميراث لها إن انقضت عدتها؛ لأنه تبين أن مرضه ليس مخوفاً، فلا يكون بذلك قاصداً للإضرار وهذا باتفاق فقهاء المذاهب السنية<sup>4</sup>.

● أن يكونا ممن يتوارثان حيث الطلاق؛ أي أن تكون الزوجة وارثة أو أهلاً للميراث من وقت طلاقها إلى وقت وفاته؛ بمعنى أن يكونا مسلمين، فلو كانت كتابية وقت الطلاق فلا ترث عند الجمهور غير المالكية<sup>5</sup>؛ لأنه عند المالكية ترث الكتابية إن طلقها زوجها في مرض موته ثم أسلمت وهي في عدتها<sup>6</sup>، أما من كانت أهلاً عند الميراث ثم ارتدت، فقد سقط حقها في الميراث، ومن كانت أهلاً للميراث عند الطلاق ثم ارتدت في العدة، ثم رجعت عن ردتها قبل وفاة الزوج وهي في العدة، فإنها لا ترث منه<sup>7</sup>.

● أن يكون الطلاق بغير رضا الزوجة واختيارها؛ أي بأن أوقعه الزوج بمطلق رغبته، ودون أن تسأله الزوجة إياه أو تخالعه؛ وذلك لأنها إن سألت زوجها الطلاق البائن أو خالعه فلا ترث منه عند الحنفية، والشافعية في القديم، والحنابلة في الصحيح؛ وذلك لأنها رضيت بإسقاط حقها في الميراث، وأن الطلاق كان باختيارها، فلا يتهم عندئذ بقصده في الإضرار<sup>8</sup>. أما المالكية فقالوا بأنها ترث وإن خالعه أو سألته الطلاق؛ لأن الزوج أوقع الطلاق في مرضه، وهذا الذي يعتد به عندهم<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> - عبيد ربحي شاكِر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 239. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، المرجع نفسه، ص. 218-219.

<sup>2</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص. 165.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص. 179.

<sup>4</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، ج. 3، مرجع سابق، ص. 224. الدردير، الشرح الصغير، ج. 2، مرجع سابق، ص. 528. ابن قدامة، المغني، ج. 6، مرجع سابق، ص. 269.

<sup>5</sup> - ابن الهمام، فتح القدير، ج. 4، مرجع سابق، ص. 145. الشربيني، مغني المحتاج، ج. 3، مرجع سابق، ص. 293. ابن قدامة، المغني، ج. 6، مرجع سابق، ص. 270.

<sup>6</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج. 2، مرجع سابق، ص. 353.

<sup>7</sup> - جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص. 219.

<sup>8</sup> - الشربيني، مغني المحتاج، ج. 3، مرجع سابق، ص. 294. البهوتي، كشاف القناع، ج. 4، مرجع سابق، ص. 404-405. عبيد ربحي شاكِر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 240.

<sup>9</sup> - ابن رشد، بداية المجتهد، ج. 2، مرجع سابق، ص. 90.



• أن يكون الطلاق منشأ؛ أي بأن يقع الطلاق حالاً، فلو أقر في مرضه أنه كان قد طلقها سابقاً بحيث تنقضي العدة كلها أو بعضها قبل المرض، فلا ترث عند الشافعية في القول الصحيح؛ لأنه لما طلقها سابقاً في صحته لم يكن فاراً، ولا تستثنى زوجته في الميراث من المطلقات البائئات، فلا يقال بتوريثها<sup>1</sup>. أما المالكية والحنابلة فقالوا بأنها ترث؛ لأن إقراره في المرض كالإنشاء فيه، فتجري عليه أحكام الإنشاء بتوريثها منه، وعدم استحقاقه هو للميراث<sup>2</sup>. والقول الراجح في هذه المسألة هو القول بتوريثها؛ وذلك لأنه متهم في مرضه بحرمانها من الميراث، ولما عجز عن ذلك وعلم أنه قد يرد عليه قصده ولا يعمل طلاقه في حق الإرث، عمد إلى حيلة أخرى ألا وهي الإقرار بأن الطلاق سبق في الصحة، وأن العدة قد انتهت، فلا تستحق الميراث، فيعامل بنقيض قصده لتعمده الإضرار وسوء نيته<sup>3</sup>.

• أن تكون الفرقة بطلاق لا بلعان وفسخ، فإذا كان الزوج مريضاً ولاعن زوجته وفسخ النكاح بسببه، فلا ترث عند الشافعية في قول لهم؛ وذلك لأن الملاءن ليس بفار؛ لأن له شبهة رد عار زنى زوجته عن نفسه، وذلك حق له<sup>4</sup>. أما المالكية والحنابلة فقالوا بأنها ترث؛ لأن الفرقة كانت بسببه، فتقوم مقام تطليقها بإرادته، فيعامل بنقيض قصده وترث زوجته منه<sup>5</sup>، والرأي الراجح هو القول بعدم توريثها؛ لأن الأصل عدم توريث المطلقة ثلاثاً، وإنما استحسنت توريثها لاحتمال قصده الإضرار بها، وليس الاحتمال موجوداً في الملاءنة فلا ترث<sup>6</sup>.

كما اشترط الفقهاء أن يكون الطلاق منجزاً غير معلقٍ ودون اشتراط. والسؤال المطروح في هذا الصدد في حالة ما إذا علق الزوج طلاقه على حصول فعل ما، أو أوقع الطلاق المعلق على حصول شرط ما، فما الحكم في ذلك؟

### 3- تعليق الزوج الطلاق البائن في مرض الموت

يكون تعليق الزوج الطلاق البائن في مرض الموت بواحد من الأمور الأربعة الآتية:

<sup>1</sup> - الشريبي، مغني المحتاج، ج.3، مرجع سابق، ص.294.

<sup>2</sup> - الدردير، الشرح الصغير، ج.2، مرجع سابق، ص.528. ابن قدامة، المغني، ج.7، مرجع سابق، ص.270.

<sup>3</sup> - عبيد ربحي شاكراً القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.242.

<sup>4</sup> - الشريبي، مغني المحتاج، ج.3، مرجع سابق، ص.294.

<sup>5</sup> - ابن قدامة، المغني، ج.6، مرجع سابق، ص.271. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.220. ص.220. أما لو فارقت الزوجة زوجها بسبب عيب فيه كالجلب أو بخيار البلوغ؛ وذلك لأنها فرقة من قبلها، وهي بطلبها الفرقة تكون قد أسقطت حقها في الميراث، فلا ميراث لها لأن الطلاق كان باختيارها، وهذا القول جاء به الحنفية والشافعية في قول لهم. عبيد ربحي شاكراً القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.240-241.

<sup>6</sup> - عبيد ربحي شاكراً القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.241.

● أن يحلف الزوج في مرضه على امرأته بطلاقها بائنا ويعلقه على فعله هو وفعله في المرض، سواء كان التعليق بالصحة أم المرض، وسواء كان له غنى عن الفعل أم لم يكن، فإنها ترثه باتفاق الفقهاء؛ ووجه قولهم في توريثها أنه يصبح فارا لوجود قصد الإبطال، إما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض<sup>1</sup>.

● أن يعلق الزوج الطلاق البائن على فعلها، فإن كان التعليق والشرط في المرض، والفعل مما لها منه بد لا ترث عند الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة؛ لأنها راضية بذلك<sup>2</sup>، أما إن كان الفعل مما لا غنى لها عنه (كأداء الفروض، أو بر الوالدين)، فإنها ترث عند الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إن أحنته؛ وذلك لأنه فعل لا بد منه، وإن التعليق على الأمر الضروري الذي لا بد من فعله عنه -لما يترتب عن تركه من العقاب في الآخرة- قرينة ظاهرة على قصد الإضرار بالزوجة، فيرد عليه قصده<sup>3</sup>.

● أن يعلق الزوج الطلاق البائن على فعل أجنبي، فإن كان التعليق في المرض والفعل فيه أيضا، فإنها ترث عند الحنفية والشافعية في قول؛ وذلك لأنه قصد إبطال حقها فيعاقب بنقيضه<sup>4</sup>. أما إن كان التعليق في الصحة والفعل في المرض، فإنها لا ترث؛ وذلك لأنه لما علق بالصحة لم يكن يعلم بمرضه فيما بعد، ولم يقصد الفرار من ميراثها وإن قصد أمرا آخر، فلا ترث، وهذا عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد<sup>5</sup>. أما زفر من الحنفية، والقاضي من الحنابلة فقال بأنها ترث؛ وذلك لأن العبرة في التوريث عند حصول الشرط، وهو في وقته مريض، فتعامل معاملة مطلقة المريض<sup>6</sup>.

● أن يعلق الزوج الطلاق البائن على مجيء الوقت (كمجيء رأس السنة)، أو بأمر سماوي (كهبطول المطر أو نزول الثلج)؛ فيعتبر هذا التعليق كالتعليق على فعل الأجنبي، فعند الحنفية ترث إن كان التعليق في المرض، أما إن كان التعليق في الصحة ثم جاء الوقت الذي علق عليه الطلاق، أو تحقق الأمر السماوي في وقت المرض، فلا ترث عند أبي حنيفة والشافعي، وترث عند زفر من الحنفية<sup>7</sup>.

وبناء على ما سلف ذكره أمكن القول أن هذه الشروط تساعد في الكشف عن نية المطلق، وقصده الإضرار بزوجته؛ وذلك من خلال القرائن الدالة على تعليق الطلاق على أفعال أو أقوال لا يد للزوجة فيها، مما

<sup>1</sup> - ابن قدامة، المغني، ج.6، مرجع سابق، ص.271. عبيد ربحي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص.242. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.221.

<sup>2</sup> - الكاساني، البدائع الصنائع، ج.3، مرجع سابق، ص.222. ابن قدامة، المغني، المرجع نفسه، ص.224.

<sup>3</sup> - البهوتي، كشاف القناع، ج.4، مرجع سابق، ص.405. عبيد ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.242-243. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.221.

<sup>4</sup> - عبيد ربحي شاكرا القدومي، المرجع نفسه، ص.243.

<sup>5</sup> - ابن قدامة، المغني، ج.6، مرجع سابق، ص.271.

<sup>6</sup> - المرجع نفسه، ص.271-272.

<sup>7</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، ج.4، مرجع سابق، ص.157. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.222.

يظهر جليا تعنته وقصده في إساءة استعمال حق الطلاق، من خلال تبييت نية الإضرار بها، ولكن الإسلام يقف ضده فيعامله بنقيض قصده، فترث منه زوجته<sup>1</sup>.

وعليه، وكما يقول فتحي الدريني: "إن الزوج إذا أوقع الطلاق مريدا إياه، وقع مهما كانت الدوافع إليه، وينصرف سد الذريعة لا إلى إبطال التصرف - لأنه أقام الدليل على وجوب وقوع الطلاق في كل حال لما فيه من الناحية التعبدية- بل إلى الحيلولة دون تحقيق القصد غير المشروع، أو المصلحة غير المشروعة التي يتوخاها المريض مرض الموت، وهو حرمانها من الإرث، وبهذا أقام الدليل على وجوب إبطاله لمناقضة قصد الشارع في كل تصرف يراد به إسقاط واجب أو تحليل محرم"<sup>2</sup>.

### ب- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من طلاق المريض مرض الموت

بعدما تم التطرق إلى موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوج في إيقاعه للطلاق في مرض الموت، وكذا شروط استحقاق المطلقة بائنا الميراث في مرض الموت، وكذا حكم تعليق الزوج الطلاق البائن، نأتي الآن إلى تبيان موقف المشرع الجزائري (01)، والتشريعات العربية من طلاق المريض مرض الموت (02).

#### 1- موقف المشرع الجزائري من طلاق المريض مرض الموت

لم يبين قانون الأسرة الجزائري متى يعتبر الطلاق تعسفيا، أو الحالات والمعايير التي يعتد بها للحكم على طلاق الزوج إن كان تعسفيا أم لا - كما سبق وأن بينا-، وبذلك لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02-05 على الطلاق الذي يوقعه الزوج في مرض الموت<sup>3</sup>، واكتفى في نص المادة 52 بذكر أن مسألة التعسف في إيقاع الطلاق تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

وبناء على ذلك، إذا تبين للقاضي أن الزوج قصد من طلاقه في مرض موته أن يجرمها من الميراث، فإن الطلاق الذي أوقعه الزوج يحدث، ولكن القصد الذي ابتغاه فيه من حرمانها من الميراث لن يعتد به، ويعامل بنقيض قصده وترث الزوجة، وهو ما جاء في القرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/03/17، والذي قضى بجواز الطلاق في مرض الموت ما عدا حالة الحرمان من الميراث؛ حيث جاء في حيثيات القرار: "لا تلازم بين العدة والحق في الميراث، بدعوى أنه كان على القاضي الأول قبل أن يصدر حكم الطلاق أن يتحقق من الحالة الصحية والعقلية للزوج، الذي كان يعاني مرضا خطيرا أدى إلى وفاته يوم 1997/02/09، ولكن وحيث أن المرض -مهما كانت خطورته- لا يمنع الأزواج من إيقاع الطلاق، وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث، فإن حق الطاعة فيه ثابت إذا طلقت في مرض الموت؛ لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة

<sup>1</sup> - عبير رجي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.244.

<sup>2</sup> - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.173-174.

<sup>3</sup> - بن زينة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.126.

والحق في الميراث، حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه كان بنية حرمانها من الميراث، عملا بقاعدة المعاملة بنقيض القصد"<sup>1</sup>.

يستشف من هذا الاجتهاد أن القضاء الجزائري أخذ بما أجمع عليه فقهاء المذاهب السنية في مسألة ميراث الزوجة المطلقة رجعيا، كما أخذ أيضا بالقول الأول؛ وهو قول جمهور الفقهاء: من الحنفية، والمالكية، والشافعية في القديم، والحنابلة في مسألة أن المبتوتة ترث زوجها إذا طلقها في مرض الموت وكان قد دخل بها. كما حفظ القضاء الجزائري ميراث المطلقة بائنا من زوجها في مرض موته ولو بعد انتهاء العدة، عملا بالمذهب المالكي والحنبلي في قول لهم؛ والذين قالوا بأن المبتوتة مطلقا وإن انتهت عدتها فإنها ترث، ليعامل بنقيض قصده؛ لأنه طلقها طلاق الفرار، والمعتد به في هذه الحالة هو مرض الموت وليست العدة كما جاء في حيثيات القرار القضائي.

الجدير بالذكر في هذا الشأن أنه حتى تحصل الزوجة على حقها من الميراث -الذي تسارع الزوج في إيقاع الطلاق في مرضه قصد حرمانها منه- عليها أن تثبت أن زوجها طلقها وهو في حالة مرض، وأن المرض كان مرض موت، ويخضع تقدير ما إذا كان الزوج مريض مرض الموت للسلطة التقديرية للقاضي، وهو ما جاء في القرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا: "يتعين إثبات قيام مرض الموت للطعن في تصرفات المريض مرض الموت، يجب إثبات وجود مرض، والمحكمة تقدر بحسب الظروف ما إذا كان المرض مرض موت، والمكلف بإثبات المرض هو الوارث الذي يدعي حصول التصرف في مرض الموت، ويجوز الاستشهاد بأقوال الأطباء الذين كانوا يعالجون المريض، وتتبع في الإثبات جميع الطرق القانونية".

يستشف من القرار القضائي أن عبء إثبات مرض الموت يقع على الوارث، والذي في هذه الحالة الزوجة التي طلقها زوجها في مرض موته قصد حرمانها من الميراث، كما اشترطت المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها أن يكون التصرف أو الفعل قد حدث في مرضه الأخير الذي أدى إلى وفاته، حتى يبطل تصرفه وقصده، وهو ما اشترطه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة؛ بأن الطلاق قد وقع في مرض الموت حتى ترث الزوجة زوجها، وهذا ما جاء في حيثيات القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1984/07/09: "متى كان من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، والاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص"<sup>2</sup>.

## 2- موقف التشريعات العربية من طلاق المريض مرض الموت

بالرجوع إلى المشرع المغربي نجد أنه لم يتطرق في مدونة الأسرة إلى حكم طلاق المريض مرض الموت، لكن أحكامه قابلة للتطبيق في إطار الإحالة على المذهب المالكي، والمنصوص عليه ضمن أحكام المادة 400 من نفس

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1998/03/17، القرار رقم 179696، إ.ق، ع.خ، لسنة 2001، ص.98.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1984/07/09، القرار رقم 33719، م.ق، ع.03، لسنة 1989، ص.51.

المدونة<sup>1</sup>، والتي جاء فيها: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي، والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف". وهو ذات الاتجاه الذي سار فيه القضاء المغربي من خلال قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1993/05/05، والذي جاء فيه: "حيث أن طالبة النقص أثبتت بعدة شهادات طبية مرض زوجها السابق... بداء السرطان، وحيث إن المدة الفاصلة بين تاريخي الطلاق والوفاة أقل من ثلاثة أشهر، والطالبة بذلك تكون متمسكة بالأصل والاستصحاب والمطلوب ضدهم النقص لم يثبتوا شفاؤه منه قبل وفاته؛ وحيث إن المطلقة طلاقاً في مرض مخوف مات منه المطلق تعتبر في حكم الزوجة من حيث الميراث..."<sup>2</sup>.

وتطبيقاً لما سبق تبيانه من خلال الإحالة والقرار القضائي الصادر عن المجلس الأعلى، يتضح موقف المشرع المغربي من أخذه بالقول الأول في مسألة ميراث الزوجة المطلقة رجعيًا في مرض الموت، وهو قول الجمهور بما فيهم المالكية، والذي هو معمول به في المغرب، كما أخذ المشرع المغربي بالقول الأول، وهو قول جمهور الفقهاء من بينهم الفقه المالكي؛ وذلك بأن الزوجة التي طلقها زوجها طلاقاً بائناً في مرض الموت وكان قد دخل بها، فإنها ترثه، كما اعتبر المشرع المغربي من خلال الإحالة المنصوص عليها في المادة 400 أن المطلقة بائناً في مرض موت زوجها وارثة له حتى ولو بعد انتهاء العدة، وحتى ولو تزوجت بغيره فإنها ترثه، عملاً بالفقه المالكي الذين قالوا بأن المبتوتة مطلقاً وإن انتهت عدتها، أو تزوجت بعدها، فإنها ترث. ومن هذا المنطلق يتضح أن المشرع المغربي قد حذا حذو المشرع الجزائري في توريث المطلقة في مرض الموت، ولكن بشرط أن يوقع الزوج الطلاق في مرضه الأخير الذي مات به وفق ما أجمع عليه فقهاء المذاهب السنية، وعمل به القضاء المغربي وفق القرار السالف بيانه.

ولم يتعرض المشرع التونسي هو الآخر إلى مسألة حكم طلاق مريض مرض الموت، وإنما اكتفى بتعريف مريض مرض الموت في نص المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية التونسية على أن: "مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن". واعتبرت محكمة التعقيب التونسية أن هذه المسألة تهم الوقائع، وتخضع للسلطة التقديرية لقضاة الأصل، وأوجب على الورثة إثبات توفر هذه الشروط، خاصة بالاعتماد على وثائق طبية رافضة الحجة العادلة<sup>3</sup>، وتطبيقاً لذلك فإن مسألة توريث المطلقة في مرض الموت، وكل ما يتعلق بتلك الأحكام ترجع للسلطة التقديرية للقاضي المعروض عليه النزاع، في ظل غياب النص التشريعي الذي ينظم مثل هكذا أحكام، ويقع على الزوجة إثبات أن الزوج طلقها في مرض الموت بدون رضاها واختيارها.

<sup>1</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة (انحلال ميثاق الزواج)، مرجع سابق، ص.50.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى بالمغرب، قرار صادر بتاريخ 1993/05/05، منشور بمجلة المحاكم المغربية، ع.71، ص.68 وما بعدها. مقتبس عن محمد الكشيبور، المرجع نفسه والصفحة نفسها.

<sup>3</sup> - العربي بوشمال، المقارنات التشريعية في الأحوال الشخصية للشيخ محمود شمام، ط.1، مجمع الأطرش، تونس، لسنة 2019، ص.161.

أما بالنسبة للقانون المصري نجد أنه لم يتعرض إلى حكم طلاق مريض الموت، ومن ثمة يتم -في حالة عدم وجود نص- الرجوع إلى الإحالة المنصوص عليها في المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية، التي تحيلنا إلى العمل براجح الأقوال لدى مذهب أبي حنيفة. بالرغم من سكوت المشرع المصري عن حكم طلاق مريض الموت إلا أن القضاء المصري عالج هذه المسألة وفصل في أحكامها، من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1976/01/07، والذي جاء فيه: "المريض مرض الموت إذا طلق زوجته ثم مات ومطلقته في العدة -متى توافرت الشروط- عد بطلاقه فارا من الميراث، وتقوم قرينة على أنه طلق زوجته طلاقا بائنا في مرض الموت، قاصدا حرمانها من حقها الذي تعلق بماله منذ حلول المرض به؛ بمعنى أن الطلاق البائن ينبيئ بذاته من غير دليل آخر على هذا القصد فرد المشرع عليه قصده، وذلك دونما حاجة للبحث عن خبايا نفس المريض واستكناه ما يضمره"<sup>1</sup>. يستشف من القرار القضائي أن محكمة النقض المصرية لم تخرج عن ما هو معمول به في الفقه الحنفي، والذي أوجب ميراث المطلقة رجعيًا في مرض الموت، وهو الذي أجمع عليه جمهور الفقهاء، وأخذ به أيضا القضاء الجزائري والمغربي.

كما حذا القضاء المصري حذو القضاة الجزائريين والمغربيين بأخذهم بالقول الأول في مسألة توريث المبتوتة المدخول بها في مرض الموت، وقد خالف القضاء المصري القضاء الجزائري والتشريع المغربي؛ وذلك حينما قضى بأن الزوجة إذا طلقت في مرض الموت وكانت قد انتهت عدتها أو توفيت زوجها، فإنها لا ترث عملا بالقول الأول الذي جاء به الحنفية والشافعية في القديم والحنبلة في قول لهم. وقد فصل القضاء المصري في شروط توريث المطلقة ثلاثا في مرض الموت، وهذا من خلال حكم محكمة الاستئناف بالمنصورة في الجمهورية العربية المصرية، والتي قضت فيه: "إن المنصوص عليه شرعا أن مرض الموت هو المرض الذي اتصل به الموت، وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك، وإن أبان امرأته طائعا مختارا بلا رضاها، ومات والمرأة في عدتها، فإنها ترث منه؛ لأنه فاز من إرثها، فيعامل بنقيض قصده؛ ولذلك لو رضيت بالطلاق البائن في مرض الموت لا ترث لانتفاء التهمة عن المطلق"<sup>2</sup>.

ويستخلص من هذا القرار أن المشرع المصري قد عمل بما اتفق عليه جمهور الفقهاء، وما أخذ به القضاء الجزائري والمغربي في وجوب أن يكون الطلاق في مرض الموت حتى ترث المبتوتة، وأن يكون الطلاق بغير رضا الزوجة، فإذا سألت عن الطلاق البائن أو خالعه فلا ترث منه، وهو ما جاء به الفقه الحنفي والشافعي في القديم والحنبلي في الصحيح.

<sup>1</sup> - محكمة النقض المصرية، نقض بتاريخ 1976/01/07، طعن 15، س 40 ق. مقتبس عن محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة (انحلال ميثاق الزواج)، مرجع سابق، ص 48.

<sup>2</sup> - محكمة الاستئناف المنصورة في الجمهورية العربية المصرية، دائرة الأحوال الشخصية بالزقازيق، حكم بتاريخ 1958/01/02. مقتبس عن جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 216.

أما المشرع الأردني فلم ينص -هو الآخر- في قانون الأحوال الشخصية على حكم الطلاق في مرض الموت، فيتم الرجوع إلى مذهب أبي حنيفة عبر الإحالة المنصوص عليها في 325 من قانون الأحوال الشخصية، والتي جاء فيها: "ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون". وتطبيقاً لهذا النص يكون المشرع الأردني قد حذا فيه حذو المشرع المصري بأخذه بجميع الأحكام المعمول بها في الفقه الحنفي، والذي قضى فيه بتوريث المطلقة بائناً في مرض الموت ما دامت في عدتها عند موته، وأنّ الطلاق كان في مرضه الأخير الذي مات به وإلا فلا<sup>1</sup>. وبالرجوع إلى المشرع العراقي، فنجد أنه قد تطرق إلى حكم طلاق المريض مرض الموت، والذي خالف فيه الفقه الإسلامي وما أجمع عليه جمهور فقهاء المذاهب السنية؛ وذلك باعتباره أن الطلاق في مرض الموت لا يقع في حق الزوجة، حيث جاء في نص المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية: "لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بياهم: المريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك، إذا مات في ذلك المرض أو في تلك الحالة فترثه زوجته". غير أنه يستشف من سياق النص أنه قضى بما قال به الفقه الإسلامي بتوريث المطلقة في مرض الموت<sup>2</sup>، ولكن دون تحديد نوع الفرقة ما إن كانت رجعية أم طلاقاً بائناً، وما إن كانت الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخول بها، وما إن كانت مدخولاً بها وانتهت عدتها أم لم تنته عدتها، وما إذا كانت تزوجت آخر أم لا، وترك المسألة لاجتهاد القاضي المعروض عليه النزاع.

وفي هذا عقب أحمد الكبيسي على النص السالف ذكره بقوله: "من الواضح أن فقهاء الشريعة الإسلامية أدق نظراً من المشرع العراقي في هذه المسألة؛ لأنهم فرقوا بين الطلاق من حيث هو حق للزوج فقبلوه، وبين الضرر المترتب عليه بالنسبة للزوجة فمنعوه، في حين أن المشرع العراقي قد خلط بين الجانبين، فمنع هذا وذاك، وكان الأولى به أن يأخذ بما قرره فقهاء الشريعة الغراء"<sup>3</sup>.

### ثالثاً: تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة

شرع الإسلام الطلاق لحكمة ابتغاهها من هذا التشريع؛ وهي أن لا تكون العلاقة بينهما جحيماً لا يطاق العيش في ظلها، ناهيك عن التنافر والشقاق واحتدام الصراع الذي صار روتينياً تأفف منه أبناءهم، وضاقوا منه ذرعاً، ولذلك كان تشريع الطلاق حلاً على سبيل الاستثناء لا على سبيل الأصل، يبتغيه الزوجان لإنهاء هاتاه العلاقة التي كللت بالفشل. ضف إلى ذلك أن تشريع الطلاق كان لحكمة ربانية تجلت في إعطاء الطرفين فرصة لتدارك بعضهما قبل أن يجرما على بعضهما، فجعل الطلاق ثلاثاً، تفصل بين كل مرحلة وأخرى فترة اختبار وإستبراء، وحتى إذا مضت فترة العدة الأولى أوقع بعدها الثانية، وبعدها في حالة تلفظه بطلقة ثالثة تحرم عليه ولا

<sup>1</sup> - عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 244.

<sup>2</sup> - جميل فخري محمد حاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 217.

<sup>3</sup> - أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج. 1، الزواج والطلاق وآثارهما، مطبعة الإرشاد، بغداد - العراق، - لسنة 1975، ص. 119.

تحل إلا بزواجها من آخر، حتى يعلم الزوج قدسية هذا العقد الذي أقبل عليه ويرغب في إنهائه، فجعل الله الزوجة في حالة تطليقها ثلاثاً محرمة على الزوج وحلاً لجميع الرجال -الذين لا تربطها بهم حرمة مصاهرة أو نسب أو رضاع-، وهذا أكبر ما يمس رجولة الرجل وغيرته على زوجه.

غير أنه ومع هذا الأثر المترتب عن إنهاء الزواج، هناك من يتعجل ويبادر في إنهائه سواء بقصد أو بغير قصد فيعجل في العدد، ويتلفظ في إيقاع الطلاق الثلاث في كلمة واحدة (كأن يقول لها أنت طالق طالق طالق، أو يقول لها أنت طالق ثلاث)، ففي هذه الحالة يطرح الإشكال التالي: هل يحسب طلاق الثلاث بينونة كبرى وتحرم عليه أم لا؟ وكيف يتم احتسابهم؟ وحتى نجيب على هذا الإشكال لا بد من تبيان موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة (أ)، وبعدها موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة (ب).

### أ- موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة

سنتعرض في هذا المنوال إلى حكم طلاق الثلاث بكلمة واحدة (01)، وبعدها نبين كيفية احتساب طلاق الثلاث بكلمة واحدة (02).

#### 1-حكم طلاق الثلاث بكلمة واحدة

اختلف فقهاء المذاهب في جواز إيقاع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة؛ حيث ذهب البعض منهم إلى أن إيقاع الطلاق الثلاث بلفظ واحد مكروه، في حين ذهب البعض الآخر إلى أن إيقاع الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة مباح.

#### 1-1-إيقاع الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد مكروه

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، وقول للحنابلة إلى أن إيقاع الزوج طلاق الثلاث بكلمة واحد مكروه، ويقصد بالمكروه الحرام؛ وذلك لأن المطلق بكلمة الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله تعالى في العدد، فيكون آثم في ذلك لعصيانه أمر الله تعالى<sup>1</sup>.

#### 1-2-إيقاع طلاق الثلاث بكلمة واحدة مباح

ذهب الشافعية، وأحمد في الرواية القديمة، والظاهرية، إلى اعتبار إيقاع الزوج طلاق الثلاث بكلمة واحدة مباح، وإن كان الأولى إيقاعه على الوجه الشرعي، واستدلوا على ذلك أنه عن سهل بن سعد الساعدي أنّ عويمراً العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال: "يا عاصم، رأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقته فتقتلونه أم كيف يعمل؟ سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله -صلى الله عليه وسلم-. فسأل عاصم عن ذلك رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، فكره المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من النبي -عليه الصلاة والسلام-. فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال: يا عاصم، ماذا قال لك رسول الله؟ فقال عاصم: لم تأتني بخير، قد

<sup>1</sup> - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج.2، مرجع سابق، ص.66. ابن رشد، بداية المجتهد، ج.2، مرجع سابق، ص.69. عبير ربحي شاعر القدومي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.ص.209-210.



كره -عليه الصلاة والسلام- المسألة التي سألته عنها. قال عويمر: والله لا أنتهي حتى أسأله عنها. فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وسط الناس فقال: يا رسول الله، أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقنته فتقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال -عليه الصلاة والسلام-: قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك، فاذهب فأت بها. قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله، فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها. فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره -عليه الصلاة والسلام-. قال ابن شهاب: فكانت تلك سنة المتلاعنين<sup>1</sup>. وجه الدلالة أن العجلاني طلق زوجته بعد التلاعن ثلاثا بحضرة النبي -عليه الصلاة والسلام-، ولم يرد عليه، لو كان حراما لما أقره -عليه الصلاة والسلام-، لأنه لا يقر على باطل<sup>2</sup>.

والقول الأولى بالرجحان في هذه المسألة هو القول الأول الذي جاء به جمهور فقهاء المذاهب السنية؛ وذلك لأن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة أو المتتابع لما كان خلاف أصل الطلاق، من وجوب التفريق فيه وإحصاء العدة، كان مكروها من هذا الوجه، وأن موقعه قد خالف السنة في الطلاق<sup>3</sup>. وتطبيقا لما سلف ذكره ففي حالة وقوع طلاق الثلاث بكلمة واحدة، فهل يحتسب على أنها طلقة واحدة أم أنه يحتسب بينونة كبرى؟ أم أنه لا يقع أصلا ولا يحتسب؟

## 2- كيفية احتساب طلاق الثلاث بكلمة واحدة

اختلف فقهاء المذاهب في طلاق الثلاث بكلمة واحدة إن صدر من المكلف إذا كان يحتسب ثلاثا كما أوقعه صاحبه أم أنه يحتسب واحدة؛ حيث ذهب فريق منهم إلى اعتبار طلاق الثلاث يقع ثلاثا ويحتسب بينونة كبرى، وذهب فريق آخر إلى اعتبار طلاق الثلاث يقع طلقة واحدة.

### 2-1- اعتبار طلاق الثلاث يقع ثلاثا ويحتسب بينونة كبرى

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وابن حزم من الظاهرية، إلى اعتبار طلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع ثلاثا كما أوقعه المطلق، ويحتسب على أنه بينونة كبرى<sup>4</sup>، واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم بقوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>5</sup>. وجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله -سبحانه وتعالى- وسع على عباده بأن جعل لهم فسحة في الطلاق مرة بعد مرة، فمن ضيق على نفسه ولم يستغف من هذه النعمة فإن الطلاق يلزمه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري في شرح فتح الباري، ج.9، حديث رقم 5259، مرجع سابق، ص.361.

<sup>2</sup> - عبيد رجي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.210.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص.210-211.

<sup>4</sup> - ابن الهمام، فتح القدير، ج.3، مرجع سابق، ص.470. الدردير، الشرح الصغير، ج.2، مرجع سابق، ص.537. ابن حزم، المحلى بالآثار، ج.9، مرجع سابق، ص.363. عبيد رجي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.211 وما يليها.

<sup>5</sup> - الآية 229 من سورة البقرة.

<sup>6</sup> - عبيد رجي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.212.

كما استدلت أصحاب هذا القول بالسنة النبوية الشريفة أن عبادة بن الصامت طلق امرأته ألفا، فذكر ذلك للنبي -صلى الله عليه وسلم- فقال: "بانت بثلاث في معصية وتسعمائة وسبع وتسعين فيما لا يملك"<sup>1</sup>. وجه الدلالة أن إيقاع الطلاق ألفا إما أن يكون مفرقا أو مجتمعا، وفي كلتا الحالتين الطلاق قد وقع وعُدّ شرعا من الطلقات المشروعة للزوج، وأثم الزوج على ذلك؛ لأنه اتخذ آيات الله هزوا<sup>2</sup>.

وأیضا استدلوا من الأثر بما رواه ابن عباس قال: "كان الطلاق على عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وأبي بكر وستين من خلافة عمر بن الخطاب طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو مضيناه عليهم فأمضاه عليهم"<sup>3</sup>. وجه الدلالة أن الناس على عهد النبي -صلى الله عليه وسلم- كانوا يطلقون واحدة فقط؛ أي كان كل تطليق في موضع منفرد عن الآخر، ثم مع تغير الزمان أصبحوا يوقعون الطلاق ثلاثا فألزمهم به عمر بن الخطاب<sup>4</sup>.

## 2-2- اعتبار طلاق الثلاث يقع طلقة واحدة

ذهب طائفة من السلف والخلف من الصحابة مثل الزبير بن العوام، وعبد الرحمن بن عوف، وابن مسعود في قول، وابن عباس في الرواية عنه -رضي الله عنهم-، وابن تيمية من الحنابلة، إلى القول أن طلاق الثلاث يقع طلقة واحدة فقط، وهذا تيسيرا على الناس وصونا للرابطة الزوجية ومراعاة لمصلحة الأولاد، ولا سيما في هذا العصر الذي قل فيه الورع والاحتياط، وتهاون الناس في التلفظ بهذه الصيغة في الطلاق، وغالبا ما يقصدون التهديد والزجر<sup>5</sup>، واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم أيضا بقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾<sup>6</sup>. وجه الدلالة من الآية الكريمة؛ أن كل طلاق شرعه الله تعالى في كتابه العزيز في المدخول بها إنما هو الرجعي طلقة واحدة، ولم يشرع لأحد أن يطلق بلفظ الثلاث جميعا، ولا أن يطلق المدخول بها بائنا، فلا يقع إلا ما شرعه الله وهو الواحدة، ومن أوقع على غير ذلك ألزم بها<sup>7</sup>. ومن السنة النبوية الشريفة ما رواه ابن عباس قال: "طلق ركانة بن عبد يزيد أخو بني المطلب امرأته ثلاثا في مجلس واحد، فحزن عليها حزنا شديدا. قال: فسأله -صلى الله عليه وسلم-: كيف طلقته؟ قال: طلقته ثلاثا. قال: في مجلس واحد؟ قال نعم، قال: فإنما تلك واحدة

<sup>1</sup> - أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، ج.2، حديث رقم 11339، ط.1، مكتبة المعارف، الرياض -السعودية-، لسنة 1971، ص.393.

<sup>2</sup> - عبيد ربحي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.212.

<sup>3</sup> - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي، ج.2، حديث رقم 1472، مرجع سابق، ص.1099.

<sup>4</sup> - ابن قدامة، المغني، ج.7، مرجع سابق، ص.282.

<sup>5</sup> - ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج.33، مرجع سابق، ص.8. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، مرجع سابق، ص.413. عبيد ربحي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.211. بن زبطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص.124.

<sup>6</sup> - الآية 01 من سورة الطلاق.

<sup>7</sup> - عبيد ربحي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.211.

فأرجعها إن شئت، قال: فرجعها"<sup>1</sup>. وجه الدلالة من الحديث الشريف أن الطلاق الثلاث في مجلس واحد إنما يحتسب واحدة لعدم وقوعه على الوجه الشرعي، وأن من شاء المراجعة بعده فله ذلك"<sup>2</sup>.

كما استدلت أصحاب هذا القول بما استدلت به القول الأول من الأثر، بما روي عن ابن عباس -رضي الله عنهم- قال: "كان الطلاق على عهد رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر بن الخطاب طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر: "إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو مضيناه عليهم، فأمضاه عليهم"<sup>3</sup>. وجه الدلالة من الحديث الشريف أن في عهد النبي -صلى الله عليه وسلم- وخلافة أبي بكر وعمر -رضي الله عنهم- جعل طلاق الثلاث واحدة، فدل ذلك الحكم على عدم لزوم إيقاعها كما أوقعها، وأن فعل عمر من باب نظر الراعي للرعية وعملاً بالمصلحة، ثم أجازها عليهم ثلاثاً من باب العقوبة فترة من الزمن فلا تلزم في غيره من الأزمان"<sup>4</sup>.

والقول الراجح في هذه المسألة بعد ما تم عرض أدلة كل قول منهم، هو القول الثاني بعدم وقوع طلاق الثلاث ثلاثاً كما أوقعه المطلق، وإنما يحتسب طلقة واحدة ليعامل بنقيض قصده، وسبب ترجيح هذا القول لقوة أدلته وصحتها، ضف إلى ذلك أن هذا القول فيه تيسير وحفظ، وأسلم للأسرة من تشرد الأبناء لتفكك أو اضرار العلاقة بين الزوجين؛ لأن الرجل قد لا يأمن لسانه ويوقع الطلاق ثلاثاً في كلمة واحدة على غير ما شرع الله تعالى، نتيجة الصرعة التي تمالكته حين الغضب، فلو أزمناه لألقنا به وبزوجه وبالأبناء على وجه الخصوص ضرارا عظيما، ولو عاقبناه على فعله لشملنا الزوجة بالعقاب وكذا الأبناء، لتهدم الأسرة كلية، وهم بُراء من ذلك، وفي هذا ظلم، والإسلام يرفع الظلم والضرر عن كل متضرر"<sup>5</sup>.

## ب- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من طلاق الثلاث بكلمة واحدة

تم التطرق في ما سبق إلى أن الفقهاء اختلفوا في الحكم على طلاق الثلاث بكلمة واحدة، كما اختلفوا في كيفية احتساب الطلاق إن كان يقع بينونة كبرى كما ذهب إليه جمهور فقهاء المسلمين القدامى، أم أنه يقع طلقة

<sup>1</sup> - أحمد بن حنبل، المسند، ج.1، مرجع سابق، ص.06.

<sup>2</sup> - عبيد رجي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.216.

<sup>3</sup> - أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي، ج.2، حديث رقم 1472، مرجع سابق، ص.1099.

<sup>4</sup> - عبيد رجي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.216.

<sup>5</sup> - إن إيقاع عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- طلاق الثلاث ثلاثاً من باب نظر الحاكم في مصلحة الرعية، وحتى لا يهرع الناس إلى إيقاعه، ويتخذونها عادة في إيقاعهم للطلاق استهزاء بآيات الله تعالى، ولذلك أنشأ عقوبات توافق ظروف عصره وتعيد الناس إلى شرع الله، والتقيد بأحكامه ومقاصده، وما هو معروف عليه -رضي الله عنه- أنه كانت له السياسة الشرعية في الحكم، والنظرة الثاقبة في التدبير والفصل في الأحكام؛ ولذلك كان لتصرفه من إلزام الثلاث لمن أوقعها، فكان ذلك أثر واقع على رعيته، فامتنعوا عن إيقاعه بعد ذلك التصرف ورشادة الحكم، وهو اجتهاد محض منه، فمن رآه تشريعاً أعمله دائماً، ومن نظر إليه على أنه معالجة لحالة معينة، قد لا تصلح في غير زمنه لم يعمل. وهذه السياسة الشرعية التي جاء بها عمر -رضي الله عنه- كانت اجتهاداً منه، ولغيره أن يجتهد، خصوصاً وأن هناك أدلة صريحة من الكتاب والسنة تدعم اجتهاده، وهي أدلة من قال بوقوعها واحدة، ولكل مجتهد نصيب، فله أجران إن أصاب وأجر إن أخطأ. انظر. عبيد رجي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.222-223.

واحدة كما ذهب إليه السلف والخلف من الصحابة والفقهاء المعاصرين. وبعدها تم تبيان موقف كل قول منهم نأتي إلى معرفة موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة، وبأي قول أخذ في احتساب الطلاق (01)، وكذا موقف التشريعات العربية من ذلك (02).

### 1- موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 إلى مسألة حكم الطلاق الثلاث بكلمة واحدة، غير أنه تطرق إلى كيفية احتساب الطلاق إن كان يقع ثلاثاً وتبين منه زوجته بينونة كبرى أم أنه يقع واحدة ويحتسب طلقة واحدة، وهذا في نص المادة 51 من نفس القانون، والتي نصت على أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء". يستشف من هذا النص أن المشرع اعتبر الطلاق الثلاث بكلمة واحدة يحتسب ثلاث طلاقات وفق ما أوقعه صاحبه، وتبين منه زوجته بينونة كبرى، وبناء على ذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالقول الأول، وهو قول جمهور الفقهاء الذين أوقعوا الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة ثلاثاً.

لقد سار القضاء الجزائري على ذات الدرب وإعماله لنص المادة 51 السالفة الذكر، وهذا من خلال قرار قضائي صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 17/02/1998، والذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"؛ والثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضاوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثاً، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من ق.أ. وطبقوا القانون تطبيقاً سليماً، مما يتعين التصريح برفض الطعن"<sup>1</sup>. من سياق هذا القرار القضائي يتضح أن القضاء الجزائري درج على اعتبار طلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع ثلاثاً، وتحرم عليه زوجته - وهذا وفق ما جاء به الجمهور وأخذ به المشرع الجزائري -، كما اعتبر القضاء الجزائري الزوج متعسفا حين طلاق زوجته ثلاثاً، وبالتالي ألزمه بالتعويض عن ذلك الضرر الذي سببه لزوجته، بالإضافة إلى تحمل جميع المصاريف والأعباء المالية من نفقة العدة ونفقة الأبناء، وكذا دفع بدل الإيجار، ضف إلى ذلك إسناد الحضانة للأُم، مع جعل أداء النفقة مشمولة بالتنفيذ المعجل.

غير أننا نلمس قراراً قضائياً آخر اعتبرت فيه المحكمة العليا طلاق الزوج ثلاث طلاقات بلفظ واحد طلقة واحدة، وللزوج مراجعتها، وهو ما جاء في القرار القضائي الصادر عنها بتاريخ 17 ديسمبر 1984، حيث جاء في حثياته: "إن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه، وأن الرجعة لا تعتبر شرعاً إلا أثناء قيام العدة. وأنه لما ثبت ندم أو تراجع الزوج في طلاقه بعد انتهاء مدة العدة، فإن هذا يشفع له شرعاً في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به. وبناء عليه، فإذا أراد الزوج أن يراجع زوجته كان عليه إتباع القواعد الفقهية التي تنظم وتضبط الرجعة"<sup>2</sup>. ما يلاحظ على هذا القرار القضائي أنه جاء مخالفاً لسابقه، ومخالفًا للنص القانوني في احتساب طلاق الثلاث بلفظ

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 17/02/1998، قرار رقم 176551، م.ق، ع.1، لسنة 2000، ص.171.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 17/12/1984، قرار رقم 35322، م.ق، ع.4، لسنة 1989، ص.91.

واحد طلقة واحدة على غرار النص القانوني، وكذا القرار القضائي السابق الذي احتسبه ثلاث طلاقات وتبين الزوجة منه بينونة كبرى، وليس له مراجعتها إلا بعد أن تتزوج آخر فيموت الزوج الثاني أو يطلقها، وتطبيقا لهاته القرارات والنصوص نلمس تذبذبًا في الأحكام والقرارات القضائية وعدم إجماعها على موقف موحد؛ فهناك من تأخذ بقول الجمهور باحتساب طلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاث طلاقات، وهناك من تحتسبه طلقة واحدة يملك فيها الزوج حق مراجعته زوجته عملا بالقول الثاني الذي جاء به ابن تيمية من الحنابلة، ورواية لابن العباس، وقول للزبير بن العوام، وعبد الرحمن بن عوف، وابن مسعود في قول له.

## 2- موقف التشريعات العربية من تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ثلاثا بكلمة واحدة

لم يتعرض المشرع المغربي لحكم طلاق الثلاث بكلمة واحدة إن كان جائزا أم غير جائز في مدونة الأسرة، أما بالنسبة للطلاق المقترن بلفظ ثلاث فقد اعتبره المشرع -طبقا لأحكام الفصل 51 من مدونة الأحوال الشخصية الملغى، والذي حلت محله المادة 92 من مدونة الأسرة- طلقة واحدة، وهذا بخلاف ما استقر عليه الجمهور وما أخذ به المشرع الجزائري؛ حيث جاء في نص المادة 92 من مدونة الأسرة المغربية: "الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدا". وتطبيقا لهذا النص، يكون المشرع المغربي قد أخذ بالقول الثاني الذي جاء به الخلف والسلف من الصحابة والفقهاء المعاصرين؛ والذين قالوا بأن الطلاق الثلاث يقع طلقة واحدة<sup>1</sup>.

ولم ينص المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية على حكم طلاق الثلاث بكلمة واحدة، ولا على كيفية احتساب الطلاق إن كان يقع ثلاثا مثل ما أوقعه صاحبه، أو أنه يقع طلقة واحدة. كما انتهج المشرع المصري نهج المشرع الجزائري والمغربي بعدم نصه على حكم طلاق الثلاث بكلمة واحدة إن كان جائزا أم غير جائز، أما بالنسبة لكيفية احتساب طلاق الثلاث بكلمة واحدة، فقد اعتبرها المشرع المصري طلقة واحدة بخلاف الجمهور، وهو القول الثاني الذي جاء به السلف والخلف من الصحابة والفقهاء المسلمين المعاصرين، وأخذ به المشرع المغربي أيضا، وهذا طبقا لنص المادة 03 من قانون الأحوال الشخصية المصرية، والتي نصت على: "الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع واحدة". وقد أخذ المشرع المصري بهذا القول مع أنه مخالف لأحكام الفقه الحنفي - المعمول به في الجمهورية المصرية - والذي اعتبر طلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع ثلاثا، وسبب عدم أخذ المشرع المصري بقول الحنفية وأخذه بالقول الأول هو من أجل تيسير الأمور، وحفظ مصلحة الأسرة والأبناء، وكذا حماية الزوجة من أي ضرر قد يطالها نتيجة تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق. أما بالنسبة للمشرع الأردني فلم ينص هو الآخر على حكم الطلاق إن كان جائزا أم غير جائز، وبالنسبة لطلاق الثلاث بكلمة واحدة فقد أخذ المشرع بالمصلحة العامة، وقضى بعدم وقوع الطلاق الثلاث ثلاثا وإنما يقع طلقة واحدة، وهذا بخلاف الجمهور وما أخذ به المشرع الجزائري؛ حيث نصت المادة 89 من قانون الأحوال

<sup>1</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.69.

الشخصية على: "الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة، والطلاق المكرر في مجلس واحد لا يقع به إلا طلاق واحدة". ومن سياق النص يتضح أن المشرع الأردني قد حذا حذو المشرع المغربي في أخذه بالقول الثاني، وذلك باحتساب الطلاق الثلاث بكلمة واحدة طلاق واحدة، وفي ذلك احتياط من إلزام الشخص ما لم يلتزم به قصداً، وإنما لما جرى على لسانه، وفي ذلك تقليل للضرر، وهو أبعد عن الندامة، وإن كان الأولى بالمطلق أن لا يوقع إلا واحدة وعند الضرورة القصوى، حتى يكون عاملاً بالسنة وما يوجبه الشرع<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى المشرع العراقي نجد أنه قد سار على ما سارت عليه التشريعات العربية السالفة الذكر، بعدم النص على حكم طلاق الثلاث بكلمة واحدة، أما بالنسبة لمسألة كيفية احتساب طلاق الثلاث بكلمة واحدة، فقد خالف هو الآخر الجمهور، وحذا حذو المشرع المغربي والمشرع الأردني في احتساب طلاق الثلاث بكلمة واحدة طلاق واحدة، عملاً بالقول الأول الذي جاء به الخلف والسلف من الصحابة والفقهاء المعاصرين، وهذا في نص الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأحوال الشخصية، التي نصت على: "الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة".

ونستنتج مما سبق ذكره أن تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق يتخذ عدة صور، من بين أهمها الطلاق بدون سبب ومبرر شرعي، والطلاق في مرض الموت، وكذا الطلاق الثلاث بكلمة واحدة، كما توجد صور أخرى لتعسف الزوج في إيقاع هذا الطلاق؛ منها الطلاق في فترة الحيض، ويتجسد التعسف في هذه الصورة من خلال رغبة الزوج في تطويل مدة العدة، فتكون الحيضة التي حصل فيها الطلاق غير محسوبة من مدة العدة. وكذا طلاق الغضب والهزل والسكران، الذي يظهر التعسف فيه من خلال استخفاف الزوج بقداسة عقد الزواج؛ بحيث لا يعرف قصد الهزل في وقوع الطلاق والسكران، ما إن كان متعدياً بسكره متناولاً إياه بكامل إرادته، كما يتخذ تعسف الزوج في إيقاع الطلاق من خلال رده بقصد حرمان الزوجة من الميراث، فيعامل بنقيض قصده وترث زوجته منه ما دامت في العدة، وهذا قياساً على المريض مرض الموت<sup>2</sup>. وحتى تثبت الفعل التعسفي للزوج في إيقاع الطلاق؛ لا بد من ضبطه من خلال معايير التعسف في استعمال الحق. وعليه، فما هي معايير تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق؟

## المطلب الثاني

### معايير تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق

أشرنا سابقاً إلى الصور التي يتجسد من خلالها تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق، ويكون ذلك بإيقاعه للطلاق دون سبب أو مبرر شرعي، وكذا إيقاعه للطلاق في مرض موته، كما تطرقنا إلى تلفظ الزوج بطلاق الثلاث في كلمة واحدة، بالإضافة إلى الصور الأخرى التي ختمنا بها المطلب السابق من الطلاق في فترة

<sup>1</sup> - عبير رجي شاكرا القادومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 223.

<sup>2</sup> - تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص. 98-99. جميل فخري محمد جافم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 224 وما يليها.

الحيض، وكذا طلاق الغضبان والهازل والسكران، وطلاق المرتد بقصد حرمان الزوجة من الميراث، غير أن إثبات التعسف في هذه الصور يتجلى من خلال ضبط معايير تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق. وعليه، سنتناول في هذا الصدد المعايير الذاتية لضبط الفعل التعسفي للزوج في إيقاعه للطلاق وفق الصور السابق ذكرها (الفرع الأول)، والمعايير الموضوعية لإثبات تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### المعايير الذاتية (الشخصية) لتعسف الزوج في استعمال حق الطلاق

تتجسد المعايير الذاتية لضبط الفعل التعسفي للزوج في إيقاعه للطلاق وفق الصورة التي سلف ذكرها من خلال معيارين، يتمثلان في معيار قصد الإضرار (أولا)، ومعيار المصلحة غير المشروعة (ثانيا).

#### أولا: معيار قصد الإضرار

يمكن إعمال معيار قصد الإضرار من خلال إيقاع الزوج الطلاق دون سبب شرعي، وبغير مسوغ معقول ولا حاجة تدعوه لذلك، كما لم يصدر منها ما يدفعه لإيقاع الطلاق، وإنما يقصد بتصرفه الإضرار بها وبأهلها للقرينة الدالة على ذلك، وهي عدم وجود أي مسوغ شرعي يحمله على الطلاق؛ وذلك لأن الطلاق في أصله الحظر - كما سبق بيانه - ولا يباح إلا لضرورة. وعليه، فإن الزوج بإيقاعه للطلاق قد أضر بنفسه، وبزوجته، وبأبنائه وبالمجتمع ككل، والضرر ممنوع في الشريعة الإسلامية لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>1</sup>، ودرء الضرر مطلوب ورفع إن وقع من الواجبات<sup>2</sup>، وهذا طبقا لقاعدة "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"، وكذلك قاعدة "الضرر يدفع بقدر الإمكان"<sup>3</sup>. وعليه، فإذا تمحض قصد الإضرار منه باستعماله لهذا الحق فقط بقصد الانتقام، مع الكراهة الشديدة في إيقاعه، والتنفير الشرعي العام منه، فإن كان القصد من التفاهة، أو انتفت المصلحة من إيقاعه للطلاق، كان الزوج قاصدا للإضرار بزوجته، ويكون متعسفا في استعمال حقه المشروع<sup>4</sup>.

كما يمكن تطبيق معيار قصد الإضرار في حالة تطليق الزوج زوجته في مرض الموت، مع تعليقه الطلاق على فعل ما لا غنى للزوجة عنه؛ حيث تظهر قرينة قصده الإضرار بربطه الطلاق بفعل ضروري لها كصلاة فرض مثلا، فلولا أنه بيت النية للإضرار بها وحرمانها من حقها في الميراث، لما علق طلاقها على فعل يعلم هو ابتداء أنها تحتاجه ولا تستطيع الاستغناء عنه<sup>5</sup>. كما يتجسد معيار قصد الإضرار أيضا في تبييت الزوج نيته حرمان زوجته من

<sup>1</sup> - تبوب فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 224.

<sup>2</sup> - عيبر رنجي شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 206. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 229.

<sup>3</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 205 وما يليها.

<sup>4</sup> - عيبر رنجي شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 206. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 229.

<sup>5</sup> - عيبر رنجي شاكرك القدومي، المرجع نفسه، ص 245.

ميراثه قصد الإضرار بها لما علم أنه قد قرب أجله، وبات قاب قوسين أو أدنى من الموت، وهذا بقصد الإضرار بالزوجة والانتقام منها.

كما يتجسد قصد إضرار الزوج بزوجته من خلال إيقاعه للطلاق ثلاثاً في كلمة واحدة، وكذا من خلال إيقاعه للطلاق في فترة الحيض، وهذا بغية تطويل مدة العدة، فتكون الحيضة التي حصل فيها الطلاق غير محسوبة من مدة العدة، وكذا يتمحض قصد الإضرار بالزوجة من خلال ردة الزوج خاصة إذا شارف على الموت، وهذا بغية حرمان زوجته من الميراث والإضرار بها<sup>1</sup>.

### ثانياً: معيار المصلحة غير المشروعة

يمكن تطبيق معيار المصلحة غير المشروعة من خلال الطلاق دون سبب ومسوغ شرعي<sup>2</sup>؛ وذلك لأن الشارع الحكيم لما شرع الطلاق وأوكل أمر إيقاعه إلى الرجل، كان ذلك لتحقيق مصلحة عند استحالة الحياة بين الزوجين، وتحول العلاقة لشقاق ونزاع دائم، فخيف حينها عدم إقامة حدود الله - سبحانه وتعالى - والبقاء في تلك العلاقة مفسدة عظيمة وضرر كبير، أما إن أوقع الزوج الطلاق لغير سبب فقد سعى في نقض مصلحة حفظ النسل والعرض، وهذا ممنوع شرعاً. ضف إلى ذلك أن إيقاع الطلاق دون سبب، أو بسبب الانتقام من الزوجة فحسب، يعتبر غاية غير شرعية؛ لأن الأصل في الطلاق الحظر، فلا يحل استعمال هذا الحق إلا للضرورة القصوى والغاية الشرعية منه، والمتمثلة في استحالة العيش في ظل تلك العلاقة، ولم يشرع الطلاق إلا لهذا المقصد. وعليه، فبإيقاع الزوج الطلاق لغير هذا المقصد يكون مناقضاً لقصد الشارع من تشريع الطلاق، والمناقضة تعسف<sup>3</sup>.

كما يطبق معيار المصلحة غير المشروعة في أن الزوج المريض مرض الموت بتطبيقه زوجته بائناً في وقت تعلق حقها في ماله، ليس هنالك من مصلحة شرعية ترجى من فعله، بل محركه مصلحة غير مشروعة، تتمثل في حرمان الزوجة من حقها في ميراثه، وفي هدم لمصلحة شرعية اعتبرها الشارع ونظمها مقابلة لها، من إعطاء كل ذي حق حقه، وهذه مضادة ممنوعة فيتوقف الطلاق، عن أن يستتبع آثاره فترة من الزمن، فتزث المطلقة بائناً في مرض زوجها، وهذا معاملة بنقيض قصده؛ حيث اتخذ الزوج من الطلاق ذريعة لحرمان زوجته من ميراثه، فتم النظر مآل الفعل المتمثل في حرمانها من الميراث، والمصلحة هي غاية الحق ومآله إن كانت غير مشروعة؛ ومعرفة الباعث غير المشروع يكون عن طريق المصلحة غير المشروعة التي يحققها المتعسف. وبناء على ذلك يكون صاحب الحق في سعيه لتحقيق هذه المصلحة متعسفاً في استعمال الحق؛ لأنه ناقض قصد الشارع من تشريع هذه المصلحة، والمناقضة تعسف والتعسف ممنوع شرعاً<sup>4</sup>. ومن هذا المنطلق، عاقب الشارع الحكيم الزوج بأن منع ميراثه منها في

<sup>1</sup> - راجع. أساس هذا المعيار في التشريعات الصفحة 37، 38 من هذه الدراسة.

<sup>2</sup> - انظر. الصفحة 39 من الدراسة بخصوص أساس هذا المعيار في التشريعات.

<sup>3</sup> - عيبر ريجي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 207. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 196-197.

<sup>4</sup> - انظر. عيبر ريجي شاكرا القدومي، المرجع نفسه، ص. 245. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 176. والشاطبي، الموافقات، ج. 4، مرجع سابق، ص. 143.



الوقت الذي رأى الجمهور توريثها منه، فالأصل أن التوارث بينهما متبادل، ولكن باستعجاله أمر الطلاق دون مبرر شرعي، وإنما لهدم مصلحة شرعية عوقب بجرمانه وتوريثها منه، وهذا هو العدل الذي يمثل ويجسد روح الشريعة الغراء<sup>1</sup>.

ويطبق معيار المصلحة غير المشروعة أيضا في إيقاع الزوج للطلاق الثلاث بكلمة واحدة؛ وذلك لأن الله تعالى لما شرع الطلاق ثلاثا، وفي كل مرة يفصل بين كل تطلق فترة العدة التي أمر الله تعالى باحتسابها، فتكون تلك العدة فرصة للزوج لمراجعة نفسه، واختبار قدرته على الابتعاد عن الزوجة، وكذا انطفاء غيظه، وهذه المدة تكون لمصلحة له ولزوجته. أما أن يوقع الطلاق مرة واحدة بلفظ ثلاث فهو ساع في جلب مصلحة غير مشروعة بتفويت الغاية من تفريق الطلاق، مبرره في ذلك التخلص منها وفك حباله منها مطلقا. وأيضا تتجلى المصلحة غير المشروعة عند ردة الزوج عن الإسلام بهدف حرمان الزوجة من الميراث<sup>2</sup>. كذا يعمل بمعيار المصلحة غير المشروعة عند إيقاع الزوج للطلاق في فترة الحيض، وهذا بغية تطويل مدة العدة، فتكون الحيضة التي حصل فيها الطلاق غير محسوبة من مدة العدة<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني

### المعايير الموضوعية (المادية) لتعسف الزوج في استعمال حق الطلاق

يتم إثبات الفعل التعسفي للزوج في إيقاعه للطلاق وفق الصورة التي ذكرناها آنفا من خلال معيارين؛ يتمثلان في معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة (أولا)، ومعيار الضرر الفاحش (ثانيا).

#### أولا: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

ويتجسد معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة عندما يشرع الزوج في إيقاع الطلاق بناء على أسباب يعتبرها مبررات ودوافع للطلاق، وهذا بقصد دفع الضرر عن نفسه فحسب، وبإعمال هذا المعيار وإقامة التوازن بين ما ينتج عن إيقاع الطلاق من مصالح، وما ينتج عنه من مفساد وأضرار تلحق كلا من الزوجة والأبناء والمجتمع، نجد أن المفساد والأضرار الناتجة عن الطلاق أكبر من المصلحة المراد تحقيقها، فيكون الطلاق حينئذ جلبا لضرر أكبر من الضرر المراد دفعه، وبذلك يكون الزوج متعسفا في استعمال حقه.

وعليه، فإذا كان للزوج مصلحة في إيقاع الطلاق، ولكن ألحق بالمرأة ضررا، وكان ضرر المرأة كبيرا بجانب المصلحة التي يبتغي أو يرمي الزوج إلى تحقيقها من إيقاعه للطلاق، فإن الزوج في هذه الحالة يكون متعسفا، وهذا وفق ضابط اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين، ضف إلى ذلك أنه إذا تساوت المصلحة المراد تحقيقها من الطلاق مع المفسدة الناجمة عنه، فإن الزوج متعسف في إيقاع الطلاق في هذه الحالة، وهذا طبقا لقاعدة "الضرر الأشد يزال بالأخف"، وأيضا لأن الشارع الحكيم يعني بالمنهيات أكثر من اعتنائها بالمأمورات، وهذا عند تعارض

<sup>1</sup> - عبير رجي شاكرا القادومي، مرجع سابق، ص. 143.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص. 224.

<sup>3</sup> - تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص. 98.

مفسدة مع مصلحة فيقدم حينها دفع المفسدة غالبا، وهذا طبقا لقاعدة "درء المفسد أولى من جلب المنافع"، ولأنه في هذه الحالة يتساوى جانب المنفعة والمضرة في الطلاق، فإن القول أن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة يرجح كون فعله في هذه الحالة يعتبر تعسفا؛ ولأن المرأة أضعف حالا فينبغي أن يراعى ضعفها<sup>1</sup>.

كما يمكن إعمال معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة، من خلال أن إلزام المطلق بالطلاق الثلاث حسب ما أوقعه مع ما فيه من ضرر التحريم، واحتمال الوقوع في الزنا عند عودته لمطلقته التي غلبه الشوق نحوها، أو عند ندمه وتدارك نفسه بأنه ظلمها نتيجة صرعته في الغضب، ضرر يفوق الضرر المترتب عن القول بوقوع الطلاق بلفظ الثلاث طلقة واحدة، وإمكانية تدارك الخطأ بإرجاع الزوجة، وطبقا للقاعدة الفقهية "إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما"، وكذا قاعدة "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة"، وقاعدة "يختار أهون الشرين"، وكذا قاعدة يدفع أعظم الضررين بتحمل أيسرهما، فيكون الضرر المترتب عن احتساب الطلاق بلفظ الثلاث واحدة أيسر، واحتمال أقل الضرر واجب، ويدفع بتحملة الضرر الأعظم أو المفسدة العظمى، وهو قول بلزوم الثلاث لمطلقها. ضف إلى ذلك أن وقوع ضرر أكبر من إلزام المطلق ثلاثا الواحدة مع مخالفة الجمهور في ذلك؛ ألا وهو خطر التحليل الذي يفوق بأصله وآثاره العظيمة وقوع الواحدة بدل الثلاث، خصوصا مع فساد الزمان وشيوع الفعل القبيح وانتشاره<sup>2</sup>.

وأساس معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة في التشريع الجزائري، هو الفقرة الثانية من المادة 124 مكرر من القانون 05-10 المتعلق بالقانون المدني؛ حيث نصت على: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية: ... إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير...". وتطبيقا لذلك، فإن المشرع الجزائري اعتبر الزوج متعسفا إذا رغب في الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للزوجة من استعماله لحق الطلاق على النحو السالف ذكره<sup>3</sup>.

### ثانيا: معيار الضرر الفاحش

يتم تطبيق معيار الضرر الفاحش لضبط الفعل التعسفي للزوج في إيقاعه للطلاق؛ وذلك من خلال أن الزوج إن طلق زوجته بعد فترة من حياتهما معا، واعتمادها في النفقة عليه، ثم يحدث الطلاق وقد بلغت من العمر عتيا أو قاربت، فإن في الطلاق قذفا لها في الهاوية، وإضرارا بها ضررا فاحشا تتعطل فيه حياتها بعد أن شارفت على الموت، ولا مستقبل ينتظرها بعد ذلك السن الذي بلغته، خاصة إذا كانت الزوجة تعتمد عليه في إعالتها وإنفاقه عليها، وإيقاع الطلاق دون سبب - في ذلك السن حيث شعور الوحدة بعد الفراق يتملك الفرد حتى لو

<sup>1</sup> - انظر. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 197. عبير رجي شاعر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 42-43. الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص. 199 وما يليها.

<sup>2</sup> - عبير رجي شاعر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 223-224. الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص. 199 وما يليها.

<sup>3</sup> - انظر. أساس معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة في التشريعات الصفحة 41، 42 من هذه الدراسة.

كان جميع الناس حوله، وبوجود مشاق الحياة- يكون قد أضر بها ضرراً فاحشاً، خاصة في ظل وجود البدائل التي يملكها من غير الطلاق كالتعدد، فلا يترك في ذلك بل يؤخذ على يده، وتكون حجته في إيقاعه للطلاق داحضة<sup>1</sup>.

ويعتبر من قبيل الضرر الفاحش أيضاً إيقاع الزوج الطلاق في مرض الموت بغية حرمان زوجته من الميراث، بعد أن قطعت معه أشواطاً عديدة من العمر، فبحرمانها من الميراث دون أن يكون لها معيل -خاصة إذا لم تكن لها خلفه تعيينها وتنفق عليها- يعتبر إيقاعه للطلاق ضرراً فاحشاً لها خاصة بانتهاء عدتها<sup>2</sup>.

نستنتج من خلال ما سلف ذكره أن الطلاق شرع كحق للزوج يستعمله -بحسب الاستثناء- إلا عند الضرورة المبيحة لذلك، فالأصل فيه الحظر. وعليه، فإذا استعمل الزوج هذا الحق كأصل عام؛ أي بدون ضوابط في استعماله، أو اتخذه لهذا الحق كذريعة لتحقيق مآرب غير مشروعة؛ كالحرمان من الميراث، أو بهدف الانتقام، أو بغية تحريمها عليه، اعتبر في ذلك متعسفاً في استعمال حق الطلاق؛ وذلك لاعتباره أن الأصل في هذا الأخير الإباحة والحظر هو الاستثناء.

وإن كان الطلاق من الأوضاع الشرعية التي لا يمكن تغييرها استثناء من مقتضى أصل الذرائع، فإذا أوقع الزوج الطلاق مريداً إياه وقع مهما كانت الدوافع إليه، وينصرف سد الذريعة لا إلى إبطال هذا التصرف لأنه أقيم الدليل على وجوب وقوعه في كل حال لما فيه من الناحية التعبدية، بل إلى الحيلولة دون تحقيق القصد غير المشروع، أو المصلحة غير المشروعة التي توخاها مريد الطلاق أو المريض مرض الموت، والمتمثلة في طلاقها بهدف الانتقام، أو بغية حرمانها من الميراث بموته أو برده عن الإسلام، أو بقصد تحريمها عليه، أو بهدف تطويل مدة العدة لعدم احتساب الطلاق في فترة الحيض، وهذه المغياة أو الغايات قد أقام الدليل على وجوب إبطالها، لمناقضة قصد الشارع في كل تصرف يراد به إسقاط الواجب أو تحليل محرم<sup>3</sup>، وهذا كله يقع تحت طائلة التعسف في استعمال حق الطلاق. ما يجدر التنويه إليه أن فك الرابطة الزوجية ليست حكراً فقط على الرجل بحكم قوامته وعصمته، بل وحتى الزوجة لها الحق في استعمال هذا الحق، ولكنه وإن اعتبر هذا الحق وسيلة تستخدم أو ميزة يمكن التمتع بها، إلا أنها مقيدة بعدم الإضرار أو الإساءة في استعمالها، ومن هذا المقام أمكن طرح التساؤل التالي: إلى أي مدى يمكن تصور تعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية؟

<sup>1</sup> - عيبر رنجي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 207. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية

للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص. 198.

<sup>2</sup> - انظر. أساس معيار الضرر الفاحش في التشريعات الصفة 43 من هذه الدراسة.

<sup>3</sup> - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 173-174.

## المبحث الثاني

### تعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية

يعتبر حق الطلاق مقررًا للزوجة أيضًا؛ ودل على ذلك العديد من النصوص الشرعية لقوله تعالى ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾<sup>1</sup>، وقوله تعالى أيضًا ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾<sup>2</sup>، فهذه النصوص الشرعية أباحت الطلاق كاستثناء؛ وهذا في حالة النفور، وضيق العيش، واحتدام الصراع، وانقطاع العلائق، وزوال المودة والرحمة والوئام، فأصبح الطلاق هو السبيل الوحيد لعلاج هذا المرض الذي آلت إليه العلاقة الزوجية. وعليه، فحق الطلاق محول للزوجة أيضًا ولكن عند الضرورة أيضًا، ويباح لها استعماله كاستثناء وليس كأصل عام؛ فإذا استعملت الزوجة هذا الحق بدون سبب مبرر، أو لمسوغ تافه، أو بقصد الإضرار بالزوج، تكون متعسفة في استعمال حق الطلاق المقررة لها. ومن صور فك الرابطة الزوجية من طرف الزوجة، التطليق؛ والذي يكون عن طريق الحاكم أو القاضي، والخلع الذي يكون مقابل بدل أو مبلغ مالي، وكذا الطلاق المملك للزوجة والذي يكون عن طريق التفويض. ومن هذا المنطلق سنشير في هذه الدراسة إلى صور تعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية (المطلب الأول)، وبعدها ولكي نثبت الفعل التعسفي لدى الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق تلك الصورة، لا بد من تبيان معايير تعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### صور تعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية

تعدد صور تعسف الزوجة في فك الرابطة الزوجية وهذا نتيجة انحراف قصدها عن الغاية الشرعية التي شرع لأجلها هذا الحق؛ أي حقها في الطلاق أيضًا بمختلف صورته، ومن بين أوجه تعسف الزوجة في فك الرابطة الزوجية نجد التعسف في استعمال حق التطليق (الفرع الأول)، وكذا تعسفها في استعمال حق الخلع (الفرع الثاني)، ونجد كذلك تعسفها في استعمال الطلاق المملك لها دون سبب (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

#### تعسف الزوجة في استعمال حق التطليق

يتخذ تعسف الزوجة في استعمال حق التطليق بتعدد الأسباب التي اتخذتها ذريعة لممارسة هذا الحق. سنحاول من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على أهم الأسباب التي تتدرج بها الزوجة للمطالبة بالتطليق، والتي سنتناولها من خلال صور تعسف الزوجة في استعمال حق التطليق، ومن بين أهمها تعسف الزوجة في المطالبة

<sup>1</sup> - الآية 227 من سورة البقرة.

<sup>2</sup> - الآية 229 من سورة البقرة.

بالتطليق بسبب إعسار الزوج وعدم قدرته على الإنفاق (أولاً)، تعسف الزوجة في طلب التطليق بسبب عيوب الزوج (ثانياً).

### أولاً: تعسف الزوجة في المطالبة بالتطليق بسبب إعسار الزوج بالإنفاق

سبق وأن تم التطرق إلى أن النفقة من حقوق الزوجة على زوجها، وأن الزوج تقع عليه مسؤولية الإنفاق على زوجته، من توفير متطلبات الحياة المناسبة، غير أنه في حالة إعسار الزوج، وعدم قدرته على الإنفاق لا بالمال ولا بالكسب لضيق يده وقله حيلته وعجزه، وقامت الزوجة برفع أمرها إلى القاضي للمطالبة بالتفريق مع عجزه وعدم قدرته، بعد أن خيرت زوجها بين الإنفاق أو المطالبة بالطلاق، وقد سبقت الإشارة إلى اختلاف الفقهاء في جواز التفريق لإعسار الزوج بالنفقة مع مطالبة الزوجة بها وإصرارها على أخذها، وذكرنا أن الفقهاء في هذه المسألة انقسموا إلى ثلاثة أقوال؛ حيث ذهب الحنفية، والمزني من الشافعية، وابن قيم من الحنابلة، والظاهرية؛ إلى أن الزوجة إن أعسر زوجها بالنفقة، وثبت ذلك فعلاً بعد رفع الأمر إلى القاضي، أمرها القاضي بأن تستدين على أن يقضي ذلك من مال الزوج عند اليسار ولا يفرق بينهما. بينما ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة؛ إلى أن الزوجة إن أعسر زوجها بالنفقة صبرت وأنفقت من مالها، أو أنفق عليها من يلي أمرها من أقاربها، فإن أصرت على الزوج بأن ينفق عليها ولم يستطع الإنفاق فرق القاضي بينهما، بناء على طلبها التفريق بعد إهماله فترة لينفق عليها وإلا طلقت عليه. بينما ذهب قول آخر وهو قول ابن حزم من الظاهرية؛ إلى أن الزوج إذا كان معسراً وغير قادر على الإنفاق لقله حيلته، وعدم استطاعته الكسب لسبب من الأسباب، فإنه ليس للزوجة أن تطلب التفريق في ذلك، كما يقع عليها واجب الإنفاق على زوجها الفقير العاجز إذا كانت موسرة و متمكنة مالياً في أداء وإعالة عائلتها؛ وذلك لأن عقد الزواج روحي، فطابع الدوام فيه يقوم على أساس التعاون والمودة، وعلى المرأة الكريمة أن تشاطر زوجها في السراء والضراء، وأن تقاسمه الآلام والأفراح، وقد استدل كل قول منهم بحجج وأسانيد من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة<sup>1</sup>.

والقول الأولى بالرجحان في مسألة إعسار الزوج بالإنفاق، وعدم قدرته على ذلك مع مطالبة الزوجة بالتطليق في حال عدم أدائها، هو القول الثالث لابن حزم؛ بأنه على الزوجة إن كانت موسرة أن تنفق على زوجها، وفي حال عدم يسرها عليها إعداره وإمهاله ليقدر على أداء واجبه الذي لولا عدم قدرته وقله حيلته لما امتنع عنه، كما عليها بالاستدانة إذا كان أهلها مياسير ليرده الزوج عند يساره، فهذا أكداً وأولى لها من التفريق بينها وبين زوجها، وهذا القول هو ما يعبر عن روح الشريعة الإسلامية السمحاء في التعاون والتكامل بين الزوجين، خاصة وأن النساء شقائق الرجال، فإن لم تقم المرأة بمساندة زوجها في مثل هكذا أزمات فلا نسميها شريكه في الحياة، والزواج عقد مقدس، والأصل فيه التعاون والتضامن في السراء والضراء لمواجهة الحياة وعقباتها التي تطرأ، ورياحها العاصفة التي تهب، والمرأة إن لم تتحمل مصيبة زوجها وإعساره تكون مقصرة في واجب المواساة والمشاركة

<sup>1</sup> - انظر. الصفحة 183-186 من هذه الدراسة.

التي ينبغي عليها، وأن لها أن تستدين من أقاربها أو من يلي أمرها، أو تنفق من مالها إن كانت موسرة. فالزوجة بمطالبتها التطلق عند أول عقبه تمثلت في عدم قدرة الزوج على الإنفاق تكون قد جعلت من عقد الزواج عقداً تجارياً، أو صفقة تجارية، أو معاملة مالية، تفض إن عجز طرف عن أداء ما عليه، وهذا أمر بعيد جداً عن روح الشريعة الإسلامية ومبادئها التي تقرر إمهال الأجنبي لمدينه<sup>1</sup>، فكيف إذا حصل الأمر بين المرء وزوجه؟! وما تجدر الإشارة إليه أنه بالرغم من إجازة المالكية والشافعية والحنابلة للزوجة في طلب التفريق عند إعسار الزوج عن الإنفاق، إلا أنهم -ومع ذلك- يستحبون أن تنفق الزوجة من مالها أو تستدين، خير لها من أن تشتت العائلة وتفرق الشمل بسبب الإنفاق، وقد روي عن جابر -رضي الله عنه- قال: "دخل أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب -رضي الله عنهم- على رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فوجداه جالسا -وحوله نساؤه- واجما ساكتا، فقال أبو بكر -رضي الله عنه-: يا رسول الله، لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة، فقمتم إليها فوجأت عنقها<sup>2</sup>. فضحك -صلى الله عليه وسلم- وقال: هن حولي ما ترى يسألني النفقة. فقام أبو بكر الصديق إلى عائشة -رضي الله عنهما- يجأ عنقها، وقام عمر إلى حفصة -رضي الله عنهما- يجأ عنقها. كلاهما قال: تسألن رسول الله ما ليس عنده؟ فقلن: والله لا نسأل رسول الله شيئا أبدا ما ليس عنده. ثم اعتزلن النبي -عليه الصلاة والسلام- شهرا<sup>3</sup>. وجه الدلالة من الحديث الشريف أن في استنكار الخليفيتين الراشدين أبي بكر وعمر -رضي الله عنهما- سؤال زوجات النبي -صلى الله عليه وسلم- والذين هم بناتيهما على النفقة مع إعساره -عليه الصلاة والسلام- وعدم قدرته على الإنفاق، دليل على أن لا حق لهن في سؤالهن ذلك، ومن باب أولى طلب التفريق للإعسار.

يضاف إلى ذلك أنّ فقهاء المذاهب السنية لا يجيزون للزوجة أن تطلب التفريق للنفقة الأكثر، في حال كان الزوج ينفق عليها من الضروريات كالأكل واللباس؛ أي ما يدفع الجوع والعري من النفقة الحاضرة أو المستقبلية، لا عما زاد عن هذا الضروري، ولا حتى عن النفقة الماضية لعدم توقف الحياة على شيء من ذلك. وعليه، فإن طالبت الزوج أكثر من ذلك، أو عن النفقة السابقة، بحجة لها الحق في رفع أمرها إلى الحاكم طالبة التفريق، ففي هذه الحالة لا يجاب لطلبها بإجماع الفقهاء، وتكون متعسفة في استعمال حق طلب التفريق في ذلك<sup>4</sup>.

كما أنّه حتى وإن كان الزوج موسرا فلا يجوز للزوجة أن تطلب التفريق من زوجها للوهلة الأولى، ودليل ذلك ما روي عن عائشة -رضي الله عنها- أن هند بنت عتبة قالت: "يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال -عليه الصلاة والسلام-: خذي ما

<sup>1</sup> - عبيد رجي شاعر القادومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.ص. 130-131.

<sup>2</sup> - ويقصد بوجأت: "وجأ فلاناً بجؤه وجئاً: دفعه بجمع كفه في الصدر أو العنق". راجع. مجمع اللغة العربية المصري، المعجم الوسيط، ج.2، ص.1054.

<sup>3</sup> - سبق تحريجه.

<sup>4</sup> - عبيد رجي شاعر القادومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.126. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص.ص. 290-291.

يكفيك وولدت بالمعروف"<sup>1</sup>. وفي هذا يقول ابن قدامة في شرحه للحديث الشريف: "إن امتنع عن الإنفاق مع يساره فإن قدرت له على مال أخذت منه قدر حاجتها ولا خيار لها؛ لأن النبي -صلى الله عليه وسلم- أمر هند بالأخذ ولم يجعل لها الفسخ"<sup>2</sup>.

وبناء على ما سبق، فإن الزوجة إذا طلبت التطلاق مع إعسار الزوج وعدم قدرته على الإنفاق لعجز بدني أو لأي سبب آخر، خاصة إذا كان الزوج ينفق قبل عجزه، وكان يوفر كل ظروف الحياة المناسبة، فإنها بذلك تكون متعسفة في استعمال حق التطلاق؛ لأن حق التطلاق يكون نتيجة امتناع الزوج عن الإنفاق مع قدرته على الكسب أو يسره، وهذا الحق شرع لهذه الغاية؛ وهي رفع الزوجة الضرر عن نفسها، وهذا هو المقصد الشرعي من تشريع حق التطلاق، غير أنه إذا كان الزوج غير قادرٍ على الإنفاق نتيجة عجز بدني، أو لقله حيلته وإعساره، وغُلت يده، فهذا لا يعتبر مبرراً لطلب التفريق بسبب امتناع الزوج عن الإنفاق؛ لأن المرأة بمطالبتها التفريق للإعسار مع قدرتها على توفير متطلباتها الأساسية ومتطلبات أسرته، إما لحرفة في يدها، أو لسعة في مالها، أو ليسر أهلها، تكون متعسفة في استعمال حق التفريق لعدم الإنفاق، وهو الأمر الذي دفع العديد من الفقهاء القدامى إلى القول بعدم جواز التفريق للإعسار، وهذا درءاً لوقوع إساءة استعمال حق التفريق، فالشرع يحصل الأصلح بتفويت الصالح ويدراً الأفسد بارتكاب الفاسد؛ لأن اعتناؤه بالمصالح العامة أوفر من اعتناؤه بالمصالح الخاصة، لأن التفريق لإعسار الزوج يعد ضرراً عاماً يصيب الزوج والأولاد والمجتمع ككل لانتشار آفات عديدة؛ منها تدرع النساء عند إمساك الأزواج عن الإنفاق لحجة أو لضرورة بالمطالبة بالتطلاق، فاجتماع المصالح والمفاسد في آن واحد في مثل هكذا أمور، والمتمثلة في مصلحة الزوجة في التفريق، والمفسدة التي تحل بالزوج والأبناء من تفكك الرابطة والآفات التي ستستتبع بعد ذلك، فهذه الأخيرة مفسدة عظيمة وهي الراجحة، لذلك درؤها أولى من جلب المصلحة وهي التفريق، فلا بد من تفويت طلب الزوجة في التفريق؛ لأن مصلحتها مرجوحة، وهذا طبقاً للقاعدة الفقهية "درء المفاسد أولى من جلب المنافع"، وأيضاً قاعدة "الأخذ بأقل الضررين"<sup>3</sup>.

ضف إلى ذلك لأن إلزام التفريق للإعسار بالنفقة هو إبطال حق الزوج تماماً، أما إلزام الزوجة بالانتظار حتى تتحسن أحوال الزوج ويصير قادراً على الإنفاق، ويمكنها الاستدانة عليه، ما هو إلى تأخير لحقتها، فيكون ديناً على الزوج يدفعه حين يساره، وفي هذه الحالة إذا خیرنا بين إبطال الحق وتأخيره فالأولى تأخيره؛ لأنّ الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب التطلاق أشد من الضرر الذي يلحقها جراء العجز عن النفقة، وإن واجب الزوج في الإنفاق يؤجل إلى حين يساره ولا يبطل، وهنا بإمكان المرأة أن تنفق من مالها إن كان لها مال، أو تمتهن حرفة إن كانت محترفة في عمل ما، أو تستدين لتغطية نفقتها حتى تدفع الضررين عن نفسها؛ ضرر الإعسار بالنفقة وضرر التطلاق. ضف إلى ذلك أن الطلاق يعتبر أبغض الحلال عند الله سبحانه، ويتم اللجوء إليه -كما ذكرنا آنفاً- إلا

<sup>1</sup> - رواه البخاري، صحيح البخاري في شرح فتح الباري، ج. 5، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل، رقم 5048، ص. 2052.

<sup>2</sup> - ابن قدامة، المغني، ج. 8، مرجع سابق، ص. 177.

<sup>3</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص. 201 وما بعدها.

عند الضرورة، خاصة وأن إيقاع الطلاق تضيع معه تحقيق أهم مقاصد الشرع في الزواج، والمتمثلة في تحصيل النسل، أما عدم الإنفاق تفوت معه فرصة المال فقط، التي يمكن تعويضها في جميع الأحوال حتى ولو بلغوا من العمر عتياً<sup>1</sup>؛ وهذا بالنسبة لفرضية كون الإعسار قد طرأ على الزوج بعد العقد.

أما إذا كان الإعسار قائماً في تاريخ العقد وكانت الزوجة على علم بإعسار زوجها وقت إبرام العقد، ومع ذلك رضيت به، فإنه في هذه الحالة لا يمكنها أن تتظلم، وتكون غير محقة ومتعسفة في حال ما إذا طالبت بالتطليق على أساسها، كما تعتبر الزوجة متعسفة في استعمال حق التطليق إذا وجدت قريباً أو أجنبياً ينفق عليها ومع ذلك أصرت على طلب التطليق. وعليه، سنحاول في هذا الصدد دراسة هاتين المسألتين من خلال التعرض إلى موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوجة في طلب التطليق مع علمها بإعسار زوجها قبل العقد، أو في حالة وجود أجنبي ينفق عليها (أ)، وبعدها نبين موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من ذلك (ب).

**أ- موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوجة في طلب التطليق بسبب إعسار زوجها مع علمها بذلك قبل العقد، أو إصرارها مع وجود أجنبي ينفق عليها**

سنتناول بداية موقف الفقه الإسلامي من مسألة تعسف الزوجة في طلب التطليق مع علمها بإعسار زوجها قبل العقد (01)، وبعدها نتطرق إلى موقفهم أيضاً من تعسف الزوجة في إصرارها على طلب التطليق مع وجود الأجنبي ينفق عليها (02)

**1- موقف الفقه الإسلامي من مسألة تعسف الزوجة في طلب التطليق مع علمها بإعسار زوجها قبل العقد**

اختلف الفقهاء في مسألة تعسف الزوجة في طلب التطليق مع علمها بإعسار زوجها قبل العقد إلى قولين؛ حيث ذهب بعض من الفقهاء القدامى إلى القول بعدم جواز التفريق لإعسار الزوج عن النفقة مع علم الزوجة بإعساره وقت العقد، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بجواز التفريق لإعسار الزوج بالنفقة مع علم الزوجة بإعساره وقت العقد.

**1-1- عدم جواز التفريق لإعسار الزوج عن النفقة مع علم الزوجة بإعساره وقت العقد**

وهذا القول هو قول المالكية وظاهر الكلام عند الإمام أحمد؛ حيث يرون بأن الزوجة إذا علمت بإعسار زوجها وقت العقد ليس لها الحق في فسخ هذا الأخير أو المطالبة بالتفريق؛ لأن المرأة إذا تزوجت وهي عالمة بعجز

<sup>1</sup> - انظر. عبيد ربحي شاكور القادومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 131 وما يليها. عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج. 1، ص. 84. عز الدين بن عبد السلام، المرجع نفسه، ج. 2، ص. 75. الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص. 205 وما يليها. خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 424.



زوجها عن النفقة فهذا دليل على رضاها بتلك الحال، والرضا بإعساره يقابله عدم تمتعها بجمرية إنهاء الرابطة الزوجية، وقد قاسوا ذلك على من تزوجت عنينا ورضيت به، فلا حق لها في طلب التفريق<sup>1</sup>.

### 1-2- جواز التفريق لإعسار الزوج عن النفقة مع علم الزوجة بإعساره وقت العقد

وهو قول للشافعية والحنابلة؛ حيث يرون بأن الزوجة سواء علمت بإعسار زوجها أم لم تعلم وقت العقد، وعليه فإن اختارت المقام ثم اختارت الفسخ فلها ذلك، وحتى لو رضيت بعسره ثم اختارت الفسخ فلها ذلك أيضاً؛ أي حتى وإن تزوجته وهي عالمة بعسره ثم اختارت الفسخ فيجانب لطلبها بالتفريق؛ وذلك لأن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فيتجدد لها الفسخ كذلك، ولا يصح إسقاط حقها فيما لم يجب لها كالإسقاط لشفعتها قبل البيع؛ لأنه إذا أسقطت حقها في الشفعة قبل البيع -عندهم- لا يسقط حقها في الشفعة، بل لها المطالبة بما إن شاءت، وكذلك النفقة؛ فإنها إن أسقطت حقها لم يجب بعد، وبالتالي فلا تسقط بل تجب لها ولها المطالبة بما قياساً على إسقاط حق الشفعة<sup>2</sup>.

والقول الراجح في هذه المسألة هو القول الأول بعدم جواز التفريق للإعسار مع علم الزوجة وقت العقد بإعسار زوجها؛ لأن التفريق في أصله الحظر وهذا أولاً، وحتى إن طرأ عليه الإعسار بعد العقد فيستحب عدم التفريق مع ذلك، وهذا عند الجمهور، ويمنع كلياً عند الحنفية، فكيف الأمر وعلمها بإعساره وتعنتها ورضاها بذلك، وبعدها طلبها التفريق بعد الزواج، وكأن المسألة هي مجرد استهزاء أو حق مباح مطلق الحدود يمكن استعماله في أي وقت وفي مطلق الأمور دون قيد أو ضابط.

### 2- موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوجة في إصرارها على طلب التطليق مع وجود الأجنبي

ينفق عليها

وكذلك يسقط حق الزوجة في التفريق لإعسار الزوج بالنفقة إن وجدت من ينفق عليها؛ لأن الحكم بالتفريق يكون للضرر، والضرر يزول بنفقة القريب، وتكون الزوجة متعسفة في استعمال حق طلب التفريق في حال ما إذا طلبت التفريق لذلك، وهذا إن كانت النفقة من القريب، أما إذا وجدت أجنبياً ينفق عليها فقد انقسم الفقهاء في ذلك إلى قولين؛ حيث ذهب البعض من فقهاء المذاهب إلى القول بعدم جواز التفريق لإعسار الزوج عن النفقة مع وجود أجنبي ينفق عليها، في حين ذهب البعض الآخر إلى جواز التفريق لإعسار الزوج عن النفقة مع وجود أجنبي ينفق عليها.

<sup>1</sup> - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج. 2، مرجع سابق، ص. 518-519. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص. 295. والعنين هو الذي لا قدرة له على الجماع، إما لصغر آله وإما لأنها لا تنتصب، فلا يتأتى به الجماع أي لصغر بصفة المتمكن، ولا يقدر وربما كان بعد وطء، وربما كان في امرأة دون أخرى، وقد يفسر العنين بالمعتز، ويقال للمعتز المربوط. انظر. محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، المحلل ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص. 220.

<sup>2</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع، ج. 8، مرجع سابق، ص. 2829. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص. 295.

## 2-1- عدم جواز التفريق لإعسار الزوج عن النفقة مع وجود أجنبي ينفق عليها

ذهب المالكية إلى أنه لا حق للزوجة أن تطلب التفريق لإعسار الزوج عن النفقة مع وجود أجنبي ينفق عليها؛ وهذا لاندفاع حاجتها وقيام بدنها بما يقدم إليها<sup>1</sup>.

## 2-2- جواز التفريق لإعسار الزوج عن النفقة مع وجود أجنبي ينفق عليها

ذهب الشافعية والحنابلة إلى إعطاء الزوجة الحق في طلب التفريق لإعسار الزوج عن النفقة مع وجود أجنبي ينفق عليها، وهذا في حال إذا كانت الزوجة هي التي تستلم النفقة من الأجنبي ابتداء فلا يلزمها قبولها، ويكون لها الحق في طلب التفريق، أما إذا كان الزوج هو الذي يستلم النفقة من هذا الأجنبي، أو يدفعها إلى المرأة لزمها قبولها ولا حق لها في طلب التفريق<sup>2</sup>.

والقول الراجح هو القول الأول الذي جاء به المالكية؛ لأن الضرر يكون في حال عدم الإنفاق، وبما أنه وجد من ينفق على الزوجة حتى وإن كان أجنبيًا عنها فهو يدفع الضرر، وإذا كان يحق للزوجة أن تطلب التطلق لعدم الإنفاق، هذا كان لعذر يتمثل في امتناع الزوج عن النفقة، وبما أنه وجد من ينفق عليها بغض النظر عن وجود صلة قرابة أم لا، فقد زال عذر عدم الإنفاق، وهذا طبقاً للقاعدة الفقيه "ما جاز لعذر بطل بزواله"، ضف إلى ذلك أن القاعدة تقول: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة"<sup>3</sup>، ضف إلى أن الشافعية والحنابلة لما أجازوا نفقة أقرباء الزوج فما فرق بين أقرباء الزوج والأجنبي؛ لأن العلة هنا هي الضرر المتمثل في عدم الإنفاق، ودفعه أولى بغض النظر عن من ينفق، وطبقاً للقاعدة الفقهية "الضرورات تبيح المحظورات"، وقاعدة "الضرورة تقدر بقدرها"<sup>4</sup>.

## ب- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوجة في طلب التطلق مع علمها

### بإعسار زوجها قبل العقد

سنتطرق في البدء إلى موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوجة في طلب التطلق مع علمها بإعسار زوجها قبل العقد (01)، وبعدها نرجع على موقف التشريعات العربية من ذلك (02).

## 1- موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوجة في طلب التطلق مع علمها بإعسار زوجها قبل

### العقد

أخذ المشرع الجزائري في مسألة تعسف الزوجة في طلب التطلق مع علمها بإعسار زوجها قبل العقد بالفقه المالكي؛ إذ لا يبيح المشرع للزوجة أن تطلب التطلق إذا كانت على علم بإعسار زوجها وقت إبرام عقد الزواج ورضيت بذلك، وهذا طبقاً للفقرة الأولى من المادة 53 من قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة، والتي جاء

<sup>1</sup> - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص. 295.

<sup>2</sup> - محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج. 3، مرجع سابق، ص. 443.

<sup>3</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص. 189 وما يليها.

<sup>4</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، مرجع سابق، ص. 185-187.

فيها: "... ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج...". يستشف من نص الفقرة أن حرية الزوجة في طلب التطليق لعدم الإنفاق مقيدة بشرط عدم علمها بإعساره وقت إبرام العقد. وعليه، فإذا كانت تعلم وقت إبرام العقد أن زوجها معسر سقطت وانعدمت حرمتها في المطالبة بإخلاء الرابطة الزوجية؛ لأنها بمطالبتها بالطلاق وفق هذه الصورة تكون متعسفة في استعمال حق التطليق، فيسقط تطبيقاً لذلك حقها في طلب التفريق، أما إذا كانت تجهل بأن زوجها معسر أو أعسر بعد عقد الزواج، فإن كانت ميسورة الحال تلزم بالإففاق على نفسها وعلى أولادها متى كانت قادرة على ذلك وعجز الأب عن دفعها، وهذا طبقاً للقرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1994/06/14، والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً... تلزم الزوجة بدفع نفقة الأولاد متى كانت قادرة على ذلك وعجز الأب عن دفعها"<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للزوجة إذا وجدت من ينفق عليها من أقاربها في حالة إعسار الزوج، فلم ينص المشرع الجزائري على هذه المسألة، وبالتالي يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عبر الإحالة المنصوص عليها في المادة 222 من القانون السالف الذكر، والتي تبين لنا أن الفقهاء لا يجيزون للزوجة أن تطلب التفريق لإعسار الزوج عن النفقة إذا وجدت من ينفق عليها من أقربائه أو من غيرهم -أي الأجنبي- وهذا خاصة عند المالكية<sup>2</sup>.

## 2- موقف التشريعات العربية من تعسف الزوجة في طلب التطليق مع علمها بإعسار زوجها قبل

### العقد

بالرجوع إلى المشرع المغربي، نجد أنه لم يتعرض إلى مسألة جواز أو عدم جواز طلب الزوجة التفريق في حالة ما إذا كانت عاملة بإعساره وقت العقد، كما لم يتعرض إلى مسألة جواز طلب الزوجة التطليق للإعسار بالنفقة مع وجود قريب ينفق أو أجنبي تأخذ منه النفقة. وبالتالي، وفي ظل سكوت المشرع عن مثل هذه المسائل يتم الرجوع إلى الفقه المالكي عبر الإحالة المنصوص عليها في المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية، وتطبيقاً لذلك فإنه لا يحق للزوجة أن تطلب التفريق للإعسار بالنفقة في حال علمها بإعساره وقت العقد، كما لا يجوز لها أن تطلب التفريق لإعسار الزوج بالنفقة في حال وجود قريب ينفق عليها، أو أجنبي ينفق عليها أو يسلمها النفقة، وتطبيقاً لذلك تكون الزوجة متعسفة في استعمال حق التطليق لعدم الإنفاق في مثل هكذا حالات.

أما بالنسبة للمشرع التونسي، فقد حذا حذو المشرع الجزائري بأخذه بالفقه المالكي في سقوط حق الزوجة في طلب التطليق إذا كانت عاملة بإعساره وقت العقد، وبذلك تكون الزوجة متعسفة إذا استعملت حق التطليق مدعية الضرر الذي أصابها، وقد نص المشرع على سقوط حق الزوجة في طلب التطليق من خلال مقتضيات الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية، حيث نص على: "... وإذا كانت الزوجة عاملة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق". وبالرجوع إلى الفقرة 5 من الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية، نجد المشرع قد أوجب على الزوجة في حال إذا كانت ميسورة ولها سعة في مالها أن تنفق على الأسرة، حيث جاء في نص

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1994/06/14، قرار رقم 110607، م.ق، ع.2، لسنة 1995، ص.95.

<sup>2</sup> - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص.298.

الفصل: "... وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال". وعليه، يتضح أن واجب الإنفاق لا يقع حكراً على الزوج فقط، فالزوجة إذا كانت لها سعة في مالها تجب عليها النفقة أيضاً، وتطبيقاً لذلك تكون متعسفة في حال ما إذا رفعت دعوى التطليق لضرر مستندة إلى أحكام الفصل 31 من نفس المجلة بحجة عدم الإنفاق، وهذا في حال ما إذا كانت ميسورة الحال. بالنسبة إلى مسألة جواز أو عدم جواز الزوجة أن تطلب التفريق مع وجود نفقة الأقارب أو الأجنبي فلم يتعرض لها المشرع التونسي.

أما بالنسبة إلى المشرع المصري والمشرع الأردني والعراقي، فلم يتعرضوا -في قوانينهم الخاصة بالأحوال الشخصية- إلى مسألة جواز أو عدم جواز التفريق لإعسار الزوج عن أداء النفقة مع علم الزوجة بإعساره حين العقد، ولا إلى مسألة جواز أو عدم جواز التفريق لإعسار الزوج عن النفقة مع وجود قريب ينفق عليها أو أجنبي يسلمها النفقة.

### ثانياً: تعسف الزوجة في المطالبة بالتطليق بسبب العيب

تعتبر العيوب من العوارض والأسباب التي تمنع الاتصال الجنسي بين الزوجين، أو تحول دون الاستمتاع كالجب والخصاء والعنة والاعتراض<sup>1</sup>، أو تنفر منه كالجنون والجذام والبرص، والعذيفة، والعقم<sup>2</sup>، وعلى ذلك سنتناول موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوجة في طلب التطليق بسبب تلك العيوب أو غيرها (أ)، كما نخرج بعد ذلك إلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من ذلك (ب).

<sup>1</sup> - الجب بفتح الجيم استئصال عضو التناسل، أو الذي قطع ذكره وأثنياءه، وأما الخصاء بكسر الخاء سل الخصيتين، أو المقطوع أحد الخصيتين وإن كان ذكره قائماً، والعنة بضم العين وتشديد النون المفتوحة هي عجز الرجل عن الوصول إلى النساء، أو الذي لا قدرة له على الجماع إما لصغر آتته، وإما لأنها لا تنتصب، وربما كان ذلك بعد الوطء، وربما كان في امرأة دون أخرى، وقد يفسر العين بالمعتز، ويقال للمعتز المربوط، والمعتز هو الذي لا ينتصب جهازه التناسلي كالعينين، بمعنى هذين العيبين يشتركان في مثل هذه الصفة، كما يفسر المعتز بالذي لم ينتشر ذكره أو عضو التناسل، وهذه العيوب كلها خاصة بالرجل، وهذا الذي يهمنا في موضوع الدارسة. انظر. محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.215-220. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص.534. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص.333-337.

<sup>2</sup> - الجنون هو من جن الشيء يجنه جنأ ستره، وهو ذهاب العقل أو نقصانه. والجذام هو مرض يتآكل من اللحم ويتساقط والأجذم المقلوع، وهو علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر، ويتصور ذلك في كل عضو، لكنه في الوجه أغلب. والبرص هو بياض شديد يبدو في ظاهر البدن، ويظهر في الجلد على شكل بقع، وهو نوعان: أبيض وأسود؛ والأسود أخطر لأنه مقدمة الجذام، يكون له قشرة مدرة يشبه الفلوس. وأما العذيفة، فهي كلمة مشتقة من فعل عذط، وهو الذي إذا أتى أهله -أي جامع زوجته- سلح أو أكسل، وجمعه عذيطون وعذاويط، ويقال للمرأة العذيوطة وهي التيتاة، والرجل عذيوط تيتاء، والعذيوط هو من لا يستمسك خلاؤه عند الجماع؛ أي حصول الحادث من أحد الزوجين عند الجماع، ويأخذ نفس الحكم التبول نتيجة الجماع؛ لأنه يلحق بالعذيفة. أما العقم فهو عدم قدرة الجهاز الخاص بالإنجاب لكل من الزوج أو الزوجة على القيام وأداء ما أنيط به من مهام، رغم القدرة على ممارسة العملية الجنسية بكيفية كاملة. وهذه العيوب التي سلف ذكرها هي عيوب مشتركة بين الزوجين. انظر. ابن منظور، لسان العرب، ج.13، مرجع سابق، ص.92. والمرجع نفسه، ج.7، ص.87. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص.338. ومحمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، المرجع السابق، ص.226. السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.310.

## أ- موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوجة في طلب التظليق بسبب عيوب الزوج

اختلف الفقهاء في جواز التفريق بسبب عيوب الزوج إلى قولين؛ حيث ذهب فريق منهم إلى القول بعدم جواز التفريق لعيوب الزوج (01)، في حين ذهب الفريق الآخر إلى جواز التفريق لعيوب الزوج (02).

### 1- عدم جواز التفريق لعيوب الزوج

ذهب ابن حزم الظاهري، والأوزاعي، وعمر بن عبد العزيز إلى عدم جواز فسخ النكاح بسبب العيوب قبل الدخول وبعده، والمرأة والرجل في ذلك سواء؛ وقد استدلوا بأن عقد الزواج قد صح بكلمة الله عز وجل وسنة رسوله -عليه الصلاة والسلام-، ومن فرق بينهما بغير القرآن أو سنة ثابتة فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله تعالى ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾<sup>1</sup>.

واستدل ابن حزم أيضا بالسنة النبوية الشريفة لما روي عن عائشة -رضي الله عنها- أن رفاعة القرظي طلق امرأته فبت طلقها، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير، فجاءت إلى النبي -صلى الله عليه وسلم- فقالت: "يا رسول الله، إني كنت تحت رفاعة، فطلقني فبت طلاقي، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير، وأنه والله ما معه إلا مثل هدية الثوب، وأخذت بهدية من جلبابها. فتبسم رسول الله -صلى الله عليه وسلم- ضاحكا وقال: لعلك تريد أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك"<sup>2</sup>. وجه الدلالة من الحديث الشريف أن المرأة لا يجوز لها أن تطلب الفسخ للعيوب، فالحديث الشريف دل على أن المرأة أتت النبي -صلى الله عليه وسلم- شاكية عيب زوجها، فلم يفرق الرسول بينهما ولا ضرب له أجلا<sup>3</sup>.

### 2- جواز التفريق لعيوب الزوج

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، إلى جواز الفسخ للعيوب؛ حيث قالوا بأن الزوجة لها الخيار في فسخ النكاح أو الإبقاء عليه، ولكن بشروط<sup>4</sup>:

- أن يكون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه، أو يمكن ولكن بعد زمن طويل، فإن كان المرض قريب الزوال فلا يسوغ طلب التفريق.
- ألا يمكن المقام معه إلا بضرر.
- أن لا تكون الزوجة عاملة بالعيوب عند الزواج، فلو تزوجته وهي تعلم بحاله ليس لها الحق في طلب التفريق؛ لأن زواجها منه حينئذ يعتبر رضا منها بالعيوب وإسقاطها لحقها الجنسي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - الآية 102 من سورة البقرة.

<sup>2</sup> - رواه البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، كتاب الطلاق، باب إذا طلقها ثلاثا، ج.5، رقم الحديث 5011، ص.5012.

<sup>3</sup> - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص.333.

<sup>4</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص.537.

<sup>5</sup> - وبالنسبة للعينين فلا يشترط علم الزوجة؛ أي حتى ولو كانت الزوجة تعلم بعنة زوجها قبل الزواج، فإنه لا يسقط حقها في خيار التفريق بسبب العنة؛ لأنها علة يمكن زوالها، ولأن الرجل قد يكون عينا بالنسبة لامرأة ولا يكون عينا بالنسبة لامرأة أخرى. انظر. السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.309.

● أن تكون المرأة خالية من العيوب؛ فإن كانت معيبة بالرتق أو القرن فلا يثبت لها حق التفريق بسبب عيوب الزوج.

● أن لا ترضى بالزوج بعد إطلاعها على العيب بعد الزواج؛ أي ألا يوجد منها رضا صراحة أو دلالة بعدم العلم بالعيب، فلو تزوجته وهي لا تعلم بحاله ثم علمت به ورضيت بالبقاء معه صراحة أو دلالة لم يكن لها الحق في طلب التفريق.

يستنتج من هذه الشروط أن حق الزوجة في طلب التفريق لعيوب الزوج يسقط في حال إذا كان العيب مما لا تتضرر منه الزوجة، أو كان العيب مؤقتاً نتيجة أمر عارض، كما يسقط حقها في طلب التفريق في حال إذا كان العيب الذي أصاب الزوج يمكن البرء منه فيزال بعلاج، وأيضاً في حال علم الزوجة بالعيب قبل الزواج، أو رضاها بالعيب بعد الزواج، فيسقط حقها في طلب التفريق؛ لأن الزوجة في حال المطالبة بالتفريق للعيوب عند انعدام الشروط التي سلف ذكرها - وتحقق هذه الصورة من علم بالعيب وما إلى ذلك - تكون متعسفة في استعمال حق طلب التفريق.

وقد استدل فقهاء هذا المذهب بالقرآن الكريم لقوله تعالى ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>1</sup>. كما استدلوا بالسنة النبوية الشريفة لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>. واستدلوا أيضاً بما روي عن ابن عباس -رضي الله عنه- أنه قال: "طلق عبد يزيد أبو ركانة وإخوته أم ركانة، ونكح امرأة من مزنية فجاءت النبي -صلى الله عليه وسلم- فقالت: "ما يغني عني إلا كما تغني هذه الشعرة، لشعرة أخذتها من رأسها، ففرق بيني وبينه، فأخذت النبي -صلى الله عليه وسلم- حميته، فدعا أبو ركانة وإخوته، ثم قال لجلسائه: أترون فلانا يشبه منه (كذا وكذا من عبد يزيد وفلانا يشبه منه) كذا وكذا. قالوا: نعم. قال النبي -صلى الله عليه وسلم- لعبد يزيد: طلقها. ففعل"<sup>3</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء اختلفوا في العيوب التي تحول للزوجة حق الخيار بالفسخ أو الإبقاء على الزواج؛ بالنسبة للعيوب التناسلية التي تمنع الاتصال الجنسي أو تحول دون الاستمتاع: فأما الحب والعتة فقد اتفق الفقهاء القائلون بجواز التفريق للعيوب على جواز التفريق بهذين العيين، واختلفوا فيما عداهما. وبالنسبة للعين فلا يفرق بينهما في الحال؛ وهذا باتفاق فقهاء هذا القول، وإنما يؤجل القاضي الزوج سنة، فإن لم يصل إلى زوجته خلالها فرق القاضي بينهما؛ وسبب تأجيل العين سنة لوجود الأمل في الشفاء، ولأنها جعلت غاية في صبرها، وأيضاً لأن الأبدان تختلف -نشاطاً وضعفاً- باختلاف الفصول الأربعة، فضربت له سنة لتمر به هذه الفصول، فإن كان من ييس زال في فصل الرطوبة، وإن كان من رطوبة زال في فصل الحرارة، وإن كان من انحراف مزاج زال

<sup>1</sup> - الآية 229 من سورة البقرة.

<sup>2</sup> - سبق تحريجه.

<sup>3</sup> - رواه أبو داود. ولكن قال الخطابي في إسناده هذا الحديث مقال لأن ابن جريح إنما رواه عن بعض بني رافع ولم يسمعه، والمجهول لا تقوم به الحجة. مقتبس عن المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص.ص. 333-334.

في فصل الاعتدال، فإذا مضت عليه الفصول الأربعة واختلقت عليه الأهوية ولم يزل عن عجزه، وأصرت الزوجة على طلب التفريق، علم أنه حلقة، وفرق القاضي بينهما. وقد قضى بتأجيل العنين سنة عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب -رضي الله عنهما- وبه قال بعض الصحابة والتابعين، وتبدأ السنة من يوم تسليمها نفسها له بعد رفع الدعوى، أو من وقت براء الزوج إن كان مريضاً، ولا يحسب من السنة مرض أحد الزوجين مرضاً يمنع الدخول، سواء كانت مدة المرض قليلة أو كثيرة، ولا يحسب من السنة أيضاً المدة التي تغيبها الزوجة عن الزوج، أما المدة التي يغيبها الزوج عن زوجته، فإنها تحسب من المدة ولو كانت غيبته في زمن مدة الحيض<sup>1</sup>.

أما إذا أصرت الزوجة على حقها في طلب التفريق للعنة حكم القاضي بالتفريق، وإذا ادعى الزوج عند بدء المرافعة أو في ختامها الوصول إليها أو أنكرها وقال أنه وصل إليها ينظر؛ فإن كانت الزوجة ثيباً فالقول قول الزوج بيمينه؛ لأن الظاهر يشهد له، إذ الأصل في الإنسان السلامة من العيوب، فإن حلف أنه وصل إليها رفضت دعواها وإن نكل اعتبر نكوله مصادقة لها، فيؤجل سنة كما في حال المصادقة السالفة الذكر، أما إن كانت بكرًا من الأصل عين القاضي امرأتين يثق بهما للكشف عليها، فإن قالتا هي ثيب فالقول للزوج بيمينه؛ لأن الظاهر يشهد له، وإن قالتا هي بكر يؤجله سنة كما سبق وذكرنا آنفاً<sup>2</sup>.

فإذا مضت السنة وعادت الزوجة مصرة على طلبها؛ لأنه لم يصل إليها، أعيد الكشف عليها مرة ثانية، فإن تبين بعد الكشف عليها أنها ما تزال بكرًا طلقها القاضي منه، وإن تبين أنها ثيبٌ فالقول للزوج بيمينه. وإذا ادعت الزوجة أن زوجها أزال بكارتها بأصبعه مثلاً لا بالوقاع، فالقول قول الزوج بيمينه في أنه أزال بكارتها بالوقاع لا بالأصبع<sup>3</sup>.

والغاية من اتخاذ هذه الإجراءات في عيب العنة؛ هو أن الوقوف على حقيقة هذا العيب متعذر وليس لأهل الخبرة من الأطباء رأي قاطع بالنسبة لهم حتى يستعان برأيهم، وربما يكون عجز الزوج عن مباشرة زوجته لعيب غير مستحکم ويمكن البرء منه، أو لعارض سريع الزوال، وقد يعجز الرجل عن معاشرته امرأة دون أخرى، أو في زمن دون آخر، أو نتيجة ضعف جسدي أو مرض عارض غير مستحکم، فلهذا يؤجل القاضي سنة عساه أن يتمكن خلالها من الوصول إلى زوجته، حتى يكون حكم القاضي مبنياً على عيب مستحکم فعلاً لا على مجرد عارض قد يكون سريع الزوال، وهذا نتيجة قصد الزوجة في الإضرار بزوجها فحسب مع علمها بأن عيب زوجها أمر عارض<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 307.

<sup>2</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص. 536-537.

<sup>3</sup> - السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 307 وما يليها. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص. 536-537.

<sup>4</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع نفسه، ص. 537.

أما بالنسبة للخصاء فقد اختلف الفقهاء في جواز أو عدم الجواز التفريق على هذا من خلال قولين؛ حيث ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية في قول مرجوح عندهم، والحنابلة إلى أن الزوجة يثبت لها خيار الفسخ إذا كان زوجها مخصيا، ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان يفرق بينهما في الحال أم يؤجل سنة مثل العنين، فالمالكية قالوا أنه يفرق بينهما في الحال؛ لأن الخصي عندهم من قطع ذكره فهو محبوب، فيأخذ حكمه. أما الحنفية والحنابلة فقالوا بأنه يثبت للزوجة الخيار في طلب التفريق بعد تأجيله سنة؛ لأن الخصاء عندهم من قطعت أنثياه وبقي ذكره، فيمنع الوطاء أو يضعفه، ولكن آتته قائمة والوطء منه متوقع<sup>1</sup>، واستدلوا في ذلك بما حكم عمر ابن الخطاب؛ حيث قال لابن سندي -وكان قد تزوج وهو خصي-: "أعلمتها أنك عقيم؟ قال: لا؛ قال: فانطلق فأعلمها، ثم خيرها"<sup>2</sup>.

وذهب الشافعية في القول الراجح والأصح عندهم، وبعض من الحنابلة إلى أن الزوجة لا يثبت لها خيار الفسخ بسببه؛ لأن الزوج المخصي قادر على الوطاء والجماع، بل هو أقدر عليه من غيره؛ لأنه لا ينزل فلا يعتريه ضعف أو فتور، وعدم الإنجاب لا يضر بالاستمتاع ولا يعتبر عيبا<sup>3</sup>.

أما العيوب المنفرة غير التناسلية والمتعلقة بالأمراض العقلية والبدنية كالجنون والجدام وغيرها، فقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق لهذه العيوب على قولين؛ فذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، ومحمد بن الحسن من الحنفية إلى القول بجواز الزوجة التفريق لهذه العيوب غير التناسلية، كالجدام والجنون والبرص وغيرها، إذا الزوج معيبٌ بهم<sup>4</sup>. واستدلوا في ذلك بما روي عن يزيد بن كعب -رضي الله عنه-: "أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل عليها ووضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها بيضا، فانحاز عن الفراش ثم قال: خذي عليك ثيابك. ولم يأخذ مما آتاها شيئا"<sup>5</sup>. وهذا النص خاص بالبرص، ويلحق به الجدام بجماع أنها عيوب منفرة، وقد تنقل المرض إلى الزوج، أما الجنون فلا يحصل مقصود النكاح منه<sup>6</sup>، كما استدلوا بقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم فرارك من الأسد"<sup>7</sup>. دل الحديث الشريف على أن الفرار من المجذوم يدل على جواز فسخ النكاح لهذا العيب<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - ابن الهمام، فتح القدير، ج.4، مرجع سابق، ص.131. ابن قدامة، المغني، ج.7، مرجع سابق، ص.606. السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.309.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق في المصنف ورجاله ثقات. مقتبس عن السرطاوي، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

<sup>3</sup> - قدامة، المغني، ج.7، مرجع سابق، ص.606. السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.310.

<sup>4</sup> - ابن قدامة، المغني، ج.7، مرجع سابق، ص.579. الدردير، الشرح الصغير، على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.1، مرجع سابق، ص.464. السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.310.

<sup>5</sup> - البيهقي، السنن الكبرى، ج.7، مرجع سابق، ص.214.

<sup>6</sup> - السرطاوي، المرجع السابق، ص.311.

<sup>7</sup> - رواه البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج.10، مرجع سابق، ص.158.

<sup>8</sup> - السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.311.



كما ذهب المالكية إلى أن المريض بالجذام أو البرص يؤجل سنة إن كان يرجى البرء منهما، أما الجذام فيؤجل سنة ولو لم يُرجح البرء منه؛ وذلك لأن المريض بالجذام أو البرص يعرض على أهل الخبرة، فإن قالوا باحتمال البرء ضرب الأجل لمدة سنة، وإلا فرق بين الزوجين في الحال إذا أصرت الزوجة على طلب التفريق<sup>1</sup>.

في حين ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى القول بعدم جواز التفريق لهذه العيوب غير التناسلية من الأمراض العقلية والبدنية، بحيث لا يثبت للزوجة خيار الفسخ إذا كان زوجها معيَّباً بهذه الأمراض العقلية والبدنية؛ وحثهم في ذلك من المعقول أن فوات استيفاء بضع الزوجة أصلاً بالموت قبل دخول الزوج بزوجته لا يوجب فسخ النكاح من باب أولى، ضف إلى ذلك أن الضرر في الجنون والجذام والبرص غير دائم، فهي قابلة للزوال، فإن لم تكن قابلة للزوال فهي كالعمى وسائر العيوب التي لا يفسخ النكاح من أجلها<sup>2</sup>.

وهذا الاختلاف الذي سبق عرضه متعلق بالعيوب التي تكون قبل الزواج، فيكون الراجح في تلك المسألة هو رأي الفريق الأول، القائل بجواز خيار الفسخ للزوجة إن كان زوجها معيَّباً سواء بالعيوب التناسلية أو العقلية والبدنية؛ لأن الإمساك بالمعروف لا يتحقق بوجه عام مع العيوب التي تمنع الاستمتاع أو تنفر منه، ولكن حق الفسخ المخول للزوجة يسقط في حال علم الزوجة مسبقاً بهذه العيوب، أو رضاها بعد العقد عليها بهذه العيوب التي بزوجها، وكذلك إذا كان العيب غير مستحكم يمكن البرء منه، أو كان العيب غير مضر أو شديد الإيذاء، وكذا إذا كانت الزوجة معيَّبة يسقط حقها في طلب التفريق؛ لأن الزوجة في مثل هكذا أحوال تكون متعسفة في استعمال حق التفريق لعيوب زوجها لأنها قاصدة الإضرار به، فتمنع من ذلك وتعامل بنقيض قصدها، فيسقط حقها في الفسخ وهذا طبقاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup>.

والجدير بالذكر أن فقهاء الفريق القائل بجواز التفريق قد اختلفوا في العيوب التي تحول للزوجة حق خيار الفسخ؛ ففي الخضاء هناك من قال بجواز التفريق وهناك من قال بعدم جواز التفريق، وإن كان الأصح هو جواز التفريق مع تأجيله سنة حتى يبرأ ثم يحق لها فسخ النكاح؛ لأن الخصي لا يتحقق به المقصود من الزواج المتمثل في التناسل. كما اختلفوا في جواز التفريق للأمراض العقلية والبدنية، والراجح جواز التفريق ولكن مع تأجيله لمدة. وعليه، فعلى الزوجة أن لا تسارع إلى رفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق فيفرق بينهما، بل يجب تأجيله سنة في حال إذا كان زوجها خصياً، أو عنيماً، أو مجنوناً، أو به جذام أو برص، في حالة هذا العيب الأخير يرجى برؤه. ضف إلى ذلك إذا لحقت هذه العيوب بالزوج بعد العقد وبعد مضي فترة من زواجهما، وإن كان جمهور فقهاء المذاهب السنية اتفقوا على جواز حق خيار الفسخ للزوجة إلا أن المالكية ربطوا هذا الحق بشدة الإيذاء؛ أي ليس كل عيب عندهم يعطيها حق الخيار، ثم أنه ليس من العقلانية والثبات والاعتدال أن تسارع الزوجة إلى الفرقة بمجرد أن يلحق بزوجها عجز أو مرض، خاصة إذا كان هذا العيب أو العجز عارضاً غير مستحكم، وأنه سيزول

<sup>1</sup> - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، مرجع سابق، ص.249.

<sup>2</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.2، مرجع سابق، ص.328.

<sup>3</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص.165.

بالعلاج أو الصبر لمدة، خاصة إن كان بينهما أبناء، فسبحان الله مقلب الأحوال، الإنسان معرض للابتلاء سواء في جسمه أو ماله، ولا بد من الصبر حتى تستقر الأسرة، خاصة وأن عقد الزواج ميثاق غليظ ليس كأي عقد<sup>1</sup>.  
وعليه، فالقول الأرجح إذا كان الزوج قد عيب بعد الزواج بمرض أو عجز لا تتعذر الحياة معه ولا يلحق بها أذى وضرراً ويرجى شفاؤه، فلا خيار لها حفاظاً على استقرار الأسرة، خاصة وأن الزوج في مثل هكذا حال بأمس الحاجة إليها، وأقدس الأفعال أو الأعمال التي تقوم بها الزوجة في حياتها هي مراعاة زوجها المريض، والبقاء معه في السراء والضراء والتخفيف من ألمه، ولنا أسوة حسنة في زوجة أيوب ووفقتها إلى جانب زوجها حال مرضه وفقره. ثم إنه إذا طلبت الزوجة التفريق بسبب عيوب الزوج التي طرأت عليه ابتلاء من الله - عز وجل - فمن سيتزوجها؟ ومن سيتكركم بكراً ويرضى بثيب<sup>2</sup>، خاصة وأن التفريق كان لعيوب وليس لسبب آخر، بمعنى قد تدور حولها الشكوك - خاصة إن أنكر الزوج دعواها - بأنها قد تكون هي المعيبة، وثم أن الطب الحديث قد وصل إلى ذروة الذروة في علاج الأمراض المستعصية الخاصة بالجهاز التناسلي، من بينها التلقيح الاصطناعي الذي لا يحتاج إلى جماع بين الزوجين؛ فقط مجرد نقل الحيوانات المنوية للزوج إلى رحم الزوجة والقيام بعملية التلقيح الاصطناعي.  
بناء على ما تم سوجه ما الفائدة من الفرقة إذا كان هذا مصيرها؟! فإن لم تصبر مع زوجها على متعة زائلة فهل ستصبر عليها وهي عازبة؟ أم أنها ستلجأ إلى ممارسة البغاء، وليس هناك ما يمنعها، فلا عقاب ولا خوف من الحمل، إذ تنظيم النسل يضمن لها ذلك، وأيضاً لأنها صارت ثيباً في نظر الجميع فإن مارست علاقة بعد هذه الفرقة ثم تقدم آخر وتزوجها، فكيف لهذا الزوج الجديد أن يكشف علاقاتها الجنسية السابقة وهي في نظره أصلاً ثيب؟ ومن ثم سنقول على الدنيا السلام، وستنفضى ظواهر عديدة غير محسوب لها بسبب هذه الحرية المخولة للزوجة لأتفه الأسباب<sup>3</sup>.

## ب- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوجة في طلب التطليق بسبب

### عيوب الزوج

سنتناول في هذا الصدد موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوجة في طلب التطليق بسبب عيوب الزوج (01)، وبعدها نتعرض لموقف التشريعات العربية من تعسف الزوجة في طلب التفريق بسبب عيوب الزوج (02).

## 1- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوجة في طلب التطليق بسبب

### عيوب الزوج

نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02، على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التفريق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج؛ وتطبيقاً لذلك يكون المشرع قد أخذ بقول الجمهور؛ وهو المذهب الثاني في جواز التفريق لعيوب الزوج، بالإضافة إلى ذلك نجد المشرع

<sup>1</sup> - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص.335.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص.335 وما يليها.

<sup>3</sup> - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، المرجع نفسه، ص.336.

لم يحرص العيوب التي تخول للزوجة الحق في طلب التطلق، وإنما ترك المجال مفتوحا، واعتبر كل عيب منفر يحول دون تحقيق الهدف من الزواج يحق للزوجة أن تطلب التطلق بسببه، عملا بما اتفق عليه الفقهاء في عنة الزوج، وكذا عملا بالقول الأول، الذي جاء به الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية في القول المرجوح والحنابلة؛ إلى تحويل الزوجة حق خيار الفسخ في حال إذا كان زوجها معيِّبا بعيب الخصاء، وكذا أخذًا بالقول الأول الذي جاء به جمهور الفقهاء؛ في حال إذا كان الزوج معيِّبا بأحد الأمراض العقلية والبدنية. ضف إلى ذلك أن المشرع الجزائري لم يشترط أي شروط يحق للزوجة من خلالها أن تطلب التطلق عند توفرها، وترك المسألة في ذلك لتقدير القاضي المعروض عليه النزاع، مع أنه في الإعسار بالنفقة اشترط عدم علم الزوجة بإعساره مسبقا - كما سبق بيانه -.

ويضاف إلى ما سلف ذكره أن القانون لم يتعرض إلى العيوب التي يضرب لها الأجل مما يرجى برؤه، وقد سبق تبيان رأي الفقه في هذه المسألة، خاصة وأنهم اتفقوا على تأجيل العنين رجاء برئه وشفائه، وكذلك الأمر في الأمراض التي يرجى برؤها، لاسيما مع تقدم العلم، خصوصا التلقيح الاصطناعي الذي وصل إلى ذروته، وقد أجازته مجمع الفقه الإسلامي - ولكن بشروط - فلا بد من الاستعانة بها، وتطبيقا لذلك كان على المشرع أن يتعرض إلى هذه المسائل، ويربط بذلك نص المادة 53 الفقرة الثانية بالمادة 45 مكرر من القانون السالف الذكر. ناهيك عن أن المشرع لم يوضح ما إذا كان الفسخ بالعيوب يكون قبل العقد أم بعده. وتطبيقا لذلك، وفي ظل سكوت المشرع عن توضيح هذه المسائل، يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عبر الإحالة المنصوص عليها في المادة 222 من ذات القانون، وبالرغم من هذه الإحالة كان يجدر بالمشرع الفصل في هذه المسألة لأهمية هذه الأمور ودقتها، ولتشعب الخلاف الفقهي فيها، مما يوقع القاضي في حيرة من أمره وبأي قول سيأخذ ليفصل في النزاع<sup>1</sup>.

## 2- موقف التشريعات العربية من تعسف الزوجة في طلب التطلق بسبب عيوب الزوج

لقد حذا المشرع المغربي حذو المشرع الجزائري بأخذه بالمذهب الثاني؛ القائل بجواز التفريق لعيوب الزوج، وهذا في نص الفقرة 5 من المادة 98 من مدونة الأسرة المغربية، والتي جاء فيها: "للزوجة طلب التطلق بناء على الأسباب الآتية: ... العيب ...". قد فصل المشرع المغربي في العيوب التي يجوز للزوجة من خلالها أن تطلب التفريق، فحصر العيوب في العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية، والعيوب المتعلقة بالأمراض العقلية والبدنية، وهذا طبقا للمادة 107 من نفس المدونة، والتي نصت على أنه: "تعتبر عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية، وتخول طلب إنائها:

- العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية.
  - الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته، التي لا يرجى الشفاء منها داخل السنة".
- يستشف من هذا النص أن المشرع المغربي أخذ بما اتفق عليه الفقهاء في مسألة جواز التفريق لعنة الزوج، كما أخذ بالقول الأول؛ وهو قول الجمهور في جواز الزوجة التفريق إذا كان زوجها مخصيا، كما أخذ بالقول الأول

<sup>1</sup> - المصري مبروك، مرجع سابق، ص.ص. 343-344.

وهو قول الجمهور أيضا في مسألة جواز التفريق للأمراض العقلية والبدنية. ما يلاحظ على المشرع المغربي وحسن ما فعل، إلى أن الزوج إذا كان معييا بعيب يرجى شفاؤه داخل السنة فلا يحق للزوجة أن تطلب التطليق، وتطبيقا لذلك يكون المشرع قد وافق المالكية في مسألة تأجيل المريض إذا كان معييا بعيب يرجى شفاؤه داخل سنة. كما أخذ المشرع بقول الفقهاء في مسألة الشروط التي عند عدم توفرها يسقط حق الزوجة في طلب التفريق، وهذا في نص المادة 108 من نفس المدونة، والتي جاء فيها: "يشترط لقبول أحد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للعيب:

- ألا يكون الطالب عالما بالعيب حين العقد.
- ألا يصدر من طالب الفسخ ما يدل على الرضى بالعيب بعد العلم بتعذر الشفاء".

وتطبيقا لهذا النص، يجب لقبول دعوى التطليق لوجود عيب بالزوج توفر الشرطين: عدم علم الزوجة بالعيب قبل العقد أو أثناءه؛ لأنه إذا كانت الزوجة قبل العقد أو أثناء إبرامه عالمة بالعيب، ليس لها أن تطلب التطليق للعيب؛ لأنها بعلمها تكون قد رضيت به، ويقع على الزوج إثبات علم الزوجة بالعيب قبل العقد أو أثناءه؛ لأن الزوجة تحمل على عدم العلم بحسب الأصل، وعليه أن يثبت علمها بالعيب بالبينة أو بالقرائن حسب الأحوال؛ لتعلق المسألة بالواقع أساسا لا بالقانون. كما يشترط أن لا يصدر من الزوجة ما يدل على الرضى بعيب زوجها بعد علمها به أو بتعذر الشفاء منه؛ لأنه يفترض في هذه الحالة بعد أن اكتشفت العيب أو المرض بزوجها بعد إبرام عقد الزواج، أنها موافقة وراضية بعيب زوجها غير القابل للشفاء بعد مرور سنة، فهنا الزوجة قد تنازلت ضمينا عن حقها في طلب التطليق<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى القضاء المغربي نجد أنه لم يمنح الزوجة الحق في طلب التفريق إذا كان زوجها عقيما، وهو ما عبر عليه المجلس الأعلى في قرار صادر بتاريخ 14 سبتمبر 1999، والذي جاء في حيثياته: "وفيما يتعلق بالوجه الثالث المتخذ من عدم اعتبار العقم من الأسباب الموجبة للتطليق؛ فإن ذلك إنما يتعلق بالعقم الطبيعي الذي لا يقصد به الإضرار بالزوجة..."<sup>2</sup>.

أما المشرع التونسي فلم ينص على جواز أو عدم جواز التفريق للعيوب، ولا على الأحكام التي تعرض إليها الفقهاء في مسألة منح الزوجة خيار الفسخ للعيوب التناسلية والمنفرة، واكتفى بنص الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التي تمنح لكل الزوجين التطليق لضرر، أو مطالبة الزوجة به.

بالنسبة للمشرع المصري فقد سار على نفس نهج المشرع الجزائري والمغربي في منح الزوجة حق التفريق لعيوب الزوج، عملا بالمذهب الثاني الذي جاء به جمهور الفقهاء، ولكن بالشروط التي قالوا بها في عدم علمها ورضاها بالعيب بعد الزواج مع علمها به، كما أخذ بما اتفق عليه الفقهاء إذا كان الزوج معييا بعنة مستحكمة،

<sup>1</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.229 وما يليها.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، قرار صادر بتاريخ 14/09/1999، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد المزدوج 59-60، ص.155. مقتبس عن محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، المرجع نفسه، ص.228-229.

وأخذ بالقول الأول في جواز التفريق إذا كان زوجها مخصيا. أما بالنسبة للأمراض العقلية والبدنية من جنون وجذام وبرد فقد نص عليها صراحة، وأجاز للزوجة أن تطلب التفريق إذا كان زوجها معيبا بتلك الأمراض، وهذا عملا بنص المادة 09 من القانون رقم (100) لسنة 1985 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية، والتي جاء فيها: "إذا كان للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون أو الجذام أو البرص، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به، أم حدث بعد العقد ولم ترضَ به، فإن تزوجته عالمة بالعيب، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق". ما يلاحظ على المشرع المصري أنه لم ينص على تأجيل العين والمخصي لسنة حتى يحق للزوجة بعد ذلك الأجل أن تطلب التفريق، كما نص المشرع المصري في المادة 11 من القانون السالف الذكر على أنه يستعان بأهل الخبرة في مسألة العيب، حتى يحق للزوجة عند ثبوت عيب الزوج وأنه مما يستحال معه العشرة ويحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أن تطلب التفريق<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى القضاء المصري، نجد قرارًا لمحكمة الاستئناف بالإسكندرية بتاريخ 19 نوفمبر 1959، والذي جاء بخصوص إثبات العجز الجنسي عن طريق الخبرة الطبية: "تأسيس دعوى الطلاق على أن الزوج عنين، وأنه لم يباشر مع زوجته واجباته الزوجية، وإنكار الزوج وإرجاع عدم مباشرته لزوجته جنسيا إلى أنها لم تتمكن من نفسها وامتنعت عنه، وتأكيد دفاع الزوج أنه مكتمل الرجولة بما قرره الطبيب الشرعي بعد الكشف عليه، ومن عدم وجود موانع تمنع انتصابه ومباشرته العملية الجنسية، انهار السبب الذي يبنى عليه التفريق"<sup>2</sup>. يستشف من القرار القضائي أن الزوجة قد تتعسف وتتخذ من خيار الفسخ للعيوب ذريعة للتخلص من حبال زوجها، أو بقصد الإضرار به وتشويه سمعته، فتلجأ إلى الادعاء أن زوجها معيبٌ عيبا جنسيا، وأنه قد حصل معها ضرر لتفويت فرصتها من الاستمتاع أو من تحقيق مقاصد الزواج، فيلجأ القضاء للاستعانة بالخبرة الطبية حتى يتأكدوا من صحة إدعائها، فإن أثبتت الخبرة أن الزوج طبيعي ولا يشكو من أي مرض، يسقط حقها في طلب التفريق.

وحذا المشرع الأردني حذو التشريعات العربية بأخذه بالمذهب الثاني؛ الذي قال به جمهور الفقهاء في منح الزوجة حق التفريق لعيوب الزوج، وهذا طبقا للمادة 130 من قانون الأحوال الشخصية: "إذا راجعت الزوجة القاضي وطلبت التفريق لوجود عيب في الزوج ينظر، فإن كان العيب غير قابل للزوال يحكم بالتفريق بينهما في الحال، وإن كان قابلا للزوال كالعنة يمهل الزوجة سنة من يوم تسليمها نفسها له، أو من وقت براء الزوج إن كان مريضا، وإذا كان مرض أحد الزوجين أثناء الأجل -مدة قليلة كانت أو كثيرة- بصورة تمنع من الدخول أو غابت الزوجة، فالمدمة تمر على هذا الوجه لا تحسب من مدة الأجل، لكن غيبة الزوج وأيام الحيض تحسب، فإذا لم يزل العيب في هذه المدمة وكان الزوج غير راض بالطلاق والزوجة مصرة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق، فإذا ادعى

<sup>1</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص. 537-538.

<sup>2</sup> - محكمة الاستئناف الإسكندرية، بتاريخ 19/11/1959، دائرة الأحوال الشخصية. مقتبس عن محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، مرجع سابق، ص. 221.

في بدء المرافعة أو في ختامها الوصول إليها ينظر، فإذا كانت الزوجة ثيبا فالقول للزوج مع اليمين، وإن كانت بكرًا فالقول قولها بيمينها".

كما أضافت المادة 131 من نفس القانون: "إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أن الزوج مبتلى بعلّة، أو مرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر كالجدام، أو البرص، أو السل، أو الزهري، أو الإيدز، أو طرأت مثل هذه العلل والأمراض فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق، والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص ينظر، فإن كان يغلب على الظن تعذر الشفاء يحكم بفسخ عقد الزواج بينهما في الحال، وإن كان يغلب على الظن حصول الشفاء أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة، فإذا لم تنزل في هذه المدة ولم يرضَ الزوج بالطلاق، وأصرّت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق، أما وجود عيب كالعمى والعرج في الزوج فلا يوجب التفريق". ونصت المادة 136 من القانون السالف الذكر على أنه: "للزوجة القدرة على الإنجاب إن لم يكن لها ولد ولم تتجاوز خمسين سنة من عمرها حق طلب فسخ عقد زواجها، إذا ثبت بتقرير طبي مؤيد بالشهادة عقم الزوج وقدرة الزوجة على الإنجاب، وذلك بعد مضي خمس سنوات من تاريخ دخوله بها".

يستشف من هذه النصوص أن المشرع الأردني فصل في المسائل التي يجوز للزوجة من خلالها أن تطلب التفريق لعيوب زوجها، وحسن ما فعل في ذلك، ضف إلى أن الأحكام التي جاءت بها هاته النصوص كانت جد منطقية؛ فلا يحق للزوجة متى وجدت عيباً بزواجها أن تتسرّع وتطلب التفريق بدون تأجيل وحتى لأتفه العيوب كالعمى والعرج، خاصة إذا كان هذا العيب قد استجد بالزوج بعد زواج وعشرة ووجود أبناء، وبناء على ذلك، يكون المشرع الأردني قد أخذ بقول المالكية في مسألة تأجيل الزوج سنة حتى يبرأ إذا كان عنيماً، أو به مرض من الأمراض العقلية والبدنية إن كان يرجى شفاؤه، كما أخذ المشرع بما اتفق عليه الفقهاء في جواز التفريق لعنة الزوج، وأخذ بالقول الأول؛ وهو قول جمهور الفقهاء في مسألة جواز التفريق إذا كان الزوج معيباً بعيب الخصاء.

ضف إلى ذلك نجد المشرع الأردني قد سار على درب التشريعات العربية؛ منها المشرع المغربي والمصري في منح الزوجة حق التفريق إذا كان زوجها معيباً بمرض عقلي أو بدني، ومنح المشرع حق الزوج في التفريق لم يكن على إطلاقه وإنما قيده بشروط مثلما فعل الفقهاء؛ بعدم جواز التفريق إلا إذا توفرت شروطه: عدم العلم، وكذا عدم الرضا بالعيب بعد العلم، وأن يكون العيب مستحكماً، وهذا طبقاً لنص المادة 129 من ذات القانون، والتي جاء فيها: "الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول بها، أو التي ترضى بالعيب صراحة أو دلالة بعد العقد يسقط حقها في التفريق، ما عدا العنة فإن العلم بها قبل عقد الزواج لا يسقط حقها ولو سلمت نفسها".

وتطبيقاً لهذا النص يسقط حق الزوجة في طلب التفريق في حال علمها بعيب زوجها، أو رضاها بالعيب بعد العلم إلا في حالة العنة التي يرجى شفاؤها، وهذا معاملة بنقيض قصد الزوجة في حال تعسفها في استعمال حق طلب التفريق، وبذلك يكون المشرع قد جانب الصواب، وحذا حذو الفقه في تفصيله لهذه الأحكام ولا سيما الفقه المالكي، وحسن ما فعل المشرع في اقتدائه بهذا المذهب.

كما انتهج المشرع العراقي نفس المنهج الذي أخذت به التشريعات العربية من إعطاء الزوجة الحق في طلب التفريق لعيوب الزوج، وهذا عملاً بالمذهب الثاني والذي هو قول الجمهور، وطبقاً لنص المادة 43 أولاً الفقرة 4، 5، 6 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء فيها: "للزوجة طلب التفريق، عند توفر أحد الأسباب الآتية:

1- إذا وجدت زوجها عنيماً أو مبتلياً بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية، سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية، أو إذا أصيب بذلك بعد الدخول بها، وثبت عدم إمكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة، على أنه إذا وجدت المحكمة أن سبب ذلك نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة، شريطة أن تتمكن زوجها من نفسها خلالها.

2- إذا كان الزوج عقيماً أو ابتلي بالعمق بعد الزواج، ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة.

3- إذا وجدت بعد العقد أن زوجها مبتلي بعلّة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر، كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون، أو أنه قد أصيب بعد ذلك بعلّة من هذه العلل أو ما يماثلها، على أنه إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي أن العلة يؤمل زوالها، فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة، وللزوجة أن تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل، أما إذا وجدت المحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق وأصررت الزوجة على طلبها، فيحكم القاضي بالتفريق".

يستشف من نص الفقرات التي سبق ذكرها أن المشرع العراقي أخذ بقول المالكية في مسألة تأجيل الزوج المعيب لسنة حتى يجوز للزوجة بعد تلك المدة أن تطلب التفريق، ولكن في حال ما إذا كان هذا العيب الذي طرأ على الزوج نفسياً يرجى شفاؤه، كما أخذ المشرع بما اتفق عليه الفقهاء في منح الزوجة الحق في التفريق لعنة الزوج، كما أخذ بقول الجمهور في مسألة إعطاء الزوجة حق خيار الفسخ إذا كان زوجها مخصياً، كما أجاز المشرع للزوجة أن تطلب التفريق إذا كان زوجها معيماً بأحد الأمراض العقلية والبدنية من جنون وبرص وغيرها، وهذا عملاً بالقول الأول وهو قول جمهور الفقهاء، ولكن بعد تأجيله سنة حتى يبرأ إذا كان عيماً يرجى منه الشفاء، وهذا تطبيقاً لما جاء به الفقه المالكي وأخذ به المشرع الأردني أيضاً. أما بالنسبة للشروط التي إن هي توفرت يحق للزوجة أن تطلب التفريق فلم يتعرض لها المشرع العراقي، وبالنسبة لمسألة العمق فد منح المشرع للزوجة حق التفريق إذا كان زوجها عقيماً ولكن بشرط ألا يكون لها ولد، أما إذا كان لها ولد فمسألة جواز التفريق تخضع للسلطة التقديرية للقاضي المعروض عليه النزاع.

وعليه، نستنتج من خلال ما سبق ذكره أن الزوجة تكون متعسفة في استعمال حق التظليق لإعسار الزوج بالنفقة إن لم تكن هناك ضرورة للتفريق؛ كأن تكون الزوجة ميسورة الحال، أو أن تجد من ينفق عليها من أقاربها أو من أجنبي عنها، أو أن تكون الزوجة عاملة بإعسار الزوج حين العقد عليها. والجدير بالذكر أن تعسف الزوجة في طلب التظليق يتخذ عدة صور، ناهيك عن صورة التظليق للإعسار بالنفقة - التي سبق ذكرها - كما قد تعسف الزوجة أيضاً في طلب التظليق للعيوب التي طرأت على الزوج، ولم تكن تلك العيوب مما يمنع المعاشرة الزوجية، أو كانت مما يمنع المعاشرة الزوجية وبالإمكان علاجها - خاصة وأن الطب الحديث قد بلغ الذروة في معالجة الأمراض

الجنسية-، ضف إلى ذلك أن المالكية يجيزون للزوجة حق الخيار في حال وجود عيب يشتد معه الإيذاء، وما عدا تلك العيوب لا يمنحون لها حق التخيير بين التفريق والبقاء في الزوجية، إذ ليس كل عيب عندهم يعطيها حق الخيار، بالإضافة إلى أن الزوجة يسقط حقها في طلب التفريق في حال إذا كانت عالمة بعيب زوجها قبل العقد، أو رضيت بالعيب بعد العلم وبعد العقد، وهذا معاملة نقيض قصدها بتعسفها في استعمال حق التظليق لضرر. بالإضافة إلى ما سلف بيانه نجد المشرع الأردني لم يمنح الزوجة الحق في التفريق إذا كان زوجها أعمى أو أعرج، واعتبر هاته العيوب غير مسوغ لطلب التفريق، وأن الزوجة متعسفة إذا طلبت التفريق لمثل هكذا عيوب، كما قد تتعسف الزوجة بادعائها أن زوجها معيبٌ وهذا بقصد الإضرار به وتشويه سمعته أمام الناس، أو بقصد الاستفادة من المهر، واتخاذ التظليق لعيوب ذريعة من أجل الحصول على المهر فحسب. وما تجدر الإشارة إليه أن الزوجة لا تتعسف في استعمال حق التظليق فحسب، بل وقد تلجأ عند عدم استطاعتها استعمال هذا الحق إلى الخلع بهدف التخلص من الزوج، وبغية الانتقام منه.

## الفرع الثاني

### تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع

يعتبر الخلع<sup>1</sup> صورة من صور فك الرابطة الزوجية أو (انحلال الزواج)، إلا أنه يقع كأصل عام -مثله مثل الطلاق بإرادة الزوج المنفردة- تحت طائلة الحظر، والاستثناء الجواز؛ لأن الخلع يأخذ حكم الطلاق؛ فهو إذن حكم تكليفي، تقع عليه الأحكام التكاليفية الخمسة، فيوصف بالوجوب عند عجز الرجل عن الإنفاق والمعاشرة، ويوصف بالتحريم إذا ثبت عليه ظلم الزوجة والأولاد، ويوصف بالجواز أو الإباحة عند الحاجة إليه، ويوصف بالكراهة عند استعماله دون مبرر، ويوصف أيضا بالنذب عند كراهية المعاشرة والخوف من عدم القيام بحدود الله. وعليه، فاستعمال الزوجة لحق فك الرابطة الزوجية بطريق الخلع يتخذ حكماً من هذه الأحكام، وهذا حسب غاية صاحب الحق من استعماله لهذه المزية، أو القصد الذي ابتغاه من هذا التصرف؛ لأن الغاية والوسيلة تدوران معاً، فمتى وجدت الغاية الشرعية صحت الوسيلة وإلا فلا<sup>2</sup>، وقد قال الشاطبي: "أن الأحكام الشرعية جرت في أفعال المكلفين على إطلاقها، فلا حركة ولا سكون إلا والشريعة عليه حاكما وجماعات"<sup>3</sup>.

وتأسيساً على ما سلف ذكره، فإذا انحرفت الزوجة عن تحصيل المقصود الشرعي في استعمالها لحق فك الرابطة الزوجية بطريق الخلع على نحو يضر بالزوج، تكون متعسفة في استعمال هذا الحق. وعليه، سنشير في هذا

<sup>1</sup> - يعرف الخلع لغة: "هو النزاع، يقال خلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه: نزعه وجرده، وخلع امرأته خلعا: بالضم وخلعا فاختلعت وخلعته: أزالها عن نفسه وطلقها على بذل منها له فهي خالعة". انظر. ابن منظور. لسان العرب، ج.8، مرجع سابق، ص.76.

ولقد اختلف فقهاء المذاهب في تعريفهم للخلع، إلا أن تعريفاتهم بالتقريب انصبت على أن الخلع هو: "إزالة الزوجية بلفظ الخلع أو بما في معناه، مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها". مقتبس عن محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال الزواج، مرجع سابق، ص.122.

<sup>2</sup> - آيت شاوش دليمة، إنهاء الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص.311.

<sup>3</sup> - إبراهيم بن موسى اللحمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج.1، مرجع سابق، ص.78.



الصدد إلى حكم الخلع إن كان رضائيًا أم يتم بالإرادة المنفردة للزوجة، ويكون ذلك من خلال إبراز موقف الفقه الإسلامي وكذا التشريعات العربية (أولاً)، وبعدها نبرز أهم صور تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع، ونبرز من خلال كل صورة موقف الفقه الإسلامي وكذا التشريعات العربية (ثانياً)، ثم نتطرق إلى الآثار المترتبة عن تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع (ثالثاً).

### أولاً: حكم الخلع

سنعرض في هذه النقطة إلى حكم الخلع من خلال التطرق إلى موقف الفقه الإسلامي من حكم الخلع (أ)، وبعدها نعرض على موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من حكم الخلع، مع بيان وجه التعسف وحكم ذلك وفق التشريعات (ب)، وبعدها نختم هاته المسألة بدراسة ميدانية حول تطور أو تراجع نسبة الخلع في الجزائر والبلدان العربية (ج).

### أ- موقف الفقه الإسلامي من حكم الخلع

أجمع جمهور فقهاء المذاهب على اعتبار أن الخلع هو طلاق رضائي يتم بإرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية بطريق الخلع، وموافقة الزوج على ذلك مقابل بدل تدفعه له الزوجة، ويظهر إجماعهم على رضائية الخلع من خلال التعاريف التي سبق ذكرها، والتي تصب كلها في معنى واحد مشترك فيما بينها، والمتمثلة في وقوع الفرقة بين الزوجين بتراضيهما، وبعوض تدفعه الزوجة لزوجها، فهو كالطلاق تنحل به الرابطة الزوجية، ولكن يختلف عنه بأن الخلع يتوقف وقوعه على رضا الزوجين، وببديل الزوجة تدفعه كعوض لطلاقها من زوجها، على عكس الطلاق؛ فهو تصرف بإرادة الزوج وحده وبدون عوض من الزوجة. فالخلع عقد رضائي، يتم بإيجاب وقبول من طرفي العلاقة الزوجية، ولكونه عقد معاوضة فيجب أن يتطابق الإيجاب والقبول فيه تمام المطابقة<sup>1</sup>.

قال الإمام الغزالي -رحمه الله- في ذلك: "في نسبة الخلع إلى المعاملات، والتفريع على أنه طلاق، فنقول: لو قال: خالعتك، أو طلقتك على ألف، فهو معاوضة محضة، حتى يجوز رجوعه قبل قبولها، ولا بد من قبولها باللفظ في المجلس، ولو قال: طلقتك ثلاثاً على ألف، فقالت: قبلت واحدة على ثلاث الألف، لم يقع، كما لو قال: بعتك هذا العبد بألف، فقال: قبلت ثلثه بثلاث الألف، ولو قبلت الواحدة بكامل الألف، وقع الثلاث على الأظهر، واستحق الألف. وقيل: يستحق مهر المثل، وقيل: لا يقع أصلاً، وقيل: لا يقع إلا واحدة"<sup>2</sup>.

### ب- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من حكم الخلع

سنشير بدءاً إلى موقف المشرع الجزائري من حكم الخلع (01)، وبعدها نتعرض إلى موقف التشريعات العربية من حكم الخلع (02).

<sup>1</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 617.

<sup>2</sup> - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج. 2، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، لسنة 1425 هـ - 2004 م، ص. 48-49.

## 1- موقف المشرع الجزائري من حكم الخلع

نص التشريع الجزائري في المادة 54 من قانون 84-11 المتعلق بقانون الأسرة المعدل على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالغ نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم". ما يلاحظ على هذا النص أن معاملة لم تأت واضحة؛ حيث جاءت الصيغة غامضة، إذ لم يحدد المشرع الجزائري موقفه بصورة واضحة من مسألة ما إذا كان الخلع عقداً يتطلب إيجاباً وقبولاً ولا يقع إلا بموافقة الزوج، أم أنه حق للمرأة فلا يحتاج إلى موافقة الزوج، ولكن وبالرجوع إلى الفقه القانوني<sup>1</sup>، نجدهم قد فسروا إرادة المشرع على اعتبار الخلع طلاقاً رضائياً، يأتي في صورة رخصة للزوجة متوقفة على إجازة من الزوج، إذا هي ليست حقاً من حقوق الزوجة.

لقد سائر القضاء الجزائري هذا الاتجاه الذي قال به الفقه القانوني؛ وذلك باعتبار الخلع طلاقاً رضائياً موقوف على إجازة الزوج، وليس على اعتباره حقاً من حقوق الزوجة. ومن بين القرارات نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1988/12/21، والذي جاء فيه: "يعتبر قبول الزوج للخلع أمراً وجوبياً، وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ مخالفٌ للقانون وأحكام الفقه"<sup>2</sup>، كما جاء في قرار آخر صادر عنها أيضاً، وذلك بتاريخ 1982/02/08 على أن: "الخلع عقد يتوقف على إيجاب وقبول الطرفين"<sup>3</sup>.

والجدير بالذكر أن جل القرارات والأحكام القضائية رفضت حق الزوجة في الخلع، مشترطة في ذلك موافقة الزوج على الخلع حتى يقع صحيحاً، مما يترتب على ذلك بقاء العديد من الزيجات سنين طويلة كالمعلقة، لا هي متزوجة ولا هي مطلقة، وهذا نتيجة تعسف الزوج في استعمال الإجازة ورفضه لمبدأ الخلع، وما ترجم هذا المعنى مجلس قضاء مسيلة، الذي صدر بتاريخ 1982/03/15، والذي قضى برجوع الزوجة إلى محل الزوجية بالرغم من أنها اشتكت منذ حوالي عشر سنوات من الإساءات المسلطة عليها من طرف زوجها؛ حيث أن قضاة الموضوع لاحظوا هذه الإساءة، وذلك من خلال الموقف التعسفي الذي أظهره الزوج؛ والمتمثل في تصلبه ورفضه بتسريح زوجته بعد استحالة العشرة الزوجية بينهما، حيث أن المستأنف ضده الزوج، أبدى هذا الموقف بصورة جلية وواضحة لما صرح أمام قاضي المحكمة بأنه يذرها معلقة، وأنه إلى جانب هذا استمر في استعمال طرق المساومة معها، وأعلن أنه يقبل الطلاق مقابل عوض أو بدل لا تطيق عليه، ورغم كل هذا صرح قضاة المجلس برجوع الزوجة إلى محل الزوجية رغم الموقف التعسفي البين من قبل الزوج، فتعود هذه الزوجة إلى بيت الزوج حاملية الحقد

<sup>1</sup> - من الفقه القانوني الذين فسروا الخلع على أنه طلاق رضائي موقوف على إجازة الزوج نجد، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 264-267.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1988/12/21، رقم القرار 17281. مقتبس عن تيوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص. 118.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1982/02/08، ن.ق، لسنة 1982، ص. 258. مقتبس عن تيوب فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

والكراهية والقسوة أكثر لهذا الزوج، أما بالنسبة للزوج فقد تزيده نشوة الانتصار طغيانا وتجبرا، وكل هذا يتنافى والمقصود الشرعي من الزواج؛ الذي يقوم على المودة والرحمة والتوافق والانسجام<sup>1</sup>.

وتطبيقا لما سلف ذكره، أمكن القول أن فرض رضا الزوج في الطلاق بواسطة الخلع قد فتح الباب على مصراعيه لتعسف الزوج في إجازته للخلع، وما صاحب ذلك التعسف من ابتزاز ضد الزوجة، وتقييد من حريتها في التحرر من العلاقة الزوجية التي أضحت تبغضها، وزادها بغضا وكراهية لتلك العلاقة تعنت الزوج في عدم إجازته للخلع، ومبالغته في طلبه البديل، وعلى ذلك الأساس عاد المشرع وعالج هذه المشكلة، فسحب صلاحية توقيع الخلع من الزوج، وإجازته لفك الرابطة الزوجية عن طريق هذه الصورة، فقام بإسنادها إلى القاضي وذلك قصد رفع الحرج الحاصل على الزوجة<sup>2</sup>، ودفعاً للضرر عنها، وهذا طبقاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup>، فعُدل نص المادة 54 من قانون الأسرة، وذلك بموجب الأمر 02-05، حيث نصت المادة على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

يستشف من سياق المادة أن المشرع عدل من الصياغة السابقة، وحسم موقفه بإعلانه صراحة عن إلغاء موافقة الزوج على مبدأ الخلع، فجعله خلعا إلزاميا. وعليه، وفي ظل وضوح هذه الصياغة لم يترك مجالاً للاختلاف بشأنها مما دفع بالفقه الجزائري إلى التراجع عن الموقف السابق، وبات يعرف الخلع على أنه طلاق مرجعه الإرادة المنفردة للزوجة؛ حيث صار حقا خالصا لهذه الأخيرة تستعمله وقت ما شاءت، وليس مجرد رخصة، حبيسة التزكية والموافقة من الزوج، فأضحى الخلع كالطلاق لما كان بيد الرجل؛ فإنه لا ينظر فيه إلى موافقة المرأة أو عدم موافقتها على ذلك، طالما أن الرجل نفر من عشرتها وبات يبغض العيش معها، فكذلك الأمر للخلع بالنسبة للرجل، فلا يعتد بعدم موافقته إذا كرهته المرأة وأضحت تبغضه<sup>4</sup>.

ومن هذا المنطلق يتضح أن المشرع الجزائري قد سار بعكس جمهور الفقهاء، فلم يحدّ حدوهم، ومع ذلك يمكن أن نجد أساسا لهذا النص عند ابن رشد الحفيد، حيث قال: "والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابل ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - مقتبس عن تبوب فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص. 118.

<sup>2</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 630.

<sup>3</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص. 165.

<sup>4</sup> - نظيرة عتيق، الخلع بين الرخصة والحق الأصيل، دراسة نقدية في ظل الاجتهاد القضائي والفقه الإسلامي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع. 01، جامعة سعد دحلب، البلدة، لسنة 2009، ص. 198. عماري نور الدين، الخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع. 13، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2015، ص. 110. خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 635. تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص. 120.

<sup>5</sup> - محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج. 3، مرجع سابق، ص. 133.

والجدير بالذكر أن المشرع عند تعديله للنص السالف ذكره من خلال قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 02-05، كان قد تبني موقف القضاء في مسألة الخلع الإلزامي، وهذا بعد عدول القضاء عن موقفه الأول، وإلغائها لشرط موافقة الزوج. فلقد أصدرت المحكمة العليا العديد من القرارات تميز من خلالها النطق بالطلاق بواسطة الخلع، وذلك بالاكْتفاء بإرادة الزوجة دون موافقة زوجها، ومن بين هذه القرارات نجد القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21، والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم؛ إن المادة المذكورة من قانون الأسرة للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال، وفي حال عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديد على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم، دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة؛ لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً وقانوناً. وعليه، فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

كما جاء في قرار آخر صادر عنها أيضاً، وذلك بتاريخ 30 جويلية 1996، والذي قضت فيه: "من المقرر قانوناً وشرعاً أن الخلع خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقداً رضائياً، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا -في قضية الحال- فك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>. كما قضت أيضاً في قرار آخر بتاريخ 1999/03/16 على أن: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه؛ ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>3</sup>. كما جاء في قرار آخر بتاريخ 2000/11/21 قضت فيه: "قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانوناً؛ وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين"<sup>4</sup>. وقرار آخر بتاريخ 1994/04/19 قضت فيه: "وبالرجوع إلى طبيعة الخلع الذي أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة للزوجة في المادة 54، يتبين أن اللجوء إلى الخلع لا يكون إلا بعد استحالة مواصلة العشرة الزوجية

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1992/07/21، ملف رقم 83603، م.ق، ع.خ، لسنة 2001، ص.134.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1996/07/30، ملف رقم 141262، م.ق، ع.01، لسنة 1998، ص.120.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم 216239، م.ق، ع.خ، لسنة 2001، ص.138. "وما يلاحظ على هذا القرار أنه استعمل كلمة رخصة، في حين أنّ الخلع وفق التعديل الجديد حق، وشتان بين الرخصة والحق، فهذه الأخيرة هي رخصة الاستئثار بالشيء، أو هي ميزة يمنحها القانون لشخص فيتصور استعماله لهذه الميزة على إطلاقها، دون قيد أو شرط وفي أي وقت، أما الرخصة فهي القيام بتصرف شرط إجازته كون عمل يتوقف على موافقة من يرضه ويجيزه". باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر، لسنة 2012، ص.79.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2000/11/21، ملف رقم 252994، م.ق، ع.01، لسنة 2001، ص.293.

بين الزوجين لأسباب خاصة، حملتها على عرض دفع البديل والعوض لافتداء نفسها من الزوج، الذي لم يكن بإمكانها - لأسباب خاصة - مواصلة الحياة الزوجية معه، من أجل فك العصمة الزوجية بينهما عن طريق الخلع، سواء رضي الزوج به أم لم يرض...<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يقيد الزوجة - في نص المادة 54 من قانون 05-02 المتعلق بقانون الأسرة - بذكر الأسباب التي دفعتها إلى طلب الخلع، فلها أن تمارسه بكل حرية دون قيد أو شرط، ودون أن تذيّل عريضة دعواها بأسباب الخلع، فيكفيها أن تقدم عريضة تطلب من خلالها قبول طلبها في الخلع وعلى القاضي الاستجابة لطلبها، وهو ما طبقته محكمة سيدي عيش بولاية بجاية في الحكم الصادر عنها بتاريخ 2008/12/07، والذي قضى بتطليق الزوجة خلعا وفق رغبتها ودون موافقة الزوج، بالمبلغ المقترح من الزوجة وقدره 12000 دج، مع إسناد الحضانة إليها، وإلزام الزوج بدفع مبلغ 5000 دج شهريا عن كل واحد من الأبناء كنفقة معاش، تسري من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوط الحضانة<sup>2</sup>.

وعليه، يتضح من سياق القرارات السالف ذكرها، وكذا نص المادة 54 المعدلة من القانون المذكور آنفا، أن الخلع أضحي وسيلة أخرى يتساوى فيه حق المرأة في فك الرابطة الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة؛ فإذا كانت العصمة في يد الزوج له حق إيقاع الطلاق يستعمله متى شاء، ومتى قدر أن العلاقة الزوجية أصبحت لا تطاق، فكذلك المرأة لها الحق في الخلع، وهو أيضا تصرف بإرادة الزوجة المنفردة في فك الرابطة الزوجية متى شعرت وقدرت عدم القدرة على استمرار العلاقة الزوجية، كما أنها غير ملزمة أن تعلن عن سبب الخلع؛ وذلك لأن نص المادة السابقة لا يشترط وجود شقاق بين الزوجين، بل يكفي فيه ألا تجد الزوجة راحتها النفسية والسكينة، ويتأكد القاضي من رغبة الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع خلال جلسة الصلح التي يجريها بين الطرفين، فتقرر الزوجة خلالها أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وإذا أصرت على الخلع فيتعين على القاضي الاستجابة لطلبها، ولكن هذه الزوجة التي صارت تمتلك حقا أصيلا بلا قيد ولا شرط قد وسع من نطاق حريتها في فك الرابطة الزوجية، فتحول ذلك الحق إلى وسيلة لهدم العلاقات الأسرية، وهذا بعد أن أصبحت بعض الزوجات تتعسف في استعماله؛ وذلك باللجوء إليه دون سبب أو لأتفه الأسباب، بذريعة أن هذا الحق أصيل لها تستعمله وقت ما شاءت، فتتخذ منه وسيلة للتلاعب بأحكام الشرع، ولإشباع نزوة طائشة، فيكون المشرع قد حاد عن الغاية التي شرع لأجلها الخلع من خلال التعبير الذي

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 19/04/1994، م.ق، ع.52، لسنة 1997، ص.10 وما يليها. مقتبس عن تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص.120.

<sup>2</sup> - حكم محكمة سيدي عيش بجاية، بتاريخ 2008/12/07، غ.م. مقتبس عن دليّة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية، مرجع سابق، هامش ص.356.

صاغ به نص المادة السالفة الذكر، كما يكون قد شجع على ارتفاع نسبة الطلاق بواسطة الخلع<sup>1</sup>، وهدم الكيان الأسري الذي يقوم عليه المجتمع، وتشرذم الأبناء وتيتمهم، وكذا استفحال الآفات الاجتماعية<sup>2</sup>.

## 2- موقف التشريعات العربية من حكم الخلع

لقد أخذ المشرع المغربي برأي الجمهور في اعتبار الخلع عقدا رضائيا، فلا بد فيه من موافقة الزوج، وهذا طبقا لنص المادة 115 من مدونة الأسرة؛ حيث نص المشرع على أنه: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه". وبالرجوع إلى المادة 114 نجد أنها نصت على أنه: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية بدون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال. عند وقوع هذا الاتفاق يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطبيق للمحكمة مرفقا به الإذن بتوثيقه، تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه".

كما أكد المشرع المغربي موقفه بأخذه برأي الجمهور، وذلك من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 120 والتي جاء فيها: "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما...". وعليه، وتطبيقا لهذه النصوص جعل المشرع الخلع مبنيا على سلطان الإرادة؛ وذلك لأنه اتفاق مبني على إيجاب وقبول من الطرفين، فلا يتم الخلع وفقا للمدونة إلا بتراضٍ بين الزوجين، فالزوجة ليس لها الحرية التامة أن تنفرد به وحدها؛ لأن الطلاق يشترك فيه الزوجان، موضوعه خلاص الزوجة من زوجيتها نظير بدل تدفعه إليه، فلا يتم من جانبها وحدها؛ لأن هذا الطلاق سيجرتب عنه إسقاط حقوق الزوج من قبل زوجته، ولذلك يشترط رضاه في الخلع، ضف إلى ما سبق ذكره أن هذا النوع فك للرابطة الزوجية، يجب أن تأذن به المحكمة حتى يقع ويرتب جميع آثاره<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - وما يجدر التنويه إليه أنّ نسبة الطلاق بواسطة الخلع في تزايد مستمر؛ حيث كانت الحالات لسنة 2009 تصل إلى 29 ألف حالة، ولقد أشارت آخر إحصائيات لوزارة العدل التي تم إعدادها سنة 2013 إلى 20 ألف و591 حالة، كما أشارت رئيسة المرصد الجزائري للمرأة جعفري شائعة أنّ الإهمال الزوجي والخيانة الزوجية على رأس الأسباب التي تدفع المرأة إلى طلب الطلاق وخلع زوجها، بالإضافة إلى أنّ إدمان الزوج على المخدرات والكحول، وإحساس المرأة باستقلاليتها المادية عن الرجل مما يجعلها تفضل الهروب من المسؤولية الزوجية باللجوء إلى الخلع. وقد أشارت الإحصائيات إلى بلوغ نسبة 13 ألف جزائرية خلعت زوجها في سنة 2018. انظر. حسام الدين إسلام، قلق بشأن تنامي معدلات الطلاق، تاريخ الإطلاع: 2021/05/15، على الساعة 21:00

<sup>2</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.630 وما يليها. تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص.121.

<sup>3</sup> - خدام هجيرة، المرجع السابق، ص.619. محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.ص.146-147.

تجدر الإشارة إلى أن رضا الزوج على مبدأ الخلع مطلوب وجوباً لحين إيقاع الطلاق، فإن تمسك الزوج برفضه وتمسكت الزوجة بالخلع فإن القاضي لا يوقعه، وينبغي لها اللجوء إلى التطبيق للشقاق، وهذا ما يدل على تأكيد وجوب رضا الزوج، وفي حال ما إذا وافق الزوج على الخلع ولكن تراجع عن رضاه أمام المحكمة، فهنا طلب الخلع يرفض برجوعه أمام المحكمة، وكذلك الأمر إذا تراجعت الزوجة عن طلبها الخلع أثناء نظر المحكمة في القضية، وسواء كان هذا التنازل أو الرجوع عن الخلع صريحاً، وذلك من خلال تأكيد رغبتها في العودة إلى زوجها، فما على المحكمة في هذه الحالة إلا الإشهاد على التنازل، أو كان التنازل أو الرجوع ضمناً بأن تخلفت عن حضور جلسات الخلع. أما في حال ما إذا تمسك الزوج بموافقته على الخلع إلى جانب موافقة الزوجة، فإن المحكمة تمنح الإذن بتوثيق الطلاق الخلعي، والإشهاد عليه لدى عدلين منتصبين للإشهاد، وهذا طبقاً لنص المادة 138 من نفس المدونة، والتي جاء فيها أنه: "يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد بعد إذن المحكمة به والإدلاء بمستند الزوجية". وعليه، يتضح أن المشرع المغربي جعل الخلع طلاقاً بالتراضي، ورضا الزوج يعتبر وجوباً في جميع المراحل المتخذة إلى حين الإشهاد عليه، وهذا الموقف كان ينص عليه المشرع في مجلة الأحوال الشخصية الملغاة، وتمسك به في مدونة الأسرة المغربية، وهذا ما يدل دلالة قطعية على أن المرأة ليست حرة في طلب الخلع، وإنما مقيدة بشرط رضا زوجها<sup>1</sup>.

الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري بالرغم من جرأته، وحذفه لموافقة الزوج في الخلع صراحة، وجعل هذا الحق حكراً على الزوجة تمارسه دون سلطة أو شرط، ودون أن تتقيد بذكر الأسباب، ومع ذلك فموقف المشرع المغربي كان أكثر جرأة من المشرع الجزائري؛ وذلك من خلال إضافته للفقرة الثانية من المادة 120 من مدونة الأسرة، والتي جاء فيها: "إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع ولم يستجب الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق". فما يلاحظ على هذا النص والنص السالف ذكره من نفس المادة؛ أن المشرع في نص الفقرة الأولى كان مصرّاً على التمسك بالرضائية في الطلاق الخلعي حتى بعد تعديله لمدونة الأحوال الشخصية<sup>2</sup>، وهذا على غرار المشرع الجزائري الذي عدل عن موقفه، فلاقى بذلك المشرع المغربي استحساناً من جانب الفقه القانوني<sup>3</sup>، الذي اشترط

<sup>1</sup> - خدام هجيرة مرجع سابق، ص. 619.

<sup>2</sup> - حيث نص المشرع على الخلع الرضائي وذلك في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، من خلال نص المادة 61 التي جاء فيها: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع".

<sup>3</sup> - ذهب جانب من الفقه القانوني بالمغرب إلى اشتراط موافقة الزوج على الخلع، فيموجه يمنح الزوج الطلاق الذي يملكه مقابل العوض المالي الذي تعطيه الزوجة. علي فتحي عبد الله، الخلع بين الفقه والقانون. مقتبس عن خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 637.

وقد استدلل هذا الجانب من الفقه في ذلك بقوله تعالى ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ الآية 229 من سورة البقرة، فعبارة "عليهما" تعود على الزوجين معاً، وفي تسميته سبحانه الخلع فدية دليل على أنّ فيه معنى المعاوضة، ولهذا اعتبر فيه رضا الزوجين. انظر. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن قيم الجوزية، زاد المعاد، ج. 2، مرجع سابق، ص. 453.

كما استدللوا بقوله عليه الصلاة والسلام لثابت بن قيس: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، فهذا أمر إرشاد وإصلاح لا إيجاب، لذا يجب توافر الرضا من جانب الزوج أيضاً. والمعنى في الحديث أنه لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالوضع بعوض، جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض، كالمساواة والبيع، فالنكاح كالمساواة والبيع. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج. 3، مرجع سابق، ص. 347.

موافقة الزوج على الخلع، غير أنه من جهة أخرى حاول إرضاء الجانب الثاني من الفقه القانوني<sup>1</sup>، الذي يرى أن الخلع حق للمرأة وليس رخصة، فلا يكون بذلك موقوفاً على إجازة الزوج، وهذا حتى لا يجحد عن المبتغى الذي شرع من أجله. لكن ما الداعي إلى جعل الخلع رضائياً ثم فتح باب آخر للزوجة فيه نوع من الحرية المطلقة من استعماله، خاصة وأن هذا الباب -المتمثل في المسطرة- لا يشترط إثباتاً أو ذكراً للأسباب، كما أن الزوجة وفق هذه المسطرة تبقى حقوقها وحقوق أطفالها محفوظة وبدون أن تلتزم بدفع بدل الخلع<sup>2</sup>.

وعليه، فإن المشرع المغربي لم يوفق حينما أضاف نص الفقرة الثانية من المادة 120 من نفس المدونة؛ ذلك لأن هاته الفقرة لم تأت لتدعم الفقرة الأولى، أو لوضع استثناء للقاعدة الأولى، وإنما جاءت مناقضة ومخالفة لمقتضى أحكام الفقرة الأولى، ولذلك كان على المشرع المغربي أن يختار أحد الحلين؛ فإما أن يعتبر الخلع طلاقاً رضائياً ويلغي الفقرة الثانية، ويكتفي فقط بالفقرة الأولى فحسب من المادة 120 من نفس المدونة، أو إلغاء موافقة الزوج ابتداءً من خلال تعديل الفقرة الأولى من نفس المادة وجعل الخلع إلزامياً، مع إلغاء الفقرة الثانية نهائياً؛ لأن هاته الفقرة -الخاصة بتمكين الزوجة من اللجوء إلى مسطرة الشقاق في حال امتناع الزوج عن الموافقة على مبدأ الخلع- من شأنها أن تهدم مؤسسة الخلع بكاملها، وتفرغ النصوص القانونية المنظمة لها من محتواها، ومن ثم لا تكون هناك حاجة إلى النص على الخلع وتنظيم أحكامه<sup>3</sup>.

ما تجدر الإشارة إليه أن الكثير من المغريبات عزفن عن طلب فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع؛ وذلك لوجود ضالتهن في مسطرة الشقاق وعدم تقييدهم بالإذن في هاته المسطرة، ناهيك على عدم اشتراط هاته الأخيرة ذكر الأسباب، كما تتم دون مقابل؛ أي دون الالتزام ببديل الخلع، بالإضافة إلى أنها تحفظ جميع حقوقهم وحقوق أطفالهم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - ذهب جانب ثانٍ إلى القول بأن الخلع حق للمرأة لا يجوز تعليقه على شرط موافقة الزوج حتى لا يجحد عن المبتغى الذي شرع من أجله. فاستدلوا بكون مشروعية الخلع في الإسلام مستمدة من آيات سورة البقرة، ومن قصة ثابت بن قيس في السنة، وأنه ليس في أي منهما -سواء من القرآن أو السنة- دليل على اشتراط رضا الزوج في الحكم بالخلع؛ وذلك لأن الآية 229 من سورة البقرة لا تعود على الزوجين كما زعم الفريق الأول، وإنما تعود على عامة المسلمين أي على السلطة العامة، كما أنّ حديث الرسول -صلى الله عليه وسلم- بشأن قصة خلع امرأة ثابت بن قيس بن شماس لا يتضمن أي دليل على موافقة الزوج لوقوع الخلع، فالرسول -عليه الصلاة والسلام- أمره بطلاقها دون أن يسأله إن كان موافقاً على ذلك، وهذا دليل قاطع على أنّ إذن الزوج وموافقته على الخلع غير مشروطة ومطلوبة في الطلاق الخلعي. يجي بكاي، اشتراط موافقة الزوج في الطلاق الخلعي من خلال مدونة الأسرة الجديدة، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، ع.3-4، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء -المغرب-، لسنة 2005، ص.ص.129-130. إدريس الفاحوري، واقع الطلاق الخلعي بالمغرب "المنطقة الشرقية نموذجاً"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، ع.03، دار الجسور، وجدة-المغرب-، لسنة 2003، ص.ص.33-35. مقتبس عن خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.ص.637-638.

<sup>2</sup> - خدام هجيرة، المرجع نفسه، ص.620.

<sup>3</sup> - محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.ص.147-148. خدام هجيرة، المرجع نفسه، ص.638.

<sup>4</sup> - انخفضت نسبة الطلاق بالخلع في المغرب من سنة 2004 إلى غاية سنة 2013، ولقد عرفت انخفاضاً واضحاً سنة بعد سنة، إذ لم يسجل خلال سنة 2013 إلا 4546 حالة طلاق خلعي، أي بنسبة 18.03% من مجموع حالات الطلاق. أما خلال سنة 2012 فسجل 4355 حالة، أي ما يعادل 17.62%/، وفي سنة 2011 سجلت 4147 حالة، أي بنسبة 18.08%، وخلال سنة 2010 تم تسجيل 5263 حالة بنسبة



بالرجوع إلى المشرع التونسي، نجد أنه لم ينص على الطلاق بواسطة الخلع، وهو ما يمكن ملاحظته من خلال الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية، والذي حدد المشرع بمقتضاه ثلاث صور لإنهاء الرابطة الزوجية؛ والمتمثلة في الطلاق بتراضي الزوجين، أو الطلاق بناء على الضرر، أو طلاق إنشائي، حيث نصت المادة على أنه: "يحكم بالطلاق: بتراضي الزوجين؛ بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر، بناء على رغبة الزوج إنشائي الطلاق، أو مطالبة الزوجة به". وهو ما عبرت عنه أيضا محكمة التعقيب في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 1999/06/08، جاء فيها: "أسباب الطلاق ثلاثة: التراضي، الإنشائي، الضرر. ولا يمكن للمحكمة أن تعتمد إلا أحد هذه الأسباب"<sup>1</sup>. وعليه، يلاحظ من نص المادة السالفة الذكر ومن القرار التعقيبي، عدم اعتراف المشرع التونسي بمبدأ الطلاق بواسطة الخلع؛ لأنه يعتبر هذا الأخير مساسًا بحرية المرأة وكرامتها، كما أن هذه الصورة وفق وجهة نظره تتعارض ومبدأ المساواة بين الجنسين.

وهو ما عبرت عنه صراحة محكمة التعقيب في القرار الصادر بتاريخ 2009/05/81، حيث جاء فيه: "إن طلاق الخلع يناقض بشكل جوهري الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي، القائمة على ضمان كرامة المرأة، وتكريس المساواة بين الجنسين، وحماية حرمة الحياة الخاصة، واحترام حرية الزواج حتى عند الطلاق، مع ضمان حق الطعن في جميع النزاعات الشخصية، وهي مبادئ أساسية مكفولة خاصة بالفصول 5 و 6 و 9 من الدستور، وبالفقرة 1-أ و ب من الفصل 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المؤرخة في 18 ديسمبر 1979؛ طالما أن طلب الزوجة الطلاق في بلد إقامة المطلوب لا يضمن لها الحق في فك الرابطة الزوجية بموجب حكم قابل للاعتراف به في النظام القانوني التونسي، فإن المحاكم التونسية تكون مختصة بالنظر في النزاع"<sup>2</sup>.

وعليه، يلاحظ من خلال كل ما سبق بيانه من النص القانوني والقرارين، أن ما اتجه إليه المشرع التونسي ومحكمة التعقيب بشأن الخلع دليل على فهم خاطئ لما جاءت به الشريعة الإسلامية، التي راعت شعور المرأة ومنحتها هذه الوسيلة لرفع الضرر اللاحق بها، ودليل على توجه يرمي إلى الانحراف عن الشريعة الإسلامية،

وهي تقريبا نفس النسبة التي سجلت في السنوات 2008 و 2009، وتقاربت النسبة في سنتي 2006 و 2007 بما يعادل حوالي 24.39%، أما سنة 2004 فسجلت أعلى نسبة بمعدل 42.49%. يمكن أن يستشف من خلال هذه النسب تراجع حالات الطلاق الخلعي سنة بعد سنة، وهو ما يعني أنّ المتعاقدين استبعدوا هذا النوع من الطلاق بشكل اضطراري مع بداية تطبيق مدونة الأسرة، وتم إرجاع هذا الانخفاض المتتالي نتيجة اللجوء إلى مسطرة الشقاق، وذلك لسهولة وانخفاض مصاريفها، وأيضاً احتفاظ المطلقة بحقوقها دون أن تدفع هاته الأخيرة بدل الخلع. كما يمكن تفسيره أيضاً بتفضيل الأزواج الانفصال بطريقة ودية بعيداً عن النزاع والصراع عبر الطلاق الإتفاقي، وهو ما تؤكد الإحصائيات المرتفعة لهذين النوعين من الطلاق. انظر. القضاء الأسري، الواقع والآفاق - عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة، دراسة تحليلية إحصائية لسنة 2004-2013، وزارة العدل والحريات، مديرية الشؤون المدنية، المملكة المغربية، ماي 2014، ص.ص. 55-56. مقتبس عن خدام هجيرة، المرجع نفسه، ص. 638.

<sup>1</sup> - محكمة التعقيب التونسية، قرار تعقيبي بتاريخ 1999/06/08، ملف، ع. 70563. مقتبس عن خدام هجيرة، المرجع السابق، ص. 631.

<sup>2</sup> - محكمة التعقيب التونسية، قرار تعقيبي مدني بتاريخ 2009/05/21، ملف، ع. 32561. مقتبس عن خدام هجيرة، المرجع نفسه، ص.ص. 631-632.

وأعراف المجتمع المبني عليها، ومسايرة المجتمع الدولي والاتفاقيات الدولية، خاصة مدى التأثير باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وهو ما صرحت به محكمة التعقيب في القرار السالف عرضه، وكذا يظهر من خلال عدم تنظيم المشرع هذا النوع من الطلاق<sup>1</sup>.

أما بالنسبة إلى المشرع المصري، فبالرجوع إلى المحاكم المصرية كان العمل جاريا على أرجح الأقوال من المذهب الحنفي فيما لا نص عليه في القوانين الخاصة بالنسبة للخلع، ومنذ عدة سنوات ارتفعت أصوات تنادي بتقنين أحكام الخلع؛ لأن ما جاء في المذهب الحنفي لم يحقق حاجة الأسرة إلى الاستقرار، ولم يخفف من حدة النزاعات المعروضة أمام المحاكم، ولم يعالج أسباب القلق والاضطراب في حياتها. وتطبيقا لذلك، استجابت وزارة العدل لتلك النداءات، فأعدت مشروعا لإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، وضمنته مادة خاصة بأحكام الخلع، أخذت نصوصها من أقوال الفقهاء في المذاهب الإسلامية بما يؤدي إلى دفع الحرج ورفع الضرر، وقد عرض هذا المشروع على المؤسسات التشريعية والاستشارية، وبعد مناقشات ودراسات موسعة، ومحاورات من مختلف المهتمين بأمر الأسر المصرية على مختلف ثقافتهم، لاسيما رجال الفكر والقانون وعلوم الشريعة، صدر القانون رقم (01) لسنة 2000 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية<sup>2</sup>.

عالج القانون السالف الذكر أحكام الخلع في المادة 20 منه، حيث جاء فيها: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه، وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطبيقها عليه. ولا تحكم المحكمة بالتطبيق بالخلع إلا بعد محاولة الإصلاح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاتة مساعي الصلح بين الزوجين، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة 18 والفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتحشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم. ويقع الخلع في جميع الأحوال طلاقاً بائناً. ويكون الحكم -في جميع الأحوال- غير قابل للطعن عليه بأي طريقة من طرق الطعن".

يستشف من نص المادة أن المشرع المصري لم يخرج عن مضمون الشريعة الإسلامية، وهذا على غرار التشريعات العربية التي سبق ذكرها؛ حيث أن الزوجة حين ترفع طلبها إلى القاضي متضمنا بغضها لزوجها وتخوفها من عدم قدرتها على القيام بواجباتها الزوجية، وردت عليه ما دفع لها من الصداق ومتنازلة عن حقوقها الشرعية، وتطلب خلعها من هذا الزوج وتخليصها مما هي فيه، فإن القاضي لا يخلعها بمجرد طلبها هذا، بل عليه أن يحاول الصلح بينهما ببعث حكمين للتوفيق بينها وبين زوجها، وإزالة ما يكون قد شاب علاقتهما الزوجية، فإن وافق تم

<sup>1</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 632.

<sup>2</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص. 526-527.

الخلع، أما إذا اعترض ولم يوافق وأصرت الزوجة على طلبها، خلعتها القاضي وأمر الزوج بأخذ ما قدمه من مهر وما في حكمه، فضلا عن تنازلها عن جميع حقوقها المالية الشرعية<sup>1</sup>.

هذا النص يتماشى مع القول بأن الأمر أمر إيجاب، ويتماشى مع القول بأن الخلع لا بد فيه من رضا الزوج، وتطبيقا لذلك يكون المشرع المصري قد أخذ برأي الجمهور في جعل الخلع طلاق رضائيا؛ فلا بد من رضا الزوج، غير أنه في حالة عدم رضاه وتعنته عن إقرار الموافقة، خلعتها القاضي منه، وأمره بأخذ البديل المتمثل في مقدار المهر الذي قدمه لها<sup>2</sup>.

هذا المشرع الأردني حذو المشرع المغربي والمشرع المصري؛ بأخذه برأي الجمهور في جعل الطلاق بواسطة الخلع طلاقاً رضائياً، لا بد فيه من موافقة الزوج على الخلع، مقابل بدل تدفعه الزوجة له، وهو ما جاء في نص المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية: "الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع، أو الطلاق، أو المبارأة، أو ما في معناها". من خلال هذا النص يستشف أن المشرع صرح بأن الطلاق بواسطة الخلع لا يقع دون رضا الزوج، إذ لا بد من رضاه وموافقة على الخلع نظير عوض تدفعه له الزوجة.

كما انتهج المشرع العراقي نفس نهج المشرع المغربي والمصري والأردني، وذلك بجعل طلاق الخلع رضائياً؛ أي لا بد أن يتم بإيجاب وقبول أمام القاضي، وهذا طبقاً لنص المادة 46 من قانون الأحوال الشخصية؛ حيث جاء فيها: "الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه، وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي، مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون...". يستشف من سياق النص أن المشرع أخذ برأي الجمهور، وذلك من خلال اعتبار الطلاق بواسطة الخلع يتم رضائياً، فلا بد من إيجاب وقبول من الزوجين حتى يتم ويقع الخلع، وتتم الموافقة نظير بدل تدفعه الزوجة لزوجها، وهذا البديل يكون من قبيل الصداق الذي دفعه لها وقت الزواج، سواء كان بأكثر أو أقل من مهرها.

وعليه، فإن الزوجة لما منح لها هذا الحق انفرادياً - كما فعل المشرع الجزائري - أو عن طريق مسطرة الشقاق - كما فعل المشرع المغربي - أو عن طريق النص على أن الطلاق حق لكلا الزوجين، توقعه الزوجة على زوجها مثلما يوقعه هو عليها - كما فعل المشرع التونسي -. وعليه، فبجعل هذا الطلاق حقاً إرادياً انفرادياً تختص به الزوجة، فتوقعه بإرادتها المنفردة وكأنما لها القوامه والعصمة مثلها مثل الرجل، فإنها قد تسيء استعمال هذا الحق، فتتعسف فيه على نحو يضر بالزوج، وقد بينا ذلك من خلال نسب الطلاق بواسطة الخلع، وكذا مسطرة الشقاق.

### ثانياً: صور تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع

يتخذ تعسف الزوجة في فك الرابطة الزوجية بطريق الخلع عدة صور من بين أهمها: تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع دون سبب (أ)، تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع عند مرض الموت (ب). وعليه، سنبين

<sup>1</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص. 528.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص. 528.

في هذا الصدد كل صورة على حدة، مع تبيان موقف الفقه الإسلامي، وكذا موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من كل صورة تتخذها الزوجة في فك الرابطة الزوجية بطريق الخلع.

#### أ- تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع دون سبب

سبق القول أن الخلع جعل كحق في يد الزوجة، غير أن الحقوق لم تشرع على إطلاقها؛ فيجوز للمرأة أن تتخلى عن زوجها إذا كانت كارهة عشرته، أو تبغضه لخلقه أو خلقه، أو دينه، أو كبر سنه، أو مرضه، أو ضعفه، أو خافت أن لا تقيم معه حدود الله؛ وذلك بإطاعته إذا دعاها، والمحافظة على نفسها وبيتها وماله، فإن حصل لدى الزوجة يقين بأنه ليس في طاقتها ومقدورها القيام بحدود الله مما يتوجب عليها؛ لأن كراهة زوجها يقف حائلا رغم عدم تقصيره في حقوقها وقيامه بواجبه نحوها، ففتندي نفسها بمال تعطيه لزوجها، لإنهاء العلاقة الزوجية بينهما حتى لا تقع في المحذور، وهذه الصورة بمختلف حالاتها جائزة ومشروعة<sup>1</sup>، ولا كراهة فيها بدليل قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۗ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾<sup>2</sup>. وجه الدلالة من الآية الكريمة أنه لا حرج، ولا إثم، ولا مؤاخذه على الزوجة التي تخاف ألا تؤدي حق زوجها في أن تفتدي نفسها بمال تدفعه لزوجها نظير طلاقها، كما أنه لا حرج ولا إثم على الزوج في قبول هذا المال، وهو مال طيب لا خبث فيه، وحتى لا يضار بخسارة زوجته وخسارة ماله، ضف إلى أن تفسير قوله تعالى ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾؛ فإذا كان أحد الزوجين لا يطيع الله تعالى ولا يطيع صاحبه في الله، فلا خير لهما في الاجتماع، بل يجب على الزوجة تنفيذ ما أمر الله به من أحكام الخلع الواردة في الآية الكريمة<sup>3</sup>.

واستدلوا أيضا بالحديث النبوي الشريف؛ فعن عكرمة عن ابن عباس قال: "أول خلع كان في الإسلام امرأة ثابت بن قيس، أتت النبي -صلى الله عليه وسلم- فقالت: يا رسول الله، لا يجتمع رأسي ورأس ثابت أبدا، إني رفعت جانب الخباء فرأيتة أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم وأقصرهم قامة وأقبحهم وجها. فقال: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، وإن شاء زدت. ففرق بينهما"<sup>4</sup>. وفي رواية أخرى عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي -صلى الله عليه وسلم- فقالت: "يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال الرسول -عليه الصلاة والسلام-: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم.

<sup>1</sup> - مشروعية الخلع قال بها فقهاء المذاهب السنية، إلا أنهم اختلفوا في حصر جواز الخلع، فهناك من الفقهاء من قصره على سبب الزنا، ومنهم من أجازته إلا في حالة الشقاق بين الزوجين ولم يصح لهم الاستدلال. انظر. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، في هامش، ص.266.

<sup>2</sup> - الآية 229 من سورة البقرة.

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، ج.10، مرجع سابق، ص.268. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص.517-518.

<sup>4</sup> - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج.9، دار الريان للتراث، القاهرة، لسنة 1986، ص.311.

قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: إقبل الحديقة وطلقها تطليقة"<sup>1</sup>. وجه الدلالة من الحديث الشريف أن امرأة ثابت بن قيس لما قالت أي أكره الكفر في الإسلام؛ بمعنى كفران العشير والتقصير فيما يجب له بسبب شدة بغضه، فشدته كراهتها له قد تحملها على إظهار الكفر ليتفسخ نكاحها منه<sup>2</sup>. وعليه، يفهم من الآية الكريمة والحديث النبوي أن سبب الخلع هو كراهية الزوجة لزوجها، لهذا شرع افتداء نفسها بمال وشرع للزوج قبوله. ومن هذا المنطلق أمكن القول أن إباحة الخلع جاءت لرفع الحرج عن المرأة، مع تعويض الجانب المتضرر من المفارقة وهو الزوج، وهذه الأخيرة سنأتي على شرحها لاحقا.

من سياق ما سلف ذكره نستنتج أنه ليس للزوجة أن تخلع زوجها دون مبرر شرعي، أو لأتفه الأسباب، أو لدوافع ذاتية، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة؛ قاصدة من وراء ذلك الإضرار بهذا الزوج، وإلحاق به صفة الزوج المخلوع، أو بدافع الانتقام والإضرار والإهانة، ويعتبر كل منها معيارا لوجود التعسف في استعمال الحق، وذلك لمخالفة المقصد الشرعي من تشريع هذا الحق؛ لأن هذا الحق -أي حق الخلع- لا يلجأ إليه إلا في حالة الضرورة<sup>3</sup>، وتأسيسا على ذلك سنبين في هذا المنوال موقف الفقه الإسلامي من مسألة تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع دون سبب (01)، وبعدها نعرض على موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تسعف الزوجة في استعمال حق الخلع دون سبب (02).

### 1- موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع دون سبب

انقسم جمهور الفقهاء في مسألة جواز أو عدم جواز الخلع دون سبب على قولين؛ حيث ذهب بعضهم إلى القول بجواز استعمال الزوجة حق الخلع دون سبب، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بعدم جواز استعمال الزوجة حق الخلع دون سبب.

#### 1-1- جواز استعمال الزوجة حق الخلع دون سبب

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المشهور من المذهب، إلى أن الزوجة إذا لم تكن كارهة زوجها، وكان الحال بينها وبين زوجها مستقيما، واختلعت نفسها من زوجها دون مبرر أو مسوغ شرعي، فإن خلعتها يكون صحيحا ومشروعا، ويباح للزوج أن يأخذ منها ما تراضيا عليه لقوله تعالى ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾<sup>4</sup>. غير أن المالكية -وإن اتفقوا مع الجمهور في الجواز- كان لهم رأي آخر أيضا؛ حيث يرون أن جواز الخلع ينصب إذا كرهت الزوجة زوجها لسوء خلقه أو خلقه، أو لنقص في دينه، أو ضعفه أو كبره، وخشية أن لا تؤدي حق الله في طاعته لزوجها، أما إذا رغبت في الخلع دون عذر مشروع

<sup>1</sup> - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري في شرح فتح الباري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، حديث رقم 5273، مرجع سابق، ص. 1344.

<sup>2</sup> - مقتبس عن خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 640.

<sup>3</sup> - تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص. 122.

<sup>4</sup> - الآية 04 من سورة النساء.

مما سبق ذكره ودون سبب، أو كان لمصلحة ما، فإن خلعهما كون مكروها، كما يكون حراما بالنسبة للزوج إذا ضيق على زوجته، ومنعها حقوقها أو بعضا منها؛ قصد افتداء نفسها بمال وتقع الفرقة في جميع الحالات<sup>1</sup>. مع ذلك فما قال به المالكية من الكراهة أو الحرمة في استعمال الخلع دون مسوغ، لا يؤثر على صحة الخلع، فهو يقع في جميع الحالات، وليس للزوجة أن تطلبه من غير سبب أو لسبب تافه؛ لأن الشارع الحكيم شدد من الوعيد لمن تفعل ذلك؛ فقد ورد عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "أيما امرأة سألت زوجها طلاقاً من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"<sup>2</sup>، وقوله -عليه الصلاة والسلام- أيضاً: "المختلعات والمتنازعات هن المنافقات"<sup>3</sup>؛ لأن جزاء الخلع دون سبب ينحصر في كون المخالعة آثمة، دون أن ينصرف ذلك إلى نفاذ أو عدم نفاذ الخلع<sup>4</sup>.

### 1-2- عدم جواز استعمال الزوجة حق الخلع دون سبب

ذهب الإمام أحمد في رواية عنه إلى أن الخلع في هذه الحالة لا يجوز، مستدلاً في ذلك بالقرآن الكريم لقوله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾<sup>5</sup>. دل النص القرآني على عدم أخذ الزوج من زوجته مطلقاً، واستثنى من ذلك صورة واحدة؛ وهي خوفها ألا يقيما حدود الله، وبقي في ما عداها على المنع. وعليه، فإن الإثم والجنح لاحق بها إن افتدت من غير خوف، وقد أكد سبحانه ذلك بقوله تعالى ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾<sup>6</sup>. كما استدلوا بالسنة النبوية الشريفة لقوله -صلى الله عليه وسلم-: "المختلعات هن المنافقات"<sup>7</sup>. واستدلوا أيضاً بما روي عن عائشة -رضي الله عنها- قالت: "أن حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس، فضرها فكسر نغصها"<sup>8</sup>، فأنت فأتت الرسول -صلى الله عليه وسلم- بعد الصبح، فاشتكت إليه، فدعا النبي -صلى الله عليه وسلم- ثابتاً. فقال: خذ بعض مالها وفارقها. قال: ويصلح ذلك يا رسول الله؟ قال: نعم. قال: فإني أصدقتها حديقتين وهما بيدها. فقال النبي -صلى الله عليه وسلم-: خذها وفارقها. فأخذها وفارقها"<sup>9</sup>. دل الحديث الشريف على أن الخلع لا يجوز من غير اشتكاء من ضرر، وأنه مختص بحالة الشقاق، وأن الشقاق والضرر شرط فيه. وغاية الأمر أن

<sup>1</sup> - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، مرجع سابق، ص. 341. رمضان السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص. 520.

<sup>2</sup> - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، ط. 1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، لسنة 1987، ص. 478.

<sup>3</sup> - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، السنن الكبرى، مرجع سابق، ص. 478.

<sup>4</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 641.

<sup>5</sup> - الآية 229 من سورة البقرة.

<sup>6</sup> - الآية 229 من سورة البقرة.

<sup>7</sup> - سبق تخريجه.

<sup>8</sup> - النغص أعلى الكتف. انظر. الشوكاني، نيل الأوطار، ج. 6، مرجع سابق، ص. 282.

<sup>9</sup> - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، مرجع سابق، ص. 478.

الخلع غير محصور بالاشتكاء، بل حتى في حالة كراهة الزوجة زوجها، وإنما على الزوجة أن لا تنساق إلى الخلع دون مبرر أو مسوغ يقتضيه؛ لأن الخلع دون سبب من الكراهة.

القول الراجح هو القول الأول؛ الذي جاء به الجمهور بأن الخلع جائز، ولكن يقع تحت الكراهية إن استعمل دون سبب أو من غير مسوغ مشروع كما قال المالكية، وتؤثم الزوجة على فعله من غير سبب، لورود الأدلة الشرعية التي نهت عن استعماله من غير حاجة أو مبرر يقتضيه، وتقوى الله سلاح المؤمن، وفي نساء السلف قدوة حسنة؛ حيث يروى أن امرأة جاءت إلى الحسن وقالت: "يا أبا سعيد، لا والله ما خلق الله شيئاً أبغض إلي من زوجي، وإنه ليخيل إليه أنه ما في الأرض أحب إلي منه، فهل تأمرني أن اختلع؟ فقال الحسن: كنا نتحدث أن المختلعات هن المنافقات. قال: فضربت رأسها بيدها. فقالت: إذا أصبر على بركة الله تعالى. فقال الحسن: يرحمها الله ما كنت أرى أن تفعل"<sup>1</sup>.

## 2- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تسعف الزوجة في استعمال حق الخلع دون

سبب

حتى نلم بموقف التشريعات من تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع دون سبب، لا بد من التعرض بداية إلى موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع دون سبب، وبعدها نتطرق إلى موقف التشريعات العربية هي الأخرى من ذلك.

### 2-1- موقف المشرع الجزائري من تسعف الزوجة في استعمال حق الخلع دون سبب

لم يشترط المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 ذكر الأسباب التي تجيز للزوجة طلب الخلع؛ حيث جاء في نص المادة: "يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم". يستشف من نص المادة أن المشرع لم يبين الحالات التي يجوز للزوجة أن تخلع فيها، وترك لها الحرية في مخالعة زوجها متى شاءت، حتى ولو كان الخلع لأتفه الأسباب، ضف إلى أن المشرع قيد القاضي بالفصل فقط في بدل الخلع لا في مبدأ الخلع في حد ذاته، وحتى في هذه الحالة فهو مقيد بالحكم بصداق المثل. وتطبيقاً لما سلف ذكره، أمكن القول أن المشرع لم يشترط على الزوجة أن تقدم أي سبب للخلع، كما هو الحال عليه في طلب التطليق، كما لا تحتاج إلى تقديم أدلة إثبات تبين فيها كراهيتها لزوجها، أو أنها اشتد بها الضرر، بل يكفي فقط أن تقول بأنها تكرهه، أو أنها لا تستطيع العيش معه وتخاف أن لا تقيم حدود الله، والقاضي غير مطالب بالتأكد من بغض الزوجة ونفورها منه؛ لأن ذلك من الأمور الباطنية النفسية الخاصة بالمشاعر، فقط يكفيه أن يتأكد خلال جلسة الصلح بأنها مصممة على طلب الخلع، وأنها لا تعزم الاستمرار في حياتها الزوجية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، حديث رقم 11890، ج.2، مرجع سابق، ص.514.

<sup>2</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.ص.641-642.

من هذا المنطلق يتضح أن المشرع أخذ بقبول الجمهور في جواز الخلع دون سبب، غير أنه يؤخذ عليه عدم تقييد الخلع بحالات تجيز للزوجة أن تطلب الخلع مثلما فعل جمهور الفقهاء، فمؤدى التقييد التقليل من حالات الفرقة بين الزوجين، وهي التي قصدتها الشارع الحكيم. وحقيقة أن هذا التقييد يكون من الأمور الخفية، إلا أنه بتدخل القاضي للإصلاح قد يقلل من حالات الخلع، وربما رجعت كثير من الزوجات عن رأيهن إذا علمن أن المختلعات هن المنافقات كما حدث في قصة المرأة التي جاءت إلى الحسن، ورجعت عن المطالبة بالخلع وصبرت على زوجها<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى واقع المجتمع الجزائري، نلاحظ تفاقم ظاهرة الخلع بشكل غير مسبوق مقارنة بسنوات نهاية الألفية الفارطة؛ حيث حسب الإحصائيات المسجلة لدى وزارة العدل، فإن عدد الأحكام والقرارات الصادرة في قضايا الخلع التي رفعت على مستوى الجهات القضائية وصل إلى: 655 حالة خلع ما بين سنوات 1994-1998، في حين وصل عددها سنة 2004 إلى 813 حالة خلع، ليرتفع العدد إلى 1170 سنة 2006، ثم إلى 1500 حالة خلع سنة 2011، و20 ألف حالة في سنة 2013، كما ارتفع إلى 22000 حالة سنة 2014، والرقم مرشح للارتفاع أكثر<sup>2</sup>.

بناء على هذه الإحصائيات أثبت الواقع أن الكثير من الزوجات انسقن إلى استعمال حق الخلع لأسباب تافهة وغير معقولة، فمن أتفه الأسباب نجد أن زوجة خلعت زوجها لأنه رفض الاستجابة لطلبها بقص شاربيه، كما خلعت زوجة أخرى زوجها لأنه رفض مبيتها عند صديقتها، واعتبرت ذلك إهانة لكرامتها، كما تمسكت زوجة أخرى بخلع زوجها بعد عشرة استمرت عشرين سنة ونتج عنها عن ستة أطفال بعد ما حملته مسؤولية عدم الاستفادة من إعانة مالية من الدولة لترميم منزلها الذي تهدم في فيضان 2008، كما خلعت زوجة أخرى زوجها على الرغم من أن لها ابنان منه بحجة إصابته بالعمى<sup>3</sup>.

كما حدثت قصة زلزلت مواقع التواصل الاجتماعي وكل الصحف، وقائعها أن عجوزًا طاعنة في السن خلعت زوجها الشيخ الذي عاشت معه أربعين (40) سنة، والمفاجأة أنها كانت تريد الانتقام منه لأنه خانها مع امرأة أخرى خلال السنوات الأولى من زواجه بها، وأنها ظلت طيلة هذه السنوات تدس الضغينة داخل قلبها حفاظًا على تربية أبنائها وخوفًا من تفككهم. وأخرى طلبت أن تخلع نفسها من زوجها بعد ستة (06) أشهر زواج، بحجة أن الزوج فقد راتبه المغربي الذي كان يتقاضاه بالعملة الصعبة من شركة أجنبية بسبب إلغاء هذه الأخيرة المشروع، وأنها وافقت على الزواج به بناء على راتبه الشهري فقط<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - المصري المبروك، مرجع سابق، ص.268.

<sup>2</sup> - تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص.122.

<sup>3</sup> - نادية سليمان، الشروق ترصد أغرب حالات الخلع في الجزائر، تاريخ الإطلاع: 2021/05/30، على الساعة 18:00

<sup>4</sup> - مكى أم السعد، حسام حريشان، الخلع.. ضربة جديدة لتماسك الأسرة الجزائرية، تاريخ الإطلاع 2021/05/30، على الساعة 17:00



## 2-2- موقف التشريعات العربية من تسعف الزوجة في استعمال حق الخلع دون سبب

كما لم يقيد المشرع المغربي هو الآخر - مثله مثل المشرع الجزائري - الزوجة بذكر الأسباب عند استعمالها لحق الخلع؛ حيث بالإطلاع على المواد من 115 إلى 120 من مدونة الأسرة لا تتضمنه، باستثناء ما ورد في المادة 120 من نفس المدونة، والتي اشترطت لذلك أسباب طلب الخلع ليس للحكم به من عدمه، وإنما ليستعين بها القاضي كميّار لتقدير مقابل الخلع في حالة اختلاف الزوجين<sup>1</sup>. وعليه، يتضح أن المشرع المغربي سار على نفس درب المشرع الجزائري بأخذه بالقول الأول والذي هو قول الجمهور، ولكن دون التقيد بذكر الأسباب، ودون التقيد بالحالات التي جاء بها جمهور الفقهاء. وتطبيقاً لذلك، فإن للزوجة وفقاً لمدونة الأسرة أن تخلع زوجها دون ذكر الأسباب حتى ولو كانت لأسباب تافهة، بأن كانت متعسفة في استعمال حق الخلع.

بالرجوع إلى المشرع التونسي نجد أنه لم ينص على الخلع في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، وإنما اكتفى بالفصل 31، والذي جعل الطلاق فيها طلاقاً بإنشاء يوقعه الزوجان متى شاءوا ولو بدون ذكر الأسباب، والزوجة من خلال هذا الفصل لها الإرادة المنفردة في إيقاع الطلاق بدون التقيد بالحالات التي أقرها الفقه الإسلامي، ولا بالأسباب الموجبة للطلاق.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد نص على الخلع من خلال المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية رقم (01) لسنة 2000، وبين من خلالها أن استعمال هذا الحق من قبل الزوجة لا بد أن يكون مبنياً على مبررات، وله سبب شرعي يسوغه؛ حيث جاء في نص المادة: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه، وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه. ولا تحكم المحكمة بالتطليق بالخلع إلا بعد محاولة الإصلاح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاتة مساعي الصلح بين الزوجين، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة 18 والفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتحشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم. ويقع الخلع في جميع الأحوال طلاقاً بائناً. ويكون الحكم - في جميع الأحوال - غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن".

يستشف من نص المادة أن المشرع المصري لم يخرج عن مضمون الشريعة الإسلامية، وهذا على غرار التشريعات العربية التي سلف ذكرها؛ حيث أن الزوجة حين ترفع طلبها إلى القاضي متضمناً بغضها لزوجها، وتخوفها من عدم قدرتها على القيام بواجباتها الزوجية، وردت عليه ما دفع لها من الصداق، ومتنازلة عن حقوقها الشرعية، وتطلب خلعها من هذا الزوج وتخليصها مما هي فيه، فإن القاضي لا يخلعها بمجرد طلبها هذا، بل عليه

<sup>1</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 641.

أن يحاول الصلح بينهما ببعث حكمن للتوفيق بينها وبين زوجها، وإزالة ما يكون قد شاب علاقتهما الزوجية، فإن وافق تم الخلع، وأما إذا اعترض ولم يوافق وأصرت الزوجة على طلبها، خلعتها القاضي وأمر الزوج بأخذ ما قدمه من مهر وما في حكمه، فضلا عن تنازلها عن جميع حقوقها المالية الشرعية<sup>1</sup>. كما يستشف من نص المادة 20 من نفس القانون أن المشرع المصري قيّد الزوجة بذكر أسباب الخلع حتى يجاب لطلبها، وعليها أن تتقيد عند طلبها للخلع بالحالات التي قالها الفقه الإسلامي. وعليه، يكون المشرع المصري قد أخذ بما قاله جمهور الفقهاء وهو القول الأول، وقد أخذ بهذا بما جاء به الجمهور بخلافه، كما أخذ بقول المالكية في كراهية الخلع دون سبب. بالنسبة إلى المشرع الأردني فقد جعل الخلع رضائياً، ويكون بيد الزوج في إيقاع الطلاق مقابل العوض، فلا تملك الزوجة -تطبيقاً لذلك- إيقاعه بدون سبب أو لأسباب تافهة؛ لأن العصمة في يد الزوج ولا تملك الزوجة إيقاعه، حيث نصت المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على: "الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع، أو الطلاق، أو المبرأة، أو ما في معناها". من سياق النص يتضح أنه لا يمكن أن نتصور إطلاق أي تعسف من جانب الزوجة؛ لأنها لا تملك إيقاع الطلاق، وإنما ما يمكن تصوره تعسف الزوج في الإضرار بزوجه مقابل أن تدفع له ما أمهرها به ليسرحها ويطلقها.

لقد حذا المشرع العراقي بنصه في المادة 46 على نفس الأحكام التي جاء بها المشرع الأردني؛ على أن الطلاق بيد الزوج ولا تملك الزوجة إيقاعه، وأن الخلع هو رضائي بين الزوجين مقابل عوض تدفعه المرأة لزوجها من أجل أن يطلقها؛ حيث جاء في نص المادة 46 من قانون الأحوال الشخصية أن: "الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه، وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي، مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون. ويشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، وأن تكون الزوجة محلاً له، ويقع بالخلع طلاق بائن. للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها". وتطبيقاً لهذا النص فإن الزوجة لا تملك إيقاع الطلاق في الخلع، وإنما يكون الطلاق بيد الزوج نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها. وعليه، فلا تملك الزوجة استعمال حق الخلع دون سبب أو مسوغ مشروع، ولا أن تتعسف في استعمال هذا الحق، ولكن يمكن أن نتصور في إطار هاته المادة تعسف الزوج في التضييق على زوجته حتى تدفع له البدل وتطلب منه أن يطلقها.

### ب- تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع في مرض الموت

بالإضافة إلى تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع دون سبب، فقد تتعسف الزوجة أيضاً في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، وهذا بنية الإضرار بالورثة؛ ويكون ذلك باستعمالها لذلك الحق في مرض الموت قصد حرمان زوجها من بدل الخلع أو من الميراث. وعليه، سنحاول في هذا الصدد التعرض إلى ذلك من خلال تبيان موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع في مرض الموت (01)، ثم نرجع بعد ذلك إلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من ذلك (02).

<sup>1</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص. 528.

## 1- موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع في مرض الموت

تطرق الفقه الإسلامي إلى مسألة تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع في مرض الموت؛ حيث اتفق في ذلك جمهور فقهاء المذاهب السنية أن خلع المريضة مرض الموت يقع صحيحاً، غير أنهم اختلفوا فيما يثبت بالبدل والميراث.

حيث ذهب الحنفية إلى القول بأن الطلاق يقع بائناً ويثبت به البدل؛ وعليه، فإذا توفيت الزوجة في مرضها أثناء عدتها وجب على الزوج الأقل من بدل الخلع، أو ثلث التركة، أو نصيبه من الميراث، وهذا دفعاً لتهمة المواضعة، فلو كان إرثه منها خمسين، وبدل الخلع ستين، والثلث مائة، فله الأقل وهو خمسون، وإن كان الثلث أربعين فله الأقل منه ومن الإرث وهو أربعون، أما إذا ماتت بعد ما شفيت من مرضها الذي حصل فيه الخلع استحق الزوج بدل الخلع كله لظهور أن الخلع تم في حالة الصحة<sup>1</sup>.

ويرى المالكية أن الزوجة إن اختلعت في مرضها بكامل مالها لا يرثها زوجها، أما إن مات الزوج من ذلك المرض ورثته الزوجة حتى فيما دفعته له من أجل الخلع؛ وعليه، فإن ماتت الزوجة لم يرثها الزوج، وإن مات الزوج ورثته المرأة؛ لأنه هو الذي أسقط ما كان يستحقه؛ حيث جاء في مدونة الإمام مالك: "قلت: أرأيت إن اختلعت منه في مرضه فمات من مرضه ذلك أثرته أم لا في قول مالك؟ قال مالك: نعم ترثه ... قلت: ولم وهو لم يفر منها، إنما جعل ذلك إليها ففرت بنفسها؟ قال مالك: كل طلاق وقع في المرض فالميراث للمرأة إذا مات من ذلك المرض، وبسببه كان ذلك لها. قلت: أرأيت إن اختلعت المرأة بمالها من زوجها والزوج مريض، أيجوز ذلك في قول مالك أم لا؟ قال: نعم، ذلك جائز، ولها الميراث إن ماتت ولا ميراث له منها إن ماتت هي ...". واختلف فقهاء المالكية في خلع المريضة على قولين؛ حيث ذهب القول الأول إلى أنه لا يجوز -وهو قول مالك- ويرد المال ولو خالعه بأقل من ميراثه منها، أو صحت من مرضها، لأنه حرام، والحرمة تقتضي الفساد، وعدم الاعتداد به، ولا يترتب عليه أثره، ولهذا يرد المال كله ويلزمه الطلاق. أما القول الثاني فقالوا يجوز إذا كان يمثل ميراثه منها أو أقل منه، وإن كان بأكثر فإنه يرد ما زاد على إرثه منها لو ماتت. وروي عن مالك أنه يجوز خلعها بالثلث كله ..."<sup>2</sup>، كما أضاف الإمام مالك أنه إذا وقع الخلع في مرض موتها، فإن ما قدمته بدلاً للخلع اعتبر منها ذلك تبرعاً يصح في حدود نصاب الوصية طبقاً للقواعد العامة المتعلقة بمرض الموت. ويجب أن يكون بدل الخلع بقدر ميراثه منها، فإن زاد على إرثه منها تحرم الزيادة ويجب ردها، وينفذ الطلاق ولا توارث بينهما ولو ماتت في عدتها<sup>3</sup>.

والجدير بالذكر أن هناك رأي يوصف بالشاذ أو الضعيف في الفقه المالكي؛ حيث يرى بعدم السماح بتوريث الزوجة في حالة طلاق الخلع، وطلاق التملك والتخيير؛ لأن الفرقة كانت بسببها لا بسببه؛ حيث قالوا: "... أن طلاق المريض مرضاً مخوفاً وتمليكاً وتخيره وخلعه لازم له كالصحيح، وإنما يفتقران في الإرث: ففي الخلع

<sup>1</sup> - ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ص. 116. خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 598.

<sup>2</sup> - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج. 5، مرجع سابق، ص. 32-33.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص. 33 وما بعدها. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج. 2، مرجع سابق، ص. 57.

والتخيير لا ترثه؛ لأن الفراق جاء من قبلها، وفي الطلاق ترثه إن مات من مرضه قبل ظهور صحته كان الطلاق بائناً أو رجعيًا، قبل الدخول أو بعده ولو صادق آخر الثلاث، وظاهر الناظم وظاهره أيضا ولو كانت يمينه في الصحة وحنث في المرض، كان الحنث بسببها كحلفه وهو صحيح بطلاقها إن دخلت الدار فدخلت وهو مريض، أو بسببه كحلفه ليقضين فلائحقه في يوم كذا وحنث وهو مريض، وظاهره أيضا ولو طال مرضه، ولو خرجت من عدتها وتزوجت أزواجًا، وهو كذلك في الجميع، ثم إن ما ذكره الناظم من عدم إرثها في الخلع والتخيير هو تحريج اللخمي في الخلع، ورواية زياد في التملك والتخيير، وذلك ضعيف؛ لأن القول المخرج لا يعمل به في قضاء ولا فتوى، وإنما يذكر تفقها وتفنا فقط قال "ح"، ولأن رواية زياد مخالفة لمذهب المدونة، ولذا درج "خ" وغيره على وجوب الإرث لها...<sup>1</sup>.

وذهب الشافعية إلى أن الزوج يلزم له العوض بقدر المسمى لها، فإن كان الزوج المريض فخالعها بأقل من مهر مثلها ما كان، أو أكثر فالخلع جائز وإن مات من المرض؛ لأنه لو طلقها بلا شيء كان الطلاق جائزًا، وإن كانت هي المريضة وهو الصحيح أو مريض فسواء، وإن خالعتها بمهر مثلها أو أقل فالخلع جائز، وإن خالعتها بأكثر من مهر مثلها، فالزيادة من الثلث، فإن ماتت قبل أن تصح جاز لها مهر مثلها من الخلع، وكان الفضل على مهر مثلها وصية، ولا ترث المختلعة في المرض ولا في صحة زوجها، ولا يرثها ولو مات أحدهما وهي في العدة. كما أضاف الشافعي أنه لا يعتبر مهر المثل أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمنا، واعتبر مهر المثل تقويًا له وعلى إبطال الزيادة، أنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئًا من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل، كما لو أوصت له أو أقرت له، أما مقدار الميراث فلا تهمه فيه، فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثًا، وإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع، ولو جميع ما خالعتها، لأننا تبينا أنه ليس بمرض الموت، والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة.<sup>2</sup>

أما الحنابلة فيرون أنه إذا خالعت الزوجة زوجها في مرض موتها فيكون بدل الخلع أقل من المسمى، أو ميراثه منها؛ لأنها متهمة في قصد إبطال شيء من مالها إليه بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه، وهو وارث، فبطل الزائد كما لو أوصت به، أما قدر الميراث فلا تهمه فيه؛ لأنها لو لم تخالعه لورثته، أما إذا برأت من مرضها، فله جميع ما خالعتها عليه كما لو خالعتها في الصحة. وإن خالعتها في مرض موته المخوف، وحاجها بأن أخذ منها دون ما أعطها فمن رأس المال؛ لأنه لو طلقها بلا عوض صح فمعه أولى.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - مقتبس عن محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال الزواج، مرجع سابق، ص.150.

<sup>2</sup> - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج.6، ط.1، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة - مصر، - لسنة 1961، ص.508-509. نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، لسنة 2008، ص.154.

<sup>3</sup> - منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح المنتهى، مرجع سابق، ص.68-69.

## 2- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع في

### مرض الموت

سيتم تبين موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع في مرض الموت، وأيضا موقف التشريعات العربية من ذلك.

### 2-1- موقف المشرع الجزائري من تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع في مرض الموت

لم يورد المشرع الجزائري حكماً خاصاً بخلع المريضة مرض الموت، أو بالخلع في مرض الموت بصفة عامة، غير أنه بالعودة إلى نص المادة 132 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 نجد المشرع قد نص على استحقاق الإرث للحي في حالة الطلاق؛ حيث جاء في نص المادة: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث". يستشف من سياق النص أن صيغته جاءت عامة، ولم يبين ما إذا كان الإرث الذي يستحق للحي ناجماً عن وفاة طبيعية أم بسبب المرض، وقد بينا فيما سبق أن لكل مسألة حكم خاص بها، كما يتضح من النص السالف الذكر أن المشرع جعل خلع المريضة مرض الموت صحيحاً، ويلزمها بدل الخلع، وهذا ما قال به جمهور الفقهاء، ويترثها الزوج إن هي توفيت من مرضها، وهي أيضاً ترثه في حال وفاته ما لم تنقض عدتها، مثلها قال بذلك الحنفية والحنابلة<sup>1</sup>.

### 2-2- موقف التشريعات العربية من تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع في مرض الموت

لقد حذا المشرع المغربي حذو المشرع الجزائري بعدم النص على أحكام خلع المريضة مرض الموت، ومن ثم يتم الرجوع إلى أحكام نص المادة 400 من مدونة الأسرة، والذي يعمل فيه بالمذهب المالكي؛ حيث اعتبر هذا المذهب مثله مثل بقية المذاهب خلع المريض الموت صحيحاً، أما بالنسبة لاستحقاق الزوج الإرث، فقالوا بأن الزوج لا يرث في حال ما إذا اختلعت الزوجة بكامل مالها، وترثه الزوجة إذا خلعت وتوفي في مرضه.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء المغربي سار على ذات المذهب؛ حيث صدر قرار من المجلس الأعلى بتاريخ 1993/05/05، وقد قضى فيه: "المطلقة من مرض مخوف مات فيه المطلق تكون في حكم الزوجة فيما يرجع للإرث، وترثه مع بقية الورثة إذا أقامت المدعية الحجة على أن المطلق كان مريضاً بالسرطان، فإن ادعاءها أنه مات منه، متمسكا بقاعدة الاستصحاب التي تفترض بقاء الأصل الثابت إلى أن يثبت عكسه"<sup>2</sup>. كما جاء في قرار آخر صادر عنه أيضاً بتاريخ 2002/01/10 على أنه: "لما استخلصت المحكمة من خلال الشواهد الطبية المدرجة بالملف مما يفيد التقرير الطبي من أن المرض الذي أصيب به الهالك هو مرض مخوف، وأنه توفي بسببه بعد

<sup>1</sup> - تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص.124. خدام هجيرة، مرجع سابق، ص.599.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 1993/05/05، ملف رقم 925092. مقتبس عن خدام هجيرة، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

شهر ويوم واحد من طلاق زوجته عن طريق الخلع أنها ترثه، تكون قد طبقت القول الراجح الذي أشار إليه خليل بقوله: "ونفذ خلع مريض وورثته"، جعلت لقرارها أساسا من الفقه..."<sup>1</sup>.

بالنسبة إلى المشرع التونسي لم يتطرق إلى مسألة الخلع إطلاقا، ولا إلى مسألة خلع المريضة مرض الموت، وحكم ميراث زوجها منها. ولم يتطرق المشرع المصري في قانون الأحوال الشخصية إلى مسألة خلع المريضة مرض الموت، ومن ثم يتم الرجوع بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة، وهذا طبقا للإحالة الواردة في نص المادة 03 من قانون رقم (91) لسنة 2000 من قانون الأحوال الشخصية. وعليه، يكون المشرع طبقا لهذا النص قد اعتبر خلع المريضة مرض الموت صحيحا، كما أقر بميراث الزوج في حال وفاة زوجته التي خالعتة في مرض موتها الذي ماتت فيه.

وعلى ذات النهج سار المشرع الأردني؛ وذلك بعدم النص على مسألة حكم خلع المريضة مرض الموت، ومن ثم يتم الرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، عبر الإحالة المنصوص عليها في المادة 325 من قانون الأحوال الشخصية، وتطبيقا لهذا المذهب يعتبر خلع المريضة مرض الموت صحيحا، ويرث زوجها إن ماتت في مرضها الذي خالعتة فيه.

كما لم يتعرض المشرع العراقي إلى مسألة حكم خلع المريضة مرض الموت، وحكم استحقاق الزوج الإرث في حال وفاة زوجته التي خالعتة في مرض موتها الذي توفيت فيه، ومن ثم يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حال عدم وجود نص يحكم هذه المسألة، وهذا طبقا لنص المادة الأولى الفقرة الثانية من قانون الأحوال الشخصية.

وتطبيقا لما سبق ذكره، أمكن القول أن الزوجة بالإضافة إلى الصورة السابقة التي اتخذتها في استعمال حق فك الرابطة الزوجية بطريق الخلع على نحو أساءت استعماله، وتعسفت فيه على نحو أضر بالزوج، وبالأسرة والمجتمع ككل، من خلال ارتفاع حالات الطلاق بواسطة هذا الحق المخول للزوجة، إلا أن الزوجة قد يصل بها الأمر إلى أن تتخذ من هذا الحق وسيلة لتحقيق غاية شرعية، خاصة وأن الوسيلة والغاية تدوران معا، فإذا وجدت الغاية الشرعية صحت الوسيلة، وإلا فلا؛ وتمثل هذه الغاية غير الشرعية في جعل حق الخلع وسيلة للشراء على حساب الزوج، فتجدها في الغالب حينما يكون قصدها بهذه الصورة تدفع القليل من المال الثابت في عقد الزوج في صورة الصداق، وتأخذ الكثير الذي يكون الزوج قد منحها لها بدافع الود والمحبة<sup>2</sup>، فالزوجة في مثل هذه الصورة قد كانت نيتها من قبل الخلع أو الطلاق منه، لهذا تجدها تغالي في صداقها؛ وهذا بهدف إفقار زوجها وإثراء حسابها. وعليه، فإذا كان الزوج حينما يتعسف في استعمال حق الطلاق يلزم بالتعويض عن الضرر الذي سببه

<sup>1</sup> - قرار المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار من سنة 1957 إلى سنة 2002، ص.396. مقتبس عن محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال الزواج، مرجع سابق، ص.149.

<sup>2</sup> - تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص.125.

للزوجة كجزاء مدني له، فهل هذا الأمر يصدق كذلك بالنسبة للزوجة؟ بمعنى هل في حال ما إذا تعسفت الزوجة في استعمال حق الخلع هل تلزم بتعويض الزوج عن الضرر الذي سببته له؟

### ثالثا: الآثار المترتبة عن تعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع

نعت الشريعة الإسلامية عن الإضرار بالغير مصداقا لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>1</sup>، فالزوجة إذا قامت بفك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع تكون في ذلك قد استعملت حقها الشرعي، الذي منحها إياه الشارع الحكيم، فلا تكون ضامنة ولا ملزمة بتعويض الزوج عند مخالفتها عملا بالقاعدة الفقهية: "الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه الشرعي لا يكون ضامنا"<sup>2</sup>، فالزوجة إذا ما استعملت حقها الشرعي المتمثل في الخلع والذي أباحه لها الشارع الحكيم، فإن هذه الإباحة تنافي الضمان، وتنافي الجزاء، وتنافي العقوبة، وهذا حتى لا يكون هناك تناقض بين إعطاء الشخص حقا ومحاسبته عند استعماله<sup>3</sup>.

ولكن ومن جهة أخرى، فإن استعمال حق الخلع لا يعني أن هذا الحق مطلق الحدود، فالحق هو مزية أو استئثار بقيمة، وليس سلطة واسعة ينفرد من خلالها الشخص، فيستعملها حسب أهوائه ونزواته، إذ أن الشخص لا يحاسب على استعماله لحقه المشروع، وإنما يحاسب حينما ينحرف عن الغاية التي شرعت من استعماله، وعن الضرر الواقع من جراء استعمال ذلك الحق، وعن مناقضته لقصده الشارع من تشريع هذا الحق والمتمثل في الخلع - موضوع الدراسة- والمناقضة تعسف، والتعسف يلحق ضرر بالغير، والضرر يزال شرعا، فإن أمكن رفعه وجب ذلك، وإن لم يمكن رفعه فلا يبقى سوى إزالة آثاره بشيء آخر؛ والمتمثل في تعويض المتضرر عما لحقه من ضرر، فالخلع هو حق مشروع، غير أن استعماله لغير حاجة مذموم وفاعلته آثمة<sup>4</sup>، وهذا بدليل قوله -عليه الصلاة والسلام- لما روي عن ثوبان: "أما امرأة سألت زوجها طلاقا من بأس فحرام عليها رائحة الجنة"<sup>5</sup>.

والجدير بالذكر أنه لما منح للزوجة الحق في التعويض عند تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق، فإن من حق الزوج أيضا التعويض عن الضرر الحاصل من جراء استعمال الزوجة حق الخلع؛ إذ أن النتيجة المترتبة عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والخلع واحدة، والمتمثلة في الخلاص من رابطة زوجية غير مرغوب فيها، فذلك مما يوحي بوجود تعويض في كلتا الحالتين، ولا يوجد أي خلاف بين الوسيطتين في الجوهر، إلا أن المقابل المالي الذي تدفعه المرأة المختلعة للزوج لتحرر نفسها من زيجتها، لا يمكن اعتباره تعويضا عما لحقه من ضرر، فمقابل الخلع هو حق شرعي للزوج، تلتزم الزوجة بدفعه سواء كان لها أسباب مسوغة ومبررات معقولة، أو أنها طالبت بالخلع دون سبب أو لسبب تافه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - تبوب فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص. 125.

<sup>2</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص. 449.

<sup>3</sup> - عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 180.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص. 180-181.

<sup>5</sup> - سبق تحريجه.

<sup>6</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 644.

كما أنه في حال عدم الاتفاق على مقابل الخلع، فإن القاضي يتدخل ليحدده بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، وقد لا يتناسب الضرر المعنوي الذي يلحق الزوج مع هذه القيمة، ضف إلى ذلك أن التعويض في الطلاق التعسفي للزوج يخضع للسلطة التقديرية للقاضي لا إلى اتفاق الزوجين، في حين أن المقابل المالي للخلع يمكن أن يتفق عليه الزوجان قليلا كان أو كثيرا، وفي حال الاختلاف فقط يتدخل القاضي للحكم بصداق المثل<sup>1</sup>.

نجد أن المشرع الجزائري قد أقر بدل الخلع في كل طلاق خلعي، سواء تعسفت فيه الزوجة أم لم تتعسف، وسواء تضرر منه الزوج أم لم يتضرر، فالمشرع لم يقرر تعويضا للزوج في حال تضرره من مخالعة الزوجة له - وهذا نتيجة تعسفها في المخالعة - هذا ما يتنافى والقواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر، والتي تقتضي إلزام صاحب الحق بتعويض المتضرر إذا ما ألحق به ضرراً فقط، هذا نتيجة تعسفه في استعمال حقه طبقاً لنص المادة 124 من القانون 05-10 المتعلق بالقانون المدني، والتي ألزم فيها المشرع للمتسبب في الضرر تعويض الضرر الذي لحق المضرور، غير أنه منح الحق للزوجة بالمطالبة بالتعويض في حال ما إذا تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق بالإرادة المنفردة، وهذا طبقاً لنص المادة 52 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". ليس مستبعد أن تتعسف الزوجة عند استعمال حقهما الأصيل في طلب الخلع؛ وذلك كأن تطالب به مع استقامة واستقرار حياتهما الزوجية، فهنا لا بد أن ترتب مسؤولية المختلعة قبل زوجها ما لا يتعارض مع الشرع أو المنطق أو العقل، ولا مع القواعد القانونية المقررة للمسؤولية<sup>2</sup>.

وتطبيقاً لذلك فإن تقرير نص يلزم الزوجة المختلعة بتعويض الزوج في حال تعسفها في استعمال هذا الحق، لا يعد قيدياً لحريتها، وإنما هو حق للزوج؛ وذلك لأن الخلع الذي قامت به الزوجة لا يستند إلى مبررات جدية، ضف إلى أن هذا الجزء المتمثل في التعويض مفروض أيضاً على الزوج في حال إذا ما صدر الطلاق من جانبه. التعويض من شأنه أن ينصف الزوج ويجبره عما لحقه من ضرر، كما أنه قد يؤدي إلى التقليل من نسبة الخلع، ويحد من الحالات التي تستدعيه، وتكون إما دون سبب أو لسبب تافه<sup>3</sup>.

بالإضافة إلى ذلك، إن المشرع بالنسبة لبدل الخلع جعله إما متفقاً عليه من طرف الزوجين، وإما محددًا قانوناً، وذلك بعدم تجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم عند اختلافهما حوله، وهذا طبقاً لنص الفقرة 2 من المادة 54 من قانون الأسرة، ودون أن يراعي ما لحق الزوج من ضرر وما فاتته من ربح، وهذا نتيجة لتخريب أسرته دون سبب منه ولا رغبة له في انحلال الزواج. وبالتالي، فإن تقييد سلطة القاضي في تقديره وحصر قيمته يتنافى مع تقدير التعويض، الذي وإن كان يخضع إما لاتفاق الطرفين أو لنص القانون، وإلا فلتقدير القاضي،

<sup>1</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، والصفحة نفسها. مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص. 188.

<sup>2</sup> - خدام هجيرة، المرجع السابق، ص. 644. راضية بشير، محمود لنكار، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، م. 10، ع. 3، د. ب. ن، ديسمبر 2019، ص. 345.

<sup>3</sup> - خدام هجيرة، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.



ولكن مع مراعاة ما لحق المضرور من خسارة، وما فاته من كسب طبقا لنص المادة 131، ومع مراعاة المادتين 182 و 182 مكرر من القانون المدني السالف ذكره<sup>1</sup>.

من سياق ما سق ذكره يتضح أن المشرع قد جعل الضرر في قانون الأسرة مفترضا في جميع حالات الخلع، إلا أنه حتى ولو تم التسليم بأن الضرر فعلا واقع في جميع حالاته؛ فالذي لا نسلم به هو أن درجة الضرر ليست واحدة في جميع الحالات، بل تختلف من حالة إلى أخرى ومن زوج إلى آخر، وهذا ما لا يتفق مع تقنين المشرع لبدل الخلع وحصره بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، وهذا عند عدم اتفاق الزوجين حوله، كون هذه الحالة هي الغالبة إن لم نقل عامة<sup>2</sup>.

ضف إلى أنه في حال عدم الاتفاق على الخلع، وتمكين القاضي بفرض قيمة صداق المثل، إن التسليم بذلك قد يضر بالزوج، فمن جهة نجد الزوجة هي التي طالبت بالخلع، ومن جهة أخرى التخفيف عليها بتكليفها دفع قيمة صداق المثل فقط، فماذا لو تبين بأن الصداق الذي دفعه الزوج يفوق صداق المثل بأضعاف كثيرة؟ لا سيما إن كانت الزوجة قد تعسفت في المغالاة في المهر، ورغبت في الخلع من أجل أن تحتفظ بالقيمة الكبيرة للصداق، فتدعي من خلال ذلك أنه قد أصدقها بنسبة أقل مما يدعيه، في هذه الحالة يتضرر الزوج لمجرد أنهما لم يتفقا على المبلغ، وربما لم يبالغ الزوج فيه وإنما طالب برد ما دفعه لها، وهذا ما قضت به السنة النبوية الشريفة<sup>3</sup>.

كما قد يؤدي بالزوجة إلى أن تعتمد عدم الموافقة؛ لأنها ترى بأن دفع قيمة صداق المثل بحكم القاضي، خير لها من أن ترد الصداق، إذا كانت قيمته تتجاوز بكثير قيمة صداق المثل. وعليه، فالنص بهذه الصورة يفتح باب التحايل بأن تطلب المرأة مهرا كبيرا إذا رأت بأن الزوج ثري، وقد تكون تزوجته لاعتبارات مالية، ثم تلجأ إلى المخالعة للتخلص من الزوج، فإذا طلب منها إرجاع الصداق أو قيمته لا توافق، فتطلب مبلغا أقل حتى يحكم القاضي بناء على ذلك الاختلاف بدل الخلع بقيمة صداق المثل<sup>4</sup>.

ضف إلى ذلك أنه وبالرغم من إبقاء المشرع على بدل الخلع محمدا بصداق المثل، وذلك عند الاختلاف في تحديد قيمته، والذي بات لا يتناسب إطلاقا مع ما قد يلحق الزوج من ضرر، كما أنه لم يعد يؤثر على الزوجة كونه لم يعد يشكل حاجزا لها في طلبه، خاصة في ظل تحسن المستوى المادي للمرأة عامة، ناهيك عن أن المشرع لم يفرض عليها أي تعويض، بل على العكس؛ لقد أعفاها من ذكر الدوافع التي أدت بها إلى طلب الخلع، فيكفيها فقط أن تؤسس عريضتها على كونها لا تطيقه، ومن ثم يتم إبعادها عن دائرة التعسف مطلقا -والقاضي قد يقبل عريضتها حتى وبدون ذكر السبب-، مما يترتب عنه حرمان الزوج من إمكانية مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحقه، وكل ما ألزمها به المشرع هو مجرد تقديمها لبدل الخلع الذي حدد مسبقا، دون مراعاة

<sup>1</sup> - راضية بشير، محمود لنكار، مرجع سابق، ص. 346.

<sup>2</sup> - راضية بشير، محمود لنكار، المرجع السابق، ص. 346.

<sup>3</sup> - بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص. 211.

<sup>4</sup> - بن شويخ رشيد، المرجع نفسه، ص. 211.

اختلاف درجة تضرر كل زوج على حدة، وتقدير المبلغ في حال الاختلاف ألا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، وهذا عند عدم اتفاق الزوجين حوله<sup>1</sup>.

وتطبيقا لما سلف ذكره أمكن القول أن المشرع الجزائري لم يكن منصفاً في صياغته لنصوص التشريع؛ حيث أنه أقر للزوجة حقها في التعويض، وهذا عندما يتعسف الزوج في استعمال حق الطلاق، وفي مقابل ذلك لم يمنح ولم يقر للزوج حقه في التعويض حينما تتعسف الزوجة في استعمال حق الخلع، والذي بات بموجب تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 حقاً أصيلاً لها تمارسه حسب رغباتها وأهوائها، والأمر من ذلك كله أنها غير مقيدة بتدليل عريضتها بالأسباب الموجبة لطلب الخلع، ضف إلى أن تقييد بدل الخلع في حال الاختلاف فيه محدد بصداق المثل، وهذا ما يعبر عنه بأنه عين الإجحاف والتقصير في حق الزوج، لما ألمَّ به من ضرر نتيجة تعسف الزوجة في مخالفتها، فمن باب السياسة الشرعية كان على المشرع أن يترك تقدير بدل الخلع بحكم الضرر الذي ألمَّ بالزوج إلى السلطة التقديرية للقاضي<sup>2</sup>.

غير أنه بالرجوع إلى القضاء الجزائري نجد أن المحكمة العليا قد أقرت بحق الزوج في التعويض؛ وذلك من خلال إحدى قراراتها، ومنه القرار الصادر بتاريخ 30 جويلية 1996 الذي قضت فيه: "من المقرر قانوناً وشرعاً أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقداً رضائياً، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا -في قضية الحال- بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية، ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة، ومت كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه"<sup>3</sup>.

بالنسبة إلى المشرع المغربي كان منصفاً -نوعاً ما- على غرار المشرع الجزائري؛ إذا أقر بأنه في حال اتفاق الزوجين على الخلع واختلافهما حول بدله، فإن المحكمة تقوم بتقديره بعد تعذر الصلح، وتراعي في ذلك مبلغ الصداق فترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، وكذا الحالة المادية للزوجة، وهذا طبقاً لنص المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية؛ حيث يجتهد القاضي في البدء بمحاولة الصلح بينهما، ثم إن تعذر ذلك تقوم المحكمة بتقدير بدل الخلع، وتراعي في ذلك حال الزوجين، حتى لا يكون ذلك البديل سبباً لإثراء أحدهما على حساب الآخر<sup>4</sup>.

وتطبيقاً لذلك يكون المشرع قد عالج مسألة تعويض الزوج عن تعسف الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية من جهتين؛ فمن جهة اشترطت المادة 115 من مدونة الأسرة موافقة الزوج على الخلع -مشكلة تعسف الزوجة في طلب الخلع لا تطرح في هذه الحالة-، ومن جهة ثانية أجازت الفقرة الأخيرة من المادة 120 من نفس المدونة

<sup>1</sup> - راضية بشير، محمود لنكار، مرجع سابق، ص.346.

<sup>2</sup> - راضية بشير، محمود لنكار، المرجع السابق، ص.346.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1996/07/30، ملف رقم 1411262، ع.2، م.ق، لسنة 1998، ص.120.

<sup>4</sup> - راضية بشير، محمود لنكار، مرجع سابق، ص.346-347.

للزوجة اللجوء إلى مسطرة الشقاق إذا أصرت على الخلع ولم يستجب لها الزوج<sup>1</sup>، وبمقابل ذلك منحت للزوج حق طلب التعويض على أساس الفقرة الأولى من المادة 97 من نفس المدونة، والتي جاء فيها: "في حال تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83، 84، 85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر".

بالنسبة إلى المشرع التونسي، فإنه على غرار التشريعين السابقين -الجزائري والمغربي- اللذين أقرّا بمبدأ الخلع، إلا أن المشرع التونسي لم يقر ولم يعترف بمبدأ الخلع في فصول مجلة الأحوال الشخصية، لكنه ومع ذلك اعتبر أن حق المرأة في طلب الطلاق بإرادتها المنفردة وإن كان مشروعاً -فالطلاق في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية هو طلاق إنشاء- فإنه يبقى ذو طابع تعسفي لغياب سبب يستند عليه، وكذلك أقر بأحقية الطرف الآخر في طلب التعويض؛ حيث نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: "يقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه". يتضح من سياق الفصل أن المشرع التونسي كيف الطلاق على أنه طلاق إنشاء، أو الطلاق المزاجي كما يطلق عليه، على أنه طلاق تعسفي موجب للتعويض<sup>2</sup>.

وهو ما انتهجته محكمة الاستئناف بتونس في قرارها الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 1971، والذي جاء فيه: "أن طلب الحكم بإنشاء الطلاق طبقاً للفقرة الثانية من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية تتولد منه قرينة قانونية على أنه طلب تعسفي، وبالتالي فلا تكفي الإرادة، إلا أن هناك ظروفًا استثنائية حملت المستأنف على إبرام عقد الزواج لإثبات فقدان التعسف في المطالبة بالطلاق"<sup>3</sup>.

كما جاء في قرار صادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 30 أبريل 1975 على أنه: "لا يطالب القائم بالطلاق إنشاء بيان الأسباب التي دفعته إلى ذلك القيام، إذ له مطلق الحق في ذلك، غير أنه يتحمل نتائج قيامه التعسفي؛ وذلك بتعويض الضرر الحاصل للطرف المقابل"<sup>4</sup>، وهو ما أكدته في قرار آخر صادر عنها أيضاً، وذلك بتاريخ 16 أكتوبر لسنة 1976 والذي جاء فيه: "إن مجرد قيام أحد الزوجين بطلب الطلاق إنشاء يخول للطرف المقابل المطالبة بالغرم"<sup>5</sup>. وعليه، يتضح من سياق النص السابق، وما جاءت به القرارات القضائية أن المشرع وإن أطلق حرية الزوجة في الطلاق بإرادتها المنفردة، إلا أنه اعتبره طلاقاً تعسفياً لغياب سبب مبرر تستند عليه، وهو ما يبرر الحكم للزوج بتعويض لجر الضرر الذي أصابه وألم به.

<sup>1</sup> - خدام هجيرة، مرجع سابق، ص. 643.

<sup>2</sup> - خدام هجيرة، المرجع نفسه، ص. 645.

<sup>3</sup> - محكمة الاستئناف بتونس، بتاريخ 1971/11/15. مقتبس عن خدام هجيرة، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>4</sup> - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، بتاريخ 1975/04/30، ع. 11786، لسنة 1975، ج. 2، ص. 20.

<sup>5</sup> - محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، بتاريخ 1976/10/16، ع. 630. مقتبس عن خدام هجيرة، المرجع السابق، ص. 645-646.

بالرجوع إلى المشرع المصري، نجد أنه نص في المادة 20 من القانون رقم (01) لسنة 2000 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية على أنه: "للزوجين إن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه، وافتدت نفسها، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه. ولا تحكم المحكمة بالتطليق بالخلع إلا بعد محاولة الإصلاح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاته مساعي الصلح بين الزوجين، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين في الفقرة الثانية من المادة 18 والفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم، ويقع الخلع في جميع الأحوال طلاقاً بائناً. ويكون الحكم -في جميع الأحوال- غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن". من سياق النص يتضح أن المشرع لم ينص على بدل الخلع في نص المادة، ولا على التعويض الذي يصيب الزوج في حال ما إذا تعسفت الزوجة في طلب الخلع مدعية أنها تكرهه وتبغض العيش معه، وهذا سببٌ نفسي لا يمكن إثباته من قبل الزوج.

وتطبيقاً لذلك لا يكون للزوجة إلا أن تتنازل عن جميع حقوقها المالية مقابل فك الرابطة الزوجية بطريق الخلع، وهذا من أسهل ما يمنح للزوجة، خاصة في ظل تطور المجتمعات؛ حيث صارت المرأة العاملة تستطيع تدبير شؤونها بنفسها، دون حاجة إلى ما سيقدمه لها زوج من مستحقات بعد الطلاق، خاصة إذا وجدت الزوجة بديلاً تتزوج به فتصير بمنأى عن تلك المستحقات التي يدفعها لها، فما عليها إلا تبرير سبب الخلع لتهدم ذلك الكيان الأسري. ضف إلى ذلك أن المشرع المصري بالرغم من أنه جعل الخلع طلاقاً رضائياً، إلا أن الزوجة إذا أصرت على الخلع، وقبلت التنازل عن جميع مستحقاتها المالية فإن القاضي سيقبل طلبها في المخالعة ويتم التفريق بينهما. أما المشرع الأردني في المادة 102 من قانون الأحوال الشخصية، والمشرع العراقي في المادة 46 من قانون الأحوال الشخصية أيضاً، فقد جعلوا الخلع طلاقاً رضائياً، يوقعه الزوج مقابل بدل تدفعه الزوجة له، وبذلك لا يمكن بأي حال تصور تعسف من قبل الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع، خاصة وأن طلبها للخلع لا يتم ما لم يوافق الزوج على الخلع وعلى البدل؛ لأن الخلع رخصة موقوفة على إجازة الزوج وفقاً لهذين القانونين، وما يمكن تصوره في هذه الحالة تعسف الزوج في مغالته في طلب البدل مقابل أن تتحرر منه، وربما يكرهها على ذلك بكل الطرق حتى تنساق إلى المطالبة بالخلع ودفع النفيس من أجل فك رابطة الزوجة التي صارت في نظرها أشبه بالجحيم.

وعليه، نستنتج من خلال ما سلف ذكره أن الزوجة إذا استعملت حق فك الرابطة الزوجية سواء بطريق التطليق أو بطريق الخلع، وكان استعمالها لهذا الحق مشوباً بالإضرار بالزوج، أو كانت غايتها من استعمال هذين الحقين هو الإضرار بالزوج، فيكون قصدها انصرف عن الغاية الشرعية، تكون قد تعسفت في استعمال حق فك

الرابطه الزوجية؛ لأنها بتصرفها هذا، وبانحرافها عن الغاية الشرعية التي شرع لأجلها هاتين الوسيلتين تكون مناقضة لقصد الشارع، والمناقضة تعسف.

ضف إلى ذلك أن استعمال الحقوق في إطار العلاقة الزوجية تختلف شرعيته باختلاف قصد الزوجين في استعماله؛ ففي تعنت الزوج عن الإعسار بالنفقة مع قدرته يكون متعسفا في استعمال حق القوامه كما سبق وأنا بينا<sup>1</sup>، وبإصرار الزوجه على طلب التطليق بسبب إعسار الزوج على النفقة لعدم قدرته على الإنفاق، وكانت عاملة بذلك قبل الزواج، تكون متعسفة في استعمال حق طلب التطليق لذلك، ضف إلى ذلك أن الزوجه تعتبر متعسفة في استعمال حق طلب التطليق لعيوب الزوج وكانت تلك العيوب لا تحول دون تحقيق أغراض الزواج، أو كانت أمراضاً عرضية مثل السكري وأمراض القلب والضغط الدموي، وحتى العمى والعرج؛ لأن مثل هذه العيوب لا تخل بمقاصد الزواج، ولا تعتبر من قبيل الأضرار التي تلحق الزوجه، وإنما تعتبر من قبيل الأضرار التي تصيب الزوج بسبب تعنت الزوجه في طلب التطليق، وإهماله وتركه في وقت كان بأمس الحاجة إليها من أي وقت مضى، وربما كان في سابقه يحسن معاملتها وعشرتها.

وبالإضافة إلى الصور السابقة الخاصة بتعسف الزوجه في فك الرابطه الزوجية بطريق التطليق والخلع، يتخذ تعسف الزوجه في فك الرابطه الزوجية صورة أخرى أيضا تعرف بطلاق المملك أو طلاق التفويض، ويكون ذلك بتفويض الزوج الزوجه طلاق نفسها أو تملكها العصمة حين انعقاد الزواج. فكما رأينا أنّ الزوج حينما يوقع الطلاق دون سبب أو لسبب غير مشروع يكون متعسفا، وهو ما يعبر عنه بالطلاق التعسفي، فالزوجه لما يفوض لها أمر طلاق نفسها، وأن تختار بين البقاء في عصمة الزوج أو حل عقدة الزواج، فإذا اختارت هاته الأخيرة دون مبرر أو سبب مشروع<sup>2</sup>، تكون متعسفة في استعمال حق الطلاق الذي فوضه لها الزوج؛ وذلك لأن الزوجه في هذه الحالة تكون قد أوقعت الطلاق بمحض إرادتها، وألحقت ضرراً بزوجهها وبأولادها، وتطبيقا لذلك تكون قد انحرفت عن الغاية الشرعية التي شرع لأجلها هذا الحق، وتكون قد ناقضت قصد الشارع من تشريع هذا الحق السالف ذكره، والمناقضة تعسف، ومن الأضرار التي تلحقها الزوجه بزوجهها؛ كأن توقع الطلاق في مرض موتها غاية في أمرها أن تحرمه من الميراث، أو أن توقع الطلاق بدافع الكراهية والانتقام من الزوج وأهله، أو لأنه لم يسمح لها بالعمل، أو لكبر سنه وصغر سنها، أو لغير ذلك من الأسباب غير المشروعة، وفي هذا تكون متعسفة في استعمال طلاق التفويض<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - انظر. الصفحة 182 وما يليها من الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة.

<sup>2</sup> - اختلف الفقهاء في حكم تطليق الزوجه نفسها بموجب التفويض إذا كان من غير سبب شرعي، وهذا من خلال قولين؛ حيث ذهب الظاهرية إلى القول بعدم وقوع الطلاق بموجب التفويض، في حين ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن من طلقت نفسها بموجب التفويض، فطلاقها واقع مع الخلاف بينهم في نوع الطلاق الذي يقع. انظر. جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.ص. 265-266.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص. 263.

في هذا الصدد يقول عبد الفتاح عايش: "ولا يعني أن الزوج ملكها الطلاق أو فوضه إليها، أن توقعه دون سبب مشروع ولو ألحق ذلك الضرر بالزوج المفوض، أو بالأسرة كاملة، فإن نتيجة الطلاق واحدة، سواء وقع من الزوج أو من الزوجة المفوضة، وهذا يختلف عن إيقاع الفرقة بين الزوجين من قبل القاضي؛ لأنها لا تكون إلا بسبب مشروع، يثبت لدى القاضي فيحكم بالتفريق، ولا يكون أحد من الزوجين في هذه الحالة متعسفا، وإنما مدار التعسف على التصرف بالإرادة المنفردة بالطلاق، سواء بإرادة الزوج أو بإرادة الزوجة المفوضة بالطلاق"<sup>1</sup>.

وعليه، فإن من طلقت نفسها بموجب التفويض من غير مسوغ شرعي، ودون مبرر أو حاجة تدعو لذلك، فإن طلاقها يقع، إلا أنها تؤثم على فعلتها لمناقضتها مقصد الشارع من تشريع الطلاق، وإلحاقها الضرر بالآخرين، حيث أدت إلى مآل ممنوع شرعا<sup>2</sup>.

وعليه، وتطبيقا لما سلف ذكره، فإن تعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية يتخذ صورة التطبيق بغير سبب وجيه، وكذا الخلع لأتفه الأسباب أو لسبب غير مشروع، أو بقصد حرمان الزوج من الميراث، كما يتخذ أيضا صورة أخرى تتمثل في إيقاع الزوجة الطلاق من خلال التفويض الذي منحه لها زوجها، غير أن هذه الأفعال أو هاته الصورة حتى تضبط الفعل التعسفي فيها، لا بد من إثباتها من خلال معايير تعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية.

## المطلب الثاني

### معايير تعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية

سبق وأن ذكرنا أن الحقوق المخولة للزوجة فك الرابطة الزوجية تتمثل في التطبيق من خلال إثبات أحد أسبابه الموجبة لذلك، وكذا من خلال الخلع دون حاجة إلى مبرر طلب الخلع من طرف الزوجة، وكذا من خلال صورة أخرى أيضا تتمثل في تملك الزوجة طلاقها نفسها؛ وذلك من خلال تفويض الزوج لها ذلك، غير أن الزوجة - كما سبق وأن بينا - قد تنحرف في استعمال هذه الحقوق على نحو يضر بالزوج والأولاد، فتسيء بذلك استعمال حق فك الرابطة الزوجية بجميع صورها السابقة. يمكن أن تضبط من خلال هاته الدراسة الفعل التعسفي للزوجة في فك الرابطة الزوجية بمختلف صورته من خلال المعايير الذاتية (الشخصية) (الفرع الأول)، وكذا المعايير الموضوعية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### المعايير الذاتية لتعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية

حتى يتم إثبات الفعل التعسفي للزوجة في فك الرابطة الزوجية بالتطبيق، أو بواسطة الخلع، أو بتفويضها طلاق نفسها، لا بد من تبيان ذلك من خلال قصد الزوجة في الإضرار بزوجها، وهذا من خلال معيار قصد

<sup>1</sup> - عبد الفتاح عايش، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 174.

<sup>2</sup> - جميل فخري محمد جاتم، مرجع سابق، ص 266.

الإضرار (أولاً)، وكذا غايتها غير الشرعية في استعمال حق فك الرابطة الزوجية بجميع صورته، وهذا من خلال معيار المصلحة غير الشرعية (ثانياً).

### أولاً: معيار قصد الإضرار

يتجسد معيار قصد الإضرار من خلال طلب الزوجة التفريق للإعسار، قد يكون طلبها ذلك راجع إلى أمر خفي غير أنها تتذرع بعجز الزوج عن الإنفاق، خصوصاً إذا وجدت قرائن تدل على ذلك؛ كأن تكون الزوجة محترفة ويأتيها راتبها أو كانت ميسورة الحال، وتقدر على التكفل بنفسها إلى حين يسار الزوج، فإن طلبها التفريق مع قدرتها على رعاية نفسها وبنيتها فيه قصد الإضرار بالزوج، وذلك بإيقاع مصيبتين؛ مصيبة الإعسار وسوء الحال لضيق اليد، ومصيبة ترك زوجته له في وقت احتاج إليها فيه<sup>1</sup>.

كما يتجسد معيار قصد الإضرار إذا طلبت الزوجة التطلق مع إعسار الزوج وعدم قدرته على الإنفاق لعجز بدني أو لأي سبب آخر، خاصة إذا كان الزوج ينفق قبل عجزه ويوفر كل ظروف الحياة المناسبة، فإنها بذلك تكون متعسفة في استعمال حق التطلق؛ لأنها تقصد الإضرار بالزوج من وراء طلبها التطلق، والشريعة الإسلامية نَهت عن الإضرار لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>.

ضف إلى ذلك إذا كان الإعسار قائماً في تاريخ العقد، وكانت الزوجة على علم بإعسار زوجها وقت إبرام العقد ومع ذلك رضيت به كزوج، فإنها في هذه الحالة لا يمكنها أن تتظلم، وتكون غير محقة ومتعسفة في حال ما إذا طالبت بالتطلق على أساسها؛ لأنّ نيتها كانت من قبل مسبقاً في إلحاق الضرر بالزوج عمداً، وهنا يكون قد تحقق أحد شروط هذا المعيار، كذلك أن الزوجة بطلبها التطلق وعدم صبرها على زوجها المعسر مع علمها مسبقاً بإعساره، تكون قد خيرت وسيلة أضر من غيرها إزاء استعمالها لحقها.

وكذلك يتجسد معيار قصد الإضرار في طلب الزوجة التفريق بسبب عيوب الزوج غير المانعة للمعاشرة الزوجية؛ مثل أمراض العصر كالسكري، وضغط الدم، وأمراض القلب، وحتى السرطان، حيث يكون الزوج في هاته الفترة الحرجة في أمس الحاجة إلى زوجته، خاصة إذا كانت هذه العلة غير المانعة للعشرة قد طرأت عليه بعد الزواج، فبتعنتها في فك الرابطة الزوجية بطريق التطلق متخذة العيوب ذريعة في طلب ذلك، تكون قد قصدت الإضرار بالزوج.

كما يمكن تطبيق معيار قصد الإضرار في استعمال الزوج الخلع لأنفه الأسباب أو لغير سبب، وهذا بغرض الانتقام من الزوج، أو طلبها للخلع في مرض موتها لغاية في نفسها؛ تتمثل في مرض موتها، وهذا بقصد الإضرار به بجرمانه من الميراث.

ويتجسد قصد الإضرار أيضاً في قيام الزوجة بتطبيق نفسها بموجب التفويض بقصد الإضرار، وهذا يعد تعسفاً في استعمال الحق؛ كأن تطلق نفسها بدافع الانتقام والكراهية، أو توقع الطلاق على نفسها في مرض موتها

<sup>1</sup> - غير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 133.

<sup>2</sup> - سبق تحريجه.

بقصد حرمان زوجها من الميراث، وقد توقع الطلاق على نفسها دون مسوغ ولغير حاجة؛ بحيث لا توجد أي منفعة أو مصلحة تحققها الزوجة من إيقاع الطلاق، وقد يكون إيقاع الطلاق لتحقيق مصلحة تافهة لا يعتد بها في الأمور العادية سببا للطلاق، ولا تتناسب البتة مع ما يترتب عنها من مفاسد وأضرار؛ وذلك كأن تطلق نفسها لرغبتها في العمل أو إكمال الدراسة، فكل ذلك يعتبر قرينة دالة على قصد الإضرار بالزوج والأسرة، والضرر ممنوع، ودفعه مطلوب، ورفع واجب<sup>1</sup>، عملا بقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>.

### ثانيا: معيار المصلحة غير الشرعية

ويطبق معيار المصلحة غير الشرعية في مطالبة الزوجة بالتطليق بسبب إفسار الزوجة، مع علمها مسبقا بعسر زوجها، فقط من أجل أن تحلل لزوجها الأول مثلا الذي طلقها بينونة كبرى، أو أن تطلب التطليق بسبب عدم الإنفاق لعدم قدرة الزوج على ذلك، وهذا بقصد أن تحبس المحكمة نتيجة لذلك كما في القانون الجزائري، أو ترغمه على الإنفاق، فتدفعه للاستدانة فوق طاقته وقدرته. كما يمكن إعمال المصلحة غير المشروعة في طلب الزوجة التطليق لعيوب الزوج غير المانعة من المعاشرة، وهذا بهدف أن تجهر بعيوبه حتى لا يتسنى له الزواج مرة أخرى، وينفر منه الناس، كأن تدّعي أنه غير قادر على ممارسة العلاقة لضعفه الجنسي، فقط لغاية الانتقام والتشهير به.

كما يتجسد معيار المصلحة غير المشروعة في مطالبة الزوجة بالخلع في مرض موتها بهدف حرمان زوجها من ميراثها، أو أن تطلب الخلع من أجل أن تحتفظ بقيمة الصداق المرتفع الذي أصدقها إياه، فلا تكون مجبرة على أدائه كله له كعوض للخلع في حال الاختلاف فيه؛ لأن القاضي مقيد بمهر المثل كبديل للخلع.

ويعمل معيار المصلحة غير الشرعية في الطلاق المفوض للزوجة، فالحكمة من مشروعية الطلاق هو إيجاد حل حاسم للخلافات المستعصية بين الزوجين، والنزاعات الدائمة بينهما، والتي تعذر علاجها، واكتوى بناها كل من الزوج والزوجة والأبناء، وأدت إلى عدم إقامة حدود الله سبحانه، مما يترتب عن بقائها مفاسد جمّة وأضرار عظيمة، فلكل ذلك كان مقصد الشارع من تشريع الطلاق، فإذا ما وقعت الزوجة المفوضة الطلاق على نفسها لغير هذا المقصد، فإنها تكون قد أوقعته لمصلحة غير مشروعة، وناقضت به مقصد الشارع من تشريع الطلاق، ضف إلى ذلك أنها تسعى بذلك إلى نقض مصلحة حفظ النسل والعرض، والتي من أجلها شرع الزواج، وهذا ممنوع وغير جائز لمنقضته مقصد الشارع من تشريع الزواج، ولذلك فإنها تعد متعسفة في استعمال هذا الحق بموجب التفويض<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص. 267.

<sup>2</sup> - سبق تحريجه.

<sup>3</sup> - جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص. 267-268.



## الفرع الثاني

### المعايير الموضوعية لتعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية

بالإضافة إلى المعايير الذاتية التي تم من خلالها إثبات الفعل التعسفي للزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية، سواء بالتطليق، أو بطريق الخلع، أو من خلال الطلاق المفوض لها، يمكن أيضا ضبط الفعل التعسفي للزوجة من خلال معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة (أولا)، وكذا معيار الضرر الفاحش (ثانيا).

#### أولا: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

يتجسد معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة في أن الزوجة إن عجز زوجها عن توفير متطلباتها الأساسية، وأعسر بنفقتها، تكون في موضع صعب، وعاشت من خلال تلك الفترة في ضنك وكبد، إلا أنّ تلك الفترة مؤقتة باليسار، وفي المقابل فإن المرأة إن طلبت التفريق للإعسار وتركت زوجها، فقد ألحقت بنفسها وبزوجها وبينها ضررا أكبر، يفوق الضرر اللاحق بها إن تحملت إعساره، ومن مبدأ الموازنة يدفع أعظم الضررين بتحمل أيسرهما، فلا يقال بالتفريق، وإنما تصبر المرأة وتبحث عن مصادر للرزق لها ولعائلتها؛ وذلك بأن تعمل وتكتسب إن كانت مؤهلة لذلك، أو تستدين ممن يلي أمرها (أبوها أو أخوها)، وتؤدي إليهم عند اليسار، ويجبر الزوج على التمسك وتوفير حاجيات أسرته، وفي ذلك دفع لأعظم الضررين بتحمل أيسرهما.

ضف إلى ذلك أن مطالبة الزوجة بالتطليق لإعسار الزوج عن النفقة تكون قد ألحقت مفساد عظيمة مقارنة بالمنفعة التي تبتغي تحصيلها، فتكون قد أضرت بزوجها وتركته مع حاجته إليها في حال عسره، وهذا تصرف مناقض لأصل المعاشرة بالمعروف ومواصلة الحياة بما فيها من سرور وضيء، وتكون قد أضرت أيضا بينها بأن حكمت عليهم بتركها لهم أو تركها والدهم، وفي ذلك تشتيت للأسرة وتفكك له آثار خطيرة، ضف إلى زيادة نسبة التطليق في المجتمعات العربية لسبب يمكن علاجه، خاصة وأن الشرع يحصل الأصلح بتفويت الصالح، ويدراً الأفسد بارتكاب الفاسد<sup>1</sup>.

ويمكن إعمال معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة أيضا من خلال مطالبة الزوجة بالخلع لسبب تافه أو لسبب غير مشروع، فقط من أجل أن تحصل على حريتها وتحفظ ببقية الصداق المرتفع الذي أصدقها إياه، فهنا الضرر الذي يحصل للزوج والأولاد نتيجة تفكك الأسرة، وللمجتمع نتيجة تزايد حالات الطلاق بواسطة الخلع، وما ينتج عن ذلك من آفات، أكبر مفسدة من المصلحة التي ترمي الزوجة الحصول عليها؛ والمتمثلة في حريتها، أو قصد الاحتفاظ ببقية الصداق الذي دفعت أقله.

كما يتجسد معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة كذلك من خلال قيام الزوجة بتطليق نفسها بناء على أسباب تعتقد بأنها مبررات ودوافع للتطليق، ولتحقيق مصلحة لها، ولكن تحقيق هذه المصلحة يلحق الضرر بالغير، وبالمقارنة بين ما ينتج عن تطليقها لنفسها من مصالح، وبين ما ينتج عنه من مفساد وأضرار تلحق

<sup>1</sup> - عبير ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.133.

بالآخرين، نجد أن المفسد والأضرار الناجمة عن الطلاق أشد ضرراً، وأعظم خطراً من المصلحة المراد تحقيقها بالطلاق، ودفع الضرر أولى من جلب المصلحة، عملاً بالقاعدة الفقهية "درء المفسد أولى من جلب المنافع"<sup>1</sup>. وبناء على ذلك تكون الزوجة متعسفة في استعمال هذا الحق بموجب التفويض، لما فيه من مفسد ومضار أشد وقعا وخطراً من المصلحة المراد تحقيقها<sup>2</sup>.

### ثانياً: معيار الضرر الفاحش

يتجسد معيار الضرر الفاحش من خلال مطالبة الزوجة بالتطليق وتعتنتها في ذلك بسبب إعاقة الزوجة بالنفقة، التي لا يقدر على أدائها لعسره أو لضعف أو عجز بدني أصابه، خاصة إذا كانت عالمة بإعساره قبل الزواج ووافقت على ذلك، ثم بادرت بإنهاء الرابطة الزوجية لذلك السبب، فهذا ضرر فاحش يصيب الزوج والأولاد بسبب تفكك الأسرة.

كما يتجسد معيار الضرر الفاحش من خلال مطالبة الزوجة بالخلع لسبب تافه أو غير مشروع، مع رغبة الزوج في إبقاء العلاقة الزوجية خوفاً على أبنائه، وكذلك يعتبر ضرراً فاحشاً يصيبه حينما تسعى إلى مخالفته في مرض موتها قصد حرمانه من الميراث، أو في مرض موته من أجل أن لا تتكفل به وبمرضه وجميع مستلزماته، فتتركه في وقت يكون في أمس الحاجة إليها، فيعتبر من قبيل الضرر الفاحش الذي يصيب الزوج وحتى الأبناء، كما يعتبر ضرراً فاحشاً بالنسبة للمجتمع بتزايد حالات الطلاق بواسطة الخلع، وكثرة الأمهات العازبات، واستفحال العديد من الظواهر والآفات.

ويمكن إعمال معيار الضرر الفاحش من خلال قيام الزوجة بتطليق نفسها بعد مضي فترة طويلة من العيش معاً، وقد تقدم العمر بزوجها وصار شيخاً، وألمَّ به المرض في كل مكان في جسده، وكثرت همومه، من غير سبب ودون حاجة داعية إليه، فيه ضرر فاحش يلحق بالزوج؛ وذلك لأن الزوج في هذه الحالة يكون في أمس الحاجة إلى من تقوم على خدمته ورعايته، وتخفيف آلام مرضه، وتبعد عنه الوحدة والفراق، وتؤنس وحشته حال حياته، وتكون عليه مشاق الحياة وهمومها؛ فإذا ما أوقعت الطلاق على نفسها وهو في هذه الحالة، تكون قد أضرت به ضرراً فاحشاً، وتركته في مهبط الرياح، وتركته في الهاوية. وبناء على ذلك تكون متعسفة في استعمال هذا الحق، ويجب أن لا يؤخذ بيدها لفعله، ومنعها من إيقاعه<sup>3</sup>.

وكخلاصة لما سلف ذكره، فإن الطلاق يعتبر حقاً للزوج في إيقاعه، وحقاً للزوجة في أن تطلبه من القاضي فيوقعه لها، غير أن هذا الحق المتمثل في فك الرابطة الزوجية في أصله الحظر وليس الإباحة؛ فالشارع الحكيم شرعه لغاية شرعية تمثلت في الخوف من عدم إقامة حدود الله، وكذا الضرر الذي يلحق الزوج أو الزوجة، أو عدم قدرة الزوج على تكملة الحياة مع الزوجة... وما إلى ذلك من الغايات الشرعية، فلذلك كان لا بد أن لا ينصرف قصد

<sup>1</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص.205.

<sup>2</sup> - جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.268.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص.268.

الزوجين من استعمال حق فك الرابطة الزوجية عن المقصد الشرعي الذي وجد لأجله؛ لأن الانحراف عن ذلك المقصد يعد انحرافاً عن الغاية الشرعية، ومناقضة لقصد الشارع، والمناقضة تعسف، خاصة وأن الأولاد هم أكثر المتضررين من فك الرابطة الزوجية، سواء من طرف الزوج أو الزوجة، ولذلك على الزوجين أن يأخذوا في الاعتبار أولادهم ومآلهم بعد انحلال الزواج، وهذا قبل المبادرة في استعمال ذلك الحق وإيقاعه، مع أنه أبغض الحلال عند الله.

ما تجدر الإشارة إليه أن فك الرابطة الزوجية -خاصة في الوقت الحالي- وأخص بالذكر في المجتمع الجزائري، الذي لو بحثنا في أسباب الطلاق والخلع وحتى التطليق، لوجدناها راجعة إلى أهل الزوج -في الغالب- وأهل الزوجة أيضاً ولكن بنسبة قليلة، ما يؤكد ذلك القرارات القضائية التي تسببها الزوجة أو يسببها الزوج تكون تحمل هذا الوجه. ولكن غاية الزوجين قد لا تصل إلى هذا الحد من الإساءة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية، وإيذاء بعضهما وكأنهما في حرب سجل ضحاياها الأبناء، فقد ينصرف هذا التعسف ليحدث أثره أيضاً حتى بالنسبة لآثار فك الرابطة الزوجية من رجعة وحضانة.

## الفصل الثاني

### أثر التعسف في استعمال الحق على آثار انحلال الزواج

شرع الله سبحانه الطلاق بمختلف صورته، كحقوق يستعمل في الحدود التي شرع لأجلها، كما بين أحكامه والآثار التي تترتب عنه، من بين أهمها الرجعة والحضانة - والتي هي موضوع دراستنا-، وهذه الحقوق ابتغى الله سبحانه من ورائها تحقيق مقاصد شرعية، من خلال الإصلاح بين الزوجين، وتدارك زلة الطلاق، واستئناف حياة زوجية ملؤها المودة والرحمة، ويكون ذلك من خلال الرجعة، وكذا رعاية الولد، وحفظ حقوقه ورعايته باتفاق الزوجين على مسألة الحضانة، وتسهيل الأمر للزوج الآخر لزيارته واستزارته كلما سنحت الفرصة بذلك، فتكون تلك المؤسسة الشرعية - حتى وبعد انتهائها- لا زالت تحفظ ماء المودة والرحمة بينهما، وقد كفلت التشريعات العربية - ومن بينها المشرع الجزائري- تنظيم مسألة الحضانة والحقوق المترتبة عنها بنصوص صريحة تبين من خلالها كل مطلق حقه في ولده.

غير أن هاته الحقوق - بالرغم من تنظيمها ومعرفة القصد الذي شرعت لأجله- قد يتعسف الزوجان في استعمالها على نحو يضر كل واحد منهما بصاحبه، ويلحق ضرر متعمد للأبناء والمجتمع بصفة عامة، هذا ما سنحاول تسليط الضوء عليه من خلال ما هو آت من الدراسة؛ فسنبين التعسف في استعمال حق الرجعة من خلال تبيان حكم التعسف في استعمال هذا الحق، وكذا صور التعسف في استعماله، ونختتم بضبط الفعل التعسفي للرجعة بتطبيق معايير التعسف في استعمال الحق عليه (المبحث الأول)، ثم نخرج بعد ذلك على تبيان التعسف في استعمال حق الحضانة من خلال إبراز حكم التعسف في استعماله أيضا، وتعدد صور التعسف في استعمال حق الحضانة، ونختتم هذه الدراسة بمعايير التعسف في استعمال حق الحضانة، وهذا من أجل أن نثبت الفعل التعسفي لهذا الحق (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### التعسف في استعمال حق الرجعة

يعتبر حق الرجعة<sup>1</sup> أثرا من آثار الطلاق، وتكون جائزة إذا كانت من طلاق رجعي<sup>2</sup>؛ أي الطلاق الذي لا يزيل الملك ولا يرفع الحل؛ أي أن تبقى المطلقة رجعية غير محرمة عليه، وهذا هو المقصود ببقاء الحل، وأن يملك

<sup>1</sup> - تعرف الرجعة لغة: الرجعة مشتقة من الفعل رجع، والرجعة: المرة من الرجوع، يرجع رجعا، ورجوعا، ورجعي: أي انصرف، والرجوع العود إلى ما كان فيه البدء، وارتجع المرأة وراجعها، مراجعة، ورجاعا: أي رجوعها إلى نفسه بعد الطلاق. ابن منظور، لسان العرب، ج.8، مرجع سابق، ص.114. الزبيدي، تاج العروس، ج.5، مرجع سابق، ص.348.

وفي الاصطلاح الشرعي اختلف فقهاء المذاهب السنية في تعريفهم للرجعة، وكانت تعريفاتهم تدرج عموما في أمثا: "عود المطلق إلى مطلقة طلاقا رجعيا ما دامت في عدتها دون مهر ولا عقد حديد، ولا يشترط رضاها في ذلك". انظر. عبيد ربحي شاكر القادومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.266-267. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص.432.

<sup>2</sup> - يفرق الفقهاء بين مصطلحي الرجعة والمراجعة؛ فالرجعة والارتجاع تكون من طلاق رجعي، والمراجعة تكون من طلاق بائن، وتكون مبنية على ولي وصدوق وشهود، وقبل ذلك إيجاب من الزوج وقبول الزوجة؛ أي مبنية على تعاقد جديد قد تسبقه خطبة وقد لا تسبقه، وهو ما أكدته العلامة محمد

الزوج من الحقوق على زوجته المطلقة رجعيًا ما كان قبل الطلاق من الطاعة، والقرار في البيت، وأن الزوجة تملك على زوجها من الحقوق ما كانت تملكه قبل أن يطلقها، فلها عليه النفقة والسكنى.

من سياق ما سلف ذكره، فإن الرجعة تعتبر من حقوق الزوج التي شرعها الله - سبحانه وتعالى - لتحقيق مقاصد شرعية؛ من بينها تمكين الزوج من مراجعة قراره بالطلاق واستدراك الخطأ الذي وقع فيه، وكذا فرصة للزوجة لتردد وتراجع نفسها وتمثل طاعة زوجها - وربما لحكمة أخرى أرادها الله سبحانه لا يعلمها إلا هو - فسمح لهم الشارع الحكيم بإعادة استئناف الحياة الزوجية من جديد؛ وذلك بإعادة الزوج مطلقة إلى عصمته من جديد ولكن بشروط، اتفق الفقهاء على توفرها حتى يملك الزوج بتحقيقها الرجعة على مطلقة؛ حيث يتمثل الشرط الأول في أن يكون الطلاق من عقد نكاح صحيح، ودون بدل كما في المخالعة، وكذا أن يكون الطلاق غير بائن؛ بمعنى أن يكون بعد الطلقة الأولى والثانية، وأن تكون المطلقة مدخولاً بها؛ وأن تقع الرجعة في فترة العدة، وذلك لانقطاع العلائق بينهما بعدها. الجدير بالذكر أن الرجعة إما أن تكون من طلاق رجعي - كما سلف الذكر - وإما أن تكون من طلاق بائن في حال ما إذا انقضت عدتها، وفي هذه الحالة يحتاج إلى إعادة إنشاء عقد زواج من جديد، وإذن المرأة ورضاها، وبذل صداق لها، وعقد وليها عند الجمهور خلافاً للحنفية<sup>1</sup>.

وما يجب التنويه إليه أن الرجعة تثبت للزوجة كحق لها مادامت في العدة، سواء رضيت بذلك أم لم ترض، مصداقاً لقوله تعالى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾<sup>2</sup>. وحق الرجعة أثبتته الشارع الحكيم ثم التشريع الوضعي للزوج، لا يقبل الإسقاط ولا التنازل عنه؛ وذلك لأن الإسقاط أو التنازل عنه يعد تغييراً لما شرعه الله، ولا يملك أحد أن يغير ما شرعه الله، والله - سبحانه وتعالى - رتب حق الرجعة على الطلاق الرجعي<sup>3</sup>، بدليل قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>4</sup>. وبما أن الرجعة هي حق خالص للزوج يستقل به الأول بحسب الأصل شرعاً، إلا أن هذا الحق مقيد بضوابط شرعية وقانونية على الزوج أن لا يجرد عنها حين استعماله له؛ لأنه إذا حاد عن القصد الشرعي المتمثل في الإصلاح وجبر ما كسر وقصد من الرجعة الإضرار، يكون متعسفاً في استعمال حق الرجعة، ناهيك عن أن الزوجة قد تتعسف في الرجعة كذلك، فتغير

عليش بقوله: "... ويفهم منه أنّ عود البائن للعصمة بتجديد عقد لا يسمى رجعة... بل يسمى مراجعة لتوقف ذلك على رضا الزوجين؛ لأن المفاعلة تقتضي الحصول من الجانبين...". انظر. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.3، مرجع سابق، ص.327. ومحمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.309.

<sup>1</sup> - عيبر ربحي شاعر القدومي، مرجع سابق، ص.267-268. السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.278. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص.502.

<sup>2</sup> - الآية 228 من سورة البقرة.

<sup>3</sup> - فمعنى الإسقاط أو التنازل؛ فلو قال الزوج طلقتك ولا رجعة لي عليك أو سقط حقي في الرجعة، فإن حقه في الرجعة لا يسقط؛ ذلك لأن الرجعة من الناحية الشرعية تتصل بتصميم النظام العام؛ أي لا يمكن مطلقاً الاتفاق على إسقاطها، أو التعديل في أحكامها لاتصالها بحق الله لا بحق العبد. انظر. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص.502-503. ومحمد الكشور، الواضح في شرح

مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.309.

<sup>4</sup> - 229 من سورة البقرة.

حقيقة ما هو في الأصل بنية الإضرار بالزوج والانتقام منه. سنتناوله بالدراسة في هذا الصدد: حكم التعسف في استعمال حق الرجعة، ونبين بعد ذلك صور التعسف في استعمال حق الرجعة، ويكون ذلك مع تبيان -أيضا- موقف كل من الفقه الإسلامي، والتشريع الجزائري، وكذا التشريعات العربية من ذلك (المطلب الأول)، وبعد ذلك نرجع على معايير التعسف في استعمال حق الرجعة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### حكم التعسف في استعمال حق الرجعة وبيان صورته

الرجعة هي حق للزوج شرعه الشارع الحكيم ثم التشريعات الوضعية؛ بقصد الإصلاح وإعادة الحياة الزوجية إلى مجراها الشرعي حفاظا على استقرار الأسرة، وسلامة المجتمع من الآفات، غير أن هذا الحق الذي شرع لغاية إصلاحية قد يستعمل على غير ما شرع لأصله، فيتعسف أحد الطرفين -الزوج أو الزوجة في استعماله- ونتيجة لذلك يترتب عن إساءة استعمال هذا الحق ضرر، وهذا الأخير إما أن يلحق أحد أطراف العلاقة الزوجية وإما أن يصيب الأبناء. وعلى هذا قبل أن نتطرق إلى أوجه صور التعسف في استعمال حق الرجعة، لا بد لنا في البدء من التعرّيج على حكم التعسف في استعمال حق الرجعة، وذلك من خلال إبراز موقف كل من الفقه الإسلامي، وكذا التشريع الجزائري، والتشريعات العربية من ذلك (الفرع الأول)، وبعدها نعدد أوجه صور التعسف في استعمال حق الرجعة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### حكم التعسف في استعمال حق الرجعة

سنتطرق في هذا الصدد إلى موقف الفقه الإسلامي من التعسف في استعمال حق الرجعة (أولا)، وبعد ذلك نتعرض إلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من ذلك (ثانيا).

#### أولا: موقف الفقه الإسلامي من التعسف في استعمال حق الرجعة

أجمع جمهور الفقهاء على أن الزوج إذا طلق زوجته طلاقا رجعيا، فإنه يملك رجعتها بلا مهر ولا عقد جديدين، ولا يشترط رضاها، ولا رضا وليها ما دامت في العدة، والأصل أن الزوج هو من يملك إرجاعها ابتداء، وهذا بدليل قوله تعالى ﴿وَيُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾<sup>1</sup>، ولكن بشرط أن يكون الزوج قد دخل بها، كما لا خلاف بين الفقهاء في أن المطلقة طلاقا رجعيا ترث زوجها إن مات وهي في العدة، ويرثها الزوج إن ماتت هي في أثناء عدتها، وسواء في ذلك كان الطلاق برضاها أو بغير رضاها، وسواء كان الطلاق في حال الصحة أم في حال مرض الموت، كما يحرم على الزوج في تلك الفترة أن يتزوج من أختها أو عمتها -بصفة عامة المحارم التي حرمت عليه في إطار العلاقة الزوجية- وهي في أثناء عدتها، وهذا عملا بالأصل الذي يقضي بتحريم الجمع بين المرأة ومحارمها من النساء، كما لا يحل خطبة المرأة وهي في عدتها من طلاق رجعي لا تصريحاً

<sup>1</sup> - الآية 228 من سورة البقرة.

ولا تعريضا باتفاق الفقهاء، ولا يحل بالطلاق الرجعي المهر المؤجل إلى الأجلين بالطلاق والوفاء؛ لأن الزوجية باقية في أثناء العدة، فإن انتهت العدة من غير مراجعة حل المهر المؤجل وبانت الزوجة من زوجها<sup>1</sup>.

كما اتفق جمهور الفقهاء على أن الرجعة تصح بالقول، وألفاظها راجعتك وارتجعتك، أو رددتك أو أمسكتك، ويشترط في رددتك الإضافة إليه أو إلى نكاحه فيقول: إلي أو إلى عصمتي، وهذا صريح الرجعة، أما كناية بالنية أو دلالة حال، فالأول لا يحتاج إلى نية، أما الثاني فهو بحاجة إلى نية أو دلالة حال؛ كأن يقول: أنت عندي الآن كما كنت. وقيل بل الصريح لفظها فقط. ولقد اشترط جمهور الفقهاء عدم تعليق الرجعة بشرط كراجعتك إن شئت، فإن قالت شئت لم تصح الرجعة؛ لأنه استباحة بضع، فلم يصح تعليقه على شرط كالنكاح، كما اشترطوا أن تكون منجزة غير مؤقتة بوقت، ولا مضافة لزمن المستقبل<sup>2</sup>.

أما الرجعة بالفعل فقد اختلفوا في ذلك؛ فذهب الشافعية ورواية لدى الحنابلة، وابن حرم من الظاهرية، إلى القول بعدم جواز الرجعة بالفعل لأنه حرام، والحرام لا تصح به الرجعة؛ وذلك لأنهم قصرها على القول فحسب؛ بمعنى أن الرجعة لا تصح عندهم بالوطء ولا بالنظر ولا باللمس بشهوة، نوى بذلك الرجعة أم لا. وذهب الأحناف والمالكية وفي رواية لدى الحنابلة، إلى القول أن الزوج إذا وطأ مطلقته الرجعية في عدتها، يعد بذلك مراجعا رجعة صحيحة، ولكن أصحاب هذا القول وإن اتفقوا على صحة الرجعة بالفعل إلا أنهم اختلفوا في اشتراط النية<sup>3</sup>.

فيرى الحنفية والحنابلة في الصحيح عندهم، أن الوطء من غير نية يعد رجعة صحيحة، وبهذا قال السعيد بن المسيب، والحسن، وابن سيرين، وعطاء وطاووس، والزهري والثوري، وحتى الأوزاعي وابن أبي ليلى، وقالوا أيضا فإن قبلها بشهوة، أو نظر إلى فرجها بشهوة، عد ذلك رجعة صحيحة. أما المالكية فقد اشترطوا توفر نية الارتجاع إن وقعت النية بالفعل<sup>4</sup>، حيث يقول الشيخ خليل: "... حل ووطؤه بقول مع نية كرجعت وأمسكتها أو نية على الأظهر وصحح خلافه، أو بقول ولو هزلا في الظاهر لا الباطن، لا بقول محتمل بلا نية، كعدّة الحمل ورفعت التحريم..."<sup>5</sup>.

يبدو أن القول الراجح في هذه المسألة هو قول الحنفية والحنابلة؛ بأن الرجعة تصح أن تكون بالوطء وإن لم ينو الرجعة، فمن وطأ مطلقته الرجعية يعد بذلك مراجعا، فلعل الله يحدث بعد ذلك أمرا تكون سبب رجعة دائمة، وبها تزول الضغائن إن علم أن الله قد خلق في رحمها روحا، فرمما يكون ذلك سببا لزوجية دائمة وانتهاء

<sup>1</sup> - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص. 432. السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 277.

<sup>2</sup> - المصري مبروك، المرجع نفسه، ص. 434. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص. 504.

<sup>3</sup> - المصري مبروك، مرجع سابق، ص. 433. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص. 504.

<sup>4</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص. 299. المصري مبروك، المرجع نفسه، ص. 433.

<sup>5</sup> - أبو عبد الله محمد المقرئ الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، م. 4، ط. 3، دار الفكر، د. ب. ن، لسنة 1992، ص. 99 وما بعدها.

الشقاق بينهما<sup>1</sup>، وهذا مصداقا لقوله تعالى ﴿لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾<sup>2</sup>، والأمر الذي قد يحدثه الله - كما جاء على لسان القرطبي - أن يقلب قلبه من بغضها إلى محبتها، ومن الرغبة عنها إلى الرغبة فيها، ومن عزيمة الطلاق إلى الندم عليه، فيراجعها، وفي هذا الصدد قال جميع المفسرين: أراد بالأمر هنا الرغبة في الرجعة<sup>3</sup>.

كما اختلف الفقهاء أيضا في حل استمتاع الزوج بزوجته المطلقة رجعيا ما دامت في العدة؛ حيث ذهب الحنفية وابن وهب من المالكية، وأحمد في رواية عنه، وابن حزم من الظاهرية، إلى القول بأن للزوج حل الاستمتاع بالزوجة مادامت في العدة، فإن استمتع بها فقد أرجعها إلى عصمته؛ وذلك لأنها امرأته، فيجوز له وطؤها، فإذا انتهت العدة من غير أن يراجعها زال الملك وبقي الحل، بمعنى أن له أن ينعقد عليها عقدا، ما لم يمنع من ذلك مانع من موانع النكاح<sup>4</sup>، ويقول ابن حزم الظاهري: "فإذا هي زوجته فحلل له أن ينظر منها إلى ما كان ينظر إليه منها قبل أن يطلقها، وأن يطأها، إذ لم يأت نص يمنعه من شيء من ذلك، وقد سماه الله - سبحانه وتعالى - بعلا لها؛ إذ يقول - عز وجل - ﴿وَيُعَوِّلْنَهُنَّ أَحَقَّ بِرِدَّهِنَّ﴾<sup>5</sup>، فإن وطأها لم يكن بذلك مراجعا لها حتى يلفظ بالرجعة ويشهد ويعلمها بذلك قبل تمام عدتها"<sup>6</sup>. فالرجعية عند أصحاب هذا القول زوجة يلحقها الطلاق والظهار والإيلاء، ويباح لزوجها وطؤها والخلوة والسفر بها، ولها أن تتشوف له وتزين. وتحصل الرجعة بوطئها نوى الرجعة به أم لم ينوه<sup>7</sup>.

وذهب المالكية والشافعية وأحمد في رواية ثانية، إلى القول بأنه لا يحل للزوج أن يستمتع بالزوجة في أثناء عدتها؛ لأن الطلاق الرجعي عندهم يزيل حل استمتاع الزوج بزوجته لا غير<sup>8</sup>، فالطلاق الرجعي يحرم الوطء وجميع الاستمتاع من المس والنظر، وهي بهذا التحريم كالبائنة، إلا أنها تبقى زوجته ما دامت في العدة<sup>9</sup>؛ حيث جاء في متن الشيخ خليل: "الرجعية كالزوجة إلا في تحريم الاستمتاع والدخول عليها"<sup>10</sup>.

وعليه، يتضح من سياق ما سبق ذكره أن الفقهاء اتفقوا على أن الرجعة تثبت للزوج دون توقف على رضا الزوجة ما دامت في العدة، وهذا بغية تمكين الزوج من تدارك خطأه والتريث في أمره، وكذا تعزير للزوجة حتى ترتدع لطاعة زوجها، وهذا دون حاجة لتجديد العقد والتزام المهر، وما إلى ذلك من تبعات الزواج، وتلك رحمة من الله

<sup>1</sup> - المصري ميروك، مرجع سابق، ص. 434.

<sup>2</sup> - الآية 01 من سورة الطلاق.

<sup>3</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص. 301.

<sup>4</sup> - السرتاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 278.

<sup>5</sup> - الآية 228 من سورة البقرة.

<sup>6</sup> - أبو محمد علي بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، ج. 11، مرجع سابق، ص. 612.

<sup>7</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص. 298-299.

<sup>8</sup> - السرتاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 278.

<sup>9</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، انحلال ميثاق الزوجية، المرجع السابق، ص. 298-299.

<sup>10</sup> - الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل (شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل)، ج. 01، المكتبة الثقافية، بيروت - لبنان - د.س.ن، ص. 364.



وتوسعة على عباده، غير أن بعض الرجال قد أساءوا استعمال هذا الحق، على نحو مناقضة لما شرع له في الأصل، والمناقضة تعسف، ونظروا إلى هذا الحق نظرة مجردة عن غايتها - وذلك من حماية الأسرة من التفكك ولم شملها في وقت الإذن بالرجعة - فلجأ إلى حقه بغرض معاقبة الزوجة وتعليق أمرها؛ وذلك بأن يراجع قبل انتهاء العدة ثم يطلقها ثانية، لا يقصد من إمساكه الرجعة وإنما الإضرار فحسب<sup>1</sup>.

وبناء على ذلك، فيجب أن يكون حق الرجعة بإرادة الإصلاح مثلما شرع الله سبحانه هذا الحق، كما أنه ونظرا لزيادة الحرص على أن تحقق الرجعة غايتها ومآربها من الإمساك بالمعروف، وعدم اللعب والهزل بهذا الحق، أمر الله - سبحانه وتعالى - بالإشهاد على الرجعة حفظا للحقوق كما في سائر الشهادات، وضمانا لعدم التنصل أو الإنكار وادعاء فوات العدة، وغير ذلك من الإشكالات<sup>2</sup>. وعليه، وحتى نتمكن من التفصيل في هاته المسائل لا بد من التعرّيج بداية على موقف الفقه الإسلامية من الرجعة وإرادة الإصلاح (أ)، وبعدها نتطرق إلى الإشهاد على الرجعة (ب)، كما سنشير في هذه الدراسة إلى مسألة جد مهمة، وتتمثل في حالة اختلاف الزوجين في الرجعة (ج).

#### أ- الرجعة وإرادة الإصلاح

قال الله تعالى في محكم تنزيله ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۗ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا ۗ وَادْكُرُوا اللَّهَ عَلَيْهِمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ۝۳﴾<sup>3</sup>. وجه الدلالة من الآية الكريمة أن المدار في الرجعة على الإصلاح والإحسان، والضرر والضرر في الرجعة ضد ذلك، وقد يتم بوقائع وصور لا تقع تحت الحصر، والرجعة بلا رغبة في الإصلاح عملا بموجب آيات الله في الظاهر دون الحقيقة، هو في معنى الاستهزاء بأحكام الشرع<sup>4</sup>، والله - سبحانه وتعالى - يقول ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا ۝۵﴾، وقوله تعالى أيضا ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ وَنِعُولُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ۝۶﴾، والظاهر في هاتين الآيتين أن الله - سبحانه وتعالى - إنما أباح تعاطي الأسباب - أي ممارسة ممارسة الحقوق في هذا المقام - لمن يقصد بها الصلاح دون الإضرار؛ إذ ينهي الشارع الزوج أن يستعمل حق المراجعة لا لغرض سوى الإضرار بزوجته المطلقة لقوله تعالى ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾، فالفعل المشروع

<sup>1</sup> - عيبر ريجي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 268.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص. 269.

<sup>3</sup> - الآية 231 من سورة البقرة.

<sup>4</sup> - محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص. 322.

<sup>5</sup> - الآية 231 من سورة البقرة.

<sup>6</sup> - الآية 228 من سورة البقرة.

لا تحل مباشرته إذا قصد به قصد فاسد، والمنهي عنه فاسد فسادا يرادف البطلان، ويدل على ذلك قوله تعالى ﴿إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾، فكل رجعة لا يراد بها الإصلاح ليست برجعة شرعية<sup>1</sup>.

وتطبيقا لما سلف ذكره، فالزوج إذا راجع زوجته وفق ما حث عليه القرآن الكريم؛ بحيث ابتغى من الرجعة التدارك، وإرادة الإصلاح والإحسان في المعاشرة، فرجعته صحيحة عند عامة أهل العلم<sup>2</sup>، غير أنه إذا قصد بالرجعة عدم الإصلاح، أو لم تكن له نية مطلقا في استئناف حياة زوجية يسودها الوفاق والوئام، بعد أن قارت مياه المودة والرحمة أن تحف بينهما، وابتغى من استعمال حق الرجعة سوى الإضرار بالزوجة، فقد اختلف الفقهاء القدامى في صحة أو عدم صحة الرجعة قضاء على قولين؛ فذهب البعض إلى القول بصحة الرجعة حتى دون إرادة الإصلاح (01)، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بعدم صحة الرجعة دون إرادة الإصلاح (02).

### 1- صحة الرجعة حتى دون إرادة الإصلاح

ذهب جمهور فقهاء المذاهب السنية من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، إلى أن من راجع زوجته ولم يرد برجعتة الإصلاح، وإنما أراد الإضرار، فرجعته صحيحة، ولكنه آثم عند أصحاب هذا القول ديانة لا قضاء؛ بمعنى يكون آثما في علاقته بربه للنهي عن الضرر المنصوص عليه في كتاب الله تعالى، وسنة رسوله الكريم -عليه الصلاة والسلام-<sup>3</sup>، وقد ورد النهي عن ذلك في قوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>4</sup>، وقوله أيضا: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"<sup>5</sup>. وجه الدلالة أن النبي -عليه الصلاة والسلام- نهي عن إلحاق الضرر بالغير ابتداء، أو مقابلة الضرر بضرر؛ ومعنى ذلك أنه لما كانت النكحة في سياق النفي تدل على العموم، فإن قوله -عليه الصلاة والسلام- لا ضرار يعم جميع أنواع الضرر إلا بدليل، ولما كان التعسف في استعمال حق الرجعة إضرارا بالزوجة منع بنص الحديث الشريف<sup>6</sup>.

ضف إلى ذلك يجب أن يكون قصد الشارع من المكلف -والذي هو الزوج- من استعماله حق الرجعة موافقا لقصد الله -سبحانه وتعالى- في التشريع. وبناء على ذلك، إذا قصد الزوج من استعماله حق الرجعة سوى الإضرار بزوجه منع من ذلك؛ لأن قصد الشارع من إعطائه الحق إقامة شرع الله وتحقيق مقاصده؛ والمتمثلة في الإصلاح، والعودة إلى كنف الحياة الزوجية، وإسبال طريق المودة والرحمة بينهما، فإن خالفها منع درءاً للتعسف<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، ج.6، مرجع سابق، ص.213. محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، المرجع السابق، ص.322. فتحي الدبري، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.103.

<sup>2</sup> - محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، المرجع نفسه، ص.323. فتحي الدبري، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، ص.104.

<sup>3</sup> - محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، مرجع سابق، ص.323.

<sup>4</sup> - سبق تخريجه.

<sup>5</sup> - سبق تخريجه.

<sup>6</sup> - محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم الأصول، ج.2، ط.2، مؤسسة الرسالة، لسنة 1992، ص.343. عبير رجي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.26.

<sup>7</sup> - إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات، ج.2، مرجع سابق، ص.251. عبير رجي شاکر القدومي، المرجع نفسه، ص.28.

## 2- عدم صحة الرجعة دون إرادة الإصلاح

ذهب ابن حزم الظاهري - خلافا لجمهور الفقهاء - إلى أن إرادة الإصلاح شرط أساسي في الرجعة. وعليه، فإذا راجع الزوج زوجته وكانت نيته أو إرادته تتجه إلى عدم الإصلاح (كتطويل العدة على الزوجة)، فإن بقصده الإضرار بزوجته تكون رجعته باطلة قضاء لا ديانة فحسب. وذهب بعض العلماء إلى أبعد من ذلك؛ وقالوا أن الزوج إذا راجع زوجته بقصد المضارة، وعلم الحاكم بذلك المقصد طلق عليه<sup>1</sup>.

يبدو أن القول الراجح في هذه المسألة هو القول الأول الذي جاء به جمهور الفقهاء؛ بأن الرجعة صحيحة حتى ولو مع انتفاء نية الإصلاح، وذلك للأدلة التي استشهد بها أصحاب هذا القول، ضف إلى ذلك أن جمهور الفقهاء ينطلقون بالأساس من فكرة مفادها أن نية الزوج في الإضرار بالزوجة مسألة نفسية يصعب الاستيثاق منها، أو الكشف عنها ابتداءً، غير أنه إذا ثبت للقاضي يقينا أن الرجعة تلابسها نية الإضرار بالزوجة، وجب الحكم في هذه الحالة بإبطال الرجعة<sup>2</sup>.

### ب- الإشهاد على الرجعة

اختلف الفقهاء في وجوب أو عدم وجوب الإشهاد على الرجعة إلى قولين؛ حيث ذهب فريق منهم إلى القول بعدم وجوب الإشهاد على الرجعة (01)، في حين ذهب فريق آخر إلى القول بوجوب الإشهاد على الرجعة (01).

## 1- عدم وجوب الإشهاد على الرجعة

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية في القول الجديد، ومذهب عند الحنابلة إلى القول بعدم إسهاد الزوج على رجعة زوجته، فهي ليست واجبة وإنما مستحبة، ويندب احتياطا خوفا من إنكار الزوجة لها عند انقضاء العدة، وقطعا للشك في حصولها، فيقول الزوج أمام شاهدين: "اشهدا على أنني راجعت امرأتي إلى نكاحي"، وإن لم يشهد على رجعتها صحت مع ذلك الرجعة؛ لأن الأمر حمل على سبيل الندب والاستحباب وليس على سبيل الوجوب<sup>3</sup>، وفي هذا يقول الشافعي في القول الجديد: "وينبغي لمن راجع أن يشهد شاهدين عدلين على الرجعة لما أمر الله تعالى به من الشهادة، لئلا يموت قبل أن يقر بذلك، أو يموت قبل أن تعلم الرجعة بعد انقضاء عدتها، فلا يتوارثان إن لم تعلم الرجعة في العدة، ولو تصادف أن راجعها ولم يشهد فالرجعة ثابتة

<sup>1</sup> - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 104. محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، مرجع سابق، ص. 323.

<sup>2</sup> - فتحي الدريني، مرجع سابق، ص. 104. محمد الكشيبور، مرجع سابق، ص. 323.

<sup>3</sup> - أبو البركات أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج. 2، المرجع السابق، ص. 616. عبير رنجي شاعر شاعر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 269. المصري مبروك، مرجع سابق، ص. 434-435. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص. 505.

عليها؛ لأن الرجعة إليه دونها<sup>1</sup>، يستشف من قول الشافعي أن الإشهاد على الرجعة مأمور به، ولكنه محمل على الاستحباب فحسب.

ما تجدر إليه الإشارة أن فقهاء المالكية اختلفوا في وجوب أو عدم وجوب الرجعة دون إشهاد؛ حيث قال ابن فرحون: "حيث أن الإشهاد في الرجعة، قال ابن القصار أنه مستحب وحكي القاضي عن إسماعيل عن مالك أنه واجب لرفع الدعاوى، وتحصين الفروج والأنساب، وحكي القاضي عبد الوهاب الوجوب عن بعض شيوخه القرويين، وقال في المعونة إنه مستحب، وحكي القاضي أبو بكر بن العلاء الوجوب عن مالك، والمشهور أنه غير واجب، واختلف العلماء في تفسير قوله تعالى ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾، فقال بعض العلماء هو أمر بالإشهاد على الطلاق وقيل على الرجعة وقيل المعنى، وأشهدوا عند الرجعة والفرقة جميعاً؛ لأن الله تعالى قال ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ عقب ذكر الطلاق والإمسك بالرجعة والمفارقة بانقضاء العدة، فوجب أن يرجع ذلك إلى الجميع رجوعاً واحداً إما وجوباً وإما ندباً. قال القاضي أبو بكر محمد بن بكير المالكي في تأليفه في أحكام القرآن: "المعنى في الإشهاد أنه يشهد ذوي عدل إذا انقضت عدتها أنه قد طلق، وأن عدتها قد انقضت خوفاً من أن يموت فتدعي أنها زوجة لم تطلق، أو تموت هي فيدعي الزوج مثل ذلك، فالأمر بالإشهاد ليحسم ما يخشى من ذلك، أما إذا أمسكها بالرجعة فيشهد على رجعتها ليعلم أنها زوجة وأنها ليست في عدة، لما يخشى مما ذكرناه من الموت. قال ابن بكير ويجب عندي لمن أبان زوجته أن لا ينتظر انقضاء العدة، وليشهد شاهدين حين الطلاق أنها قد بانت منه خشية المعنى الذي ذكرناه؛ لأن البائن في معنى التي انقضت عدتها. قال ابن رشد ويلزم على قياس قوله أن يلزم الإشهاد في الطلاق الرجعي حين الطلاق مخافة الموت، ويشهد أيضاً إذا انقضت العدة على انقضائها مخافة أن يموت الزوج فتدعي الميراث، أو تزعم أن عدتها لم تنقض. قال ابن رشد وإذا قلنا إن الإشهاد واجب؛ فمعنى ذلك أن يكون بتركه أثماً لتضييع الفروج، وما يتعلق به من الحقوق من غير أن يكون شرطاً في صحة الطلاق أو الرجعة"<sup>2</sup>.

استدل أصحاب هذا القول بعدم وجوب الإشهاد على الرجعة بالقرآن الكريم، لقوله تعالى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾<sup>3</sup>، وقوله تعالى أيضاً ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>4</sup>، وقوله -عز وجل- أيضاً ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾<sup>5</sup>، وكذلك قوله تعالى ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾<sup>6</sup>. وجه الدلالة من هاتين

<sup>1</sup> - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج.5، مرجع سابق، ص.261.

<sup>2</sup> - انظر. إبراهيم شمس الدين محمد بن فرحون اليعمرى، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج.01، مرجع سابق، ص.ص.179-180.

<sup>3</sup> - الآية 228 من سورة البقرة.

<sup>4</sup> - الآية 229 من سورة البقرة.

<sup>5</sup> - الآية 230 من سورة البقرة.

<sup>6</sup> - الآية 02 من سورة الطلاق.

الآيات الكريمة، أنها جاءت مطلقة عن الإشهاد على الرجعة، مع أنها في معرض تشريعها وإقرارها، فلو كان الإشهاد واجبا لذكره الله - سبحانه وتعالى - في محكم تنزيله، ولكن ذلك لم يرد، فيتوقف على إيجابه، ويقال بالندب<sup>1</sup>.

واستدلوا أيضا بالسنة النبوية الشريفة، فقد روي عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فسأل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسكها بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء"<sup>2</sup>. وجه الدلالة من الحديث الشريف أن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض، فأمره بمراجعتها ولم يأمره بالإشهاد على الرجعة، ولو كان شرطاً لأمره به. كما أنه لم يؤثر عند الصحابة - رضوان الله عليهم - اشتراط الشهادة لصحة الرجعة مع كثرة وقوعها منهم؛ ولأن الرجعة حق للزوج لا يتوقف على رضا المرأة فلا يحتاج إلى الإشهاد عليه كسائر حقوق الزوج<sup>3</sup>.

وأضاف أصحاب هذا القول لتدعيم حججهم؛ بأن الرجعة لما كانت استدامة لعقد النكاح، واستيفاء لحقه في ملكه مادامت في العدة من وجه، أو من كل وجه، والشهادة ليست بشرط فيه في حالة البقاء (كما في الفياء في الإيلاء). وبناء على ذلك، فإن هذا لا يحتاج إلى إشهاد لعدم وجود مبرره، وما يدل على أنها "استدامة لعقد النكاح" قوله تعالى "وبعولتھن"، فالله - سبحانه وتعالى - سماه زوجاً بعد الطلاق وذلك لقيام الزوجية. أما قولهم بأنها مندوبية، وذلك لكي يأمنوا التناكر والتجاحد من أحدهما، أو أن يتهم بالقعود معها مطلقاً، فوجب إزالة الإيهام، وهذا كله من باب الاستحباب لزيادة الاحتياط. وقالوا أيضاً أنها لا تفتقر إلى قبول، فلم تفتقر إلى شهادة (كسائر حقوق الزوج؛ لأن ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع)<sup>4</sup>.

## 2- وجوب الإشهاد على الرجعة

ذهب الشافعية في القدم، والحنابلة في قول لهم، وابن حزم من الظاهرية، إلى القول أن الرجعة لا تصح إلا بالإشهاد، فعلى الزوج أن يشهد شاهدين على رجعته لزوجته، وفي هذا قال ابن حزم الظاهري: "فإن وطئها لم يكن مراجعاً لها حتى يلفظ بالرجعة ويشهد ويعلمها بذلك قبل تمام عدتها، فإن راجع ولم يشهد فليس مراجعاً،

<sup>1</sup> - عبير ربحي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص. 270.

<sup>2</sup> - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، كتاب الطلاق، باب إذا طلقت الحائض، ج. 5، الحديث رقم 4953، مرجع سابق، ص. 2011.

<sup>3</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص. 506.

<sup>4</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج. 3، مرجع سابق، ص. 181. عبير ربحي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص. 270. المصري مبروك، مبروك، مرجع سابق، ص. 435.

وكان من طلق ولم يشهد ذوي عدل، أو راجع ولم يشهد ذوي عدل متعددا لحدود الله<sup>1</sup>. وأضاف أيضا: "أن طلاق الموطوءة واحدة أو اثنتين فللمطلق مراجعتها -أحببت أم كرهت- بلا صداق ولا ولي، ولكن بإشهاد فقط..."<sup>2</sup>.

واستدل أصحاب هذا القول بالقرآن الكريم، لقوله تعالى ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾<sup>3</sup>، وجه الدلالة من الآية الكريمة أنها دلت في ظاهرها على وجوب الإشهاد كما يفهم من فعل الأمر "وأشهدوا" فيحمل الأمر على ظاهره، ونقول لا رجعة بلا إشهاد؛ وذلك لأن الأمر هنا للوجوب، وهو راجع إلى الطلاق والرجعة، ولا قرينة هنا تصرفه عن الوجوب، بل القرائن تؤيد حمله على الوجوب، وأيضا فالشهادة شرط في إنشاء الزواج بالاتفاق، فتكون شرطا في استدامته بالرجعة<sup>4</sup>.

كما استدل أصحاب هذا القول بالسنة النبوية الشريفة لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"<sup>5</sup>، وجه الدلالة من الحديث الشريف أن إرجاع الزوج مطلقته دون إشهاد مخالف للأصل الذي قرره القرآن الكريم من وجوبه، إذ أنه ليس من عمل الإسلام ولا أمره، لذا يرد، فلا تقع رجعة بلا إشهاد؛ لأنه إذا راجع ولم يشهد ذوي عدل يكون متعددا لحدود الله، ومخالف لتعاليم الدين الإسلامي<sup>6</sup>، ودعم أصحاب هذا القول قولهم بأن الرجعة هو عقد يستباح به بضع الحرة، فوجبت فيه الشهادة كالنكاح، فإن لم يشهد كان سفاحا<sup>7</sup>.

والقول الراجح في وجوب أو عدم وجوب الإشهاد على الرجعة، هو القول الأول الذي جاء به جمهور الفقهاء من استحباب الرجعة دون إيجابه، وحتى إذا لم يشهد الزوج عليه فهو في الحل العام؛ أولى وأرجح من القول الأول، وذلك للأدلة التي ساقها أصحاب هذا القول، ولمعقولية مناقشتهم، وقوة استدلالهم؛ فالمطلقة وهي في العدة زوجة من وجه لبقاء بعض آثار الزواج في حقها، من لحوقها اللعان والظهار، وحتى الإيلاء، وكذا عدم حاجته إلى تجديد العقد أو لزوم توابعه، واستحقاقها الإرث والنفقة، وغير ذلك من حقوق الزوجية<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - ابن حزم، المحلى بالآثار، ج.11، مرجع سابق، ص.ص.612-613. محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.ص.316-317. عبيد رجي شاعر القدومي، مرجع سابق، ص.269 وما بعدها. المصري مبروك، مرجع سابق، ص.436. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص.505.

<sup>2</sup> - ابن حزم، المحلى بالآثار، ج.11، المرجع نفسه، ص.294.

<sup>3</sup> - الآية 02 من سورة الطلاق.

<sup>4</sup> - عبيد رجي شاعر القدومي، مرجع سابق، ص.271. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص.505.

المصري مبروك، مرجع سابق، ص.436.

<sup>5</sup> - سبق تخريجه.

<sup>6</sup> - عبيد رجي شاعر القدومي، المرجع نفسه، والصفحة نفسها. المصري مبروك، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

<sup>7</sup> - عبيد رجي شاعر القدومي، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

<sup>8</sup> - عبيد رجي شاعر القدومي، ص.273. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص.506.

وسبب الخلاف بين القول الأول والقول الثاني هو تفسير النص القرآني، ومعارضة القياس للظاهر، وذلك أن ظاهر قوله تعالى ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ يقتضي الوجوب، وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الإنسان يقتضي ألا يجب الإشهاد، فكان الجمع بين القياس والآية، حمل الآية على النذب<sup>1</sup>.  
كما أن الإشهاد شرط لا ابتداء الزواج لخطورته وليس شرطاً لبقائه، والرجعة إبقاءً للزواج واستدامة له فلا تكون شرطاً لصحتها، ولكن ومع ذلك يستحب على الزوج إعلام زوجته بأمر الرجعة حتى لا ترتكب إثماً وترتبط بعقد آخر بعد انقضاء عدتها، وأيضاً حتى لا تقع المنازعة بين الزوجين إذا أثبت الزوج الرجعة بالبينة؛ وذلك لأن الزوج حتى ولو لم يتم بإعلام الزوجة برجعة فتصح الرجعة، وذلك لأنه حق أصيل خالص للزوج لا يتوقف على رضا المرأة كالطلاق، وهذا بإجماع الفقهاء القدامى، وحتى إنه إذا تزوجت المرأة بزواج آخر، وأثبت زوجها الأول مراجعتها، صححت الرجعة، وفسخ الزواج الثاني<sup>2</sup>.

### ج- اختلاف الزوجين في الرجعة

ذكرنا سابقاً أن الزوج له الحق في إرجاع مطلقته وبغير رضاها مادامت في العدة؛ وذلك لأن حق الرجعة هو حق أصيل للزوج، ومقرر بحسب الشرع ودليل ذلك قوله تعالى ﴿وَوُعُوْلَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾<sup>3</sup>. غير أن هذا الحق قد ينشأ حوله نزاع أو اختلاف بين الزوجين؛ فيدعي أحدهما حصول الرجعة وينكر الآخر ذلك (01)، وقد يتفقان على حصولها ولكن يختلفان في صحتها أو في زمن وقوعها (02).

### 1- اختلاف الزوجين في حصول الرجعة

ويحدث ذلك إذا ادعى الزوج أنه راجع زوجته التي طلقها رجعيًا وتنكر الزوجة ذلك وتقول لم يراجعني، ففي هذه المسألة نميز بين حالتين؛ حالة اختلاف الزوجين في حصول الرجعة في فترة العدة، وحالة اختلاف الزوجين في حصول الرجعة بعد انتهاء فترة العدة.

### 1-1- اختلاف الزوجين في حصول الرجعة في فترة العدة

إذا ادعى الزوج بأنه راجع زوجته في فترة العدة؛ أي كانت العدة لا تزال قائمة عند حصول الخلاف بينهما، فالقول قول الزوج بيمينه؛ ذلك لأنه يملك الرجعة، فقبل إقراره فيها كما يقبل قوله في طلاقها، حيث ملك الطلاق؛ ولأنه أيضاً يملك إنشاءه ابتداءً؛ أي لأنه يخبر عن شيء يملك إنشائه في الحال طبقاً لقاعدة: "أن من أخبر بشيء يملك إنشاءه صدق بما أخبره"، وسبب جعل القول قوله أيضاً أنه لو لم يصدق ينشئه في الحال<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.316.

<sup>2</sup> - علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص.505-506.

<sup>3</sup> - الآية 228 من سورة البقرة.

<sup>4</sup> - علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص.506-507. المصري مبروك، مرجع سابق، ص.437.

السرطاوي، مرجع سابق، ص.282.

## 1-2- اختلاف الزوجين في حصول الرجعة بعد انتهاء فترة العدة

ففي حال حصول الاختلاف بين الزوجين في وقوع الرجعة وعدم وقوعها بعد انتهاء العدة؛ أي أن الادعاء والتناكر كان بعد انقضاء العدة، فقال الزوج كنت قد راجعتك في عدتك، فإن صدقته صحت الرجعة؛ لأن النكاح يثبت بالتصادق، فالرجعة من باب أولى، وإن كذبتة فالبينة على الزوج؛ لأنه يدعي حصول الرجعة، والبينة على من ادعى، فإن أقامها حكم له بصدق دعواه ورجوع زوجته إليه وثبوت الزوجية بينهما، حتى ولو كانت المطلقة رجعياً قد تزوجت زوجاً غيره بعد انقضاء عدتها؛ لاعتقادها أن مطلقها لم يراجعها في العدة، وتطبيقاً لذلك يفسخ عقد الزواج الثاني لكونه عقداً فاسداً. أما إن عجز الزوج عن إثبات ادعائه بالرجعة، فالقول للزوجة غير يمين؛ لأن فائدة اليمين النكول، وهو بذل الحق المدعى؛ والبذل لا يجري في مسائل معينة، منها الرجعة، وهذا عند الإمام أبي حنيفة. وعند صاحبي أبي حنيفة وعليه الفتوى فالقول قولها بيمينها؛ لأن النكول عن اليمين يعتبر عندهم إقراراً بالحق المدعى، ويصح الإقرار بالرجعة<sup>1</sup>.

## 2- اختلاف الزوجين في زمن وقوع الرجعة

يحدث ذلك في حال إن تصادق الزوجان على الرجعة، ولكنهما اختلفا في زمن وقوعها، فادعى الزوج صحة مراجعته لها لكونها وقعت في العدة، وأنكرت المطلقة ذلك وادعت أنه راجعها بعد انقضاء العدة، فالقول قول الزوجة بيمينها ما لم تكذبها القرائن، لقوله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾<sup>2</sup>، ذلك لأنه لا يعرف في مثل هذه الأمور إلا من جهتهن<sup>3</sup>.

فإن كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذي تدعي انقضاء العدة تحتل ذلك، وكانت العدة بالحيض؛ لأن انقضاء العدة لا يعلم إلا من جهتها، فيكون القول قولها بيمينها، فإن حلفت رفضت دعواه، وإن نكلت حكم بدعواه؛ لأن نكولها إقرار بدعواه، وهذا على رأي صاحبي أبي حنيفة، ناهيك عن أن الظاهر يؤيدها أيضاً؛ حيث أن المدة بعد الطلاق تكفي لانقضاء المدة بالحيض<sup>4</sup>.

هذا القول قال به الفقيه المالكي أيضاً؛ أنه في حال اختلاف الزوجين في زمن الرجعة، فيكون القول قول الزوجة بيمينها ما لم تكذبها القرائن، كما لو مر على طلاقها شهر واحد فقط أو أقل من ذلك؛ حيث جاء في شرح على تحفة الحكام لميارة الفاسي: "... يعني أن من طلق زوجته طلاقاً رجعياً ثم أراد رجعتها فرعمت أن عدتها انقضت، فالقول قولها مع يمينها إذا كان يمكن ذلك، فإن قرب ما بين الطلاق والرجعة جداً بحيث لا يمكن انقضاء عدة الأقراء فيه وتبين كذبها، فله مراجعتها، فإن ادعت أن انقضاءها كان بسبب سقط أسقطته، فالقول قولها ولو بقرب من الطلاق، وعلى تصديقها ولو بالقرب فيه بقوله أبداً، والإشارة بذلك لانقضاء العدة. وقوله "تُبَيَّن" بضم

<sup>1</sup> - علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص. 507. السرطاوي، مرجع سابق، ص. 282.

<sup>2</sup> - الآية 228 من سورة البقرة.

<sup>3</sup> - المصري مبروك، مرجع سابق، ص. 437.

<sup>4</sup> - علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص. 507.



تاء المضارع أبان، وهو خبر عن اليمين؛ أي أن يمينها على انقضاء العدة تبين عصمتها، وتخرجها من العدة ... وإن أراد ارتجاعها، وقالت: قد انقضت عدتي، كان القول قولها إذا كان قد مضى من العدة ما يشبه أن تحيض فيه ثلاث حيض، ولم يكن له ارتجاعها (وفي طرر ابن عات) قال ابن الهندي: مع يمينها، وإن استبان كذبها لقصر المدة راجعها على ما أحببت أو كرهت. وقال المتيطي: وإن قالت: قد انقضت عدتي بسقط قُبُل قولها، وإن كان بعد الطلاق بيوم، ولا يمين عليها، ولا يلتفت إلى تكذيب الجيران لها ... واقتصر صاحب المختصر حيث قال: وصدقت في انقضاء عدة الأقرء، والوضع بلا يمين، ولعل الشيخ اعتمد القول بيمينها لفساد الزمان وقلة الأمان ...<sup>1</sup>

الجدير بالذكر أن أداء اليمين من طرف الزوجة في حال الاختلاف في زمن الرجعة، ليس محل اتفاق في المذهب المالكي الذي سبق طرحه؛ حيث جاء في متن الشيخ خليل: "وصدقت في انقضاء عدة الأقرء، والوضع بلا يمين، وسئل النساء؛ أي فإن صدقتها أي شهدن أن النساء ولا يفيد تكذيبها نفسها ولا أنها رأت أول الدم وانقطع تحيض لمثله عمل به ... وإلا رد ادعاؤها"<sup>2</sup>.

أما إذا كانت لا تحتل انقضاء العدة بأن كانت لا تكفي لانقضائها بالحيض، اعتبرت الرجعة صحيحة، ولا يكون القول قول الزوجة؛ ذلك لأن القرينة الشرعية تكذبها في ادعائها انقضاء العدة، حيث أن المدة التي انقضت لأقل مدة تنتهي فيها العدة لحيض<sup>3</sup>.

ما يجدر التنويه إليه - من باب التفصيل - في مسألة الادعاء في زمن الرجعة، هو أن ادعاء الزوجة يتخذ أحد ثلاثة أمور؛ فقد تدعي انقضاء عدتها بالأقرء، وقد تدعي انقضاء عدتها بوضع الحمل، وقد تدعي انقضاء عدتها بالشهور.

## 2-1- ادعاء انقضاء العدة بالأقرء

اختلف الفقهاء في أقل مدة تصدق فيها المرأة<sup>4</sup>، فقال أبو حنيفة: أقل مدة تصدق فيها المرأة هي ستون يوماً، وقال الصحابان أقل مدة تصدق فيها المرأة هي ثلاثون يوماً، وقيل تسعة وعشرون يوماً، وقيل ثلاثة وثلاثون

<sup>1</sup> - شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، ص. 244. مقتبس عن محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص. 310.

<sup>2</sup> - الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل (شرح متن الخليل)، ج. 1. مرجع سابق، ص. 364.

<sup>3</sup> - علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص. 508. السرطاوي، مرجع سابق، ص. 282.

<sup>4</sup> - وسبب اختلاف الفقهاء هو اختلافهم في معنى القرء، في تفسير الآية الكريمة: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنْنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ﴾ الآية 226 من سورة البقرة .

ويرجع سبب الخلاف أيضا أن القرء من الأضداد في اللغة العربية، فيطلق على الطهر والحيض في ذات الوقت؛ حيث ورد في مادة القاف والراء والهمزة أن القروء والأقرء جمع قرء بفتح القاف وضمها وهو الحيض، أو الطهر، أو هما معا، وهو من الأضداد، والجمع قروء وجمع الحيض أقرء، وأقرأت حاضت وطهرت. يقال: "أقرأت المرأة إذا دنا حيضها وأقرأت إذا دنا طهرها..." والجدير بالذكر أن الفقهاء المسلمين لم يعارضوا هذه المعاني، وإنما تمحور خلافهم في المعنى الذي أراده الشارع من خلال الآية الكريمة أعلاه، ما إن كان الطهر أم الحيض؟

يوما ولحظة، وقيل ثمانية وعشرون يوما ولحظتين، وقيل اثنين وثلاثون يوما ولحظتين، وقيل ستة وعشرون يوما ولحظتين؛ وإن كان هذا فإنما يكون من باب النادر الذي لا ينبغي أن تبني عليه تشريعات تتعلق بها حقوق الناس<sup>1</sup>.

غير أنه فسد الزمان واجترأ الناس على الكذب - واحتياطا للأنساب حتى لا تختلط - ألا تصدق إلا بعد مضي المدة التي يغلب انتهاء العدة فيها، وهي ثلاثة أشهر؛ ذلك لأن الأحكام العامة تبني على الكثير الغالب، لأنه الأقرب إلى الحق والعدل، لا على النادر الذي يغلب الكذب فيه. ضف إلى أنه من باب الاحتياط، وحتى نأمن حرمة الفروج، أنه إذا أراد الزوج مراجعتها وادعت انقضاء عدتها قبل مضي ثلاثة أشهر من تاريخ الطلاق، أن يدفع لها مهرا يسيرا، ويرجع إليها بعقد جديد، أيسر وأضمن من أن يراجعها وهو في شك من ذلك - خاصة وقد يغلب لدى الناس المظنة على المثنة بأنه احتلى بها في الحرام - وأيضا لما للفروج من حرمة عظيمة، وهي أولى بالاحتياط من غيرها، واحتمال أن تكون صادقة في دعواها، واعتبارا للحالات النادرة، وأيضا أن يتم تحريم الحلال أولى وأقل وطئا من أن يتم تحليل الحرام<sup>2</sup>.

## 2-2- ادعاء انقضاء عدتها بوضع الحمل

يكون ذلك بأن تدعي الزوجة وضع الحمل تاما - أي وضعت به تمام شهور حملها -، ولا تصدق في دعواها إلا إذا وضعت في ستة أشهر أو أكثر من وقت إمكان الوطاء بعد العقد. أما إذا ادعت وضعه ناقصا - أي دون تمام شهور حملها - فلا تصدق إن وضعت في أقل من ثمانين يوما من وقت إمكان الوطاء<sup>3</sup>، لقوله - عليه الصلاة والسلام -: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يرسل إليه الملك فينفخ فيه الروح..."<sup>4</sup>.

فسر الأحناف والحنابلة في أوضح الروايتين القروء المضمنة في الآية الكريمة بالحيض؛ أي الدم نفسه، وروي ذلك عن عمر، وعلي، وابن عباس، وأبي بكر، وعائشة، وعمر، وعثمان وغيرهم. وفسرها المالكية والشافعية وهي الرواية الثانية عن أحمد بن حنبل، وقول للظاهرية أيضا، وهو قول ابن عمر وعائشة، وعمر بن عبد العزيز الأقرء بالأطهر؛ أي الأزمنة التي بين الدمين. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.3، مرجع سابق، ص.174 وما بعدها. محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.332 وما بعدها.

<sup>1</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، مرجع سابق، ص.195. المصري مبروك، مرجع سابق، ص.ص.437-438.

<sup>2</sup> - المصري مبروك، المرجع نفسه، ص.438.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص.439.

<sup>4</sup> - أبو الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب القدر، ج.4، باب كيفية الخلق، رقم الحديث 2646، مرجع سابق، ص.2036.

## 2-3- ادعاء انقضاء عدتها بالشهور

يحدث ذلك بأن تدعي الزوجة أن عدتها انقضت بالشهور -وتنقضي العدة بالشهور بالنسبة لليائس من الحيض أو التي لم تحض، أو المستحاضة أو متأخرة الحيض<sup>1</sup>، ففي هذه الحالة لا يقبل قولها فيه؛ لأن الخلاف فيه بني على الخلاف في وقت الطلاق، والقول قول الزوج فيه<sup>2</sup>.

### ثانياً: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في استعمال حق الرجعة

سنتعرض في البدء إلى موقف المشرع الجزائري من التعسف في استعمال حق الرجعة (أ)، وبعدها نعرض على موقف التشريعات العربية من التعسف في استعمال حق الرجعة (ب).

### أ-موقف المشرع الجزائري من التعسف في استعمال حق الرجعة

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى حق الرجعة وأحكامها بنص صريح من خلال الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، ولا في القانون القديم 84-11، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 49 والمادة 50 من الأمر 05-02 السالف الذكر، نجد أنه قد أشار إلى ذلك في معرض الحديث عن الصلح؛ حيث نصت المادة 49 من نفس القانون: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعدة بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي، دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"، ونصت المادة 50 من ذات القانون: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

من سياق هذين النصين يستشف أن الزوج يملك رجعة زوجته قبل صدور الحكم بالطلاق، أما بعد صدور الحكم بالطلاق فلا يملك مراجعتها إلا بعقد جديد، وما يلاحظ على هذه النصين أن المشرع لم يتعرض إلى العدة وأجل انتهائها، انتهاء حق الزوج في أن يراجع زوجته دون عقد جديد -والمعمول به شرعاً بانتهاء العدة بإجماع الفقهاء- وإنما مدار احتسابها وفقاً لهذا القانون يكون من يوم رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم، وبعد صدور

<sup>1</sup> - تخضع لقاعدة الاعتداد بالأشهر ثلاث طوائف من النساء؛ والمتمثلة في المطلقات اللواتي لا يحضن، والمستحاضة ومتأخرة الحيض، والنساء المتوفى عنهن أزواجهن غير الحوامل في الزواج الصحيح، وفي الزواج المختلف في فساده، وإن كن من ذوات حيض، وهاته الطائفة الأخيرة من النساء ليست موضوعنا في مسألة الرجعة واختلاف زمن وقوعها.

بالنسبة لعدة من لا تحيض، فما يجب الإشارة إليه أن المرأة لا تحيض في الأحوال العادية إما لصغر في السن، وإما لدخولها في سن اليأس، وبما أن المرأة في مثل هذه الأحوال لا تحيض، فإنه لا يمكن عملياً احتساب عدتها لا بالأطهار ولا بالحيضات، ولذلك حدد الشارع الحكيم عدتها بثلاثة أشهر كاملة، كما جاء في الآية الكريمة: {وَاللَّائِي يَكْسِرُ مِنَ الْمَجِيزِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعَدَّتُهُمْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ}. الآية 04 من سورة البقرة.

أما عدة المستحاضة أو متأخرة الحيض؛ فالمستحاضة هي المرأة التي يستمر نزول الدم منها بعد انتهاء الوقت المعتاد للحيض، فتعجز من ثمة عن تمييزه إن كان دم حيض أم دمًا غيره ناتج عن حالة مرضية، أو ما إلى ذلك. ففي المشهور لدى المذهب المالكي: "أن المستحاضة إذا ميزت بين الدمين؛ أي دم الحيض ودم الاستحاضة بالرائحة، أو اللون أو الكثرة، فإنها لا تعدد إلا بالأفراء بالسنة، فإن لم تميز بين الدمين فعدتها سنة...". هذا بالنسبة للمستحاضة، أما متأخرة الحيض هي المرأة التي يتخلف عنها دم الحيض عن الوقت المعتاد له بسبب غير معروف، فقد جاء في مذهب الإمام مالك أن عدة متأخرة الحيض، أو التي لم تميزه عن غيره تترتب تسعة (09) أشهر ثم تعدد بثلاثة (03) أطهار، فتكون فترة الانتظار سنة (12) شهرًا بكاملها، والظاهر أن سبب تطويل المدة بالنسبة للمستحاضة والمتأخر حيضها جاء بسبب الاحتياط للأنساب لكي لا تختلط، وحفظاً للفروج من الحرمة. انظر.

محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.335 وما بعدها.

<sup>2</sup> - المصري مبروك، مرجع سابق، ص.439.

الحكم تكون زوجته في عداد المطلقات، وتبين منه بينونة صغرى، فلا يملك الزوج مراجعتها إلا بعقد جديد. وبناء على ذلك فإن المشرع لا يعتد بالعدة في احتساب أجل الرجعة؛ أي لا يعتد في احتساب حق الزوج في الرجعة من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، وإنما الطلاق يقع من يوم حكم القاضي، فالزوجة في تلك المدة حتى وبعد انتهاء أجل العدة -المحددة بحسب الشرع بثلاثة (03) أشهر- وزوجته ويملك جماعها ومعاشرتها، كما أنها غير محرمة عليه، وهذا مناقض لأحكام الشريعة الإسلامية، ومخالف لنصوص التشريع القرآني، وأحاديث السنة النبوية الشريفة، وحتى الإجماع جملة وتفصيلاً<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى الساحة القضائية نلمس عددًا من القرارات القضائية التي توافق الشريعة الإسلامية وما جاءت به من أحكام في احتساب العدة، من بين أهمها القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 09 ماي 2007، والذي جاء فيه: "من المقرر قانونًا أن المطعون ضده (الزوج) الذي تمسك بالرجوع يبقى طلبه مؤسسًا شرعًا ما دامت العصمة بيده، وأن الطلاق الذي صدر منه رجعي ما دام أنه تراجع عن ذلك، وسعى إلى إرجاع زوجته في خلال مدة عشرين يوما قبل فوات مدة العدة شرعًا. وأن قضاة الاستئناف لما قضوا بمواصلة الحياة الزوجية طبقوا صحيح القانون؛ لأن العصمة بيد الزوج، وأن الطلاق لم يقع"<sup>2</sup>.

الجدير بالذكر أنه لا المشرع ولا حتى القضاء تعرضوا إلى مسألة إرادة الزوج في أن يراجع زوجته بنية الإصلاح، أو بقصد الانتقام والمضار بتطويل أمد العدة، ولعل السبب في عدم نصه على ذلك واضح وجلي؛ هو عدم اعتماد المشرع أصلاً بالعدة، فأجل الزوج في أن يملك رجعته لزوجته وانقضاء الأجل يكون بيد القاضي في الحكم بالطلاق، فلا يملك بعد ذلك الحكم أن يراجعها إلا بعقد جديد، وتطبيقاً لذلك لا يملك الحق حتى يتعسف فيه لعدم معرفته أجل انتهاء الرجعة.

كما لم يتعرض المشرع أيضاً ولا حتى القضاء الجزائري إلى مسألة الإشهاد على الرجعة، ولا إلى مسألة حالة اختلاف الزوجين على الرجعة، وتطبيقاً لذلك وفي ظل سكوت المشرع عن النص في مثل هذه المسائل، يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عبر الإحالة المنصوص عليها في المادة 222 من القانون السالف ذكره، فيكون الأمر موقوفاً على اجتهاد كل قاضٍ في أخذه بأي مذهب حسب وقائع كل قضية. وعليه، سوف نلمس تذبذباً

<sup>1</sup> - إن المشرع الجزائري استقى نص المادة 49 من الأمر 05-02 المتعلق بقانون الأسرة من المقتن الفرنسي، وهذا من خلال مقتضيات المادة 06 من الأمر 59-274 المتعلق بالقانون الفرنسي المؤرخ في 04 فبراير 1957؛ حيث جاء في نص المادة: "فيما عدا حالة الوفاة لا ينحل الزواج إلا بحكم قضائي، ويصدر هذا الحكم من القاضي المختص بناء على طلب من أحد الزوجين". مقتبس عن المصري مبروك، مرجع سابق، ص.142.

ما يجدر التنويه إليه أن الفرق بين النصين يكمن في أن الحكم بالطلاق الذي نص عليه المشرع الجزائري، هو حكم كاشف وليس منشئاً، وما يؤكد ذلك نص المادة 50 من الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة: "من رجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، فلو كان حكم الطلاق الوارد في المادة 49 من قانون الأسرة حكماً منشئاً، لم يكن لهذه المادة صدى؛ إذ لو كان الحكم القضائي منشئاً للطلاق لم يحتاج الزوج إلى مراجعة امرأته لأنها زوجته ولم تطلق منه بعد، ضف إلى ذلك أنه لو كان الحكم بالطلاق منشئاً له لنص المشرع على أن الطلاق يتم بطلب الزوج لا بإرادته. انظر. عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان- الجزائر، لسنة 2013-2014، ص.117.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 09/05/2007، رقم القرار 395557، م.ق، ع.2، لسنة 2008، ص.299.

وتشتتاً في الأحكام والقرارات القضائية، وهذا حسب تأثر كل قاضٍ بفتواه معين، أو حسب الحكم وفق أهوائهم الشخصية، وهذه الأحكام تكون علة اختلافها مبنية بسبب إطلاق المشرع نص المادة 222 لأحكام الشريعة الإسلامية ولجميع المذاهب، دون عدم الاعتداد أو تحديد مذهب واحد يتم الرجوع إليه مثلما فعلت التشريعات العربية<sup>1</sup>، فغاية حصر انعدام توفر النص القانوني والرجوع لأحكام الفقه الإسلامي وفق مذهب معين، هو من أجل التسهيل على القاضي بالفصل في أي نزاع وفق مذهب يمكن الاعتماد عليه فيه جميع القرارات، وتأسيساً لذلك تكون جميع القرارات والأحكام متحدة في الفصل في النزاع.

تجدر الإشارة إلى أنه في حال تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة، بأن راجع زوجته بقصد المضار وليس بقصد الإصلاح، فإن للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التخليق لضرر وفق نص الفقرة 10 من المادة 53 من القانون السالف ذكره؛ حيث جاء في نص المادة: "يجوز للزوجة أن تطلب التخليق للأسباب التالية: ... كل ضرر معتبر شرعاً".

### ب- موقف التشريعات العربية من التعسف في استعمال حق الرجعة

بالرجوع إلى التشريعات العربية في مسألة التعسف في استعمال حق الرجعة، ومن بينها المشرع المغربي نجد أنه قد نص على الرجعة وبيّن أحكامها، أما في مسألة الرجعة وإرادة الإصلاح، فإن المشرع لم يذكر بنص صريح حكماً لهذه المسألة، غير أنه متى ثبت للمحكمة يقيناً أن الرجعة تلابسها نية الإضرار بالزوجة، وجب الحكم بإبطال الرجعة، وهذا اعتماداً على أحكام التخليق للضرر الذي يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية، تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية، طبقاً لنص المادة 99 من مدونة الأسرة المغربية، والتي جاء فيها: "يعتبر ضرراً مبرراً لطلب التخليق كل تصرف من الزوج، أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة، يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار". وعليه، فإذا كانت المطلقة على يقين من إرادة الإضرار لدى مطلقها الذي يريد أن يردّها إلى عصمته، فإن مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 294<sup>2</sup> و 97<sup>3</sup> و 100<sup>4</sup> من مدونة الأسرة تغنيها عن ذلك.

<sup>1</sup> - فالمشرع المغربي وفق نص المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية، يتم الرجوع إلى المذهب المالكي في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم مسألة معينة، والمشرع الأردني من خلال المادة 325 يتم الرجوع لأحكام الفقه الحنفي، والمشرع المصري من خلال نص المادة 03 من قانون الأحوال الشخصية يعتد بالراجح من مذهب أبي حنيفة في عدم وجود نص قانوني يحكم مسألة معينة أيضاً.

<sup>2</sup> - حيث نصت المادة 94 من مدونة الأسرة على أنه: "إذ طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقاً لأحكام المادة 82 أعلاه".

<sup>3</sup> - جاء في نص المادة 97 من مدونة الأسرة: "في حال تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتخليق وبالمستحققات، طبقاً للمواد 83-84-85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقلص ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر...".

<sup>4</sup> - نصت المادة 100 من مدونة الأسرة في فقرتها الثانية: "إذا لم تثبت الزوجة الضرر وأصررت على طلب التخليق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

وتطبيقا لما سلف ذكره، ومن خلال نصوص المدونة يتضح موقف المشرع المغربي في أخذه - إن صح القول - بما جاء به ابن حزم الظاهري في اعتبار الرجعة باطلّة قضاء، ضف إلى أن الرجعة في المدونة المغربية متوقفة على رضا الزوجة أيضا، فيمكنها أن تمتنع عن الرجعة إن كانت على يقين من رغبة زوجها في الإضرار بها فحسب، وهذا حقها المطلق خوله لها المشرع المغربي، وحتى إن قصد الزوج من الرجعة الإصلاح فلها أن تمتنع عن ذلك وفق مدونة الأسرة، وهذا على خلاف لما أجمع عليه جمهور الفقهاء، غير أن هذا النص يدل على رغبة المشرع المغربي في تطبيق نصوص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتي تحاول من خلالها إضعاف مركز هاته المؤسسة الشرعية<sup>1</sup>.

وعليه، فحسب مقتضيات المادة 124 الفقرة 3 من المدونة للمطلقة مطلق الحرية في أن تقبل الرجعة أو ترفضها؛ حيث جاء في نص المادة: "يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة، استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإن امتنعت ورفضت الرجوع، يمكن اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 أعلاه".

غير أن المشرع المغربي - من خلال نص المادة أعلاه - لم يلزم الزوجة باللجوء إلى مسطرة الشقاق، وإنما سمح لها بتلك الإمكانية فقط، وتطبيقا لذلك فللزوجة أن تمتنع عن الرجوع إلى زوجها، ولها إن أرادت ذلك فعلا أن تحرك مسطرة الشقاق ضد مطلقها رجعيًا، وذلك أمام قسم قضاء الأسرة، ويكون بتقديم طلب صريح بذلك. وعليه، لم تعد مسطرة الشقاق وسيلة للخلاص من الرابطة الزوجية بكل سهولة، وإنما هي كذلك - إن صح التعبير - وسيلة مؤكدة لتعطيل مبدأ الرجعة في إطاره الشرعي<sup>2</sup>.

بالنسبة للإشهاد على الرجعة أخذ المشرع بالقول الثاني في الوجوب، وهو قول الشافعية في القدم والحنابلة في قول لهم، وابن حزم الظاهري؛ حيث يرون أن الرجعة في الطلاق الرجعي لا تصح إلا بالإشهاد، فيجب أن تتم أمام عدلين منتصبين للإشهاد، وهو ما جاء في نص المادة 124 من نفس المدونة في فقرتها الثانية، التي نصت على أنه: "إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة طلاقًا رجعيًا أشهد على ذلك عدلين. ويقومان بإخبار القاضي فورًا". المقصود بالرجلين العدلين - وفق نص المادة - هما العدلان المنتصبان للإشهاد، اللذان يخضعان للقانون 03-16 المتعلق بخطة العدل<sup>3</sup>.

الجدير بالذكر أن المشرع المغربي لما اشترط الإشهاد على الرجعة في الطلاق الرجعي، يكون قد خالف المشهور من مذهب الإمام مالك. وعليه، فإذا رغب الزوج في إرجاع المطلقة طلاقًا رجعيًا أن يشهد على ذلك

<sup>1</sup> - ظهر الشريف، الصادر في 2011/08/02، بنشر الإعلان عن رفع تحفظات المملكة المغربية المضمنة في وثائق الانضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1979/12/18، ج.ر، ع.5974، الصادر بتاريخ 2011/09/01.

<sup>2</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.319. وما بعدها.

<sup>3</sup> - محمد الكشيبور، المرجع نفسه، ص.318-319.

عدلين يقومان بإخبار القاضي بذلك، ويتولى هذا الأخير إعلام الزوجة واستدعاءها بكافة الطرق القانونية قبل خطاب على وثيقة الرجعة، وإخبارها بذلك؛ وذلك لأنه غالباً ما تعتد الزوجة المطلقة خارج بيت الزوجية<sup>1</sup>، وإذا تعذر إعلام الزوجة لكون عنوانها مجهولاً أو لأي سبب آخر، يجب الاستعانة بالنيابة العامة للوصول إلى عنوان المعتدة، وذلك قياساً على المادتين 43 و81 من نفس المدونة، أما إذا ثبت تحايل الزوج في تقديم عنوان غير صحيح، فتطبق عليه مقتضيات الفصل 361 من القانون الجنائي. فإذا لم تحضر الزوجة، وذلك بعد استنفاد جميع الطرق القانونية المتعلقة بالاستدعاء، يتم الخطاب على رسم الرجعة، مع العلم أن تاريخ الرجعة هو تاريخ إسهاد عدلين على ذلك وليس تاريخ الخطاب<sup>2</sup>.

تطبيقاً لما سلف ذكره، فإن المشرع المغربي - من خلال النصوص السابقة - أفرغ الرجعة من محتواها الشرعي، وكذلك الغرض منها؛ ذلك أن ما جاءت به المدونة لا يفيد الزوجة في شيء طالما أن المرأة تبين بانتهاء العدة، ضف إلى ذلك أن المشرع المغربي حول الرجعة إلى تصرف قانوني شكلي، مثلها في ذلك مثل الزواج والطلاق؛ حيث لا بد من الإسهاد عليها ومن توثيقها مثلما سبق وأنا بينا<sup>3</sup>، ناهيك عن أن المشرع قد أغفل التطرق إلى إجراءات الإسهاد على الرجعة<sup>4</sup>.

ما يجدر تسليط الضوء عليه أنه على المستوى القضائي بالمغرب، نجد المجلس الأعلى قد اعتمد على البيئة الشرعية لإثبات الرجعة، وهذا في حال إذا لم تتم الرجعة بواسطة عدلين منتصبين للإسهاد، وإن كان يشترط لذلك إبراز حالة الاستثناء، قياساً على إثبات العلاقة الزوجية غير الموثقة، وهو ما جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 25 أبريل 1995 على أنه: "... وفي مذهب الإمام مالك أن الرجعة إما أن تقع بالقول، وإما أن تقع بالفعل كالوطء ومقدماته، ولا يجب على الزوج أن يشهد عدلين على الرجعة..."<sup>5</sup>. ما يلاحظ على قرار المجلس الأعلى أنه لم يشترط في الرجعة أن يشهد عدلين على ذلك؛ حيث تصح الرجعة بدونهما عملاً بمذهب الإمام مالك، وهذه مخالفة صريحة لأحكام مدونة الأسرة التي أقرت الإسهاد؛ ذلك لأن الرجعة - وفقاً للمدونة - من التصرفات

<sup>1</sup> - ما يلاحظ أن المادة 84 في فقرتها الثانية من مدونة الأسرة تقضي بأن تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو تحدد لها المحكمة تكاليف السكنى عند تحديد مستحقاتها.

<sup>2</sup> - محمد الشافعي، شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص.ص. 193-194.

<sup>3</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص. 318. محمد الشافعي، المرجع نفسه، ص. 194.

<sup>4</sup> - ويمكن أن نقول أن المشرع قد تعرض إلى إجراءات الإسهاد على الرجعة، ولكن بإشارة طفيفة في نص المادة 141 من مدونة الأسرة، والتي جاء نصها على النحو التالي: "توجه المحكمة ملخص وثيقة الطلاق أو الرجعة... إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقاً بشهادة التسليم داخل خمسة (15) يوماً من تاريخ الإسهاد به... يجب على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بامش رسم ولادة الزوجين. إذا لم يكن للزوجين أو أحدهما محل ولادة بالمغرب، فيوجه الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط. تحدد المعلومات الواجب تضمينها في الملخص المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه، بقرار من وزير العدل".

<sup>5</sup> - قرار شرعي للمجلس الأعلى، صادر بتاريخ 25 أبريل 1995، منشور بمجلة رسالة الدفاع، ع. 1، ص. 62. مقتبس عن محمد الكشيبور، المرجع السابق، ص. 320.

التي يجب الإشهاد عليها أمام عدلين منتصبين للإشهاد وتوثيقها من جانبها، ثم المخاطبة عليها من جانب قاضي التوثيق، بالشكل الذي يحدده القانون رقم 03-16 المتعلق بخطة العدالة<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لحالة الاختلاف بين الزوجين في حصول الرجعة أو عدم حصولها، فقد تطرق المشرع المغربي إلى تبيان هاته المسائل حتى لا يقع فيها اختلاف بين الزوجين، وهذا ضمن المواد 134 و 136 من مدونة الأسرة؛ حيث جاء في نص المادة 134 على أنه: "في حال ادعاء المعتدة الرية في الحمل، وحصول المنازعة في ذلك، يرفع الأمر إلى المحكمة، التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوئه، لتقرر استمرار العدة أو انتهاءها". وجاء في نص المادة 136: "تعدت غير الحامل بما يلي:

- ثلاثة أطهار كاملة لذوات الحيض.
- ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلا، أو التي يئست من الحيض، فإن حاضت قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاثة أطهار.

• تترىص متأخرة الحيض أو التي لم تميزه من غيره تسعة (09) أشهر ثم تعدت بثلاثة أطهار". يستشف من سياق النصين، أن المشرع قد حدد مدة العدة بالنسبة للحامل وغير الحامل بشكل لا يدع فيه مجالاً للشك أو الاختلاف بين الزوجين، كما بين العدة التي تعدها التي تحيض بالأقراء؛ والمتمثلة في ثلاثة أطهار، كما وضع المشرع أيضا المدة التي تعدها من لم تحض أو التي يئست من الحيض والمحددة بثلاثة أشهر، أما متأخرة الحيض أو المستحاضة التي لم تميزه من غيره، فحدد العدة عملا بمذهب الإمام مالك - كما سوف يأتي شرحه - تسعة (09) أشهر، ثم تعدت بثلاثة أطهار، أما في حال حصول المنازعة بين الزوجين في حال ادعاء المعتدة الرية في الحمل، فإن المشرع أجاز للمحكمة أن تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوئه، لتقرر استمرار العدة وانتهاءها طبقا لنص المادة 134 أعلاه.

وعلى المستوى القضائي بالمغرب، جاء قرار قضائي صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 16/03/1981، على أنه: "... ورد بالحكم المطعون فيه على أن المرأة تصدق في ادعاء انقضاء عدتها عند مرور شهر ونصف من تاريخ الطلاق، وإن ذلك يعتبر تعليلا لرفض الخبرة الطبية المطلوبة، وإن تصديق المرأة فيما يشبه دون حاجة إلى إجراء بحث، يدخل في باب السياسة الشرعية التي تحمل المطلق على الإسراع في استعمال حق الرجعة قبل أن تجد المرأة وسيلة للخلاص من الارتباط به من جديد فيما إذا كانت غير راغبة في ذلك..."<sup>2</sup>. كما جاء في قرار آخر لمحكمة الاستئناف بطنجة على أنه: "وحيث أنه من المقرر فقها أنه إذا نشب نزاع بين الزوجين حول انقضاء العدة فإن المرأة مصدقة في رجمها؛ لأنه لا يمكن معرفة ذلك إلا منها. قال العلامة أبو بكر بن العربي المالكي أن الله

<sup>1</sup> - محمد الكشور، مرجع سابق، ص 320.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، قرار صادر بتاريخ 16/03/1981، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع. 28، ص. 44.



جعلها أمينة على رحمها، فقولها فيه مقبول إذ لا سبيل إلى علمه إلا بخرها، كما تصدق إذا ادعت أنها أجهضت حملها، سواء ذكرت أن ذلك كان قرب الطلاق أو بعده؛ لأن السقط مما يحتمل وقوعه في كل وقت...<sup>1</sup>

لم يتعرض المشرع التونسي إلى مسألة الرجعة وأحكامها في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، كما لم يتطرق إلى مسألة الرجعة وإرادة الإصلاح، ولا إلى اختلاف الزوجين في الرجعة، ولا إلى مسألة الإشهاد على الرجعة، وكل ما نص عليه هو العدة التي تعتدها الحامل وغير الحامل والمتوفى عنها زوجها في مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

بالنسبة إلى المشرع المصري لم يتعرض -هو الآخر- إلى مسألة الرجعة وتبين أحكامها، كما لم يبين حكم تسعف الزوج في استعمال حق الرجعة ما إن كانت له رغبة في الإصلاح واستئناف الحياة الزوجية، غير أنه في حال تضرر الزوجة من زوجها باستعماله حق الرجعة من أجل تطويل أمد العدة، أو الانتقام منها، فلها أن ترفع أمرها للقاضي طالبة التخليق منه، ويطلقها القاضي حينئذ تطلقه بائنة، وهذا طبقاً لنص المادة 06 من قانون رقم (25) لسنة 1929، المعدل بقانون رقم (100) لسنة 1985 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية؛ حيث جاء في نصها: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طليقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر، بعث القاضي حكماً وقضى على الوجه المبين بالمواد 7,8,9,10,11". وبناء على ذلك أمكن القول أن المشرع المصري هو الآخر أخذ بقول ابن حزم الظاهري في اعتبار الرجعة باطلة.

أما بالنسبة إلى مسألة الإشهاد على الرجعة فلم يتعرض لها المشرع المصري، ولا حتى إلى مسألة الاختلاف بين الزوجين في حصول الرجعة، غير أننا نلمس إحدى القرارات القضائية لمحكمة النقض المصرية تتعرض إلى مسألة الاختلاف في الرجعة، وهذا من خلال القرار القضائي الصادر بتاريخ 09 أبريل 1980، والذي جاء فيه: "لما كان من المقرر في فقه الأحناف الواجب العمل به طبقاً لنص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، أن انقضاء العدة بالقروء لا يعلم إلا من جهة الزوجة وقد ائتمنها الشرع على الإخبار به، فالقول فيه قولها يمينها متى كانت المدة بين الطلاق وبين الوقت الذي تدعي انقضاء العدة فيه تحتمل ذلك...<sup>2</sup>"، يستشف من هذا النص أن المشرع المصري أخذ بقول أبي حنيفة والصاحبين، وكذا قول المالكية في اعتبار القول قول الزوجة يمينها ما لم تكذب القرائن عملاً بمذهب الإمام مالك.

بالعودة إلى المشرع الأردني نجد أنه قد تعرض إلى مسألة الرجعة وبيّن أحكامها، غير أن مسألة تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة من خلال إرادة الإصلاح واستئناف الحياة الزوجية، لم يشر إليها المشرع في قانون الأحوال الشخصية. وبناء على ذلك يكون للزوجة الحق في طلب التفريق لضرر، وهذا طبقاً لنص المادة 126 من

<sup>1</sup> - محكمة الاستئناف بطنجنة، قرار صادر بتاريخ 26 يناير 1993، رقم القرار 10، منشور بمجلة الندوة، ع. 11، ص. 73. مقتبس عن محمد

الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص. 312.

<sup>2</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص. 312.

القانون السالف ذكره؛ حيث جاء في نص المادة: "لأي من الزوجين أن يطلب التفريق للشقاق والنزاع إذا ادعى ضرراً لحق به من الطرف الآخر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، سواء كان الضرر حسياً كالإيذاء بالفعل أو بالقول، أو معنوياً. ويعتبر ضرراً معنوياً أي تصرف أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالطرف الآخر إساءة أدبية، وكذلك إصرار الطرف الآخر على الإخلال بالواجبات والحقوق الزوجية المشار إليها في الفصل الثالث من الباب الثالث من هذا القانون...".

وتطبيقاً لهذا النص، فالزواج إن تعسف في استعمال حق الرجعة، بأن راجعها من أجل تطويل أمد العدة عليها، أو حتى تبقى في عصمته ولا تحل منه رغبة في الانتقام منها، فيكون للزوجة طريق يمكنها الاستفادة منه يتمثل في رفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق من زوجها المتعسف. وعليه، يكون المشرع قد أخذ بقول ابن حزم من الظاهرية في اعتبار الرجعة باطلة، ويكون للحاكم أن يفرق بينهما إذا علم أن الزوج لا يرغب من الرجعة الإصلاح.

أما بالنسبة إلى مسألة الإشهاد على الرجعة، فلم يشر قانون الأحوال الشخصية الأردني إلى مسألة وجوب الإشهاد على الرجعة أو استحبابه، وإنما أطلق حق الرجعة للزوج دون إشهاد عملاً بمذهب أبي حنيفة في حال عدم وجود نص ينظم هاته المسألة، وهذا طبقاً لنص المادة 325 من قانون الأحوال الشخصية، والتي جاء فيها: "ما لا ذكر له في القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة". وعليه، مذهب أبي حنيفة لا يوجب الإشهاد على الرجعة، وإنما يكون ذلك من باب الاستحباب والندب.

وبالتالي، ومع عدم وجود نص على إشهاد عدلين منتصبين لذلك، إلا أننا ومع ذلك نجد نص المادة 97 من نفس القانون يوجب تسجيل الزوج أمام القاضي، تحت طائلة المعاقبة في حال ترك هذا الإجراء<sup>1</sup>؛ حيث نصت المادة على أنه: "يجب على الزوج أن يسجل طلاقه ورجعته أمام القاضي، وإذا طلق زوجته خارج المحكمة ولم يسجله، فعليه أن يراجع المحكمة لتسجيل الطلاق خلال شهر، وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات. وعلى المحكمة أن تقوم بتبليغ الطلاق الغيابي والرجعة للزوجة خلال أسبوع من تسجيله".

من سياق النص يتضح أن المشرع الأردني حذا حذو المشرع المغربي في جعل الرجعة تصرفاً قانونياً شكلياً، مثلها في ذلك مثل الزواج والطلاق، حيث لا بد من تسجيلهما. ضف إلى ذلك أن الطلاق لما كان واجباً قانونياً تسجيله، وأن المتخلف عن التسجيل يعاقب على ذلك - حفظاً لحقوق المرأة وعدم الإضرار بها في أن يراجعها

<sup>1</sup> - حيث نصت المادة 281 من قانون العقوبات الأردني: "من طلق زوجته ولم يراجع القاضي أو من ينيبه عنه خلال (15) يوماً لطلب تسجيل هذا الطلاق كما يقضي بذلك قانون حقوق العائلة الأردني، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن شهر واحد، أو بغرامة لا تزيد عن خمسة عشر (15) ديناراً".

زوجها حسب أهوائها، أو بقصد المضار بها بتطويل عدتها- فإن الزوج إذا راجعها في العدة لا يملك إلا أن يسجل رجعتها وذلك إسهاداً عليها، وإلا كانت إقامته مع زوجته غير قانونية<sup>1</sup>.

أما بالنسبة إلى مسألة اختلاف الزوجين حول صحة الرجعة، فقد جعل المشرع الأردني في ذلك قول الزوجة يمينها عملاً بمذهب أبي حنيفة والصاحبين وقول للمالكية، وحدد المشرع المدة التي تصدق فيها المرأة بادعائها انقضاء عدتها، وهذا في أجل ستين يوماً على الطلاق، عملاً بمذهب أبي حنيفة؛ حيث نصت المادة 100 من قانون الأحوال الشخصية: "إذا وقع نزاع بين الزوجين في صحة الرجعة، فادعت المعتدة بالحليض انقضاء عدتها في مدة تحتمل انقضاءها، وادعى الزوج عدم انقضائها، تصدق المرأة بيمينها، ولا يقبل منها ذلك قبل مضي ستين يوماً على الطلاق".

كما لم يتعرض المشرع العراقي إلى مسألة أحكام الرجعة، ومسألة تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة من خلال إرادته في الإصلاح واستئناف حياة زوجية جديدة. وتطبيقاً لذلك، وفي حال عدم وجود نص، فإن تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة من خلال تطويل أمد العدة، أمكن للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق لما لحقها من ضرر، عملاً بنص المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية، والتي جاء فيها: "إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية".

كما لم يتعرض المشرع العراقي -هو الآخر- إلى مسألة الإسهاد على الرجعة ما إن كانت مستحبة أم واجبة، واكتفى في نص المادة 38 على أن الرجعة تثبت بما يثبت به الطلاق: "...تثبت الرجعة بما يثبت به الطلاق"، وإذا رجعنا إلى ما يثبت به الطلاق وفق نص المادة 39 من نفس القانون، فإن الطلاق يثبت إما بحكم من المحكمة، أو بتسجيله في المحكمة خلال مدة العدة: "على من أراد الطلاق أن يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية يطلب إيقاعه واستحصال حكم به، فإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة...".

من سياق هذا النص يستشف أن المشرع العراقي حذا حذو المشرع المغربي والأردني في جعل الرجعة تصرفاً قانونياً شكلياً، تتطابق والطلاق في تسجيلها -مع الاختلاف مع المشرع المغربي الذي أوجب إسهاد عدلين على الرجعة-. وعليه، يكون المشرع العراقي قد أخذ بالقول الأول وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية، وكذا قول الشافعية في الجديد ومذهب عند الحنابلة؛ في أن الإسهاد على الرجعة ليس واجباً وإنما من باب الاستحباب والندب. أما بالنسبة إلى مسألة الاختلاف في الرجعة بين الزوجين، فلم يتعرض إليها قانون الأحوال الشخصية العراقي.

<sup>1</sup> - عيبر ربحي شاكراً القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.ص. 273-274. محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.318.

## الفرع الثاني

### صور التعسف في استعمال حق الرجعة

يتخذ التعسف في استعمال حق الرجعة عدة صور من بين أهمها: تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة بتطويل أمد العدة (أولاً)، تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة بغرض حمل الزوجة على الافتداء ومغالاته في طلب بدل الخلع (ثانياً)، وتعسف الزوجة في عدم الارتجاع لزوجها بادعائها عدم صحة الرجعة (ثالثاً).

### أولاً: تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة بغرض تطويل أمد العدة

تعتبر الرجعة من الحقوق التي ملكها الشارع الحكيم للزوج وحده، وهي كغيرها من الحقوق التي قد يساء استعمالها، وأن المسيء في الرحمة والإثم كغيره إن أصر على فعله، واستمر في الإضرار بالغير، ومن هذا المنطلق فالزوج قد يستعمل حق الرجعة الذي منح له بمقتضى عقد الزواج، ولكن ليس بالقصد الذي شرع لأجله؛ والمتمثل في إرجاع الزوجة إلى عصمته بعد طلاق رجعي، واستئناف حياة زوجية كريمة ملؤها المودة والرحمة، ويسودها الوفاق والوثام، وإقامة حدود الله، وإنما غرضه اتخاذ حق الرجعة وسيلة لإلحاق الضرر بالزوجة، من خلال تطويل أمد العدة عليها؛ ويكون ذلك بإبقائها في العدة - مع الضوابط والموانع التي تحكمها - وإبقائها في عصمته دون أن تحل منه، وهذا الأمر لا يبيحه الشرع؛ لأنه تعسف واستعمال للحق في غير ما شرع له<sup>1</sup>.

الجدير بالذكر أن عادة تطويل أمد العدة قد ثبتت عند أهل الجاهلية، الذين لم يكن لديهم للطلاق عدد، وكانت عندهم العدة معلومة مقدرة، وكان هذا في أول الإسلام برهة؛ حيث كان الرجل يطلق امرأته على ما شاء من الطلاق، دون احتساب لعدد الطلقات - التي لم تكن في ذلك الوقت مقيدة بعدد معين - فإذا كادت زوجته تحل من طلاقها راجعها ما شاء، وهذا بقصد تطويل أمد العدة عليها كي لا تُحل من زوجها وتبقى دائماً وأبداً حِلاً له<sup>2</sup>، فقد روي عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: "كان الرجل يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها، وهي امرأته إذا ارتجعها وهي في العدة وإن طلقها مائة مرة أو أكثر، حتى قال رجل لامرأته: والله لا أطلقك فتبيني مني، ولا آويك أبداً. قالت: وكيف ذلك؟ قال: أطلقك، فكلمنا همت عدتك أن تنقضي راجعتك. فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها فسكتت عائشة - رضي الله عنها - حتى جاء النبي - صلى الله عليه وسلم - فأخبرته، فسكت النبي - صلى الله عليه وسلم - حتى نزل قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عبيد ربحي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص.274. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.ص.102-103.

<sup>2</sup> - فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص.103.

<sup>3</sup> - محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، ج.6، مرجع سابق، ص.213.

وقال الشوكاني في شرحه لحديث عائشة -رضي الله عنها- أنه جاء كدليل على تحريم الضرر في الرجعة<sup>1</sup>، لأنه منهي عنه بعموم قوله تعالى ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾<sup>2</sup>، ويفسر هاته الآية الكريمة بما يكشف عن تلك الأوضاع التي كانت سائدة في بدء الإسلام، من قصد الإضرار بالزوجة تحت ستار المراجعة هذا؛ إذ يقول: "ولا تراجعوهن إن راجعتوهن في عددهن، مضارة لهن، لتطولوا عليهن مدة انقضاء عددهن ... بإمساكنكم إياهن، ومراجعتكم إياهن ضرارا واعتداء"<sup>3</sup>.

ويقول ابن عباس: "كان الرجل يطلق امرأته ثم يراجعها قبل انقضاء عدتها ثم يطلقها، فيفعل ذلك ليضرها ويعضلها، فأنزلت هذه الآية الكريمة أعلاه. وعن مسروق ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ قال: يطلقها حتى إذا كادت تنقضي عدتها راجعها، ثم يطلقها فيدعها، حتى إذا كادت تنقضي عدتها راجعها، ولا يريد إمساكها، فذلك الذي يضار، ويتخذ آيات الله هزوا". ولا خلاف بين الفقهاء في أن من كان مقصده بالمراجعة المضارة فإنه آثم بذلك<sup>4</sup>.

من سياق ما سلف ذكره فإن حق الرجعة التي جعلها الله -عز وجل- حقاً للزوج على مطلقته رجعيًا وهي في عدتها، وهذا بغرض أن يستأنف حياة زوجية مع زوجته المطلقة رجعيًا، ليتفادى بذلك ما عسى أن يكون قد وقع فيه من تسرع في تطليقها، فيصلح بذلك خطأ، ويستأنف حياة جديدة؛ لأن الرجعة التي ابتغاهها الشارع الحكيم وقصد من ورائها تشريع هذا الحق، هي رجعة إصلاح لا رجعة إضرار، وإلى هذا الرأي يميل جمهور المفسرين؛ فالزواج علاقة إنسانية مبنية على مكارم الأخلاق، والشرع يوجب المعاشرة بالمعروف وينهى عن الظلم، ودليل ذلك قوله تعالى ﴿إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾<sup>5</sup>. وعليه، فكل رجعة لا يراد بها الإصلاح ليست برجعة شرعية، ومن هذا المنطلق، فإن اتخذ الزوج هذا الحق ذريعة للإضرار بالزوجة، بأن لم يكن له من قصد الرجعة سوى المضارة بزوجه وإلحاق الأذى بها، أو بنية الانتقام منها، يكون قد استعمل هذا الحق في غير ما شرع له، وعرض نفسه للإثم والعذاب الأخروي بما اقترف من ظلم<sup>6</sup>.

الزوجة إذا علمت أن زوجها كان يقصد من رجعته لها المضارة، فلها أن ترفع أمرها إلى الحاكم ليفرق بينهما، وهذا عند بعض الفقهاء القدامى، كما أن الزوجة إذا راجعها زوجها ثم طلقها دون أن يمسه ويجمعهما

<sup>1</sup> - محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، ج.6، مرجع سابق، ص.213.

<sup>2</sup> - الآية 228 من سورة البقرة.

<sup>3</sup> - أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير الطبري، تفسير الطبري من كتابه جامع البيان عن تأويل أي قرآن، ج.5، مرجع سابق، ص.78.

<sup>4</sup> - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.103.

<sup>5</sup> - الآية 226 من سورة البقرة.

<sup>6</sup> - محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، ج.6، مرجع سابق، ص.213. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، ص.105. محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.ص.321-322.

فليس لها أن تستأنف عدة جديدة، وهذا إن طلقها أثناء العدة؛ فإن لها أن تبني على ما مضى إذا ثبت أنه قصد المضارة معاملة له بنقيض قصده، وهذا عند الإمام مالك<sup>1</sup>.

وقد قال فتحي الدريني: "أن المعاملة بنقيض القصد هنا رد لتعسفه في استعمال حق المراجعة، فثبت أن هذه الآية أصل في التعسف، ووجه التعسف ظاهر؛ لأنه استعمال الحق لمحض قصد الإضرار، وهو ما اعتبره العلماء لاسيما ابن رجب، تطبيقاً لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>.

### ثانياً: تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة بغرض حمل الزوجة على الخلع أو عضلها عن الزواج

فالزوج عندما يستعمل حق الرجعة بقصد المضارة بزوجته، فيراجعها ثم يعمد إلى طلاقها، وهذا بغرض حملها على الافتداء بنفسها منه، أو من أجل أن يعضلها عن الزواج من غيره فتبقى في عصمته ولا تحل منه، أو من أجل أن تدفع له ما سبق وأن آتاها من صداق، والله -سبحانه وتعالى- نهي الأزواج عن ذلك لقوله تعالى في محكم تنزيله ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتُدُوا﴾<sup>3</sup>. دلت هذه الآية الكريمة على تلك الأوضاع التي كانت قبيل مطلع فجر الإسلام، وذلك من قصد الأزواج الإضرار بزوجاتهم تحت ستار حق المراجعة<sup>4</sup>.

كثيراً ما يستعمل الزوج هذا الحق -المتمثل في الرجعة- بغرض دفع الزوجة وحملها على طلب الخلع، مقابل أن تدفع له ما سبق وأن آتاها من مهر، أو بأكثر مما أمهرها وقت الزواج، أو حتى تتنازل له عن مؤجل الصداق، وهذا كله نكاية بالزوجة، وتعسفاً في استعمال حق الرجعة، ويتجلى ذلك كله تحت ستار المضارة بها، أو نشوزها وكرهه لها، ومحاوله هجرها بالتضييق عليها في مراجعتها كلما كادت أن تحل منه، وهذا بنية إجلالها إلى الافتداء منه وبذل المال له، ولكن قصده مخالف للأصل في جواز أخذ العوض من المرأة؛ لأن قصد الزوج من استعماله لحق الرجعة المضارة وليس الإصلاح، ودليل ذلك قوله تعالى ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾<sup>5</sup>. دلت الآية الكريمة على حرمة منع إطلاق سراح المرأة مع كره الزوج لها بمضاراتها وسوء عشرتها، والتضييق عليها بمراجعتها وعضلها عن الزواج، من خلال إبقائها حلاً له فلا تحل لغيره، أو عضلها سعياً لكسب المال منها؛ وهذا الكسب يندرج تحت طائلة الكسب الممنوع<sup>6</sup>.

وتطبيقاً لما سلف ذكره، تتجسد صور تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة بغرض حمل الزوجة على الخلع

على النحو التالي:

● مضارة الزوج لزوجته بمراجعتها؛ وذلك من خلال سوء عشرتها وضربها والإضرار بها بالقول أو الفعل، أو منعها حقوقها، وهذا من أجل حملها على أن تفتدي منه بما سبق وأن أعطاها من مهر؛ فالخلع باطل، والعوض

<sup>1</sup> - فتحي الدريني، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

<sup>3</sup> - الآية 228 من سورة البقرة.

<sup>4</sup> - أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير الطبري، تفسير الطبري من كتابه جامع البيان عن تأويل أي قرآن، ج. 5، مرجع سابق، ص. 78.

<sup>5</sup> - الآية 19 من سورة النساء.

<sup>6</sup> - عبيد ربحي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 258.

مردود، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء والعلماء من المالكية والشافعية والحنابلة؛ قالوا أن الزوج إذا أضر بزوجته بسوء عشرتها من أجل حملها على الخلع بنية العوض، فإنه لا يستحقه؛ وذلك لأنه عقد معاوضة أكرهت على بذله بغير حق، فلم يستحق منه العوض للنهي عنه، والنهي يقتضي الفساد، وإن كان بغير لفظ الطلاق، وإن قلنا أنه فسخ ولم ينوه الطلاق لم يقع شيئاً<sup>1</sup>، وهذا بدليل قوله تعالى ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾<sup>2</sup>، وقوله -عز وجل- أيضا ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾<sup>3</sup>، وقوله تعالى أيضا ﴿وَلَا تُنْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَنْتَعْتَدُوا﴾<sup>4</sup>، ولأنه عوض أكرهن على بذله بغير حق فلم يستحق، ويقع بخلعه لها طلاق رجعية بغير عوض، وتطبيقا لذلك يرى الإمام مالك أنه لو أخذ منها شيئا وهو مضار لها وجب رده إليها، وكان الطلاق رجعيا، ويرى الحنفية أن العقد صحيح، والخلع واقع، والعوض لازم، وهو آثم عاص؛ لأنه يجرم عليه أن يأخذ شيئا مما أعطاهما وهو مضار لها، بدليل قوله تعالى ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۖ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾<sup>5</sup>.

ولأن الإجماع منعقد على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق، وفي إمساكها لا لرغبة بل لإضرار وتضييقا، وكذا رغبته في طلاقها وإرجاعها مرة أخرى، بنية حملها على الخلع، ليقطع ماله في مقابل خلاصها من الشدة التي هي معه فيها، وكذا عدم تركه لها فيذرهما كالمعلقة لا هي مطلقة ولا هي متزوجة، وهذا أخذا لما لها بغير حق، فكان حراما، والحرمة هنا لم تكن لذات الأخذ -لأن بدل الخلع جائز ومشروع- وإنما لغير الأخذ، وهو زيادة الإجحاش، فلا يعدم المشروعية في نفسه؛ وذلك لأنه أوحشها بالطلاق فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال؛ ولذلك فإن ملكيته لما يأخذه منها هي بسبب خبيث وضار، ولكن ومع ذلك تكون الزوجة قد استفادت من هذا الخلع ملكية نفسها، فكان ما بذلت لقاء ما كسبت.<sup>6</sup>

● وكذا تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة بغرض عضلها عن الزواج من غيره، حتى لا تُحل منه، وتبقى في عصمته.

<sup>1</sup> - نايف محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، المملكة الأردنية الهاشمية، لسنة 1431هـ - 2010م، ص.ص. 76-77. عبد المجيد بالطيب، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في العقود والمسؤولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص عقود ومسؤولية في الشريعة والعقود، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر-1، بن يوسف بن خدة، لسنة 2017-2018، ص. 140.

<sup>2</sup> - الآية 19 من سورة النساء.

<sup>3</sup> - الآية 229 من سورة البقرة.

<sup>4</sup> - الآية 231 من سورة البقرة.

<sup>5</sup> - الآية 20 من سورة النساء.

<sup>6</sup> - علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص. 508.

● وكذا يتعسف الزوج في استعمال حق الرجعة؛ وذلك من خلال مراجعتها كلما قاربت عدتها على الانتهاء ثم يهرع إلى إرجاعها لعصمته، وهذا كله بدافع أن يحملها على الافتداء بنفسها، ليأخذ أكثر مما سبق وأن آتاها، أو أن يطلقها على مال، فيغالي في طلب بدل الخلع حتى يلفظ بالخلع، وهذا من باب التضيق والمضارة، وكذا التعسف في استعمال حق الرجعة، فتكون المرأة مضطرة لأن تختلع منه حتى تتخلص من تعسفه وجوره.

الجدير بالذكر في هذا الشأن أن الفقهاء القدامى، وإن اتفقوا على أكل الزوج ما زاد عن المهر الذي قدمته الزوجة له - لنشوز الزوجة، أو رغبتها الخالصة في الخلع - سواء ما قدمته له طواعية، أو بناء على رغبته، إلا أن من الفقهاء من اعتبر الزيادة عن الصداق من باب الكراهة، وهناك من أجازها، وهناك من قال بجرمة أخذ ما زاد عن الصداق ووجوب رده، وهذا الخلاف اندرج تحت قولين؛ تمثل القول الأول في عدم جواز أخذ ما زاد عن الصداق كبديل للخلع (أ)، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بجواز أخذ ما زاد عن الصداق كبديل للخلع (ب).

#### أ - عدم جواز أخذ ما زاد عن الصداق كبديل للخلع

ذهب الحنفية والحنابلة إلى القول بكراهة الزيادة عن الصداق كبديل للخلع؛ إذ أنه يكره على الزوج أخذ ما زاد عن الصداق ديانة، وهو ما قاله أيضا علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - . كما أن الحنابلة في قول آخر لهم أنه يحرم على الزوج أخذ ما زاد عن الصداق، ويجب عليه رده؛ أي رد الزيادة<sup>1</sup>. وعللوا النهي عن الزيادة لما فيه من شبهة الربا، فالأصل أن يأخذ الزوج ما سبق وأن أمهرها به، فكانت الزيادة دون مقابل، وفي ذلك إضرار بها، وهو ممنوع؛ لأن الضرر في الشريعة الإسلامية ممنوع<sup>2</sup>.

واستدلوا في ذلك بالقرآن الكريم، بقوله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافًا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۚ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۗ﴾<sup>3</sup>. وجه الدلالة من الآية الكريمة أنها بينت جواز الخلع وحل أخذه من المرأة، ولكن ذلك مقيد بما أعطاها إياه كما أشارت الآية الكريمة في أولها، وكأن الآية الكريمة قيدت الإعطاء خلعا بقدر الإعطاء مهرا فتكره الزيادة عليه؛ أي زيادة مقدار العوض في الخلع على مقدر المهر<sup>4</sup>.

كما استدل أصحاب هذا القول بالسنة النبوية الشريفة، بما رواه عطاء عن النبي - صلى الله عليه وسلم - "أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها"<sup>5</sup>. دل الحديث الشريف على الكراهة في الزيادة على قدر

<sup>1</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، مرجع سابق، ص.150. عبير ربحي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.259.

<sup>2</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.3، المرجع نفسه، ص.151.

<sup>3</sup> - الآية 229 من سورة البقرة.

<sup>4</sup> - عبير ربحي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.261.

<sup>5</sup> - أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ج.7، مرجع سابق، ص.314.



الصداق، حيث قرر -عليه الصلاة والسلام- أن الزيادة على قيمة المهر ممنوعة؛ وذلك لأن المستحق ما بذله وهو المهر، والأولى أن لا يزداد<sup>1</sup>.

### ب- جواز أخذ ما زاد عن الصداق كبذل للخلع

ذهب المالكية، والشافعية، والظاهرية، إلى القول بأنه يجوز للزوج أن يأخذ ما زاد عن الصداق من المرأة في مقابل اختلاعها دون كراهة، وهو ما قاله أيضا عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-؛ حيث يرى أصحاب هذا القول أن الخلع عوض كسائر الأعواض، فجاز بكل ما تراضيا عليه، كما في البيع وكما في المهر وغيرهما<sup>2</sup>.

واستدل أحاب هذا القول بالقرآن الكريم، بقوله تعالى ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾<sup>3</sup>. وجه الدلالة من الآية الكريمة أنها قررت رفع الإثم عن الزوجين في حال الشقاق والنزاع، وعجزهم عن إقامة حدود الله تجاه بعضهما بأن تفتدي المرأة نفسها بما تبذله، سواء كان زهيدا أم كثيرا دون تقييد في ذلك؛ وذلك لأن الآية الكريمة جاءت مطلقة عن التحديد، ولا مقيدة باعتبار معين، فيعمل على إطلاقها<sup>4</sup>.

كما استدل أصحاب هذا القول بالسنة النبوية الشريفة، وذلك بما روي عن ابن عباس من أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي -صلى الله عليه وسلم- فقالت: "يا رسول الله، ثابت ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكن لا أطيقه. فقال -صلى الله عليه وسلم-: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم"<sup>5</sup>، دل الحديث الشريف على جواز الخلع بالمهر، وليس فيه منع الزيادة عليها ولا النقصان، وبذلك يجوز بكل ما تراضيا عليه وإن زاد عن قدر المهر؛ ذلك لأن الحديث جاء مطلقا في تقدير البذل دون تحديد<sup>6</sup>.

واستدلوا كذلك من الأثر، بما رواه علي بن أبي طالب أن الربيع ابنة مُعَوِّذ بن عفراء أخبرته قالت: "كان لي زوج يُقَلِّ الحَيْرِ عليّ إذا حضر، ويحرمني إذا غاب، قالت: فكانت مني زلة يوماً، فقلت له: أختلع منك بكل شيء أملكه. فقال: نعم. قلت: ففعلت، فخاصم عمي معاذ بن عفراء إلى عثمان، فأجاز الخلع. قالت: وأمره أن يأخذ ما دون عقاص<sup>7</sup>، الرأس"<sup>8</sup>، دل الأثر صراحة على جواز الخلع بكل ما تملكه المرأة، حتى وإن زاد عن قدر المهر

<sup>1</sup> - عبير رجي شاكرا القادومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.262.

<sup>2</sup> - محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، مرجع سابق، ص.73. أبو محمد علي بن سعيد بن حزم، الخلى، ج.9، مرجع سابق، ص.511. عبير رجي شاكرا القادومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.259 وما بعدها.

<sup>3</sup> - الآية 229 من سورة البقرة.

<sup>4</sup> - عبير رجي شاكرا القادومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.260.

<sup>5</sup> - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج.9، رقم الحديث 5275، مرجع سابق، ص.395.

<sup>6</sup> - عبير رجي شاكرا القادومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.260.

<sup>7</sup> - عقاص الرأس هو الخيط الذي يعقد به أطراف الذوائب. راجع محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج.4، مرجع سابق، ص.408.

<sup>8</sup> - أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، ج.6، أثر رقم 11850، مرجع سابق، ص.504.

متى رضيت المرأة بذلك، كما جاء في الأثر على رضاه على ذلك البذل، كما دل رضاها على البذل في سقوط حقها في مالها مقابل إعادة ملكها لنفسها<sup>1</sup>.

والقول الأولى بالرجحان في هذه المسألة هو القول الذي جاء به الحنفية والحنابلة، وهو القول الثاني بکراهة أخذ ما زاد عن المهر كبذل للخلع، وبالأخص نجد مقارنة للصواب، وعين العقل ما قاله الحنابلة بحرمة وعدم جواز أخذ ما زاد عن قدر المهر، وعلى الزوج رد الزيادة سواء رضيت الزوجة بالزيادة أم لم ترض، ذلك كأن يكون الزوج قد حملها على المخالعة نتيجة تعسفه في استعمال حق الرجعة، بمراجعتها كلما قارب أجل العدة على الانتهاء بغية أن لا تحل من عصمته، وتلجأ إلى المخالعة مقابل المبلغ المغالي فيه، والذي حدده الزوج زيادة عن قدر المهر الذي سبق وأمهرها، ولا نعرف ما يكرهه عليه مقابل سكوتها ورضاها بكل ما يطلبه؛ لأن غايتها التخلص من ظلمه وجوره، وتعسفه في استعمال حق الرجعة، حتى ولو طلب الغالي والنفيس ما كنت لترفض مقابل عتقها من ذلك الشرك.

ضف إلى ذلك أن الحياة بين الزوجين يحكمها الأخذ والعطاء في مناحي الحياة المختلفة، والزواج إن قدم المهر والنفقة، فإن المرأة قد قدمت نفسها ونذرت حياتها لخدمة الزوج والأولاد، حتى إذا دبت الشحنة والتنافر بينهما، وعجزت عن أن توفيه حقوقه، وإقامة حدود الله معه، وطلبت مخالفته، كان المنطق الشرعي وما يتقبله العقل يقتضي أن ترد ما قدمه لها مهرا دون زيادة أو مغالاة - خاصة وإن كان قد أضر بها في استعمال حق المراجعة - وأن يسما عن المشاكسة والندية والنكاي بالآخر، لعل الله يغنيهما من فضله، ويحدث بعد ذلك أمرا كان مفعولا<sup>2</sup>.

### ثالثا: تعسف الزوجة في عدم الارتجاع إلى زوجها

فقد تتعسف الزوجة في عدم الرجوع إلى زوجها بحجة انتهاء فترة عدتها، وأنها قد بانت منه، وفي هذه الحالة لا تثار مشكلة متى كانت عدة المطلقة بالأشهر، أو بوضع الحمل، وإنما تثار الصعوبة وجحود الزوجة عن التصريح بالحق، والتعسف في عدم الرجوع إلى زوجها إذا كانت قد اعتدت بالقروء ويرغب الزوج في مراجعتها، فتدعي أن عدتها قد انقضت بمرور الثلاثة أطهار المعتمدة شرعا، وفي الفقه المالكي والحنفي - كما سبق وأن بينا - أن القول قول الزوجة بيمينها ما لم تكذبها القرائن<sup>3</sup>، كما لو مر على طلاقها شهر واحد فقط أو أقل من ذلك<sup>4</sup>.

يتجلى تعسف الزوجة في عدم الارتجاع إلى زوجها، وهذا من خلال ادعاء انتهاء عدتها من خلال صورتين تتمثلان في التالي:

<sup>1</sup> - عبير رجي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 261.

<sup>2</sup> - عبير رجي شاکر القدومي، المرجع نفسه، ص. 263.

<sup>3</sup> - انظر. الصفحة 367-368 من هذه الدراسة.

<sup>4</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص. 310.

● حيث تتعسف الزوجة في كتمان الحيض بقصد إذهاب حق الزوج في إرجاعها، أو بقصد إلزامه للنفقة، وقد جاء في النص القرآني على أنه لا يجوز للزوجة كتمان الحيض؛ لأنه لا يعرف في مثل هذه الأمور إلا منها، لقوله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لِهِنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾<sup>1</sup>، أي من الحيض، وهو ما قاله عكرمة والنخعي والزهري، وقالوا أن المعنى المقصود من الآية أنه لما دار أمر العدة على الحيض والأطهار، ولا إطلاع عليهما إلا من جهة النساء، جعل القول قولها إذا ادعت انقضاء العدة أو عدمها، وجعلن مؤتمنات على ذلك؛ وهو مقتضى قوله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لِهِنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾<sup>2</sup>، وهذه الأمور لا يمكن معرفتها إلا من النساء؛ حيث جاء في متن الشيخ خليل: "وسئل النساء أي فإن صدقنها؛ أي شهدن أن النساء تحيض لمثله عمل به..."<sup>3</sup>.

وقال سليمان بن يسار: "لم نؤمر أن نفتح النساء فننظر إلى فروجهن، ولكن وكل ذلك إليهن إذا كن مؤتمنات". ومعنى النهي عن الكتمان النهي عن الإضرار بالزوج وإذهاب حقه، فإذا قالت المطلقة حضت وهي لم تحض، ذهب بحقه من الارتجاع، وإذا قالت لم أحض وهي قد حاضت ألزمته من النفقة ما لم يلزمه فأضرت به<sup>4</sup>.

● وكذا تتعسف الزوجة في كتمان الحمل بهدف إذهاب حق الزوج من الأبوة وإلحاق نسب الطفل للزوج الجديد، وهذا كله بنية قطع حق الزوج من الارتجاع، فلا يجوز للزوجة أن تكتم ما خلق الله في رحمها انتقاما من زوجها وإذهابا لحقه في الارتجاع، وقد دل على عدم حل الزوجة فعل ذلك قوله تعالى ﴿وَلَا يَحِلُّ لِهِنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾<sup>5</sup>، فسر عمر وابن عباس -رضي الله عنهم- أن المراد من الآية الكريمة الحمل، وقال مجاهد الحيض والحمل معا، وهذا على أن الحامل تحيض، وقد قال قتادة: "أنها كانت عادتهم في الجاهلية أن يكتمن الحمل ليلحق الولد بالزوج الجديد"، وفي ذلك نزلت الآية أعلاه. وحكي أن رجلا من أشجع أتى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقال: "يا رسول الله، إني طلقت امرأتي وهي حبلى، ولست آمن أن تتزوج فيصير ولدي لغيري، فأنزل الله -سبحانه وتعالى- الآية الكريمة ﴿وَلَا يَحِلُّ لِهِنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾<sup>6</sup>. قال العلامة أبو بكر بن العربي المالكي أن الله جعلها أمينة على رحمها، فقولها فيه مقبول، إذ لا سبيل إلى علمه إلا بخبرها، كما تصدق إذا ادعت أنها أجهضت حملها سواء ذكرت أن ذلك كان قرب الطلاق أو بعده؛ لأن السقط مما يحتمل وقوعه في كل وقت<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - الآية 228 من سورة البقرة.

<sup>2</sup> - الآية 228 من سورة البقرة.

<sup>3</sup> - آبي الأزهري، جواهر الإكليل، ج. 01، مرجع سابق، ص. 364.

<sup>4</sup> - أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج. 3، مرجع سابق، ص. 118-119.

<sup>5</sup> - الآية 228 من سورة البقرة.

<sup>6</sup> - عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج. 3، المرجع السابق، ص. 119.

<sup>7</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص. 312.

## المطلب الثاني

### معايير التعسف في استعمال حق الرجعة

سبق وأن ذكرنا أن الرجعة من الحقوق التيملكها الشارع الحكيم ثم التشريع الجزائري والتشريعات العربية للزوج، غير أن هذا الحق كغيره من الحقوق التي يتعسف في استعمالها، أو تستعمل على نحو أن يقصد صاحبها الإضرار بغيره، فينحرف عن غاية استعمال هذا الحق؛ أي عن المقصود الشرعي من تشريع حق الرجعة، فالزوج قد يستعمل حق الرجعة بغرض المضار بزوجته أو الانتقام منها، وإبقائها في العدة - مع الضوابط والموانع الشرعية التي تحكمها - فلا يبتغي من الرجعة إرادة الإصلاح بإمسك زوجته بالمعروف، واستئناف حياة جديدة يسودها الوفاق والوئام، وهذا من خلال تدارك خطئه بتطبيقها، وإنما يرغب فقط بمعاقبها والتضييق عليها، وكذا التشديد عليها، وحملها على الالتجاء إلى وسائل أخرى يكون له فيها منفعة وصالح.

كما قد تستعمل الزوجة حقها في عدم الارتجاع بأن تدعي أن عدتها قد انتهت، أو أن الرجعة غير صحيحة، فقط بهدف الانتقام من زوجها الذي سارع إلى طلاقها ربما في لحظة غضب. وحتى نضبط الفعل التعسفي للزوج في استعمال حق الرجعة، وكذا الزوجة في إدعائها عدم صحة الرجعة، لابد من التعرض إلى المعايير الذاتية للتعسف في استعمال حق الرجعة (الفرع الأول)، والمعايير الموضوعية للتعسف في استعمال حق الرجعة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### المعايير الذاتية (الشخصية) للتعسف في استعمال حق الرجعة

لإثبات الفعل التعسفي في استعمال حق الرجعة لابد من تحقق معيارين؛ يتمثل المعيار الأول في قصد الإضرار (أولاً)، أما المعيار الثاني فيتجسد في معيار المصلحة غير المشروعة (ثانياً).

#### أولاً: معيار قصد الإضرار

يتجسد معيار قصد الإضرار؛ في قيام الزوج بإرجاع زوجته إلى عصمته قبل انتهاء عدتها بأيام ثم تطبيقها مرة أخرى دون مجامعة أو معاشرة بحق، أو معاشرتها بنية عدم استئناف حياة زوجية جديدة، وقرينة قصده الإضرار تتضح جلياً من خلال عدم رغبته بها وتطبيقها بعدم الإرجاع مباشرة، فكان الجزاء الشرعي هو معاملته بنقيض قصده<sup>1</sup>، لأن المظنة غلبة المئنة؛ بمعنى أن مظنة الإضرار بقصده في إرجاع زوجته قبل أيام من انتهاء عدتها ثم تطبيقها مرة أخرى، غلبة المئنة في إرادته الإصلاح، وتطبيقاً لذلك تستمر الزوجة في عدتها وتبني على عدتها الأولى، دون أن تستأنف عدة جديدة، ودليل ذلك ما رواه ابن جريح قال: "قلت لعطاء: الرجل يطلق المرأة فتعتد بعض عدتها، ثم يراجعها في عدتها ويطلقها ولم يمسه، من أي يوم تعتد؟ قال: تعتد باقي عدتها"<sup>2</sup>، طبقاً لقاعدة

<sup>1</sup> - عبيد رجي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 261.

<sup>2</sup> - أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، ج. 6، رقم الأثر 10948، مرجع سابق، ص. 307.

"الضرر يزال"<sup>1</sup>، هذا في حال ما لم يجامعها، أما إذا جامعها فعليها أن تبني عدة أخرى جديد، وهذا إضرار كبير بالزوجة؛ لأنها لم تعتق من حبال زوجها الذي يرغب في مضارها فحسب، والإسلام نهى عن الإضرار بدليل قوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>2</sup>.

كما يمكن إعمال معيار قصد الإضرار؛ من خلال حمل الزوج الزوجة على دفع بدل الخلع حتى تفتدي منه لعدم وجود خلاص آخر تتحرر من خلاله، فيعمد الزوج إلى مراجعتها كلما قاربت عدتها على الانتهاء، بغرض دفعها للخلع، ومغالاته في طلب بدله. كما يتجسد قصد الإضرار أيضا في أن يقصد الزوج إبقاء زوجته في عصمته حتى لا تحل منه ويتزوجها آخر، فيعضلها ويحرمها من أن تكون لها فرصة أخرى في زوج آخر صالح. كما يتجسد أيضا معيار قصد الإضرار في كتمان الزوجة الحيض أو الحمل الذي ائتمنها الله عليه، فتدعي حينما يرغب زوجها في مراجعتها أن عدتها انتهت، وهذا بنية إلحاق إلزامه بالنفقة ما لم يلزمه، أو أن تذهب حقه في الرجعة، أو بقصد كتمان حملها عليه.

### ثانيا: معيار المصلحة غير المشروعة

يظهر معيار المصلحة غير المشروعة في إقدام الزوج على عضل زوجته ليأخذ منها ما سبق وأن آتاها من مهر، أو أكثر منه، فيعمد إلى التضييق عليها، ومراجعتها كلما كادت عدتها على الانتهاء، وهذا من أجل أن تسأله المخالعة، ويحقق مآربه غير المشروعة من مكاسب ومنافع، بغض النظر عن حجم الضرر المادي والمعنوي الذي يلحقه بزوجه.

كما يتجسد معيار المصلحة غير المشروعة من خلال مراجعة الزوج زوجته كلما قاربت على انتهاء عدتها؛ فيراجعها حتى يطيل أمد العدة عليها، لغاية أو مصلحة غير شرعية تكمن في الانتقام أو تضييق العيش عليها، أو حتى يحملها على أن تفعل المعاصي من أجل أن يظفر بغنيمة تشويه سمعتها. ويعمل أيضا معيار المصلحة غير المشروعة من خلال قيام الزوجة بكتمان ما جعل في رحمها من حمل؛ بهدف إلحاق الولد بالزوج الجديد، أو بنية إلزامه النفقة، فتكتنم حيضها أو حملها على زوجها؛ وذلك لأن القول في هذه المسألة يكون قولها، وهذه المسائل ليس للرجال فيها إطلاع.

### الفرع الثاني

#### المعايير الموضوعية للتعسف في استعمال حق الرجعة

تعرضنا سابقا إلى أن التعسف في استعمال حق الرجعة يثبت من خلال معيار قصد الإضرار، وكذا من خلال معيار المصلحة غير المشروعة، بالإضافة إلى هاذين المعيارين يمكن إثبات التعسف في استعمال حق الرجعة أيضا؛ من خلال معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة (أولا)، وكذا من خلال معيار الضرر الفاحش (ثانيا).

<sup>1</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص. 179.

<sup>2</sup> - سبق تحريجه.

### أولاً: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

يكمن معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة من خلال إرجاع الزوج لزوجته دون إسهاد، فإن الزوجة إذا انقضت عدتها ولم يقيم الزوج بالإسهاد على رجعتها، فقد تنكر وقوع الرجعة، ولا بينة للزوج في ذلك، فيقع الضرر المترتب عن عدم الإسهاد على الزوج؛ وذلك بجرمانه من امرأته وتكلفة المؤجل والمهر الجديد، فيفوق الضرر الذي يقع عليه لو أشهد؛ لأن هذا الأخير -الإسهاد- يضمن حقه في إرجاع الزوجة. وتطبيقاً لمعيار الموازنة بين الضررين يرحح الضرر الأعظم؛ والمتمثل في ضرر عدم الإسهاد، ويكون دفعه واجباً، ويقال بالإسهاد احتياطاً، وحفظاً للحقوق من الضياع والنكران<sup>1</sup>، وأيضاً وفقاً لما قاله الإمام الشاطبي: "اعتبار الضرر العام أولى فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به؛ لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، ولكن بحيث لا تلحق المصالح الخاصة مضرة لا تنجبر"<sup>2</sup>، كما قال عز الدين بن عبد السلام في هذا الشأن: "إذا اجتمعت مصالح ومفاسد؛ فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله تعالى ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفاسد أعظم من المصلحة، درأنا المفاسد ولا نبالي بفوات المصلحة"<sup>3</sup>، كما يمكن تطبيق القاعدة الفقهية التي تقول: "درء المفاسد أولى من جلب المنافع"، وكذا قاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات"، وقاعدة: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة"<sup>4</sup>.

كما يمكن إعمال معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة من خلال مطالبة الزوج بزيادة على المهر كبديل للخلع، أو حمل الزوجة على الخلع من خلال مراجعتها والتضييق عليها، وهذا بهدف الاستفادة من البديل، وتكون الموازنة في أن الضرر اللاحق بالمرأة في تكليفها رد المهر وزيادة، مع ألم الفشل في حياتها الزوجية، أو التضييق عليها في إطار تلك العلاقة، يفوق الضرر اللاحق بالزوج إن رد إليه مهره دون زيادة، حيث سلم له ماله. وتطبيقاً لهذا المعيار يدفع أعظم الضررين -وهو الضرر اللاحق بالزوجة المخالعة- بتحمل أيسرها، وإن كان الضرر معنوياً بالنسبة إلى الرجل، فلا يقال بالزيادة<sup>5</sup>.

### ثانياً: معيار الضرر الفاحش

يمكن إعمال معيار الضرر الفاحش من خلال قصد الزوج في مراجعة زوجته كلما قاربت على أن تحل منه، بغرض تطويل أمد العدة عليها، أو بقصد الانتقام منها أو التضييق عليها، أو بنيتها أن لا تحل منه وتبقى في عصمته، فيعضلها حتى لا تتزوج غيره، وهذا كله دليل على تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة من خلال رغبته المضار بالزوجة، وليس في نيته الإصلاح واستئناف حياة زوجية جديدة.

<sup>1</sup> - عبيد ربحي شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.275.

<sup>2</sup> - إبراهيم بن موسى اللحمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج.2، مرجع سابق، ص.266.

<sup>3</sup> - عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج.1، مرجع سابق، ص.84.

<sup>4</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص.185 وما بعدها.

<sup>5</sup> - عبيد ربحي شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.265.

كما يتجسد معيار الضرر الفاحش في قيام الزوج بإرجاع زوجته إلى عصمته قبل فوات أجل العدة بقصد التضييق عليها والانتقام منها، وكذا بهدف سؤالها المخالعة، سعياً لتحقيق المكاسب والمنافع، ويكون ذلك من خلال حملها على طلب الخلع، وإلزامها بدله، بقيمة تساوي المهر الذي أداه إليها أو أكثر منه، وهذا يعتبر من قبيل الضرر الفاحش.

ويعتبر ضرراً فاحشاً بالنسبة إلى الزوج كتمان الزوجة الحيض بهدف إلزام الزوج النفقة، بما لا يلزمه، أو بغرض إسقاط حقه في الارتجاع، ويكون ذلك من خلال إدعائها عدم صحة الرجعة، أو انتهاء حقه في الرجعة. كما يعتبر من قبيل الضرر الفاحش النسبة إلى الزوج أيضاً كتمان الزوجة الحمل، حتى تلحق ابنها بزوجها الجديد، وهذا الضرر يعتبر ضرراً فاحشاً ليس بالزوج فحسب، بل وحتى بالمجتمع من خلال اختلاط الأنساب.

وعليه، يتضح من سياق ما سبق ذكره أن الرجعة تعتبر من الحقوق التي شرعت لتحقيق غاية ابتغاها الله في خلقه وبيّن أحكامها، ونظمتها التشريعات العربية حتى لا يتصرف فيها الأزواج حسب أهوائهم ونزواتهم، غير أن الزوج قد يتخذ من هذا الحق وسيلة للإضرار بزوجه بتطويل أمد العدة، من خلال الإساءة في استعمال حق الرجعة، أو من خلال حمل الزوجة على المخالعة، لتفتدي بنفسها بمبلغ مالي يلزمه به بقدر مهرها، أو يفوق ذلك القدر انتقاماً منها لا غير. كما قد تلجأ الزوجة إلى الإضرار بزوجها من خلال كتمانها الحيض أو الحمل، بهدف إذهاب حقه في الرجعة وإلزامه ما لا يطيق، أو إلحاق ابنها بالزوج الجديد، بهدف حرمان زوجها من أبوة ذلك الولد، الذي ربما كان بحاجة ماسة له لعقمهما مدة طويلة، أو لنسبة إمكانية تحصيل النسب منه ضئيلة، وهذه من أفظع وأشنع صور التعسف في استعمال حق الرجعة من طرف كلا الزوجين. يتضح من هذه الأفعال تحول مؤسسة الزواج إلى حرب سجال بين الزوجين، يحصل كل منهما الحق ويلزم الضرر للآخر، مع عدم مبالاتهم بالضرر الأكبر الذي يلحق الأبناء.

كما تطرقنا في هذه الدراسة إلى أن التشريع الجزائري لم يتعرض إلى مسألة الرجعة صراحة، وإنما أشار إليها في معرض الحديث عن الصلح، كما لم يبين أحكامها ومسألة الإشهاد عليها، وحال اختلاف الزوجين في الرجعة، وهذا على خلاف التشريعات العربية، التي بينت ذلك جملة وتفصيلاً، من بينها المشرع المغربي، وكذا المشرع الأردني.

ما يجدر التنويه إليه أن تعسف الزوجين قد يصل إلى موصلي آخر يلحق ضرراً أعظم من الأضرار التي سبق ذكرها في هذه الدراسة، ويكون ذلك من خلال تعسفهما في استعمال حق الحضانة وما يترتب عنه من ضرر فاحش عظيم بالأبناء على وجه الخصوص، وبالمجتمع على وجه العموم.

## المبحث الثاني

### التعسف في استعمال حق الحضانة

تعتبر الحضانة<sup>1</sup> من أكثر الحقوق التي أولتها الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري والتشريعات العربية اهتماماً؛ وذلك لتعلقها بأكثر فئة هشة ضعيفة في المجتمع، وأيضاً لأنها العمود الفقري في عملية تربية الأبناء؛ إذ هي المرحلة التي يتم فيها الغرس والبناء، ولقد كان من جملة هذا الاهتمام تشريع العديد من الأحكام المتعلقة بها، ذلك من خلال تبيان حقوق الأطفال، وكل ما يتعلق بمآته الحقوق من تواع مادية ومعنوية، والأولى من ذلك توفير سبيل من الحماية للمحضون حتى لا يكون وسيلة لإضرار أحدهما بالآخر (الأب والأم)، فيكون بالنتيجة المحضون قد أخذ نصيباً أوفر من الضرر أكثر من كليهما.

الجدير بالذكر أن الحضانة الأصل فيها ثابت للوالدين؛ لأنهما موكلان شرعاً وقانوناً بحفظ الصغير والقيام بأمره (من تربية ورعاية وتعليم وما إلى ذلك... الخ)، وذلك لما بينهما من علاقة الولادة، هذا في حال إذا كان الوالدان مجتمعين، أما إن وقع بينهما طلاق أو افتراق، فأولى الناس بالصغير هي الأم، وذلك لما ثبت لها من السنة النبوية، لما رواه عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة جاءت إلى النبي -عليه الصلاة والسلام- فقالت: "يا رسول الله، إن ابني كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وتدي لي له سقاء، وإن أباه طلقني ويريد أن ينتزعه مني. فقال -عليه الصلاة والسلام-: أنت أحق به ما لم تنكحي، فانطلقت به"<sup>2</sup>، وجه الدلالة من الحديث الشريف أن المرأة لما عرضت طلبها على النبي -عليه الصلاة والسلام- بالاحتفاظ بابنها لما تميزت به من حملة واحتضانها وإرضاعه، أقر -عليه الصلاة والسلام- لها بالحضانة لاستحقاقها ذلك؛ ذلك لأنها هي التي حملته وهنا على وهن وسقته لبناً، وحوته في حجرها، فكانت أولى من الأب ما لم تنكح<sup>3</sup>، إذ أن بزواج الحاضنة يسقط عنها حق الحضانة.

<sup>1</sup> - تعرف الحضانة لغة على أنها: "مشتقة من الحضان والاحتضان: وهو احتمالك الشيء وجعله في حضانك". انظر. ابن منظور، لسان العرب، ج.13، مرجع سابق، ص.ص.122-123.

أما اصطلاحاً فلم تختلف تعريفات الفقهاء القدامى للحضانة اختلافاً كبيراً؛ وذلك لاتفاقهما على مضمون الفعل وهو الحضانة من حفظ الصغير والقيام على شؤونها، فالحضانة هي: "تربية العاجز من تصريف أموره من الصغير والصغيرة، أو غيرها (كالمعتوه والجنون وإن بلغا)، وحفظه والقيام بمصالحه وشؤونها؛ وذلك من طعام وكسوة وشراب وتنظيف جسمه وموضعه، وكذا تعليمه ورعايته". عبير رجي شاكرك القادومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.158.

أما قانوناً، فقد اتفقت التشريعات العربية (التشريع الجزائري والعراقي والتونسي) أيضاً على أن الحضانة هي حفظ الولد ورعايته وتعليمه والسهر على شؤون ومصالحه، والقيام بتربيته وفق دين أبيه. راجع في ذلك المادة 62 من قانون 05-02 المتعلق بالأسرة، والمادة 163 من مدونة الأسرة المغربية، والفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية. أما بالنسبة إلى المشرع المصري والأردني والعراقي فلم يتعرضوا إلى تعريف الحضانة في قوانينهم الخاصة بالأحوال الشخصية، واكتفوا فقط بذكر أحكام الحضانة، ولكنهم وإن لم يعرفوا الحضانة، إلا أن نصوصهم قد صرحت بأن الحضانة هي حفظ الولد ورعايته مثل ما قالت به التشريعات السالف ذكرها.

<sup>2</sup> - رواه أبو داود، سنن أبي داود، ج.2، حديث رقم 2276. الحديث حسن. انظر. محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، ج.2، مرجع سابق، ص.430.

<sup>3</sup> - عبير رجي شاكرك القادومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.159.



كما تجدر الإشارة إلى أن الحضانة تقدم فيها العصبية من النساء وهذا باتفاق الفقهاء؛ ذلك أن الحضانة ضربت من الولاية؛ والقاعدة في الشرع أن يقدم كل موطن وكل ولاية من هو أقوم بمصالحها، ولأن الحضانة تستدعي وفرة الصبر على الأطفال لكثرة بكائهم وتضجرهم، وتعكر صفوة مزاجهم بين تارة وأخرى، ناهيك عن العوارض التي تعترضهم من آلام الجسد والأسنان وغيرها، وأيضا لمزيد الرقة والشفقة الباعثة على الرفق بهم، والنساء في هذه المواطن أتم من الرجال لذلك قدمن عليهم، وينظر في انتقال الحاضنة الأولى أقرباء الأم؛ إذ تلي الأم أم الأم، ثم قريبات المحضون القريبة، والأقرب أولى من الأبعد على ترتيب معين مدون في كتب الفقه<sup>1</sup>.

غير أنه قد ينازع النساء في الحضانة ولي المحضون، لحق يراه لنفسه في انتزاع المحضون من أمه، أو من منح لها حق الحضانة - بموجب الشرع والقانون - كما قد تستعمل الحاضنة حق الحضانة في غير الغاية التي شرع لأجلها هذا الحق، وفي غير المصلحة التي يرمي القانون إلى تحقيقها من إعطائها هذا الحق، فيكتسب تطبيقا لذلك هذا الحق ازدواجية بين الأب والأم، فينشأ حينئذ تعسف في استعمال حق الحضانة؛ ذلك لأن كل واحد منهما يرى أن الآخر على خطأ، وأنه هو الأحق منه بحضانة الطفل لحرصه عليه، أو باستعمال هذا الحق وفق أهوائه الشخصية، أو بغرض التشفي والانتقام، دون أن يراعى في ذلك الضرر اللاحق بالطفل من جراء هذا الصراع، ودون أن يأخذ في الحسبان حجم الظلم والجور الذي يلقيه أحدهما على الآخر - الذي منح له حق الحضانة -، فيأتي هنا ميزان الشرع والقانون ليوازن بين الحقوق، ويدراً التعسف الواقع على المحضون، وعلى الذي منح له حق الحضانة، أو الذي تعسف في استعمال حق الحضانة.

ما تجدر الإشارة إليه أن التعسف في استعمال حق الحضانة يتخذ صوراً عديدة، سواء بالنسبة للمحضون أو الحاضن، وهو ما سيتم تبيانه من خلال صور التعسف في استعمال حق الحضانة، مع تبيان حكم التعسف من خلال كل صورة، وكذا التعرّيج أيضا على موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من كل صورة من صور التعسف في استعمال حق الحضانة (المطلب الأول)، كما يقتضي منطق الدراسة أن نضبط ونبرز معايير التعسف في استعمال حق الحضانة أيضا (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### صور التعسف في استعمال حق الحضانة

يتخذ التعسف في استعمال حق الحضانة عدة صور تمس المحضون كضحية أولى عند انقطاع العلائق، كما تمس الحاضن عند استعمال حق الحضانة، فيتعسف الآخر في الإضرار بها على نحو يقطع عليه حقه من الحضانة، أو يتعسف هو في حد ذاته - الحاضن - في استعمال حق الحضانة إضراراً بالطفل والولي. وعليه، سنحاول في هذه الدراسة تسليط الضوء على مختلف صور التعسف في استعمال حق الحضانة تجاه المحضون (الفرع الأول)، وكذا التعسف في استعمال حق الحضانة تجاه غير المحضون (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - محمد الخطيب، الشريفي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، مرجع سابق، ص.452. ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج.3، مرجع سابق، ص.562-563. عبيد رجي شاکر القدومي، مرجع سابق، ص.ص.160-161.

## الفرع الأول

### التعسف في استعمال حق الحضانة تجاه المحضون

أقرت الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري والتشريعات العربية العديد من الحقوق للمحضون، حماية له ولحفظ مصالحه والقيام بشؤونهم، ومن جملة هذه الحقوق توجد حقوق مالية وحقوق غير مالية، وبما أن الحضانة حق مزدوج - بين الأم والأب - وإن كان يثبت للأم بحسب الأصل، إلا أن أب المحضون تبقى له مسؤوليات تجاه ولده؛ من بينها النفقة وأجرة الحضانة، ويعتبر هذان الحقان من الجوانب المالية التي تثبت للمحضون. ولا تقتصر مسؤوليات الحضانة تجاه المحضون على الجوانب المادية فحسب، بل تشمل أيضا المعنوية منها حاجة الطفل الصغير إليها، غير أن الطرفين المتمثلين في الأب والأم، أو غيرهما ممن نصب لهم هذا الحق، قد يتعسفون في استعمال هذه الحقوق، أو في أدائها، أو في الامتناع عن أدائها، أو في أدائها على نحو يلحق ضرراً كبيراً بالمحضون. وعليه، سنتعرض في هذه الدراسة إلى كل وجه على حدة؛ حيث سنتطرق في البدء إلى التعسف في الحقوق المادية للمحضون (أولاً)، ثم نشير بعد ذلك إلى التعسف في الحقوق المعنوية للمحضون (ثانياً).

### أولاً: التعسف في الحقوق المادية للمحضون

سنتعرض في مجال الحقوق المالية للمحضون إلى حق النفقة، وحق أجرة الحضانة، وكذا حق الرضاع، ونبين من خلال هذه المسائل مجال التعسف فيها، ومدار إساءة استعمال هاته الحقوق أو التعسف في الامتناع عن أدائها، مع تبيان في كل وجه منها موقف الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والتشريعات العربية منها، وعليه، سنتناول في البدء التعسف في نفقة المحضون (أ)، ثم نبين بعد ذلك التعسف في أجرة الحضانة (ب)، وبما أن أجرة الرضاع ومجال التعسف فيها قد سبق التعرض إليه في الدراسات السابقة فلا داعي لتكرارها<sup>1</sup>.

### أ- التعسف في نفقة المحضون

سبق وأن تعرضنا إلى النفقة، ومجال التعسف فيها من قبل الزوج في إطار العلاقة الزوجية، وحتى بعد فك العصمة الزوجية، وأيضا بينا صور تعسف الزوجة في المطالبة بالنفقة<sup>2</sup>، سنأتي الآن إلى دراسة مسألة التعسف في نفقة المحضون. فنفقة الصغير باتفاق الفقهاء من واجبات الأب؛ لأنها من أسباب الكفاية والحفظ والإنجاء من المهالك، إذ لا بد أن يكون الأب قادرا على الإنفاق من ماله، كما يجب أن يكون الابن المستحق للنفقة فقيرا، ولا مال له، وأن يكون طفلا صغيرا، أو كبيرا وذا عاهة، أو مزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب، فيما تظل البنت محل نفقة من طرف الأب إلى غاية زواجها، لينتقل واجب الإنفاق على البنت إلى عاتق زوجها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - راجع الصفحة 252 وما يليها من الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة.

<sup>2</sup> - انظر. الصفحة 297-304 من هذه الدراسة.

<sup>3</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.4، ص.30. ابن حزم، المحلى بالآثار، ج.10، مرجع سابق، ص.114. رمضان السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص.615 وما يليها. سناء عماري، عبد الرؤوف دبابش، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، م.10، ع.02، د.م.ن، سبتمبر 2019، ص.175.

واستدل الفقهاء في وجوب نفقة الولد على أبيه من القرآن الكريم بقوله تعالى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>1</sup>، وقوله تعالى أيضا ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾<sup>2</sup>، ومن السنة النبوية الشريفة قوله -عليه الصلاة والسلام- لهند زوجة أبي سفيان -رضي الله عنهم-: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"<sup>3</sup>، وقوله -عليه الصلاة والسلام- لمن جاء يشكو أباه الذي يريد أن يجتاح ماله: "أنت ومالك لوالدك، إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم فكلوا هنئاً"<sup>4</sup>.

الجدير بالذكر أن الفقهاء القدامى اتفقوا أيضا على أن الصغير الذي يملك مالا تكون نفقته من ماله؛ ذلك لأن الأصل في نفقة الإنسان أنها من مال نفسه، صغيرا كان أم كبيرا. غير أن الطفل الصغير إذا لم يكن له مال، ولم تكن أمه قادرة على الإنفاق عليه لفقرها<sup>5</sup>، فإنه يلزم على الأب أن ينفق على ابنه، ويجتهد في كسب المال، أما إذا امتنع عن دفع النفقة أو في تقديرها حسب حاجة المحضون ويسر المنفق، فإنه يكون متعسفا في الإنفاق على المحضون، كما قد تتعسف الحاضنة أيضا في مغالاتها في طلب نفقة المحضون، أو تلتمس من المطالبة بنفقة المحضون ذريعة للإضرار بالأب المنفق. يمكن أن نوضح هذه الحالات التي يتجسد فيها التعسف من خلال صور التعسف في نفقة المحضون، مع تبيان موقف الفقه الإسلامي من هذه الصور (01)، ثم نبرز كذلك موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من هذه الصور أيضا (02).

### 1- صور التعسف في نفقة المحضون

يتجسد التعسف في نفقة المحضون من خلال الامتناع عن دفع النفقة، كما يظهر أيضا من خلال التعسف في تسليم النفقة، وكذا التعسف في تقدير النفقة، كما يتجسد كذلك في حالة التعسف في قبض النفقة.

<sup>1</sup> - الآية 233 من سورة البقرة.

<sup>2</sup> - الآية 06 من سورة الطلاق.

<sup>3</sup> - سبق تخريجه.

<sup>4</sup> - الشوكاني، نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار، ج.6، مرجع سابق، ص.11.

<sup>5</sup> - فواجب النفقة ليس حكرا على الأب فحسب، بل يقع أيضا على الأم في حال عدم وجود الأب، أو في حال إعساره مع يسار الأم. الجدير بالذكر أن الفقهاء قد انقسموا في مسألة وجوب أو عدم وجوب النفقة على الأم من خلال قولين؛ حيث ذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد إلى القول بأن نفقة الصغير واجبة على الأم، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾، كما استدلوا بالسنة النبوية الشريفة، لما روي عن أم سلمة قالت: "يا رسول الله، ألي أجر أن أنفق على بني أبي سلمة، إنما هم بني؟ فقال: أنفقي عليهم فلك أجر ما أنفقت". رواه البخاري، صحيح البخاري في شرح فتح الباري، كتاب الزكاة، باب الزكاة على الزوج والأيتام في الحجر، ج.2، حديث رقم 1467، مرجع سابق، ص.122.

في حين ذهب الإمام مالك إلى القول بأن نفقة الصغير غير واجبة على الأم، وحثه في ذلك؛ أن الأم ليست عصبه لولدها، وتطبيقا لذلك لا تجب عليها النفقة. مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة -فلسطين-، لسنة 1437-2015، ص.41.

والقول الراجح في هذه المسألة أن يتم النظر إلى حال الأم من يسار وإعسار، وعدم وجوبها إن كانت فقيرة لا تملك مال، وهذا حتى يدفع عنها الحرج والضيق الشديدين. مروة خضر عياد، المرجع نفسه، ص.42.

## 1-1- التعسف في الامتناع عن دفع النفقة

قبل أن نفصل في هذه الصورة ونبين مواطن التعسف فيها، لابد من التنويه إلى نقطة مهمة جداً، هي أن المراد بالامتناع عن دفع النفقة ليس عدم أدائها إطلاقاً أو الإحجام عن دفعها، وإنما المراد بذلك قيام الأب المنفق بالتحايل في أدائه للنفقة؛ وذلك من خلال محاولة التهرب من دفعها في وقتها بطرق ملتوية وغير قانونية، كأن يفرض على المنفق نفقة المحضون من راتبه الشهري، غير أنه يكون للمنفق مصدر دخل آخر غيره يستطيع من خلاله أداء النفقة، ثم يتماطل في أدائها بذريعة عدم أخذه لراتبه الشهري؛ وبإدعائه التأخر في قبض الراتب، مع قدرته ويسره في أداء النفقة، فيكون بذلك الإدعاء قد أضر بالمحضون لامتلاكه مصدرًا آخر يمكن من خلاله الإنفاق على المحضون، وهذا الفعل فيه ضرر كبير للمحضون والحاضنة، خاصة إذا لم يكن لهذه الأخيرة مصدر دخل آخر تنفق من خلاله على المحضون، أو كانت الأم حاضنة لعدد من المحضونين الصغار (مثلاً إن كان لها التوائم)، فبامتناعه عن دفع النفقة تحايلاً مع قدرته على أدائها، يعتبر الأب متعسفاً في استعمال حق الإنفاق على المحضون، والتعسف ممنوع<sup>1</sup>، ودرؤه واجب، ويقع على القاضي رفع الظلم عن المحضون والأم؛ لأنه منصب لرفع الضرر ورعاية مصالح المحضون من باب أولى.

كما يتخذ تحايل الولي في أداء النفقة صورة أخرى؛ كأن يشرع الأب المنفق بنقل ملكية أمواله سوريا إلى شخص آخر، أو أن يجعل قسيمة الراتب بغير اسمه، حتى يتماطل في دفع النفقة الواجبة عليه من ماله حقاً للمحضون، فمما لا شك فيه أن المنفق يحق له التصرف بماله كيفما شاء، غير أنه لما قام بنقل ملكية ماله سوريا، يكون قد استعمل حقه بطريقة تعسفية، فيها ضرر كبير للمحضون والحاضنة<sup>2</sup>، والحقوق شرعت في الشريعة الإسلامية لتحقيق المصالح العامة، ولتحقيق غاية أرواها الله سبحانه وابتغى من خلقه تحقيقها، فإذا ما انحرفوا عن الغاية الشرعية، كانوا قد ناقضوا المقصد الشرعي الذي ابتغاه الشارع الحكيم من هذا الحق، والمناقضة تعسف، والتعسف هو المعنى الحقيقي للضرر، والضرر ممنوع في الشريعة الإسلامية، لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup>، ورفع الضرر من اختصاص القاضي؛ لأنه منصب على رفع المظالم.

ضف إلى ذلك أن النفقة إنما يقصد من منعه إتهام المحضون، وجعل حياته صعبة متعسرة، رغبة جاححة منه في الانتقام والتشفي، ونية خالصة في الإضرار بالحاضنة؛ ذلك لأن قيامه بنقل أمواله سوريا كي يتهرب عن دفع النفقة في وقتها أو إدعائه العسر، أو تأخره في قبض راتبه الشهري ما هي إلا مظنة غلبة مئنة في الانتقام والإضرار بأب ابنه، فيعامل بنقيض قصده، ويجبر الأب على دفع نفقة المحضون وإلا يجبس؛ لأن بالحبس يمكن معرفة إن كان يكذب

<sup>1</sup> - مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحاضنة، مرجع سابق، ص.46.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص.ص.46-47.

<sup>3</sup> - سبق تحريجه.

أم يصدق، وبذلك يزال الضرر إن رغب في أدائه لنفقة بدل الحبس، وهذا طبقاً للقاعدتين الفقهييتين "الضرر يزال"، و"الضرورات تبيح المحظورات"، وقاعدة "الضرر يدفع بقدر الإمكان"<sup>1</sup>.

والقول بالحبس للممتنع عن الإنفاق هو قول الحنفية، إذ يرون أن امتناع القريب من الإنفاق على قريبه المستحق، وإصراره على ذلك مع قدته ويساره، فإنه يحبس ولو كان أباً للضرورة؛ ذلك لأن في الامتناع عن النفقة إهلاكاً للقريب، وفي الحبس حمل على الإنفاق لحفظ حياة الإنسان، وهو أمر واجب شرعاً، ويتحمل الأب وغيره من باب أولى هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة<sup>2</sup>.

قال الكاساني -وهو من فقهاء الحنفية- من خلال كتابه بدائع الصنائع في مسألة إجبار الأب على دفع النفقة واستعمال الحبس كوسيلة لذلك: "وأما الأب فيحبس في نفقة الولد أيضاً ولا يحبس في سائر ديونه؛ لأن إيذاء الأب حرام في الأصل، وفي الحبس إيذاؤه، إلا أن في النفقة ضرورة، وهي ضرورة دفع الهلاك عن الولد؛ إذ لو لم ينفق عليه لهلك، فكان هو بالامتناع من الإنفاق عليه كالقاصد إهلاكه، فدفع قصده بالحبس، ويحمل هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة"<sup>3</sup>.

فهنا الفقيه الكاساني قد استعمل التعزير في حالة امتناع الأب عن أداء نفقة المحضون تحايلاً، ويكون ذلك من خلال حبسه؛ ذلك أن هذا الفقيه يرى أن الأب قد يعمد إلى التقاعس عن الكسب بنية إهلاك المحضون والحاضنة، وتطبيقاً لذلك يعامل بنقيض قصده فيحبس، حتى يرتدع وينفق على ذويه، ولأن الحبس يكون عند المعصية، لكن الضرورة أباحت المحظور، طبقاً للقاعدتين الفقهييتين "الضرورات تقدر بقدرها"، وقاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"<sup>4</sup>.

الجدير بالذكر أن التعزير والإجبار في أداء النفقة يقاس على كل من تجب عليه نفقة المحضون -بمقياس الأب- من أم أو قريب أو حكومة، فالأم قد تمتنع عن النفقة بنية الإضرار بالمحضون أو والده، والدولة قد تهمّل هذه الفئة بادعائها العجز في ميزانيتها، أو عدم توفر أموال، وغير ذلك من صور التعسف في الامتناع عن دفع النفقة للمحضون، فهذه وتلك التي سبق ذكرها تعد كلها من قبيل التعسف في الحقوق المادية للمحضون، وفي حقه بالنفقة على وجه الخصوص<sup>5</sup>.

## 1-2-2- التعسف في تسليم النفقة

يظهر التعسف في تسليم النفقة من خلال قيام المنفق بجبر الحاضنة على أمور ليست في صالح المحضون، وتجلب الضرر والمشقة للحاضنة؛ كأن يجبرها على إحضار المحضون ليأكل عنده، وذلك من أجل أن يخفف عن

<sup>1</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص. 179 وما بعدها.

<sup>2</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص. 621.

<sup>3</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج. 4، مرجع سابق، ص. 38.

<sup>4</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، مرجع سابق، ص. 187 وما بعدها.

<sup>5</sup> - مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحاضنة، مرجع سابق، ص. 47.

نفسه بعض أعباء النفقة، بقصد حرمان الحاضنة من النفقة<sup>1</sup>؛ حيث قال الخطاب في كتابه مواهب الجليل: "المن الولد في حضنته -الحاضن من أم وغيرها- أن تأخذ ما يحتاج إليه الولد من نفقة وكسوة وغطاء ووظء، وإن قال الأب هو يأكل عندي ثم يعود إليك، لم يكن له ذلك؛ لأن في ذلك ضرراً على الولد وعلى الحاضنة، إذ الأطفال يأكلون في كل وقت"<sup>2</sup>، يتضح من ذلك أن قصد المكلف بالنفقة -الأب- في إحضار الولد المحضون ليأكل عنده فيه ضرر للطفل والحاضنة، فيعامل بنقيض قصده فيمنع من ذلك، وتطبيقاً لذلك عليه أن يسلم النفقة للحاضنة لتنفق هي على المحضون.

كما يظهر أيضاً تعسف الأب في تسليم نفقة المحضون في جبر الحاضنة على الحضور هي بنفسها لتستلم النفقة، في حين أنه يشق عليها الوصول إلى مكان المنفق بسبب بعد المسافة (كأن يكون الأب المنفق ساكناً بالقرى، وتكون الحاضنة ساكنة في المدينة، أو يكون الأب قد انتقل إلى دولة أخرى، فيطلب منها أن تأتي لتلك الدولة ليسلمها مبلغ النفقة، أو كأن يكون ساكناً في مكان يجتدم فيه الصراع المسلح الداخلي أو الخارجي، أو كان مقيماً في دولة نشبت فيها الحروب مثلاً كسوريا والعراق وفلسطين... الخ)، فباشتراطه المجيء عنده حتى يسلمها نفقة المحضون يكون متعسفاً في استعمال الحق بهذه الصورة، وذلك بجبره للحاضنة على ما لا تطيق<sup>3</sup>.

غير أننا في الوقت الراهن، ومع التطور التكنولوجي لا يمكن أن يشق على الحاضنة استلامها نفقة المحضون، ولا يكون للأب المنفق مجال ليتعسف بالصورة التي أسلفنا ذكرها، وذلك بوجود بطاقات الائتمان، كما أنها يمكن أن تستلم مبلغ النفقة من أقرب بريد للبيت الذي تحضن فيه الصغير عن طريق الحوالات. وبالتالي لا يمكن أن نلمس مثل هذا الصورة في الوقت الحالي.

### 1-3- التعسف في تقدير النفقة

تعتبر نفقة المحضون من واجبات الأب بحال يسره وقتره، ويؤخذ في الاعتبار عند تقديرها المعروف والمعتد من نفقة أمثال المحضون، ومعلوم أن الأسرة في الغالب الأعم تكون مترابطة، يحكمها وسط من الألفة والمحبة؛ حيث يقوم الأب بالإنفاق على زوجته وأبنائه عن طيب خاطر ومحبة، غير أنه عند انقطاع العلائق بينهما وحصول الفرقة، تجف -بناء على ذلك- ينابيع المودة والرحمة، فيظهر وجه آخر للأب أو رغبة جامحة في الانتقام، فتشع النفس في أداء واجب النفقة، ودفع الأموال، ومن هذا المنطلق يحصل التعسف في تقدير النفقة، ويظهر ذلك مثلاً في حال حدوث تواطؤ المنفق مع القاضي، فيحكم على المنفق الميسور الحال مبلغاً زهيداً بخساً بدراهم معدودات، لا يغطي أدنى حاجات ومقومات العيش الكريم للمحضون، أو أن يكون مقدار النفقة ثابتاً غير متجدد حسب ما يحتاجه المحضون؛ حيث أنه في ظل المتغيرات التي يشهدها العصر نتيجة تزايد الحاجيات وغلاء المعيشة، وكثرة

<sup>1</sup> - مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحاضنة، مرجع سابق، ص. 47.

<sup>2</sup> - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب الطرابلسي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج. 4، ط. 3، دار الفكر، د. ب. ن، لسنة 1412هـ - 1192م، ص. 219.

<sup>3</sup> - مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحاضنة، مرجع سابق، ص. 48.

المتطلبات، فإن الأمر يستدعي تحديد مقدار النفقة لتناسب وحاجات المحضون، فهنا تكون الجهة المسؤولة عن فرض النفقة -المتمثلة في القاضي المعروض عليه النزاع- قد تعسفت نوعا ما تجاه المحضون، عندما استعملت حقها في فرض النفقة على وجه أضرب به، ودون مراعاة لحال المحضون والحاضنة، ودون تدقيق في حال المنفق من اليسر<sup>1</sup>. كما تظهر أيضا نية الأب المنفق بالتعسف في تقدير النفقة في إجبار الأم على التنازل عن حقها في الحضانة، ويظهر ذلك في تواطئه مع القاضي لكي يقدر النفقة بمبلغ زهيد، لا يكفي الزوجة في إعالة أولاده - خاصة إذا كانت الأم حاضنة لعدد من الأولاد-، ولم يكن لها دخل آخر تستطيع إعالتهم منه، فهنا تضطر إلى التنازل عن حقها في الحضانة، ويكون الأب المنفق قد أضرب بالمحضون من خلال تقييره بالنفقة، وحرمانه من بقائه في حضن أمه التي كان حجرها له حواء وثديها له سقاء، والتي ألغها لشفتقتها ومحتتها عليه، بعدما رأى من وليه غلظة وشدة وإحجاما له<sup>2</sup>.

#### 1-4-التعسف في قبض النفقة

إن التعسف في استعمال حق الحضانة - كما سبق وأن أشرنا- قد يقع حتى من قبل الحاضنة؛ باستعمالها للمحضون كوسيلة للانتقام من المحضون له، ويظهر ذلك من خلال قيام الحاضنة بعد قبضها للنفقة بإهدارها وتضييعها، وصرفها على غير وجه حق، إضرارا بالمحضون والمضون له المنفق، كأن تقوم مثلا بإهدار النقود التي أرسلها لها المحضون له للإففاق على المحضون، فتقوم بشراء الطعام الفاره، أو الملابس الثمينة أو الحلبي، رغبة فقط في الإضرار والانتقام من الولي المنفق الذي طلقها لسبب ما، فتعمد للانتقام على طلاقها بهذه الصورة، فهنا تكون الحاضنة قد تعسفت في استعمال حقها في قبض النفقة. كما يتخذ تعسف الحاضنة في قبض النفقة صورة أخرى؛ كأن تقدم للمحضون له قائمة طلبات لنفقة تعجيزية لا يستطيع المرء في ظروفه العادية عن دفعها، كأن تطلب أجره مسكن في منطقة معينة تكون فيها الإيجارات باهظة عن المعتاد والمألوف؛ ولأن أجره المسكن تعتبر نوعا من النفقة، فتستعمل الحاضنة حقها في أجره المسكن بصورة تضر المحضون؛ لأنها بطلبها أجره زيادة قد تجعل المحضون له ممتنعا عن أدائها لعجزه وعدم قدرته، فيتضرر بذلك المحضون لعدم حصوله على مسكن يأويه<sup>3</sup>.

الجدير بالذكر أن تعسف الحاضنة في قبض النفقة بإجبار المنفق -المحضون له- على أداء مبلغ ما لا يطبق على دفعه، جشعا منها وتحايلا وانتقاما من مطلقها، ورغبة منها في الإضرار به، والضرر يجب دفعه، وإزالته واجبة، طبقا لقاعدة "الضرر يزال". وتطبيقا لذلك، ولغلبة المظنة المثنة فتعامل بنقيض قصدها، فتمنع من قبض النفقة حفاظا على حق المحضون، وفي هذا يقول الخطاب في كتابه مواهب الجليل: "وإن شكك الأب ضياع نفقة ابنه فأراد أن يطعمه فقد كتب إلى سحنون شبخرة في الحالة تجب لها الحضانة، فيقول الأب يكون ولدي عندي لأعلمه

<sup>1</sup> - مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مرجع سابق، ص.48.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص.48-49.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص.49.

وأطعمه؛ لأن الخالة تأكل ما أرزقه، وهي تكذبه أن للأب أن يطعمه ويعلمه، وتكون الحضانة للخالة، فجعل الحضانة أن يأوي إليها وتباشر سائر أحواله مما لا يغيب عليها من نفقته"<sup>1</sup>.

كما قد تقوم الأم الحضانة بقبض نفقة المحضون، وتغالي في مقدار النفقة، ولكنها لا تنفق على المحضون من النفقة التي هي حقه، وإنما تعطيهما لوليها أو لأمه، أو تصرفها على أهلها، فمثل هذه الحالة والحالات السابقة، تمنع الحضانة من قبض النفقة إذا ثبت قيامها بمثل هذه الأفعال، وحرمان المحضون من حقه في النفقة، وإضرارها بالمحضون له بمغالاتها في طلب النفقة، لقد نهى الشارع الحكيم عن أكل مال اليتيم، يقول تعالى ﴿وَأْتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ ۖ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ ۖ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ﴾<sup>2</sup>، ضف إلى أن المطالبة بالنفقة وأخذها تكون بالحسنى والمعروف، فقد قال -عليه الصلاة والسلام- لهند: "خذني ما يكفيك وولديك بالمعروف"<sup>3</sup>؛ والمعروف أي دون طمع وزيادة على حاجتها. وتطبيقا لذلك، فإن قيام الحضانة بالتعسف في مغالاتها بطلب نفقة المحضون، وتحميل الأب المنفق فوق وسعه وطاقته، أو قيامها بصرف النفقة في ما لا حاجة ولا داعي له، أو صرفها لنفقة المحضون على أهلها، فإن هذا يعتبر من قبيل الضرر الواجب إزالته ودفعه، فتمنع عقاباً لها من قبض مبلغ النفقة، ويوكل غيرها في ذلك، ولكن مع بقاء رعايتها للمحضون حفاظاً على حقه وصوناً له من تضييع حقه في النفقة دون وجه حق<sup>4</sup>.

## 2- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في نفقة المحضون

سنتعرض في البدء إلى موقف المشرع الجزائري من التعسف في نفقة المحضون، ثم نعرض بعد ذلك إلى تبيان موقف التشريعات العربية من ذلك أيضاً.

### 2-1- موقف المشرع الجزائري من التعسف في نفقة المحضون

هذا المشرع الجزائري حذو ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية من وجوب نفقة المحضون من مال أبيه - إن لم يكن للمحضون مال-، فالأب -وفق قانون الأسرة الجزائري- ملزم بالنفقة على الأولاد في إطار عمود النسب<sup>5</sup>، وهذا طبقاً لنص المادة 75 من الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة، والتي جاء فيها: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال. بالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حال ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة. وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب". وعليه، يستخلص من نص المادة أن النفقة واجبة على الأب ولا تسقط عنه، حتى يبلغ الذكر سن الرشد ما لم يكن مصاباً بعاهة، وإلا فلا تسقط عنه إطلاقاً، والبنت حتى تتزوج، وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ

<sup>1</sup> - أبو عبد الله محمد المقرئ الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج.4، مرجع سابق، ص.220.

<sup>2</sup> - الآية 02 من سورة النساء.

<sup>3</sup> - سبق تحريجه.

<sup>4</sup> - مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مرجع سابق، ص.50.

<sup>5</sup> - سناء عماري، عبد الرؤوف دبابش، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.175.



2005/02/23 حيث جاء فيها: "تبقى نفقة البنت على والدها ملازمة لها ولا تسقط عنها، إلا بالدخول أو بالاستغناء عنها بالكسب"<sup>1</sup>.

بالنسبة إلى مسألة تقدير النفقة ومدار التعسف فيها، فإن المشرع في نص المادة 79 من القانون السالف الذكر، جعل مراجعة القاضي للنفقة بعد مضي سنة، وفي هذا إجحاف كبير لحق المحضون والمحاضنة، خاصة إن كانت النفقة التي قدرت قبل تلك السنة قليلة، تتماشى والوضع الذي كانت عليه الزوجة، ووفق قدرة الزوج في ذلك الوقت، غير أن الكسب ربما يتغير فيتغير حال الزوج بعد ذلك العام أو الشهر إلى يسار، أليس من المجحف مراجعة التقدير تكون بعد سنة كاملة؟ ضف إلى أن حاجات الصغير تتغير وتزداد، ومتطلبات المعيشة صارت في ارتفاع، خاصة في الوضع الراهن وما تشهده الجزائر من تفشي جائحة كورونا، واحتكار السوق، وارتفاع الأسعار، وغلاء المعيشة؛ حيث كانت متطلبات المعيشة في سنة 2019 و2020 معقولة، وبعد تلك السنة أيضا من سنة 2020 و2021 صارت في ارتفاع رهيب، أوليس هذا إجحاف وتعسف نوعا ما في حق الزوجة التي تنتظر مدة سنة حتى يراجع القاضي تقدير النفقة وربما لا يراجع إطلاقا؟!

لذلك كان على المشرع أن يجعل مراجعة النفقة لمدة أقل من سنة، حسب السلطة التقديرية لكل قاضٍ معروض عليه النزاع، وفق الظروف الاستثنائية التي وجدت في العريضة، مثل ظهور نفقات طارئة لها طابع الديمومة، أو كإصابة المحضون بمرض مزمن أو عاهة مستديمة.

أما بالنسبة إلى مسألة امتناع الأب عن النفقة الواجبة عليه والمقررة قانونا، أو التحايل في أدائها، فإن المشرع الجزائري قد أخذ بموقف الفقه الحنفي في مسألة حبس الأب حين امتناعه عن أداء واجبه في النفقة؛ لأن المشرع الجزائري اعتبر امتناع الأب عن تسديد النفقة جريمة تتعلق بالتخلي عن الالتزامات والسلطة الأبوية أو القرابة، وهي الالتزامات الوارد ذكرها في نص المادة 75 من القانون السالف الذكر، والتي توجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، كما يمثل امتناع الأب عن دفع نفقة المحضون شكلا من أشكال التعسف، وتطبيقا لذلك فرض على الممتنع عقوبة سالبة للحرية تتراوح ما بين ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات، وغرامة مالية تقدر بخمسمائة (500) دج إلى خمسة آلاف دج، هذا طبقا لنص المادة 330 من قانون 16-02 المتعلق بقانون العقوبات، والتي جاء فيها: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر (06) إلى ثلاث (03) سنوات، وبغرامة من خمسمائة (500) دج إلى خمسة (5000) آلاف دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم". يتضح من نص المادة أن العناصر المكونة للجريمة، والتي يجب توافرها لإقامة دعوى أمام النيابة العامة للمطالبة بالنفقة، وحتى تكون جريمة في إطارها القانوني السليم، لا بد من توافر العناصر التالية<sup>2</sup>:

● وجود سند قضائي يقضي بأداء النفقة للمحضون.

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2005/02/23، رقم القرار 318418، م.م.ع، ع.1، لسنة 2005، ص.283.

<sup>2</sup> - سناء عماري، عبد الرؤوف دبابش، التعسف في استعمال حق الحضنة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.177.

- أن يكون السند القضائي قابلاً للتنفيذ.
  - أن يتمتع المحكوم عليه عن دفع كامل النفقة المقررة قضاء لمحضونه لمدة تفوق شهرين.
- وأضافت المادة 331 من قانون 15-19 المتعلق بقانون العقوبات، على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى سنتين (02) وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج: أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين، ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية والمادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي. ولا تنقطع مدة الشهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع يبنى عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية...".

وعلى المستوى القضائي، فقد جاء قرار قضائي صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 22 فيفري 2000 بوجوب التزام الأب بالنفقة، وعدم سقوطها عنه حتى ولو كانت الزوجة موسرة ما لم يثبت عجزه وعدم قدرته على الإنفاق؛ حيث جاء في حيثيات القرار: "إن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة -الطاعنة- رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده أخطأوا في تطبيق القانون"<sup>1</sup>. وفي معرض تأسيسه أكد القرار القضائي أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق البنيتين في النفقة دون مبرر شرعي، سواء بالنسبة لنفقة الزوجية الواجبة لها، أو بالنسبة لنفقة العدة الواجبة على مطلقها شرعاً، أو النسبة لنفقة البنيتين الفقيرتين، وذلك أن الحكم المستأنف لم يذكر فيه المطعون ضده الإعسار، وإنما ذكر ذلك أمام المجلس، وأن القرار المطعون فيه لم يلاحظ أحكام المواد 37، 61، 72، 75، 78 من قانون الأسرة، التي ينطبق حكمها على النفقات المقضي بها بالحكم المستأنف، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه"<sup>2</sup>.

كما أشارت المحكمة العليا في إحدى قراراتها إلى مسألة تماطل الأب في تسديد النفقة، والتعسف في دفعها بحجة أن راتبه الشهري غير كافٍ لأداء واجبه في الإنفاق على المحضون؛ حيث جاء في قرار صادر عنها بتاريخ 21 جانفي 2004: "لا يحق للأُم الحاضنة التنازل عن نفقة الأولاد مادامت النفقة حقاً للمحضون"<sup>3</sup>. وفي معرض تأسيسه خلص القرار إلى أن الأولاد لم يكن لهم مال، ولما ثبت ذلك فإن الأب ملزم بالنفقة عليهم حسب حاله، وأن شهادة عدم العمل بأجر التي يتذرع بها الطاعن لا تعفيه من النفقة على أولاده، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الأُم الحاضنة لا تملك التنازل عن نفقة الأولاد"<sup>4</sup>.

ولضمان حق المحضون أكثر في النفقة أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 15-01 والمتعلق بإنشاء صندوق النفقة، المؤرخ في 4 جانفي 2015<sup>5</sup>؛ حيث يعتبر هذا الأخير صندوقاً مالياً احتياطياً يتولى دفع مستحقات النفقة

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2000/02/22، قرار رقم 237148، م.ق، ع.02، لسنة 2001.

<sup>2</sup> - باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص.ص.154-155.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2004/01/21، قرار رقم 311458، م.ق، ع.02، لسنة 2004، ص.379.

<sup>4</sup> - باديس دياي، المرجع السابق، ص.155.

<sup>5</sup> - ج.ر، ع.01، الصادرة بتاريخ 07 يناير 2015.

للطفل المحضون، تقبضه المرأة الحاضنة في حال تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي الملزم بالنفقة، وكذا بسبب امتناع المدين عن الدفع أو عجزه عن ذلك، أو في حال جهل محل إقامته، وتطبيقاً لذلك يعتبر صندوق النفقة وسيلة حمائية للمحضون والحاضنة، تمكنه من الاستفادة من صندوق النفقة. ويشترط القانون 15-01 المتضمن صندوق النفقة شروطاً حتى تستفيد الأم الحاضنة من المستحقات المالية لذلك الصندوق، حفاظاً على مصالح المحضون المالية، وتمثل هذه الشروط في التالي<sup>1</sup>:

● وجوب إسناد الحضانة للأم المطلقة بحكم قضائي، التي تكون في الغالب الزوجة المطلقة طبقاً لنص المادة 64 من الأمر 05-02 المتعلق بقانون الأسرة<sup>2</sup>.

● صدور حكم قضائي معجل النفاذ، يأمر المدين بأداء النفقة.

● تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي القاضي بالنفقة، والذي يثبت فيها بموجب محضر يحرره محضر قضائي، يبين من خلاله امتناع المدين عن تنفيذ الحكم القضائي، أو عجزه أو عدم معرفة محل إقامته.

## 2-2- موقف التشريعات العربية من التعسف في نفقة المحضون

لقد انتهج المشرع المغربي نهج المشرع الجزائري بأخذه بما اتفق عليه الفقه؛ بأن نفقة المحضون تكون على عاتق أبيه، وهذا طبقاً لنص المادة 198 من مدونة الأسرة المغربية، والتي جاء فيها: "تستمر نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد، أو إتمام الخامسة والعشرين بالنسبة لمن يتابع دراسته. وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب، أو بوجود نفقتها على زوجها. ويستمر إنفاق الأب على أولاده المصابين بإعاقه والعاجزين عن الكسب". حسب مقتضيات نص المادة فالنفقة هي التزام في ذمة الأب لصالح أبنائه في حدود السن التي عينها المشرع<sup>3</sup>، والتي تنتهي فيه النفقة بكيفية عادية بالوصول إلى سن الرشد القانوني، وهي قد تستمر استثناءً إلى حدود إتمام سن خمسة وعشرين سنة من العمر، متى كان الولد يتابع دراسته؛ إذ مصلحة الطفل في هذه الحالة الأخيرة تفرض ذلك<sup>4</sup>.

كما راعى المشرع المغربي الوضعية الخاصة للبنت، فقرر تطبيقاً لذلك بأن نفقتها لا تنتهي إلا بإثبات أنها تتوفر على الكسب، أو بوجود تلك النفقة على زوجها بالبناء بها. ضف إلى ذلك لم ينس المشرع حالة الأطفال المصابين بإعاقه بدنية أو ذهنية والعاجزين عن الكسب؛ حيث تستمر نفقة الأب عليهم ما داموا على حالتهم

<sup>1</sup> - سناء عماري، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.176.

<sup>2</sup> - حيث جاء في نص المادة 64 من قانون الأسرة: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الحالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة، مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

<sup>3</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.549.

<sup>4</sup> - محمد الكشيبور، أحكام الحضانة (دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة)، ط.1، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، الدار البيضاء، لسنة 2004، ص.142.

تلك. ما يجدر التنويه إليه وفقا للنص أعلاه أن الحضانة قد تنتهي وفقاً للسن المحددة قانوناً، ولكن النفقة تستمر ولا تنقطع وفق ظروف معينة<sup>1</sup>.

لقد حول المجلس الأعلى للحضانة أن تنوب عن المحضون في رفع دعوى المطالبة بنفقتهم، وهو ما أكدته القرار الصادر بتاريخ 21 فبراير 2007: "... حيث إنه لما كان من المقرر فقها وقضاء أنه لا يمكن للشخص أن يحمل في آن واحد صفة المدعي والمدعى عليه، فإنه يميز للحاضنة أن تطالب الأب بنفقة أبنائه الذين لا يتوفرون على الأهلية لمباشرة حقوقهم، كما في النازلة ما دام الأمر يتعلق بجلب النفع لهم، ولا يتعارض ذلك مع الولاية المخولة للأب بمقتضى النصوص المحتج بها..."<sup>2</sup>.

الجدير بالذكر أن المشرع المغربي استقل في نص المادة 167 من نفس المدونة بحكم خاص على غرار ما سكت عنه المشرع الجزائري ولم يوضحه في نصوصه التشريعية، تمثل هذا الحكم في استقلال النفقة عن أجره الحضانة، وعن أجره الرضاع؛ حيث نصت المادة على أنه: "تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجره الحضانة وغيرها..." ما يلاحظ على نص المادة أن خطابها جاء موجهاً إلى المحكمة التي يجب عليها أن تفصل بين تحديد كل من هذه الالتزامات، كل حق على حدة<sup>3</sup>.

وفي حالة امتناع الأب عن دفع نفقة الأبناء أو التماطل في دفعها تهرباً عن أدائها بقصد إضرار الحاضنة، فقد اعتبر ذلك الفعل جريمة إهمال أسرة يعاقب عليها القانون، وهو ما ورد في نص المادة 202 من نفس المدونة والتي جاء فيها: "كل توقف ممن تجب عليه نفقة الأولاد عن الأداء لمدة أقصاها شهر دون عذر مقبول تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة". بالرجوع إلى الإحالة التي أرشدتنا إليها المادة أعلاه والمتمثلة في جريمة إهمال الأسرة، نجد المشرع قد نظم هذه الجريمة في الفصول 471 إلى 480 من القانون الجنائي المغربي<sup>4</sup>؛ حيث جاء في الفصل 479 من القانون الجنائي أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من 200 إلى 2000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، الأب أو الأم إذا ما ترك أحدهما بيت الأسرة دون موجب قاهر لمدة تزيد على شهرين، وتخلص من كل أو بعض واجباته المعنوية والمادية الناشئة عن الولاية الأبوية، أو الوصاية، أو الحضانة".

وأضاف الفصل 480 من نفس القانون: "يعاقب بنفس العقوبة من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجه أو أحد أصوله أو فروعه، وأمسك عمداً عن دفعها في موعدها المحدد. وفي حالة العود الحكم بعقوبة الحبس حتماً. والنفقة التي يحددها القاضي تكون واجبة الأداء في المحل المستحق لها ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك". يستشف من هذا النص أن المشرع المغربي اعتبر جريمة الامتناع عن أداء النفقة

<sup>1</sup> - محمد الكشور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص.ص. 142-143.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، قرار شرعي بتاريخ 2007/02/21، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، ع.68. مقتبس عن محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، الخلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.549.

<sup>3</sup> - محمد الكشور، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص.141.

<sup>4</sup> - ظهير شريف رقم 1.18.19 صادر في 22 فبراير 2018، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، ج.ر، ع.6655، لسنة 12 مارس 2018.

المحكوم بها لصالح المحضون في إطار الفصل 480 من القانون السالف الذكر جنحة عمدية؛ لأنه لا يتصور ارتكابها إطلاقاً عن طريق الخطأ<sup>1</sup>، كما أعطى وفقاً لهذا الفصل والفصل 479 من نفس القانون سلطة تقديرية واسعة للقاضي؛ إذ أن لهذا الأخير أن يتصرف في العقوبة الحبسية بين حديها -شهر وسنة- وكذا في الغرامة بين حديها -200 و2000 درهم- كما له أن يقتصر على الحكم بالحبس وحده أو بالغرامة وحدها<sup>2</sup>.

الجدير بالذكر أن الالتزام بدفع النفقة للمحضون عن حكم قضائي لا يكفي وحده حتى نكون بصدد جنحة الامتناع عن تسديد النفقة، بل يجب أن تكون النفقة محكوماً بها قضائياً؛ بمعنى لا بد من وجود حكم قضائي أولي للمتابعة الجزائية عن جريمة الإهمال العائلي، وهذا طبقاً للمادتين 479 و480 من القانون الجنائي السالف الذكر، ويجب أن يشهد الحكم القضائي امتناع المدين عن أداء النفقة التي حكم عليه بأدائها<sup>3</sup>.

كما تعرض المشرع المغربي إلى وسائل تنفيذ الحكم القاضي بالنفقة من خلال مدونة الأسرة في نص المادة 191، والتي جاء فيها: "تحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة على أموال المحكوم عليه، أو اقتطاع النفقة من منبع الربح أو الأجر الذي يتقاضاه، وتقرر عند الاقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار أداء النفقة...". وعليه، يستشف من نص المادة أن المشرع المغربي قيد الأب في أداء النفقة؛ وذلك عن طريق وسائل حولها المشرع للقاضي بطريقة لا يستطيع أب المحضون التملص من أداء واجب النفقة، ويكون ذلك اقتطاع النفقة من منبع الربح أو الأجر الذي يتقاضاه، كما أقر المشرع وسيلة أخرى أكثر ضغطاً من سابقتها، وتمثل في الغرامة التهديدية، وهذا طبقاً للفصل 448 من المسطرة المدنية<sup>4</sup>؛ حيث جاء في نص المادة: "إذا رفض المنفذ عليه أداء الالتزام بعمل أو خالف التزاما بالامتناع عن عمل، أثبت عون التنفيذ ذلك في محضره، وأخبر الرئيس الذي يحكم بغرامة تهديدية ما لم يكن سبق الحكم بها". تطبيقاً لهذا النص لا يستطيع أب المحضون وفقاً لهذه الوسائل أن يتملص أو يتماطل في أداء واجب النفقة تجاه المحضون، أو أن يتخذ أي ذريعة له في الامتناع عن أداء نفقة المحضون بقصد الإضرار بالحاضنة؛ ذلك لأن القاضي له سلطة تقديرية واسعة في اتخاذ أي وسيلة أنسب لجبر ولي المحضون بأداء واجبه في

<sup>1</sup>- ويقول الدكتور محمد الكشور أن القصد الجنائي يتوفر في جريمة الامتناع عن أداء نفقة المحضون متى أخطر ولي المحضون بالحكم الصادر ضده، والذي يلزمه بأداء مبلغ النفقة إلى زوجته، ومع ذلك رفض الامتناع له؛ بمعنى انصرفت إرادته إلى التملص منه بعدم الانصياع للحكم المذكور، ويتحسد القصد الجنائي، متى كان الممتنع عن أداء نفقة المحضون قادراً على الدفع، أما إذا كان غير قادرٍ عن الدفع لقرته، فينتفي القصد الجنائي عن الممتنع لعجزه، خلافاً لما تنتهجه بعض مصالح النيابة العامة بالمغرب، والتي تتوقف عند حرفية النص، فتتابع الموسر والمعسر على قدم المساواة. انظر. محمد الكشور، أحكام الحضانة، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص.165.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص.166.

<sup>3</sup>- منصور المبروك، الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغاربية (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر، لسنة 2013-2014، ص.ص.195-196.

<sup>4</sup>- الظهير الشريف رقم 1.14.14، المؤرخ بتاريخ 06 مارس 2014، المعدل لظهير شريف بمثابة رقم 1.74.447، المؤرخ بتاريخ 28 سبتمبر 1974، والمتضمن قانون المسطرة المدنية، جريدة رسمية عدد 6240، الصادرة بتاريخ 30 مارس 2014، المعدل بقانون رقم 61.19 بتتيمم الفصل 430 نم قانون المسطرة المدنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.118 المؤرخ بتاريخ 9 أغسطس 2019، ج.ر. ع. 6807، الصادر بتاريخ 26 أغسطس 2019.

الإنفاق، والتي يمكن أن تصل إلى سجنه وفقا لنص المادة 479 و480 من القانون الجنائي، والمادة 448 من المسطرة المدنية السالفة الذكر. من هذا السياق يكون المشرع المغربي قد حذا حذو المشرع الجزائري بنصه على حبس الأب حين امتناعه عن أداء نفقة المحضون عملا بالفقه الحنفي.

كما حذا المشرع المغربي حذو المشرع الجزائري في مسألة مراجعة تقدير النفقة التي تكون بمضي سنة، وهذا طبقا لنص المادة 192 من مدونة الأسرة: "لا يقبل طلب الزيادة في النفقة المتفق عليها، أو المقررة قضائيا، أو التخفيض منها قبل مضي سنة إلا في ظروف استثنائية". ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع المغربي كان أكثر حنكة من المشرع الجزائري؛ وذلك بوضعه استثناء في مراجعة تقدير النفقة الذي غاب في نص قانون الأسرة الجزائري، وهذا حينما نص في ذيل المادة بقوله: "إلا في ظروف استثنائية"؛ بمعنى أن تطرأ خلال تلك السنة ظروف سواء على أم المحضون أو على هذا الأخير، كإصابة المحضون بمرض مزمن، أو بعاهة مستديمة، أو تمر الأم الحاضنة بظرف آخر مثلا غلاء الأسعار كما في فترة جائحة كورونا، التي شهدت زيادة في الأسعار بسبب إقبال الناس على اقتناء المنتجات خوفا من الحجر الصحي وما يتبعه من بروتوكولات، أو ربما ظروف تطرأ على المنفق -ولي الحاضن- كانقطاع كسبه بكيفية مفاجئة كأن تم طرده من العمل، أو احترقت الأشياء التي يتاجر فيها<sup>1</sup>، أو أصيب بشلل أو عجز أقعده عن العمل، وكان هذا الأخير عاملاً حراً وغير مؤمن لنفسه، فلا يجد حينها تعويضا لا من الدولة ولا من القطاع الخاص، ولا راتبا تقاعدياً يعيل به نفسه وابنه.

من هذا المنطلق أمكن القول أن المشرع المغربي لامس الصواب حينما وضع استثناء -يتمثل في الظروف الاستثنائية السالف ذكرها- على مراجعة القاضي تقديره، والذي يكون كأصل عام بعد سنة. وعليه، فكما يمكن للأمم أن تطلب الزيادة في نفقة المحضون يحق للأب أن يطلب التخفيض منها كذلك؛ لأن النص يخاطب صاحب المصلحة في الدعوى<sup>2</sup>، دون تخصيص ما إن كان الأم أو الأب، خاصة وأن واجب الإنفاق ينتقل إلى الأم في حال عجز الأب عن أدائها تطبيقا لنص المادة 199 من مدونة الأسرة، والتي ذكرت: "إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب".

تجدر الإشارة إلى أن نفقة الأولاد يتم الحكم بها من تاريخ التوقف عن أداء النفقة وليس من تاريخ رفع الدعوى أو من تاريخ صدور الحكم القاضي بها، وهذا طبقا لنص المادة 200 من المدونة السالفة الذكر<sup>3</sup>. يعتبر الحكم بالنفقة من تاريخ التوقف عن الأداء حكماً كاشفاً لا منشئاً؛ لأنه يكشف عن واقعة تتمثل في امتناع المنفق عن أداء واجبه في الإنفاق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد الكشيبور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص.149.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص.148.

<sup>3</sup> - نصت المادة 200 من مدونة الأسرة المغربية على: "يحكم بنفقة الأولاد من تاريخ التوقف عن الدفع".

<sup>4</sup> - محمد الكشيبور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص.144.

كما حذا المشرع التونسي حذو التشريعات المغاربية -الجزائر والمغرب- وعملا بما أجمع عليه فقهاء المذاهب السنية؛ وذلك بأن نفقة الأبناء تكون على الأب، وأن هذا الأخير ملزم بها، ويستمر الإنفاق عليهم حتى بلوغ سن الرشد، وبعده إلى نهاية مراحل تعليمهم، على أن لا تتجاوز مدة الإنفاق عليهم سن الخامسة والعشرين (25) من عمرهم، تبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم يتوفر لها الكسب، أو لم تجب نفقتها على زوجها<sup>1</sup>، كما يستمر أيضا الإنفاق على الأبناء العاجزين عن الكسب بغض النظر عن سنهم، وهذا طبقا للفصل 46 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية<sup>2</sup>.

انتهج المشرع التونسي أيضا نفس نهج المشرعين الجزائري والمغربي -وهذا طبقا لمذهب أبي حنيفة- بحسب الأب أو المنفق، إذا امتنع عن أداء واجبه بالنفقة تجاه المحضون، وهذا طبقا لنص المادة 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والتي نصت على: "كل من حكم عليه بالنفقة أو بجراية الطلاق فقضى عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه، يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام، وبخطية من مائة دينار (100د) إلى ألف دينار (1000دج)، والأداء يوقف التبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب". يستخلص من نص الفصل أن المشرع التونسي اعتبر الامتناع عن أداء النفقة جنائية يعاقب عليها القانون على خلاف كل من المشرع الجزائري والمغربي، اللذان اعتبرها جنحة.

ما يلاحظ على مجلة الأحوال الشخصية التونسية أيضا أنها أقرت في فقرتها الثانية من الفصل السالف ذكره وسيلة أخرى تعتبر أكثر حماية، وأيضا من باب ضمان تكريس حقوق المحضون، وهذه الوسيلة تتمثل في صندوق ضمان النفقة، التي يمكن للأب الحاضنة من خلالها أن تستوفي نفقة المحضون منه عندما يتملص الولي غير الحاضن من أداء واجبه في النفقة؛ حيث جاء في نص الفصل: "... ويتولى صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق دفع مبالغ النفقة، أو جراية الطلاق الصادرة بها أحكام باتة، تعذر تنفيذها لفائدة المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب تلده، وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون المحدث للصندوق. ويجل هذا الأخير محل المحكوم لهم في استخلاص المبالغ التي دفعها".

يعتبر صندوق النفقة وسيلة ثانية؛ بمعنى أن الولي الحاضن إذا امتنع أو تماطل أو تملص في أداء واجبه في النفقة، فإنه يتم معاقبته بعقوبة سالبة للحرية، وبغرامة حسب السلطة التقديرية المخولة للقاضي، فإن سجن ولم

<sup>1</sup> - منصور المبروك، الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغاربية، مرجع سابق، ص. 188.

<sup>2</sup> - نصت المادة 46 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "يستمر الإنفاق على الأبناء حتى بلوغ سن الرشد أو بعده إلى نهاية مراحل تعلمهم، على ألا يتجاوزوا الخامسة والعشرين من عمرهم، وتبقى البنت مستحقة للنفقة إذا لم يتوفر لها الكسب، أو لم تجب نفقتها على زوجها. كما يستمر الإنفاق على الأبناء المعوقين العاجزين عن الكسب بقطع النظر عن سنهم".

يقم بأداء التزامه بالنفقة مع يسره<sup>1</sup>، فإن صندوق النفقة يتولى دفع مبالغ النفقة للمحضون من باب ضمان حماية ومصالح المحضون.

كما حذا المشرع المصري حذو التشريعات المغاربية، وتطبيقا لما اتفق عليه الفقهاء بأن نفقة الولد تكون على عاتق أبيه، فهذا الأخير ملزم بأدائها طبقا للمادة 18 مكرر ثانيا من قانون رقم (25) لسنة 1929 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية: "إذا لم يكن للصغير مال فنفقته على أبيه. وتستمر نفقة الأولاد على أبيهم إلى أن تتزوج البنت أو تكسب ما يكفي نفقتها، وإلى أن يتم الابن الخامسة عشر من عمره قادرا على الكسب المناسب، فإن أتمها عاجزا عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية، أو بسبب طلب العلم الملائم لأمثاله ولاستعداده، أو بسبب عدم تيسر هذا الكسب استمرت نفقته على أبيه. ويلتزم الأب بنفقة أولاده وتوفير المسكن لهم بقدر يساره، وبما يكفل للأولاد العيش في المستوى اللائق بأمثالهم. وتستحق نفقة الأولاد على أبيهم من تاريخ امتناعه عن الإنفاق عليهم". يستشف من نص المادة أن المشرع أجمع بما قالت به التشريعات السالفة الذكر؛ بأن نفقة المحضون تكون واجبة على الأب، فإن كان ذكرا فتستمر نفقته إلى غاية سن الخامسة عشر واستعداده للكسب، وتستمر نفقته بعد ذلك السن إن كان عاجزا عن الكسب لآفة بدنية أو عقلية أو بسبب طلب العلم، أو بسبب عدم تيسر الكسب، وبالنسبة للبنت فتستمر نفقتها إلى أن تكسب ما يكفي نفقتها، أو إلى أن تتزوج فتكون نفقتها على زوجها.

ما يلاحظ على المشرع المصري أنه لم يربط نفقة البنت بسن معين، وأيضا لم يقيد النفقة بالنسبة للذكر حصرا على سن خمسة عشر، وإنما تركها على سبيل الإطلاق ما دام الأب موسرا وتعسر على ابنه الكسب لسبب أو لآخر.

أما بالنسبة إلى حالة امتناع الأب عن أداء نفق المحضون، أو تماطل أو تملص في أداء هذا الواجب بقصد الإضرار بالحاضنة، فقد عاقب المشرع المصري الممتنع في نص المادة 293 من قانون العقوبات<sup>2</sup>؛ حيث جاء في نص المادة: "كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجته، أو أقاربه، أو أصهاره، أو أجرة حضانة، أو رضاع، أو مسكن، أو امتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن، وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون عقوبته الحبس مدة لا تزيد على سنة...".

<sup>1</sup> - فالأب إن كان معسرا لا قدرة له على الإنفاق، فوفقا للمشرع التونسي -وهو ما ذهبت إليه التشريعات المغاربية السالفة الذكر- فإن واجب النفقة ينتقل إلى الأم، وهذا طبقا للفصل 47 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛ حيث جاء في نص الفصل: "الأم حال عسر الأب مقدمة على الجد في الإنفاق على ولده".

<sup>2</sup> - القانون رقم (58) لسنة 1937 المتعلق بقانون العقوبات المصري، المؤرخ بتاريخ 05 أغسطس 1937، ع. 71، الصادر بتاريخ 1356، المعدل بقانون رقم (95)، لسنة 2003.



كما سار أيضا المشرع الأردني على نفس نهج التشريعات السالف ذكرها، عملا بما أجمع عليه الفقهاء القدامى؛ بأن نفقة الولد تكون على أبيه ما لم يكن هذا الأخير موسراً وله ماله، فتكون النفقة من ماله، وهذا طبقاً لنص المادة 187 من قانون الأحوال الشخصية: "إذا لم يكن للولد مال فنقته على أبيه لا يشاركه فيها أحد، ما لم يكن الأب فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية".

كما انتهج المشرع العراقي نهج التشريعات العربية في جعل نفقة الولد من بين الالتزامات الواقعة على الأب، طبقاً لنص المادة 59 من قانون الأحوال الشخصية، والتي جاء فيها: "إذا لم يكن للولد مال فنقته على أبيه ما لم يكن عاجزاً عن النفقة والكسب. تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى ويصل الغلام إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم. الابن الأكبر العاجز عن الكسب بحكم الابن الصغير". وعليه، يتضح من سياق النص أن المشرع العراقي أخذ بما أجمع عليه الفقهاء في أن نفقة الولد المحضون تكون على عاتق الأب، فبالنسبة للأنثى يستمر واجب الأب في الإنفاق عليها إلى أن تتزوج، أما الذكر إلى الحد الذي يتكسب فيه أمثاله؛ بمعنى أن استمرار أو عدم استمرار النفقة على الذكر إلى حد الكسب أو غير ذلك متوقف على سلطة القاضي التقديرية.

وإذا رجعنا إلى حالة امتناع الأب عن دفع النفقة أو التماطل في دفعها، فقد تعرض المشرع العراقي إلى ذلك في المادة 384 من القانون الجنائي<sup>1</sup>، والتي جاء فيها: "من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بأداء نفقة لزوج أو أحد من أصوله أو فروعه، أو لأي شخص آخر بأدائه حضانة أو رضاعة أو سكناً، وامتنع عن الأداء مع قدرته على ذلك خلال الشهر التالي لإخباره بالتنفيذ، يعاقب بالحبس مدة سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين. ولا يجوز تحريك الدعوى إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن، وتنقضي الدعوى بتنازله عن شكواه، أو بأداء المشكو منه ما تجمد بدمته، فإذا كان التنازل أو الأداء قد حصل بعد صدور حكم في الدعوى، أوقف التنفيذ".

#### أ- التعسف في أجره الحضانة

سننتظر في هذا المنوال إلى أجره الحضانة في الفقه الإسلامي، مع تبيان حكمها وصور التعسف فيها (01)، وبعدها نتعرض إلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في أجره الحضانة (02).

#### 1- موقف الفقه الإسلامي من التعسف في أجره الحضانة

لا شك أن الحضانة إما أن تكون أما وإما أن تكون غيرها من سائر الحاضنات، فإن كانت الحاضنة أما، وكانت زوجيتها بأب المحضون قائمة حقيقة أو حكماً -بمعنى معتدة من طلاق رجعي- أو بانة منه، ولكن عدتها لم تنقض بعد، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بعدم استحقاقها أجره الحضانة؛ لأن الزواج في الحالتين -سواء لم تطلق أو طلقت وهي معتدة من طلاق رجعي- باقٍ حقيقة وحكماً، وأيضاً لأن النفقة ثابتة لها مادامت في

<sup>1</sup> - قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 المتعلق بقانون العقوبات العراقي، الصادر بتاريخ 19 من شهر تموز 1969.

الزوجية أو معتدة من طلاق -سواء كان طلاقا رجعيا أو بائنا- فلا يجمع لها بين النفقة والأجرة<sup>1</sup>، ولكن في رواية ثانية عن أبي حنيفة قالوا باستحقاق الحاضنة أجرة الحضانة في فترة العدة من طلاق بائن؛ ذلك لأنها بالنسبة لأب المحضون كالأجنبية، فكما أن الأجنبية تستحق أجرة الحضانة وتستحق النفقة على من تجب عليه نفقتها، فتجمع بينهما، فكذلك المطلقة طلاقا بائنا<sup>2</sup>.

أما إذا انقضت عدتها، فقد اختلف فقهاء المذاهب في القول بأجرة الحاضنة من عدمها، فذهب المالكية إلى التمييز بين حالتين؛ أي بين مجرد الحضانة وخدمة المحضون كمنشطين مختلفين، فإن كان مجرد الحضانة فوفقا للراجح من هذا المذهب ليس للحاضنة أجرة على حضانتها، سواء كانت أم أم غيرها، وبصرف النظر عن حالتها المادية -موسرة كانت أم معسرة- فإن كانت فقيرة ولولدها المحضون مال، أنفق عليها منه لكونها فقيرة وليس لكونها تمارس حضانتها، وللمحضون على أبيه النفقة التي تشمل الكسوة والغذاء والغطاء، والحاضنة تقبض النفقة من الوالد وتنفقها على الولد<sup>3</sup>، وفي هذا قال الخطاب في كتابه مواهب الجليل: "وإن كان الأولاد يتامى كان للأب أجر الحضانة إذا كانت فقيرة والأولاد مياسير؛ لأنها تستحق النفقة في ما لهم ولو لم تحضنهم..."<sup>4</sup>، أما إن كانت الحاضنة أمه أو غير أمه تقوم بخدمة المحضون ورعايته، وقائمة على شؤونه من طبخ طعامه وطحن دقيقه وغسل ثيابه، فإن لها الأجرة على ذلك، وفي هذا قال الشيخ خليل: "... ولا شيء للحاضن لأجلها.."، فبها على أن عدم استحقاقها للأجرة إنما هو إذا لم يكن لها عمل سوى الحضانة وحدها، وهي النظر في مصالح ذات المحضون<sup>5</sup>.

ذهب فقهاء الحنفية إلى القول بوجوب أجرة للحاضنة؛ ذلك لأن الأجرة عندهم ليست عوضا خالصا، بل هي كأجرة الرضاع للأب مؤونة ونفقة، وبما أن النفقة ثابتة لها بمناسبة الزوجية أو لوجودها في العدة، فإنها لا تأخذ نفقتين من شخص واحد وإن تعدد السبب، وما عدا هؤلاء إن باقى الحاضنات يأخذن أجرة الحضانة؛ بمعنى إن كانت الحاضنة غير الأم فإنها تستحق الأجرة؛ لأن المعنى الذي أوجب الأجرة للأب في حال عدم قيام النكاح، وهو أن الأب لا يقوم بالإنفاق عليها في غير الأم، وتستحق الحاضنة أجرة الحضانة من يوم ممارستها للحضانة والقيام بشؤون المحضون، ومن غير توقف على قضاء القاضي، وتكون دينا صحيحا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص.593. محمد الكشور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص.149.

<sup>2</sup> - ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج.3، مرجع سابق، ص.561. محمود علي السراطوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.379.

<sup>3</sup> - باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص.154. محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.02، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.546.

<sup>4</sup> - عبد الرحمن الخطاب، مواهب الجليل، م.4، مرجع سابق، ص.221.

<sup>5</sup> - انظر. أبو عيسى المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، ج.04، ص.579-580.

<sup>6</sup> - باديس ديابي، مرجع سابق، ص.155. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص.594.

الجدير بالذكر أن جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة قدروا أجره الحضانة بأجرة المثل، وجعلوا المعترف في تقديرها بحسب حالة المنفق<sup>1</sup>.

يتجسد التعسف في أجره الحضانة في عدة صور، ويمكن إجمالها كالآتي:

- امتناع الولي المحضون من تقديم الأجرة رغم حاجة الحاضنة لهاته الأجرة وما تنفقه على المحضون، وتقيدها بالمكوث في البيت لخدمة المحضون والقيام بشؤونه.
- تعسف الحاضنة في طلب أجره حضانة تفوق أجره المثل مع علمها بإعسار زوجها.
- تعسف ولي المحضون في تقديم أجره الحاضنة للأم الحاضنة، رغم تفرغها التام لأمر المحضون ورعايته والقيام على شؤونه، وعدم قدرتها على التكفل به ماديا لعسرهما وقلة وسعها.

## 2- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في أجره الحضانة

سنشير في هذا المنوال بدءًا بموقف المشرع الجزائري من التعسف في أجره الحضانة، ثم نبرز بعد ذلك موقف التشريعات العربية من ذلك.

### 2-1- موقف المشرع الجزائري من التعسف في أجره الحضانة

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة من خلال المواد 75، 76، 77، 78 إلى القول بأجره الحضانة من عدمها، ومن ثم يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عبر الإحالة المنصوص عليها في المادة 222 من القانون السالف الذكر. وتطبيقا لهذه المادة، وعملا بما أجمع عليه غالبية الفقه الإسلامي؛ فإن الحاضنة لا تستحق الأجرة ما دامت الزوجية قائمة بينها وبين زوجها حقيقة أو حكما، كما لا تستحق أجره الحضانة إن كانت معتدة من طلاق بائن، أما إذا انقضت عدتها من طلاق رجعي أو بائن فهنا يكون القول باستحقاقها من عدمه متوقف على كل قاضٍ معروض عليه النزاع، ووفقا لسلطته التقديرية ومدى إمامه بأراء الفقهاء، خاصة وأن هذه المسألة الأخيرة محل خلاف بين فقهاء المذاهب؛ إذ أنهم ليسوا على قول واحد، وتطبيقا لذلك تظل المسألة في غياب الحسم اجتهادية على ضوء ما أدلى به الفقهاء، وعلى حسب كل قضية ووقائعها<sup>2</sup>.

### 2-2- موقف التشريعات العربية من التعسف في أجره الحضانة

هذا المشرع المغربي حذو ما أجمع عليه فقهاء المذاهب بعدم استحقاق الأم أجره الحضانة ما دامت الزوجية بينها وبين زوجها قائمة حقيقة أو حكما، وهذا طبقا لنص المادة 167 من مدونة الأسرة، والتي نصت على أنه: "لا تستحق الأم أجره الحضانة في حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي". يستشف من نص المادة أن المطلقة بائنا أو المطلقة رجعيًا بعد انتهاء عدتها لا تحضن إلا بمقابل، كما أنها لا تستحق أجره الحضانة فقط، وإنما

<sup>1</sup> - ابن عادين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج.3، مرجع سابق، ص.562. محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص.380.

<sup>2</sup> - باديس دباي، المرجع السابق، ص.156.

تستحق أيضا مصاريفها<sup>1</sup>، وهذا طبقا لنص المادة 168 من نفس المدونة، والتي جاء فيها: "أجرة الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجرة الرضاع والنفقة".

يلاحظ على هذا النص أن المشرع أخذ بقول الحنفية في استحقاق المعتدة من طلاق رجعي أو بائن لأجرة الحضانة. الظاهر أن المشرع المغربي نبه من خلال هذا النص إلى أن أجرة الحضانة هي غير أجرة الرضاع، وغير مقابل النفقة، وهذا التنبيه مرده بالأساس إعلام قضاة محاكم الأسرة بذلك حتى يكونوا على بينة من الأمر<sup>2</sup>، غير أن المشرع حتى وإن فصل في هذه المسألة إلا أنه غاب عنه تبيان عناصر تقدير أجرة الحضانة كما فعل بالنسبة للنفقة، ولذلك هناك من يعتقد أن المشرع سكت عن التقدير رغبة منه في ترك المسألة ضمن مجال السلطة التقديرية لقسم قضاء الأسرة، ما لم يكن هناك اتفاق بشأنها بين الحاضنة والأم<sup>3</sup>.

لكن وإن قلنا أن المشرع سكت في التصريح عن كيفية تقدير أجرة الحضانة، إلا أنه اضطرب حتى بالأخذ بقول الفقه في استحقاق الأجرة بعد العدة؛ بمعنى أنه قال بوجود أجرة الحضانة على المكلف بنفقة المحضون، فرمما يكون المكلف هو أم المحضون نتيجة مقاصة بين بدل الخلع ودفعها لنفقة المحضون، وفي هذا قال الأستاذ محمد الكشيبور: "ونعتقد أن هذا النص قد جاء مضطربا عندما قرر أن أجرة الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون، ووجه الاضطراب أن المرأة المطلقة قد تكون هي الملزومة بالنفقة تبرعا منها أو مقابل حصولها على الخلع. ومن هذه الناحية كان على المشرع أن ينص على أن أجرة الحضانة على أب المحضون"<sup>4</sup>.

الجدير بالذكر أن المشرع المغربي وإن جعل الحضانة في حال انفصام الرابطة الزوجية مأجورة سواء مورست من جانب الأم أو غيرها، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من الناحية القانونية قيامها على سبيل التبرع بكيفية مطلقة في الزمن، بسكوتهما عن المطالبة بها مدة طويلة من الزمن<sup>5</sup>، أو إلى حدود سن معينة كفطام المحضون أو دخوله إلى المدرسة، بل وليس هناك ما يمنع من جعلها بدلا للخلع<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.02، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.546.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص.547.

<sup>3</sup> - محمد الكشيبور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص.134.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

<sup>5</sup> - جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 21 فبراير 2007، ذكر فيه: "حيث تبين صحة ما عاب الطالب على القرار، ذلك أنه لما كان الثابت من وثائق الملف أن المطالبة سكتت عن طلب أجرة الحضانة منذ طلاقها من عصمة الطالب في 22 غشت 1997 إلى تاريخ رفع الدعوى الحالية في 17 دجنبر 2003، فإنها تعتبر في حكم المتبرعة بها خلال هذه المدة السابقة عن رفع الدعوى لعدم إدلائها بما يبرر سكوتهما طيلة هذه المدة، ولعدم وجود ما يمنع قيامها بالحضانة على سبيل التبرع، والمحكمة لما قضت بأجرة الحضانة من تاريخ انتهاء العدة في 22 نوفمبر 1997 بعلة أنها لا تتقدم دون أن تبين سندها في ذلك، فإنها تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا...". المجلس الأعلى، قرار شرعي بتاريخ 21 فبراير 2007، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع.68. مقتبس عن محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.02، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.546.

<sup>6</sup> - محمد الكشيبور، المرجع نفسه، ص.546-547.

بما أن أجره الحاضنة تفرض للحاضنة مقابل قيامها بشؤون المحضون وما إلى ذلك، إلا أنه تقرر قضائياً أن الحاضنة التي تتواجد خارج المغرب وولدها داخله ليست لها الصفة للمطالبة بتلك الأجرة، متى أثبت الأب فعلاً هذا الوضع<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى المشرع التونسي، نجد أنه أخذ بالراجح من المذهب المالكي في مسألة استحقاق الأم الحاضنة الأجرة متى كانت الأجرة مقابل قيام الأم بخدمة شؤون المحضون، أما إن كانت مجرد الحضانة فإنها لا تستحق الأجرة، وهو ما جاء في نص الفصل 65 من مجلة الأحوال الشخصية: "لا تأخذ الحاضنة أجره إلا على خدمة شؤون المحضون من طبخ وغسل ثياب ونحو ذلك بحسب العرف".

ما يلاحظ على النص أن المشرع التونسي لم يفرق بين الأم الحاضنة الزوجة أو المطلقة -رجعياً أو بائنة- وانقضت عدتها أم لم تنقض، فالعبرة هي استحقاقها الأجرة متى كانت قائمة على شؤون ومصالح المحضون. وعليه، كان على المشرع التونسي أن يوضح في نص المادة ويفصل في المسألة؛ لأن الزوجة أم الولد أو المطلقة رجعياً يعتبر قيامها بشؤون ولدها من باب الفطرة وأيضاً من باب الواجب، فلا يعقل أن تأخذ أجره على أمر واجب عليها أولاً وأخيراً، ضف إلى ذلك فليس من المنطوق أن تأخذ أجره ونفقة في الوقت ذاته، فكان لزاماً على المشرع أن يفصل في هذه المسألة، حتى يسهل على القضاء فرض أجره الحضانة وفق الراجح من مذهب المالكية، باعتبار أن ما قاله هذا المذهب يجانب الصواب، وباعتبار أيضاً أن المشرع قد عمل به في نص المادة أعلاه.

كما لم يتعرض المشرع المصري لأجرة الحاضنة صراحة في قانون الأحوال الشخصية، ولكن يمكن أن نستشف من نص الفقرة الأولى من المادة 20 من القانون رقم (100) لسنة 1985 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية، أن المشرع يوجب الأجرة للأم الحاضنة، ويتضح ذلك بنصه: "ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة اثنتي عشرة سنة، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغيرة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك". وعليه، من سياق النص يتضح أن الأم الحاضنة تستحق الحضانة قبل انتهاء السن المحدد للحضانة، غير أن المشرع المصري -مثله مثل المشرع التونسي- لا يميز بين الأم الحاضنة الزوجة أو المعتدة من طلاق رجعي أو بائن وانتهت عدتها أم لم تنته في استحقاق أجره الحضانة.

وبناء عليه، وفي ظل سكوت المشرع في التصريح عن ذلك، يتم الرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، عبر الإحالة المنصوص عليها في المادة 03 من قانون رقم (01) لسنة 2000 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية، التي جاء فيها: "ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة"، ووفقاً لهذا المذهب فإن الأم الحاضنة لا تستحق أجره الحضانة حال قيام الزوجية، أو كانت في عدة من طلاق رجعي أو بائن، وتستحق الأجرة بعد انتهاء العدة في كلا النوعين من الطلاق وفق للرأي الراجح من هذا المذهب، ويتم تقدير الأجرة بأجرة المثل وبحسب حال المنفق.

<sup>1</sup> - محمد الكشيبور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص. 135.

لقد حذا المشرع الأردني حذو المشرع المغربي -وعملا بما أجمع عليه فقهاء المذاهب- في عدم استحقاق الأم الحاضنة أجره الحضانة حال قيام الزوجية، أو كانت معتدة من طلاق رجعي، وهذا طبقا لنص المادة 178 الفقرة (ج) من قانون الأحوال الشخصية، التي جاء فيها: "لا تستحق الأم أجره للحضانة حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي". يستشف من سياق النص أن الأم الحاضنة تستحق أجره الحضانة عند انتهاء عدتها من طلاق رجعي، ودون اشتراط قيامها بشؤون المحضون. وتطبيقا لذلك يكون المشرع قد انتهج نفس نهج المشرع المغربي؛ بأخذه بقول الحنفية في استحقاق الأم الحاضنة الأجره ما دامت قد انتهت عدتها من طلاق رجعي، غير أن الملاحظ من خلال النص أنه لم يشير إلى المطلقة بائنا، فيتضح من ذلك أن البائنة الحاضنة تستحق أجره الحضانة سواء كانت في عدتها أو انقضت عدتها<sup>1</sup>، وتأسيسا على ذلك يكون قد أخذ بالرواية الثانية لأبي حنيفة في استحقاق البائنة أجره الحضانة حتى ولو لم تنقض عدتها.

الجدير بالذكر أن المشرع الأردني وقع في نفس الإشكال الذي وقع فيه المشرع المغربي، وذلك بنصه في المادة 178 الفقرة (أ) من القانون السالف الذكر على: "أجره الحضانة على المكلف بنفقة المحضون، وتقدر بأجره مثل الحاضنة على أن لا تزيد على قدرة المنفق، ويحكم بها من تاريخ الطلب، وتستمر إلى إتمام المحضون سن الثانية عشرة من عمره". وعليه، من سياق النص يمكن أن نلاحظ الخلل الذي وقع فيه المشرع؛ ذلك حينما أوجب أجره الحضانة وجعلها على عاتق المكلف بالنفقة، والذي سبق وأن عقبنا عليه، وقلنا أن المكلف بالنفقة يمكن أن تكون الأم الحاضنة نتيجة مقاصة نفقة المحضون ببذل الخلع، أو نتيجة تبرع منها ليسرها. كما يستشف من سياق النص أن المشرع جانب الصواب حينما فصل في تقدير النفقة، منتهجا موقف الجمهور في تقدير أجره الحضانة، والتي جعلها بأجره المثل، وجعل المعبر في تقديرها بحسب قدرة المنفق<sup>2</sup>.

كما حذا المشرع العراقي حذو المشرع المغربي والأردني، أخذا بما أجمع عليه فقهاء المذاهب بعدم استحقاق الأم الحاضنة أجره الحضانة ما دامت الزوجية قائمة، أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي؛ حيث جاء في نص الفقرة الثالثة من المادة 57 من قانون الأحوال الشخصية: "إذا اختلفت الحاضنة مع من تجب عليه نفقة المحضون في أجره الحضانة قدرتها المحكمة. ولا يحكم بأجره الحضانة ما دامت الزوجية قائمة، أو كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي". يستخلص من النص أن الأم الحاضنة تستحق أجره الحضانة إذا كانت في عدة من طلاق بائن، أو انقضت عدتها من طلاق رجعي، عملا بموقف الفقه الحنفي، وأخذا بالرواية الثانية في مسألة وجوب أجره الحضانة للمعتدة البائنة.

كما سار المشرع العراقي على نهج المشرع المغربي والأردني في جعل أجره الحاضنة على عاتق المكلف بالنفقة -فيكون قد وقع في نفس الإشكال السالف ذكره- وأيضا بسكوته عند تقدير أجره الحضانة -وفق ما انتهجه

<sup>1</sup> - محمود علي السرتاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 379.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص. 380.

المشعر المغربي، مع إعطاء القاضي السلطة التقديرية في تقدير الأجرة عند اختلاف الأم الحاضنة وولي المحضون في تقديرها.

### ثانيا: التعسف في الحقوق المعنوية للمحضون

إضافة إلى الصور المادية التي يتجسد فيها التعسف في استعمال الحق تجاه المحضون، توجد صور أخرى معنوية يتعسف فيها لمن ثبت له حق الحاضنة في استعمال هذا الحق الذي حول له. وعليه، سنتعرض في هذا الصدد إلى صور التعسف في الحقوق المعنوية للمحضون (أ)، وبعدها نبين موقف المشعر الجزائري والتشريعات العربية من هذه الصور (ب).

### أ- صور التعسف في الحقوق المعنوية للمحضون

يتجسد التعسف في الحقوق المعنوية من خلال التعسف في الرعاية الصحية للمحضون (01)، والتعسف في التربية والحفاظ والتعليم (02).

### 1- التعسف في الرعاية الصحية للمحضون

تعتبر الرعاية الصحية للمحضون من أهم الواجبات التي يلتزم بها الوالدان - في إطار العلاقة الزوجية - ومن أقدس المسؤوليات الملقاة على عاتق من أسند إليه حق الحضانة بعد الطلاق؛ ذلك لأن عافية البدن هي الضامن الأساسي لتنشئة الطفل النشأة السوية خلقيا ودراسيا، وكذا الاعتناء به، وتمثل الرعاية الصحية في الاهتمام بسلامة المحضون جسديا، وحفظه من التعرض للأمراض والعلل التي قد تعثره، من المعلوم أن الطفل في فترة نموه؛ أي في فترة الغرس والبناء يحتاج إلى فائق العناية والاهتمام والرعاية حتى ينشأ وينمو بطريقة صحيحة وسليمة، ويكون ذلك من خلال الاهتمام بالمحضون صحيا، وتلقي التعليمات الدورية في وقتها، وعرضه على الطبيب كل ما استدعت الحاجة إلى ذلك<sup>1</sup>، وكذا الحرص على نظافة البدن والملبس والأكل الصحي، وكذا المشرب، ويؤتي هذا الاهتمام أكله من خلال الطهارة التي تتأتى بالختان - إن كان ذكرا - وتقليم الأظافر، وتعليم الوضوء، والتعود على الاستحمام حتى لا يتعرض إلى القمل - خاصة وأن الأطفال في المرحلة الأولى من حياتهم يتقملون - أو الجرثيم، وخصوصا في حال انتشار الأمراض والأوبئة التي تستدعي العناية الجسدية ونظافة المحضون كل يوم - مثلما هو الوضع حاليا في إطار تفشي جائحة كوفيد 19 - وقياس حرارته والتأكد من سلامة جسده، وعدم إصابته من أي مرض.

كما تستدعي الرعاية الصحية بالمحضون أيضا إبعاده وحمايته من كل معتل أو مريض بمرض معد؛ ذلك لأن الفقهاء القدامى اشتروا في الحاضن - ذكرا كان أو أنثى - خلوه من الأمراض المعدية كالجدام، والبرص، والسل وغيرها<sup>2</sup>، حتى لا يتضرر الصغير<sup>1</sup>، بحيث قالوا: "فالحكة والجرب، لما أجرى الله العادة من حصول مثل ذلك المرض

<sup>1</sup> - باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص. 126.

<sup>2</sup> - يعتبر الجدام والبرص والسل من الأمراض المعدية، وبالتالي يمنع على الأصحاء مخالطة المصابين بها خوفا من العدوى، ولذلك قال الفقهاء بأن الجدام ممنوع من الحضانة؛ حيث قال ميارة الفاسي: "... يشترط فيه - أي الحاضن - صحة الجسم ليتحرز بذلك من المريض الضعيف القوة؛ لأنه لا

المتصل بصاحبه"، ما ذكروا أيضا: "وإن كان بالأم برص أو جذام سقط حقها في الحضانة؛ لأنه يخشى على الولد من لبنها ومخالطتها، قال في الإنصاف وهو واضح في كل عيب متعدد ضرره إلى غيره، وإلا فخالف لنا ويأتي في التقرير أن الجذامى ممنوعون من مخالطة الأصحاء، فمنعهم من حضانتهم أولى"<sup>2</sup>.

كما تتجلى رعاية الطفل الصحية من خلال إعطائه التطعيمات (اللقاحات) خاصة خلال فترة الأسبوع الأول من ولادته وحتى ست (06) سنوات؛ حيث يعتبر نظام التطعيم أحد السبل التي اتبعتها العلماء بهدف الحد من انتشار الأوبئة والأمراض الفتاكة، لذلك اعتبر هذا النظام واجبا على الوالدين، وأولياء الأمور اتجاه أبنائهم، وهذا من أجل ضمان سلامة وحماية أكثر للطفل، ولقد ورد بيان مجمع الفقه الإسلامي على ضرورة الأخذ بنظام التطعيم، وعلى الوالدين اتخاذها، حفاظا على صحة أبنائهم<sup>3</sup>، خاصة وأن الإسلام ألزم الآباء والأمهات مسؤولية تجاه أبنائهم، وذلك برعاية شؤونهم، وأكد منها صحتهم، وحمائيتهم من كل ما قد يعثرهم، فقد وردت أدلة كثيرة من السنة الشريفة تحت على ذلك، من بينها ما روي عن ابن عمر -رضي الله عنهما- يقول: "سمعت رسول الله -صلى الله عليه وسلم- يقول: كلكم راع، وكلكم مسؤول عن رعيته، فالإمام راع ومسؤول عن رعيته، والرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤول عن رعيته، والخدام راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته"<sup>4</sup>. وقوله -عليه الصلاة والسلام- أيضا: "علموا أبناءكم السباحة والرمي، والمرأة المغزل"<sup>5</sup>.

بالرغم من أن الرعاية الصحية بالمحضون واجبة لكلا الوالدين بمقتضى حق الحضانة، إلا أنه قد يتعسف من خول له حق الحضانة في استعمال هذا الحق على نحو يضر بالمحضون من باب أولى وبغير الحاضن؛ ويتجلى ذلك من خلال اختيار الولي ظئرا لا تحافظ على النظافة، وهذا بنية التقليل من أجره الرضاع، ذلك إما لإهمالها وعدم

يقوم بمصلحة نفسه فأحرى ألا يقوم بمصلحة غيره، وكذا من يخاف من مرضه ضرورة العدوى على ما جرت به عادة من كونه عنده؛ لأنه كالجذام والبرص...". ميارة الفاسي، شرح على تحفة الحكام مقتبس عن محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.513.

بالنسبة إلى الجذام فهو داء وبيل تنهات فيه الأطراف ويتناثر اللحم من شدة التقح. أما البرص فهو مرض يحدث في الجسم قشرا أبيض ويسبب للمريض حكا مؤلما. انظر. محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، ص.161-162.

أما بالنسبة إلى السل فهو مرض يصيب الرئة، يهزل صاحبه ويضنيه، وربما قتله. انظر. مجمع اللغة العربية المصري، المعجم الوسيط، ج.1، مرجع سابق، ص.462.

<sup>1</sup> - محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، مرجع سابق، ص.456. عبير ربحي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.163.

<sup>2</sup> - مجموعة علماء، الفقه الميسر، ج.1. مقتبس عن مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مرجع سابق، ص.54.

<sup>3</sup> - البيان الثاني من مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن وجوب التطعيم ضد شلل الأطفال. تاريخ الإطلاع 2021/06/26، على الساعة 19:00.

www.iifa-aifi.org

<sup>4</sup> - أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، كتاب الجمعة، باب الجمعة في المدن والقرى، ج.2، رقم الحديث 893، مرجع سابق، ص.05.

<sup>5</sup> - جلال الدين بن أبي بكر السيوطي، الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، رقم الحديث 5477، دار الكتب العلمية، بيروت -لبنان-، لسنة 1425هـ-2004م، ص.339.



نظافتها أو استهتارها، أو لانشغالها بعمل آخر، فلا تقوم هذه الظئر الحاضنة بإعطاء حقه في الرعاية والنظافة مما يعرضه لخطر الإصابة بالأمراض، لاسيما وإن كان ولي المحضون قد انتزع ابنه من أمه مع عدم طلبها أجره الرضاع -نتيجة سقوط حضانتها لسبب ما- فيكون الولي في هذه الحالة قد تعسف في دفع الصغير لظئر غير نظيفة، ونتيجة لتعسفه هذا قد يعتل هذا الصغير أو يمرض -لاسيما وإن كانت الظئر معلولة بمرض معدٍ- كما تعسف في حرمان أمه من إرضاعه بالرغم من أحقيتها في الرضاع من غيرها<sup>1</sup>.

كما قد تعتمد الحاضنة هي الأخرى إلى الإضرار بولي المحضون أو المحضون نفسه؛ من خلال إهمال نظافة المحضون وسوء العناية به، كأن تطالب مثلا بحقها في حضانة الصغير، فيمنح لها هذا الحق -لعدم توفر مسقطات الحضانة- ولكن نيتها وقصدها في المطالبة بهذا الحق ينصرفان إلى حرمان وليه فحسب، مع علمها بعدم قدرتها على الحضانة واستهتارها، وعدم رعايتها للمحضون وإهمالها له، فهنا يظهر جليا تعسف الحاضنة في استعمال حق الحضانة الذي ظفرت به وحرمت غيرها منه، بالرغم من أنه الأقدر على ممارسة هذا الحق لتوفره على جميع المؤهلات؛ لأن إهمالها للمحضون مع علمها بعدم قدرتها على هذه الحضانة، وعدم دفعه لوليه الذي هو أجدر منها، أو لجدته التي ربما تكون أكثر رعاية وحرصا عله -بحكم خبرتها في تربية ورعاية الصغار- تكون قد أساءت استعمال حق الحضانة على نحو أضرت بالمحضون من خلال إهماله، ووليه من خلال رؤية ابنه في يد غير أمينة وأم غير حريصة على نظافة ابنها، ولا تقدم لصغيرها أدنى معايير الرعاية والاهتمام، وهذا أمر غير جائز<sup>2</sup>، في هذا قال ابن عثيمين في كتابه شرح المتمتع: "إن المحضون لا يقر بيد من لا يصونه ويصلحه مهما كان، حتى ولو كانت الأم"<sup>3</sup>.

## 2- التعسف في التربية والحفظ والتعليم

تعتبر التربية والحفظ والتعليم من حقوق المحضون تجاه والديه؛ حيث ألزمت الشريعة الإسلامية الغراء الوالدين على حفظ الأبناء وتربيتهم وتعليمهم بما يكفل لهم النشأة الصحيحة والسوية، وهو ما ظهر جليا في تعريف الفقهاء للحضانة، غير أنه قد يتعسف من أسند له حق الحضانة من الوالدين في استعمال هذا الحق، ويتجلى ذلك من خلال انصراف نيته للانتقام والتشفي بالآخر -أي لغير الحاضن- فيتخذ من الحضانة ذريعة، ومن المحضون وسيلة لإتمام انتقامه.

يظهر التعسف في استعمال حق الحضانة من خلال هذه الصورة بتعمد الأب دفع المحضون لحاضنة ذات طباع منفرة وقاسية، قاصدا الإضرار بالطفل أو بأمه التي سقطت حضانتها لتزوجها من رجل آخر، فترك الصغير عند مثل هكذا حاضنة قد يدفعه للتحلي بطباعها، والتخلق بأخلاقها المنفرة، وهذا ما يعتبر ضررًا واقعا على

<sup>1</sup> - مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مرجع سابق، ص.56.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص.57.

<sup>3</sup> - محمد بن صالح بن عثيمين، الشرح المتمتع على زاد المستقنع، م.13، الطلاق، ط.1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، لسنة 1428هـ، ص.547.

المحزون وبأمه<sup>1</sup>، في هذا قال الفقيه عليش في كتابه منح الجليل شرح مختصر خليل: "وشرط الشخص الحاضن ذكرا كان أم أنثى العقل، فلا حق لمجنون ولا لطائش في الحضانة ولو تقطع جنونه، وعدم القسوة؛ فلا حضانة لمن علمت قسوته، إن علم جفاء الأحق بالحضانة لقسوته، ورأفة الأبعد قدم عليه، قلت إن كان قسوة ينشأ عنها إضرار الولي قدم الأجنبي عليه، وإلا فالحكم المعلق بالمظنة لا يتوقف على تحقق الحكمة"<sup>2</sup>.

كما قد يلجأ لمن أسند له حق الحضانة بحجة حفظه لمحضونه حرمانه من زيارة والدته أو والده والبر بهما، فهنا يكون أصحاب الحق في الحضانة قد استعمل هذا الحق بصورة تعسفية تنعكس آثارها إضرارا بالمحزون<sup>3</sup>، وذلك من خلال حرمانه من رؤية والدته والتواصل معها -بحجة أنها كافرة، أو تدين بدين سموي- وهذا ما ينعكس سلبا على نفسية المحزون، والأولى من ذلك كله فقطع الأرحام منهي عنه شرعا، ودليل ذلك ما جاء في الذكر الحكيم لقوله تعالى ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾<sup>4</sup>. وجه الدلالة من الآية الكريمة أن المقصود من اتقوا الأرحام؛ أي لا تقطعوها، وإذا كان الأمر كذلك بين مختلف القرابات، فإن الحفاظ عليها بين الآباء والأمهات أولى وأكد؛ لأن صلة الرحم واجبة حتى مع الكفر، وقد قال الإمام القرطبي في كتابه الجامع لأحكام القرآن في معرض شرحه للآية الكريمة: "اتفقت الملة على أن صلة الرحم واجبة وأن قطيعتها محرمة. وقد صح أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال لأسماء وقد سألته: "أأصل أمي؟ نعم صلي أمك"، فأمرها -عليه الصلاة والسلام- بصلتها وهي كافرة"<sup>5</sup>. الجدير بالذكر أن الدراسات والبحوث المنجزة أكدت على التأثيرات السلبية التي يتعرض لها الطفل جراء انفصال والديه وفقدانه للعلاقة مع أحدهما، رغم أن مصلحة الطفل تقتضي أن يبقى على علاقته بكليهما بعد الطلاق كونه يولد بينهما، ومن غير العدل أن يجرم من أحدهما إذا افترقا<sup>6</sup>.

وقد تتعسف الحاضنة الأم في استعمال حق الحضانة؛ وذلك من خلال تعليم صغيرها ما يفسده، أو أن تعودده على فعل مشين محرم من سرقة أو تسول، وهذا يندرج تحت رغبة جامحة للانتقام من والده الذي طلقها، بتشويه صورة المحزون ومن ثم تشويه صورة والده لحمل المحزون لقب والده، ويتأتى لها ذلك من خلال تأثيرها على المحزون بحكم سنه<sup>7</sup>، بدفعه لارتكاب الموبقات أو الأفعال المشينة، أو بأن يقتدي بحاضنه الفاسق، وهذا طبقا للقاعدة السائدة اجتماعيا من عاشر قوما أربعين يوما صار منهم، أي متخلقا بأخلاقهم<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مرجع سابق، ص.58.

<sup>2</sup> - محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج.4، المرجع السابق، ص.425.

<sup>3</sup> - مروة خضر عياد، المرجع السابق، ص.59.

<sup>4</sup> - جزء من الآية الأولى من سورة النساء.

<sup>5</sup> - أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.5، مرجع سابق، ص.06.

<sup>6</sup> - سناء عماري، عبد الرؤوف دبابش، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.178.

<sup>7</sup> - المرجع نفسه، ص.177.

<sup>8</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.508.

وقد تعمد الحاضنة أيضا إلى رسم صورة سيئة في ذهن المحضون عن والده، إلى درجة أن يغتاظ منه، فيمتلئ قلبه بالحقد والكراهية نتيجة ما يسمعه من حاضنته وأقوالها المزورة، وتلفيقها لأكاذيب واتهامات عن والده ليس لهذا الأخير يد فيها. وتطبيقا لذلك تكون الحاضنة قد استعملت أحقيتها في الحضانة بصورة متعسفة، فأضرت بالمحضون من خلال زرع أفكار سيئة في عقله، وملء قلبه بالكراهية تجاه والده، وأضرت بهذا الأخير الذي ابتعد قلب ابنه عنه ونفر منه فصار يبغضه<sup>1</sup>.

ناهيك عما سبق ذكره، قد تعمد الحاضنة بذريعة استعمالها لحقها في الحضانة، وبمجة حفاظها على المحضون وتربيته وأنها أحق به تفعل به ما تشاء، إلى الاعتداء على هذا الأخير بالضرب، والإيذاء الجسدي أو الإيذاء النفسي - بالشتائم والاهانات - أو العنف اللفظي - كتهيبه أو تخويفه - مخلفة وراءها أضرارا جسدية ومعنوية بالمحضون لا تندمل، ناهيك عن الاضطراب النفسي والعقلي الذي سيتعرض له هذا الصغير، وهذا يعد من قبيل التعسف في الحقوق المعنوية للمحضون<sup>2</sup>.

لا يقتصر تعسف الوالدين تجاه أبنائهم من خلال حق الحضانة في التربية والحفظ فحسب، بل قد ينصرف حتى إلى التعليم، الذي يعتبر هو الآخر من أجل حقوق المحضون تجاه والديه، لاسيما في العصر الحالي الذي صار العلم أساسا لكل شيء، به يعلو قدر المرء أو يدنو. يعتبر هذا الحق مكفولا في الشريعة الإسلامية، قال الشريبي في كتابه مغني المحتاج: "وإن اختار المحضون ذكرا فعندها ليلا، وعند الأب نهارا، يعلمه الأمور الدينية والدنيوية، على ما يليق به ويؤدبه؛ أي يعلمه أدب النفس والبراعة والظرف، فمن أدب ولده صغيرا سر به كبيرا، ويسلمه للكتاب ليتعلم، أو لذي حرفة، يتعلم من الأول الكتابة ومن الثاني الحرفة على ما يليق بحال الولد"<sup>3</sup>.

الحصول على التعليم هو حق خالص للمحضون، فمن واجب ولي المحضون أن يعلم ابنه حرفة تكون له خيرا وضمانا لمستقبل كريم وعيشة هنيئة، أو يرسله إلى الكتاب ليتعلم القرآن وأحكامه، والحديث وأثره، وتفسيراته، وهذا لكي يرشد ويعتدل ويتفقه في أمور دينه وديناه. في الوقت الحالي من حق الطفل على والديه أن يرسلوه إلى المدارس حتى يظفر بشهادة تؤهله إلى منصب يكفل له مستقبلا زاهرا نوعا ما.

مع أن حق المحضون في الحصول على التعليم والت مدرس من واجبات الوالدين، إلا أنه قد يتعسف من أسند له حق الحضانة في استعمال هذا الحق؛ حيث قد يعمد أب المحضون بذريعة استعماله لحق الحضانة، وتحت غطاء حقه في تعليم ابنه حرفة معينة إلى حرمان المحضون من حقه في الحصول على التعليم الأساسي، خاصة في المراحل الدراسية الابتدائية والمتوسطة والثانوية، فهنا يكون الأب قد استعمل حق الحضانة بصورة تعسفية، ذلك من خلال حرمان الصغير من أن ينشأ مثل أقرانه متعلما، ناهيك عن أن فيه إتهامك للصغير الذي قد يدفعه والده ليشغل

<sup>1</sup> - مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مرجع سابق، ص. 59.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، والصفحة نفسها. باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص. 126.

<sup>3</sup> - محمد الخطيب الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج. 5، مرجع سابق، ص. 200.

عنده أو عند غيره في أعمال شاقة على خلاف سنه<sup>1</sup>، كأن يدفع به ليكون حمالا عند الناس، وبناءً في إنشاءات وما إلى ذلك، كما قد يدفع بالمحزون - إن كانت أنثى - إلى أماكن مخلة بالحياء لتجني له المال، وفي هذا قيل: "وحرز المكان في البنت يخاف عليها... الفساد"، وجاء في الشرح: "... الفساد يعني في التي بلغت سنا يخاف عليها فيه الفساد بأن بلغت حد الوطء، ومثلها الذكر يخاف عليه فلا يشترط فيه حرز المكان قبل الإطاعة، بل يستحب...<sup>2</sup>".

كما قد يتعسف أب المحزون في استعمال حق الحضانة من خلال مماطلته في إصدار شهادات الميلاد والأوراق الثبوتية لأبنائه، أو أوراق التسجيل في المدارس، التي تعد ضرورية للالتحاق بالمدرسة، فيماطل في القيام بهذه الإجراءات تملصا منه بعدم إصدارها قصد حرمان المحزون من حقه في الحصول على التعليم، أو يؤخر إلحاقهم بالمدارس بنية عدم قبوله، وبغية دفعه لأن يشتغل عنده في محله<sup>3</sup>، أو أن يجعله لأن يشتغل عند غيره بعد أن يغريه بالمال، الذي سيحصل عليه، لجهله بأمر الدنيا وما يصلح له، فيفسده ويحرمه من حقه في التعلم والتدريس، وهذا يعتبر من قبيل التعسف في استعمال حق الحضانة.

#### أ- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في الحقوق المعنوية للمحزون

سنتناول في البدء موقف المشرع الجزائري من التعسف في الحقوق المعنوية للمحزون (01)، وبعدها نتطرق إلى موقف التشريعات العربية من ذلك أيضا (02).

#### 1- موقف المشرع الجزائري من التعسف في الحقوق المعنوية للمحزون

تعرض المشرع الجزائري إلى الحقوق المعنوية للمحزون؛ وذلك في معرض تعريفه للحضانة، من خلال المادة 62 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02 والتي جاء فيها: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا...". وعليه، يستشف من نص المادة أن المشرع الجزائري متع المحزون بحقوق على الحاضن الالتزام بها على قدم وساق، وإلا سقط عنه حق الحضانة، وهذه الحقوق تتمثل في الآتي:

- توفير الحماية للمحزون ورعايته صحيا.
- تربيته على دين أبيه، وحفظه خلقا، وتدعيما لهذا الحق جاء قرار قضائي صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 09 جانفي 1984 يؤكد على ضرورة تربية الولد وحفظه خلقا، وضمان استقامته، حيث جاء في القرار: "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا. والحكم بخلاف هذا المبدأ، استوجب نقض القرار الذي قضى بإسناد حضانة الأولاد لجدتهما لأم بعد إسقاط هذا الحق عن الأم لفساد أخلاقها، وإقرارها باتخاذ وسائل غير شرعية

<sup>1</sup> - مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مرجع سابق، ص.60.

<sup>2</sup> - محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.513.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

لترغيم زوجها على طلاقها"<sup>1</sup>. جاء في تأسيس القرار أن إسقاط حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها، وسوء تصرفها، يسقط حقها في الحضانة، ضف إلى ذلك أن الأم لا تقدر على كبح جماح ابنتها فلا تقدر أيضا على كبح جماح المحضون ومراقبته وتربيته النظيفة. وعليه، فلا الأم تستحق الحضانة ولا أمها كذلك من ناحية الشرع لفقدان الثقة والأمانة فيهما معا<sup>2</sup>.

وعليه، وتعزيزا لحماية المحضون وحفظه خلقا، أسقط القرار القضائي الحضانة عن الحاضنة لفساد أخلاقها، كما أسقط أيضا حق أمها في الحضانة لفقد الثقة فيهما معا، حماية للمحضون منهما معا. كما جاء في قرار آخر صادر عنها أيضا بتاريخ 30 سبتمبر 1997 على أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإن بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، وخاصة أحكام المادة 62 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزائيا فيما يخص حضانة الأولاد الثلاثة"<sup>3</sup>.

في معرض تأسيسه أكد قرار المحكمة العليا أن المادة 62 من القانون السالف ذكره قد عرفت الحضانة بأنها رعاية المحضون من تربية وتعليم، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا، كما اشترطت هذه المادة في فقرتها الأخيرة على أن يكون الحاضن أهلا للقيام بهذه العناصر السالفة الذكر. والملاحظ في القرار القضائي أنه استطرده وخص المبدأ باستثناء عام ألا هو "مصلحة المحضون"؛ لأن هذه الأخيرة إن توافرت مع بقاء الصغير مع الأم الزانية، فإن ذلك يقف حائلا في أن تحرم هذه المرأة من حقها في حضانة ولدها، إذا ثبت أن الاستغناء عنها في هذه المرحلة بالذات يعد ضربا من الخيال<sup>4</sup>.

● القيام بتعليم الطفل وحفظ حقه في التمدرس.

## 2- موقف التشريعات العربية من التعسف في الحقوق المعنوية للمحضون

تعرض المشرع المغربي في مدونة الأسرة لأبرز الحقوق المعنوية للمحضون، وألزم الوالدين القيام بها؛ لأنه اعتبر الحضانة من واجباتهما، هذا في نص المادة 164 من نفس المدونة: "الحضانة من واجبات الأبوين، ما دامت علاقة الزوجية قائمة"، وتشمل الحضانة الواجبة على الأبوين وفق نص المادة 163 منها: "حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه. وعلى الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه، والقيام بمصالحه في حال غيبة النائب الشرعي، وفي حال الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون".

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1984/01/09، رقم 31997، م.ق، ع.01، لسنة 1989، ص.73.

<sup>2</sup> - باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص.127.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1997/09/30، رقم القرار 171684، ا.ق، ص.169. مقتبس عن باديس دياي، قانون الأسرة على

ضوء الممارسة القضائية، ط.1، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر -، لسنة 2012، ص.60.

<sup>4</sup> - باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص.133.

وعليه، يستخلص من هاته المواد أن من حقوق المحضون على والديه الرعاية الصحية، وكذا تربية المحضون وحفظه وتعليمه، والقيام بمصالحه، وهذه الحقوق أدرجتها المادة 54 من نفس المدونة بنوع من التفصيل، وألزمت الوالدين القيام بها وتوفيرها للمحضون سواء في إطار العلاقة الزوجية أو بعدها؛ حيث جاء في نصها: "للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:

- حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد.
- العمل على تثبيت هويتهم والحفاظ عليها خاصة، بالنسبة للاسم والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية.
- النسب والحضانة والنفقة طبقاً لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة.
- اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية، والعناية بصحتهم وقاية وعلاجاً.

- التوجيه الديني، والتربية على السلوك القويم، وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل، واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل.
- التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع، وعلى الآباء أن يهيئوا لأولادهم -قدر المستطاع- الظروف الملائمة لمتابعة دراستهم حسب استعدادهم الفكري والبدني.

عندما يفترق الزوجان، تتوزع هذه الواجبات بينهما بحسب ما هو مبين في أحكام الحضانة ..."

وعليه، فعلى الحاضن أن يتولى القيام بهذه الواجبات، ويلتزم بحفظ حقوق المحضون من رعاية صحية وأخلاقية، والتي اعتبرها المشرع المغربي في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة من شروط الحضانة؛ حيث نصت المادة 98 منها على أن: "من شروط الحضانة السلامة من كل مرض معد أو مانع من قيام الحاضن بالواجب"، كما يلتزم من أسند إليه حق الحضانة بحفظ المحضون وتربيته، وكذا القيام بتعليمه ومراقبة تدمرسه، وهذا الحق الأخير يعتبر حقاً أساسياً يضمنه الدستور المغربي في نص الفصل 13 منه، والذي يقضي بأنه: "التربية والشغل حق للمواطنين على السواء". ومسألة مراقبة المحضون في تدمرسه من المستجدات التي أشارت إليها عدة مقتضيات داخل الأسرة، ومن بينها النص التشريعي 54 من المدونة السالفة ذكرها<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه من الأحكام التشريعية التي جاءت بها المدونة أيضاً والمرتبطة بمسألة التمدرس، ما تم النص عليه ضمن مقتضيات المادة 169 من نفس المدونة، والتي جاء فيها: "على الأب أو النائب الشرعي والأم الحاضنة، واجب العناية بشؤون المحضون في التأديب والتوجيه الدراسي، ولكنه لا يبيت إلا عند حاضنته إلا إذا رأى القاضي مصلحة المحضون في غير ذلك. وعلى الحاضنة غير الأم مراقبة المحضون في المتابعة اليومية لواجباته الدراسية. وفي حال الخلاف بين النائب الشرعي والحاضن، يرفع الأمر إلى المحكمة للبت وفق مصلحة المحضون".

<sup>1</sup> - محمد الكشور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص. 67.

يستفاد من هذا النص أن العناية بتمدرس الطفل مسألة يجب أن يشترك فيها أب الطفل وأمه، لما فيه مصلحة للمحضون أساسا، ومن ثم لا يمكن أن يقرر بشأنها أحدهما دون الآخر، بصرف النظر عما ثبت له الحضانة منهما<sup>1</sup>، خاصة وأن المشرع في الفقرة الأخيرة بين أن مسألة التمدرس واجب يشترك فيه كلا الوالدين، وأنه في حال الخلاف حول هذه المسألة يرفع الأمر إلى المحكمة للبت وفق مصلحة المحضون<sup>2</sup>.

كما جاءت الأحكام والقرارات القضائية بالمغرب لتعزز حقوق المحضون، وتحفظ مصالحه من أن تطالها يد والديه أو غيرهما، وحماية له من تعسف هذين الأخيرين في حقوقه المعنوية؛ حيث جاء في حكم شرعي للعلامة العماري: "يحكم بسقوط حضانة الأم إذا ثبت أنها دخالة حَرَجَةً لغير حاجة، لعدم صلاحيتها للحضانة بسبب عدم الصيانة للمحضون. وفي البهجة لدى قول الناظم: والصيانة ما نصه: فلا حضانة لغير صائن للحقوق المعرة بعدم الصون..."، وفي الفائق للونشريسي ما نصه: "الرابع والستون: قال ابن الطلاع في وثائقه: كثرة الدخول والخروج يتوقع منه تضييع المحضون فتسقط حضانتها". وفيه أيضا قال ابن العطار رحمه الله: "وإذا شهدت بينة في الحاضنة أنها ممن لا تستحق الحضانة، وشهدت بينة أنها تستحق فقيل يقضى بالأعدل: وقيل إن البينة التي شهدت بالجرحة أقعد لأنها علمت علما باطنا لم تعلمه البينة الأخرى، وبذلك العمل عندنا وبه القضاء"<sup>3</sup>.

كما اعتبر المجلس الأعلى أن الخيانة الزوجية فعل يثبت عدم صلاحية المطلقة للحضانة، فيسقط عنها هذا الحق، خوفا من أن يتأثر المحضون بأخلاق المطلقة الحاضنة<sup>4</sup>.

بالرجوع إلى المشرع التونسي نجد أنه هو الآخر أولى المحضون عناية من خلال نصوص فصول الأحوال الشخصية، التي ألزمت الوالدين بحفظ المحضون، ورعايته صحيا، والقيام بتعليمه ومراقبة تدرسه، وهذا في إطار الفصل 54، 58، 60 من مجلة الأحوال الشخصية؛ حيث نص الفصل 54 منه حين تعريفه للحضانة: "الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته"، أما الفصل 58 من نفس المجلة فقد درج فيه المشرع التونسي شروط الحضانة، وهذا حفظا لحقوق المحضون من رعاية صحية: "يشترط في مستحق الحضانة أن يكون مكلفا أمينا قادرا على القيام بشؤون المحضون سالما من الأمراض المعدية".

<sup>1</sup> - محمد الكشور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص.ص. 67-68.

<sup>2</sup> - ويكون الخلاف بين الأم الحاضنة وولي المحضون فيما يخص تدرس الطفل مثلا؛ كما لو أن الأم أرادت أن يلج ابنها مدرسة خاصة وأراد النائب الشرعي أن يلج مدرسة عمومية، أو أرادت هي أن يتلقى تكويننا علمانيا وعصريا وأراد هو أن يتلقى تكويننا دينيا، وتمسك كل منهما بموقفه، رفع الأمر إلى المحكمة التي تقرر في الاتجاه الذي تراه أقرب إلى مصلحة المحضون، مع العلم أن الالتجاء إلى القضاء قد يتم مباشرة من جانب النيابة العامة التي تعتبر طرفا أصليا في قضايا الأسرة، وهذا طبقا لنص المادة الثالثة من المدونة. انظر. محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.515.

<sup>3</sup> - مجموعة الأحكام الشرعية، الحكم رقم 84. مقتبس عن محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، المرجع نفسه، ص.ص. 508-509.

<sup>4</sup> - المجلس الأعلى، قرار شرعي صادر بتاريخ 04 يناير 2006، ع.18، تحت رقم 2005/1/2/485، قرار غير منشور. مقتبس عن محمد الكشور، المرجع نفسه، ص.509.

وعليه، يستشف من هذا الفصل أنه لا حضانة لمن به مرض معدٍ -برص أو جذام وغيرهما- من الوالدين أو لمن له حق الحضانة. أما الفصل 60 من المجلة فقد ألزم فيه المشرع الوالدين وغيرهما تربية الولد وحفظه، وأيضا التكفل بتعليمه، وإرساله للتعليم؛ حيث جاء النص كالتالي: "للأب وغيره من الأولياء وللأم النظر في شأن المحضون وتأديبه، وإرساله إلى أماكن التعليم، لكنه لا يبيت إلا عند حاضنه. كل ذلك ما لم ير القاضي خلافه لمصلحة المحضون".

وعليه، يستشف من سياق النص والنصوص السالفة الذكر أن من الحقوق المعنوية التي أقرها المشرع للمحضون، وألزم الوالدين توفيرها للمحضون هي الرعاية الصحية، وحفظ المحضون وتربيته، والتكفل بتعليمه، تحت طائلة سقوط الحضانة لمن أسندت إليه في حال تخلفه عن القيام بهاته الالتزامات.

بالنسبة للمشرع المصري لم يتعرض في قوانين الأحوال الشخصية لمسألة الحقوق المعنوية للمحضون، ولكن بالرجوع إلى الساحة القضائية نجد العديد من الأحكام القضائية قد أقرت بهذه الحقوق، وألزم الوالدين بتوفيرها وإلا سقطت عنه لمن أسند إليه حق الحضانة، ومن بين هذه الأحكام نجد حكماً قضائياً صادراً عن محكمة طنطا قد همى المحضون من والدته التي تحترف البغاء أو الرقص حفاظاً على تربيته، فأسقط عنها حق الحضانة؛ حيث جاء في الحكم بأن محترفة البغاء ليست أهلاً للحضانة شرعاً، وينزع منها الصغير ولو لم يعقل الفسق، كما حكم القضاء نفسه على أن احتراف والددة الصغيرة التمثيل والرقص مسقط لحقها في الحضانة؛ لأنهما -أي الرقص والتمثيل- يخالفان تعاليم الدين الإسلامي السامية وآدابه الحكيمة العالية، ولأن ضم الصغيرة إلى أمها الراقصة يطبع صوراً غير لائقة في ذاكرتها وفي مخيلتها<sup>1</sup>.

كما جاء في حكم آخر لإحدى محاكم الموضوع المصرية: "... حيث تبين من الأوراق أن المستأنف عليه متشرد ولا صناعة له، وأنه يحوز المخدرات وحبس غير مرة ولا يزال مسجوناً من جراء ذلك. وحيث إنه بذلك يكون فاسداً غير مأمون على ابنه الصغير، فلا يدعوه إليه؛ لأن الغرض من ضم الصغير إلى عاصبه بعد بلوغه السن التي ينزع فيها من الأم هو أن يتخلق بأخلاق الرجال ويتأدب بأدابهم، فإذا ما كان العاصب فاسداً انتفى الغرض من الضم، وكانت مصلحة الصغير على دفع الضرر عنه مراعاة منفعته، وما ذهب إليه محكمة أول درجة من أن الأمانة ليست بشرط في الأب لم يستند إلى دليل. بل المفهوم من أقوال الفقهاء ... وقد صرحوا في غير موضع أن لا يضم الصغير إلى أبيه إذا خيف عليه أن يتخلق بأخلاق أهل الفساد. ولقد استظهر بعض الفقهاء أن للقاضي أن يترك الولد عند أمه إذا انتهت حضانتها ..."<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - انظر. حكم محكمة طنطا الجزائرية الشرعية، في 16 دجنبر 1930، المحاماة الشرعية، السنة الثالثة، العدد 03. وحكم المحكمة الابتدائية بالقاهرة

1949/11/20، قضاء الأحوال الشخصية للمصريين. مقتبس عن محمد الكشيبور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص. 59.

<sup>2</sup> - محكمة الاستئناف بالإسكندرية قرار بتاريخ 21 ماي 1923. مقتبس عن محمد الكشيبور، أحكام الحضانة، المرجع نفسه، ص. 59-60.



وعليه، يستشف من هذه الأحكام أن القضاء المصري أقر بحماية المحضون من أمه الحاضنة إن كانت فاسقة، ومن أبيه إن كان يتخلق بأخلاق الفساد، وهذا حفاظاً لمصلحة المحضون من أن يتأثر بأخلاقهما ويتطبع بطباعهما، فيصير مثلهما فاسداً، ومن ثم يسقط حق الحضانة من الحاضن غير السوي الفاسد.

أقر واضع قانون الأحوال الشخصية الأردني الحقوق المعنوية التي يتمتع بها المحضون والتي يتوجب على الوالدين توفيرها له، والحرص على إقامتها، من رعاية صحية للمحضون، وكذا تربيته، وحفظه خلقاً وديناً، والتكفل بتعليمه ومراقبة تدرسه، وهذا في نصوص المواد 171، 172، 181، 184، من القانون أعلاه، فبالرجوع إلى نص المادة 171 الفقرة (أ) من هذا القانون، نجد المشرع الأردني قد اشترط شروطاً في مستحق الحضانة حتى يخول له هذا الحق ويثبت له، وتتمثل هذه الشروط في الرعاية الصحية من خلال خلوه من الأمراض المعدية والخطيرة، والقدرة على تربية المحضون وصيانته ديناً وخلقاً وصحة<sup>1</sup>، وهذا تحت طائل سقوط الحضانة عند عدم توفر هذه الشروط، طبقاً لنص المادة 172 من نفس القانون، والتي جاء في فقرتها (أ): "يسقط حق الحضانة في الحالات التالية: أ- إذا اختل أحد الشروط المطلوب توافرها في مستحق الحضانة".

كما أقر المشرع الأردني في نص المادة 181 حق الزيارة واستزارة المحضون، وعدم قطع صلته بمحارمه، حفاظاً على مصلحته، وحتى لا يتعرض لاضطرابات نفسيه بسبب عدم رؤيته لوليه أو محارمه<sup>2</sup>، وهمى المشرع أيضاً حق المحضون في التعليم، وألزم الوالدين بالتكفل بهذا الحق، وبالإشراف على شؤونه في التأديب والتوجيه المدرسي، وهذا من خلال نص المادة 184 بفقرتها من القانون السالف الذكر، والتي جاء فيها: "مع مراعاة أحكام الحضانة للولي الحق في الإشراف على شؤن المحضون وتعهده، وفي اختيار نوع التعليم ومكانه، وذلك في محل إقامة الحاضنة، ولا يجوز نقله من محل إقامته إلا بموافقتها أو لضرورة تحقق مصلحة المحضون. على الولي والحاضنة العناية بشؤون المحضون في التأديب والتوجيه الدراسي".

وعليه، يستشف من هذا النص والنصوص السالف ذكرها أن المشرع المغربي أوجب حقوقاً للمحضون على الحاضن الالتزام بإقامتها له، وفي حال التعسف في عدم توفير هذه الحقوق المعنوية من رعاية صحية والحفاظ عليه وتربيته، والتكفل بتعليمه والعناية بشؤونه في التعليم والتوجيه الدراسي، فإن حق الحضانة الذي أسند إلى مستحقه يسقط عنه لعدم الالتزام بشروط الحضانة طبقاً لنص المادة 171، 172 أعلاه.

هذا المشرع العراقي حذو المشرع الأردني في سياقاته للنصوص السالف ذكرها؛ حيث ألزم الوالدين بحفظ الحقوق المعنوية للمحضون والحرص على توفيرها له، من رعاية صحية، والسهر على حمايته وتربيته، وحفظ أخلاقه،

<sup>1</sup> - حيث نصت المادة 171 الفقرة أ من قانون الأحوال الشخصية الأردني: "يشترط في مستحق الحضانة أن يكون بالغاً عاقلاً، سالماً من الأمراض المعدية الخطيرة، أميناً على المحضون، قادراً على تربيته وصيانته ديناً وخلقاً وصحة، وأن لا يضيع المحضون عنده لانشغاله عنه، وأن لا يسكنه في بيت مبغضيه أو من يؤذيه، أو أن يكون مرتداً".

<sup>2</sup> - راجع نص المادة 181 من الفقرة (أ) حتى الفقرة (و) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

والتكفل بتعليمه ومراقبة تدمرسه، وهذا طبقا للمادة 57 من قانون الأحوال الشخصية، والذي جاء في عدة فقرات مدرجة على النحو التالي:

- 1- الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، ما لم يتضرر المحضون من ذلك.
  - 2- يشترط أن تكون الحاضنة بالغة عاقلة أمينة، قادرة على تربية المحضون وصيانتهم، ولا تسقط حضانة الأم المطلقة بزواجها. وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم والأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون.
  - 3- للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه، حتى يتم العاشرة من العمر. وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة، إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية، أن مصلحة الصغير تقتضي بذلك، على أن لا يبيت إلا عند حاضنته.
  - 4- في حال فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة... تنتقل الحضانة إلى الأب، إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك، وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة، مراعية بذلك مصلحة الصغير.
  - 5- إذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الأبوين، تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين، كما يجوز لها أن تودعه إلى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها.
  - 6- أ- إذا فقد أبو الصغير أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة، دون أن يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها حين بلوغه سن الرشد...".
- وعليه، يستشف من سياق النصوص أن واضع قانون الأحوال الشخصية العراقية أقر حقوقاً معنوية للمحضون على الحاضن إقامتها، تحت طائلة سقوط الحضانة عنه في حال عدم الالتزام بها، أو التعسف في توفيرها للمحضون.

## الفرع الثاني

### التعسف في استعمال حق الحضانة تجاه غير المحضون

سبق وأن تعرضنا إلى التعسف في استعمال حق الحضانة تجاه المحضون، مع تبيان صور التعسف وموقف التشريعات العربية من ذلك، غير أن ما تجدر الإشارة إليه أن التعسف في استعمال حق الحضانة لا يطال المحضون فحسب، وإنما يلحق أيضا الحاضن أو غير الحاضن. وعليه، سنحاول في هذا الصدد إبراز أهم صور التعسف في استعمال حق الحضانة تجاه غير المحضون، ويكون ذلك التعسف في استعمال حق زيارة ورؤية المحضون (أولا)، والتعسف في استعمال حق السفر بالمحضون (ثانيا)، ويكون ذلك مع تبيان موقف الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري والتشريعات العربية من كل صورة.

### أولا: التعسف في استعمال حق زيارة ورؤية المحضون

سنتعرض في هذا الصدد إلى موقف الفقه الإسلامي من التعسف في استعمال حق زيارة ورؤية المحضون، مع بيان مظاهر التعسف في هذه الصورة (أ)، وبعدها نرجع على موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من ذلك أيضا (ب).

## أ- موقف الفقه الإسلامي من التعسف في استعمال حق زيارة ورؤية المحضون وبيان صور التعسف في ذلك

سنشير في البدء إلى موقف الفقه الإسلامي من التعسف في استعمال حق زيارة ورؤية المحضون (01)، وبعدها نتعرض إلى صور التعسف في استعمال ذلك الحق (02).

### 1- موقف الفقه الإسلامي من التعسف في استعمال حق في زيارة ورؤية المحضون

يعتبر حق زيارة ورؤية المحضون أثراً من آثار الحضانة؛ لأنه لما يثبت لأحد الطرفين حق الحضانة، فإنه يثبت للآخر حق زيارة ورؤية المحضون، ذلك لأن هذه الأخيرة تعتبر حقاً للمحضون وحقاً لغير الحاضن. ويكتسي حق زيارة ورؤية المحضون أهمية بالغة؛ ذلك لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطاً بأبويه، غير أنه كثيراً ما يسيء الوالدان استعماله بسبب ما حدث بينهما من طلاق، والخلافات الناتجة عن هذا الأخير، والتي يذهب ضحيتها الأطفال نتيجة هذا الصراع<sup>1</sup>.

الجدير بالذكر أن جمهور الفقهاء القدامى اتفقوا على أنه لا يحق لمن أسند إليه حق الحضانة أن يمنع الآخر من حق الزيارة والرؤية؛ ذلك لأن في المنع تعويداً على القطيعة للرحم<sup>2</sup>، ويألف المحضون العقوق ويجف حنانه تجاه غير حاضنه -الذي قد يكون وليه أو أمه- ولقد قال الله -سبحانه وتعالى- في محكم تنزيله ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾<sup>3</sup>، والمقصود من الآية الكريمة اتقوا الأرحام أن تقطعوها<sup>4</sup>.

وعليه، فإذا ثبتت الحضانة للأم لم يصح لها أن تمنع الأب من زيارة المحضون والاطلاع على أحواله، خاصة وأنه وليه الشرعي، وإذا ثبتت الحضانة للأب فإنه يقع عليه ذات الالتزام؛ ذلك لأن الله -سبحانه وتعالى- في كتابه الكريم يقول ﴿لَا تَضَارَّ وَالِدَةَ وَبَوْلِدَهَا وَلَا مَوْلُودَ لَهَا بِوَلَدِهِ﴾<sup>5</sup>، وقد فسر العلامة القرطبي الآية الكريمة: "لا تضار والدة بولدها ولا مولود به لولده المعنى: لا تأبى الأم أن ترضعه إضراراً بأبيه أو أن تطلب أكثر من أجر مثلها، ولا يحل للأب أن يمنع الأم من ذلك مع رغبتها في الإرضاع، وهذا قول جمهور المفسرين..."<sup>6</sup>.

اختلف الفقهاء في مقدار الزيارة؛ فقال بعضهم على أن الزيارة تكون مرة في الأسبوع، ونص بعضهم على أنها كل يوم<sup>7</sup>، واشتروا أن لا تطول مدة الزيارة والمكث عند المحضون، لاسيما إن كان هذا الأخير في بيت أحد

<sup>1</sup> - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص.258.

<sup>2</sup> - مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مرجع سابق، ص.62. باديس دياي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.158.

<sup>3</sup> - جزء من الآية الأولى من سورة النساء.

<sup>4</sup> - ابن منظور، لسان العرب، ج.1، مرجع سابق، ص.1479 وما بعدها.

<sup>5</sup> - الآية 231 من سورة البقرة.

<sup>6</sup> - أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ج.3، مرجع سابق، ص.167.

<sup>7</sup> - محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج.3، مرجع سابق، ص.571. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج.5، مرجع سابق، ص.199. ابن قدامة، المغني، ج.8، مرجع سابق، ص.242.

والوالدين، وذلك لما بينهما من الحرمة بسبب القرابة، وفي هذا قال الشافعي -رحمه الله- على أن المحضون: "إن اختار أباه لم يكن له منعه من أن يأتي أمه...". وعليه، فإن "اختار المحضون أمه، فيأوي في الليل إليها ويكون في النهار مع أبيه، إن كان من أهل الصناعة أو في الكتاب إن كان من أهل التعليم، وليس للأُم أن تقطعه في النهار إليها؛ لما يدخله عليها من ضرر في تعطيله عن التعليم أو الصناعة. أما إن اختار أباه فهو أحق به ليلاً ونهاراً؛ ليأوي في الليل إليه، ويكون في النهار متصرفاً بتدبير أبيه، إما في كتاب يتعلم فيه، وإما في صناعة يتعاطاها، وعليه أن ينفذه إلى زيارة أمه في كل يومين أو ثلاثة، وإن كان منزلها قريباً فلا بأس أن يدخل عليها في كل يوم ليألف برها، ولا يمنعه منها فيألف العقوق"<sup>1</sup>.

وعليه، وتأسيساً لما سلف ذكره، فحق الزيارة والرؤية مكفول شرعاً لأنه من آثار الحضانة كما سلف الذكر، وأيضاً لأن هذا الحق يولد في قلب المحضون بر والديه، فلا يألف عقوقهم، غير أن طبيعة الطلاق وما ينشأ عنه من عداوة بين الطرفين لا تأبى إلا بممارسة أحدهما الإضرار بالآخر انتقاماً لما صنعه به -أو ما حولت له نفسه بأنه ظلم- فيتعسف في استعمال حق الحضانة من خلال حق الزيارة والحضانة، ويبرز هذا التعسف من خلال عدة مظاهر، سنأتي على ذكرها من خلال مظاهر التعسف في استعمال حق زيارة ورؤية المحضون.

## 2- صور التعسف في استعمال حق زيارة ورؤية المحضون

تتجلى مظاهر التعسف في استعمال حق زيارة ورؤية المحضون من خلال ملاحظة الحاضن في تنفيذ حق رؤية المحضون لغير الحاضن، وكذا استعمال حق الزيارة في أوقات لا تناسب الحاضن أو المحضون، وكذا امتناع غير الحاضن عن إعادة الأبناء بعد تنفيذ حق الرؤية، وتحديد أماكن غير لائقة للزيارة، وامتناع الولي غير الحاضن من ممارسة حق الزيارة.

### 2-1- ملاحظة الحاضن في تنفيذ حق رؤية المحضون لغير الحاضن

قد يعتمد الحاضن بالملاحظة في تنفيذ حق الرؤية لغير الحاضن -بصرف النظر عن درجة قرابته للمحضون- وهذا تحت غطاء أن له الحق في ذلك بموجب حق الحضانة، وبمجة أن له الحق في حفظ المحضون. كما قد يلجأ الحاضن أيضاً إلى تغيير محل إقامته، وهذا بقصد الملاحظة في تنفيذ حق الرؤية، أو بقصد التعنت، والرغبة في الانتقام من الطرف الآخر، وبنية الإضرار به، والضرر في الشريعة الإسلامية ممنوع ودرؤه واجب، وذلك لأن هاتين الحالتين تعد من قبيل الإساءة في استعمال حق الحضانة، وكذلك لأن تعمد الإضرار بالآخر هو المعنى الحقيقي للتعسف في استعمال الحق، ويظهر الضرر من خلال حرمان غير الحاضن من رؤية فلذة كبده -خاصة إن كانت أمه بسبب سقوط الحضانة عنها، أو أبوه- أو يشرع الحاضن إلى تنفيذ حق الزيارة ولكن في فترات متباعدة مما يورث الجفاء والتباعد، والتعود على قطيعة الرحم، وكذا يألف المحضون العقوق، وهذا أمر غير جائز؛ لأنه مخالف لمقاصد الشرع في تشريع حق الزيارة والرؤية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أبو الحسن علي بن محمد حبيب البصري الماوردي، الحاوي الكبير، ج. 11، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن، ص.ص. 507-508.

<sup>2</sup> - مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مرجع سابق، ص. 63.

## 2-2- استعمال حق الزيارة في أوقات لا تناسب الحاضن أو المحضون

قد يلجأ غير الحاضن إلى استعمال حق الزيارة بصورة تعسفية، فيختار أوقات زيارة غير مناسبة لرؤية المحضون؛ بحجة أن له الحق في زيارة ورؤية المحضون، ويكون ذلك من خلال اختيار تلك أوقات متأخرة من الليل، أو في وقت عمل الحاضنة إضرارا بها، أو في وقت دراسته أو ذهابه إلى المدرسة، أو ذهابه لتعلم دروس إضافية، فهنا تضطر الحاضنة لقطع عملها لإحضار الأبناء، أو أن تقطعهم عن دراستهم حتى تنفذ هذا الحق الذي تعسف فيه صاحبه<sup>1</sup>، كما قد يعتمد غير الحاضن تعسفا في استعمال حق الرؤية من خلال تطويل فترة الزيارة على غير النحو المعتاد -خاصة أن الفقهاء قالوا بعدم تطويل وقت أوقات الزيارة بسبب الحرمة بين المطلقين- وفي ذلك قال الفقهاء القدامى: "ولو أرادت الأم زيارته فلا يمنعها الأب من ذلك، لما في ذلك من قطع الرحم، لكن لا تطيل المكث، وإن بخل الأب بدخولها إلى منزله أخرجها إليها، والزيارة تكون مرة كل يومين فأكثر، فإن كان منزل الأم قريبا فلا بأس أن يزورها الابن كل يوم"<sup>2</sup>.

## 2-3- امتناع غير الحاضن من إعادة الأبناء بعد تنفيذ حق الرؤية

حيث تكتسي حقا الحضانة والزيارة صعوبات على مستوى التنفيذ؛ لأنها تعد من قبيل التنفيذ على الذات، لتعلق هذه الصعوبات بالجانب النفسي والعاطفي الذي يتدخل مع البعد القانوني، الذي يؤدي إلى عدم احترام القرارات القضائية، وافتعال الأعذار لعدم تنفيذها، ويظهر التعسف في امتناع غير الحاضن من إعادة الأبناء بعد تنفيذ حق الرؤية من خلال رغبته في الإضرار بالحاضنة، مما يضطرها إلى رفض تمكينه من الرؤية خوفا من اختطاف أطفالها، وعدم إرجاعهم إليها، لاسيما إذا كان غير الحاضن أجنبي عنها<sup>3</sup>.

## 2-4- تحديد أماكن غير لائقة لتنفيذ حق الزيارة

فقد لا يتوافق الوالدان على تحديد مكان للزيارة، وهو ما يضطر الهيئة القضائية إلى قيامها بتحديد أماكن لتنفيذ هذا الحق؛ حيث تعتمد هذه الهيئة في كثير من الأحيان إلى تحديد مراكز وأقسام الشرطة كأماكن لتنفيذ ذلك الحق، وهذا لضمان تنفيذه، غير أن المتمعن في النظر لهذا لإجراء يجد أن تنفيذ حق الزيارة وفق هذه الصورة فيه نوع من التعسف من قبل الجهة المسؤولة -بصرف النظر عن نيتها وغايتها في ضمان تنفيذ هذا الحق- وذلك لما فيه إضرار للطرفين غير الحاضن والمحضون نفسه؛ لأن مثل هكذا أماكن في العادة للمتهمين في قضايا، أو ارتكاب الجنايات أو الجنح، وهو ما لا يليق بكرامة غير الحاضن والمحضون، وأيضا لما يولد في نفس المحضون من خوف،

<sup>1</sup> - مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مرجع سابق، ص.63.

<sup>2</sup> - محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج.5، مرجع سابق، ص.199.

<sup>3</sup> - سناء عماري، عبد الرؤوف دبابش، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص.179. مروة خضر عياد،

المرجع السابق، ص.64.

واضطراب نفسي، ومن هذا المنطلق ينبغي أن تكون أماكن زيارة ورؤية المحضون مناسبة، تتوفر فيها البيئة الصحيحة للالتقاء بالمحضون وأقاربه، ولما فيه ضمان لأرجحية المحضون، التي مصلحته أولى وأكد من كل شيء<sup>1</sup>.

## 2-5- امتناع الولي غير الحاضن من ممارسة حق الزيارة

يحدث في كثير من الأحيان أن يمتنع المحضون له من ممارسة حق الزيارة؛ وذلك من خلال عدم التزامه بمواعيد الزيارة، أو بقطع كل صلة بالمحضون، وهو ما يولد في نفس هذا الأخير عقدة واضطرابًا نفسيًا وعقليًا، ويبرر الأولياء هذا التصرف بحجة أنهم يرغبون في نسيان تجربة زواج كلل بالفشل، غير أن هذه الذريعة التي يتخذونها يتحمل الأولاد وحدهم مسؤوليتها، ناهيك عن أن شدة التوتر ورغبة المطلقين في عدم الاحتكاك ببعضهما وكذا شدة البغض، يجعل مواعيد الزيارة طريقة مناسبة لتبادل الشتائم، فيكون المحضون في ذلك الموعد رهينة للصراعات بين أبويه، أو لقاء لاحتدام الصراع<sup>2</sup>.

## ب- موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في زيارة ورؤية المحضون

بعد أن تم تبيان حكم زيارة المحضون ورؤيته، وكذا صور التعسف في استعمال هذا الحق، نأتي الآن إلى إبراز موقف المشرع الجزائري من التعسف في استعمال حق زيارة المحضون (01)، وكذا موقف التشريعات العربية من ذلك أيضا (02).

## 1- موقف المشرع الجزائري من التعسف في زيارة ورؤية المحضون

أخذ المشرع الجزائري بقول ما اتفق عليه جمهور الفقهاء القدامى بأن حق الزيارة ثابت، وأنه يمنع على الحاضن منع الطرف الآخر من ممارسة هذا الحق، وهذا طبقا لنص المادة 64 من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر 05-02، والتي جاء فيها: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

يستشف من نص المادة أن المشرع استعمل أسلوب الوجوب، وهذا بلفظ "وعلى القاضي"؛ بمعنى أنه يجب على القاضي. ضف إلى ذلك أن المشرع حينما رتب الحاضنين، حول غيرهم حق الزيارة، وهذه الأخيرة جاءت وجوبية غير جوازية أو اختيارية؛ بمعنى أن هذه الجملة "أن يحكم بحق الزيارة" لو غفل القاضي عن ذكرها في حكم إسناد الحضانة، يكون حكمه معييا لعدم تطبيقه للنص بخلافه، ولأهمية هذه الجملة الأخيرة أيضا، ومنطلق ذلك ليس لمصلحة الغير بقدر ما هو مكرس لمصلحة المحضون الذي لا ينبغي أن ينقطع عنه أهله نهائيا<sup>3</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن حق الزيارة المنصوص عليه في الجملة الأخيرة من المادة السالفة الذكر لم يكن مقتصرًا على الأب والأم، ممن لم تسند إليهم الحضانة، بل يتعدى الأمر إلى كل من له مصلحة - كالجدة والجدة لكلا

<sup>1</sup> - مروة خضر عياد، مرجع سابق، ص 64.

<sup>2</sup> - سناء عماري، عبد الرؤوف دبابش، مرجع سابق، ص 179.

<sup>3</sup> - باديس دبابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 159.

الأبوين والحالة والعمّة - مراعاة لمصلحة المحضون<sup>1</sup>، وهو ما صرح به القضاء الجزائري لما كرس حق الزيارة لجد المحضون في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21 أبريل 1998، حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا أنه كما يجب النفقة على الجد لابن الابن، يكون له حق الزيارة أيضا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بحق الزيارة للجد الذي يعتبر أصلا للولد، وهو بمنزلة والده المتوفى، كما تجب عليه النفقة، يكون له حق الزيارة طبقا لأحكام المادة 77 من قانون الأسرة، فإن القضاة بقضائهم بما فعلوا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>2</sup>.

الملاحظ من خلال القرار أن المحكمة العليا في هذا القرار وإن عللت أحقية الجد لأب في زيارة بالنفقة، إلا أنها توصلت في الأخير إلى أن الجد أصل، وما يحق للفرع يحق للأصل، ضف إلى ذلك أن المادة 64 من القانون السالف الذكر حينما أوجبت حق الزيارة لم تحصرها في درجة قرابة المحضون - أبوه، أو أمه - فحسب، بل تركت اللفظ عاما دون حصره، ومن ثم من يحق له شرعا الزيارة كان له ذلك بمقتضى عمومية النص<sup>3</sup>.

وعليه، ففي حال امتناع الحاضن - والتي تكون غالبا الأم - عن تنفيذ حق الزيارة تعسفا في استعمال حق الحضانة، فإن المشرع قد رتب عن التعسف الظاهر في الامتناع عقوبة جزائية مقيدة للحرية<sup>4</sup>، وذلك بالحبس من شهر إلى سنة، وكذا غرامة مالية تتراوح من 500 دج إلى 5000 دج، وهذا طبقا لنص المادة 328 من قانون العقوبات، والتي جاء نصها كالتالي: "يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 دج إلى 5000 دج الأب أو الأم، أو أب شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفذ المعجل، أو بحكم قضائي إلى من له الحق في المطالبة...".

وحماية لمصلحة المحضون في استعمال حق الزيارة من خلال مكان الزيارة، وتجنباً للإضرار به، فإن مكان الزيارة الأمثل، والذي يجد فيه المحضون راحة نفسية، وحتى الحضنة تجدد فيه الاستقرار، وحفظاً لكرامتها وكرامة محضونها، فيكون مكان الزيارة هو المكان الذي يتمتع فيه المحضون برعاية زائره، ولو تطلب الأمر ساعات معدودات، وتطبيقا لذلك فلا يمكن أن يكون مكان الزيارة يسبب حرجا للزائر لمسكن المطلقة؛ لأنها أضحت أجنبية عنه<sup>5</sup>، وهو ما أكدته القرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15 ديسمبر 1998، حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا أنه لا يصح تحديد ممارسة الزيارة للزوج في بيت الزوجة المطلقة. ومتى تبين - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع قد حددوا مكان حق الزيارة للطاعن في بيت المطعون ضدها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشرع والقانون؛ لأن المطعون ضدها بعد طلاقها أصبحت أجنبية عن الطاعن، وأن الهدف من حق الزيارة لا

<sup>1</sup> - باديس دياي، مرجع سابق، ص. 159.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1998/04/21، رقم القرار 189181، إ.ق، ص. 192.

<sup>3</sup> - باديس دياي، مرجع سابق، ص. 160.

<sup>4</sup> - فاطمة حداد، التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا، مجلة الدراسات الفقهيّة والقضائيّة، م. 4، ع. 1، د.ب، ن، جوان 2018، ص. 174.

<sup>5</sup> - باديس دياي، المرجع السابق، ص. 160.

يتحقق في قضية الحال إلا عندما تتمتع البنت برعاية والدها، ولو ساعات محدودة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى مسألة تحديد مدة الزيارة ما إن كانت كل يوم أو كل أسبوع وما إلى ذلك، فنجد أن المشرع أعطى لكل طرف أو لكل من له مصلحة بالمحضون حق الزيارة، ولكن في العطل والأعياد الدينية والوطنية، وتطبيقا لذلك يكون المشرع لم يوسع من مفهوم الزيارة لتشمل الزيارة لوقت قصير، وتشمل أيضا حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصلية والسنوية؛ إذ من خلال هاته العطل يتعود الطفل المحضون العيش مع الأبوين بصورة تجعله لا يفرق بينهما، فقد جاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا أيضا بتاريخ 16 أبريل 1990: "متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغر، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم. ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب زيارة الأب مرتين كل شهر قد حرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>.

الواضح من خلال هذا القرار القضائي وجل الأحكام والقرارات الأخرى الصادرة عن الجهاز القضائي في الجزائر، أنها جعلت حق الزيارة محصورا فقط في العطل والأعياد والمناسبات، وأن أكثر من ذلك غير متبني من طرف القضاء، ومن ثم يكون لا المشرع ولا حتى الجهاز القضائي قد حدد المقصود من الزيارة، وتطبيقا لذلك فقد حدثت الكثير من النزعات بين الحاضنة وغير الحاضن بسبب هذا القصور<sup>3</sup>.

بالإضافة إلى ذلك أن الأب قد يكون في بعض الحالات من المتعذر عليه زيارة الأبناء كل أسبوع، بل كل شهر بسبب ظروفه الخاصة كانتقاله للعمل في مكان بعيد -مثلا كأن ينتقل للعمل في أقصى الجنوب تمارست، ومقر المحضون في أقصى الشمال مثلا العاصمة- عن مقر سكن الصغار المحضونين، وبالتالي يتحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية لفترة العطلة، حتى يتمكن من الاطلاع بشكل سليم على أحوالهم من جميع الوجوه، غير أن الأم كثيرا ما ترفض هذا الطلب، بسبب عدم وجود حكم قضائي ينص على ذلك<sup>4</sup>.

وعليه، كان لزاما على المشرع أن يأخذ هذه المسألة بعين الاعتبار حتى لا يستعمل أحد الأبوين هذا المنفذ لممارسة التعسف بمختلف أوجهه في حق الحاضن، الذي يعود الإضرار في الأول وفي الآخر على المحضون، ناهيك عن أن ترك الزيارة معلقة على الأعياد فقط فيه نوع من التعسف تجاه المحضون وغير الحاضن؛ لأن الصبي قد يجف في قلبه حنانه تجاه غير المحضون، وربما يألف العقوق، أو يمل من ذلك كل أسبوع، أو قد تكون الزيارة تتعارض ووقت ذهاب المحضون لدراسة ساعات إضافية، وأيضا أن كلمة زيارة فقط فيها نوع من التقيصير تجاه غير الحاضن،

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1998/12/15، رقم القرار 214290، إ.ق، ص.194.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1990/04/16، رقم القرار 59784، م.ق، لسنة 1991، ع.04.

<sup>3</sup> - باديس دياي، مرجع سابق، ص.161. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص.259.

<sup>4</sup> - بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.



لذا كان على المشرع أن يضيف مصطلح استضافة حتى يشبع الطفل من حنان والديه، ويستفيد غير الحاضن من حقه تجاه ابنه، فزيادة هذا المصطلح يجعل المحضون لا يفرق بينهما ويألف التواجد معهما.

## 2- موقف التشريعات العربية من التعسف في حق الزيارة ورؤية المحضون

نظم المشرع المغربي حق الزيارة في الباب الرابع المتضمن لسبع مواد تبدأ من المادة 180 حتى المادة 186 من مدونة الأسرة؛ حيث اعتبرت المادة 180 منها حق الزيارة والإستزارة من صميم النظام العام، لا يمكن مطلقا الاتفاق على منعه أو إسقاطه، حيث نصت على أنه: "غير الحاضن من الأبوين حق زيارة واستزارة المحضون". يستشف من نص المادة أن المشرع أخذ بما أجمع عليه جمهور الفقهاء القدامى؛ حيث أقر بحق الزيارة، وأوجب السماح لغير الحاضن من الأبوين بأن يزور أولاده، حتى يطمئن على وضعيتهم وعلى شعورهم نحوه، ويعودهم على رؤيته بالقرب منه، وكذا مراقبة أحواله، وهذه المسألة تدخل في إطار صلة الرحم بين الآباء والأبناء؛ لأنها عبارة عن قاعدة دينية وأخلاقية أكثر من قانونية<sup>1</sup>، وتأسيسا لذلك يمنع على الحاضن منع الولي غير الحاضن من زيارة واستزارة المحضون.

باعتبار أن زيارة المحضون تعتبر من قبيل صلة الرحم، استقر العمل القضائي في المغرب على أن الأمر به في حال تعطيله لا يحتاج إلى حكم في الموضوع، وإنما هو من اختصاص القضاء الاستعجالي؛ لأن هذه المسألة تتضمن عنصر الاستعجال الذي لا يحتاج إلى إثبات، ولو تعلق الأمر بأمر أجنبية لا تدين بشريعة الإسلام، أرادت زيارة ابنها فلها أن تفرض ذلك من طرف القضاء، ويكون قاضي الأمور المستعجلة مختصا بتقرير الزيارة<sup>2</sup>. وتطبيقا لذلك جاء أمر استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، يقتضي فيه بأن: "صلة الرحم حق طبيعي وشرعي ضمنه القانون لكل واحد من الطرفين بعد وقوع الطلاق. إن قاضي المستعجلات

<sup>1</sup> - محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.530-531. محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص.316. محمد الكشور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص.125-126.

<sup>2</sup> - محمد الكشور، أحكام الحضانة، المرجع نفسه، ص.126. جاء في حكم ابتدائي لمحكمة مراكش بتاريخ 11 يوليوز 1977: "حيث إن حق مشاهد الأم لأبنائها هو حق تقره جميع الشرائع وتقضي به كافة الأعراف، وحيث يعتبر طلب المدعية الرامي إلى السماح لها بمشاهدة أبنائها وقضاء فترة من الزمن معهم طلبا مستعجلا، إذ أن حرمان الأم من حق رؤية أولادها يعرض شعورها ووجدانها وعاطفتها لكثير من الأسى والألم، ويجعلها تعيش في حالة غير عادية نتيجة الحرمان المذكور، مما يستلزم العمل على إبعاد ما ذكر عنها بكيفية مستعجلة، وحيث يختص قاضي المستعجلات بالفصل في الإجراءات الوقتية المتفرعة عن المنازعات الخاصة بالأحوال الشخصية للمواطنين أو الأجانب متى توفر وجه الاستعجال في الدعوى، وأن تقدير هذا الوجه من المسائل الموضوعية البحتة التي يستقل بها القاضي المستعجل، وحيث من جهة أخرى فإن النزاع أمام محكمة الموضوع لا يمنع من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة... وعليه، نحن قاضي الأمور المستعجلة... نصح بأن المدعية لها حق زيارة أولادها الأربعة زيارة مؤقتة، كما نقرر بأن تقضي معهم فوق أرض المغرب خمسة عشر يوما في أقرب وقت ممكن". المحكمة الابتدائية بمراكش، حكم بتاريخ 11 يوليوز 1977، منشور بمجلة المحامي، ع.3. مقتبس عن محمد الكشور، المرجع نفسه، ص.126-127.

مختص بأي إجراء لضمان ممارسة هذا الحق على الوجه المطلوب شرعاً. إن طبيعة صلة الرحم تقتضي النفاذ المعجل على المسودة<sup>1</sup>.

والجدير بالذكر أن حق الزيارة يتقرر باتفاق الأبوين، وهذا مظهر حضاري ينم عن وعي كبير وبروح المسؤولية، فيكون المحضون هو المستفيد الأول من تلك الزيارة؛ وذلك نظراً لآثارها النفسية على سلوكه<sup>2</sup>، وتقرير إمكانية الزيارة باتفاق الطرفين نصت عليه المادة 181 من نفس المدونة، والتي جاء فيها: "يمكن للأبوين تنظيم هذه الزيارة باتفاق بينهما، يبلغانه إلى المحكمة، الذي يسجل مضمونه في مقرر إسناد الحضانة".

يستشف من نص المادة أن اتفاق الأبوين على تنظيم الزيارة بعيداً عن المحكمة لتفادي المشاكل التي يمكن أن تثار بينهما، وما قد يترتب عن ذلك من آثار وخيمة على نفسية وسلوك المحضون، يعتبر حجة على هذين المطلقين. وتطبيقاً لذلك يمكن للأبوين المطلقين أن يتفقا على توقيت ومكان الزيارة، وكذا عدد المرات التي يمكن فيها القيام بزيارة المحضون، غير أنه في الغالب يصعب على هؤلاء التفاهم والتشاور حول مصير أولادهم نتيجة التصادم والتشاحن الذي تعرفه علاقتهما في فترة الطلاق أو التطلاق، ومن ثم قد تتعنت الحاضنة في منع غير الحاضن من الزيارة، أو تماطل في تنفيذ هذا الحق تحت أي ذريعة، ولذلك ترك المشرع مسألة تنظيم حق الزيارة في حال اختلاف الأبوين تعود إلى اختصاص القاضي وسلطته التقديرية في ذلك<sup>3</sup>.

من هذا المنطلق، ففي حال عدم اتفاق الأبوين واختلافهما في تنظيمه أو تعسف أحد الطرفين في تنظيم هذا الحق بقصد الإضرار بالطرف الآخر، فإن المحكمة تقوم بتحديدته في فترات الزيادة، وضبط أوقاتها زماناً ومكاناً، منعا لكل لما قد يمكن أن يقع به تحايل أو تعسف أو تماطل في التنفيذ، مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف الأبوين المطلقين ومصلحة المحضون، وما يحيط بكل قضية من ملايسات على حدة؛ وذلك لكي تؤدي صلة الرحم أكلها، ويبقى حبل الحنان والمحبة متيناً، وينابيع المودة قائمة بين المحضون وأبويه معاً، وهذا طبقاً لنص المادة 182 من المدونة<sup>4</sup>.

أما إذا طرأت ظروف مستجدة، وصار تنظيم الزيارة باتفاق الأبوين أو بالمقرر القضائي ضاراً بأحد الطرفين أو بالمحضون، فإنه طبقاً لنص المادة 183 من المدونة يمكن مطالبة مراجعته وتعديله بما يلائم ما حدث من ظروف، ويعتبر من بين الأسباب التي تستدعي مثلاً تغيير وقت الزيارة كأن يصير الطفل المحضون في الوقت المحدد للزيارة مشغولاً بدراسته، أو مرتبطاً بمواعيد مع طبيبه الخاص، أو لممارسته لرياضة ما (مثل كأن يكون معاقاً ويحتاج إلى علاج فيزيائي)، وأيضاً انتقال الحاضنة بالمحضون من مكان إلى آخر داخل المدينة، أو الانتقال به إلى مدينة

<sup>1</sup> - أمر استعجالي بتاريخ 19 يناير 1992، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد المزدوج 64 و65، ص. 208 وما بعدها مقتبس عن محمد الكشيبور،

الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، المحلل ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص. 531.

<sup>2</sup> - محمد الشافعي، مرجع سابق، ص. 316. محمد الكشيبور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص. 127.

<sup>3</sup> - محمد الشافعي، المرجع نفسه، ص. 317.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

أخرى<sup>1</sup>. والجدير بالذكر أن هاته الظروف المستجدة وتقديرها يعتبر من أمور الواقع التي تدخل ضمن السلطة التقديرية لقسم الأسرة<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاق أو الحكم المتعلق بوقت أو بمكان الزيارة يجب تنفيذه بالكيفية التي حددها ذلك الاتفاق أو الحكم، وفي حال مخالفة ذلك الاتفاق أو الحكم أو الاعتراض عليه، أو تنفيذه بسوء نية من خلال المماطلة والتملص، وكل ما يندرج ضمن التعسف في استعمال هذا الحق بقصد الإضرار بالآخر، فإنه تترتب على الطرف المتعسف في استعمال هذا الحق وفقاً للاتفاق أو حكم المحكمة آثار وخيمة جداً، قد تصل إلى حد إسقاط الحضانة كجزاء للمخالفة أو التعسف في استعمال حق الزيارة<sup>3</sup>، وهذا طبقاً لمقتضيات المادة 184 من المدونة.

كما منح المشرع المغربي مثله مثل القضاء الجزائري - في ظل عمومية نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر - الجد أو الجدة الحق في زيارة المحضون المنظمة وفق الأحكام السابقة، وهذا في حال وفاة الطرف غير الحاضن، وبذلك يصير أبواه ذوي صفة في الاستفادة من الزيارة والتقاضى بشأنها، وهذا طبقاً لنص المادة 185 من المدونة، وتعتبر هاته المسألة بديهية لم يكن على المشرع المغربي تقريرها<sup>4</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حال امتناع الحاضن عن تنفيذ حق الزيارة للمحضون، أو منع غير الحاضن المحضون من المبيت عند أمه<sup>5</sup>، فإن المشرع المغربي أقر في نص المادة 476 من القانون الجنائي نفس العقوبة الجزائية التي أقرها المشرع الجزائري، والمتعلقة بتقييد الحرية من شهر إلى سنة؛ حيث جاء نص المادة كالتالي: "من كان مكلفاً برعاية طفل وامتنع من تقديمه إلى شخص له الحق في المطالبة به، يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة. وهذا النص يطبق على مواد المدونة من المادة 180 حتى المادة 186".

بالرجوع إلى المشرع التونسي نجد أنه قد أشار إلى حق الزيارة في نص الفصل 66 من مجلة الأحوال الشخصية، والتي جاء فيها: "الولد متى كان عند أحد أبويه لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهده، وإذا طلب نقله إليه للزيارة، فكلية الزيارة عليه". يظهر من خلال النص أن المشرع التونسي حذا حذو التشريعات المغاربية السالف ذكرها، وذلك بمنح حق الزيارة لغير الحاضن، ومنع الحاضن من أن يحرم الطرف الآخر - أبوه أو أمه - من ممارسة هذا الحق، وهو ما انتهجه القضاء التونسي في اتجاهه صوب تحقيق مصلحة المحضون؛ وذلك من خلال حفظ الزيارة والتوجيه، كما صدرت اتفاقيات قضائية بين تونس وفرنسا في مواد الحضانة، تؤكد فيها حق زيارة المحضون ورؤيته، منع الحاضن من حرمان غير الحاضن من هذا الحق<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.532.

<sup>2</sup> - محمد الكشور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص.129.

<sup>3</sup> - محمد الكشور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص.129.

<sup>4</sup> - محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.533.

<sup>5</sup> - محمد الكشور، أحكام الحضانة، المرجع السابق، ص.130-131.

<sup>6</sup> - العربي بوشمال، المقارنات التشريعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.103-107.

كما انتهج المشرع المصري نهج التشريعات السالف ذكرها، والتي أخذت بما أجمع عليه فقهاء المذاهب بأن حق الزيارة ورؤية الصغير ثابت لغير الحاضن، وهو ما جاء في المادة 20 من قانون رقم (25) لسنة 1929 المعدل بقانون رقم (100) سنة 1985 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية، والتي نصت على أنه: "ولكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة، وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين. وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقا، نظمها القاضي على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسيا. ولا ينفذ حكم الرؤية قهرا، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم لغير عذر أنذره القاضي، فإن تكرر ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتا إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها".

يستشف من نص المادة أن حق رؤية المحضون ثابت لكل من الأبوين ولكل من الجدين عند فقد الأبوين، كما أنه يجب أن تتم الرؤية في الأصل بالاتفاق بين والدي المحضون من حيث الزمان والمكان المناسب لرؤية هذا الأخير، وفي حال تعذر الرؤية اتفاقا نظمها القاضي محددًا كيفية تنفيذه ومكان تنفيذه، وعلى الأب والأم أن يتخيرا مكانا مناسبًا لا يضر بالمحضون نفسيًا كأقسام الشرطة، وإذا حدد القاضي مكانًا للرؤية لزم من بيده المحضون امتثال أمره<sup>1</sup>.

كما يلاحظ من نص المادة أن المشرع المصري منع تنفيذ حق الرؤية قهرا وإجبارا على من امتنع من الأبوين عن تمكين أحدهما من رؤية الصغير؛ بحيث لا يجوز للمحضر أن يجبر من بيده الصغير على إخراجه ليراه صاحب الحق في الرؤية، ولكن على المحضر إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بمجرد إعلانه له، عليه أن يثبت ذلك في إعلانه وأسباب امتناعه عن التنفيذ.

كما أضاف المشرع المصري وفق نص المادة السالفة الذكر، ومنعا من تعسف الحاضن في استعمال حق الحضانة من خلال امتناعه عن تنفيذ حكم الرؤية بغير عذر، فكان لصحاب الحق من الأبوين أو الجدين عند فقدهما، أن يلجأ إلى القاضي طالبا منه إنذار من بيده المحضون تمكينه من رؤيته، ومن هذا المنطلق فلما كانت الدعوى حينئذ دعوى تمكين لحكم الرؤية، فإنها تبقى قائمة حتى يرى صاحب الحق المحضون، أما إذا تكرر امتناع من بيده الصغير عن تنفيذ حكم الرؤية، وأثبت ذلك صاحب الحق أمام القاضي، جاز لهذا الأخير أن يصدر حكما واجب النفاذ فورا ينقل الحضانة مؤقتا إلى من يليه في المرتبة، وذلك لمدة يقررها في حكمه<sup>2</sup>.

لقد عالج المشرع المصري في نصوص الأحوال الشخصية الإجراءات الواجب إتباعها في تنفيذ الحكم الصادر برؤية الصغير أو تسليمه أو رؤيته، وما في حكمهما، وهذا من خلال المواد من 65-70 من قانون رقم (01) لسنة 2000؛ وهذا لأجل ضمان وكفالة تنفيذ هذا الحق على الوجه المطلوب حماية لمصلحة المحضون، وأيضا لتمكين صاحب الحق من استيفاء حقه المتمثل في الزيارة، وهذا من خلال جعل حكم الرؤية وزيارة المحضون مشمولة بالنفاذ المعجل، ويستمد الحكم فيه من قوة القانون دون حاجة لأن يطلبه المدعي، أو أن يستصدر أمرا

<sup>1</sup> - رمضان السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، 605.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص.ص. 605-606.

من القاضي، وهو يتم بمجرد صدور الحكم ولو كان قابلا للطعن عليه طبقا لنص المادة 65 من القانون أعلاه. كما اشترط نص المادة 67 أن تتم تهيئة مكان لرؤية المحضون تتوفر فيه الأسباب التي تكفل إشاعة جو من الطمأنينة والسكينة في نفس الصغير، وهذا المكان يتم تحديده إما اتفاقا بين الحاضن ومن صدر لصالحه حكم الرؤية، مع عرض هذا الاتفاق على المحكمة لتعطي موافقتها عليه، أو يتم تحديده من طرف المحكمة في حال اختلاف الطرفين على مكان معين<sup>1</sup>، ويتعين على الطرفين في هذه الحالة تنفيذ الحكم طبقا لنص المادة 06 من قرار وزير العدل لسنة 2000<sup>2</sup>، والتي نصت على: "ينفذ الحكم الصادر برؤية الصغير في المكان والزمان المبين بالحكم".

الجدير بالذكر أن المحكمة ملزمة باختيار أحد الأماكن التي حددها وزير العدل بعد موافقة وزير الشؤون الاجتماعية، وهذا طبقا للقرار الصادر من وزير العدل لسنة 2000، والذي جاء في نص المادة الرابعة منه على أنه: "في حال عدم اتفاق الحاضن أو من بيده الصغير والصادر لصالحه الحكم على المكان الذي يتم فيه رؤية الصغير، يكون للمحكمة أن تنتقى من الأماكن التالية للرؤية وفقا للحالة المعروضة عليها، وبما يتناسب -قدر الإمكان- وظروف أطراف الخصومة، مع مراعاة أن يتوافر في المكان ما يشيع الطمأنينة في نفس الصغير ولا يتكبد أطراف الخصومة مشقة لا تحتمل:

- أحد النوادي الرياضية أو الاجتماعية.
- أحد مراكز الشباب.
- أحد دور رعاية الأمومة والطفولة.
- أحد الحدائق العامة"<sup>3</sup>.

والواضح من خلال قانون الأحوال الشخصية ومن قرار وزير العدل، أنه جاء موافقا لنصوص مدونة الأسرة، وكذا قرارات وأحكام القضاء المغربي بخصوص تحديد حق الرؤية إما اتفاقا أو قضاء، وأيضا بالنسبة لتحديد مكان زيارة يتوافر فيه جو من الطمأنينة والسلام، حفاظا على سلامة ونفسية المحضون من أي اضطرابات نفسية أو عقلية، كما كفل حق غير الحاضن من تعسف صاحب الحق في الحضانة من استعمال هذا الحق بقصد الإضرار به من خلال منعه من الرؤية، أو الزيارة، أو المماثلة في تنفيذ هذا الحق، وأيضا يجعل حق الرؤية والزيارة مشمولة بالنفاذ المعجل.

بالنسبة لمدة الزيارة وحتى لا تتضرر الحاضنة والمحضون من وقت الزيارة، وأيضا لضمان حق غير الحاضن من

<sup>1</sup> - رمضان السيد الشرباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص. 607.

<sup>2</sup> - قرار وزير العدل رقم 1087 لسنة 2000م المتضمن تحديد أماكن رؤية الصغير وتنفيذ الأحكام الخاصة بتسليمه إلى صاحب الحق فيه، الصادر بتاريخ 2000/03/06.

<sup>3</sup> - نصت المادة 8 من قرار وزير العدل لسنة 2000 على أنه: "يلتزم المسؤول الإداري بالنوادي الرياضية أو الاجتماعية، أو بمراكز رعاية الشباب، أو بدور رعاية الطفولة والأمومة التي يجري تنفيذ حكم الرؤية فيها، وبناء على طلب أي من أطراف السند التنفيذي، أن يثبت في مذكرة يجررها حضور أو عدم حضور المسؤول عن تنفيذ حكم الرؤية ويبيده الصغير".

الاستفادة من حق الزيارة على الوجه المطلوب شرعاً، فقد تعرض قرار وزير العدل لسنة 2000 السالف ذكره في نص المادة 05 منه والتي جاء فيها: "يجب ألا تقل مدة الرؤية عن ثلاث ساعات أسبوعياً فيما بين الساعة التاسعة صباحاً والسابعة مساءً، ويراعى قدر الإمكان أن يكون ذلك خلال العطلات الرسمية وبما لا يتعارض ومواعيد انتظام الصغير في دور التعليم".

وعليه، يتضح من نص المادة أن مدة الزيارة يجب أن لا تقل عن ثلاث ساعات أسبوعياً، وتكون الزيارة صباحاً تبدأ على الساعة التاسعة وتنتهي مساءً على الساعة السابعة، كما يراعى قدر الإمكان أن يتم ذلك خلال العطلات الرسمية، وبما لا يتعارض ومواعيد انتظام الصغير في دور التعليم، وهذا منعا للتعسف في استعمال حق الزيارة والرؤية في أوقات غير مناسبة للحاضن والمحضون<sup>1</sup>.

كما حذا المشرع الأردني حذو التشريعات السالفة الذكر بجعل حق الزيارة والرؤية ثابت لكل من الأم والأب، والجددة لأب عند عدم الأب، كما يحق لهم اصطحابه مرة في الأسبوع، وأيضاً الاتصال به عبر وسائل الاتصال الحديثة، وهذا عندما يكون في يد أحدهما أو غيرهما ممن ثبت له حق الحضانة، كما كفل المشرع أيضاً مثله مثل التشريعات السالفة الذكر الأجداد والجدات في رؤية واستئارة المحضون مرة في الشهر، وهذا في حال ما إذا كان محل إقامة المحضون وطرفي الدعوى داخل المملكة، وهذا طبقاً لنص الفقرة (أ) من المادة 181 من قانون الأحوال الشخصية.

لقد أعطى المشرع الأردني للمحكمة في الفقرة (ب) من المادة 181 السالفة الذكر سلطة تقديرية في تحديد أو تعديل مكان وزمان، وكيفية رؤية المحضون واستئارته واصطحابه، وهذا من خلال مرة في السنة على الأقل، في حال إقامة الولي الحاضن والمحضون خارج المملكة، كما لا يمنع أيضاً الحكم الصادر في هذه الدعوى صاحب الحق من رؤية المحضون واستئارته واصطحابه من ذلك في محل إقامة المحضون، أما إذا كان محل إقامة المحضون داخل المملكة ومحل إقامة صاحب حق الرؤية خارج المملكة، فإن المشرع قد منح للمحكمة السلطة التقديرية أيضاً عند حضور صاحب الحق في الرؤية، في تحديد أو تعديل مكان وزمان رؤية المحضون واستئارته واصطحابه، وكذا سلطة تحديد المدة الزمنية التي تراها مناسبة في ذلك، على أن تراعى في ذلك سن المحضون وظروفه، وبما يتحقق ويوافق مصلحة المحضون ومصلحة طرفي الدعوى في ذلك، وهذا طبقاً للفقرة (ج) من ذات المادة، وفي الحالتين ما إذا كان المحضون داخل المملكة وصاحب الحق في الرؤية خارجها أو العكس، فيجوز للمحكمة أن تأذن بمبيت المحضون عند صاحب الحق في الرؤية المدة التي تراها مناسبة، وبالضوابط المذكورة، وهذا طبقاً لنص الفقرة (د) من نفس المادة.

كما ترك المشرع الأردني مثله مثل المشرع المغربي وحتى المصري، وهذا طبقاً للفقرة (هـ) من المادة السالفة الذكر للطرفين الاتفاق على تحديد زمان ومكان وكيفية تنفيذ حق الرؤية، وفي حال عدم الاتفاق على كيفية تنفيذ

<sup>1</sup> - رمضان السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص.608.

ذلك الحق، فإن المحكمة تقوم بتحديد مكان وزمان وكيفية الرؤية والزيارة مراعية سن المحضون وظروفه، وبما يراه فيه مصلحة للمحضون ولطرفي الدعوى، وهذا بعد الاستماع لأقوالهما. كما أعطى المشرع للقاضي سلطة واسعة في نص المادة 182 الفقرة (أ) بتعديل زمان ومكان رؤية واستزارة واصطحاب وما في حكمه، وهذا متى وجد مبررا لذلك عند الطلب، ووفق ما تقتضيه المصلحة، كما يمكن أيضا لطرفي الحكم الاتفاق على تعديل زمان ومكان ومدة وكيفية رؤية وزيارة المحضون، وهذا أمام رئيس التنفيذ المنفذ لديه الحكم طبقا للفقرة (ب) من المادة 182 السالفة الذكر.

وحماية لغير المحضون من أن يطاله التعسف في استعمال حق الزيارة والرؤية، فإن المشرع أوجب على القاضي المعروض عليه النزاع أن يضمن في حكمه إلزام المحكوم بإعادة المحضون إلى حاضنه بعد انتهاء المدة المقررة، وعلى المحكمة بناء على طلب الحاضن أن تمنع سفر المحضون ضمنا لحقه في الحضانة، ودرءا لتعسف غير الحاضن من استعمال حق الزيارة من خلال عدم إحضار المحضون لحاضنه، أو السفر به خارج المملكة إضرارا بالحاضن طبقا لنص الفقرة (و) من المادة 181 من القانون السالف الذكر.

كما كفل المشرع أيضا من جهة أخرى حق غير الحاضن حقه في زيارة ورؤية المحضون منعا من تعسف الحاضن في استعمال حق الحضانة بقصد الإضرار بالطرف الأخرى، وهذا من خلال إسقاط حق الحضانة له إذا تكرر امتناع بعد إنذار القاضي بتنفيذ حق الزيارة، وهذا تعزيرا وردعا لقصده وإساءة استعماله لحق الحضانة، حيث نصت المادة 183: "أ- إذا امتنع الحاضن عن تمكين المحكوم له من الرؤية أو الإستزارة أو الاصطحاب أو الاتصال بالمحضون دون عذر، وتكرر تخلفه أو امتناعه بعد إنذار قاضي التنفيذ له، جاز للقاضي الموضوع بناء على الطلب إسقاط الحضانة مؤقتا، ونقلها إلى من يليه من أصحاب حق الحضانة ولمدة محدودة لا تزيد عن ستة أشهر".

وأضافت الفقرة (ب) منها: "على من انتقل إليه حق الحضانة مؤقتا تنفيذ حكم الرؤية أو الإستزارة أو الاصطحاب كأنه صادر بحقه". وفي حال ما إذا تعسف المحكوم له -غير الحاضن- من الالتزام بوقت الزيارة وتخلف عن مواعده الذي ضرب لأجله في تنفيذ الحكم برؤية وزيارة المحضون دون عذر، أمكن للقاضي التنفيذ بناء على الطلب وقف تنفيذ الحكم لمدة لا تزيد على ستة أشهر معاملة له بنقيض قصده، وردعا لتعسفه في استعمال حق الزيارة إضرارا بالحاضن والمحضون، وهذا طبقا لمقتضيات الفقرة (ج) من المادة السالفة الذكر.

بالنسبة للمشرع العراقي فلم يتعرض في قانون الأحوال الشخصية لحق زيارة ورؤية المحضون، وأحكام تنفيذ هذا الحكم، وصور التعسف في استعمال حق الحضانة من خلال حق زيارة ورؤية المحضون، ومن ثم يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة الأولى من القانون السالف الذكر، وتطبيقا لذلك فإنه يمنع على الحاضن من التعسف في منع غير الحاضن في استعمال حق زيارة ورؤية المحضون، وهذا باعتبار أن حق الرؤية والزيارة ثابت لمن لم يسند له حق الحضانة طبقا لما اتفق عليه جمهور فقهاء المذاهب.

## ثانياً: التعسف في استعمال حق السفر

سنتعرض من خلال مسألة التعسف في السفر إلى موقف الفقه الإسلامي من التعسف في الحق في استعمال حق السفر، مع تبيان صور التعسف في استعمال حق السفر (أ)، وبعدها نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في استعمال حق السفر (ب).

### أ- موقف الفقه الإسلامي من التعسف في استعمال حق السفر مع بيان صور التعسف فيه

سنبين في البدء حكم التعسف في استعمال حق السفر، وهذا من خلال تبيان موقف الفقه الإسلامي من ذلك (01)، وبعدها نبرز أهم صور التعسف في استعمال حق السفر (02).

### 1- موقف الفقه الإسلامي من التعسف في استعمال حق السفر

من الشروط التي اعتبرها الفقهاء مسقطاً لحق الحضانة سفر الحاضن بالمحزون، والانتقال به من مكان إلى آخر، وسواء كان من مدينة إلى أخرى أو من مدينة إلى قرية، وكون المسافة أقل من مسافة القصر أم أكثر، وعليه سنتعرض إلى محل اختلاف الفقهاء من حيث مسافة السفر، ومن حيث الحاجة إلى السفر، ومن حيث غاية السفر.

#### 1-1- من حيث مسافة السفر

فإن رغبت الأم بالسفر بالمحزون فهنا يفرق ما إن كان السفر يزيد عن مسافة القصر أو أقل، فإن كان السفر يزيد عن مسافة القصر من المكان الذي تزوجها أبو الصغير فيه جاز عند الحنفية<sup>1</sup>، مستدلين في ذلك بقوله -عليه الصلاة والسلام-: "من تأهل في بلد فهو أهلها"<sup>2</sup>. أما إذا كان السفر أقل من مسافة القصر فإن للأمم السفر به وإن كان إلى غير موطنها لعدم تضرر الأب من ذلك، ولتمكنه من مباشرة الصغير وزيارته وهذا قول الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>3</sup>.

أما المالكية فحددوا جواز أو عدم جواز السفر بالمحزون بالبرد<sup>4</sup>، فإن سافرت الحاضنة بالمحزون مسافة تزيد عن ستة برد فلا يجوز لها ذلك، وللولي أخذ المحزون منها، أما إذا سافرت مسافة تقل عن ستة برد جاز لها ذلك<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.4، مرجع سابق، ص.44.

<sup>2</sup> - أخرجه البيهقي، السنن الكبرى، ج.3، مرجع سابق، ص.153.

<sup>3</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.4، المرجع السابق، ص.45. عبيد رجي شاعر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.171-172.

<sup>4</sup> - البرد معناه البريد: وهو الرسول، ثم استعمل في المسافة التي يقطعها وهي اثنا عشر ميلاً والميل يساوي 1609 متر، بمعنى المسافة بالكيلومتر تساوي 115.8. راجع. أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير، ج.1، ط.4، المطبعة الأميرية القاهرة، لسنة 1961.

<sup>5</sup> - أبو البركات أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، مرجع سابق، ص.762.



### 1-2-2- من حيث الحاجة إلى السفر

نقول الحاجة إلى السفر أو الغرض من السفر؛ بمعنى إن كان سفر الحاضن بالمحزون لحاجة كحج أو زيارة أو هروبا من حرب، أو ضرورة علاج، أو لغير حاجة، ولا أن يكون سفر نقلة واستيطان، فذهب قول للشافعية والحنبلة إلى القول بأن يبقى مع المقيم منهما وإن كان السفر لحاجة؛ وذلك لأن المقيم أولى من المسافر في حضانة الطفل، لما في السفر من مشقة وخطر، ولأنه قطعة من العذاب لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "السفر قطعة من العذاب"<sup>1</sup>، وبالتالي يبقى المحزون مع المقيم إلى أن يعود المسافر<sup>2</sup>.

وذهب قول آخر من الشافعية إلى أن الحق في الحضانة يثبت لمن كان مقصده أقرب، أو مدة سفره أقصر؛ حيث نظر هذا القول إلى الأصلح للمحزون من تقليل المشقة عليه، وذهب قول آخر للشافعية وهو القول المختار عندهم إلى أنه يبقى مع الأم سواء كانت مسافرة أو مقيمة، وذلك نظرا لتمام الشفقة من الأم، فقالوا ببقائه معها في حال سفرها أو إقامتها<sup>3</sup>.

### 1-3-3- من حيث غاية السفر

ونقصد هنا بالغاية من السفر ما يرميه المسافر من سفره، أي ما إذا كان يقصد النقلة أو الاستيطان، فإن كان سفره النقلة فالولي أحق به، وإن كان هو المسافر؛ بمعنى أن الحضانة تنتقل إلى الولي في حال رغبته في السفر للاستقرار في بلد آخر، وذلك حفظا للنسب، ورعاية لمصلحة التأديب والتعليم، وهذا قول المالكية والشافعية والحنبلة<sup>4</sup>، ولقد ذكر العلماء شرطين للسفر<sup>5</sup>:

- أن يكون السفر لموضع مأمون ويأمن على نفسه وعلى الولد المحزون في الطريق.
- ألا يكون في السفر إضرار بالمحزون من خلال التعب والمشقة الشديدين، أو إضرار بالأم لأجل حرمانها من رؤية ابنها.

في حيث منع الحنفية الأب من إخراج الولد من بلد أمه الحاضنة إلا برضاها ما دامت حضانتها قائمة، وبالتالي لا تسقط الحضانة عن الأم الحاضنة في حال سفر ولي المحزون قصد الاستيطان في بلد غير البلد الذي توجد فيه الحاضنة<sup>6</sup>.

يبدو أن القول الراجح هو قول الحنفية لما فيه من تيسير، وذلك لتعود الطفل على حضن أمه، ثم يجد نفسه في حضن أبيه أو زوجة أبيه وفي بلد آخر يجهله، وربما قد يحدث ذلك اضطرابات نفسية على الصغير لعدم تعوده

<sup>1</sup> - أخرجه البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، ج.3، الحديث رقم 1804، مرجع سابق، ص.622.

<sup>2</sup> - مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مرجع سابق، ص.66. عبير رجي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص.172.

<sup>3</sup> - مروة خضر عياد، المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

<sup>4</sup> - شمس الدين الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، مرجع سابق، ص.532. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني

ألفاظ المنهاج، ج.3، مرجع سابق، ص.459. عبير رجي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص.172.

<sup>5</sup> - مروة خضر عياد، مرجع سابق، ص.66-67.

<sup>6</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.4، مرجع سابق، ص.44.

على والده وعلى الإقامة في بلد لا يعرفه، ينعدم فيه وجود أمه وحنانها، ناهيك عن تأثر مستواه الدراسي لأنه سينتقل من تعليم دراسي في بلد إلى تعليم دراسي آخر في بلد آخر.

#### 1-4- من حيث مكان السفر

فإن رغبت الحاضنة بالسفر بالمحضون من مصر إلى القرية؛ أي من المدينة إلى القرية، فتمنع من ذلك، وذلك لتضرر الصغير بتخلقه بأخلاق أهل السواد، وأيضاً لاختلاف الطباع والعادات بين أهل المدن والقرى، ولو كانت القرية بلدة الأم فلها ذلك؛ لأن العلة قد زالت، ولأن في المدينة منافع وفوائد يمكن أن يحصلها الصغير أكثر مما لو كان في القرية، وهذا عند الحنفية والمالكية<sup>1</sup>.

وتطبيقاً لما سلف ذكره فإن سفر الحاضن لا يسقط الحضانة مطلقاً، بل هو بمثابة قيود، بأن لا يكون القصد منه المضارة بالطرف الآخر والكيد له، وإن في تعليقه على أن لا يزيد عن مسافة القصر فيه احتراز وتوقي من الإضرار، طبقاً لقاعدة "الضرر يزال قدر الإمكان"<sup>2</sup>، وأيضاً لتمكن الطرف الآخر من رؤيته واستزارته، خصوصاً وأن الشارع الحكيم قد علق أحكاماً عدة على مسافة القصر يتغير فيها الحكم إن زاد عنها، فيعمل بما هاهنا. وبالنسبة للانتقال من المصر إلى القرية يبطل الحضانة كما قال الحنفية والمالكية، فإن في ذلك الوقت كانت له أسبابه في زمانهم، فلكل سبب حكم خاص به، وقد تتغير الأحكام لتغير الأسباب؛ لأنه صار في زماننا الإقامة في الأمصار أو حتى في المدن الكبرى بصفة عامة فيها مفاسد، والمضار ما لا يوجد في القرى، فلا يعمل الحكم دائماً دون النظر إلى الظروف والحاجات والأحوال<sup>3</sup>.

#### 2- صور التعسف في استعمال حق السفر

تتجلى صور التعسف في استعمال حق السفر من خلال صورتين؛ تتمثل الصورة الأولى في تعسف الحاضنة بالهروب بالأطفال والسفر بهم دون إذن وليهم، وأما الصورة الثانية فتتمثل في تعسف الولي في منع الحاضنة من السفر بالمحضون.

#### 1-2- تعسف الحاضنة بالهروب بالأطفال والسفر بهم دون إذن وليهم

قد تقوم الحاضنة تعسفاً في استعمال حقها في الحضانة وبقصد الإضرار بغير الحاضن إلى السفر بالمحضون دون علم أو إذن وليهم غير الحاضن؛ وذلك بنية منها في منع وليهم من تربيتهم ومن الإشراف عليهم ورؤيتهم وزيارتهم، وبقصد الانتقام منه والتشفي لطلاقه منها، فهنا تكون الحاضنة قد أساءت استعمال حقها في الحضانة بمخالفتها المقصود الشرعي من تشريع حق الحضانة لها، وذلك من خلال إضرارها بوليهم غير الحاضن، وهذه

<sup>1</sup> - عيبر ربحي شاكراً القدومي، مرجع سابق، ص. 172. مروة خضر عياد، مرجع سابق، ص. 67. فاطمة حداد، التعسف في استعمال حق الحضانة فقهاً وقانوناً، مرجع سابق، ص. 169. أشرف محمود بني كنانة، التعسف في استعمال حق الحضانة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، م. 43، ملحق 02، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، السعودية، لسنة 2016، ص. 838 وما بعدها.

<sup>2</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص. 207.

<sup>3</sup> - عيبر ربحي شاكراً القدومي، مرجع سابق، ص. 173.

الظاهرة منتشرة جداً خاصة في خضم انتشار الزواج المختلط، فتقوم الأجنبية بالهروب إلى بلدها الأصلي بعد حدوث الفرقة والطلاق<sup>1</sup>.

## 2-2-تعسف الولي في منع الحاضنة من السفر بالمحضون

قد يحصل ويحتاج الحاضن في السفر، وذلك بأن يأمن الطريق، أو أن يكون الانتقال من بلد إلى آخر في داخل الوطن، لكن مع زيادة المسافة عن المقدار القصر، فيتذرع الأب بحقه في منع الحاضنة من السفر لا لضرر على الصغير بل لحاجة في نفسه، وبنية مكايدة الأم الحاضنة لحرمانها من السفر والتنقل وبقصد التشفي والانتقام منها<sup>2</sup>.

كما قد يعتمد غير الحاضن في التعسف في منع الحاضنة من السفر، التي ترغب في الانتقال لضرورة العلاج أو حج، فتحتاج إلى اصطحاب المحضون معها لعدم قدرتها على تركه وحيدا، أو لخوفها عليه، فهنا يكون الولي غير الحاضن استعمال حق المنع من السفر بقصد الإضرار بالحاضنة، ومن أجل أن يسقط عنها حقها في الحضانة بذريعة السفر بالمحضون، فيمنعها من السفر، أو يماطل في إصدار الأوراق اللازمة للمحضون من جواز السفر والجنسية، أو تأشيرة السفر، وهذا بنية حرمان الحاضنة من السفر وإضرارها وانتقاما منه<sup>3</sup>.

## ب-موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في استعمال حق السفر

بعد أن تطرقنا إلى موقف الفقه الإسلامي من التعسف في استعمال حق السفر، وبيان مظاهر التعسف في استعمال هذا الحق، سنتعرض في هذه الدراسة أيضا إلى موقف المشرع الجزائري من التعسف في استعمال حق السفر (01)، وكذا موقف التشريعات العربية من ذلك أيضا (02).

## 1-موقف المشرع الجزائري من التعسف في استعمال حق السفر

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة صراحة إلى مسألة الانتقال بالمحضون أو السفر به، وإن كان قد تعرض إلى ذلك ضمنا في نص المادة 69 من القانون السالف الذكر، والتي نصت على أنه: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر إلى لقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون". وعليه، يستشف من نص المادة أنه إذا رغب الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الوطن الجزائري، فإن حقه في الحضانة يسقط، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنته، وعليه ففي هذه الحالة يجوز للقاضي إثبات حق الحضانة للحاضن ولو خرج به إلى بلد أجنبي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - مروة خضر عياد، مرجع سابق، ص.ص. 67-68.

<sup>2</sup> - عبير رجي شاكرا القادومي، مرجع سابق، ص.ص. 174-175.

<sup>3</sup> - مروة خضر عياد، مرجع سابق، ص. 68.

<sup>4</sup> - باديس دباي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 161. فاطمة حداد، التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا، مرجع سابق، ص. 170.

كما يلاحظ على النص السالف ذكره أن المشرع قد نص على تفرقة ضمنية، وهذا بين حالتين؛ حالة ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني، وحالة ممارستها خارج التراب الوطني<sup>1</sup>، فبالنسبة للحالة الأولى قصد بالسفر النقلة والاستيطان؛ فهنا تسقط الحضانة عن الحاضن عملاً بما قاله الفقه الحنفي والمالكي في سقوط الحضانة لبعدها المسافة؛ إلا أن المشرع قد أسقط الحضانة عن الحاضن بصرف النظر عن ما إن كانت الأم أم الأب؛ لأن هذا الأخير وفق ما جاء به الجمهور يحق له أن يسافر بابنه المحضون سفر نقلة، وتطبيقاً لذلك يكون المشرع إما قصد بالحضانة الأم بإسقاط الحضانة عنها وترك النص لعموميته يفهم منه دون تخصيص، أو أنه قصد الحاضن أيضاً الأب وأسقط عنه حق الحضانة بالاستيطان بالمحضون، حتى يلتزم ببنود اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، ومن ثم يكون قد أخذ برأي الحنفية، وإن كانت المحكمة العليا قد بينت في إحدى قراراتها على سقوط الحضانة عن الأم في حال الاستيطان في بلد أجنبي؛ حيث جاء في قرار قضائي صادر عنها بتاريخ 26 ديسمبر 2001 على أنه: "تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حال إقامة الأم في بلد وإقامة الوالد في الجزائر"<sup>2</sup>.

وفي معرض تأسيس هذا القرار أكد قضاة المحكمة العليا أنه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبين أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم على أحكام الشريعة الإسلامية ونصوص القانون في المادة 69 من قانون الأسرة، حتى ولو لم تذكر هذه المادة نصاً في القرار، فإن معناها يستنتج من الأسباب؛ وذلك كون رعاية الأبناء وتربيتهم بالمراقبة عن طريق الزيارة تكون للأب، غير أن بعد المسافة بين إقامة الأب والحاضنة لا تمكن الأب من القيام بمسؤوليته، خاصة وأن الحاضنة تقيم في بلد أجنبي، مما يفقد حق الأب في الزيارة والمراقبة، وهذا يؤدي إلى حرمانه من العطف والحنان على الأبناء المحضون<sup>3</sup>.

نلمس عدة قرارات أخرى تسقط فيها المحكمة العليا الحضانة عن الأم إذا سافرت مسافة ستة برد عملاً بما جاء به الفقه المالكي؛ حيث جاء في قرار صادر عنها بتاريخ 1982/01//25: "لا يقبل الرد الذي يثير نقض الأساس القانوني والقصور في التسبب على قرار أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص سفر الحاضنة بمحضونها عن بلد الولي، على أن المقرر في تجاوز المسافة ستة برد وفي تفسير الشيخ خليل: وإذا سافرت الحاضنة عن بلد الولي فله نزع المحضون منها ومسافة السفر ستة برد على الأقل"<sup>4</sup>.

كما جاء في قرار آخر بتاريخ 1986/09/22: "من المستقر عليه فقها وقضاء أن بعد المسافة بين الحاضنة وصاحب الزيارة والرقابة على الأطفال المحضون لا يكون أكثر من ستة برود"<sup>5</sup>. ويمكن أن نلاحظ من

<sup>1</sup> - فاطمة حداد، التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانوناً، مرجع سابق، ص. 170.

<sup>2</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2001/12/26، رقم القرار 273526، م.ق، ع.01، لسنة 2004، ص. 264.

<sup>3</sup> - باديس دياي، مرجع سابق، ص. 162.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1982/01/25، رقم القرار 26693، ن.ق، ع.خ، لسنة 1982، ص. 251.

<sup>5</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1986/09/22، رقم القرار 43594، ن.ق، ع.44، لسنة 1988، ص. 175.

خلال هاته القرارات التي سلف ذكرها أن غالبية القرارات القضائية تسقط الحضانة عن الأم الحاضنة في حال سفرها مسافة بعيدة، والتي حددتها بعض القرارات عملاً بالفقه المالكي بستة برود.

غير أنه في قرار آخر أكدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها عدم إسقاط الحضانة عن الحاضنة إن كانت تقطن في بلد أجنبي، وكان ولي المحضون أيضاً يقطن في نفس البلد الأجنبي، وهذا في قرار صادر بتاريخ 08 ماي 2002، والذي جاء فيه: "لا تسقط الحضانة بسبب الإقامة خارج التراب الوطني، إذا كان الزوجان يقطنان في نفس البلد"<sup>1</sup>.

وفي معرض تأسيسه أكد هذا القرار أنه لا يحق للمطعون ضده المطالبة بنزع حضانة أولاده الثلاثة من أمهم الطاعنة بسبب كون هذه الأخيرة تقيم خارج التراب الوطني، وهو يقر بأنه هو الآخر يقيم خارجه، ضف إلى ذلك لا يحق للأب أن ينزع الولد من أمه ويسافر إلى مكان بعيد عن إقامة الحاضنة<sup>2</sup>. كما جاء في قرار آخر بتاريخ 2008/03/12: "يمكن إسناد حضانة الأبناء للأم المقيمة خارج إقليم الجمهورية الجزائرية مراعاة لمصلحتهم"<sup>3</sup>.

بالنسبة للحالة الأولى، وهي حالة ممارسة الحضانة داخل التراب الوطني، فلم يتضمن المشرع الجزائري أحكاماً بخصوصها، وهذا السكوت من قبل المشرع يدعو إلى تفسيره من خلال أن المشرع إما كان يرغب في ترك المسألة وحلها من قبل القضاء، ومن ثم منح كامل الحرية لهاته الأخيرة في تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة، وإما أنه اعتبر المسألة مفروغاً منها لا تحتاج النص عليها، ومن ثم لا تتطلب إسقاط الحضانة عن صاحبها ما دامت الحضانة تمارس داخل القطر الجزائري، وإن كانت مصلحة المحضون تقتضي في بعض الأحوال - إن لم تكن هناك ضرورة أو حاجة - تعليق انتقال الولد إلى بلد أجنبي على إذن القاضي، أو حتى إلى ولاية أخرى بعيدة عن موطن الحضانة - مثلاً من الشمال إلى الجنوب - لما في ذلك مشقة للمحضون، ودرءاً لتعسف الولي غير الحاضن من استعمال حق منع الحاضنة من السفر وفق أهوائه وبقصد الإضرار بهذه الأخيرة، وهكذا يكون من اللازم أن يمنح القاضي هذه السلطة لصيانة حقوق الطفل والمحافظة على مصلحته، ومعنى ذلك كله أن الأمر موقوف على ترخيص أو إجازة من القاضي يمنحه حسب ما تقتضيه مصلحة المحضون وحاجة الحاضنة لذلك أو غايتها من ذلك<sup>4</sup>.

وبالنسبة لمسألة السفر بالمحضون والانتقال به، فقد أقرت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بسقوط الحضانة عن الأم بسبب بعد المسافة في حال إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الوالد في الجزائر<sup>5</sup>. وتطبيقاً لذلك يكون المجلس الأعلى قد أخذ بموقف المالكية والحنفية في سقوط الحضانة لبعدها المسافة، وما يلاحظ على القرار أن

<sup>1</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2002/05/25، رقم القرار 282033، م.ق، ع.02، لسنة 2004، ص.363.

<sup>2</sup> - باديس دياي، مرجع سابق، ص.162.

<sup>3</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2008/03/12، رقم القرار 426431، م.ق، ع.01، لسنة 2008، ص.271.

<sup>4</sup> - فاطمة حداد، مرجع سابق، ص.170-171.

<sup>5</sup> - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2001/12/26، رقم القرار 273526، م.ق، ع.01، لسنة 2004، ص.264.

الاستيطان أو الانتقال إلى بلد مسلم لا يعد مسقطا لحضانة الأم، وإنما الانتقال إلى بلد أجنبي غير مسلم هو المسقط للحضانة. يبدو أن القرار القضائي وحتى اجتهادات المحكمة العليا لم تأخذ بموقف الفقه الإسلامي بحذافيره؛ لأن غاية الفقه من إسقاط الحضانة عن الحاضنة في حال استيطانها - بغض النظر عن مكان الاستيطان - يعد مسقطا للحضانة لما في ذلك من إضرار بالولد وبولييه، ولعدم استطاعة هذا الأخير تربيته وتأديبه وتعليمه<sup>1</sup>.

## 2- موقف التشريعات العربية من التعسف في استعمال حق السفر

تعرض واضح مدونة الأسرة المغربية إلى مسألة سفر الحاضنة والانتقال بالمحزون في مادتين، وهما المادة 178، 179 من المدونة، حيث فرق من خلال هاتين المادتين بين حالتين؛ حالة الانتقال بالمحزون داخل المغرب، وحالة الانتقال به خارج المغرب، وخصص لكل مادة حالة. فبالرجوع إلى الحالة الأولى والتي تعرض لها المشرع في المادة 178 من المدونة أعلاه، نجد أنها تنص على أنه: "لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب، إلا إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط، مراعاة لمصلحة المحزون والظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي، والمسافة التي تفصل المحزون عن نائبه الشرعي".

وعليه، يستشف من نص المادة أن مجرد انتقال الحاضنة أو النائب الشرعي بالمحزون للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب لا يعد مسقطا للحضانة<sup>2</sup>، وتطبيقا لذلك يكون المشرع قد خالف المذهب المالكي والحنفي؛ الذين قالوا بسقوط الحضانة عن الحاضنة بالسفر بالمحزون في مكان بعيد عن الذي يتواجد فيه وليه، وقد ساير المجلس الأعلى الذي أصدر إحدى قراراته في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة مقتضيات نص المادة 178، بعدم سقوط الحضانة عن الحاضنة إذا سافرت بالمحزون سفرة نقلة أو استيطان؛ حيث جاء فيه: "إن الاستيطان في أية منطقة من مناطق المغرب لم يبق فيه عسر على أب المحزون، بمعنى أن عنصر العسر في المراقبة في جميع مناطق المغرب قد أصبح سهلا نظرا للمسافات القريبة بين القرى والمدن، بفضل انتشار وسائل النقل به بمختلف أنواعها... كما أن انتشار المدارس والمستشفيات وغيرها من الخدمات الاجتماعية أصبحت متوفرة في أغلب القرى، فضلا عن المدن، مما يجعل أنه لا خوف على المحزون مع أمه من أي ضرر كان..."<sup>3</sup>.

كما يلاحظ من خلال النص السالف ذكره أنه قد أوجب سقوط الحضانة بالانتقال إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط مراعاة لمصلحة المحزون؛ وذلك بأن يكون المكان الذي تم الانتقال بالمحزون إليه قد يصيبه بضرر صحي كبير - كأن يتم الانتقال إلى ولاية اشتد فيها وباء كوفيد 19 - أو كان المحزون مصابا بالربو وتم الانتقال

<sup>1</sup> - فاطمة حداد، مرجع سابق، ص. 171.

<sup>2</sup> - محمد الكشيور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص. 526.

<sup>3</sup> - المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 1994/02/02، القرار عدد 5289، الملف الشرعي رقم 452/92 (غير منشور). مقتبس عن محمد الكشيور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص. 117.

به إلى مكان شديد الرطوبة، فيتضاعف مرضه من رطوبة ذلك المكان، ففي هذه الحالة إذا ثبت للمحكمة ذلك أسقطت حضانة الصغير عن الحاضنة أو الحاضن<sup>1</sup>.

ضف إلى ذلك أن المشرع أقر في نص المادة السالفة الذكر مراعاة الظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي، وكذا المسافة التي تفصل المحضون عن أبيه. يبدو أن المشرع ناقض نفسه في آخر فقرة مع ما جاء في مقدمتها، فمن جهة يقر أن السفر بالمحضون لمكان بعيد لا يسقط الحضانة، ومن جهة أخرى يوجب مراعاة الظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي، والمسافة التي تفصل المحضون عن أبيه، ومن ثم وتطبيقاً لهاته الأخيرة، تم الرجوع إلى أحكام الفقه المالكي والحنفي في سقوط الحضانة بالسفر بالمحضون إلى مكان بعيد<sup>2</sup>.

بالنسبة إلى الحالة الثانية وهي الانتقال بالمحضون خارج المغرب، والتي خصص لها نص المادة 179 من نفس المدونة، والتي نصت على أنه: "يمكن للمحكمة بناء على طلب من النيابة العامة أو النائب الشرعي للمحضون أن تضمن في قرار إسناد الحضانة، أو في قرار لاحق، منع السفر بالمحضون خارج المغرب دون موافقة نائبه الشرعي. تتولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة بمقرر المنع، قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان تنفيذ ذلك. ففي حال رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المغرب، يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بذلك. لا يستجاب لهذا الطلب إلا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر، ومن عودة المحضون إلى المغرب".

يستشف من النص أن الحضانة مقيدة بعدم الانتقال بالمحضون خارج القطر المغربي، إذ أعطى المشرع المغربي الصفة للنيابة العامة، وكذا لأب المحضون، أو عموماً وليه الشرعي أن يطلب من المحكمة أن تضمن في مقرر إسناد الحضانة إلى المرأة، أو في مقرر لاحق عليه، أنه ليس للحاضنة أن تنتقل بالمحضون خارج الوطن إلا بعد حصولها على موافق مسبقة بذلك من نائبه الشرعي<sup>3</sup>، وتكون النيابة في هذه الحالة هي المختصة قانوناً بتبليغ الجهات المختصة بمقرر المنع، وهذا بغية اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لذلك<sup>4</sup>.

تجدر الإشارة في هذا الصدد، ودرءاً لتعسف الولي في استعمال حق منع الحاضنة من السفر بالمحضون خارج التراب المغربي قصد الإضرار بها، أو بنية إسقاط حقها في حضانة صغيرها، خاصة وأنه كانت هناك ظروف خاصة تستوجب السفر بالمحضون (كأن تسافر الحاضنة بالمحضون بنية علاجه في الخارج، أو في إطار بعثة ثقافية، أو

<sup>1</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.527.

<sup>2</sup> - يرى محمد الكشيبور في كتابه أحكام الحضانة أنه: "كان على المشرع أن يقرر أن الانتقال بالمحضون في حد ذاته لا يسقط الحضانة، غير أنه متى أصاب المحضون ضرر من جراء ذلك الانتقال سقطت الحضانة، دون تقييد بالظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي، والمسافة التي تفصل المحضون عن أبيه، إذ أن وجود المحضون مع أمه في إطار الظروف الاجتماعية التي يعيشها المغرب، أولى من وجوده مع غيرها، ولو تعلق الأمر بأبيه". مرجع سابق، ص.118.

<sup>3</sup> - محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص.528.

<sup>4</sup> - المراد بالجهات المختصة، والتي تقوم النيابة العامة بتبليغها بمقرر المنع وقت اتخاذ الإجراءات اللازمة بمنع الحاضنة من السفر خارج المغرب، هي شرطة الحدود المتواجدة بالمطارات والموانئ المغربية. محمد الكشيبور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص.119.

رياضية تسهر عليها السلطات العمومية)، فإن المشرع قد أجاز ذلك بطلب الإذن من قاضي الأمور المستعجلة ولكن بشروط<sup>1</sup>:

● أن يتوفر عنصر الاستعجال، وهو مناط اختصاص قاضي الأمور المستعجلة طبقاً لمقتضيات الفصل 149 من المسطرة المدنية.

● أن يتأكد هذا القاضي الأخير من الصفة العرضية للسفر، وبالتالي من عودة المحضون إلى بلده في المستقبل.

بالنسبة إلى مسألة استيطان الأم الحاضنة خارج التراب المغربي؛ لا يعسر على الأب مراقبة ابنه والاتصال به والتواصل معه فحسب، بل يستحيل عليه ذلك - خاصة في حال الزواج المختلط حيث تلوذ الأجنبية بالفرار بابنها إلى بلدها ويفقد أبوه كل أثر له- وتطبيقاً لذلك قرر المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 04 يناير 2006 أن الاستقرار بالمحضون خارج الوطن يعد مسقطاً للحضانة؛ حيث جاء في القرار: "إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، عللت قضاءها بأنه ثبت من رسم الزواج أو الطلاق الخلعي بين الطرفين أن محل إقامتهما هو المغرب، وأن استيطان الحاضنة في بلد السودان يجعل من العسير على والد المحضون مراقبة أحواله والقيام بواجباته، ذلك أن المسافة بين القطر المغربي ونظيره السوداني لا تساعد الأب على الإطلاع على أحوال ولديه والسهر عليهما..."<sup>2</sup>. وبناء على هذا القرار يكون المجلس الأعلى قد أخذ بقول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة؛ الذي قالوا بسقوط الحضانة عن الأم في حال استيطانها خارج الوطن، وتأسيساً على ذلك يكون المجلس قد وضع موقفه بسقوط الحضانة بالاستيطان، بغض النظر عن المكان الذي ستقيم فيه الأم الحاضنة ما إن كان بلدًا مسلمًا أو كافرًا عملاً بقول الجمهور السالف ذكره، وهذا على غرار عمومية نص المادة 62، 69 من قانون الأسرة، وكذا القضاء الجزائري الذي أقر بسقوط الحضانة عن الأم الحاضنة في حال الاستيطان في بلد أجنبي غير مسلم، أما إذا كانت الحاضنة قد استوطنت بالمحضون في بلد مسلم فلا تسقط حضانتها، كما أقر في قرار آخر بسقوط الحضانة عن أم مطلقة إذا استقرت صحبة المحضون بفرنسا، والحال أن أباه يقطن بالمغرب<sup>3</sup>.

كما ذهب القضاء المغربي إلى أبعد من ذلك؛ إذ أنه لم يقر بسقوط الحضانة عن الأم الحاضنة إذا استوطنت بالمحضون في بلد آخر بشكل عام يصدق على كل حالة استيطان، بل إنه في إحدى قراراته لم يجز

<sup>1</sup> - محمد الكشيبور، أحكام الحضانة، مرجع سابق، ص. 119 وما بعدها.

<sup>2</sup> - المجلس الأعلى، قرار شرعي بتاريخ 04 يناير 2006، مجلة المناهج، العدد 9-10، ص. 237 وما بعدها. مقتبس عن محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، ج. 2، انحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق، ص. 529.

<sup>3</sup> - المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 2008/05/07، عدد 243، الملف الشرعي رقم 2006/1/2/539 (قرار غير منشور). مقتبس عن محمد الكشيبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، المرجع نفسه، ص. 528.



سقوط الحضانة عن الأم الحاضنة التي سافرت إلى بلد آخر، واستوطنت فيه بشكل عرضي بمجرد علاج المحضون من مرض ألم به، أو لقضاء عطلة مدرسية مثلاً<sup>1</sup>.

بالنسبة إلى المشرع التونسي تبني قول الحنفية بمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه إلا برضاها ما دامت حضانتها قائمة، وهذا في نص الفصل 62 من مجلة الأحوال الشخصية، التي نصت على أنه: "يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه إلا برضاها ما دامت حضانتها قائمة، ما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك". لكنه من جهة أخرى أخذ بقول جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية في سقوط حضانة الأم إذا سافرت بالمحضون إلى مكان يعسر على الأب القيام بواجباته تجاه ابنه، وهذا طبقاً لنص المادة 61 من نفس المجلة: "إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها".

ولقد أكد القضاء التونسي في إحدى قراراته الصادرة عن محكمة التعقيب بتاريخ 20 ديسمبر 1965، والتي جاء فيها: "وحيث يتضح من القواعد الفقهية والقانونية أن المعتبر في الحضانة مراعاة الحقين: حق المحضون في إقامته عند حاضنته لتتولى القيام بشؤونه البيتية، وحتى لا يحرم من عاطفة الأمومة، وحق الولي في الإشراف على تنشئة المحضون تنشئة صالحة، لذلك يمنع كل منهما من السفر به سفر نقلة واستقرار إلى مكان بعيد حيث يعطل حق الآخر"<sup>2</sup>.

يرى الدكتور ساسي بن حليلة أنه لا وجود لمعيار عام في تقدير مسافة سفر الحاضنة بالمحضون، فالأمر موكل لاجتهاد القضاء في تقدير مسافة السفر التي تسقط حق الحضانة في الحضانة. كما ذكر الدكتور قضية امرأة صدر فيها حكم بالطلاق وإسناد الحضانة إليها، وكانت تسكن مع زوجها في قابس ثم انتقلت للإقامة في محل أهلها بمنزل ببورقيبة، فاعتبرت محكمة التعقيب أن تلك النقلة من شأنها أن ينجر عنها إسقاط الحضانة<sup>3</sup>.

والواضح أن محكمة التعقيب اعتبرت انتقال الحاضنة بالمحضون داخل التراب التونسي مسقطاً للحضانة لبعدها المسافة، وبذلك يكون القضاء قد وافق المذهب الحنفي والمالكي في إسقاط الحضانة لبعدها المسافة، غير أن تقدير المسافة لم يحددها عملاً بما جاء به هذين المذهبين، وإنما ترك مسألة تقديرها وتحديدتها إلى السلطة التقديرية للقاضي المعروض عليه النزاع.

ولم يتعرض واضع قانون الأحوال الشخصية المصري إلى مسألة سفر الحاضنة بالمحضون أو الاستطانة به، أو التعسف في استعمال حق السفر... وما إلى ذلك، وفي ظل غياب النص يتم الرجوع إلى المادة الثالثة من القانون رقم (01) لسنة 2000، التي تحيل إلى العمل بالراجع من أحكام الفقه الحنفي؛ حيث نصت المادة على أنه:

<sup>1</sup> - المجلس الأعلى، قرار شرعي بتاريخ 23 يناير 2008، عدد 31، الملف الشرعي رقم 2007/1/2/228، غير منشور. مقتبس عن محمد الكشور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص. 528.

<sup>2</sup> - محكمة التعقيب التونسية، قرار تعقيبي بتاريخ 1965/12/20، العدد 3984. مقتبس عن العربي بوشمال، المقارنات التشريعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 106.

<sup>3</sup> - ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، د. ط، مركز النشر الجامعي، د. ب. ن، لسنة 2011، ص. 142. العربي بوشمال، المرجع نفسه، ص. 106-107.

"تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة".

بناءً على هذا النص، وعملاً بما جاء به المذهب الحنفي تسقط حضانة الأم بالسفر بالمحزون لمسافة تزيد عن مسافة القصر، ما لم يكن السفر لموطنها وقد تزوجها أبو الصغير فيه، أما إذا كانت المسافة أقل من مسافة القصر فلا تسقط حضانة الأم. كما أنه في حال ما إذا أراد ولي المحزون الاستيطان بالمحزون خارج البلد أو في نفس البلد ولكن في مكان بعيد عن مكان وجود الحاضنة، فإنه يمنع من ذلك، كما تسقط حضانة الأم إذا سافرت بالمحزون من مصر إلى القرية لتضرر الصغير بتخلقه بأخلاق أهل السودان، عملاً بما قاله الفقه الحنفي.

لقد حذا المشرع الأردني حذو المشرع المغربي في التفرقة بين حالتين في مادتين من قانون الأحوال الشخصية؛ حالة السفر داخل المملكة والتي خصص لها المادة 175، وحالة السفر خارج المملكة والتي تعرض إليها في نص المادة 176؛ فبالرجوع إلى نص المادة 175 نجد المشرع لم يسقط الحضانة عن من أسند له هذا الحق، لأن المعتبر والراجح النظر فيه هي مصلحة الصغير، فإذا لم يؤثر السفر على مصلحة الصغير لا تسقط حضانة الحاضن - بغض النظر عن مسافة السفر ما إن كانت قصراً، أو ستة برد، أو أكثر<sup>1</sup> - أما إذا كان السفر يؤثر على مصلحة الصغير حتى ولو كانت المسافة أقل من مسافة القصر وستة برد، فإنه يمنع سفر الصغير ويسلم للآخر؛ حيث جاء نص المادة كالتالي: "لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة بالمحزون إلى بلد داخل المملكة على حقه في إمساك المحزون ما لم يكن لهذا السفر تأثير على رجحان مصلحة المحزون، فإن ثبت تأثير السفر على مصلحة المحزون يمنع سفره، وتنتقل حضانته مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب حق الحضانة". وتطبيقاً لهذا النص يكون المشرع قد خالف أقوال الفقه - بما فيهم الفقه الحنفي المعمول به في المملكة الأردنية - فيما يخص سقوط الحضانة عن الحاضن في حال السفر به لبعده المسافة.

أما الحالة الثانية المتمثلة في السفر بالمحزون خارج المملكة والتي نص عليها المشرع في المادة 176، التي نصت على: "إذا كان المحزون يحمل الجنسية الأردنية فليس لحاضنته الإقامة به خارج المملكة، أو السفر به خارج المملكة لغاية الإقامة إلا بموافقة الولي، وبعد التحقق من تأمين مصلحة المحزون".

يستشف من سياق النص أن المشرع قد أسقط حق الحضانة عن الأم في حال سفرها بالمحزون - الحامل للجنسية الأردنية - خارج المملكة؛ يلاحظ هنا أن المشرع تعرض إلى مسألة السفر والعودة، وسفر النقلة والاستيطان التي عبر عنها بالإقامة، وأقر بسقوط الحضانة عن الأم الحاضنة إذا رغبت في السفر بالمحزون دون موافقة وليه؛ ودون أن تؤمن مصلحة الصغير؛ بمعنى في حال موافقة ولي المحزون على سفر الحاضنة بالمحزون أو الاستيطان به، وأمنت مصلحة المحزون في ذلك، كسفرها لأجل العلاج، لا تسقط حضانة الأم.

<sup>1</sup> - عبير ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص. 173.

كما يتضح من خلال هاتين المادتين -75-76- أن المشرع اعتبر المسافة التي تسقط بها حضانة الصغير هي مسافة داخل المملكة وخارج المملكة، بغض النظر إن كانت مسافة قصر أو ستة برد؛ حيث اعتبر المسافة داخل المملكة مسافة أقل غير مسقطة للحاضنة، والمسافة خارج المملكة بعيدة مسقطة للحضانة، في هذه المسألة يكون المشرع قد تعارض مع الفقه الحنفي المعمول به في المملكة، كما لم يأخذ أيضا بالرأي المالكي الذي كثيرا ما يستند عليه في تشريع نصوصه.

ودرءا لتعسف الولي في استعمال حق منع الحاضنة من السفر بالمحضون خارج المملكة، أجاز المشرع الأردني -مثله مثل المشرع المغربي- للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة استثناء في حال وجود غاية شرعية مؤقتة تبرر ذلك - كالسفر للعلاج أو للدراسة- حتى ولو لم يوافق ولي المحضون، وهذا طبقا لمقتضيات المادة 177 الفقرة (أ) من القانون السالف الذكر، التي جاء فيها: "إذا كان السفر خارج المملكة لغاية مشروعة مؤقتة ولم يوافق الولي على سفره، فللقاضي أن يأذن للحاضنة بالسفر بالمحضون بعد أن يتحقق من تأمين مصلحته، وبيان مدة الزيارة، وأخذ الضمانات الكافية لعودته بعد انتهاء الزيارة، على أن تتضمن تقديم كفالة يستعد فيها الكفيل بالحبس حتى إذعان الحاضن بعودة المحضون، مع منع سفر الكفيل حتى عودة المحضون إلى المملكة".

الواضح أن المشرع في نص المادة حمى الطرفين من التعسف، فضمن حق الحاضنة في السفر بالمحضون خارج المملكة إذا كانت هناك غاية شرعية مؤقتة تستدعي ذلك - كعلاجه في بلاد أخرى مثلا- وهذا درءا لتعسف الولي من استعمال حق المنع من السفر، كما حمى حق هذا الأخير من عدم عودة الحاضنة بالمحضون من سفرها من الخارج؛ وذلك بأن ألزمها بتقديم كفيل حتى تستعمل حق السفر، وهذا تحت طائلة حبسه في حال التعسف في استعمال حق السفر والهروب بالمحضون.

الجدير بالذكر أن المشرع أخذ بما أجمع عليه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة؛ وذلك بمنع أب المحضون من الإقامة والاستيطان خارج المملكة، حتى ولو امتنعت مستحقة الحضانة عنها أو سقط حقها فيها لأي سبب طبقا للفقرة (ب) من المادة 177 أعلاه من نفس القانون، والتي نصت على: "إذا رغب الأب الحاضن في الإقامة بالمحضون خارج المملكة، وامتنعت مستحقة الحضانة عنها أو سقط حقها فيها لأي سبب، فلأب السفر بالمحضون والإقامة به وفق أحكام الفقرة (ب) من المادة 181 من هذا القانون، وبعد تقديم الضمانات التي توافق عليها المحكمة".

هذه الضمانات تتمثل في أمن الطرق، وألا يكون في السفر إضرار بالمحضون من خلال المشقة والتعب. وتطبيقا لذلك، تبقى حرية السفر والإقامة مكفولة للحاضن ما استوفت الشروط الشرعية والقانونية، وفي ذلك عدل في معاملة الأبوين، وإحقاق للحق دون تمييز لصاحبه على الآخر، وبذلك يمنع كل طرف من استعمال حق الحضانة بصورة تضر بالصغير أولا، وتضر بغير الحاضن ثانيا<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - عيبر ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.ص. 173-174.

لم يتعرض المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية إلى مسألة السفر بالمحضون والاستيطان به، والتعسف في استعمال هذا الحق، ومن ثم وفي ظل سكوت المشرع عن الإفصاح عن هذه المسائل، وتضمنين نصوص تحكم هذه المسألة، يتم الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي طبقاً لنص المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية: "... إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون ...".

وعليه، نستنتج من خلال ما سبق ذكره أن الحضانة هي حق شرعي شرعها الله - سبحانه وتعالى - لمستحقها متى توفرت فيه شروط استحقاقها، والتي تكون في الأصل للأم، غير أن هذا الحق وبالرغم من أنه من أجل الحقوق التي أولتها الشريعة الإسلامية اهتماماً لتعلقها بمصلحة صغير، إلا أن طرفيها - والذين يكونان في الغالب الأعم الأم والأب - يتعسفان في استعمال هذا الحق على نحو إضرار أحدهما بالآخر، وإن كان الضرر الأكبر يلحق بالمحضون، من خلال تعسفهما في حقوقه المادية من نفقة وأجرة حضانة وأجرة رضاع، وحتى في حقوقه المعنوية من رعاية صحية وتربية وحفاظ وتعليم.

كما يظهر تعسفهما أيضاً في حق الزيارة ورؤية المحضون، وكذا السفر أو الاستيطان به، ويتجلى التعسف كذلك في استعمال حق الحضانة من خلال التنازل عنه، حيث يتجسد التعسف فيها إما بتنازل الحاضنة عن الحضانة قصد الإضرار بولي المحضون، أو تعسف الولي في إجبار الأم الحاضنة على التنازل عن الحضانة. وتماشياً مع ما تم ذكره، وحتى تثبت صور التعسف المذكورة آنفاً، وكذا ضبط الفعل التعسفي فيها، لا بد من معايير تتجسد على هذه الصور حتى نقول أن صاحب الحق قد تعسف في استعمال حق الحضانة.

## المطلب الثاني

### معايير التعسف في استعمال حق الحضانة

فلما كان المقصود من الحضانة حفظ الصغير ورعايته، والقيام بأمره وتربيته، والذي يثبت هذا الحق للأم في الأصل لوفور شفقتها وعطفها وحنانها عليه، فإن هذا الحق الذي وكل إليها شرعاً لتحقيق غاية شرعية، لا أن تستعمله وسيلة أو ذريعة للانتقام من وليه، ولا أن يستعمل هذا الأخير الحقوق المتفرعة عن حق الحضانة كوسائل للإضرار بالحاضنة وإسقاط حضانة ابنها، أو الإضرار بالمحضون في حد ذاته. لقد سبق أن أدرجنا في الدراسة السابقة لصور التعسف في استعمال حق الحضانة من تعسف تجاه المحضون في شقيه المادي والمعنوي، والتعسف تجاه غير المحضون من حق الزيارة ورؤية المحضون وكذا حق السفر بالمحضون، والتنازل عن الحضانة، وكذا نضبط هذه الصور من خلال الفعل التعسفي الظاهر في قصد صاحبها الإساءة من استعمال هذا الحق، لا بد من تبيان المعايير الذاتية (الشخصية) للتعسف في استعمال حق الحضانة (الفرع الأول)، والمعايير الموضوعية للتعسف في استعمال حق الحضانة أيضاً (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### المعايير الذاتية (الشخصية) للتعسف في استعمال حق الحضانة

سنتعرض في هذا الصدد إلى معيارين ذاتيين يمكن بهما إثبات الفعل التعسفي في استعمال حق الحضانة؛ ألا وهما معيار قصد الإضرار (أولاً)، ومعيار المصلحة غير المشروعة (ثانياً).

#### أولاً: معيار قصد الإضرار

يظهر معيار قصد الإضرار في قيام ولي المحضون بالتحايل في أداء نفقة المحضون، والتهرب من أدائها، مع علمه بعسر الأم وقترها، خاصة إن كانت أمًا حاضنة لعدة أطفال، فهنا يقصد الولي من التهرب أو من إخفاء مرتبه الآخر -دخله الآخر- بحجة أنه لم يقبض راتبه الشهري، الإضرار بالأم الحاضنة وبالمحضون، والضرر في الشريعة الإسلامية ممنوع ودرؤه واجب لقوله -عليه الصلاة والسلام-: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>1</sup>، فيزال تعسفه بحسب الأب مدة من الزمن ليظهر ماله ويرتدع وينفق على المحضون، وهذا طبقاً لقاعدة "الضرر يزال"<sup>2</sup>، وقاعدة "الضرر يدفع بقدر الإمكان"<sup>3</sup>.

كذلك قد تعمد الأم أيضاً بقصد الإضرار بولي المحضون إلى إهدار نفقة المحضون، وصرفها في مشتريات باهظة، أو طلبها أجرة سكن في مكان تعتبر الأجرة فيه مرتفعة، وهذا بنية الانتقام من ولي المحضون الذي طلقها، والتشفي فيه بإهدار ماله. ومعاملة بنقيض قصدها يكلف غيرها بقبض النفقة عنها لسوء نيتها. كذلك قد تعمد -بقصد الإضرار بولي المحضون- إلى إهمال نظافة المحضون، وعدم رعايته صحياً، وعدم أخذه إلى الطبيب لتبديدها نقود العلاج التي أعطاها الولي.

كما قد تلجأ الحاضنة إلى التعسف في منع الولي من زيارة ابنه أو رؤيته؛ وهذا بتماطلها وأخذه من مكان إلى آخر، أو تذرعه بمرضه أو دراسته، أو عدم فراغها يوم الزيارة، وهذا بقصد حرمان ولي المحضون من الرؤية انتقاماً منه، وبنية إلحاق الضرر به. أو أن يقوم ولي المحضون قاصداً الإضرار بالحاضنة استعمال أوقات زيارة لا تناسب الحاضنة ولا المحضون؛ كأن يعمد إلى زيارة المحضون في وقت متأخر من الليل، أو في وقت عملها إذا كانت محترفة، بهدف تعطيلها عن العمل، وهذا كله بقصد الإضرار بالحاضنة.

ويتجسد قصد الإضرار أيضاً في منع الأب الحاضنة من السفر بتجاوزها مسافة القصر بالرغم من أنها داخل الوطن الواحد، ولم تذهب به خارجاً، وتظهر قرينة الإضرار من خلال قدرته على رؤية الصغير والإشراف عليه، وذلك لإمكانية التنقل به داخل الوطن خاصة مع توفر وسائل الاتصال الحديثة (من هاتف أو مسنجر أو واتس

<sup>1</sup> - سبق تخريجه.

<sup>2</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص.165.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص.207.

آب أو فيبر) وقصد من ذلك الإضرار بالأم في منعها من السفر مع حاجتها، بتلويحه بحقه في منعها، وهذا يعتبر ممنوعاً لمخالفة ومناقضة مقاصد الشرع التي تحث على عدم الإضرار<sup>1</sup>.

### ثانياً: معيار المصلحة غير المشروعة

يمكن إعمال معيار المصلحة غير المشروعة في اشتراط الأب حتى يؤدي نفقة المحضون أن تأتي الحاضنة لتسلمه، أو أن يجبرها على أمور ليست في صالح المحضون - كأن يطالبها بأن يعمل الطفل عنده ويتخلى عن دراسته - تجلب الضرر والمشقة للحاضن، وهذا حتى يدفع لها النفقة، أو يجبرها على إحضاره ليأكل عنده من أجل أن يخفف عن نفسه بعض أعباء النفقة، وهذا بنية مصلحة غير مشروعة وهي حرمان الحاضنة من النفقة.

ويتجسد معيار المصلحة غير المشروعة في استئجار الأب ظئراً غير أمينة أو غير نظيفة بهدف حرمان الأم من رضاع ابنها، أو بغية الإنقاص من أجره الرضاعة. ويظهر هذا المعيار أيضاً من خلال إجبار الأب للمحضون على ترك الدراسة والتعليم الأساسي ليعمل عنده أو عند غيره، وهذا بغية تحقيق مصلحة إعدام الإنفاق عليه، وكذا الحصول على الأموال بدفعه للعمل وتحصيل المال.

كما تظهر قرينة المصلحة غير المشروعة من خلال امتناع غير الحاضن من إعادة الأبناء بعد تنفيذ حق الرؤية، وهذا بنية إشعال نار الخوف في نفس الحاضنة والإضرار بها، أو يقوم بتهديبهم لمكان آخر، ليقوم عليها شكوى بعدم محافظتها على المحضون وضياعه، أو أن ينفذ حق الرؤية في وقت عملها لمصلحة غير مشروعة تتمثل في تعطيلها عن العمل، أو بنية اتخاذ ذلك الوقت غير المناسب - للحاضنة - ذريعة لرفع دعوى امتناع الأم عن الامتثال لحكم القاضي في تنفيذ حق الرؤية، بغية إسقاط حق الحاضنة عليها.

كما أنه ولما كان الغرض الشرعي من الحضانة المحافظة على مصالح الصغير ورعايتها، بتوفير البيئة الملائمة لعيشه وحياته، فإن سفر الحاضنة قد يكون الهدف منه جلب مصلحة للصغير، وذلك بالانتقال به إلى مكان أكثر تقدماً وأمناً، حتى إذا استعمل الولي حقه في الرفض - لا لمصلحة بل تعنتاً، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة بإبقاء الصغير إلى جانبه مع المصالح التي يرام تحصيلها من السفر - جلب للصغير مفسدة وفوت عليه مصلحة، فكان الجزء من جنس العمل، بسلب حقه منه، والإذن للحاضنة بالسفر مع الاحتياطات المطلوبة فيه<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني

#### المعايير الموضوعية للتعسف في استعمال حق الحضانة

بالإضافة إلى المعايير السالفة الذكر، والتي حاولنا من خلالها إثبات الفعل التعسفي في استعمال حق الحضانة، توجد معايير أخرى موضوعية، تتمثل في معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة (أولاً)، ومعيار الضرر الفاحش (ثانياً).

<sup>1</sup> - عيبر رجي شاعر القادومي، مرجع سابق، ص. 175.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

### أولاً: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

قيام الأب بإجبار ابنه على ترك تعليمه الدراسي لأجل أن يعمل عنده أو عند غيره بغية تحصيل المال؛ يعتبر الضرر الواقع على الابن المحضون أعظم من النفقة التي يريدها الأب من جني المال أو تشغيل ابنه لاكتساب حرفة، أو إجبار ابنته على الزواج وهي صغيرة بهدف سترها، فإن الضرر الواقع على الصغيرة بانتهاء حضانتها، وجعل الولاية للزوج وهي صغيرة أكثر من النفع الذي يريده الأب من سترها أو إنهاء حضانتها والتنازع عليها، ولذلك يدفع الضرر الأعظم اللاحق بالمحضون، طبقاً لقاعدة "الضرر الأشد يزال بالأخف"، وقاعدة "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"<sup>1</sup>.

كذا يتجلى معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة بسعي الوالي إلى منع الأم من السفر وقضاء غايتها منه، باستعمال حقه في طلب حضانة الصغير، قد أضر بالأم؛ وذلك أنه بمطالبتة بحقه قد يدفع الأم إلى الإحجام عن السفر مع المصالح التي تسعى لجلبها، مما يلحق بها ضرراً يفوق الضرر المترتب على الوالي بالسماح للصغير بمرافقتها، ومع الضمانات الشرعية المشروطة في السفر - قد لا يصيبه ضرر - مما يؤدي إلى اختلال بين المصالح المتعارضة، فيدفع الضرر الأعظم اللاحق بالأم بتحمل الضرر الأخف اللاحق بالوالي أو الأب<sup>2</sup>، ولا تمنع الأم من السفر معه.

### ثانياً: معيار الضرر الفاحش

يتجسد هذا المعيار من خلال تهرب وتملص ولي المحضون من دفع النفقة إلى الحاضنة مع عدم قدرتها على الإنفاق على المحضون، خاصة وإن كانت حاضنة لعدة محضونين. وكذا يظهر هذا المعيار في تشويه الحاضنة سمعة أبيه، وزرع الفتنة، وملء قلبه بالبغض والكراهية تجاه أبيه، فإن الوالي يلحقه ضرر فاحش بكره ابنه له. كما يمكن إعمال هذا المعيار من خلال قيام الوالي بالمماطلة في إخراج الأوراق الثبوتية من شهادة ميلاد وغيرها، بنية حرمان ابنه من الدراسة ومن ثم فصله عن المدرسة، وحمله على العمل عنده أو عند غيره، فهذا يعتبر من قبيل الضرر الفاحش الذي يلحق المحضون من تعسف والده.

كما قد تعمد الحاضنة إلى التنازل عن الحضانة عمداً؛ قصد إلحاق الضرر بولي المحضون الذي لا تكون له القدرة على رعاية وتربية الصغير وحضانته - كأن يكون سائقاً لحافلة عبر الولايات أو سائق أجرة عبر الخط - خاصة إن كان هو من يلي الأم في الحضانة - كما هو معمول به في قانون الأسرة الجزائري - فهذا يعتبر من قبيل الضرر الفاحش اللاحق به، أو أن يقوم الوالي هو الآخر بإجبار الحاضنة على التنازل عن الحضانة بإكراهها أو تخويفها، أو تهديدها بقتلها أو قتل ابنها، أو أن يجرمها من نفقتها بقصد التضييق عليها وإجبارها على التنازل عن

<sup>1</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص. 199 وما بعدها.

<sup>2</sup> - عيبر ربحي شاكور القادومي، مرجع سابق، ص. 208.

حقها في الحضانة، فيكون الولي وفق هذه الصورة قد تعسف في استعمال حقه بأنه أضر بالحاضنة لأن لها الحق في حضانة الصغير<sup>1</sup>.

ويتجلى أيضا معيار الضرر الفاحش في قيام الحاضنة بالمماثلة أو التملص من تنفيذ حق الرؤية تحت أي غطاء تحتج به، أو أن تقوم المحكمة في حد ذاتها - مثل الجزائر - بتحديد أماكن لرؤية الصغير في مراكز الشرطة، فهذا يعتبر من قبيل الضرر الفاحش الذي يلحق المحضون، أو أن يعمد الولي غير الحاضن إلى الامتناع عن إرجاع المحضون للحاضنة أو الهروب به لولاية أخرى.

كما تبرز أيضا قرينة الضرر الفاحش من خلال استعمال الولي حقه في منع الحاضنة من السفر بالمحضون إلى خارج البلاد، وهذا بنية منها في علاجه، فبمنعها تعنتا وتعسفا يكون قد أضر بها وبالمحضون ضررا فاحشا، أو أن يقوم ولي المحضون بالاستيطان في بلد آخر قصد حرمان الأم الحاضنة من رؤيته وزيارته، كما قد تقوم الأم الحاضنة بإضرار ولي المحضون - خاصة وإن كانت أجنبية - فتهرب بابنها المحضون دون إذن وليه، قاصدة الفرار به وحرمان وليه منه، فهذا يعتبر من قبيل الضرر الفاحش اللاحق بولي المحضون والمحضون نفسه.

وعليه، نستنتج أن التعسف في استعمال الحق يظهر أثره في عدة نواحٍ من انحلال الرابطة الزوجية، وحتى بعد انحلاله من آثاره، والتي يظهر من خلالها تعسف الزوجة في استعمال حقها في فك الرابطة الزوجية بطلب التطليق، وأيضا باستعمال حق الخلع، والتي كانت فيهما من قبل - بالنسبة للتطليق - هي المتعسف في حقها، وهذا التعسف ربما يكون نتيجة تدخل أهلها والأخذ بيدها لإنهاء الزواج، واتخاذ أي حجة أو ذريعة لإنهاء ذلك العقد، وهذا لأجل الحصول على التعويض، أو لأجل الظفر بالمهر الذي تمت المغالاة فيه حين العقد، والذي سترجعه الزوجة في حال الاختلاف بينها وبين طليقها حول مهر المثل، الذي ربما يساوي دراهم معدودات.

كما يظهر تعسف الزوج في عدة صور من استعمال قوامته في فك الرابطة الزوجية، والتي ربما يكون لأهل الزوج دخل في هذا التعسف أو في إيقاع الطلاق بشكل عام - وكثيرة هي صور تعسف الأهل في ظلم الزوجة، وفي إيقاع الطلاق عليها لغياب ضمير الزوج أو لضعف شخصيته -، بالرغم من أن هذه المسائل جاءت محددة ومسطرة، وفق غاية شرعية أرادها الشارع من تشريعها حماية للمتضرر في العلاقة الزوجية، وطبققتها التشريعات أيضا في نصوصها المتعلقة بالأحوال الشخصية، وإن كان التعسف أيضا يجد أثرًا له حتى بعد انحلال الزواج؛ من آثار تترتب عنه تتمثل في الرجعة، التي يغتنم فيها الزوج الفرصة لإكمال ما تبقى له من انتقام، فيطيل عليها أمد الرجعة حتى لا تنفصم عصمته عنها، أو تعسف الزوجة هي الأخرى في إساءة استعمال ذلك الحق بكتمان ما أمّنها الله عليه، وهذا بنية الإضرار بزوجها.

غير أنه وإن تحولت الحياة الزوجية بعد أن كانت واحدة للراحة ومنبعًا للمودة، وصارت حرب سجال بعد انحلال الرابطة الزوجية - لا يتنازل كل منهما عن حقه تعنتا وانتقاما - دون مبالاة لحجم الضرر الذي يوقعونه على

<sup>1</sup> - سناء عماري، عبد الرؤوف دبابش، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 179.



ثمرة زواجهم، سواء في حقوقه المعنوية أو حتى في حقوقه المادية، إلا أن هاته المسائل قد ضمنتها التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري بجزءات توقع على كل من خالفها، حماية لمصلحة المحضون وحفظا لحقوقه، وحقوق المتضرر غير المحضون.

خاتمة

كختم لما سبق ذكره، أمكن القول أن التعسف في استعمال الحق يعتبر من أهم النظريات التي غيرت النظرة إلى الحق باعتباره حقاً مطلقاً، وجعلته مقيداً بالغاية المشروعة التي رسمت له. لقد كان للتعسف أثر كبير في مسائل الأحوال الشخصية، ويظهر ذلك من خلال القضايا التي ترجمت هذا الأثر، خاصة وأن هذه القضايا كانت سبباً في إخراجها من مجرد فكرة -أو نظرية حبيسة في جوفهما- إلى حقيقة لها وجود في الواقع العملي، ترجمتها المحاكم والاجتهادات القضائية من خلال الوقائع المعروضة على ساحتها. الجدير بالذكر أن التشريعات العربية تناولت التعسف في نصوصها المتعلقة بالقانون المدني أو قانون الالتزامات والعقود، ومن بينها المشرع الجزائري الذي بناها على فكرة الخطأ، بناء على ذلك المبني يعسر على القاضي تطبيقها في قضايا الأسرة لعدم استنادها على المسؤولية التقصيرية المبنية على أساس فكرة الخطأ؛ ذلك لأن هذه الأخيرة قاصرة على استيعاب جميع حالات التعسف، لضيقها وقصورها في التطبيق على جميع فروع القانون، وعلى وجه الخصوص قانون الأسرة ومسائله، وعلى غرار ذلك تناولها المشرع المصري والأردني والعراقي في الفصل التمهيدي للقانون المدني؛ ذلك لكي يكون أساساً لجميع الحالات التي يقع فيها إساءة استعمال الحق، ولكن المشرع المغربي والتونسي خالفاً ذلك، وهذا من خلال تطرقهما إلى التعسف ومعاييرها في نصوص متفرقة، ومثل هكذا قصور في التشريع، فإنه سيجعل عبء القياس على القاضي من خلال قياس كل قضية -معروضة عليه- على تلك النصوص المتفرقة في ذلك القانون، والتعسف وإن عرف بدءاً في مضار الجوار إلا أن أثره في قضايا الأسرة كان له صدى عميق وأهمية بالغة، وذلك لتعلق مثل هذه القضايا بجوانب مهمة في حياة الإنسان بداية بالخطبة وانتهاءً بالحضانة، حيث عرف التعسف أوج صورته فيها، لتعلق ذلك بالأبناء، والذين سيأخذون حصة الأسد من الأضرار الفاحشة التي تلحقهم، سواء في إطار العلاقة الزوجية أو بعد حلها وما يترتب عن انحلالها من آثار.

اهتدينا في ختام هذه الورقة البحثية إلى نتائج تعتبر زبدة لما تم التوصل إليه من خلال هذه الدراسة، وهي

كالتالي:

أن العدول عن الخطبة يعتبر حقاً مكفوفاً وشرعياً لكلا الطرفين، ولكن إذا اقترن العدول بأفعال أخرى سببت ضرراً للغير -سواء كان ذلك العدول بقصد الإضرار بالطرف الآخر، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة، أو أن استعمال حق العدول تم بطريقة مشروعة ولكن الضرر الذي أصاب الآخر كان أعظم من المصلحة التي سيحنيها صاحب الحق في استعماله له- هنا يثبت الفعل التعسفي لتوفر معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة؛ ذلك لأن الفعل لا ينظر إليه في حد ذاته من حيث الصحة والفساد، بل يأخذ حكم ما أدى إليه،

وهذا تجنبنا لأن يكون هذا الفعل مناقضًا لمقصد الشارع -عز وجل-، فإن كل ذلك يعتبر من قبيل التعسف في استعمال حق العدول، والشريعة الإسلامية تنهانا عن الضرر والإضرار بالغير -بقطع النظر عما إذا كانت بقصد أو بغير قصد فتشكل مفسدة للطرف الآخر- فوجب درء التعسف بإزالته أو منع وقوعه أو علاجه، وغير ذلك حسب طبيعة الضرر.

كما أنه لا اعتبار العدول عن الخطبة حقًا شرعيًا لكلا طرفيها، فإنه ينبغي عليهما استعمال هذا الحق لتحقيق المقصود الشرعي الذي شرع لأجله العدول، وذلك على اعتبار أن الحقوق هي وسائل، والوسائل تدور مع غايتها وجودا وعدما، فإذا انعدمت الغاية الشرعية لم تصح الوسيلة، وتماشيا مع ذلك أجاز القول الراجح للمتضرر أن يطلب التعويض، خاصة وأن النتيجة التي وصل إليها ذلك الفعل تظهر من خلال الغاية الشرعية والتي هي الضرر.

بناء على ذلك أوجبت التشريعات التعويض على التعسف في استعمال حق العدول، سواء من خلال نصوصها أو تطبيقاتها القضائية، وهناك من التشريعات من أجازت التعويض عن فعل العدول سواء كان العدول شرعيا أو تعسفيا، فإذا لحق الطرف الآخر ضرر فيجوز له المطالبة بالتعويض عن ذلك.

من بين ما تم استخلاصه من هذه الدراسة أيضا، أن غالبية الدول العربية سارت نحو عدم إجازة تزويج الصغيرة، مراعية خصوصية هذا العقد بتحقيق كامل الرضا فيه، وإحاطته بحماية خاصة باعتباره ميثاقا غليظا، ووجوب توفر جميع أركانه وشروطه، بما يقتضي تحمل المسؤولية التامة ماليا واجتماعيا، وكذا حفاظا على استقرار الأسرة. واعتبرت تلك التشريعات أن الزواج من التصرفات التي تقتضي توافر الأهلية الكاملة لما يترتب عنه من التزامات؛ ذلك لأنه ليس من المصلحة في شيء السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري، ومعرفة بشؤون الحياة الزوجية، إذ كيف لمراهقة لم تستوعب بعد التغيرات الفيزيولوجية التي طرأت عليها -من حيض ونمو ثديها وبروز معالم أنوثتها- ومازالت لم تتكيف وتتأقلم مع تلك التحولات أن نزع بها وسط مسؤولية الزواج وتبعاته؟! والتي اعتبرها بعض الباحثين من قبيل المهزلة القانونية؛ وذلك لإجازة المشرع تزويج القاصرة دون تحديد السن الأدنى الذي يستطيع من خلاله القاضي منح هذا الترخيص.

نافلة القول أنه ليس من المصلحة في شيء أن نهنأ بقدسية الزواج وبناء أمم؛ وذلك بجعل أهم طرف فيه صغيرة لا تعي من أموره قط، خاصة وهذه القاصرة ستكون أمًا -فهل يسعنا أن نقول حينها بوجه يخلو من الحياء

الأم مدرسة إذا أعددتها أعددت شعبا طيب الأعراق - ناهيك عن أن سن البلوغ (19 سنة) ليس دلالة على اكتمال النضج الجسدي والفكري بالنسبة لنساء هذا العصر، ومن يقول أن عائشة -رضي الله عنها- تزوجت وهي بنت ست وثني بها وهي بنت تسع، فأقول له نساء ذلك الزمن لا يمكن إطلاقا أن نقارنهن أو نقيسهن بنساء اليوم؛ لأنه قياس مع الفارق، وحتى رجاله لا يمكن قطعاً أن نقارنهم برجال اليوم.

كما يلاحظ من خلال الدراسة تصدي الفقه الإسلامي والتشريعات العربية لمسألة مهمة جدا من مسائل التعسف في ولاية التزويج؛ والمتثلة في حالة عضل الولي موليته عن الزواج بمن رغبت به وكان كفؤا لها، أو تذرعه بنقصان مهرها عن مهر مثيلاتها من أسرتها أو قبيلتها، وترتيباً لذلك أجمع فقهاء المذاهب على سلب الولاية عن الولي العاضل -جزء له ومعاملة بنقيض قصده- وهذا لتعنته الإضرار بموليته، فتنتقل منه حسب القول الراجح إلى السلطان أو القاضي لأنه منصب على رفع المظالم، وهذا القول هو المعمول به عند أغلب التشريعات العربية، وكان ساريا حتى في ظل قانون رقم 84-11 من قانون الأسرة، بيد أن المشرع الجزائري هجره؛ وذلك بإلغائه للمادة 12 بموجب الأمر 05-02.

اعتمدت التشريعات العربية -حماية للقاصرة من أي تعسف قد يطالها من وليها- على عدة أسس في تحديد سن الزواج، من بينها مراعاة مصلحة المحافظة على الأسرة، وحق الحاكم في تقييد المباح لضرورة أو مصلحة، وتغير الظروف والأحكام التي تبنى عليها الأحكام الشرعية.

كما أن الولاية -كغيرها من الوسائل- شرعها الشارع الحكيم لتحقيق مقاصد شرعية، ومنحها المشرع الجزائري والتشريعات العربية للولي من أجل حماية المولى عليها وحفاظا على حقوقها، فليس للولي -أبا كان أو غيره- أن يجبرها على نكاح من لا ترضاه، أو أن يزوجه دون علمها بمن لا ترضاه، ولا أن يعضلها عن نكاح من ترضاه إذا كان كفؤا باتفاق الأئمة، أو باتخاذ ذريعة تفضي إلى مآل فاسد، فيكون تصرفه من قبيل التعسف في استعمال الحق من حيث الحال والمآل؛ أي من حيث الباعث ونتيجة الفعل.

وأما بالنسبة للتعسف في المغالاة من الصداق؛ فبالرغم من عدم تحديد الحد الأكثر له، لا في الشريعة الإسلامية ولا في فقهاء، ولا حتى في التشريعات الوضعية العربية، إلا أن الشريعة الإسلامية مع ذلك كرهت المغالاة فيه؛ بدليل الأحاديث الشريفة التي تم ذكرها في هذه الدراسة، ناهيك عن ما تناوله الأثر والمعقول من مسألة التعسف في الغلو من الصداق. كما أن فقهاء المذاهب أجازوا تحديد الصداق لضرورة، وليس هناك أجل

من ضرورة الحد من التعسف في المغالاة فيه. ما كان يؤمل من المشرع الجزائري هو تعديل قانون الأسرة بناءً على هذا الاجتهاد الفقهي؛ وذلك من خلال تسقيف الصداق -تحديد الحد الأعلى له-، لاسيما في ظل انتشار ظاهرة المغالاة فيه وما تبعتها من ظواهر أخرى.

كما تم استخلاص أن وصول الجزائر إلى رقم مربع وحيالي من تفشي ظاهرة العنوسة بسبب غلاء المهور، راجع إلى وجود نقص تشريعي يعالج هذه المشكلة ويحد من تضاعفها، خاصة وأن هذه المشكلة صارت ظاهرة اجتماعية استفحلت معها العديد من الظواهر (منها ظاهرة الزواج غير الشرعي، وظاهرة العنوسة، وظاهرة عزوف الشباب عن الزواج وغيرها). بناء على ذلك، تكون الجزائر بمثابة الشجرة التي تغطي غابة الآفات الاجتماعية والظواهر الوخيمة التي تفرعت جذورها في الأرض، ومن هنا لا بد لنا أن ندق ناقوس الخطر الدهيم، الذي يستلزم السعي الحثيث لتدارك ما يمكن تداركه قبل أن تفقد الجزائر السيطرة عن هذه الآفات، فتتهز حينها التركيبة البشرية للمجتمع الجزائري، ناهيك عن أن ظاهرة المغالاة في الصداق مع الوقت ستصبح عرفا كما في ولايات دولة الجزائر، وبعدها تصبح ظاهرة - كما سلف الذكر - تفرز مختلف الآفات الاجتماعية التي نعيش فيها والتي ستستجد مع الوقت.

ومما لا شك فيه أن ظاهرة المغالاة في الصداق ليست بظاهرة عرفها المجتمع الجزائري فحسب، بل وحتى التشريعات العربية كالمغرب ودول الخليج، وإن كانت هذه الأخيرة قد بدأت بتشريع القوانين للحد من ظاهرة المغالاة في الصداق؛ وذلك من خلال تحديد المقدار الأعلى للصداق (مثل دولة الإمارات العربية المتحدة التي نصت عليه في قانون الأحوال الشخصية؛ حيث قننت تشريعاً أسمته "قانون تحديد المهور" تحت رقم (21)، لكن بالرغم من هذا التقنين إلا أنه من حيث الواقع لم يفعل بصورة عملية، علما أن هذا القانون شرع لارتفاع نسبة العنوسة في الإمارات نتيجة التغالي في المهور.

وعليه، فالصداق في الأول وفي الآخر يعتبر هبة وعطية من النفس، فرضه الشارع الحكيم للمرأة لحفظ كرامتها، وأيضا كتعويض لما استحل من فرجها، وتعظيما لخطر المحل، فإن كان الزوج غالي في صداق زوجته من باب علو شأنها عنده ومنزلتها الرفيعة في قلبه، وكان له سعة في رزقه وذا قدرة على أدائه، فلا يمكن تسميته مغالاة؛ فالمغالاة هي ما يفرضه أهل المرأة على الخاطب تضيقا عليه وتكليفا فوق طاقته بذريعة استعمال حق، أو عرف متداول بينهم، ناهيك عن ذلك فإن المغالاة في الصداق يعتبر أكبر ضرر يلحق الفتاة؛ لتعنت وليها أو أهلها بالامتناع من تزويجها بأقل من مهر المثل المغالي فيه والله أعلم.

كما تم التوصل إلى نتيجة مهمة هي أن التعسف في استعمال الحق يجد نطاقه الأوسع -أيضا- في إطار العلاقة الزوجية؛ ففي المعاشرة الزوجية -مثلا- هناك قاعدة تحكم جميع تصرفات الزوج، ومقتضاها أن التصرف لا يصبح مباحا إذا كان من شأنه إلحاق الضرر بالزوجة. وتأسيسا على ذلك، فإن تعسف الزوج في استعمال حق المباشرة الجنسية -من خلال إلحاقه الضرر بزوجته- يكون غير مشروع لمناقضته المقصد الشرعي للشارع من تشريع حق الاستمتاع.

وعليه، فإذا أصيبت الزوجة بضرر نتيجة تعسف الزوج في ممارسة العلاقة الجنسية، فإن لها الحق في طلب التفريق لضرر، عملا بالقول الراجح في مسألة جواز التفريق لضرر؛ ذلك لأن المقصد الشرعي من انحلال أو اصر النكاح بالطلاق -من الزوج أو الحاكم- هو ارتكاب أخف الضرر عند تعسر استقامة المعاشرة، خوفا من ارتباك حالة الزوجين وتسرب ذلك إلى الحالة العائلية، فيكون التفريق هو الحل المناسب لعلاج الضرر طبقا لقاعدة الضرر يزال، وهو الرأي الذي سار عليه المشرع الجزائري -من خلال جعل أسباب التطلاق على سبيل المثال لا الحصر- وبناء الضرر على المعيار الموضوعي "مما لا يجوز شرعا" عملا بالفقه المالكي.

ولقد سارت التشريعات العربية على ذات الدرب؛ وذلك بمنح الزوجة حق المطالبة بالتطلاق لضرر المعاشرة الزوجية، وإن كان المشرع المغربي والأردني -على غرار تلك التشريعات التي وردت في هذه الدراسة- أكثر دقة ووضوحا مقارنة بالتشريع الجزائري؛ وذلك يجعل المادة -التي تنص على جواز التفريق لضرر- تحمل في طياتها عدة صور موجبة لذلك، والتي لا تقع تحت الحصر.

كما اتفق المشرع المصري والعراقي والتشريعات العربية -السالف ذكرها- على إعطاء الزوجة الحق في طلب التطلاق لضرر المعاشرة الزوجية، عملا بالفقه المالكي ومن قال بقولهم من المذاهب -الشافعية والحنابلة في أحد قوليه- إلا أنهما خالفا المالكيين في تأسيس الضرر على معيار منافٍ للمعيار الموضوعي، والمتمثل في المعيار الشخصي؛ وذلك بقولهما: "مما يستحال أو يتعذر معه دوام العشرة بين مثيلاتها"، فتطبيق هكذا معيار وجعله أساسا للأضرار المترتبة عن سوء المعاشرة الزوجية وبالأخص الجنسية، يؤدي إلى إخراج بعض السلوكيات في المجتمع دائرة الضرر، بدعوى أن ظروف الزوجين أو بيئتهما الاجتماعية لا ترى بأسا في تلك التصرفات، أو لاختلاف وقوع الضرر بين النساء.

وعلى الرغم من تضيق المشرع المصري دائرة الضرر استنادا على المعيار الشخصي، إلا أن القضاء المصري أفرز مبادئ من شأنها توسيع دائرة الضرر المعترف شرعا، ومن أهم تلك المبادئ: ترك تقدير الضرر للقاضي دون رقابة محكمة النقض في ذلك، ليكون تقدير الضرر مستندا على المعيار الموضوعي وهو اختلاف المجتمعات، وكذا ملاسبات ووقائع كل قضية، وأيضا باختلاف حال كل امرأة، فيكون القضاء من خلال هذه المبادئ قد وافق الفقه المالكي في المعيار الذي بنى عليه الضرر "وهو مما لا يجوز شرعا".

كما يعتبر المجر في المضجع من بين مسائل التعسف في المعاشرة الزوجية، لقد لاحظنا أن هذه المسألة كان لها صدى كبير في محاكم الدول العربية المقارنة، غير أنه على الصعيد الداخلي نجد ندرة غريبة في هذه المسألة على مستوى المحاكم -وإن كانت بعض المحاكم بمختلف درجاتها قد تطرقت إلى ذلك ضمنا- وربما ندرة هذه القضايا راجع إلى حياء المرأة من رفع مثل هكذا دعاوى، بالرغم من أن ذلك يعتبر حقا أصيلا من حقوقها، وواجبا يلتزم الزوج بأدائه إحصائيا لزوجته.

كما يستشف من هذه الرسالة أن التعسف في استعمال الحق يجد أثره في العلاقة الزوجية، وذلك من خلال إعسار الزوج بالنفقة بالرغم من يساره، وإن كانت هاته الأخيرة قد عنيت بتشريع إسلامي، كما ساهمت التشريعات العربية في إرساء قواعده القانونية متبوعة بجزاءات في حال مخالفتها. لا يفوتنا في هذا المقام أن ننوه إلى أنه بامتناع الزوج عن الإنفاق، يكون تصرفه هذا من قبيل التصرفات السلبية التي تنضوي تحت التعسف في استعمال الحق، ويظهر ذلك من خلال امتناعه عن أداء النفقة مع يساره نكابة في الزوجة وإضرارها بالأبناء.

وتأسيسا على ذلك أجازت التشريعات العربية -عملا بما جاء به جمهور الفقهاء- للزوجة أن تطلب التطبيق لإعسار الزوج بالنفقة الواجبة عليه، كما توافقت بعض التشريعات مع ما جاء به الفقه المالكي؛ على أن الطلاق الذي يوقعه القاضي على الزوج يكون رجعيا، فيكون للزوج فرصة لأن يراجع زوجته قبل مضي العدة إذا أثبت يساره وقدرته على الإنفاق، بينما ذهب بقية التشريعات العربية -التي سبق ذكرها بما فيها المشرع الجزائري- إلى اعتبار فرقة الطلاق طلاقا بائنا.

والتعسف في استعمال الحق كما يكون تصرفا سلبيا من جهة الزوج، يكون أيضا من جهة الزوجة؛ من خلال نشوزها بمنع زوجها من الاستمتاع بها، أو خروجها من بيته وسفرها بدون إذنه أو علمه، أو عدم



طاعته، أو امتناعها عن الالتحاق بمسكن الزوج أو السفر معه... وغيرها من الصور التي تعتبر من مسقطات النفقة، وتعطي للزوج وسيلة لعلاج زوجته من نشوزها وذلك بتأديبها، غير أن هذا الحق إن كرر الزوج استعماله تعنتا فقط، ولم تكن هناك أي منفعة ترجى منه لعلاج الزوجة، يعتبر فعله هذا من قبيل التعسف في استعمال حق التأديب.

وحق الزوج في علاج زوجته الناشز بالتأديب قد ألغاه المشرع الجزائري عند تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02، وهذا في إطار توقيعه على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، من خلال إعطائها القوامة ورئاسة البيت بجانب الزوج في مركزه، لاسيما أن إثبات نشوز الزوجة الواقع على عاتق الزوج من الصعوبة بما كان، حتى ولو سلمنا بتوفر الدليل الكتابي من وجود محضر امتناع الزوجة للامثال للحكم، إلا أن الأثر الذي اقتناه القضاء الجزائري من التشريع، جعله يبذل مجهودات جبارة لمحاولة طمس ونفي جميع حالات نشوز الزوجة، وقد سار على ذات النهج المشرع المغربي من خلال تعديله للمدونة في سنة 2004؛ بإلغائه للنص الذي كان يتضمن حق القوامة، وعلى غرار ذلك جاءت التشريعات العربية الأخرى يجعل الزوج في مركزه، واعتبار الزوجة ناشزا بعدم طاعة زوجها؛ وذلك من خلال تعدادهم لصور نشوز الزوجة.

إضافة إلى ما سبق ذكره، قد تترتب عن التعسف في استعمال الحق عدة آثار بعد إنشاء الرابطة الزوجية، فتنوع بتنوع نية صاحب الحق في الإضرار أو تعدد الغاية؛ ذلك أن صاحب الحق حين استعماله لحقه تتنابه أكثر من غاية، فمنها ما هو شرعي ومنها ما هو غير شرعي، وقد يصل بتعسفه في استعمال ذلك الحق إلى مفسدة عظيمة، والتي ربما يبلغ أثرها حتى إلى من تربطهم في هذه العلاقة رابطة الدم فتختل المصالح المتوازنة، ويكون ذلك كله من خلال نفي النسب عن طريق اللعان، أو امتناع الأم عن رضاع ابنها أو مغالاتها في طلب أجره الرضاع.

والتعسف في استعمال الحق وإن وجد وقعا له قبل انعقاد الزواج أو في كنفه، إلا أنه بعد انحلال الرابطة الزوجية، والتي ستشدد الكراهية بين الزوجين -بقطع النظر عن من قام بفكها- ليصل التعسف من خلالها إلى أشد الذرورة، من خلال قصد كل واحدٍ منهما الإضرار بصاحبه نتيجة اشتداد المشاحنة والتباغض، ليصل الأمر إلى ساحة قتال، تجد صداها في المحاكم. فذلك الزواج الذي كان واحة للراحة فيما سبق، جفت ينباع المودة فيه، فاستعمل كلٌ منهما بعد جفاف تلك ينباع -من المودة والرحمة- الطلاق كأصل شرعي مباح يتم اللجوء إليه دون مسوغ شرعي، أو سبب معقول، أو بنية الحرمان من الميراث لغاية غير شرعية، وهذا الفعل

التعسفي غير مقتصر على الزوج في فك الرابطة الزوجية فقط؛ إذ أنه يجد أثره أيضا حتى من جانب الزوجة سواء بطلبها التطليق أو الخلع، أو عند استعمالها حق التفويض في الطلاق.

كما أن الطلاق لما شرع كحق للزوج، شُرِّع استعماله عند الضرورة المبيحة لذلك؛ لأن الأصل فيه الحظر. وعليه، فإذا استعمل الزوج هذا الحق كأصل عام؛ أي بدون ضوابط، أو كان اتخاذه لهذا الحق ذريعة لتحقيق مآرب غير مشروعة كالحرمات من الميراث، أو بهدف الانتقام، أو بغية تحريمها عنه، اعتبر متعسفا في استعمال حق الطلاق؛ وذلك لاعتقاده أن الأصل في هذا الأخير الإباحة والاستثناء فيه هو الحظر.

وإن كان الطلاق يقع بمختلف صوره من الأوضاع الشرعية التي لا يمكن تغييرها؛ لأنها تقع في جميع الأحوال -بغض النظر عن قصد الزوج وغايته من الطلاق-؛ بمعنى أنه إذا أوقع الزوج الطلاق مريدا إياه وقع مهما كانت الدوافع إليه، وينصرف سد الذريعة لا إلى إبطال هذا الفعل أو التصرف؛ لأن الدليل الشرعي قام على وجوب وقوعه في كل حال، بل ينصرف إلى الحيلولة دون تحقيق القصد غير المشروع، أو المصلحة غير المشروعة التي رغبها مريد الطلاق من ذلك؛ لأن هذه الغاية غير المشروعة التي يرمي إلى وصولها قد قام الدليل على وجوب إبطالها وبطلانها، لمناقضة قصد الشارع في كل فعل أو تصرف يراد به إسقاط واجب أو تحليل محرم، وهذا هو مناط التعسف.

كما أن الزوجة قد تعتمد إلى طلب التطليق مستعملة حقها في ذلك بذريعة امتناع الزوج عن الإنفاق، لعدم قدرته وفاقته، مع علمها بعسره قبل انعقاد الزواج، وتأسيسا على ذلك لم يجز المالكية التفريق لإعسار الزوج مع علم الزوجة مسبقا بفاقته، أو تكون غايتها الزج به في السجن فتتذرع بعدم حصولها على النفقة منذ مدة من المطالبة بها، وهذا فقط بنية الإضرار به، فتكون قد تعسفت في استعمال حق طلب التطليق حالا ومآلا، ومعاملة لها بنقيض قصدتها؛ لم يجز لها المالكية ذلك وأمروها بالاستدانة، وهو ذات النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري والتونسي؛ بسقوط حق الزوجة في طلب التطليق لعلمها بإعسار الزوج قبل انعقاد الزواج، وإن كانت التشريعات العربية الأخرى قد سكنت عن ذلك، ولكن بالإحالة الوارد النص عليها في تشريعاتهم، يكون بعضها (مثل المشرع المغربي) قد حذا حذو المشرع الجزائري لاعتناقهم المذهب المالكي.

ويمكن أن نخلص من خلال هذه الدراسة إلى أن الزوجة قد تتعسف أيضا في طلب التطليق للعيوب التي تطرأ على الزوج، ولم تكن تلك العيوب مما يمنع المعاشرة الزوجية، أو كانت مما يمنع المعاشرة الزوجية وبالإمكان

علاجها -لاسيما أن الطب الحديث تطوّر في معالجة عديد الأمراض ومنها الجنسية- ضف إلى ذلك أن المالكية يميزون للزوجة حق الخيار في حال وجود عيب يشتد معه الإيذاء، وما عدا تلك العيوب لم يمنحوا لها حق التخيير بين التفريق والبقاء في الزوجية، إذ ليس كل عيب عندهم يعطيها حق الخيار، بالإضافة إلى أن الزوجة يسقط حقها في طلب التفريق في حال إذا كانت عاملة بذلك العيب قبل العقد، أو رضيت بالعيب بعد العلم وبعد العقد، وهذا معاملة بنقيض قصدتها بتعسفها في استعمال حق التطليق لضرر.

وتتمة لما سبق بيانه، لاحظنا أن المشرع الأردني قد تفرّد بعدم منحه الزوجة الحق في التفريق إذا كان زوجها أعمى أو أعرج، واعتبر هذه العيوب غير مسوغة لطلب التفريق، وأن الزوجة متعسفة إن هي طلبت التفريق لمثل هكذا عيوب. كما قد تتعسف الزوجة بادعائها أن زوجها معيب، وهذا بقصد الإضرار به وتشويه سمعته أمام الناس، أو بقصد الاستفادة من الصداق واتخاذ التطليق لعيوب ذريعة من أجل الحصول عليه فحسب.

كما يشمل تعسف الزوجة في فك الرابطة الزوجية؛ التعسف في استعمال حق الخلع دون مبرر، أو بقصد حرمان زوجها من الميراث، أو لأسباب أخرى، والتي منحها المشرع الجزائري -لجراته- للمرأة على طبق من ذهب؛ وذلك بإعفائها من تذييل دعوها بالأسباب التي دفعتها إلى ذلك الطلب، فيكون بذلك قد فتح الباب على مصراعيه أمام الزوجة لتتعسف في استعمال هذا الحق بكل حرية ودون قيد أو شرط، ودون أن يجانبها أحد في استعماله، وذلك من خلال إلغائه لموافقة الزوج على طلبها، وقد تم ملاحظة ذلك من خلال ارتفاع نسبة الطلاق بواسطة الخلع نتيجة إطلاق العنان للزوجة بممارسته.

ويستنتج من سياق ما تم التعرض إليه في هذه الدراسة؛ أنه بالرغم من جرأة المشرع الجزائري في صياغة النص الخاص بالخلع، إلا أن المشرع المغربي كان أكثر جرأة منه حينما عدل عن موقفه الأول، الذي كان يلاقي فيه استحسانا من جانب الفقه القانوني باشتراطه موافقة الزوج على الخلع، غير أنه في الفقرة الموالية جعل الخلع حقا للمرأة وليس رخصة لها، وهذا لكي يرضي الجانب الثاني من الفقه القانوني. إذن ما الداعي إلى جعل الخلع رضائيا وبالمقابل فتح باب آخر للزوجة فيه نوع من الحرية المطلقة في استعماله؟ خاصة وأن هذا الباب المتمثل في المسطرة لا تشترط إثباتا أو ذكرا للأسباب.

كما أن الزوجة -وفق هذه المسطرة- تبقى حقوقها وحقوق أطفالها محفوظة، وبدون أن تلتزم بدفع بدل الخلع، فمثل هذه الفقرة الخاصة بتمكين الزوجة من اللجوء إلى مسطرة الشقاق في حال امتناع الزوج عن الموافقة على مبدأ الخلع، من شأنها أن تخدم مؤسسة الخلع بكاملها، وتفرغ النصوص القانونية المنظمة لها من محتواها، ومن ثم لا تكون هناك حاجة إلى النص على الخلع وتنظيم أحكامه.

فبناء على ذلك، يلاحظ عزوف الكثير من المغريبات عن طلب فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع؛ وهذا لوجود ضالتهم في مسطرة الشقاق، وعدم تقييدهم بالإذن أو بذكر الأسباب، ناهيك عن أن ذلك يتم دون الالتزام ببديل الخلع، بالإضافة إلى أن مسطرة الشقاق تحفظ جميع حقوقهن وحقوق أطفالهن، ومما لا شك فيه أن هذه الصياغة تعتبر نتاج التوقيع على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الذي اعتنقها المشرع التونسي بشدة، من خلال جعل الطلاق إنشأ يشترك فيه كلا الزوجين بما منح لهما من قوامة ورئاسة، ومن ثم هدم مؤسسة الخلع بعدم النص عليها إطلاقاً في مجلته المتعلقة بالأحوال الشخصية.

وبالرغم من ذلك لاحظنا بقاء بعض التشريعات العربية على موقفها؛ متمسكة في ذلك بمبادئ الشريعة الإسلامية (مثل المشرع المصري والعراقي والأردني) واجتهادات فقهاءها، من خلال جعل طلاق الخلع رضائياً، فلا يتم دون موافقة الزوج، ناهيك عن أنها ملزمة بتذليل دعوها بذكر أسباب طلبها فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، وهذا حتى لا تتعسف الزوجة في استعمال هذا الأخير.

كما تم التوصل من خلال هذه الرسالة إلى أن التعسف قد يرتد أيضاً ليصل حتى إلى آثار انحلال الزواج من رجعة وحضانة؛ حيث يعتبر هذان الأثران من أهم الآثار التي كان التعسف له أثر فيهما، ويتجسد التعسف في استعمال حق الرجعة في نية الزوج أن يراجع زوجته بالمعروف ويجسن عشرتها، وهذا من خلال إرادته إصلاح ما تحطم بسبب الطلقة الأولى، غير أن هذه الرجعة إن لم توافق تلك النية، تكون حينها بمعنى الاستهزاء بأحكام الشرع، وقد نهى الشارع الحكيم الزوج أن يستعمل حق الرجعة لغرض الإضرار بزوجه المطلقة، فيكون فعله -إذا أراد به قصداً فاسداً- ليس شرعياً عند أهل العلم؛ لأن هذا الفعل منهي عنه لاعتباره فاسداً فساداً يرادف البطلان.

وفي ذات السياق اختلف الفقهاء في صحة الرجعة من عدمها إن لم تكن بقصد الإصلاح، وتم ترجيح ما قاله الجمهور بصحتها مع إثم صاحبها ديانة - كما سبق الذكر - وذلك على اعتبار أن نية الإضرار بالزوجة

في حال استعمال حق الرجعة مسألة نفسية يصعب الاستيثاق منها، أو الكشف عنها ابتداءً، غير أنه إذا ثبت للقاضي يقيناً أن الرجعة تلابسها نية الإضرار بالزوجة، وجب الحكم في هذه الحالة بإبطال الرجعة.

ويستخلص من خلال دراسة مسألة الرجعة وأحكامها عدم تعرض المشرع الجزائري لهاته المسألة صراحة، لا في قانون الأسرة المعدل ولا في القانون القديم المعدل، وإن كنا قد لامسنا إشارته إلى هذه المسألة في معرض الحديث عن الصلح؛ وذلك بمنح الزوج حق مراجعة زوجته قبل صدور الحكم بالطلاق دون عقد جديد، أما بعد صدور الحكم بالطلاق فلا يملك مراجعتها إلا بعقد جديد، ويلاحظ من خلال القراءة الأولية لهذا النص أنه تم اقتباسه من القانون الفرنسي، والفرق بينهما أن المشرع الجزائري في صياغته للنص كان حكمه كاشفاً على غرار المشرع الفرنسي الذي كان حكمه منشئاً.

وتماشياً مع ما تم ذكره يلاحظ عدم تعرض المشرع الأسري لمسألة العدة واحتساب أجل انتهائها - عملاً بما هو منصوص عليه ومحدد في أحكام الشريعة الإسلامية وفقهها - من هذا المنطلق، وفي ظل غياب النص، فإن مدار احتساب العدة يكون من يوم رفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم، وبعدها تكون زوجته في عداد المطلقات وتبين منه بينونة صغرى، فلا يملك الزوج حينها مراجعتها إلا بعقد جديد، ولا مناص من القول في هذه الحالة أن احتساب حق الرجعة لا يكون من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، وإنما الطلاق يقع وتترتب آثاره من يوم حكم القاضي، وتكون وفقاً لذلك وقبل صدور الحكم بالطلاق زوجته، فيملك جماعها ومعاشرتها وفق قصور التشريع.

فتطبيقاً لذلك، تكون الزوجة وفق هذا القصور التشريعي أكبر متضرر؛ وهذا نتيجة لتعسف الزوج الذي سيرجعها إلى عصمته قبل صدور الحكم دون أن يحتاج إلى عقد جديد، ثم يطلقها كما شاء ثم يراجعها مادام أن الحكم بالطلاق لم يصدر بعد، فيذرها كالمعلقة لا هي مطلقة ولا هي زوجة، وهذا مناقض لأحكام الشريعة الإسلامية السمحاء وما جاء به التشريع القرآني، وأحاديث السنة النبوية الشريفة، وحتى الإجماع جملة وتفصيلاً.

كما تم ملاحظة عدم تعرض المشرع الجزائري ولا حتى الاجتهادات القضائية إلى مسألة الرجعة وإرادة الإصلاح، ولا إلى الإشهاد على الرجعة، ولا حتى إلى مسألة حالة اختلاف الزوجين على الرجعة، وتطبيقاً لذلك

يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، عبر الإحالة المنصوص عليها في المادة 222 من القانون السالف ذكره، فيكون الأمر موقوفاً على اجتهاد كل قاضٍ في أخذه بأي مذهب حسب وقائع كل قضية.

وعليه، لمسنا تذبذباً وتشتتاً في الأحكام والقرارات القضائية، وهذا حسب تأثر كل قاضٍ بفتواه معين، أو حسب الحكم وفق أهوائهم الشخصية، وهذه الأحكام تكون علة اختلافها مبنية بسبب إطلاق المشرع نص المادة 222 لأحكام الشريعة الإسلامية ولجميع المذاهب، دون الاعتداد بتحديد مذهب واحد يتم الرجوع إليه مثلما فعلت التشريعات العربية، فغاية حصر انعدام توفر النص القانوني والرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وفق مذهب معين، هو من أجل التسهيل على القاضي بالفصل في أي نزاع وفق مذهب يمكن الاعتماد عليه في جميع القرارات، بناء عليه تكون جميع القرارات والأحكام متحدة في الفصل في النزاع.

بالنسبة لهاته المسائل، نجد معظم التشريعات العربية التي كانت محل الدراسة لم تتعرض إلى مسألة التعسف في استعمال حق الرجعة، إذا ما كانت بنية الإصلاح أم بنية الإضرار وذلك بتطويل أمدها، غير أننا لمسنا موقفاً حسناً جلياً من المشرع المغربي؛ وذلك بتعرضه إلى هاته المسألة جملة وتفصيلاً، من خلال اعتبار الرجعة باطلّة قضاءً إذا لم تكن بنية الإصلاح، عملاً بما جاء به الفقه الظاهري في ذلك.

كما يستنتج من خلال دراسة مواضيع أثر التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله؛ كثرة الأحكام والقرارات القضائية في مسائل الزواج من عدول عن الخطبة والولاية، وكذا تعسف الزوج في استعمال حق القوامة، سواء على الساحة القضائية بالجزائر أو البلدان العربية المقارنة -محل الدراسة- غير أنه في مسائل الرجعة وكذا التعسف في حق الرضاع، وكذا التعسف في المعاشرة الزوجية فقد لمسنا ندرة الأحكام القضائية في هذه المسائل، وهذا على الصعيدين الداخلي والخارجي.

وكختام لهاته النتائج، نستخلص أن استعمال الحق في إطار مسائل الأسرة كان يتراوح بين القيد والإطلاق وفق تنظيم المشرع الجزائري، فتارة يعتبر المشرع الحق مطلقاً لا قيد فيه، وتارة يعتبره مقيداً بعدم التعسف في استعماله، فأحياناً يعتبر أن استعمال الحق إذا ترتب عنه ضرر تعسفاً حتى وإن كان وفق غاية شرعية، وهو ما كان جلياً في الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، فحتى لو كان استعمال حق العدول شرعياً ولا دخل للطرف العادل في الضرر، فيعتبر المشرع العادل متعسفاً في استعمال هذا الحق ويميز الحكم بالتعويض، وهذا النص يجد سنده حتى في الشريعة العامة وفق نص المادة 124 مكرر، وأحياناً أخرى يطلق العنان لحرية المرأة في استعمال حق

توليها عقد زواجها على نحو مطلق، حتى ولو ترتب عن استعمال هذا الحق ضرر للمجتمع وللأسرة وللولي على وجه الخصوص، فيكون هذا الأخير هو العضول في استعمال حقه، كما منحها استعمال حق الخلع دون قيد ولا ضابط، حتى ولو انحرفت عن الغاية الشرعية في استعماله، بينما سلب حق التأديب للزوج على نحو مطلق، كما قيد استعماله لحق القوامة المتمثل في النفقة، وترتب عن الإساءة في استعمال هذا الحق عقوبة منها الحبس في حالة عدم تسديد النفقة، كما رتب التعويض في حالة التعسف في الطلاق، معتبرا أن استعمال هذا الحق من طرف الزوج مقيّد بعدم الإضرار، وهذا التنظيم كله ترجمته بنود اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

وتأسيسا لذلك يمكن في الأخير ختم هذه الرسالة بجملة من الاقتراحات والتوصيات، وهي كالتالي:

- على المشرع الجزائري أن يعدل من قانون الأسرة، ويجعل الولي كما كان سابقا في قانون 84-11 المعدل - المعدل - ركنا لانعقاد الزواج؛ ذلك لأن مكانة الولي في حق المرأة البالغة وفق الأمر 05-02 المعدل للقانون السالف ذكره معدومة، مما جعله هو العضول في ممارسة حقه الشرعي، وجعلها هي المتعسفة في توليها عقد زواجها بنفسها، لذلك عليه أن يعيد مكانة الولي كما تضمنته شريعتنا الغراء، دون حصره فقط في الدور التشاوري، خاصة وأن أغلب الدول العربية (مثل الأردن والعراق وغيرها..) قد اعتبرت الزواج باطلا بدونه، كما على المشرع أن ينص على صور التعسف في الولاية دون أن يحصرها على القاصرة فقط - كما هو منصوص عليه في هذا القانون -، بل يمتد في الحكم حتى على البالغة، فيحقق بذلك التوازن بين مكانة الولي في حفظ هيئته ووجوده في عقد الزواج، ومصصلحة المرأة وحققها لكي لا يسيء الولي استخدام هذه المكانة.
- على المشرع الجزائري أن يعيد نص المادة 12 المذكورة في قانون الأسرة -84-11 المعدل - وذلك لأنه كان يشير إلى صورة من صور تعسف الولي "ألا وهي العضل"، بينما الأمر 05-02 المعدل للقانون السالف ذكره استغنى عن هذه الصورة من خلال إلغائها، وصورة العضل في الزواج من أجل صور تعسف الولي في المجتمع الجزائري، ولا يمكن الاستغناء عن تفصيلها وتبيان مسائلها.
- كما نأمل أن يتم إعادة نص المادة -39- الملغاة بموجب الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، والتي كانت تنص على حق الطاعة، وهذا لأن مكانة الزوج وفقا لهذا التعديل قد تزعزعت، ونتيجة لذلك

تأثرت مؤسسة الأسرة، لهذا على المشرع أن يعيد هيتها وفق أسس شرعية وليس على أسس بنود الاتفاقية، من خلال إعادة النص عليها مثلما كان موقعها في القانون القديم.

● ونظرا لغلاء المهر وتعسف المخطوبة وأهلها في المبالغة فيه، بالرغم من أن الوضع الراهن الذي تمر به الجزائر لا يحتمل مثل هكذا مغالاة، وهذا نتيجة ارتفاع نسبة البطالة وكذا كثرة العنوسة، واستفحال العديد من الآفات والظواهر، وتطبيقا لذلك على المشرع إما أن يشرع قانونًا مثلما فعلت دولة الإمارات ويعنونه بقانون تحديد المهور، ويحدد من خلاله سقفًا للمهر الأعلى، أو أن يضع نصًا خاصًا في قانون الأسرة يحدد من خلاله سقفًا معينًا للمهر لا يتجاوزه أحد، وهذا درءًا للمفاسد، ومنعًا من استفحال ظواهر أخرى، وكذا إزالةً للضرر الأكبر المتمثل في العنوسة، طبقًا لقاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف".

● كما نأمل من المشرع أن يعدل عن صياغة المادة الخامسة من قانون الأسرة؛ وهذا يجعل العدول في حد ذاته لا يعد سببًا للتعويض بناء على حق شخصي في العدول أو حق شرعي، أما إذا لازم العدول أفعالًا أخرى مستقلة عنه استقلالًا تامًا، وألحقت ضررًا ماديًا أو معنويًا بالطرف الثاني فإنها تكون مستوجبة الضمان على من وقعت عليه، وبخصوص المسألة فإنها جوازية، وإن كان المشرع قد أدى إلى تضارب في الحكم واختلاف في الصياغة مع القواعد العامة، إلى أنه حسن ما فعل في جانب آخر؛ وهو منح القاضي سلطة تقدير الحكم بالتعويض، ومع ذلك كان يستطيع المشرع أن يخرج من هذا الخلاف بإضافة فقرة تلزم فيها المتسبب في الضرر بالتعويض، ويجعل التعويض مسألة وجوبية؛ فيخرج بذلك عن هذا الاختلاف.

● كما على المشرع أن يعيد صياغة نص المادة 49 من قانون الأسرة؛ وهذا يجعل الطلاق يعتد به من يوم تلفظ الزوج به -وتحتسب من ذلك اليوم العدة، وكذا مدة الرجعة وفقًا لما هو محدد في الشرع- وليس من يوم صدور حكم القاضي، كما نأمل من المشرع أن يسرد نصوصًا يحدد من خلالها أحكام الرجعة، لأن هاته المسألة لا يوجد فيها نص صريح ينظم أحكامها، وإنما تستشف من معرض الحديث عن الصلح.

● كما لوحظ على قانون الأسرة المعدل غياب الكثير من النصوص الواجب توفرها في صياغة العديد من المواضيع، والتي يتركها المشرع الجزائري دائمًا للإحالة المنصوص عليها في المادة 222، والتي يلجأ إليها القاضي



عند غياب النص التشريعي في المسألة موضوع النزاع، غير أن هذه المادة منسرحة على كل المذاهب دون اقتصارها على مذهب معين، ومثل هكذا نص سيؤدي في الأخير إلى تذبذب في القرارات والأحكام القضائية؛ نتيجة اختلاف كل قاضٍ ومدى تأثيره بمذهب معين، لاسيما وأن الإمام بجميع مسائل الفقه ومذاهبه من العسير أن نجد لها متوفرة في جميع القضاة إن لم نقل مستحيلا، ناهيك عن عدم تخصصهم في هكذا مسائل. وتأسيسا على ذلك نأمل من المشرع الجزائري أن يقتصر في الإحالة إلى مذهب معين، يكون أكثر توافقا مع العرف الجزائري -الذي هو في الغالب المذهب المالكي- وهذا لكي نشهد توافقا في الأحكام والقرارات القضائية، ولا يكون الحكم في أي مسألة متوقفا على مدى تأثير كل قاضٍ بمذهب معين، أو نتيجة تلاعب في إصدار الأحكام والقرارات القضائية وفق نزوة معينة بذريعة عمومية نص المادة 222، وهكذا نكون قد وافقنا التشريعات العربية في أخذها بمذهب معين وفق الإحالة المنصوص عليها في تشريعاتهم.

وأجمل ما نختتم به هذه الرسالة مقولة رائعة للإمام الشاطبي "رحمه الله"، يصف فيها الحق والتعسف في استعماله بقوله: "أن إساءة استعمال الحق يعتبر من كفران النعمة، وأن النعمة إذا جرت في التكليف بحسب المشروع، فذلك هو الشكر الذي أنزلت الشريعة لبيان وجهه".

# قائمة المصادر والمراجع

## أولاً: قائمة المصادر

## أ- كتب القرآن الكريم وتفسيره

- 1- السيد قطب، في ظلال القرآن ج.5، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان-، لسنة 1971.
- 2- (القرطبي) أبو عبد الله محمد بن أحمد شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.18، ط.1، دار الكتب العلمية بيروت، لسنة 1408هـ-1988م.
- 3- (الخصاص) أبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالخصاص، أحكام القرآن، ج.2، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لسنة 1412-1992.
- 4- (القرطبي) أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، لسنة 1427هـ-2006.
- 5- (الطبري) محمد بن جرير أبو جعفر الطبري، جامع البيان عن تأويل أي قرآن، ج.28، ط.1، دار الفكر، بيروت، لسنة 1421هـ-2001م.
- 6- (الرازي) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، لسنة 1986، ص.160.
- 7- (الرازي) محمد بن عمر بن الحسين الرازي، مفاتيح الغيب، ج.10، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لسنة 1401هـ-1981م

## ب- كتب الحديث الشريف وعلومه

- 1- (الطبراني) الحافظ الطبراني، المعجم الوسيط، ج.8، ط.1، مكتبة المعارف، الرياض، لسنة 1995.
- 2- (مسلم النيسابوري) أبو الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي، ط.2، دار الفكر بيروت، لسنة 1978، ص.1241. جاز، لسنة 2009.
- 3- (بن همام الصنعاني) أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، ج.2، حديث رقم 11339، ط.1، مكتبة المعارف، الرياض-السعودية-، لسنة 1971.
- 4- (البيهقي) أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت-لبنان-، لسنة 1994.
- 5- (أبو داود السجستاني) أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ط.1، دار الرسالة العالمية، دمشق، لسنة 1430هـ-2009.
- 6- (النسائي) أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، السنن الكبرى، تحقيق (حسن عبد المنعم شلبي)، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لسنة 1421هـ-2001.
- 7- (القزويني) أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن.

- 8- ( البخاري ) أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الأدب المفردة، المطبعة السلفية، القاهرة، لسنة 1375 هـ.
- 9- ( البخاري ) أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، رقم الحديث، دار ابن كثير، ط.1، دمشق، بيروت، لسنة 1423 هـ -2002 م.
- 10- ( الترمذي ) أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، لسنة 1987.
- 11- ( الإمام أحمد ) أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، ج.4، المكتب الإسلامي، بيروت، د.س.ن.
- 12- ( العسقلاني ) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج.9، دار الريان للتراث، القاهرة، لسنة 1986.
- 13- ( العسقلاني ) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، هداية الرواة إلى تخريج أحاديث المصابيح والمشكاة، كتاب الزكاة، م.2، رقم الحديث 1815، ط.1، دار ابن عفان، القاهرة- مصر-، لسنة 1422 هـ -2001 م.
- 14- ( السيوطي ) جلال الدين بن أبي بكر السيوطي، الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، رقم الحديث 5477، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، لسنة 1425 هـ -2004 م.
- 15- ( السيوطي ) جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، اللآلئ المصنوعة من الأحاديث الموضوعة، ج.2، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د.س.ن.
- 16- ( الترمذي ) محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي الجامع الصحاح، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت-، د.س.ن.
- 17- ( القاسمي ) محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل ج.9، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان-، د.س.ن.
- 18- ( الألباني ) محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط.2، المكتب الإسلامي، بيروت، لسنة 1399 هـ -1979 م.
- 19- ( الألباني ) محمد ناصر الدين الألباني، حقوق النساء في الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت، لسنة 1404 هـ -1984 م.
- 20- ( الألباني ) محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، ج.1، حديث رقم 53، المكتب الإسلامي، د.ب.ن، لسنة 1408 هـ -1988.
- 21- ( الألباني ) محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، ج.2، ط.3، المكتب الإسلامي، بيروت، لسنة 1988.

22- ( الألباني) محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف سنن ابن ماجه، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، لسنة 1988.

23- ( الألباني) محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، ط.1، مكتبة المعارف، الرياض، 1419هـ-1998م.

### ج- المعاجم والقواميس

1- الفيومي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير، ج.1، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن.  
2- ( السعدي) أبو حبيب سعدي، القاموس الفقهي، دار الفكر، ط.2، دمشق-سوريا-، د.س.ن.  
3- ( المقرئ) أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير، ج.1، ط.4، المطبعة الأميرية القاهرة، لسنة 1961.

4- ( ابن منظور) أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.1، 03، 09، دار صادر، بيروت- لبنان-، د.س.ن.

5- ( الفراهيدي) أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، ج.03، سلسلة المعاجم والفهارس، دار ومكتبة الهلال، د.ب.ن، لسنة 100-175 هـ.

6- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج.1، المكتبة العلمية، طهران-إيران- د.س.ن.  
7- ( الفيروز آبادي) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان-، لسنة 1426هـ-2005م.

8- مجمع اللغة العربية المصري، معجم الوسيط، ج.2، ط.3، شركة الإعلانات الشرقية، مصر، لسنة 1985.

9- ( قلنجي) محمد رواس قلنجي، وحامد صادق قنيب، معجم لغة الفقهاء، ط.1، دار النفائس، بيروت، 1985.

10- ( الزيدي) محمد مرتضي الزيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج.3، دار ليبيا، د.ب.ن، د.س.ن.

11- معجم لغة الفقهاء، دار الفكر، د.س.ن، لسنة 1403 هـ -1983.

### ثانيا: قائمة المراجع

أ- كتب الفقه

#### I. كتب المذهب الحنفي

1- (البابري) أكمل الدين محمد بن محمود البابري، العناية على الهداية، ج.3، مطبوعة على الهامش الأول لشرح فتح القدير، ط.1، دار صادر، بيروت، د.س.ن.

- 2- (السرخسي) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.5، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، لسنة 1414هـ- 1993م.
- 3- (داماد أفندي) عبد الرحمان بن الشيخ محمد بن سليمان شيخ زاده داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج.1، باب المهر، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان-، د.س.ن.
- 4- (الكاساني) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، بيروت لبنان، لسنة 1982.
- 5- (ابن الهمام) كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي ابن الهمام، فتح القدير (شرح الهداية)، ج.3، باب المهر، ط.2، دار الفكر بيروت، د.س.ن.
- 6- (ابن عابدين) محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، ج.5، دار الفكر، بيروت، لسنة 1979.

## II. كتب المذهب المالكي

- 1- (الأزهري) الشيخ صالح عبد السميع لأبي الأزهري، جواهر الإكليل (شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل)، ج.01، المكتبة الثقافية، بيروت- لبنان-.
- 2- (الدردير) أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج.2، دار المعارف، القاهرة- مصر-، لسنة 1991.
- 3- (الخرشي) أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر خليل، ج.4، باب اللعان، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية الفكر، ببولاق مصر، لسنة 1317هـ.
- 4- (الخطاب) أبو عبد الله محمد المقري الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، م.4، ط.3، دار الفكر، د.ب.ن، لسنة 1992.
- 5- (الخطاب الطرابلسي) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطاب الطرابلسي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج.4، ط.3، دار الفكر، د.ب.ن، لسنة 1412هـ- 1992م.
- 6- مالك بن أنس، المدونة الكبرى ومعها مقدمات بن رشد، الجزء2، دار الفكر، بيروت، لسنة 1406 هـ- 1986 م.
- 7- (ابن رشد) محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد، بدابة المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، لسنة 1966.
- 8- (ابن رشد) محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد، مقدمات ابن رشد، ج.2، دار الفكر، بيروت، لسنة 1978.

9- (الدسوقي) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار الفكر، بيروت-لبنان-  
، د.س.ن.

### III. كتب المذهب الشافعي

1- (الماوردي) أبو الحسن علي بن محمد حبيب البصري الماوردي، الحاوي الكبير، ج.11، دار الكتب  
العلمية، بيروت، د.س.ن.

2- (الرملي) شمس الدين محمد بن أحمد شهاب الدين الرملي المعروف بالشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح  
ألفاظ المنهاج، ج.7، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.

3- (القليوبي، وعميرة) شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، وأحمد البلسي عميرة، حاشيتا قليوبي  
وعميرة على شرح المحلى على المنهاج جلال الدين المحلى، ج.3، دار الفكر، بيروت-لبنان-، لسنة  
1419هـ-1998.

4- (الشريبي) محمد الخطيب الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.4، مطبعة مصطفى  
الباي الحلبي، مصر، لسنة 1958.

5- (الشافعي) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج.6، ط.1، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة- مصر-،  
لسنة 1961.

### IV. كتب المذهب الحنبلي

1- (ابن القيم) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، التحقيق (شعيب الأرنؤوط، عبد القادر  
الأرنؤوط)، ج.5، ط.26، مؤسسة الرسالة، بيروت، لسنة 1412هـ- 1992م.

1- (ابن تيمية) أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية عبد السلام بن عبد الله ابن تيمية، أحكام وفتوى النساء،  
ط.1، دار الريان للتراث، القاهرة، لسنة 1408هـ-1988.

2- (ابن تيمية) أحمد بن عبد الحلیم عبد السلام بن عبد الله ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج.31، دار  
الكتب الحديثة، القاهرة، لسنة 1965.

3- (ابن تيمية) تقي الدين أحمد أبو العباس ابن تيمية، أحكام الزواج، تحقيق (محمد عبد القادر عطا)،  
ط.1، دار الكتب العلمية، لسنة 1416 هـ -1996م.

4- (الجبعي) زين الدين بن علي بن أحمد العاملی الجبعي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج.5،  
دار العالم الإسلامي، بيروت، د.س.ن.

5- (ابن القيم) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين،  
ج.3، المطبعة المنيرة، القاهرة، د.س.ن.

6- (المرداوي) علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف  
على مذهب الإمام أحمد، ج.9، ط.1، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، لسنة 1957.

- 7- ( الزركشي) محمد بن عبد الله بن محمد الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، لسنة 2002.
- 8- (البهوتي) منصور بن يونس ابن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج.3، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، لسنة 1051هـ.
- 9- (البهوتي) منصور بن يونس ابن إدريس البهوتي، كشاف القناع، ج.5، مطبوعة الحكومة، مكة المكرمة، لسنة 1394هـ.
- 10- (ابن قدامة) موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، ج.3، مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية، لسنة 1400هـ-1980م.
- 11- (ابن قدامة) موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء 9، دار عالم الكتب، الرياض، 1412 هـ - 1992.

#### V. كتب المذهب الظاهري

- 1- (ابن حزم) أبو محمد علي بن سعيد ابن حزم، المحلى بالآثار، ج.5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988.

#### ب- كتب أصول الفقه وقواعده

- 1- (الزرقا) الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط.2، دار القلم، دمشق، لسنة 1357 هـ - 1938م.
- 2- (الغزالي) أبو حامد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، ج.1، مطبعة البابي، القاهرة، لسنة 1939.
- 3- (المهدي الوزاني) أبي عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني، النوازل الصغرى، ج.2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، لسنة 1992.
- 4- (المهدي الوزاني) أبي عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، ج.4، مطبعة فضالة، د.ب.ن، لسنة 1997.
- 6- (الشاطبي) إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لسنة 1991.
- 7- (ابن فرحون) إبراهيم شمس الدين محمد ابن فرحون اليعمرى، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج.2، تحقيق: جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، لسنة 1423هـ - 2003م.
- 8- (بازمول) محمد بازمول، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، ط.1، دار المحسن - المحمدية - الجزائر، د.س.ن.
- 9- (ابن عثيمين) محمد بن صالح ابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، كتاب النكاح، ج.12، ط.1، دار الجوزي، السعودية، لسنة 1427.



- 10- ( ابن عثيمين) محمد بن صالح ابن عثيمين، الشرح الممتع على زاد المتقنع، م.13، الطلاق، ط.1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، لسنة 1428هـ.
  - 11- ( العز بن عبد السلام) عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ط.1، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، لسنة 1968.
  - 12- ( الرازي) محمد بن عمر بن الحسين أبو عبد الله فخر الدين الرازي، المحصول في علم الأصول، ج.2، ط.2، مؤسسة الرسالة، لسنة 1992.
  - 13- ( الزحيلي) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط.1، دار الفكر، دمشق، لسنة 1984.
- ت- الكتب العامة**
- 1- الحاج محمد وصفي، الرجل والمرأة في الإسلام، ط.1، دار ابن حزم، بيروت-لبنان-، لسنة 1418هـ-1997م.
  - 2- الشيخ علي أحمد عبد العال الطهطاوي، العلاقات الزوجية في ضوء الكتاب والسنة النبوية وأقوال الأئمة، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-، لسنة 1971.
  - 3- العربي بوشمال، المقارنات التشريعية في الأحوال الشخصية للشيخ محمود شمام، ط.1، مجمع الأطرش، تونس، لسنة 2019.
  - 4- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية (دراسة فقهية مقارنة)، دار هومة، الجزائر، لسنة 2010.
  - 5- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، لسنة 1972، ص.311.
  - 6- أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط.1، دار المعارف، مصر، لسنة 1967، ص.205.
  - 7- أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج.1، الزواج والطلاق وآثارهما، مطبعة الإرشاد، بغداد- العراق-، لسنة 1975.
  - 8- إسماعيل أمين النواهضة، وأحمد موسى المومني، الأحوال الشخصية (فقه النكاح)، ط.1، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، لسنة 1430-2010م.
  - 9- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، لسنة 2012.
  - 10- باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، ط.1، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر-، لسنة 2012.
  - 11- بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لسنة 1967.

- 12- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، لسنة 1994.
- 13- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل - دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية-، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، لسنة 2008.
- 14- حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، ط.5، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر-، لسنة 1394 هـ-1974م.
- 15- رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء-دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان-، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، لسنة 2011.
- 16- ساسي ابن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، د.ط، مركز النشر الجامعي، د.ب.ن، لسنة 2011.
- 17- عبد الحكم فودة، الموسوعة الجنائية الحديثة( التعليق على قانون العقوبات على ضوء الفقه وأحكام النقض، م.01، ط.02، دار الفكر والقانون، المنصورة، لسنة 2000.
- 18- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ج.1، ط.01، دار الفكر، د.ب.ن، لسنة 1968.
- 19- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة بالشرائع السماوية وبقوانين الأحوال الشخصية العربية والأجنبية-، ط.2، دار الفكر، د.ب.ن، سنة 1968.
- 20- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج.1، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، بيروت، لسنة 1952.
- 21- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.1، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، مصر، لسنة 2003.
- 22- عبد الله بن مفتاح أبو الحسن، شرح الأزهار، ج.5، ط.1، التراث الإسلامي، الجمهورية اليمنية، لسنة 1424هـ- 2003م.
- 23- عدي طلفاح محمد الدوري، الرابطة الزوجية في منظور القانون-دراسة مقارنة-، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان-، لسنة 2015.
- 24- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة (أحكام الأسرة)، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب، لسنة 2004.

- 25- محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة ، ط.1، المطبعة الورقية الوطنية، مراكش-المغرب-، لسنة 2005.
- 26- محمد الشافعي، الزواج وانهلاله في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية كلية الحقوق مراكش، د.س.ن.
- 27- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج.2، انهلال ميشاق الزوجية، ط.3، مطبعة النهاح الجديدة، الدار البيضاء، لسنة 1496هـ-2015م.
- 28- محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1994.
- 29- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن.
- 30- محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، لسنة 2004.
- 31- محمد سعدي صبري، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، لسنة 2003.
- 32- محمد نجم الدين الكردي، المقادير الشرعية والأحكام المتعلقة بها، ط.2، القاهرة، لسنة 2005.
- 33- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر، عمان- أردن-، لسنة 1431هـ-2010م.
- 34- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.7، مطبعة جامعة دمشق، لسنة 1965.
- 35- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، ط.01، دمشق، لسنة 1420هـ - 1999 م.
- 36- مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ط.1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، لسنة 2011.
- 37- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان-، لسنة 2010.
- 38- نور الدين عتر، أبغض الهلال (دراسة لتشريع الطلاق في إطار واقعه عند الأمم في القديم والحديث وإصلاحات الإسلام وحكمته في تشريعه، ط.2، مؤسسة الرسالة، د.ب.ن، لسنة 1903هـ- 1983.
- ث- الكتب المتخصصة
- I. باللغة العربية
- 1- أحمد ربيع جابر الرحيلي، غلاء المههور والاحتساب عليه، ط.1، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، لسنة 1996.

- 2- أسامة ذيب مسعود، الإكراه في عقد الزواج (دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة وقانون الأحوال الشخصية)، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، لسنة 1432 هـ-2011 م.
- 3- أميرة محمد مغازي، الممارسات الضارة وأثرها على العلاقة الزوجية-دراسة فقهية مقارنة-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، لسنة 2008.
- 4- إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربية- دراسة مقارنة معززة بأحداث التطبيقات القضائية لمحكمة النقض ومحاكم الموضوع-، ج.1، أحكام الزوج، دار نشر المعرفة، الرباط-المغرب-، لسنة 2016.
- 5- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، ط.1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، لسنة 1428هـ-2007م.
- 6- تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، لسنة 2016.
- 7- جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط.1، دار حامد، عمان-الأردن-، لسنة 2009.
- 8- جميل فخري محمد ناجم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، ط.1، دار الحامد، الأردن، لسنة 2009.
- 9- حامد محمود شمروخ، حق الاستمتاع بين الزوجين وآثاره وموانعه الشرعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
- 10- عبد الرحمن الحجاجي، التعويض في مدونة الأسرة (بين الأحكام الموضوعية والمسטרية)، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب-، لسنة 2019.
- 11- عبد الرحمن الحجاجي، التعويض في مدونة الأسرة (بين الأحكام الموضوعية والمسטרية)، ط.01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء-المغرب-، لسنة 2019.
- 12- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الطبعة الأولى، عمان-الأردن- لسنة 2007.
- 13- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط.1، مطبعة جامعة دمشق، دمشق لسنة 1967.
- 14- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط.2، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان-، لسنة 1429هـ-2008م.

- 15- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط.4، مؤسسة الرسالة، بيروت، لسنة 1988.
- 16- مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنباء للعلوم الإسلامية، ع.3، م.1، د.ب.ن، لسنة 2009.
- 17- محمد الكشور، أحكام الحضانة (دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة)، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء- المغرب-، لسنة 2004.
- 18- محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق (معياره وطبيعته في الفقه والقضاء، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، لسنة 1979.
- 19- محمد عطشان عليوي، حكم طلاق المريض مرض الموت، ع.22، مجلة الفتح، د.ب.ن، لسنة 2005.
- 20- مشعل بن مطلق بن مفضل العتيبي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة (دراسة تأصيلية مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد، الطبعة الأولى، الرياض، لسنة 2011.
- 21- مصطفى راتب حسن علي، أثر العدول عن الخطبة وموقف القضاء منه، ج.4، ع.31، د.إ.م، سلطنة عمان، ص.1891.
- 22- نايف محمد الجندي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، المملكة الأردنية الهاشمية، لسنة 1431هـ- 2010م.
- 23- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين الميله- الجزائر-، لسنة 2008.
- 24- نظيرة عتيق، الخلع بين الرخصة والحق الأصيل، دراسة نقدية في ل الاجتهاد القضائي والفقه الإسلامي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، ع.01، جامعة سعد دحلب، البلدة، لسنة 2009.
- 25- هلاي عبد الإلاه أحمد، تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المحني عليه في مجال استعمال الحق، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، لسنة 1990.
- 26- يحي بكاي، اشتراط موافقة الزوج في الطلاق الخلعي من خلال مدونة الأسرة الجديدة، المجلة المغربية للمنازعات القانونية، ع.3-4، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، لسنة 2005.
- 27- يحي مرسي عبد بدرو، الإدراك المتغير للشباب المصري (دراسة في الأنثروبولوجيا المعرفية)، سلسلة الدراسات والبحوث الأنثروبولوجية، البيطاش سنتر للنشر والتوزيع، الإسكندرية، لسنة 1998.

- 1- ABBAS KARIMI, les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, L.G.D.J, paris, anne 2001.
- 2-GESTIN.J et GOUBEAUX.G, Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J, 1977.
- 3-JOSSERAND Louis, l'esprit des droits et leur relativité, 2<sup>ème</sup> éd, paris,1927, Dalloz.
- 4-LEGIER Gérard, droit civil, les obligations, 19<sup>ème</sup> éd, dalloz, paris, 2008.
- 5-Philippe stoffel-munck, l'abus dans le contrat essai d'une théorie, L.G.D.J, paris, 2000.
- 6-SALEILLES.Ray,de la personnalité juridique, 2<sup>ème</sup> éd, 1922, paris.

### ج- الرسائل والمذكرات الجامعية

#### I. الرسائل الجامعية

- 1- آيت شاوش دليلة، إتهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية-، رسالة لنيلة شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، لسنة 2014.
- 2- رياحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية( في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة وهران، لسنة 1429هـ- 2008م.
- 3- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة( دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان- الجزائر-، لسنة 2013-2014.
- 4- عبد المجيد بالطيب، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في العقود والمسؤولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص عقود ومسؤولية في الشريعة والعقود، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر-1-، بن يوسف بن خدة، لسنة 2017-2018.
- 5- فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة-دراسة مقارنة-، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، تخصص القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة لسنة 2008-2009.
- 6- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق- دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، لسنة 2009-2010.

7- منصورى المبروك، الجرائم الماسة بالأسرة فى القوانين المغاربية (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه فى القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان- الجزائر، لسنة 2013-2014.

## .II المذكرات الجامعية

1- العربى مجيدى، نظرية التعسف فى استعمال الحق وأثرها فى أحكام فقه الأسرة- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فى الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، الخروبة، جامعة الجزائر، لسنة 2001-2002.

2- العيد ابراهامى، التعسف فى استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامى وقانون الأسرة الجزائرى- ولاية الزواج والقصر نموذجا-، رسالة لنيل شهادة الماجستير فى الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإنسانية، جامعة وهران، لسنة 2009-2010.

3- اليزيد عيسات بلمامى، التطبيق بطلب من الزوجة فى قانون الأسرة الجزائرى- مدعما بالاجتهاد القضائى للمحكمة العليا-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فى القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر- بن عكنون-، لسنة 2002-2003.

4- جمال عياشى، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، لسنة 2004-2005.

5- دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة فى ظل التشريع الجزائرى دراسة سييسوقانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم 2005-، مذكرة لنيل شهادة ماجستير فى علم الاجتماع القانونى، لسنة 2013-2014.

6- سعاد مخالفة، حماية الأسرة من التعسف فى استعمال الحق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فى الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، لسنة 2015-2016.

7- عبد الحميد عيدونى، دور الإرادة فى إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فى القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان- الجزائر، لسنة 2013-2014.

8- لمين لبنى، حق المتعة وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فى القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، لسنة 2014-2015.

9- محمد عادل حسين الصفدى، التعسف فى العدول عن الخطبة - دراسة فقهية مقارنة-، مذكرة من أجل الحصول على شهادة ماجستير فى الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، لسنة 2017.

10- مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة-فلسطين، لسنة 1437-2015.

11- معتصم عبد الرحمن محمد منصور، أحكام نشوز الزوجة في الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، لسنة 2007.

#### د- المقالات والدوريات

1- أشرف محمود بني كنانة، التعسف في استعمال حق الحضانة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، م.43، ملحق 02، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، السعودية، لسنة 2016.

2- أنور محمد الشلتوني، التشريعات الممهدة للزواج وأثر تفعيلها في تمكين الأسرة، مجلة الجامعة الإسلامية، ع.1، مجلد 19، د.ب.ن، لسنة 2011.

3- إبراهيم رحمان، تزويج القاصرات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، ع.9، جامعة الوادي، الجزائر، د.س.ن.

4- الغات ربيحة، التفريق باللعان (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الدراسات القانونية، م.6، ع.1، جامعة يحي فارس بالمدينة-الجزائر، لسنة جانفي 2020.

5- آمنة على البشير محمد، العرف وأثره على المهور وعزوف الشباب عن الزواج، مجلة الجامعة العراقية، ع.45، الجامعة العراقية، د.س.ن.

6- بن شويخ صارة، التعسف في استعمال الحق وأثره على بعض قضايا الأسرة (دراسة مقارنة في قوانين الأسرة المغربية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، م.13، ع.01، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف- الجزائر، لسنة 2021.

7- بن قوية سامية، أثر البصمة الوراثية في اللعان دراسة فقهية قانونية (القانون الأردني والجزائري أنموذجاً)، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، م.5، ع.1، د.ب.ن، ديسمبر 2019.

8- بوجادي صليحة، حماية حق الطفل في الرضاع بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة المعيار، ع.16، د.ب.ن، ديسمبر 2016.

9- راضية بشير، محمود لنكار، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، م.10، ع.3، د.ب.ن، ديسمبر 2019.

10- جلال عازل غزال، بشار صبيح محمد، نشوز الزوجة في الفقه الإسلامي، مجلة كلية التربية الأساسية، م.26، ع.106، الجامعة العراقية، لسنة 2020.



- 11- سناء عماري، عبد الرؤوف دبابش، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، م.10، ع.02، د.م.ن، سبتمبر 2019.
- 12- سنوسي علي، التعسف في استعمال حق التأديب كمظهر من مظاهر العنف ضد الزوجة- دراسة مقارنة بين الحدود الشرعية والضوابط القانونية على ضوء التشريع الأسري والجزائي-، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، م.04، ع.02، د.ب.ن، ماي 2019.
- 13- شبلي أحمد عيسى عبيدات، يوسف عبد الله الشريفين، تعسف الزوج في حق زوجته وأثره على استقرار الأسرة المسلمة، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، ع.42، د.ب.ن، صفر 2017.
- 14- شذى نجاح بلاش الدعيمي، الزواج المبكر وعلاقته بالفقر(دراسة ميدانية انثروبولوجية في مجمع الخيرات)، مجلة لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، ع.16، كلية الأدب، جامعة القادسية، العراق، سنة 2014.
- 15- شوقي بناسي، نحو صياغة قانونية لفقہ اللعان في قانون الأسرة الجزائري، مجلة صوت القانون، م.6، ع.1، د.ب.ن، أبريل 2019.
- 16- عبد الرحمان هرنان، الأسرة الجزائرية بين الأصالة والمعاصرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مجلد 28، ع.52، د.ب.ن، الصادرة بتاريخ 01/06/1990.
- 17- عماري نور الدين، الخلع من الرخصة إلى الحق الأصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع.13، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2015.
- 18- عمير هاجرة، دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من التعسف- التعسف في استعمال حق الولاية أمودجا-، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، م.6، ع.1، د.ب.ن، ديسمبر 2020.
- 19- غدير برنس عضوب الزين، العوامل المؤدية إلى زواج القاصرات في الأردن" محافظة المفرق" الآثار السلبية والإيجابية، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، المجلد 7، العدد 2، جامعة البلقاء التطبيقية، الأردن، جوان 2020.
- 20- صالح خالد صالح الشقيرات، زواج القاصرات بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، المجلد 16، ع.2، جامعة الشارقة، ديسمبر 2019.
- 21- فاروق خلف، أحكام الخطبة وآثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، ع.2، جامعة الوادي جوان 2016.
- 22- فاطمة حداد، التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، م.4، ع.1، د.ب.ن، جوان 2018.

- 23- محمد علي سالم، إسرائ محمد علي سالم، التأديب الأسري وعلاقته بحقوق الإنسان، مجلة رسالة الحقوق، ع.01، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، لسنة 2013.
- 24- مصلي رضوان، ومداني سليمة، أسباب الطلاق في الجزائر دراسة ميدانية ببلدية بوفاريك، مجلة حوليات جامعة الجزائر1، ع.01، الجزء الثاني، جامعة الجزائر، جوان 2018.
- 25- نشوان زكي سليمان الحليم، محمد خليل عبد الكريم العباسي، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد الهدايا والمهر- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-، مجلة كلية القانون والسياسة القانونية، د.ع، كلية الحقوق، جامعة الموصل، د.س.ن.
- 26- وفاء بوكروشة، حق الزوجة في المعاشرة بالمعروف، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاجتماعية، ع.12، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، الشلف، الجزائر، جوان 2014.

#### ر- المداخلات

- 1- إسماعيل غازي مرجبا، مداخلة بعنوان حماية النساء بالطرق الشرعية من التعسف في استعمال حق الولاية الزوجية (من خلال بعض النماذج)، مؤتمر الإسلامي الرابع للشريعة والقانون (التحديات العلمانية في مجال تشريعات الأحوال الشخصية). مشروع قانون حماية النساء من العنف الأسري، المنعقد بتاريخ 2012/01/01.

#### ز- القوانين

##### I. اتفاقيات وقوانين ومناشير المنظومة القانونية الجزائرية

- 1- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المؤرخة في 18/12/1979، والمصادق عليها بموجب الأمر 96-03 المؤرخ في 10/01/1996، ج.ر، ع.3، الصادرة في 14/01/1996.
- 2- القانون رقم 84-11، المتعلق بقانون الأسرة الجزائري، المؤرخ في 09 جوان 1984، ج.ر، ع.24، الصادر بتاريخ 12/06/1984، المعدل والمتمم.
- 3- منشور صادر عن وزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية، رقم 84-102، مؤرخ في 23/09/1984، متضمن كيفية تطبيق المادة 08 من قانون الأسرة.
- 4- القانون رقم 05-10 المتعلق بالقانون المدني الجزائري، المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج.ر، ع.44، الصادر بتاريخ 26 يونيو 2005.

- 5- المنشور الوزاري المؤرخ في 1985/08/22 المنشور الثاني لوزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية، رقم 85-14، الصادر في 1985/08/22 يتضمن كيفية تطبيق المادة 08 من قانون الأسرة.
- 6- الأمر 02-05 المتعلق بقانون الأسرة، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر، ع.15، الصادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.
- 7- القانون رقم 01-15 والمتعلق بإنشاء صندوق النفقة، المؤرخ في 4 جانفي 2015، ج.ر، ع.01، الصادر بتاريخ 07 يناير 2015
- 8- القانون رقم 12-15 المتعلق بحماية الطفل، المؤرخ في 2015/06/21، ج.ر، ع.39، الصادرة بتاريخ 2015/07/15.
- 9- القانون رقم 15-19 المتعلق بقانون العقوبات الجزائري، المؤرخ بتاريخ 30 ديسمبر 2015، المعدل والمتمم للأمر 66-156، ج.ر، ع.71، الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2015.
- 10- القانون رقم 02-16 المتعلق بقانون العقوبات الجزائري، المؤرخ في 16 يونيو 2016، ج.ر، ع.37، الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2016،

## المنظومة القانونية المغربية

.II

- 1- ظهير الشريف، الصادر في 2011/08/02، بنشر الإعلان عن رفع تحفظات المملكة المغربية المضمنة في وثائق الانضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1979/12/18، ج.ر، ع.5974، الصادر بتاريخ 2011/09/01.
- 2- ظهير شريف رقم 1.04.22، الصادر في 2004/02/03، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 70.03، بمثابة مدونة الأسرة المغربية، عدد 5184، الصادرة في 2004/02/05، ص.418؛ كما تم تعديله بالقانون رقم 08.09، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.10.103، بتاريخ 2010/07/16، جريدة رسمية، عدد 5859، الصادرة في 26 جويلية 2010.
- 3- ظهير شريف رقم 1.11.140، المؤرخ في 2011/08/17، المعدل والمتمم لظهير شريف 1913/08/12، والمتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج.ر، ع.5980، صادرة بتاريخ 2011/09/22.
- 4- ظهير شريف رقم 1.18.19 صادر في 22 فبراير 2018، المتعلق بتنفيذ القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، ج.ر، ع.6655، لسنة 12 مارس 2018.
- 5- الظهير الشريف رقم 1.14.14، المؤرخ بتاريخ 06 مارس 2014، المعدل لظهير شريف بمثابة رقم 1.74.447، المؤرخ بتاريخ 28 سبتمبر 1974، والمتضمن قانون المسطرة المدنية، جريدة رسمية عدد 6240، الصادرة بتاريخ 30 مارس 2014، المعدل بقانون رقم 61.19 بتتيم

الفصل 430 نم قانون المسطرة المدنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.19.118 المؤرخ بتاريخ 9 أغسطس 2019، ج.ر، ع.6807، الصادر بتاريخ 26 أغسطس 2019.

### .III المنظومة القانونية التونسية

1- القانون عدد 74، المؤرخ في 12/07/1993، المعدل والمتمم للأمر المؤرخ 13 أوت 1956، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية العدد 66، الصادر بتاريخ 17 أوت 1956.

2- القانون عدد 87، المؤرخ في 15/08/2005، المعدل للأمر المؤرخ في 03/08/1956، والمتضمن مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع.68، الصادر بتاريخ 15/08/2015.

### .IV المنظومة القانونية المصرية

1- القانون رقم 78 لسنة 1931 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية المصري، المعدل بقانون 100 لسنة 1985، وقانون رقم 1 لسنة 2000.

2- القانون رقم (58) لسنة 1937 المتعلق بقانون العقوبات المصري، المؤرخ بتاريخ 05 أغسطس 1937، ع. 71، الصادر بتاريخ 1356، المعدل بقانون رقم (95)، لسنة 2003.

3- القانون المؤرخ في 12/07/1948 والمتضمن القانون المدني المصري، الصادر بتاريخ 1 أكتوبر 1949.

4- القانون رقم (44) لسنة 1979 المتعلق بتعديل قانون الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 21 يونيو 1979.

5- قرار وزير العدل رقم 1087 لسنة 2000م المتضمن تحديد أماكن رؤية الصغير وتنفيذ الأحكام الخاصة بتسليمه إلى صاحب الحق فيه، الصادر بتاريخ 06/03/2000.

### .V المنظومة القانونية الأردنية

1- قانون الأحوال الشخصية الأردني المعمول به في المحاكم الشرعية، القانون مؤقت لسنة 2010 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 2010.

2- القانون رقم (43)، المتضمن القانون المدني الأردني، المؤرخ في عام 1976، الصادر بتاريخ 01/01/1977.

### .VII المنظومة القانونية العراقية

1- القانون رقم (40)، المتضمن القانون المدني العراقي، الصادر في 04/06/1951.

2- القانون رقم (111)، المتضمن قانون العقوبات العراق، المؤرخ في سنة 1969 المتعلق بقانون العقوبات العراقي، الصادر بتاريخ 19 من شهر تموز 1969.

3- القانون رقم (188)، المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي، المؤرخ في سنة 1959، المعدل بقانون رقم 21 لسنة 1978.

## VIII. القانون الإماراتي

1- القانون الاتحادي رقم (28)، المتعلق بقانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، لسنة 2005.

### ه- الأحكام والقرارات القضائية

#### I. أحكام وقرارات قضائية جزائية

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1971/02/03، رقم القرار غير موجود، ن.ق، ع.3، لسنة 1972.

2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1982/01/25، رقم القرار 26693، ن.ق، ع.خ، لسنة 1982.

3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1984/01/09، رقم 31997، م.ق، ع.01، لسنة 1989.

4- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1984/04/02، رقم 32653، م.ق، ع.2، لسنة 1989.

5- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1984/07/09، القرار رقم 33719، م.ق، ع.03، لسنة 1989.

6- المحكمة عليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1984/11/09، إ.ق، م.ق، ع.3، لسنة 1989.

7- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1984/12/17، قرار رقم 35322، م.ق، ع.4، لسنة 1989

8- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1986/01/27، ملف رقم 39731، م.ق، ع.04، لسنة 1993.

9- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1986/04/07، م.ق، ع.2، لسنة 1989.

10- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1986/05/05، رقم القرار 41445، غير منشور.

11- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1986/09/22، رقم القرار 43594، ن.ق، ع.44، لسنة 1988.

12- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في 1989/12/25، ملف رقم 56097، م.ق، ع.04، لسنة 1991.

13- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1990/04/16، رقم القرار 59784، م.ق، ع.04، لسنة 1991.

- 14- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1991/04/23 ملف رقم 73919، م.ق، ع.2، لسنة 1993.
- 15- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1991/04/23، رقم 69798، م.ق، ع.3، لسنة 1994.
- 16- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1992/03/17، ملف رقم 81129، لسنة 2001.
- 17- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1992/07/21، ملف رقم 83603، م.ق، ع.خ، لسنة 2001.
- 18- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1993/03/30، ملف رقم 90468، المجلة القضائية، عدد خاص 2001.
- 19- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1993/04/27، قرار رقم 90947، م.ق، ع.2، لسنة 1994.
- 20- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1993/07/13 ملف رقم 92714، م.ق، ع.01، لسنة 1995.
- 21- المحكمة العليا، غ.أ.ش، الصادر بتاريخ 1993/10/16، ملف رقم 96801، ع.خ.
- 22- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1994/06/14، قرار رقم 110607، م.ق، ع.2، لسنة 1995.
- 23- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1996/04/23، م.ق، قرار رقم 135435، ع.1، الصادر لسنة 1998.
- 24- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1996/07/30، ملف رقم 141262، م.ق، ع.01، لسنة 1998.
- 25- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1996/07/30، ملف رقم 1411262، ع.2، م.ق، لسنة 1998.
- 26- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1997/10/28، رقم 172379، ن.ق، ع.54، لسنة 1999.
- 27- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1997/12/23، ملف رقم 181648، م.ق، ع.01، لسنة 1997.
- 28- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1998/02/17، قرار رقم 176551، م.ق، ع.1، لسنة 2000.
- 29- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1998/03/17، القرار رقم 179696، إ.ق، ع.خ، لسنة 2001.

- 30- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1998/04/21، رقم القرار 189181، إ.ق.
- 31- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1998/07/21، ملف رقم 192665، إ.ق، ع.خ، لسنة 2001.
- 32- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1998/10/20، رقم 204821، ع.خ، لسنة 2001.
- 33- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1998/11/17، ملف رقم 210451، إ.ق، ع.خ، لسنة 2001.
- 34- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1998/12/15، رقم القرار 214290، إ.ق.
- 35- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1999/02/06، قرار رقم 213669، إ.ق، ع.خ، لسنة 2001.
- 36- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1999/03/16، ملف 216239، م.ق، ع.خ، لسنة 2001.
- 37- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1999/03/16، م.ق، ع.خ.
- 38- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 219313، إ.ق، ع.خ، لسنة 2001.
- 39- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1999/05/18، إ.ق، ع.خ، لسنة 2001.
- 40- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2000/02/22، قرار رقم 239357، م.ق، ع.1، لسنة 2001.
- 41- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2000/02/22، قرار رقم 237148، م.ق، ع.02، لسنة 2001.
- 42- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2000/07/18، ملف رقم 249128، م.ق، ع.2، سنة 2003.
- 43- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2000/11/21، ملف 252994، م.ق، ع.01، لسنة 2001.
- 44- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2001/01/23، ملف رقم 258555، م.ق، ع.02، لسنة 2002.
- 45- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2001/02/21، ملف رقم 255711، م.ق، ع.2، سنة 2002.
- 46- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2001/07/18، رقم القرار 269594، م.ق، ع.1، لسنة 2003.

- 47- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2001/12/26، رقم القرار 273526، م.ق، ع.01، لسنة 2004
- 48- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2002/05/25، رقم القرار 282033، م.ق، ع.02، لسنة 2004.
- 49- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2004/01/21، قرار رقم 311458، م.ق، ع.02، لسنة 2004.
- 50- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2004/09/22، ملف رقم 315314، ن.ق، ع.65، لسنة 2010.
- 51- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2005/02/23، رقم القرار 318418، م.م.ع، ع.1، لسنة 2005.
- 52- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2005/10/12، قرار رقم 339353، ن.ق، ع.3، لسنة 2005.
- 53- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2006/07/12، م.ق، رقم 997356، ع.02، لسنة 2006.
- 54- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2006/07/12، قرار رقم 364855، م.م.ع، ع.2، لسنة 2006.
- 55- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2008/10/15، قرار رقم 448305، م.م.ع، ع.2، لسنة 2010.
- 56- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2006/11/15، ملف رقم 373707، م.م.ع، ع.01، لسنة 2007.
- 57- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2007/02/14، ملف رقم 381880، العدد 02 لسنة 2007.
- 58- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2007/05/09، رقم القرار 395557، م.ق، ع.2، لسنة 2008.
- 59- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2008/03/12، رقم القرار 426431، م.ق، ع.01، لسنة 2008.
- 60- المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2009/02/11، ملف رقم 480246، م.م.ع، ع.01، لسنة 2009.



61- المحكمة عليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2010/07/15، ملف رقم 572240، م.م.ع، ع.ع.02، لسنة 2010.

62- المحكمة عليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2014/09/11، ملف رقم 0934996، م.م.ع، ع.1، بتاريخ 2015.

## II. أحكام وقرارات قضائية المغربية

1- محكمة الاستئناف، بتاريخ 1957/07/20، م.ق.ت، ملف رقم 17793، ع.ع.3، لسنة 1959.  
2- المجلس الأعلى، قرار صادر بتاريخ 1981/03/16، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع.ع.28.  
3- محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1988/02/15، ملف عدد 85/6917، مجلة الإشعاع، لسنة 1991، ع.ع.50 يونيو 1991.

4- محكمة الاستئناف بمراكش، قرار استئنائي بتاريخ 1995/04/25، ملف عدد 933362، مجلة المحامي، ع.ع.28.

5- مجلس أعلى، قرار قضائي بتاريخ 2000/10/18، ملف رقم 99396، مجلس قضاء الأعلى، ع.ع.57-58، صادر بتاريخ 2001.

6- المحكمة الابتدائية بفاس، بتاريخ 2005/05/23، ملف رقم 2589، مجلة المعيار، ع.ع.34.

## III. أحكام وقرارات قضائية تونسية

1- محكمة التعقيب التونسية، تعقيبي مدني بتاريخ 1959/03/03، رقم.1556، م.ق.ت، ع.ع.6، لسنة 1959.

2- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، بتاريخ 1966/04/19، ع.ع.4141، م.ق.ت، ع.ع.05، لسنة 1966.

3- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، بتاريخ 1966/05/24، ع.ع.4546، م.ق.ت، ع.ع.05، لسنة 1966.

4- محكمة الاستئناف بتونس، حكم مدني استئنائي بتاريخ 1971/07/22، ع.ع.30676، م.ق.ت، ع.ع.4-5، صادر لسنة 1972.

5- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني، بتاريخ 1975/04/30، ع.ع.11786، لسنة 1975، ج.ع.2.

6- محكمة التعقيب، قرار تعقيبي مدني بتاريخ 1985/11/5، ملف ع.ع.12671، ن.م.ت، لسنة 1985، ج.ع.2.

7- محكمة الاستئناف بسوسة، قرار استئنائي بتاريخ 1990/06/27، ع.ع.1380، م.ق.ت، ع.ع.1، صادر لسنة 1994.

- 8- محكمة التعقيب التونسية، تعقيبي مدني بتاريخ 1995/04/05، رقم 35362، ن.م.ت، لسنة 1995.
- 9- محكمة التعقيب التونسية، قرار تعقيبي مدني بتاريخ 1997/05/13، ع.56563، ن.م.ت، لسنة 1997.
- 10- محكمة التعقيب التونسية، تعقيبي مدني بتاريخ 2004/10/01، ع.2523، ن.م.ت، ج.2، صادر لسنة 2009.

#### IV. أحكام وقرارات قضائية مصرية

- 1- محكمة الاستئناف المصرية، قرار صادر بتاريخ 29 مايو 1906، المجموعة الرسمية للمحاكم الوطنية المصرية الثامنة، ع.38.
- 2- محكمة الاستئناف بمصر بتاريخ 1927/12/18، مجلة المحاماة، السنة الثامنة.
- 3- محكمة النقض المصرية، حكم صادر بتاريخ 27 أبريل لسنة 1960، مجموعة أحكام النقض المدنية، ع.2، رقم 55.

#### و- مواقع إلكترونية

##### I. باللغة العربية

- 1- البيان الثاني من مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن وجوب التطعيم ضد شلل الأطفال. تاريخ الإطلاع 2021/06/26، على الساعة 19:00.

[www.iifa-aifi.org](http://www.iifa-aifi.org)

- 2- القاضي سالم روضان الموسوي، حق الزوجة في طلب التفريق بسبب العنف الأسري، تاريخ الإطلاع 2021/01/09، على الساعة 14:00.

[www.ahewar.org](http://www.ahewar.org)

- 3- أيمن حمودة، تسقيف المهور هل يحل مشكلة العنوسة بالجزائر، تاريخ الإطلاع 2020/11/14، على الساعة 16:14.

[alkhaleejonline.net](http://alkhaleejonline.net)

- 4- تونس تسحب تحفظات عن اتفاقية "سيداو" لمكافحة التمييز ضد المرأة وتستثني فقرة الإسلام دين الدولة الرسمي، تاريخ الإطلاع 2021/02/02، على الساعة 21:00.

<http://musawasyr.org/>

- 5- حسام الدين إسلام، قلق بشأن تنامي معدلات الطلاق، تاريخ الإطلاع: 2021/05/15، على الساعة 21:00.

[www.aa.com.tr](http://www.aa.com.tr)

6- ردينة محمد رضا مجيد كربول، حيدر الكريطي، التعسف في استعمال حق التأديب، ص.20، تاريخ الإطلاع 2021/01/25، على الساعة: 10:30.

[www.iasj.net](http://www.iasj.net)

7- سعيدة بوفانغس، استحقاق الأجرة على الرضاع وموقف الفقه الإسلامي منه، ص.12. تاريخ الإطلاع 2021/02/28، على الساعة 16:00.

[www.asjp.cerist.dz/en/article/17627](http://www.asjp.cerist.dz/en/article/17627)

8- صابر بليدي، الجزائر تلجأ إلى تحديد مهور الزواج للتخفيف من وطأة العنوسة، تاريخ الإطلاع: 2020/11/12، على الساعة 13:17.

[www.alarab.co.uk](http://www.alarab.co.uk)

9- صهيب حجاب، غلاء المهور، تاريخ الإطلاع 2020/11/12، على الساعة 11:50

[www.ultraalgeria.ultrasawt.com](http://www.ultraalgeria.ultrasawt.com)

10- مازن النهار، نظرية التعسف في استعمال الحق، تاريخ الإطلاع 2021/09/15، على الساعة 10:51، ص.03.

<http://arab-ency.com.sy/law/detail/163347>

11- علي قاسم زيدان، الإسلام والمغلاة في المهور، كلية القانون، جامعة ديالى، ص.2.

[www.iasj.net](http://www.iasj.net)

12- محمد خليل خير الله، هناء سعيد جاسم، تحديد المهر في ضوء متطلبات العصر ومقاصد التشريع - دراسة فقهية قانونية مقارنة-

[www.iasj.net](http://www.iasj.net)

13- مكي أم السعد، حسام حريشان، الخلع..ضربة جديدة لتماسك الأسرة الجزائرية، تاريخ الإطلاع 2021/05/30، على الساعة 17:00

[www.elkhabar.com](http://www.elkhabar.com)

14- ميرفت عوف، زواج القاصرات في المغرب(التحايل على القانون بالفتحة والشيكات)، تاريخ الإطلاع 2020/10/07، على الساعة 16:05

[www.sasapost.com](http://www.sasapost.com)

15- نادبة سليمان، الشروق ترصد أغرب حالات الخلع في الجزائر، تاريخ الإطلاع: 2021/05/30، على الساعة 18:00

[www.echroukonline.com](http://www.echroukonline.com)

16- نوري حمه سعيد حيدر المموني، تزويج القاصرات بين الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العراقي-دراسة مقارنة-، ص.135، تاريخ الإطلاع 2020/09/15 على الساعة 20:30  
www.jalhss.com

17- يونس بورنان، 68 ألف حالة طلاق في الجزائر خلال عام واحد، تاريخ الإطلاع:  
2021/05/15، على الساعة: 21:30

- 18- www.al-ain.com  
19- http://hrlibrary.umn.edu  
20- www.iraq-ild.org

## .II باللغة الفرنسية

- 1- Gaius voltaire, un théorie de droit en droit romain classique, p.82. Date de lecture 2021/07/10, à l'heure 18:00: www.secuweb.mcgill.ca.
- 2- ONS, D'émographie Algérienne, 2015, n 740, Algérie, 2016. Date de lecture 15/02/2022, à l'heure 16:00: www.ons.dz.

قائمة الملاحق

## الملحق رقم 01: معدلات الطلاق خلال فترة 1990-2015

المعدل الخام للزوجية بالألف	معدل الطلاق بالمائة	المعدل الخام لطلاق بالألف	عدد الزيجات	عدد الطلاق	
5.97			149345		1990
5.84			177548		2000
9.58	11.9	1.14	331191	39396	2008
9.68	12.16	1.18	341321	41505	2009
9.58	14.46	1.39	344819	49845	2010
10.05	14.86	1.49	369031	54826	2011
9.9	14.81	1.47	371280	54985	2012
10.13	14.81	1.5	387947	57461	2013
9.88	15.75	1.56	386422	60488	2014
9.24	16.23	1.5	339074	59909	2015

المصدر:

ONS, D'émographie Algérienne, 2015, n 740, Algérie, 2016. Date de lecture 15/02/2022, à l'heure 16:00: www.ons.dz.

## الملحق رقم 02: معدلات الطلاق خلال الفترة 1971-1980

يبين الفارق بين النسب والنسب المذكورة في الجدول أعلاه قبل تعديل قانون الأسرة 89-11

السنة	عدد الزيجات	عدد حالات الطلاق	معدل الطلاق (%)
1971	96028	13418	13.97
1972	85422	13481	15.78
1973	91602	17091	18.66
1974	101906	16602	16.29
1975	105635	17531	16.59
1976	115178	17793	15.44
1977	124421	17052	13.70
1978	121211	22138	18.26
1979	120491	23564	19.55
1980	128424	22096	17.20

المصدر: مصلي رضوان، ومداني سليمة، أسباب الطلاق في الجزائر دراسة ميدانية ببلدية بوفاريك، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، ع. 01، الجزء الثاني، جامعة الجزائر، جوان 2018، ص. 400.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
إهداء	
كلمة شكر	
قائمة المختصرات	
المقدمة.....	01.....
<b>الباب الأول: أثر التعسف في استعمال الحق على الزواج</b>	
على ضوء التشريع الجزائري والتشريعات العربية.....	18.....
<b>الفصل الأول: أثر التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج.....</b>	
المبحث الأول: أثر التعسف في استعمال الحق حق العدول عن الخطبة.....	20.....
المطلب الأول: الإطار العام للتعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....	21.....
الفرع الأول: حكم وصور التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....	21.....
أولاً: حكم التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....	22.....
ثانياً: صور التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....	25.....
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في العدول عن الخطبة.....	27.....
أولاً: موقف المشرع الجزائري من التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....	28.....
ثانياً: موقف التشريعات العربية من التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....	31.....
الفرع الثالث: معايير التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....	36.....
أولاً: المعايير الذاتية للتعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....	36.....
ثانياً: المعايير الموضوعية للتعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....	40.....
المطلب الثاني: آثار التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....	45.....
الفرع الأول: أثر التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة على الهدايا.....	45.....
أولاً: حكم استرداد الهدايا.....	46.....
ثانياً: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من حكم استرداد الهدايا.....	48.....
الفرع الثاني: أثر التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة على الصداق.....	54.....
أولاً: حكم استرداد الصداق.....	54.....
ثانياً: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من حكم استرداد الصداق.....	55.....



- الفرع الثالث: أثر التعسف في استعمال حق العدول على التعويض عن الأضرار.....59
- أولاً: حكم التعويض عن الأضرار المترتبة في حالة التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....59
- ثانياً: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من حكم التعويض عن الأضرار المترتبة على التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.....61
- المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق عند انعقاد الزواج.....65
- المطلب الأول: التعسف في استعمال حق ولاية التزويج.....66
- الفرع الأول تعسف الولي في منع موليته من الزواج.....67
- أولاً: صور وحكم منع الولي موليته من الزواج.....67
- ثانياً: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الولي في منع موليته من الزواج.....73
- ثالثاً: معايير تعسف الولي في منع موليته من الزواج.....80
- الفرع الثاني: تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها.....88
- أولاً: صور تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها.....88
- ثانياً: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الولي بتزويج موليته بغير رضاها.....103
- ثالثاً: معايير تعسف الولي في تزويج موليته بغير رضاها.....112
- المطلب الثاني: التعسف في المغالاة في الصداق.....116
- الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من التعسف في المغالاة في الصداق.....117
- أولاً: موقف الفقه الإسلامي من تحديد الصداق.....117
- ثانياً: موقف الشريعة الإسلامية من كراهية المغالاة في الصداق.....122
- الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في المغالاة في الصداق.....129
- أولاً: موقف المشرع الجزائري من التعسف في المغالاة في الصداق.....129
- ثانياً: موقف التشريعات العربية من التعسف في المغالاة في الصداق.....132
- الفرع الثالث: معايير التعسف في استعمال الحق في حالة المغالاة في الصداق.....134
- أولاً: المعايير الذاتية للتعسف في استعمال حق حالة المغالاة في الصداق.....135
- ثانياً: المعايير الموضوعية للتعسف في استعمال حق حالة المغالاة في الصداق.....136
- الفصل الثاني: أثر التعسف في استعمال الحق على آثار الزواج.....141**
- المبحث الأول: صور تعسف الزوج في استعمال الحقوق الزوجية.....141
- المطلب الأول: تعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية.....141
- الفرع الأول: صور تعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية.....142
- أولاً: تعسف الزوج في الامتناع عن المباشرة الجنسية.....142

- 156.....ثانيا: تعسف الزوج في المباشرة الجنسية المضرة بالمرأة.....
- 172.....ثالثا: تعسف الزوج في استعمال حق اللعان.....
- 180.....الفرع الثاني: معايير تعسف الزوج في الإضرار بزوجته من خلال المعاشرة الزوجية.....
- 180.....أولا: المعايير الذاتية (الشخصية) لتعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية.....
- 181.....ثانيا: المعايير الموضوعية لتعسف الزوج في استعمال حق المعاشرة الزوجية.....
- 183.....المطلب الثاني: تعسف الزوج في استعمال حق القوامة.....
- 183.....الفرع الأول: صور تعسف الزوج في استعمال حق القوامة.....
- 184.....أولا: تعسف الزوج في الإعسار بالنفقة.....
- 198.....ثانيا: تعسف الزوج في استعمال حق التعدد.....
- 217.....ثالثا: تعسف الزوج في استعمال حق التأديب.....
- 232.....الفرع الثاني: معايير تعسف الزوج في استعمال حق القوامة.....
- 232.....أولا: المعايير الذاتية (الشخصية) لتعسف الزوج في استعمال حق القوامة.....
- 234.....ثانيا: المعايير الموضوعية لتعسف الزوج في استعمال حق القوامة.....
- 237.....المبحث الثاني: تعسف الزوجة في استعمالها للحقوق الزوجية.....
- 238.....المطلب الأول: صور تعسف الزوجة في استعمالها للحقوق الزوجية.....
- 238.....الفرع الأول: تعسف الزوجة في استعمال حق النشوز.....
- 238.....أولا: مظاهر تعسف الزوجة في استعمال حق النشوز.....
- 246.....ثانيا: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوجة في استعمال حق النشوز.....
- 254.....الفرع الثاني: تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاع.....
- 254.....أولا: صور تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاع.....
- 258.....ثانيا: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاع.....
- 262.....المطلب الثاني: معايير تعسف الزوجة في استعمال الحقوق الزوجية.....
- 262.....الفرع الأول: المعايير الذاتية لتعسف الزوجة في استعمال الحقوق الزوجية.....
- 262.....أولا: معيار قصد الإضرار.....
- 263.....ثانيا: معايير المصلحة غير المشروعة.....
- 263.....الفرع الثاني: المعايير الموضوعية لتعسف الزوجة في استعمال الحقوق الزوجية.....
- 263.....أولا: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة.....
- 264.....ثانيا: معيار الضرر الفاحش.....

**الباب الثاني: أثر التعسف في استعمال الحق على انحلال الزواج**

**267.....على ضوء التشريع الجزائري والتشريعات العربية**

**الفصل الأول: أثر التعسف في استعمال الحق على صور انحلال الزواج.....268**

المبحث الأول: تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق.....268

المطلب الأول: حكم تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق وبيان صور التعسف فيه.....269

الفرع الأول: حكم تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق.....270

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق.....270

ثانياً: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق.....271

الفرع الثاني: صور تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق.....271

أولاً: الطلاق دون سبب.....272

ثانياً: طلاق مريض مرض الموت.....290

ثالثاً: طلاق الثلاث في لفظ واحد.....303

المطلب الثاني: معايير تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق.....310

الفرع الأول: المعايير الذاتية (الشخصية) لتعسف الزوج في استعمال حق الطلاق.....311

أولاً: معيار قصد الإضرار.....311

ثانياً: معيار المصلحة غير المشروعة.....312

الفرع الثاني: المعايير الموضوعية (المادية) لتعسف الزوج في استعمال حق الطلاق.....313

أولاً: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة.....313

ثانياً: معيار الضرر الفاحش.....314

المبحث الثاني: تعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية.....316

المطلب الأول: صور تعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية.....316

الفرع الأول: تعسف الزوجة في استعمال حق التطليق.....316

أولاً: تعسف الزوجة في المطالبة بالتطليق بسبب إفسار الزوج بالإنفاق.....317

ثانياً: تعسف الزوجة في المطالبة بالتطليق بسبب العيب.....324

الفرع الثاني: تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع.....336

أولاً: حكم الخلع.....337

ثانياً: صور تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع.....347

ثالثاً: الآثار المترتبة عن تعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع.....359

- المطلب الثاني: معايير تعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية.....366
- الفرع الأول: المعايير الذاتية لتعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية.....366
- أولاً: معيار قصد الإضرار.....367
- ثانياً: معيار المصلحة غير المشروعة.....368
- الفرع الثاني: المعايير الموضوعية لتعسف الزوجة في استعمال حق فك الرابطة الزوجية.....369
- أولاً: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة.....369
- ثانياً: معيار الضرر الفاحش.....370
- الفصل الثاني: أثر التعسف في استعمال الحق على آثار انحلال الزواج.....372**
- المبحث الأول: التعسف في استعمال حق الرجعة.....372
- المطلب الأول: حكم التعسف في استعمال حق الرجعة وبيان صورته.....374
- الفرع الأول: حكم التعسف في استعمال حق الرجعة.....374
- أولاً: موقف الفقه الإسلامي من التعسف في استعمال حق الرجعة.....374
- ثانياً: موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من التعسف في استعمال حق الرجعة.....387
- الفرع الثاني: صور التعسف في استعمال حق الرجعة.....396
- أولاً: تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة بغرض تطويل أمد العدة.....396
- ثانياً: تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة بغرض حمل الزوجة على الخلع أو عضلها عن الزواج....398
- ثالثاً: تعسف الزوجة في عدم الارتجاع إلى زوجها.....402
- المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال حق الرجعة.....404
- الفرع الأول: المعايير الذاتية (الشخصية) للتعسف في استعمال حق الرجعة.....404
- أولاً: معيار قصد الإضرار.....404
- ثانياً: معيار المصلحة غير المشروعة.....405
- الفرع الثاني: المعايير الموضوعية للتعسف في استعمال حق الرجعة.....405
- أولاً: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة.....406
- ثانياً: معيار الضرر الفاحش.....406
- المبحث الثاني: التعسف في استعمال حق الحضانة.....408
- المطلب الأول: صور التعسف في استعمال حق الحضانة.....409
- الفرع الأول: التعسف في استعمال حق الحضانة تجاه المحضون.....410
- أولاً: التعسف في الحقوق المادية للمحضون.....410
- ثانياً: التعسف في الحقوق المعنوية للمحضون.....431

442.....	الفرع الثاني: التعسف في استعمال حق الحضانة تجاه غير المحضون.
442.....	أولاً: التعسف في استعمال حق زيارة ورؤية المحضون.
456.....	ثانياً: التعسف في استعمال حق السفر.
468.....	المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال حق الحضانة.
469.....	الفرع الأول: المعايير الذاتية (الشخصية) للتعسف في استعمال حق الحضانة.
469.....	أولاً: معيار قصد الإضرار.
470.....	ثانياً: معيار المصلحة غير المشروعة.
470.....	الفرع الثاني: المعايير الموضوعية للتعسف في استعمال حق الحضانة.
471.....	أولاً: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة.
471.....	ثانياً: معيار الضرر الفاحش.
<b>475.....</b>	<b>خاتمة</b>
<b>491.....</b>	<b>قائمة الملاحق</b>
<b>495.....</b>	<b>قائمة المصادر والمراجع</b>
<b>521.....</b>	<b>فهرس الموضوعات</b>