وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف
كلّية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه

الشّعبة: حقوق
التّخصّص: قانون الأسرة المقارن

العنوان

حقّ الزّوجين في التّعويض عن الضّرر
على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة

من إعـداد
فاطمة الزّهراء بوعسلة

أعضاء لجنة المناقشة

أ. د. نسيم يخلف	أستاذ	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	رئيس
أ. د. براهيم عماري	أستاذ	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	مقرّر
د. حميد زقاوي	أستاذ محاضر (أ)	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	ممتحن
د. سفيان شبيرة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف	ممتحن
أ. د. صحراوي خلواتي	أستاذ	المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة	ممتحن
أ. د. محمّد أحمد لريد	أستاذ	جامعة مولاي الطّاهر سعيدة	ممتحن

الموسم الجامعي: 2023-2024


بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه وسلّم:

﴿لا ضرر ولا ضرار﴾

حديث حسن رواه ابن ماجة والدّارقطنيّ

قاعدة فقهيّة:

«الضّرر يُزال»

شكر وعرفان

أتوجّه بالشّكر إلى أستاذي ومشرفي الأستاذ الدّكتور "براهيم عماري" على التّوجيهات الّتي قدّمها لي، جزاه اللّه سبحانه وتعالى خير الجزاء.

كما أتقدّم بشكري الجزيل إلى كلّ أساتذة كلّية الحقوق على مستوى جامعة "حسيبة بن بوعلي" بالشّلف، وأخصّ بالذّكر طاقمها الإداري.

إلى الأستاذ الدّكتور المتميّز "صحراوي خلواتي".

الشّكر موصول كذلك للأستاذة "فاطمة الزّهراء" على مساعدتها لي.

كما أشكر أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذه الأطروحة

وعلى ما بذلوه من جهد لتقييمها.

فاطمة الزّهراء بوعسلة

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من رعاني صغيرة ومازال يرعاني كبيرة

قدوتي وسندي في الحياة ... والدي الغالي.

إلى من علّمتني معنى الصّبر والصّمود ... والدتي الغالية

إلى زادي وامتدادي بناتي "رنيم، سيرين، نورسين"

إلى الضّيف الجديد الّذي أسعدنا بقدومه "يانيس" والجميلة

"أيلين"

إلى إخوتي حفظهم اللّه جلّ جلاله ورعاهم.

فاطمة الزّهراء بوعسلة

قائمة
المختصرات

قائمة المختصرات:

الكلمة	اختصارها
صفحة	ص
جزء	ج
مجلّد	مج
العدد	ع
طبعة	ط
دون طبعة	د. ط
دون سنة نشر	د. س. ن
دون دار نشر	د. د. ن
دون بلد نشر	د. ب. ن
دون رقم الملف	د. ر. م
الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة	ج. ر. ج. ج. د. ش
الجريدة الرّسميّة للجمهوريّة العربيّة السّوريّة	ج. ر. ج. ع. س
الجريدة الرّسميّة للمملكة الهاشميّة الأردنيّة	ج. ر. م. هـــ. أ
الجريدة الرّسميّة للمملكة المغربيّة	ج. ر. م. م
الرّائد التّونسيّ للجمهوريّة التّونسيّة	ر. ت. ج. ت
الجريدة الرّسميّة لجمهوريّة مصر العربيّة	ج. ر. ج. م. ع

مقدّمة

الحمد لله وكفى، والصّلاة والسّلام على سيّدنا المصطفى صلّى الله عليه وسلّم وبعد،

يعتبر الضّرر أهمّ أركان المسؤوليّة التّقصيريّة؛ تنعدم إذا انعدم وبقيامه تقع وبالتّالي فلا قيمة للخطأ إذا تخلف الضّرر، بل ولا قيام للمسؤوليّة أصلا؛ فالمحرّك الأساس لها إنّما هو الضّرر والإضرار، إذا أردنا أن نحقّق للمصدر فاعليّته؛ حيث يقع تحت الضّرر عنصر الإلحاق الّذي عبّر عنه القرآن الكريم صراحة في قول الله تبارك وتعالى: ﴿... غَيْرَ مُضَارٍّ ... (12)﴾[1]؛ أي غير ملحق للضّرر، فالمضارة تأتي بصيغة المفاعلة وتكون بقصد، كما أنّها تصنع المفارقة مع الضّرر الّذي يكون عادة بدون قصد.

والضّرر عند علماء القانون، هو الأذى الّذي يلحق الشّخص بسبب المساس بمصلحة مشروعة له أو حقّ من حقوقه؛ سواء كان أذى ماديّا أو معنويّا؛ حيث يمكن أن يطال جسمه أو ماله أو شرفه أو عاطفته، بشكل مباشر أو غير مباشر.

ونظرا لأهميّة موضوع الضّرر، انفرد بأبحاث تجمع شتاته وتؤلّف بين جزئيّاته وتطرح عناصره بشكل منتظم تسوّق لجعله نظريّة مستقلّة عرفت بنظريّة الضّرر، الّتي انخرط في التّعاطي معها عدد مهمّ من أهل البحث والعلم؛ حيث تَفَنَّنَ في رسم هيكلها وتفريع مفاصلها لدرجة استيعاب كلّ جزئيّات الضّرر.

ولذلك انتظم الضّرر قاعدة كلّيّة، هي إحدى الكلّيّات الخمس في الشّريعة الإسلاميّة، وجعلها تحت عنوان "الضّرر يزال"؛ حيث يندرج تحتها عدد كبير من القواعد الفرعيّة الّتي تمسّ كلّ مناحي العلاقات الإنسانيّة التّعبديّة والمدنيّة، معلنة أنّ الضّرر يجب أن لا يبقى، وأنّه يجب أن يزال بالطّرق المشروعة؛ وقد استدلّوا على

[1] سورة النّساء، الآية 12.

ذلك بحديث المصطفى صلّى الله عليه وسلّم: ﴿لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ﴾[1]، وهي صيغة حملت جملة من المعاني والتّفسيرات؛ بين من قال أنّ الضّرر والضّرار لهما معنى واحد، وإنّما التّكرار للتّأكيد إشارة لبشاعة وقوعه وضرورة صرفه وعدم إبقائه، وقيل: بل هما بمعنى القتل والقتال، وبين من قال أنّ الضّرر هو الاسم، والضّرار الفعل والمعنى أن الضّرر نفسه منتف في الشّرع، وإدخال الضّرر بغير حقّ، وبين من قال أنّ الضّرر هو أن يدخل على غيره ضررا بما ينتفع هو به، والضرار أن يدخل على غيره ضررا بما لا ينتفع هو به، وقيل أيضا أنّ الضّرر أن يضرّ بمن لا يضرّه والضّرار أن يضرّ بمن قد أضرّ به، على وجه غير جائز[2]. وأيًّا كان الرّأي الرّاجح فإنّها لا تخرج عن أذى يجب أن يُتحرّز منه، وأن يُدفع ويعاقب من تسبّب فيه، ما دام قد قصده وحرّك سبل وقوعه.

هذا، ويدخل الضّرر في جانبه المدنيّ كلَّ العقود والتّصرّفات والاحتياط من وقوعه ضرورة حتميّة تقتضي الحيطة والحذر؛ إذ في الجنس البشريّ هناك من يركب كلّ المهايع ويسلك كلّ الطّرق، لإلحاق الضّرر بالنّاس والتّفنّن في أذيّتهم؛ لذلك كان لابد من ردع هؤلاء الرّدع المناسب الّذي يمنع تماديهم، ويحقّق العبرة لكلّ من يريد مشاكلتهم، فتنوّعت المساءلات تبعا لنوعيّة الضّرر وجسامته ومقصديّته ناهيك عمّا أعدّه الله عزّ وجلّ لهذا الجنس من عذاب في الآخرة، إن لم يسبق للتّوبة ويردّ المظالم.

ضف إلى أنّه عندما يتعاظم الضّرر ويبلغ مستوى من الأذى، فإنّه يستجيب للتّعويض بغضّ النظر عن طبيعته؛ أي سواء أكان ماديّا أو معنويّا، فمصدر الحقّ في التّعويض هو العمل غير المشروع، الّذي أدى إلى وقوع الضّرر وجبره؛ حيث يعبّر عنه في الفقه بالضّمان.

---

[1] ابن ماجة أبو عبد الله محمّد بن يزيد القزوينيّ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمّد فؤاد عبد الباقي، ج 02، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقّه ما يضرّ بجاره، رقم الحديث 2341، دار إحياء الكتب العربيّة، د. ب. ن، د. س. ن، ص 784.

[2] أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمّد بن عبد البرّ النّمريّ، الاستذكار، ج 07، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ط 01، دار الكتب العلميّة، بيروت، 1431هـ – 2000م، ص 191.

فالتّعويض هو ردّ مثل الهالك أو قيمته، أو هو غرامة التّالف، وطريق التّعويض تكون بمراعاة المثليّة التّامة بين الضّرر وبين العوض، ولكنّ الأصل ردّ الشّيء بعينه ما دام موجودا ومقدورا عليه.

ويبقى المثل هو الأعدل في دفع الضّرر؛ لما فيه من اجتماع الجنس والماليّة أمّا القيمة فتقوم مقام المثل؛ وهي بحكم المثل في المعنى والاعتبار الماليّ[1]. ولأجل ذلك تتّسع سلطة القاضي في تقدير التّعويض المناسب للضّرر النّاشئ، الّذي يكون في الغالب متناسبا مع مقدار الضّرر لتحقيق المقاصة.

ومن العقود الّتي يكثر فيها الضّرر ويبلغ أوجّه، ما يكون له علاقة بالحياة الزّوجيّة؛ سواء بعد العقد أو بعد الفكاك، وربّما قد يبدأ الضّرر مبكّرا بسبب العدول عن الخطبة، وما يترتّب عنه من ضرر يلحقّ بالمخطوبة أو الخاطب، الأمر الّذي يستدعي تدخّل سلطة القاضي لتعويض المتضرّر منهما؛ ثمّ تلوح الأضرار تباعا في كلّ فقرات العلاقة الزّوجيّة، لتكون في أغلب الأحيان سببا في الفراق، وبعده تظهر أضرار أخرى تحتاج للكفّ عنها حكمة القضاء وعدالة القاضي.

لهذا السّبب، قد جاءت دراستنا الّتي اخترنا لها عنوان "**حقّ الزّوجيّن في التّعويض عن الضّرر على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة**" مساهمة منا لبيان أنّ التّعويض المترتّب عن الضّرر المتسبّب فيه أحد الزّوجيّن ضرورة يمليها الضّرر الواقع، ويقرّرها الشّرع قبل الشّارع؛ فقد جاء في القرآن الكريم قول الله عزّ شأنه: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ۖ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ۚ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ (40)﴾[2]، وفي هذا إشارة صريحة وصارخة إلى أنّ من أفسد شيئا وجب عليه إصلاحه، وأنّه يكافئ على قدر ما كسبت يداه؛ فمن أساء تحمّل وزر إساءته.

---

[1] رضا متولي وهدان، الوجيز في المسؤوليّة المدنيّة (الضّمان) –دراسة مقارنة في ضوء الفقه الإسلاميّ–، ط 01، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2011، ص 58.

[2] سورة الشّورى، الآية 40.

هذا، ولمّا كان الضّرر يحصل بعد الزّواج ويتمادى بعد انتهائه، حاولنا تغطية ذلك تحت بابين؛ أحدهما عالج الضّرر النّاشئ عن فكّ الرّابطة الزّوجيّة وتعويضه وعالج الآخر الضّرر الموجب لفكّها والتّعويض المترتّب عنه؛ حيث حصرنا موضوع دراستنا في جملة من النّماذج المذكورة في قانون الأسرة، الّتي تعتبر أضرارا تستلزم التّعويض؛ ألا وهي: ضرر الطّلاق التّعسّفيّ، ضرر التّعسّف في الخلع، الضّرر الموجب للتّفريق عند الإخلال بالالتزامات الزّوجيّة؛ منها ضرر الإخلال بالالتزام الماليّ وضرر الإخلال بالالتزام الشّخصيّ، وأخيرا ضرر تعيّب إرادة أحد الزّوجين ونشوزه، وقد تمّت معالجتها على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة.

وعليه، فإنّ معالجة هذا الموضوع دفعنا لطرح الإشكاليّة الرّئيسيّة التّاليّة:

✍ ما مدى استجابة التّشريع الجزائريّ والتّشريعات العربيّة لتحقيق التّعويض النّاجم عن الضّرر النّاشئ عن الفراق أو الموجب له؟

وللإجابة عن هذه الإشكاليّة، نطرح الإشكالات الفرعيّة الآتية:

- ما هي صور الضّرر في العلاقة الزّوجيّة؟
- هل التّعويض الّذي أقرّه القانون كافٍ لإزالة الضّرر وجبره؟
- هل تتماشى التّعويضات الّتي سنّتها القوانين الوضعيّة مع التّعويضات الّتي أقرّتها الشّريعة الإسلاميّة السّمحاء للزّوج المتضرّر؟
- هل تقوم المسؤوليّة باستعمال الزّوجين لحقّهما في فكّ الرّابطة الزّوجيّة ويستلزم التّعويض للزّوج المتضرّر؟

منهج البحث:

نظرا للحاجة الّتي تمليها طبيعة موضوع حقّ الزّوجين في التّعويض عن الضّرر، على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة، اقتضى منا الأمر انتهاج المنهج التّحليليّ الاستقرائيّ؛ حيث تعرّضنا للعديد من الأحكام الفقهيّة والمواقف القضائيّة، كما قمنا بتحليل النّصوص القانونيّة أيضا، بالإضافة إلى المنهج الوصفيّ حيث ثمنا بوصف ظاهرتيّ الخلع والطّلاق في المجتمعات العربيّة عامة، والمجتمع الجزائريّ خاصة.

كما اعتمدنا على المنهج المقارن، للمقارنة بين مذاهب الفقه الإسلاميّ من خلال عرض بعض التّعريفات، مع تقديم آراء أئمّة المذاهب الإسلاميّة في بعض المسائل الفقهيّة، ثمّ مقارنتها بقانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة الأخرى؛ لكي نستخلص في الأخير أوجه الاتّفاق والاختلاف فيما بينهم، خاصة وأنّ المشرّع الجزائريّ يقوم في أغلب الأحيان بالجمع بين رأييّ المذهبين المالكيّ والحنبليّ في مسألة واحدة. كما أنّه أحيانا يستمدّ ويقتبس من بعض التّشريعات العربيّة كقانون الأحوال الشّخصيّة المصريّ، قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ، قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ، قانون الأحوال الشّخصيّة السّوريّ، مدوّنة الأسرة المغربيّة، مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة، مع الإشارة لكلّ من قانون الأحوال الشّخصيّة القطريّ قانون الأحوال الشّخصيّة الفلسطينيّ، قانون الأحوال الشّخصيّة اللّيبيّ، في بعض المسائل والجزئيّات.

أهداف الدّراسة:

سعينا من وراء هذا البحث لتحقيق الأهداف الآتية:

– إظهار العلاقة الوطيدة بين الشّريعة الإسلاميّة وقوانين الأحوال الشّخصيّة العربيّة بما فيها الأسرة الجزائريّ، ومدى اعتماد المشرّع العربيّ على المذاهب الفقهيّة في تشريع النّصوص القانونيّة.

- إبراز قدسيّة مؤسّسة الزّواج في الشّريعة الإسلاميّة، من خلال حفظ حقوق كلا الزّوجيّن، وإزالة الضّرر عن الزّوج المضرور.

- إظهار صور الضّرر في العلاقة الزّوجيّة أثناء قيامها وبعد حلّها.

- إبراز مدى التّطابق بين قانون الأسرة الجزائريّ والشّريعة الإسلاميّة في تعويض الزّوج المضرور.

- بيان حقيقة الضّرر في العلاقة الزّوجيّة، ومدى اختلافه عن ضرر المعاملات الماليّة.

- المقارنة بين التّعويضات الّتي أقرّتها الشّريعة الإسلاميّة، والتي جاءت بها القوانين الوضعيّة، ومدى تأثّرها بما أملته الاتّفاقيّات الدّوليّة.

- الرّغبة في توضيح أنّ هناك ضرر ناشئ عن فكّ الرّابطة الزّوجيّة يستلزم التّعويض، كما أنّ هناك ضرر موجب لفكّها يترتّب عليه تعويض الزّوج المتضرّر، إلاّ أنّ قاضي شؤون الأسرة قد يكتفي أحيانا بالحكم بالتّفريق دون التّعويض، الّذي يعتبر في حدّ ذاته جبرا للضّرر.

- محاولة تبيان بعض الثّغرات الموجودة في قانون الأسرة الجزائريّ، مقارنة بالتّشريعات العربيّة الأخرى، في مسألة التّعويض عن الضّرر في العلاقات الزّوجيّة.

- الرّغبة في إنصاف الزّوج المضرور وجبر ضرره؛ نظرا لما مررنا به من ضرر في حياتنا الشّخصيّة.

أسباب اختيار الموضوع:

- من الأسباب الّتي دفعتنا لاختيار الموضوع، هي استفحال قضايا فكّ الرّابطة الزّوجيّة في أروقة المحاكم، وكثرة الشّقاق بين الأزواج في البيوت؛ فبعد أن كان الزّواج نعمة للزّوجين صار نقمة لهما.

– ملاحظتنا أحيانا مدى تعسّف الأزواج في إيقاع الطّلاق وحمان المطلّقة من التّعويض، فهذه الظّاهرة أثارت فينا شغف البحث في موضوع الدّراسة.

صعوبات الدّراسة:

لعلّ من أهمّ الصّعوبات الّتي واجهتنا في إعداد هذا البحث، قلّة المراجع المعالجة لموضوع الدّراسة؛ حيث لم نجد دراسة ملمّة بكلّ عناصر البحث، وهذا ما جعلنا نجمع شتات الموضوع وجزئيّاته من كتب الأحوال الشّخصيّة القديمة منها والحديثة، ثمّ تقسيمها على خطة البحث.

الدّراسات السّابقة:

لقد صادفنا عند اطّلاعنا على المكتبات، عدّة دراسات ذات صلة بالموضوع، إلاّ أنّها لم تكن دراسات جامعة لكلّ أجزاء الموضوع؛ نذكر منها:

– مسعودة نعيمة إلياس، التّعويض عن الضّرر في بعض مسائل الزّواج والطّلاق –دراسة مقارنة–، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009–2010.

قد أجابت هذه الدّراسة عن عدّة تساؤلات هي: هل أنّ منح الحقّ في العدول عن الخطبة وعدم إتمام الزّواج، أو في وضع حدّ للعلاقة الزّوجيّة للرّجل والمرأة يعني ذلك استعمال هذا الحقّ؟ وهل تجوز المساءلة عن جميع الأضرار المترتّبة عن فكّ الرّابطة الزّوجيّة دون استثناء؟

وللإجابة عن ذلك، تناولت الباحثة ثلاثة فصول هي:

الفصل الأوّل جاء فيه العدول عن الخطبة كمسألة موجبة للتّعويض، والفصل الثّاني تناول الطّلاق كمسألة موجبة للتّعويض، أمّا الفصل الثّالث فقد عالج سلطة القاضي في تقدير التّعويض في مسائل الزّواج والطّلاق.

وقد قدّمت الباحثة جملة من التّوصيّات منها: وضع معايّير موضوعيّة يعتمدها القاضي في تقدير التّعويض في المسائل المرتبطة بالزّواج والطّلاق، وذلك لضمان حقوق المتخاصمين.

– محمّد حيدرة، الضّرر في الأحوال الشّخصيّة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في الفقه والأصول، جامعة وهران، 2011–2012.

حاولت هذه الدّراسة بيان الآليّات التّشريعيّة الّتي وضعتها الشّريعة الإسلاميّة لإزالة الضّرر، وكيفيّة تطبيقها في مجال الأحوال الشّخصيّة، غير أنّها لم تقدّم إشكاليّة واضحة، غير أنّ الباحث ركّز في هذه الدّراسة على قضايا الأسرة نظرا لأهمّيتها وخطورتها.

وفي الأخير قدّم عدّة توصيّات نذكر أهمّها: وجوب اعتبار الكفاءة في الزّواج لما لها من أثر في استقرار العلاقة الزّوجيّة ولأنّ كثيرا من قضايا الطّلاق اليوم سببها انعدام التّكافؤ بين الطّرفين على أنّ شروطا أخرى للكفاءة هي وليدة هذا العصر ينبغي مراعاتها والأخذ بها كالمستوى التّعليميّ، مع إجبار المقبلين على الزّواج على إجراء الفحوصات الطّبيّة الّتي تثبت حالتهم الصّحيّة مع حرص وليّ الأمر على أن يكون الفحص حقيقيّا لا شكليّا.

– محمّد يوب، تعويض الضّرر النّاتج عن العلاقة الزّوجيّة –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ–، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلاميّة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012–2013.

قد أجابت هذه الدّراسة عن عدّة تساؤلات لعلّ أبرزها هي:

ما مدى مواكبة قانون الأسرة الجزائريّ للفقه الإسلاميّ في معالجة الأضرار والتّعويض عنها؟

وقد شملت هذه الدّراسة ثلاثة فصول: الأوّل عالج مسألة التّعويض عن الضّرر ومفهومه وأنواعه، والثّاني تطرّق لإزالة الأضرار النّاتجة أثناء العلاقة الزّوجيّة، أمّا

الفصل الثّالث فتناول التّعويضات عن الأضرار النّاتجة عن حلّ العلاقة الزّوجيّة، وفي كلّ مسألة قارن الباحث بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ.

وقد قدّم الباحث أبرز توصية هي: ضرورة تعديل قانون الأسرة بإضافة مواد جديدة تنصّ على التّعويضات الّتي أقرّتها الشّريعة الإسلاميّة وإلغاء المواد الّتي نصّت على تعويضات ليست من الشّرع، مع ضرورة إيجاد قضاء متخصّص في مجال الأحوال الشّخصيّة وتكوين القضاة تكوينا شرعيّا.

خطّة الدّراسة:

قسّمنا موضوع بحثنا إلى بابين، تشدّهما مقدّمة وخاتمة؛ تكلّمنا في الباب الأوّل عن الضّرر النّاشئ عن فكّ الرّابطة الزّوجيّة وتعويضه، على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة، تضمّن فصلين؛ تناول الفصل الأوّل ضرر الطّلاق الواقع بإرادة الزّوج المنفردة والتّعويض عنه، على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة، وتناول الثّاني ضرر الطّلاق الواقع بالإرادة المنفردة للزّوجة والتّعويض عنه، على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة.

أمّا الباب الثّاني، فتطرّقنا فيه للضّرر الموجب لفكّ الرّابطة الزّوجيّة وتعويضه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة؛ قُسّم بدوره لفصلين، عالج الفصل الأوّل الضّرر الموجب للتّفريق عند الإخلال بالالتزامات الزّوجيّة والتّعويض عنه، على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة، في حين عالج الفصل الثّاني ضرر تعيّب إرادة أحد الزّوجين ونشوزه والتّعويض عنه، على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة.

الباب الأوّل:

الضّرر النّاشئ عن فكّ الرّابطة الزّوجيّة وتعويضه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة

حرصت الشّريعة الإسلاميّة على توطيد العلاقات الزّوجيّة، فجعلتها مقدّسة تسودها المودّة والرّحمة والتّرابط بين الزّوجين؛ وذلك مصداقا لقول الله جلّ شأنه: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (21)﴾[1].

وعلى هذا الأساس، أحيط عقد الزّواج بجملة من الضّمانات للمحافظة على استمراره ودوامه، غير أنّ هناك حالات يفشل فيها الزّوجان في تحصيل السّكينة والطمأنينة بينهما، فتتصدّع علاقتهما ويستحيل دوامها؛ فيلجأ الزّوج إلى الطلاق الّذي بغضه الإسلام وصوّره في أبشع صورة، بوصفه أبغض الحلال عند الله تبارك وتعالى.

هذا، ولا يلجأ الزّوج التّقيّ إلى الطّلاق إلاّ بعد استنفاذ كلّ الوسائل الّتي شرّعها الله عزّ وجلّ، حفاظا على ذلك الميثاق الغليظ المحاط بسياج القدسيّة، وحماية للأسرة من الانحلال والاندثار؛ فالإسلام أباح الطّلاق مع بعض القيود الّتي تكفل التّوازن بين الزّوجين في الحقوق والواجبات؛ لرفع الضّرر عن أحدهما وإزالته لا إيذائه، وهو مقيّد بالحاجة المتمثّلة في تعذّر استمرار الحياة الزّوجيّة واستحالتها بين الزّوجين.

إلاّ أنّه في كثير من الأحيان يستعمل الزّوج حقّه في الطّلاق دون مبرّر، وفي غير ما شرّع له، فيكون بذلك متعسّفا في إيقاعه، ومتسبّبا في إلحاق الضّرر الماديّ والمعنويّ بزوجته.

وبناءً على ذلك، تستحقّ الزّوجة تعويضا لجبر ضررها وتخفيف ألمها، وهو ما سنحاول توضيحه في الفصل الأوّل؛ تحت عنوان: "ضرر الطّلاق الواقع بإرادة الزّوج المنفردة والتّعويض عنه، على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة".

ومن مظاهر المساواة بين الرّجل والمرأة في شريعتنا الغرّاء، تشريعها للخلع باعتباره وسيلة للخلاص من حياة زوجيّة صارت مستحيلة الاستمرار والدّيمومة، لذلك

[1] سورة الرّوم، الآية 21.

أجاز الإسلام للزّوجة إذا ما خافت أن لا تقيم حدود الله تبارك وتعالى، أن تخالع زوجها وأن تفتدي نفسها بمقابلٍ لقاء ذلك الخلاص، وهو ما أشار إليه القرآن الكريم في قول الله جلّ شأنه: ﴿... وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (229)﴾[1].

فالخلع قائم على نفسيّة الزّوجة بمقابل، ولعلّ أبرز دليل على ذلك؛ امرأة ثابت بن قيس عندما أتت النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قائلة: «يا رسول الله إنّي ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكنّي أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿أتردّين عليه حديقته؟﴾ قالت: نعم، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿اقبل الحديقة وطلّقها تطليقة﴾»[2]، رواه البخاريّ والنّسائيّ.

قد دلّ هذا الحديث الشّريف على ثبوت الخلع بمقابل، أو ما يعرف ببدل الخلع وهو ما قدّمه الزّوج لزوجته من صداق ترّده له، كما يمكن للزّوجين أن يتّفقا على بدل آخر؛ شريطة أن يكون ممّا هو مباح شرعا.

وعليه، فمن خلال دراستنا نريد توضيح مدى التزام الزّوجة بتعويض الزّوج عند إساءتها استعمال حقّ الخلع، وبالأخصّ إن كان طلبها للخلع لدوافع ذاتيّة دون تقصير الزّوج تجاهها، وهو ما يؤثّر عليه سلبا ويلحق به ضررا معنويّا وماديّا جسيما.

كما سنقوم في الفصل الثّاني الموسوم بـــ "ضرر الطّلاق الواقع بالإرادة المنفردة للزّوجة (الخلع) والتّعويض عنه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة"، بتوضيح ما إذا كان بدل الخلع يرتقي فعلا لمرتبة التّعويض أم لا.

---

[1] سورة البقرة، الآية 229.

[2] محمّد بن إسماعيل البخاريّ، صحيح البخاريّ، مج 04، ج 07، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، رقم الحديث 19، د. ط، إدارة الطّباعة المنيرية، بيروت، د. س. ن، ص 83.

الفصل الأوّل:

ضرر الطّلاق الواقع بإرادة الزّوج المنفردة والتّعويض عنه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة

أباحت الشّريعة الإسلاميّة الطّلاق بإرادة الزّوج المنفردة، عند عدم بلوغ الغاية المثلى من الزّواج، أو عند عدم تكافؤ الزّوجين فيما بينهما، غير أنّ الملاحظ في الوقت الحاليّ، أنّ الطّلاق أصبح ظاهرة جدّ بارزة في المجتمعات العربيّة، وهذا ربّما راجع إلى الأفكار الغربيّة الّتي عرفت نزوحا عظيما وتوسّعًا كبيرًا في المجتمع الإسلاميّ.

فقد أعطى الله عزّ وجلّ للرّجل حقّ إيقاع الطّلاق في عقد الزّواج، ولم يعطه للمرأة بغية حماية الرّابطة الزّوجيّة من العبث؛ كون طبيعة الرّجل تختلف عن طبيعة المرأة، ولا يقدم على الطّلاق إلاّ إذا كان مضطرا، وذلك لرجاحة عقله ورحابة صدره[1]، عكس المرأة الّتي تعتبر كتلة من المشاعر والعواطف، الّتي قد تجعلها تلجأ إلى تشتيت الأسرة دون تدبّر.

ومع ذلك، قد ينحرف الزّوج عن سلوك الرّجل العادي والسّويّ؛ فيوقع الطّلاق بدون عذر ومن غير حاجة ولأسباب واهية أو لنزوة عابرة، الأمر الذّي يجعله متعسّفا في استعمال حقّه، آثما وظالما لزوجته الّتي تتضرّر من فعله هذا، الّذي يترتّب عنه تعويض لجبر ضررها.

وبناءً عليه، سنحاول من خلال هذا الفصل التّطرّق إلى الطّلاق الواقع بالإرادة المنفردة للزّوج (المبحث الأوّل)، ثمّ نوضّح حالات التّعسّف فيه وضرره والتّعويض المترتّب عنه (المبحث الثّاني)، كلّ هذا بطبيعة الحال في ظلّ قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة.

[1] عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهيّة بين الرّجل والمرأة في الأحوال الشّخصيّة –دراسة فقهيّة–، ط 01، دار النّفائس، الأردن، 1432هـ – 2011م، ص 253.

المبحث الأوّل: الطّلاق الواقع بإرادة الزّوج المنفردة

فضّل الله عزّ وجلّ الإنسان وكرّمه، فشرّع له الزّواج حفاظًا واستمرارًا للنّوع البشريّ وتحقيقا للاستقرار في الحياة، يكون مبنيّا على أساس متين وقويّ تسوده المحبة والمودّة والرّحمة والتّرابط بين الزّوجين؛ لقوله جلّ شأنه: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ (21)﴾[1]. فيكون بذلك كلّ منهما سندا ومكمّلا للآخر في شتّى مناحي الحياة وبالتّالي تكون حياة زوجيّة سعيدة، خالية من المشاكل والمشاحنات الّتي عادة ما تنتج من جرّاء اختلاف وجهات النّظر، وعدم تفهّم أحد الزّوجين للآخر؛ فتقف عائقا أمام استمراريّتها وتضع حدّا لها، ممّا يضطر الزّوج للّجوء إلى فكّ الرّابطة الزّوجيّة بإرادته المنفردة، وهذا ما يعرف بالطّلاق؛ باعتباره حقّا من حقوقه يستعمله متى شاء ومن دون موافقة الزّوجة، مصداقا لقول الله تبارك وتعالى: ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ ... (236)﴾[2].

إلاّ أنّ هذا الزّوج قد يسيئ استعمال حقّه في إيقاع الطّلاق؛ فيكون بذلك متعسّفا فيه ومتجاوزا حدّه، وبالتّالي يلحق ضررا بزوجته سواءً كان ضررا ماديّا أو معنويّا.

وعليه، سنحاول من خلال هذا المبحث عرض مفهوم الطّلاق الواقع بالإرادة المنفردة للزّوج (المطلب الأوّل)، ثمّ توضيح القيود الواردة على الطّلاق بإرادته المنفردة (المطلب الثّاني).

[1] سورة الرّوم، الآية 21.

[2] سورة البقرة، الآية 236.

المطلب الأوّل: مفهوم الطّلاق الواقع بالإرادة المنفردة للزّوج.

شرّع الله عزّ وجلّ الطّلاق عند فساد الحال بين الزّوجين، وكثرة الخصام واشتداده بينهما، فيكون الفراق في هذه الحالة مؤكّدا ولازما وأصلح على الأغلب من الاستمرار في زواج لا يطاق.

غير أنّ هذا الطّلاق قد يكون بداية خيّرة لكلا الزّوجين، لقول الله جلّ جلاله: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا (130)﴾[1].

هذا، وقد جعل المولى عزّ وجلّ الطّلاق بيد الرّجل دون المرأة؛ كونه أكثر حرصا ومحافظة على كيان الأسرة، نظرا لما يمتاز به الرّجل من رجاحة عقل ورحابة صدر، فلا يقدم على الطّلاق إلاّ مضطرا عند الضّرورة القصوى، وعند استفائه لجميع الطّرق والوسائل الشّرعيّة، وهذا هو حال الرّجل السّويّ التّقيّ.

وعليه، سنبيّن من خلال هذا المطلب تعريف الطّلاق (الفرع الأوّل)، ثمّ مشروعيّته وحكمه والحكمة الّتي شرع من أجلها (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: تعريف الطّلاق:

سنتطرّق في البداية لتعريف الطّلاق لغة ثم اصطلاحا، لنصل في الأخير إلى تعريفه القانونيّ، من خلال النّقاط الآتي ذكرها:

أوّلا- التّعريف اللّغوي للطّلاق:

الطّلاق لغة: «طَلاَقُ الْمَرْأَةِ: بَيْنُونَتِهَا عَنْ زَوْجِهَا وَطَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ وَطَلَقَتْ هِيَ بِالْفَتْحِ، تَطْلُقُ طَلاَقًا وَطُلُقَتُ، وَالضَّمُّ أَكْثَرُ عَنْ ثَعْلَبٍ طَلاَقًا، وَأَطْلَقَهَا بَعْلُهَا وَطَلَّقَهَا.

[1] سورة النساء، الآية 130.

وفي حديث عمر والرّجل الّذي قال لزوجته: أَنْتِ خَلِيَّةٌ طَالِقٌ؛ الطّالِق من الإبل الّتي طُلِقَتْ في المرعى، وقيل: هي الّتي لا قيد عليها، وكذلك الخليّةُ.

وطلاق النّساء لمعنيين: أحدهما حلّ عقدة النّكاح، والآخر بمعنى التّخليّة والإرسال»[1].

«وطلّق امرأته تطليقا وطَلَقَت هي تَطْلُق بالضّم طلاقا فهي طالق وطالقة أيضا قال الأخفش: لا يقال طَلُقَتْ بالضّم»[2].

ثانيا- التّعريف الاصطلاحيّ للطّلاق:

لقد عرف الطّلاق عند العرب في الجاهليّة قبل الإسلام، وكانوا يستعملونه في الفرقة بين الزّوجين، لكّن دون ضوابط أو حدود تحكمه، ودون مراعاة للعدد من حيث الزّيادة عن الثّلاث أو النّقصان، كما أنّه يمكن للزّوج أن يراجع زوجته في أيّ وقت شاء، مهما كان عدد الطّلقات ما دامت في عدّتها[3].

كما عرّف فقهاء المذاهب الأربعة الطّلاق مع بعض العبارات المتفاوتة، وبالتّالي تفاوت في بعض الأحكام أيضا.

وفيما يلي، سنوضّح هذه التّعاريف حسب كلّ مذهب فقهيّ في النّقاط الآتية:

---

[1] محمّد بن مكرم أبو الفضل جمال الدّين بن منظور الأنصاريّ الإفريقيّ المصريّ، لسان العرب، باب الطّاء، طبعة جديدة 01، دار المعارف، القاهرة، د. س. ن، ص 2693.

[2] محمّد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصّحاح، باب الطّاء، طبعة مدقّقة، مكتبة لبنان، لبنان، 1986، ص 166.

[3] أحمد محمّد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصيّة -فقه الطّلاق والفسخ والتّفريق والخلع-، ط 01، دار المسيرة، عمّان، 2008، ص 22.

1. تعريف الطّلاق حسب المذهب الحنفيّ: الطّلاق عند الأحناف هو: «رفع قيد النّكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص»[1].

2. تعريف الطّلاق حسب المذهب المالكيّ: هو «رفع القيد الثّابت شرعا بالنّكاح»[2].

كما عرّفوه أيضا بأنّه: «صفة حكمية ترفع حليّة متعة الزّوج بزوجته»[3].

3. تعريف الطّلاق حسب المذهب الشّافعيّ: هو عند الشّافعيّة: «حلّ عقدة النّكاح بلفظ الطّلاق ونحوه»[4].

4. تعريف الطّلاق حسب المذهب الحنبليّ: هو «حلّ قيد النّكاح أو بعضه»[5].

وقد كان المقصود من تعريف الحنفيّة وإضافتهم لفظيّ "الحال" و"المآل"، هو التّفريق بين الطّلاق البائن والطّلاق الرّجعي؛ فلفظ "الحال" يقصد به الطّلاق البائن سواء أكان بينونة كبرى أو بينونة صغرى، وعليه فهو يرفع أحكام النّكاح من وطء ونظر ومتعة.

---

[1] عبد الغني الغنيميّ الميدانيّ الدّمشقيّ، اللّباب في شرح الكتاب –شرح لمختصر القدوري في الفقه الحنفيّ–، مج 04، كتاب الطّلاق، ط 02، دار السّراج، المدينة المنوّرة، 1435هـ – 2014م، ص 90.

[2] محمّد بن عبد الباقي بن يوسف الزّرقاني المصريّ الأزهريّ، شرح الزّرقاني على الموطّأ، ج 03، كتاب الطّلاق، باب ما جاء في البتة، ط 01، مكتبة الثّقافة الدّينية، القاهرة، 1424هـ – 2003م، ص 252.

[3] علي بن عبد السّلام التسولي، البهجة في شرح التّحفة، ج01، ط 01، دار الكتب العلميّة، لبنان، 1418هـ – 1998م، ص 628.

[4] محمّد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعيّ، مغني المحتاج إلى معرفة معانيّ ألفاظ المنهاج، ج 04، كتاب الطّلاق، ط 01، دار الكتب العلميّة، بيروت، 1415هـ – 1994م، ص 455.

[5] عبد الكريم بن محمّد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع –فقه الأسرة–، مج 03، ط 01، دار كنوز إشبيليّة، الرّياض، 1431هـ – 2010م، ص 07.

وهنا، لا يمكن للزّوج مراجعة زوجته إلاّ بعقد ومهر جديدين بالنّسبة للبائن بينونة صغرى، وبانقضاء عدّتها من زواجها الثّاني بالنّسبة للبائن بينونة كبرى[1].

أمّا لفظ "المآل"، فيقصد به الطّلاق الرّجعي الّذي لا يرفع قيد النّكاح إلاّ عند انقضاء العدّة وليس أثناءها؛ حيث يمكن للزّوج -مادام قصده المراجعة- مراجعة زوجته ومعاشرتها معاشرة الأزواج ما دامت في العدّة. إلاّ أنّه ينقص من عدد الطّلقات الّتي يملكها الزّوج[2].

ورفع قيد النّكاح يقصد به حلّ الرّابطة الزّوجيّة، إمّا بلفظ الطّلاق أو ما يقوم مقامه سواء كناية أو إشارة[3].

أمّا المالكيّة، فقد كان الهدف من تعريفهم للطّلاق هو إخراج العتق؛ لأنّه قيد ثابت شرعا لكّن لم يثبت بالنّكاح[4]. وقولهم لفظ "شرعا" هو إخراج القيد الحسيّ؛ وهو حلّ الوثاق.

أمّا بالنّسبة للتّعريف الثّاني للمالكيّة، فالمقصود بـــ "الصّفة" الجنس، و"الحكميّة" أخرج به الصّفات الحسّية؛ لأنّ الطّلاق معنى تقديريّ اعتباريّ لا حسّي، وخرج بقوله "ترفع حليّة" بمعنى الطّهارة والقضاء ونحوهما.

وقوله "حليّة" لابد من ذكرها؛ لأنّ المتعة لا ترفع وإنّما يرفع المتعلّق بها وهي الحليّة، أمّا قوله "بزوجته" فحليّة المتعة بغيرها كالأمة[5].

---

[1] محمّد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشّرعيّة في الأحوال الشّخصيّة، ج 01، (في الأحكام المختصّة بذات الإنسان)، كتاب في فرق النّكاح، باب في الطّلاق، ط 01، مطبعة الواعظ، مصر، 1326هـ، ص 209.

[2] محمّد أبو زهرة، الأحوال الشّخصيّة، ط 02، دار الفكر العربيّ، القاهرة، 1950، ص 279.

[3] محمّد بن عبد الباقي بن يوسف الزّرقاني المصريّ الأزهريّ، المصدر السّابق، ص 252.

[4] علي حسب الله، الفرقة بين الزّوجين وما يتعلّق بها من عدّة ونسب، ط 01، دار الفكر العربيّ، مصر، 1387هـ - 1968م، ص 22.

[5] علي بن عبد السّلام التسولي، المرجع السّابق، باب الطّلاق والرّجعة وما يتعلّق بهما، ص 628.

وقول الشّافعيّة: "حلّ عقدة النّكاح"؛ بمعنى قطع دوام واستمرار العقد، فالطّلقة الرّجعيّة عندهم ترفع قيد النكاح كالطّلاق البائن، ولا يحلّ للمطلّق أن يتمتّع بزوجته المطلّقة رجعيّا حتى يراجعها بلفظ صريح أو كناية.

والمقصود بلفظ "الطّلاق" هو إخراجهم ألفاظ الفسخ.

أمّا لفظ "نحوه" فمعناه ألفاظ الكنايات.

في حين نجد أنّ الغرض من تعريف الحنابلة للطّلاق، هو تبيان أنّ القيد يمكن أن يرفع بعضه بطلقة رجعيّة، كما يمكن أن يرفع كلّه بثلاث طلقات[1].

ثالثا- التّعريف القانوني للطّلاق:

بعد تعرّفنا على مصطلح الطّلاق لغة واصطلاحا، سنقوم في هذه النّقطة بإعطاء التّعريف القانوني له وفق قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات الأسريّة العربيّة.

1. تعريف الطّلاق وفق قانون الأسرة الجزائريّ:

لم يقم المشرّع الجزائريّ بإعطاء تعريف واضح ومضبوط للطّلاق، في قانون الأسرة المعدّل بموجب الأمر رقم 05-02، وإنّما اكتفى بتبيان صور فكّ الرّابطة الزّوجيّة؛ حيث تعدّ إرادة الزّوج هي الطّريقة الأولى لانحلال عقد الزّواج، وذلك بحسب ما جاءت به المادة 48 من قانون الأسرة الجزائريّ[2]، الّتي نصّت على ما يلي:

---

[1] عبد الرّحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 04، كتاب الطّلاق، ط 02، دار الكتب العلميّة، لبنان، 1424هـ - 2003م، ص 248.

[2] القانون رقم 84-11، المؤرّخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م، المتضمّن قانون الأسرة، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 24، المؤرّخة سنة 1984، المعدّل بموجب الأمر 05-02، المؤرّخ في 18 محرّم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005م، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 15، المؤرّخة في 27 فيفري 2005.

«مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحلّ عقد الزّواج بالطّلاق الّذي يتمّ بإرادة الزّوج أو بطلب من الزّوجة، في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون».

وهذا، على عكس ما ورد في المادة 48 السّابقة قبل التّعديل بموجب القانون رقم 84-11؛ حيث نصّت على ما يلي: «الطّلاق حلّ عقد الزّواج، ويتم بإرادة الزّوج أو بتراضي الزّوجين أو بطلب من الزّوجة، في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون».

ما يلاحظ على المشرّع الجزائريّ، أنّه أغفل تعريف الطّلاق في التّعديل الأخير لقانون الأسرة تاركا الأمر للفقه، محيلا بذلك القضاة إلى أحكام الشّريعة الإسلاميّة[1] بحسب ما جاءت به المادة 222 من قانون الأسرة الجزائريّ، الّتي نصّت على أنّه: «كلّ ما لم يرد النّص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى احكام الشّريعة الإسلاميّة».

غير أنّ هذه المادة قد أضافت لبسا وغموضا على الكثير من النّصوص القانونيّة خاصة وأنّ المشرّع لم يحدّد مذهبا معيّنا لاتباعه، وإنّما أعطى للقضاة سلطة واسعة في الاجتهاد، وهذا ما خلق تضاربا كبيرا بين القضاة في تفسير الآراء الفقهيّة.

2. تعريف الطّلاق وفق التّشريعات العربيّة:

واكبت التّشريعات العربيّة الشّريعة الإسلاميّة في إقرار مبدأ الطّلاق، غير أنّها اختلفت فيما بينهما بشأن طريقة إيقاعه؛ فمنهم من لا يعتدّ بالطّلاق إلاّ أمام المحاكم ومنهم من لا يعترف بالإرادة المنفردة للزّوج فقط في إيقاعه.

وفيما يلي، سنقوم بتوضيح تعريف الطّلاق وفق بعض التّشريعات العربيّة:

[1] باديس بوقرة، صور وآثار فكّ الرّابطة الزّوجيّة في قانون الأسرة، د. ط، دار الهدى، عين مليلة، 2013، ص 11.

أ. تعريف الطّلاق وفق مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة:

خصّص المشرّع التّونسيّ الكتاب الثّاني من الفصل 29 إلى الفصل 33 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة[1] لمسألة الطّلاق؛ حيث جاء في الفصل 29 من ذات المجلّة أنّ: «الطّلاق هو حلّ عقدة الزّواج».

وعليه، فالمشرّع التّونسيّ أقرّ بمبدأ الطّلاق متأثّرا بالتّشريع الإسلاميّ، غير أنّ ما يعاب على هذا التّعريف، أنّه تعريف غير واضح وغير كامل؛ لأنّ الزّواج يمكن أن ينحلّ بالموت أو البطلان. «فكان من الأجدر القول أنّ الطّلاق هو حلّ عقدة زواج صحيح والزّوجان على قيد الحياة»[2]. كما أنّ الفصل 29 خصّ علاقة الزّواج دون أيّ علاقة أخرى، وجعل الطّلاق هو الطّريقة الوحيدة لحلّها.

ب. تعريف الطّلاق وفق مدوّنة الأسرة المغربيّة:

ورد تعريف الطّلاق في نصّ المادة 78 من مدوّنة الأسرة[3] كما يلي: «الطّلاق حلّ ميثاق الزّوجيّة -بممارسة الزّوج والزّوجة- كلّ بحسب شروطه تحت رقابة القضاء، وطبقا لأحكام هذه المدوّنة».

هذه المادة عرّفت الطّلاق على أنّه "حلّ ميثاق الزّوجيّة"؛ بمعنى حلّ الاستمتاع بين الزّوجين؛ فالزّوج المغربيّ كان يمارس الطّلاق بصفة مطلقة حتى أثناء غيبة

---

[1] الأمر العلي، المؤرّخ في 13 أوت 1956، المتعلّق بإصدار مجلّة الأحوال الشّخصيّة، ر. ت. ج. ت، ع 66، المؤرّخ في 17 أوت 1956.

[2] ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشّخصيّة، د. ط، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2011، ص 61.

[3] ظهير شريف رقم 01.4.22، الصّادر في 12 ذي الحجّة 1424 هـ الموافق لـ 03 فبراير 2004م، القانون رقم 03/70 بمثابة مدوّنة الأسرة، ج. ر. م. م، ع 5184، بتاريخ 05 فبراير 2004، ص 418.

زوجته؛ حيث أنّ هناك العديد من الحالات الّتي تجد فيها المرأة نفسها مطلّقة دون دراية منها[1].

وبصدور مدوّنة الأسرة، خصّ المشرّع المغربيّ مسألة الطّلاق بستّة عشر (16) مادة من ضمنها المادة 78 –سالفة الذّكر– الّتي رفعت الظّلم والإجحاف في حقّ المرأة ومنحتها الحقّ في ممارسة الطّلاق.

وقد كان هذا التّعديل استجابة للحركات النّسائيّة في المغرب، الّتي عارضت نصوص مدوّنة الأحوال الشّخصيّة، كذلك موقف المحاكم الأوروبيّة الّتي ترى بأنّ الطّلاق بإرادة الزّوج المنفردة مخالف للنّظام العام[2].

ج. تعريف الطّلاق وفق قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ:

جاء في المادة 99[3] من قانون الأحوال الشّخصيّة للإمارات العربيّة المتحدة ما يلي:

«1– الطّلاق حلّ عقدة الزّواج الصّحيح بالصّيغة الموضوعة له شرعا.

2– يقع الطّلاق باللّفظ أو بالكتابة، وعند العجز عنها فبالإشارة المفهمة».

استنادا لنصّ هذه المادة، نلاحظ أنّها عرّفت الطّلاق على أنّه: "حلّ عقدة الزّواج الصّحيح"؛ بمعنى رفع أحكامه وإنهاء حلّ العشرة.

[1] باديس بوقرة، المرجع السّابق، ص 11.

[2] محمّد الشّافعي، الزّواج وانحلاله في مدوّنة الأسرة، ط 03، المطبعة والوراقة الوطنيّة، مراكش، 2004، ص 180.

[3] القانون الاتّحاديّ رقم 28 لسنة 2005.

إلاّ أنّ المذكّرة الإيضاحيّة تقول أنّ المادة 99 في فقرتها الأولى، عرّفت الطّلاق وبيّنت معناه اصطلاحا حسب ما جاء به الفقهاء، على أنّ الطّلاق هو رفع قيد الزّواج الصّحيح في الحال والمآل، غير أنّ ذات المادة لم تذكر هذا التّعريف وهذا المعنى[1].

وقد ورد أيضا في الفقرة الثّانيّة من المادة 99، أنّ الطّلاق يقع لفظا أو كتابة وفي حالة العجز عنه فبالإشارة المفهمة.

وهنا، علّقت المذكّرة الإيضاحيّة على هذه الفقرة كما يلي: «فاللّفظ الصّريح في الطّلاق بحسب اللّغة أو العرف هو الّذي لا يحتمل غير الطّلاق، فيقع فيه الطّلاق من غير حاجة إلى النّية. أمّا اللّفظ الكنائيّ فهو الّذي يحتمل إرادة الطّلاق وغيره، فلا يقع فيه الطّلاق إلاّ بالنّية وهو مذهب المالكيّة والشّافعيّة، ولا يمكن إثبات النّية إلا بتصريح من المتكلّم نفسه، ويتحمّل الإثم إن كان غير صادق في تصريحه»[2].

وعليه، نستخلص أنّ الطّلاق يقع باللّفظ الصّريح دون اشتراط النّية، عكس الطّلاق الكنائيّ الّذي يشترط عند إيقاعه النّية، وتثبت بتصريح من الزّوج المطلّق.

كما يمكن أن يقع الطّلاق بالكتابة؛ حيث تقوم هذه الأخيرة مقام الكلام في التّعبير عن الإرادة؛ فالطّلاق يقع بالكتابة الظّاهرة الّتي يبقى أثرها، وهو ما يعرف بالكتابة المستبينة؛ كالكتابة على الورق أو الحجر أو اللّوح. وقد تكون الكتابة عبارة عن رسالة تضم اسم الزّوجة وعنوانها وموجّهة إليها، وهنا يقع الطّلاق دون اشتراط النّية. أمّا إن

[1] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشّخصيّة لدولة الإمارات العربيّة المتحدة، د. ط، دار الكتب القانونيّة، مصر، 2017، ص 31.

[2] فهد عبد المحسن الحسيني، قانون الأحوال الشّخصيّة الكويتيّ –دراسة فقهية نقديّة–، راجع الكتاب: صالح أحمد العلي، ط 01، دار ركائز، الكويت، 1440هـ – 2019م، ص 140.

كانت غير موجّهة للزّوجة –بمعنى دون ذكر اسمها وعنوانها–، فلا يقع الطّلاق إلاّ بوجود النّية، فتتخذ الكتابة نفس حكم الكناية[1].

وما جاء أيضا في المادة 99 من نفس القانون، أنّه في حالة العجز عن إيقاع الطّلاق باللّفظ أو الكتابة، يمكن إيقاعه بالإشارة المفهومة.

د. تعريف الطّلاق وفق قانون الأحوال الشّخصيّة المصريّ:

لم يذكر قانون الأحوال الشّخصيّة المصريّ[2] أيّ تعريف للطّلاق، غير أنّه ورد فيه أنّ كلّ ما لم يرد ذكره في القانون، يرجع فيه إلى الرّاجح من المذهب الحنفيّ.

إلاّ أنّ محكمة النّقض المصريّة عرّفت الطّلاق بقولها: «الطّلاق شرعا هو حلّ رابطة الزّوجيّة الصّحيحة، بلفظ الطّلاق الصّريح أو بعبارة تقوم مقامه، تصدر ممن يملكه وهو الزّوج أو نائبه»[3].

نستشفّ من هذا التّعريف، أنّ الطّلاق لا يكون إلاّ في الزّواج الصّحيح؛ فالزّواج غير الصّحيح لا تثبت به رابطة الزّوجيّة، وبالتّالي لا طلاق فيه، كما أنّ لفظ الطّلاق يمكن أن يكون صريحا أو كناية، مع توفّر نيّة الطّلاق والأصل أنّ سلطة إيقاع الطّلاق تكون بيد الزّوج، غير أنّه يمكن أن يقوم غيره بإيقاعه.

---

[1] محمد خليل سلمان محسن الديسي، موسوعة الأحوال الشّخصيّة في ضوء قانون الأحوال الشّخصيّة لدولة الإمارات العربيّة المتحدة –دراسة مقارنة–، ط 2019، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2019، ص 243.

[2] القانون رقم 100 لسنة 1985، متعلّق بقانون الأحوال الشّخصيّة المصريّ، ج. ر. ج. م. ع، ع 27، المؤرّخة في 04 يوليو 1985.

[3] محمود سلامة محمود الهايشة، محاكم الأسرة المصريّة: الفرق بين الطّلاق والفسخ والخلع في القانون، طعن رقم 54 لسنة 54، قضائيّة أحوال شخصيّة، جلسة 26 مارس 1985، منشور على الرّابط: https://www.ssrcaw.org، تاريخ التّصفّح: 2022/01/05، على السّاعة 17:39 سا.

الفرع الثّاني: مشروعيّة الطّلاق وحكمه والحكمة من تشريعه:

وردت عدّة أدلّة على مشروعيّة الطّلاق في الشّريعة الإسلاميّة، وقد كان أساس ذلك من القرآن الكريم والسّنة النّبويّة والإجماع والمعقول (أوّلا)، إلاّ أنّ هذه المشروعيّة لا تعني أنّ إيقاع الطّلاق مباح على الدّوام وعلى الإطلاق، وإنّما تحكمه وتضبطه عدّة أحكام شرعيّة تكليفيّة (ثانيا)، وكما هو معلوم ومؤكّد، فإنّ المولى عزّ وجلّ لا يشرّع مسألة ما إلاّ لحكمة معتبرة ولمقصد عظيم، وهذا ما سنتعرّف عليه (ثالثا).

أوّلا- أساس مشروعيّة الطّلاق:

جاءت في الكتاب الحكيم عدّة آيات تمحورت حول موضوع الطّلاق؛ وقد خصّ الله عزّ وجلّ سورة بأكملها سمّيت بسورة الطّلاق، كما وردت أحاديث نبويّة عديدة بشأن الطّلاق، إضافة إلى رأي الفقهاء وتوجّهاتهم.

1. الدّليل من الكتاب الحكيم (القرآن الكريم):

ما يدلّ على مشروعيّة الطّلاق من القرآن الكريم، قول الله جلّ جلاله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً (49)﴾[1].

وقوله عزّ وجلّ: ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (236) وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ۚ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ ... (237)﴾[2].

[1] سورة الأحزاب، الآية 49.

[2] سورة البقرة، الآيتان 236، 237.

وقوله أيضا تبارك وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا (01) فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ۚ ... (02)﴾[1].

عند التّمعّن في هذه الآيات الكريمة المخاطبة والموجّهة للرّجال، نستخلص أنّ الطّلاق حقّ للزّوج يوقعه متى أراد ذلك بإرادته المنفردة؛ فهو غير ملزم بتبريره أو طلب موافقة الزّوجة ولا حرج في استعماله، وإيقاعه مباح وإن كان مبغضا في الأصل عند عامة العلماء، وحجّتهم في ذلك أنّ الطّلاق فيه كفران النّعمة؛ كون النّكاح من النّعم الّتي أنعمها الله عزّ وجلّ على عباده، وكفران النّعمة حرام وهكذا هو الطّلاق[2].

2. الدّليل من السّنة النّبويّة الشّريفة:

من الأحاديث النّبويّة الشّريفة الّتي وردت بخصوص الطّلاق، نجد ما ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن النّبي صلّى الله عليه وسلّم قال: ﴿أبغض الحلال إلى الله الطّلاق﴾[3]، رواه أبو داود وابن ماجة.

---

[1] سورة الطّلاق، الآيتان 01، 02.

[2] محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمّة السرخسيّ، المبسوط، ج 06، كتاب الطّلاق، د. ط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ - 1993م، ص 02.

[3] محمّد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيّد الأخيار، ج 07، كتاب الطّلاق، باب جوازه للحاجة وكراهته مع عدمها وطاعة الوالد فيه، رقم الحديث 04، د. ط، دار الجيل، بيروت، د. س. ن، ص 02.

وأيضا عن ابن عباس رضى الله عنهما قال: «طلّق أبو ركانة أم ركانة، فقال له رسول الله صلّى الله عليه وسلم: ﴿راجع امرأتك﴾، فقال: إنّي طلّقتها ثلاثاً، قال: ﴿قد علمت راجعها﴾»[1]، رواه أبو داود.

المقصود من الحديث الأوّل، أنّ الطّلاق حلال ولكّن عند الحاجة والضّرورة فالأصل أن لا يوقعه الزّوج كونه أبغض الحلال إلى الله عزّ وجلّ، و«المعنى في هذا التّرغيب في عدم الطّلاق، والحثّ على البقاء مع الزّوجة إذا أمكن ذلك»[2].

ومن خلال الحديث الثّاني، تبيّن لنا أنّ رسول الله صلّى الله عليه بيّن أحكام الطّلاق فيما يخصّ إيقاعه ثلاثا في مجلس واحد؛ حيث اعتبره صلّى الله عليه وسلّم طلقة واحدة، حتى أنّه أمره بمراجعتها.

وهذا ما يدلّ على حقّ الزّوج في إيقاع الطّلاق، وجواز إرجاع الزّوجة ما دامت في عدّتها، وإصلاح ذات البين بينهما وإعادة المياه إلى مجاريها.

3. الدّليل بالإجماع والمعقول:

أجمع المسلمون على جواز الطّلاق، وقد دلّ المعقول على مشروعيّته أيضا خاصة عند استحالة الحياة الزّوجيّة، وتفويت الهدف الأساسيّ من الزّواج، ألا وهو المعاشرة الطّيّبة القائمة على المحبّة والمودّة[3].

---

[1] الحافظ بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلّة الأحكام، كتاب النّكاح، باب الطّلاق، د. ط، دار النّهضة العربيّة، مصر، د. س. ن، ص 225.

[2] ابن باز، نور على الدّرب، شرح حديث (أبغض الحلال إلى الله الطّلاق)، منشور على الرّابط الآتي: *https://binbaz.org.sa>fatwas>*، تاريخ التّصفّح: 2022/02/27، على السّاعة 21:00 سا.

[3] بدران أبو العينين بدران، أحكام الزّواج والطّلاق في الإسلام –بحث تحليليّ ودراسة مقارنة–، ط 02، دار التّأليف، مصر، 1961، ص 213.

وبالتّالي، يكون من الأولى أن يفترقا وأن يضعا حدّا لزواجهما لقول الله جلّ شأنه: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ... (130)﴾[1].

ثانيا- حكم الطّلاق والحكمة من تشريعه:

من الثّابت أنّ الطّلاق هو تصرّف قوليّ يصدر ممّن يملك حقّ إيقاعه، وبالتّالي لا بد أن يكون له حكم شرعيّ من حيث الوجوب أو النّدب أو الحرمة أو الإباحة[2]. كما أنّ الله عزّ وجلّ شرّع الزّواج وسمّاه بالميثاق الغليظ، وجعل فيه عدّة مصالح دينيّة ودنياويّة، وشرّع بالمقابل الطّلاق عند فساد الحال بين الزّوجين، وفي ذلك حكمة عظمى لزوال الضّرر.

1. حكم الطّلاق:

تطرّقنا فيما سبق لمدى مشروعيّة الطّلاق، وأساس ذلك القرآن الكريم والسّنة النّبويّة الشّريفة والإجماع والمعقول، إلاّ أنّ هذا لا يعني أنّ الطّلاق مباح مطلقا وأنّ للزّوج الحقّ في إيقاعه، كما أنّ وصفه بأبغض الحلال لا يجعله محرّما.

وبناءً عليه، فقد جعل الفقهاء عدّة أحكام شرعيّة تكليفيّة للطّلاق سنوضّحها كما يلي:

أ. **الطّلاق بين الوجوب والمكروه:** يكون الطّلاق واجبا عند عجز الزّوج عن القيام بحقوق الزّوجيّة[3]. أيضا عند «طلاق المولي بعد التّربّص إذا أبى الفيئة، وطلاق

[1] سورة النّساء، الآية 130.

[2] إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة: الزّواج والطّلاق بين الحنفيّة والشّافعيّة -دراسة مقارنة-، ط 01، دار الحامد، عمّان، 1429هـ - 2009م، ص 230.

[3] عبد الرّحمن الجزيري، المرجع السّابق، ص 263.

الحكمين في الشّقاق إذا رأيا ذلك وقد يكون مكروها وهو الطّلاق من غير الحاجة إليه لأنّه مزيل للنّكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها، وبالتالي فهو مكروه»[1].

«والأصل في الطّلاق أن يوصف بالكراهة؛ فكلّ طلاق في ذاته مكروه، وليس للرّجل أن يطلّق بدون سبب»[2].

وعليه، فالطّلاق وإن كان مشروعا إلاّ أنّ استعماله وإيقاعه بدون سبب يجعله مكروها، ويكون واجبا إذا عجز الزّوج عن الإنفاق أو عن معاشرة زوجته معاشرة الأزواج.

عن ابن عمر رضي الله عنهما، عن النّبي صلّى الله عليه وسلّم قال: ﴿أبغض الحلال إلى الله الطّلاق﴾[3]، رواه أبو داود وابن ماجة.

وعن لقيط بن صبرة قال: «قلت يا رسول الله لي امرأة فذكر من بذائها قال طلقها قلت إن لها صحبة وولدا قال مرها أو قل لها فإن يكن فيها خير فستفعل ولا تضرب ظعينتك ضربك أمتك»[4]، رواه أحمد وأبو داود.

ب. الطّلاق بين المباح والمندوب إليه: يكون الطّلاق مباحا عند الحاجة إليه، خاصة عند سوء خلق الزّوجة وسوء عشرتها، والتّضرّر منها من غير حصول الغرض بها أمّا الطّلاق المندوب إليه فيكون عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها؛ كتركها

[1] عبد الرّحمن بن أحمد بن قدامة المقدسيّ الحنبليّ الدّمشقيّ، الشّرح الكبير على متن المقنع، ج 08، كتاب الطّلاق، ط 01، هجر للطّباعة والنّشر والتّوزيع والإعلان، القاهرة، 1415هـ – 1995م، ص 234.

[2] عبد الرّحمن الجزيري، المرجع السّابق، ص 264.

[3] محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المصدر السّابق، ص 02.

[4] المصدر والموضع نفسهما.

الصّلاة والفرائض، وفي هذه الحالة لا يجوز للرّجل أن يمسكها متى عجز عن تقويمها وتربيتها[1].

ج. الطّلاق المحظور: وهو طلاق الحائض بعد الدّخول؛ كأن يطلّق الزّوج زوجته في حال حيضها أو في طهر جامعها فيه، وهو طلاق محرّم[2]. فعن ابن عمر رضي الله عنهما «أنّه طلّق امرأته وهي حائض، فسأل عمر النّبي صلّى الله عليه وسلّم فقال: ﴿مُرْهُ فليراجعها ثمّ ليطلّقها طاهرًا أو حاملاً﴾»، رواه الجماعة إلاّ البخاريّ.

وفي رواية أخرى عنه أيضا «أنّه طلّق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر لرسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فتغيّظ منه رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ثم قال: ﴿ليراجعها ثمّ يمسكها حتى تطهر ثمّ تحيض فتطهُر، فإن بدا له أن يُطلّقها فليطلّقها قبل أن يمسّها، فتلك العدّة كما أمر الله عزّ وجلّ﴾»[3].

هذا، وقد اختلف الفقهاء في أصل إيقاع الطّلاق في اتجاهين؛ بمعنى أهو الحظر أم الإباحة؟

- **الاتّجاه الأوّل: أصل الطّلاق هو الإباحة:** هو اتّجاه جمهور الفقهاء الّذين قالوا أنّ الأصل في الطّلاق الإباحة. وقد استدلّوا على قولهم هذا بآيات القرآن الكريم وأحاديث السّنة النّبويّة المطهّرة.

[1] عبد الرّحمن الجزيري، المرجع السّابق، ص 280.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلاميّ وأدلّته، ج 04، باب انحلال الزّواج وآثاره، ط 04، دار الفكر، سوريا، د. س. ن، ص 6951.

[3] محمّد بن علي بن محمد الشوكاني، المصدر السّابق، ص 02.

فمن القرآن الكريم نجد أنّهم استدلّوا بقول الله تبارك وتعالى: ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ... (236)﴾[1]. وقوله عزّ وجلّ أيضا: ﴿... فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ... (01)﴾[2].

أمّا استدلالهم من السّنة النّبويّة المطهّرة، فعن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّه طلّق زوجته، حتى نزل الوحيّ يقول له راجعها فإنّها صوّامة قوّامة، والنّبيّ صلّى الله عليه وسلّم لا يفعل المحضور.

وروى الدارقطني عن سويد بن عفلة قال: «كانت عائشة الخثعمية عند الحسن بن علي بن أبي طالب كرّم الله وجهه، فلمّا أصيب عليّ وبويع الحسن بالخلافة قالت: لِتَهْنِكَ الخلافة يا أمير المؤمنين، فقال: يقتل عليّ وتظهرين الشّماتة ! اذهبي فأنت طالق ثلاثا.

قال: فتلفعت بساجها وقعدت حتى انقضت عدّتها، فبعث إليها بعشرة آلاف متعة وبقيّة ما بقي لها من صداقها. فقالت: متاع قليل من حبيب مفارق.

فلمّا بلغه قولها بكى وقال: لولا أنّي سمعت جدّي –أو حدّثني أبي أنّه سمع جدّي– يقول: أيّما رجل طلّق امرأته ثلاثا مبهمة أو ثلاثا عند الأقراء، لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره، لراجعتها»[3].

فالرّسول صلّى الله عليه وسلّم لم ينكر طلاق الصّحابة لزوجاتهم دون بيان لسبب الطّلاق، وهذا إن دلّ على شيء إنّما يدلّ على أنّ الطّلاق مباح.

---

[1] سورة البقرة، الآية 236.

[2] سورة الطّلاق، الآية 01.

[3] أبو الحسن بن دينار البغداديّ الدّارقطنيّ، سنن الدّارقطنيّ، ج 05، كتاب الطّلاق والخلع والإيلاء وغيره، رقم الحديث 3973، ط 01، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، 1434هـ – 2003م، ص 56.

كما وصفه صلّى الله عليه وسلّم بأنّه أبغض المباحات إلى الله تعالى، في قوله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿إنّ أبغض المباحات عند الله الطّلاق﴾؛ حيث أنّه نصّ على إباحته رغم كونه مبغوضا إلى الله سبحانه وتعالى، ولم يترتّب عليه ما ترتّب على المكروه[1]. ودليل نفي الكراهة هذه قول الله سبحانه وتعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ ... (236)﴾[2].

نجد أيضا في هذا الاتجاه قول الإمام الغزالي عن الطّلاق أنّه مباح، وذلك شريطة أن لا يكون فيه إيذاء بالباطل، غير أنّه ما دام قد طلّقها فقد آذاها، ولا يباح إيذاء الغير إلاّ بجناية من جانبها أو بضرورة من جانبه، كما ينهى الأزواج عن طلب حيلة للفراق[3]. لقول الله تبارك وتعالى: ﴿... فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ ... (34)﴾[4].

هذا، وقد وعد الله سبحانه وتعالى بالغنى في الفراق والنّكاح جميعا، فقال جلّ شأنه: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ ... (32)﴾[5]. وقوله كذلك جلّ في علاه: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۚ ... (130)﴾[6].

- **الاتّجاه الثّاني: أصل الطّلاق هو الحظر:** أمّا الاتّجاه الثّاني فهو الّذي يرى أصحابه أنّ أصل الطّلاق هو الحظر، وهذا ما رجّحه الحنفيّة ومثل ذلك ابن عابدين

[1] كمال الدّين بن الهمّام الحنفيّ، شرح فتح القدير على الهداية، ج 03، كتاب الطّلاق، ط 01، دار الحلبيّ وأولاده، مصر، 1389هـ – 1970م، ص 464.

[2] سورة البقرة، الآية 236.

[3] أبو حامد الغزالي، نداء الإيمان، الحاوي في تفسير القرآن الكريم، منشور على: https://www.al.eman.com، تاريخ التّصفّح: 2022/05/09، على السّاعة 15:00 سا.

[4] سورة النّساء، الآية 34.

[5] سورة النّور، الآية 32.

[6] سورة النّساء، الآية 32.

وقولهم بأنّ الأصل في الطّلاق الحظر، معناه أنّ الشّارع ترك هذا الأصل فأباحه، ولأنّ الرّسول صلّى الله عليه وسلّم طلّق حفصة لا لريبة ولا لكِبْر.

وقول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿أبغض الحلال إلى الله الطّلاق﴾؛ بمعنى أنّ الأصل لا يدلّ على أنّه محظور، وإنّما يفيد أن الأصل فيه الحظر وترك ذلك بالشّرع قصار الحلّ هو المشروع.

وأمّا الطّلاق، فإنّ الأصل فيه الحظر؛ بمعنى أنّه محظور إلاّ لعارض يبيحه وهو معنى قولهم الأصل فيه الحظر والإباحة للحاجة إلى الخلاص، فإذا كان بلا سبب أصلا لم تكن فيه حاجة إلى الخلاص، بل يكون حمقا وسفاهة رأي ومجرّد كفران النّعمة، وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها.

كما أنّ الحاجة ليست مختصّة بالكِبْر والرّيبة[1].

وقد استدلّوا على ذلك من القرآن الكريم، بقول الله تبارك وتعالى: ﴿... فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ ... (34)﴾[2]. وقوله عزّ وجلّ: ﴿... فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا (19)﴾[3].

أمّا دليلهم في ذلك من السّنة النّبويّة الشّريفة، فهو ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما؛ إذ قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿أبغض الحلال إلى الله الطّلاق﴾ رواه أبو داود وابن ماجة، وصحّحه الحاكم، ورجّح أبو حاتم إرساله[4].

---

[1] محمّد أمين بن عابدين، حاشية ردّ المحتار على الدّر المختار –شرح تنوير الأبصار–، ج 03، كتاب الطّلاق، ط 02، دار الحلبيّ وأولاده، مصر، 1386هـ – 1966م، ص 228.

[2] سورة النّساء، الآية 34.

[3] سورة النّساء، الآية 19.

[4] الحافظ بن حجر العسقلاني، المصدر السّابق، رقم الحديث 1098، ص 223.

كما قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿أيُّما امرأة سألت زوجها طلاقَها في غير ما بأس؛ فحرام عليها رائحة الجنّة﴾[1] رواه الخمسة إلا النّسائي، وهذا إن دلّ على شيء، فإنّما يدل على أنّ سؤال المرأة الطّلاق من زوجها محرّم عليها تحريما شديدا لأنّه من لم يرح رائحة الجنّة لا يدخلها أبدا، فكفى بذنب يبلغ بصاحبه إلى ذلك المبلغ[2].

وعليه، فأيّ امرأة تطلب الطّلاق من زوجها دون وقوع ضرر عليها ودون سبب ظاهر، فإنّها تحرم رائحة الجنّة؛ وهذا كناية عن عدم دخولها أصلا.

وممّا جاء في هذا الصّدد، ما أخبرنا به عمرو بن علي قال: أخبرنا أبو معاوية قال: أخبرنا محمد بن شيبة بن نعامة عن عبد الله بن عيسى عمّن حدّثه عن أبي موسى الأشعريّ رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿لا تطلّق النّساء إلاّ من ريبة؛ إنّ الله تبارك وتعالى لا يحبّ الذّواقين ولا الذّواقات﴾[3].

2. الحكمة من تشريع الطّلاق:

كما هو واضح ومعلوم، فإنّ الطّلاق موجود عبر جميع العصور والأزمنة وفي جميع الشّرائع السّماويّة، وهو من المسائل المهمّة في الشّريعة الإسلاميّة، لذا جاء الإسلام مقرّا له على الرّغم من كونه غير محبّب -كما بيّنا آنفا-، فضبطه بما يتوافق مع الفطرة البشريّة، وللطّلاق حكمة أكيدة أهمّها وأبلغها حماية النّفس من الضّرر والأذى.

وقد قال ابن سينا في كتاب الشّفاء: «ينبغي أن يكون إلى الفرقة سبيل ما، وألاّ يسدّ ذلك من كلّ وجه؛ لأنّ حسم أسباب التّواصل إلى الفرقة بالكلّية، يقتضي وجوها من

---

[1] محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المصدر السّابق، رقم الحديث 03، ص 02.

[2] المصدر نفسه، ص 03.

[3] أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق العتكي البزار، البحر الزخار المعروف بمسند البزار، تحقيق: محفوظ الرّحمن زين الله، ج 08، رقم الحديث 3066، ط 01، مكتب العلوم والحكم، المدينة المنوّرة، 1416هـ - 1996م، ص ص 70، 71.

الضّرر والخلل؛ منها أنّ من الطّبائع ما لا يألف بعض الطّبائع، فكلّما اجتهد في الجمع بينهما، زاد الشّر (أي الخلاف) وتنغّصت المعايش. ومنها أنّ من النّاس من يمنى (أي يصاب) بزوج غير كفء، ولا حسن المذاهب في العشرة، أو بغيضا تعافه الطّبيعة فيصير ذلك مدعاة إلى الرّغبة في غيره؛ إذ الشّهوة طبيعة، ربّما أدى ذلك إلى وجوه من الفساد، وربّما كان المتزوّجان لا يتعاونان على النّسل، فإذا بدّلا بزوجين آخرين تعاونا فيه، فيجب أن يكون إلى المفارقة سبيل، ولكنّه يجب أن يكون مشدّدا فيه»[1].

وعليه، فالطّلاق هو بمثابة حلّ نهائيّ وعلاج حاسم لما صعب حلّه على الزّوجين والحكمين، خاصة عند تباين الأخلاق وتنافر الطّباع وكثرة المشاحنات بين الزّوجين، وضمور المحبّة وظهور الكراهيّة والنّفور.

لذا، يجب على الزّوج ألاّ يلجأ إلى الطّلاق من الوهلة الأولى لأسباب ساذجة لأنّه بمثابة تشريع استثنائيّ للضّرورة القصوى، ويكون بعد اتّباع عدّة خطوات رغّبها الشّرع للحيلولة دون وقوعه[2]. مصداقا لقول الله تبارك وتعالى: ﴿... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا (34)﴾[3].

وقوله كذلك جلّ شأنه: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا (35)﴾[4].

---

[1] سّيد سابق، فقه السّنة –الطّلاق–، ج 02، ط 03، دار الكتاب العربي، بيروت، 1397هـ – 1977م، ص 244.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشّافعيّ، أحكام الأسرة الخاصة بالزّواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلاميّ والقانون والقضاء: دراسة لقوانين الأحوال الشّخصيّة في مصر ولبنان، ط 02، منشورات الحلبيّ الحقوقيّة، لبنان، 2011، ص 430.

[3] سورة النّساء، الآية 34.

[4] سورة النّساء، الآية 35.

يتّضح لنا من قول الله سبحانه وتعالى، أنّ هناك عدّة طرق علاجيّة لحلّ النّزاع بين الزّوجين؛ من وعظ وإرشاد وهجر في المضجع وإعراض وضرب غير مبرح وإرسال الحكمين ...

وعن عبد الله بن عبّاس رضي الله عنهما –من طريق علي بن أبي طلحة– قال عن معنى قول الله تبارك وتعالى في سورة النّساء: ﴿... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ ... (34)﴾؛ أي: تلك المرأة تنشز وتستخفّ بحقّ زوجها، ولا تطيع أمره.

وعن مجاهد بن جبر قال: ﴿... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ ... (34)﴾؛ أي العصيان[1].

والمراد بالنّشوز هو الارتفاع، والمقصود بالمرأة النّاشر: أي ترفّع المرأة عن زوجها بحيث لا تبذل ما يجب عليها من حقوقه، أو تبدله لكّن متبرّمة متكرّهة متملّلة لا يأنس بها ولا يركن إليها؛ فالنّشوز داء[2].

وقد ذكر الله سبحانه وتعالى له الدّواء على ثلاثة مراحل[3]:

- **أوّلها الموعظة:** بأن يتم تذكيرها بحقّ الزّوج، وأنّ طاعتها له خير لها في الدّنيا والآخرة، وتخويفها من غضب الله عزّ وجلّ إذا نشزت، ومن عقابه إذا خالفت.
- **ثانيها الهجر:** ويقصد به الهجر في المضجع (عدم المُضاجعة)؛ أي يكون كل من الزّوج والزّوجة في فراش مستقلّ عن الآخر، أو في غرفة مستقلّة عن الأخرى.

[1] محمّد بن سليمان الطّيّار ونوح بن يحي الشّهري، موسوعة التّفسير المأثور، أكبر جامع لتفسير النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم والصّحابة والتّابعين وتابعيهم مغزوًّا إلى مصادره الأصليّة مقرونا بتعليقات خمسة من أبرز المحقّقين في التّفسير، مج 06، ط 01، دار ابن حزم، السّعوديّة، 1439هـ – 2017م، ص 344.

[2] محمد بن صالح العثيمين، تفسير القرآن الكريم، مج 01، ط 01، دار ابن الجوزيّ، السّعوديّة، 1430هـ، ص 291.

[3] المصدر نفسه، ص 292.

- **ثالثها الضّرب:** وهو آخر الدّواء بغرض التّأديب، بشرط ألاّ يكون ضربا مبرحا يتمّ جرحها من جرّاءه؛ بل يجب عليه أن يتّقي في ضربها ما أمر باتّقائه كالوجه مثلا.

ما يلاحظ هنا، أنّ الله عزّ وجلّ لم يذكر الطّلاق كأوّل حلّ عند نشوز الزّوجة وعدم طاعتها لزوجها، وإنّما ذكر ثلاثة مراحل شرعيّة يجب على الزّوج التّقيّ اتباعها وجعل الطّلاق آخر العلاج.

المطلب الثّاني: القيود الواردة على الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج

نظرا لاختلاف عقد الزّواج عن سائر العقود وتميّزه عنها، أحاطته الشّريعة الإسلاميّة بسياج الحماية والمحافظة، تتجلّى في تقييد الشّرع للطّلاق بقيود شرعيّة منعا للتّهوّر والتّسرّع. إذ للطّلاق تأثير بالغ على نفسيّة الزّوجة لما قد يصيبها من ضرر وعوز وحاجة كما قد يعرّضها للمفاسد والمعاصي.

إلى جانب ذلك، وضعت القوانين الوضعيّة هي الأخرى عدّة قيود قانونيّة وقضائيّة حتى لا يقدم الزّوج على هذا الفعل إلا بعد التّروّي والتّفكير الواسع والجيّد كون أن الطّلاق –كما ذكرنا آنفا– ليس بالحقّ المطلق، لذا يجب على الزّوج أن يوقعه في حدود الحكمة الّتي شرّع من أجلها وفي حدود مشروعيّته.

وعليه، سنقوم في هذا المطلب بتوضيح القيود الدّينيّة الواردة على الطّلاق في الفرع الأوّل، تليها القيود القانونيّة والقضائيّة لذلك في الفرع الثّاني.

الفرع الأوّل: القيود الدّينيّة الواردة على الطّلاق:

من المعلوم أنّ الأزواج هم الأكثر حرصا على استمرار واستقرار الحياة الزّوجيّة؛ كون الغالب في طبع الرّجال هو التّروّي والتّأني، على عكس المرأة الّتي تغلب عليها العواطف فتنساق وراء ميولاتها، وهذا ما جعل العصمة مملوكة شرعا للزّوج دون الزّوجة؛ فالشّارع بإعطائه حقّ إيقاع الطّلاق للزّوج، جعل من ضميره

الحيّ رقيبا على كلّ تصرّفاته، فلا يطلّق إلاّ لحاجة وحين اعتقاده أنّ المصلحة تقتضي ذلك؛ وفيما يلي توضيح وتبيان لهذه القيود:

هناك ثلاث قيود دينيّة أوجبها الشّرع حتى لا يكون هناك إثم في إيقاع الطّلاق ألا وهي: أن يكون الطّلاق لحاجة مقبولة شرعا وعرفا (أوّلا)، وأن يكون الطّلاق في طهر لم يجامعها فيه (ثانيا)، وأيضا يجب أن يكون الطّلاق مفرقا ليس بأكثر من واحدة (ثالثا)[1].

أوّلا- أن يكون الطّلاق لحاجة مقبولة شرعا وعرفا:

لقد بيّنا سابقا أنّ الطّلاق لغير حاجة هو كفر بنعمة الزّواج، وفيه أذى كبير وضرر أكبر بالزّوجة والأولاد، ومع ذلك هو مباح وفق رأي الحنفيّة مستدلّين بالآية الكريمة: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ... (236)﴾[2].

في حين يرى جمهور العلماء غير الحنفيّة أنّ الأصل في الطّلاق هو الحظر ودليلهم في ذلك قول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿أبغض الحلال إلى الله الطّلاق﴾[3] رواه أبو داود وابن ماجة. وحديثه أيضا صلّى الله عليه وسلّم: ﴿أيُّما امرأة سألت زوجها طلاقَها في غير ما بأس؛ فحرام عليها رائحة الجنّة﴾.

فإيقاع الطّلاق من غير حاجة يوقع مع الإثم؛ لأنّ الحاجة قد تكون تقديريّة أو نفسيّة خفيّة، لا تخضع للإثبات الظّاهر في القضاء، وقد تكون ممّا يجب ستره حفاظا على سمعة المرأة ومنعا من التّشهير بها.

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السّابق، ج 09، ص 6920.

[2] سورة البقرة، الآية 236.

[3] الحافظ بن حجر العسقلاني، المصدر السّابق، رقم الحديث 1098، ص 223.

لذا، يجب على الزّوج أن يوقع الطّلاق لغاية مشروعة، وأن يستعمله بمعروف حتى وإن كان حقّه الشّرعيّ؛ كون الزّواج عقد أبديّ لا يمكن وضع حدّ له إلاّ إذا توافرت الحاجة لذلك، أمّا في حال تباين الأخلاق مثلا وعدم الانسجام بين الزّوجين فمن الأحسن فكّ الرّابطة الزّوجيّة وإزالتها؛ كون هذا يعدّ سببا أساسيّا لإيقاع الطّلاق.

وفي هذا الصّدد، يقول أستاذنا الإمام محمد أبو زهرة: «والحقّ أنّ الأصل في الطّلاق هو الحظر ولا يباح إلاّ للحاجة، ولكّن هذه الحاجة قد تكون نفسيّة وقد تكون ممّا يجب ستره وهي في كلّ أحوالها أو جلّها لا يجوز أن تعرض بين أنظار القضاء ويتنازعها الخصوم فيما بينهم شدّا أو جذبا ...»[1].

فمثلا، عند انقطاع حبل المودّة بين الزّوجين وانتشار البغضاء بينهما وعدم التّوفيق في الإصلاح، جاز الطّلاق هنا بل وكان أمرا ضروريّا؛ لأنّ الطّلاق ثبت للضّرورة والحاجة وهو قطع للزّواج الّذي يعتبر نعمة وقطع النّعمة لا يجوز إلاّ إذا زالت صفتها، وباعتبار أيضا أنّ الزّواج عقد بين طرفين على وجه التّأبيد، فالقياس أنّه لا يجب وضع حد له بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين (الزّوجين)، إلاّ عند الحاجة فقط؛ فانعدام الحاجة والضّرورة يبقي القياس قائما ألا وهو منع إيقاع الطّلاق[2].

ثانيا- أن يكون الطّلاق في طهر لم يجامعها فيه:

كما هو معلوم، فإنّ إيقاع الطّلاق في هذا الحدّ أو القيد هو طلاق السّنة؛ لأنّه مطابق وموافق لها، على عكس الطّلاق البدعيّ الّذي يكون مخالفا لهذا القيد.

«فأوّلا، بالنّسبة للوقت فهو أن يكون إيقاع الطّلاق في حالة طهر المرأة لا في حال حيضها، وألاّ يكون قد دخل بها لا في طهر ولا في حيض قبله؛ وذلك لأنّه تطليق

[1] محمد أبو زهرة، المرجع السّابق، ص 285.

[2] المرجع نفسه، ص 284.

في وقت تكون فيه النّفس راغبة، فإذا طلّق في هذا الحال كان التّطليق دليلا على شدّة النّفرة»[1].

«فإذا أوقع الزّوج الطّلاق في حال الحيض أو النّفاس، أو في طهر جامعها فيه كان الطّلاق عند الجمهور حراما شرعا وعند الحنفيّة مكروها تحريميّا، وهو ما يسمّى طلاقا بدعيّا.

والحكمة من ذلك، هو عدم إطالة العدّة على المرأة؛ لأنّ الطّلاق أثناء الحيض أو في طهر جامعها فيه، فيه ضرر بها بتطويل العدّة عليها؛ لأنّ الحيضة الّتي وقع فيها الطّلاق لا تحتسب من العدّة، وزمان الحيض زمان النّفرة، وبالجماع مرّة في الطّهر تفتر الرّغبة»[2].

ثالثا- أن يكون الطّلاق مفرقا ليس بأكثر من واحدة:

شرّع الطّلاق مفرقا بعد أن كان إيقاعه في الجاهليّة من غير حدّ، وهذا ما جعل المرأة لعبة بيد الرّجل يصرفها حيث يشاء، الأمر الّذي سبّب لها الكثير من الضّرر والإجحاف في حقّها، إلى أن جاء الإسلام ووضع حدّا لهذه الفوضى؛ فنظّم شأن الطّلاق ولم يحصره في مجرّد كلمة يلقيها الزّوج على زوجته، وإنّما سلك به طريق العلاج. فشرّع الطّلاق مفرّقا مرّة بعد أخرى، ولم يشرّعه دفعة واحدة.

والحكمة من ذلك، هي أن يجرّب الزّوج نفسه على الفراق بعد المرّة الأولى ويعوّدها على الصّبر، ونفس الحال بالنّسبة للزّوجة أيضا؛ فإذا وجد الزّوج نفسه مفطومة عن زوجته أوقع الثّانية مع الانتظار والتّجربة ثانية[3].

---

[1] بدران أبو العينين بدران، المرجع السّابق، ص 224.

[2] وهبة الزحيلي، المرجع السّابق، ج 09، ص ص 6922، 6923.

[3] بدران أبو العينين بدران، المرجع السّابق، ص 232.

وعليه، فنظام الإسلام لم يحرم الزّوج من زوجته عند أوّل هفوة منه؛ كأن يوقع الزّوج الطّلاق عند غضبه الشّديد أو ما يعرف بالإغلاق، غير مدرك لعواقبه ونتائجه لذلك شرّع مفرّقا حتى يكون باب التّدارك مفتوحا.

هذا، وقد ساير المشرّع الجزائريّ وكذا القوانين الوضعيّة العربيّة الشّريعة الإسلاميّة بسن ضوابط وقيود قانونيّة وقضائيّة، سنوضّحها في النّقطة الموالية.

الفرع الثّاني: القيود القانونيّة والقضائيّة الواردة على الطّلاق:

إضافة إلى القيود الّتي وضعتها الشّريعة الإسلاميّة، عند استعمال الزّوج لحقّ إيقاع الطّلاق، بحسب ما جاء في الكتاب الحكيم والسّنة النّبويّة الشّريفة من ضوابط وحدود، هناك أيضا قيود أخرى وضعتها القوانين الوضعيّة والمحاكم لاعتمادها في إيقاع حقّ الطّلاق والموضّحة كما يلي:

أوّلا- الصّلح إجراء جوهريّ قبل صدور حكم الطّلاق:

نصّ المشرّع الجزائريّ على محاولات الصّلح في المادة 49 من قانون الأسرة الجزائريّ، كما يلي: «لا يثبت الطّلاق إلاّ بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدّته ثلاثة (03) أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدّعوى.

يتعيّن على القاضي تحرير محضر يبيّن مساعيّ ونتائج محاولات الصّلح، يوقّعه مع كاتب الضّبط والطّرفين.

تسجّل أحكام الطّلاق وجوبا في الحالة المدنيّة بسعي من النّيابة العامة».

فسّر الفقهاء القانونيّون -ومن بينهم الأستاذ العربي بلحاج-، محاولة الصّلح على أنّها أصبحت إجراءً إجباريّا على القاضي القيام به، وأضاف الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا أنّ محاولة الصّلح «إلزاميّة للقاضي وهي من النّظام العام؛ كون أنّ المشرّع في المادة 49 من قانون الأسرة الجزائريّ، لم يترك الخيار للقاضي في إجراء والقيام بمحاولة الصّلح من عدمها، بل نصّ على عدم إثبات الطّلاق إلاّ بحكم يسبقه إجراء

محاولة الصّلح؛ فمحاولة الصّلح إذا هي إجراء جوهريّ لا بدّ منها قبل النّطق بحكم الطّلاق»[1].

أمّا قضاءً، فقد استقرّ قضاء المجلس الأعلى على إلزاميّة محاولات الصّلح بعد صدور قانون الأسرة الجزائريّ سنة 1984، وقد جاء ذلك في القرار الصّادر بتاريخ 1991/06/18 الذّي كانت حيثياته كما يلي: «بالرّجوع إلى القرار موضوع الطّعن يتجلّى بأنّه جاء مخالفا للقانون خصوصا المادة 49 من قانون الأسرة الّذي أغفل القرار المنتقض تطبيقها بطريقة سليمة، وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطّلاق دون قيامه بإجراء محاولة الصّلح قبل ذلك، ولم يتعرّض بدوره رغم ما يملكه من صلاحيّات إلى الصّلح، وأنّ المادة 49 من قانون الأسرة تنصّ صراحة على أنّه: «لا يثبت الطّلاق إلاّ بحكم بعد عدّة محاولات صلح»؛ إذا فالقيام بإجراء محاولة الصّلح بين الطّرفين قبل الحكم بالطّلاق، هو إجراء أوجبه القانون ويعدّ من النّظام العام، وإغفال القرار المنتقض القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له، ما يستوجب نقضه»[2].

قضاء المجلس الأعلى سار على نفس المنوال، قبل صدور قانون الأسرة سنة 1984؛ حيث استقرّ على فكرة إجباريّة محاولات الصّلح، وهو ما يؤكّده القرار الصّادر بتاريخ 1968/07/03، على أنّ: «التّصريح بالتّفريق بين الطّرفين دون محاولة الصّلح المقرّرة في هذا الشّأن، ودون سماع المعنيّين في هذا الخصوص، يعتبر مخالفة للقانون»[3].

---

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشّخصيّة، ج 01، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 197.

[2] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 75141، قرار صادر بتاريخ 1991/06/18، المجلّة القضائيّة، ع 01، 1993، ص 65 وما يليها.

[3] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، د. ر. م، قرار صادر بتاريخ 1968/07/03، مجلّة الأحكام لوزارة العدل، ج 01، د. س. ن، ص ص 49– 51.

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا: «حيث أنّه وبالرّجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبيّن أنّ القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة 49 من قانون الأسرة، الّتي تتطلّب اتخاذ إجراءات الصّلح بين الزّوجين قبل إصدار حكم بفكّ الرّابطة الزّوجيّة، الشّيء الّذي ينجرّ عنه نقض الحكم المطعون فيه، وإحالته على نفس المحكمة»[1].

بعد عرضنا لهذه الآراء والاتجاهات الفقهيّة والقضائيّة، الّتي تعتبر أنّ محاولة الصّلح هي إجراء جوهريّ وأنّه من النّظام العام، سنقوم في النّقطة الموالية بعرض الاتّجاه الفقهيّ والقضائيّ المعارض لهذه الفكرة، الّذي يعتبر أنّ محاولة الصّلح لا علاقة لها بالنّظام العام.

هناك من يرى بأنّ إجراء الصّلح لا علاقة له بالنّظام العام، وهذا ما كرّسه بعض الفقهاء القانونيين وبعض قرارات المحكمة العليا؛ حيث اعتبرت محاولات الصّلح إجراءً غير جوهريّ، من بينهم الأستاذ عادل بوضياف القائل بأنّ: «الصّلح وجوبيّ بنصّ المادة 439 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة[2]، وفي حدود عدّة محاولات للصّلح يقوم بها القاضي، وهو تأكيد لنص المادة 49 من قانون الأسرة، والوجوب في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يقيد بطلان العمل الإجرائيّ ... وأنّ الصّلح يعدّ بذاته محاولة تقريب وجهتي نظر وإصلاح بين الطّرفين وليس لترتيب الحقوق»[3].

كما يرى الأستاذ نور الدين لمطاعي أنّ: «محاولة الصّلح لا تعدّ من النّظام العام –بل في بعض الحالات– إجراء محاولة الصّلح من قبل قاضي شؤون الأسرة، يعدّ في

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 96688، قرار صادر بتاريخ 1994/01/18، نشرة القضاة، ع 50، 1997، ص ص 80– 84.

[2] القانون رقم 22–13، المؤرّخ في 12 يوليو 2022، يعدّل ويتمّم قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة رقم 08–09، المؤرّخ في 23 فيفري 2008.

[3] عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة –أحكام مشتركة لجميع الجهات القضائيّة–، ج 01، ط 01، كليك للنّشر، الجزائر، 2012، ص 444.

حدّ ذاته إجراءً مخالفا للنّظام العام؛ كما في حالة من يوقع الطّلاق للمرّة الثّالثة طبقا لنصّ المادة 51 من قانون الأسرة، ويقوم القاضي بإجراء الصّلح بين الطّرفين»[1].

كما أضاف الأستاذ لمطاعي قائلا: «إنّ محاولة الصّلح في حقيقة الأمر ليست إجراءً جوهريّا، من شأنه المساس أو التّأثير على الحكم القضائيّ المثبت للطّلاق؛ لأنّ الهدف المتوخى من إجراء محاولة الصّلح هو تقديم النّصح والإرشاد والموعظة الحسنة للزّوج»[2].

هذا، وذهب الأستاذ عبد النّور زيدان إلى أنّ: «محاولة الصّلح لا تعتبر سوى إجراء شكليّ غير جوهريّ، الغاية منه الوعظ دون غيره، بما يستفاد منها أنّها إجراء غير إلزاميّ ولا يترتّب على مخالفته بطلان ونقض العمل القضائيّ المترتّب مخالفة له»[3].

أمّا من النّاحية القضائيّة، فقد سلك القضاة اتجاها مغايرا معتبرين إجراء الصّلح إجراءً غير جوهريّ؛ حيث صدرت عدّة قرارات قضائيّة تكرّس هذا الاتجاه؛ منها القرار الآتي: «إنّ محاولة الصّلح بين الطّرفين في دعاوى الطّلاق ليست من الإجراءات الجوهريّة، وإن لفظ الطّلاق أو التّطليق تصدر نهائيّة»[4].

كذلك قرار آخر صادر عن المحكمة العليا، قضى بما يأتي: «لكّن حيث أنّ المادة 49 من قانون الأسرة لا ينطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم

---

[1] نور الدين لمطاعي، عدّة الطّلاق الرّجعي وآثارها على الأحكام القضائيّة، ط 02، دار فسيلة، الجزائر، 2009، ص 414.

[2] المرجع نفسه، ص ص 130، 132.

[3] زيدان عبد النّور، الصّلح في الطّلاق –دراسة للنّصوص القانونيّة والفقهيّة في الاجتهاد القضائيّ–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلّية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2006–2007، ص 118.

[4] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 36962، قرار صادر بتاريخ 1985/06/03، المجلّة القضائيّة، ع 02، 1990، ص 40.

فقط إضافة إلى أنّ محاولة الصّلح لا تعتبر شكلا جوهريّا للحكم بالطّلاق، إنّما محاولة الصّلح المذكورة في المادة 49 من قانون الأسرة هي إلاّ موعظة»[1].

كما قضى المجلس الأعلى في قرار صدر عنه بأنّ: «محاولة الصّلح بين الطّرفين في دعاوى الطّلاق ليست من الإجراءات الجوهريّة ...»[2].

وبرجوعنا للواقع وبما هو معمول به في المحاكم الجزائريّة، يتبيّن لنا أنّه على الرّغم من غياب أحد الزّوجين عن جلسة الصّلح ورغم تأجيلها، إلاّ أنّ القاضي يفصل في الدّعوى ويصدر حكم الطّلاق ويتمّ النّطق به، وهذا إن دلّ على شيء إنّما يدلّ على أنّ محاولة الصّلح ليست بالإجراء الجوهريّ، وهذا ما كان منصوص عليه في المادة 17 من قانون الإجراءات المدنيّة والإدارية، الّتي نصّت على ما يلي: «يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدّعوى في أيّة مادة كانت».

يتّضح من نصّ هذه المادة، أنّ للقاضي الخيار في إجراء محاولة الصّلح من عدمه بمعنى أنّ الصّلح إجراء جوازيّ وليس وجوبيّ.

غير أنّ المادة 439 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، قد حسمت الأمر من خلال النّصّ على أنّ: «محاولات الصّلح وجوبيّة، وتتمّ في جلسة سرّيّة».

ما يلاحظ على هذه المادة، أنّها ألزمت القاضي بإجراء الصّلح الّذي جعلته إجراءً جوهريّا لا يمكن تجاوزه، لكّن نصّ المادة 439 لم يظهر أثره في نصّ المادة 49 من قانون الأسرة بمعنى أنّ وجوبيّة الصّلح في الطّلاق لم تطبّق بصرامة، وهذا راجع لكون أنّ المشرّع لم يرتّب على مخالفة القاضي لإجراء الصّلح أيّ جزاء، ما

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 356657، قرار صادر بتاريخ 2007/06/13، غير منشور.

[2] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 200198، قرار صادر بتاريخ 1998/07/21، نشرة القضاة، ع 56، 2000، ص 40.

يجعل الصّلح جوازيّ وإجراء غير جوهريّ، يكون الهدف منه حماية الأسرة من التّفكّك ونصح وإرشاد الزّوجين على مواصلة الحياة الزّوجيّة، والحفاظ على الميثاق الغليظ.

هذا فيما يتعلّق بالقانون الوضعيّ الجزائريّ، أمّا من زاوية القوانين الوضعيّة المقارنة، فقد نصّ المشرّع المغربيّ في مدوّنة الأسرة تحديدا في المادة 81، على أنّه: «تستدعي المحكمة الزّوجين لمحاولة الإصلاح.

إذا توصل الزّوج شخصيّا بالاستدعاء ولم يحضر، اعتبر ذلك منه تراجعا عن طلبه.

إذا توصلت الزّوجة شخصيّا بالاستدعاء ولم تحضر، ولم تقدّم ملاحظات مكتوبة أخطرتها المحكمة عن طريق النّيابة العامة بأنّها لم تحضر، فإنّه سيتم البت في الملف.

إذا تبيّن أنّ عنوان الزّوجة مجهول، استعانت المحكمة بالنّيابة العامة للوصول إلى الحقيقة، وإذا ثبت تحايل الزّوج، طبّقت عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة 361 من القانون الجنائي بطلب من الزّوجة».

حسب نصّ المادة 81 من مدوّنة الأسرة المغربيّة، نجد أنّ المحكمة قد كلّفت النّيابة العامة وأولتها مهمّة المساعدة في تجهيز الملفّات المتعلّقة بالطّلاق، إضافة إلى تبليغ الزّوجة الّتي توصلت بصفة شخصيّة بالاستدعاء ولم تحضر ولم تقدّم أيّ ملاحظات، بأنّه سيتم البت في طلب الزّوج رغم غيبتها، وفي حالة ما إذا كان عنوان الزّوجة غير معلوم، يمكن للمحكمة أن تلجأ للنّيابة العامة من أجل الوصول والحصول على العنوان الحقيقيّ، أمّا بالنّسبة للزّوج فإنّه إذا توصل بالاستدعاء شخصيّا ولم يحضر، دلّ ذلك على تراجعه عن طلبه.

وعليه، فالمشرّع المغربيّ حاول توفير الحماية الكافية واللاّزمة للزّوجة، تفاديا لإصدار حكم نهائيّ بانفصام عرى الزّوجيّة أثناء غيابها، كما أنّ للزّوجة المتضرّرة الحقّ في طلب تحريك الدّعوى العموميّة من طرف النّيابة العامة، إذا تحايل الزّوج في

عنوان الزّوجة ولم يتمكّنوا من تبليغها وصدر حكم الطّلاق في غيبتها، وبالتّالي فإنّ الزّوج يجد نفسه متابع جنائيّا[1].

ما نستشفّه من نصّ المادة 81 من مدوّنة الأسرة، هو أنّ المشرّع المغربيّ كان أكثر صرامة ودقّة من حيث إجراء الصّلح، عكس المشرّع الجزائريّ في المادة 49 من قانون الأسرة؛ حيث اعتبر الصّلح إجراءً جوهريّا وسعى دائما للحفاظ على الحياة الزّوجيّة واستمرارها، وحماية الزّوجة من الضّرر جرّاء صدور حكم نهائيّ في غيابها فالمشرّع المغربيّ اتّبع آليّة معيّنة لإعلام الطّرفين بجلسة الصّلح.

أمّا المشرّع المصريّ، فقد اعتبر إجراء الصّلح جوهريّا ووجوبيّا، وأنّه لا يمكن النّطق بحكم الطّلاق إلاّ بعد إجراءه؛ حيث نصّت المادة 19 بموجب القانون رقم 01 لسنة 2000، المتعلّق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التّقاضي في مسائل الأحوال الشّخصيّة، على أنّه: «في دعاوى التّطليق الّتي يوجب فيها القاضي ندب حكمين، يجب على المحكمة أن تكلّف كلا من الزّوجين بتسمية حكم من أهله –قدر الإمكان– في الجلسة التّالية على الأكثر، فإن تقاعس أيّهما عن تعيين حكمه أو تخلّف عن حضور هذه الجلسة، عيّنت المحكمة حكما عنه. وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة في الجلسة التّالية لتعيينهما ليقرّرا ما خلصا إليه معا، فإن اختلفا أو تخلّف أيّهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين. وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيّهما، أو بغير ذلك ممّا تستقيه من أوراق الدّعوى».

بحسب ما جاء في هذه المادة، يتّضح لنا بأنّ المشرّع المصريّ سلك طريقا مغايرا ومختلفا عمّا سلكه كلّ من المشرّعين المغربيّ والجزائريّ، بشأن الصّلح في دعاوى التّطليق إذ أنّ محاولة الصّلح هنا لا يقوم بها القاضي كما تعوّدنا ذلك، وإنّما يندب لذلك حكمين اثنين.

[1] إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربيّ –أحكام الزّواج– دراسة مقارنة معزّزة بأحدث التّطبيقات القضائيّة لمحكمة النّقض ومحاكم الموضوع، ج 01، طبعة 2016، دار نشر المعرفة، المغرب، 2016، ص 54.

كما نصّت المادة 20 من ذات القانون على الصّلح في دعاوى الخلع، وفق ما يلي: «للزّوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزّوجة دعواها بطلبه، وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتّنازل عن جميع حقوقها المالية الشّرعيّة، وردّت عليه الصّداق الّذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتّطليق للخلع إلاّ بعد محاولة الصّلح بين الزّوجين، وندبها لحكمين لموالاة مساعي الصّلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثّانية من المادة 18 والفقرتين الأولى والثّانية من المادة 19 من هذا القانون، وبعد أن تقرّر الزّوجة أنّها تبغض الحياة مع زوجها، وأنّه لا سبيل لاستمرار الحياة الزّوجيّة، وتخشى ألاّ تقيم حدود الله بسبب هذا البغض».

يظهر من خلال المادتين 19 و20، أنّ قيام القاضي بعرضه للصّلح على الخصوم هو أمر وجوبيّ وليس اختياريّ؛ بمعنى أنّه لا تفصل المحكمة في موضوع الطّلاق إلاّ بعد محاولة الصّلح وعجزها عن ذلك، وإلاّ كان حكم الطّلاق باطلا.

هذا، وقد جاء في محكمة النّقض المصريّة[1] بتاريخ 2003/02/22 أنّه: «يعتبر السّعي للإصلاح إجراءً جوهريّا لصيقا بالنّظام العام، فإن تبيّن من الحكم أنّ المحكمة لم تعرض الصّلح إلاّ مرّة واحدة رغم وجود أبناء، كان الحكم باطلا لخطأ في تطبيق القانون، ممّا يستوجب نقضه».

وعليه، فإجراء الصّلح حسب القانون رقم 1 لسنة 2000 هو من النّظام العام وإجراء وجوبي، وفي حالة وجود الأبناء تكون محاولة ثانية للصّلح، وإن تبيّن أنّ المحكمة عرضت الصّلح مرّة واحدة كان الحكم باطلا.

وبحسب رأيّنا، أحسن المشرّع المصريّ فيما فعل حفاظا على الكيان الأسريّ وخاصة الأولاد؛ باعتبارهم أوّل ضحايا انفصام العلاقة الزّوجيّة.

[1] الطّعن رقم 518 لسنة 71 قضائيّة، أحوال شخصيّة، جلسة 2003/02/22.

أمّا في قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ، فإنّ دعوى التّطليق للضّرر لا تقبل ابتداءً أمام المحكمة، وإنّما يتعيّن عرضها أوّلا على لجنة التّوجيه الأسريّ بناءً على طلب طالب التّطليق للضّرر، فإذا تقدّم رافع دعوى التّطليق للضّرر أمام المحكمة مباشرة تَعَيَّنَ الحكم بعدم قبولها.

وهذا، بحسب ما نصّت عليه المادة 16 من قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ كما يلي: «لا تقبل الدّعوى أمام المحكمة في مسائل الأحوال الشّخصيّة إلاّ بعد عرضها على لجنة التّوجيه الأسريّ. ويستثنى من هذا، مسائل الوصيّة والإرث وما في حكمها والدّعاوى المستعجلة والوقتيّة، والأوامر المستعجلة والوقتيّة في النّفقة والحضانة والوصاية، والدّعاوى الّتي لا يتصوّر الصّلح بشأنها كدعاوى إثبات الزّواج والطّلاق».

كما نصّت المادة 117 من قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ في الفقرة الثّانية على ما يلي: «تتولّى لجنة التّوجيه الأسريّ وفقا للمادة 16 من هذا القانون الإصلاح بين الزّوجين فإن عجزت عنه عرض القاضي الصّلح عليهما، فإن تعذّر وثبت الضّرر حكم بالتّطليق».

وعليه، فلجنة التّوجيه الأسريّ هي أوّل جهة تتولّى الإصلاح بين الزّوجين، وفي حالة عجزها يقوم القاضي بعرض الصّلح عليهما، وعند استحالة الإصلاح بينهما وثبوت الضّرر يحكم القاضي بالتّطليق.

أمّا في حال ما إذا توصّلت لجنة التّوجيه الأسريّ إلى الصّلح، فإنّها تقوم بتحرير محضر الصّلح يوقّعه عضو اللّجنة المختصّة وكذا الزّوجين، وتكون لهذا المحضر قوّة السّند التّنفيذيّ، ولا يجوز الطّعن فيه إلاّ عند مخالفته لأحكام قانون الأحوال الشّخصيّة.

وهذا، بحسب ما جاء في نصّ المادة 16 الفقرة الثّانية من قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ، الّتي نصّت على أنّه: «إذا تمّ الصّلح بين الأطراف أمام لجنة التّوجيه الأسريّ، أثبت هذا الصّلح في محضر يوقّع عليه الأطراف وعضو اللّجنة

المختصّ، ويعتمد هذا المحضر من القاضي المختصّ، وتكون له قوّة السّند التّنفيذي ولا يجوز الطّعن فيه بأيّ طريق من طرق الطّعن، إلاّ إذا خالف أحكام هذا القانون».

كما أضافت المادة 118 الفقرة الأولى من نفس القانون ما يلي: «إذا لم يثبت الضّرر واستمر الشّقاق بين الزّوجين، وتعذّر على لجنة التّوجيه الأسريّ والقاضي الإصلاح بينهما عيّن القاضي بحكم حكمين من أهليهما إن أمكن، بعد أن يكلّف كلا من الزّوجين تسمية حكم من أهله قدر الإمكان في الجلسة التّالية على الأكثر، وإلاّ فيمن تتوسّم فيه الخبرة والقدرة على الإصلاح، إذا تقاعس أحد الزّوجين عن تسمية حكمه، أو تخلّف عن حضور هذه الجلسة، ويكون هذا الحكم غير قابل للطّعن فيه».

ومعنى هذه المادة، أنّه عند طلب القاضي من الزّوجين تسمية الحكمين وتقاعسا عن ذلك، أو تخلّفا معا أو أحدهما عن حضور الجلسة المحدّدة لهما لتسمية الحكمين، قام القاضي بتعيين الحكمين أو أحدهما حسب الأحوال من ذوي الخبرة والقدرة والإصلاح بين الزّوجين ويكون هذا التّعيين بموجب حكم صادر من القاضي يجب إعلانه للحكمين وللخصوم، ولا يقوم الحكمين بتأدية مهمّتهما إلاّ بعد أن يقوما بأداء اليمين أمام المحكمة[1].

إلاّ أنّه قد يعجز الحكمان عن الإصلاح بين الزّوجين، مع بقاء طالب التّطليق مصرّا على طلبه، وعليه فإنّه في هذه الحالة يقدّم الحكمان تقريرا مفصّلا يبيّنان فيه مَن الزّوج المسيء ويحدّدان نسبة هذه الإساءة، وبناءً على النّتيجة المتوصّل إليها من قبل الحكمين ينظر القاضي في مهر الزّوجة ما إذا كان بأكمله حقّ لها أو بعضه فقط، هذا في حال ما إذا كانت الإساءة من الزّوج وحده، وقد حدّد عمل الحكمين بما لا يتجاوز تسعين يوما، مع جواز مدّها بموجب قرار من المحكمة[2].

[1] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشّخصيّة لدولة الإمارات العربيّة المتحدة، المرجع السّابق، ص 104.

[2] المرجع والموضع نفسهما.

انطلاقا ممّا سبق، يلاحظ أنّ المشرّع الإماراتيّ حريص أتمّ الحرص على تماسك الأسرة واستمرار الحياة الزّوجيّة، ودليل ذلك اتباعه آليّات متعدّدة في إجراء الإصلاح بين الزّوجين، وهذا إن دلّ على شيء إنّما يدلّ على أنّ الصّلح إجراء جوهريّ وأساسيّ لا يمكن تجاوزه.

أمّا الفصل 32 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة فقد جاء فيه ما يلي: «يختار رئيس المحكمة قاضي الأسرة من بين وكلائه. ولا يحكم بالطّلاق إلاّ بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصّلح بين الزّوجين ويعجز عن ذلك.

وإذا لم يحضر المدعى عليه ولم يبلّغ الاستدعاء لشخصه، فإنّ قاضي الأسرة يؤجّل النّظر في القضيّة ويستعين بمن يراه لاستدعاء المعني بالأمر شخصيّا، أو لمعرفة مقرّه الحقيقيّ واستدعائه منه.

وعند وجود ابن قاصر أو أكثر تتكرّر الجلسة الصّلحية ثلاث مرّات، على أن تعقد الواحدة منها 30 يوما بعد سابقتها على الأقلّ، ويبذل خلالها القاضي مزيدا من الجهد للتّوصّل إلى الصّلح، ويستعين بمن يراه في ذلك».

إذن، بحسب المشرّع التّونسيّ لا يحكم بالطّلاق إلاّ بعد مرور الإجراءات بالمرحلة الصّلحيّة أوّلا ثمّ تليها المرحلة الحكميّة، كما أنّ المشرّع اعتبر أنّ قاضي الأسرة يجب أن يكون من بين وكلائه، نظرا لما له من الخبرة والتّجربة والقدرة على إنجاح إجراء الصّلح بين الزّوجين.

إضافة إلى ذلك، قد حرص المشرّع التّونسيّ على تبليغ المدّعى عليه، لذا وجب على قاضي الأسرة التّحقّق من أنّ الاستدعاء قد بلّغ شخصيّا للمدّعى عليه؛ لأنّه أحيانا قد يتحايل المدّعي في التّبليغ ويصدر حكم الطّلاق دون علمه، بهدف منعه من المطالبة بكامل حقوقه وعليه، فللقاضي الحقّ في تأجيل جلسة الصّلح إذا تبيّن له أنّ الاستدعاء لم يبلّغ شخصيّا للمدعّى عليه، وله أن يستعين بمن يراه مناسبا ليدّله على المقرّ الحقيقيّ له.

من خلال النّظر في كلّ من القوانين الوضعية سالفة الذّكر لكلّ من مصر والإمارات وتونس، نلاحظ أنّ لهم أوجه شبه فيما يخصّ إجراء الصّلح؛ حيث يتم ندب الحكمين، ويظهر ذلك جليّا في الفصل 25 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة، الّذي جاء فيه ما يلي: «إذا شكى أحد الزّوجين من الإضرار به ولا بيّنة له، وأشكل على الحاكم تعيين الضّرر بصاحبه يعيّن الحكمين، وعلى الحكمين أن ينظرا، فإن قدرا على الإصلاح أصلحا، ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كلّ الأحوال». ومعنى هذا، أنّ الحاكم بإمكانه تعيين حكمين للإصلاح بين الزّوجين، يقومان بتقديم تقرير مفصّل له؛ سواء سلبا أو إيجابا.

غير أنّ ما يلاحظ على هذا الفصل بالتّحديد، أنّه على الرّغم من كونه مستمدّ من أحكام الشّريعة الإسلاميّة، الّتي توصي بتسمية حكم من أهل الزّوج وآخر من أهل الزّوجة بهدف الإصلاح، إلاّ أنّه بقي حبرا على ورق، ولربّما كانت غاية المشرّع من ذلك تفعيل إجراء انتداب الحكمين حتى يتمّ الصّلح، إلاّ أنّه لم يتم تطبيقه نظرا لقصر وضيق الوقت الّذي يتمتّع به القاضي للقيام بالمحاولة الصّلحيّة؛ إذ أنّ جلسة الصّلح عادة ما تدوم ربع ساعة فقط لا أكثر، وتنتهي بفشل القاضي في الإصلاح وبالتّالي ينتقل إلى المرحلة الثّانية[1].

وقد جاء هذا القيد أيضا في قانون الأحوال الشّخصيّة السّوري، حسب المادة 88 منه على أنّه: «إذا قدّمت للمحكمة معاملة طلاق أو معاملة مخالعة، أجّلها القاضي شهرا أملا بالصّلح.

إذا أصرّ الزّوج بعد انقضاء المهلة على الطّلاق، أو أصرّ الطّرفان على المخالعة، دعا القاضي الطّرفين واستمع إلى خلافهما وسعى إلى إزالته ودوام الحياة الزّوجيّة، واستعان على ذلك بمن يراهم من أهل الزّوجين وغيرهم، ممّن يقدرون على إزالة الخلاف.

[1] ساسي بن حليمة، المرجع السّابق، ص 68.

وإذا لم تفلح هذه المساعي، سمح القاضي بتسجيل الطّلاق أو المخالعة، واعتبر الطّلاق نافذا من تاريخ إيقاعه.

تشطب المعاملة بمرور ثلاثة أشهر اعتبارا من تاريخ الطّلب، إذا لم يراجع بشأنها أيّ من الطّرفين».

إذن، فالغاية من ذلك هي التّأجيل الّذي نصّ عليه المشرّع السّوريّ ليتمّ الصّلح بين الزّوجين؛ لأنّه في غالب الأحيان ما يقوم أحد الطّرفين بتقديم معاملة الطّلاق أو المخالعة نتيجة الغضب الشّديد، لذلك أمهله المشرّع مهلة شهر كامل حتى يراجع نفسه ويتروى ويهدأ ويزال عنه التّوتّر، فيعود الاستقرار بينهما وتصفو الحياة الزّوجيّة ممّا يعكّرها.

ما يلاحظ هنا، أنّ المشرّع السّوريّ كان أكثر وضوحا ودقّة من المشرّع الجزائريّ حيث أنّه بعد انقضاء المدّة المحدّدة بشهر، ومع إصرار الزّوج على الطّلاق أو إصرار الطّرفان على المخالعة، يستمع القاضي لخلافهما ويسعى لحلّه حفاظا على استمرار الزّواج مستعينا بأهل الزّوجين كمسعى أخير للوصول إلى الإصلاح وفي حالة فشل الأهل يسجّل ذلك الطّلاق، كما أنّ المشرّع السّوريّ اشترط مراجعة الطّرفان لمعاملة الطّلاق خلال مدّة ثلاثة أشهر، وإلاّ تشطب ولا يؤخذ بها.

ثانيا- أن لا يثبت الطّلاق إلاّ بموجب حكم قضائي:

أمّا بخصوص القيد الثّاني ألا وهو ثبوت الطّلاق، فهذا الأخير لا يثبت إلاّ بحكم قضائيّ، وذلك بحسب ما جاء في نصّ المادة 49 المعدّلة بموجب الأمر رقم 05-02 كما يلي: «لا يثبت الطّلاق إلاّ بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي، دون أن تتجاوز مدّة ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدّعوى».

ما نستشفّه من نصّ هذه المادة، أنّ المشرّع الجزائريّ لا يعترف بالطّلاق إلاّ إذا صدر بشأنه حكم قضائيّ، غير أنّه لم يوضّح طبيعة هذا الحكم القضائيّ؛ بمعنى هل هو حكم منشئ لواقعة الطّلاق؟ أم أنّه حكم كاشف له؟

فالفرض الأوّل، أنّ حكم القاضي يكون منشئا للطّلاق؛ ودليل ذلك أنّ المشرّع أشار إلى الصّلح قبل صدور الحكم، والمعروف أنّ إجراء الصّلح يكون أثناء سير دعوى الطّلاق وأثناء الخصومة. أمّا الفرض الثّاني، فهو أنّه لو اعتبرنا أنّ الطّلاق كان فقط بالإرادة المنفردة للزّوج فإنّه لا يصبح أيّ معنى لإجراء الصّلح، فيكون حكم القاضي هنا كاشفا للطّلاق؛ بمعنى يسأل الزّوج عن تاريخ التّلفّظ به، وهذا اعتراف بأحقّية الزّوج في إيقاع الطّلاق بإرادته المنفردة[1].

وعليه، فالمشرّع الجزائريّ اعترف تارة للزّوج بحقّه في إيقاع الطّلاق بإرادته المنفردة، حسب نصّ المادة 48 من الأمر رقم 05-02، وتارة أخرى سلبه إيّاه وجعل الطّلاق يتمّ بحكم قضائيّ؛ لذلك يجب تعديل هذه المادة بحذف عبارة "يتمّ بإرادة الزّوج" حتى تتماشى مع نصّ المادة 48 ولا تناقضها، وحصر الطّلاق في المحكمة ومنعه خارجها.

أمّا إثبات الطّلاق حسب مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة، فقد جاء توضيح ذلك في الفصل 30 على النّحو التّالي: «لا يقع الطّلاق إلاّ لدى المحكمة».

يتّضح لنا هنا، أنّ القانون التّونسيّ لا يعتدّ بالطّلاق إلاّ على يد السّلطة القضائيّة بقصر العدالة؛ كون الزّواج يتمّ بشكل رسميّ أمام ضابط الحالة المدنيّة بقصر البلديّة نظرا لأهمّية الأسرة، وحماية للأطراف الضّعيفة من الآثار السّلبيّة والوخيمة للتّفكّك العائليّ.

[1] الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائريّ المعدّل -دراسة مقارنة لبعض التّشريعات العربيّة-، ط 01، دار الخلدونيّة، الجزائر، 1429هـ - 2008م، ص 180.

هذا، ولم يعد القانون العرفيّ المستلهم من المذاهب الفقهيّة الإسلاميّة مطبّقا في البلاد التّونسيّة، ولم تبق العصمة الزّوجيّة بيد الزّوج وحده، إنّما امتدّت للزّوجة الّتي بدورها يمكنها إنشاء الطّلاق متى شاءت ذلك[1].

كما جاء في المادة 79 من مدوّنة الأسرة المغربيّة أنّه: «يجب على من يريد الطّلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة الّتي يوجد بها بيت الزّوجيّة أو موطن الزّوجة أو محلّ إقامتها، والّتي أبرم فيها عقد الزّواج حسب التّرتيب».

ما يستخلص من هذه المادة، أنّها سحبت الطّلاق من يد الزّوج؛ حيث أصبح الطّلاق رهينا بالإذن من القاضي، وأيّ زوج يرغب في الطّلاق يطلب الإذن من المحكمة الّتي تشترط عدّة شروط وإجراءات[2].

كما أنّ التّعبير عن الإرادة في إنهاء الرّابطة الزّوجيّة، أصبح معلّقا على إيداع مبلغ معيّن يمثّل مستحقّات كلّ من الزّوجة والأولاد، ويجب على الزّوج أن يضعها بكتابة الضّبط بالمحكمة في أجل أقصاه ثلاثون يوما. فإن أمسك الزّوج عن ذلك لأيّ سبب كان يعتبر متراجعا عن رغبته في الطّلاق، وبوضعه تلك المستحقّات يأذن له القاضي بالإشهاد[3].

وهذا، حسب ما جاءت به المادة 83 من مدوّنة الأسرة المغربيّة الّتي نصّت على أنّه: «إذا تعذّر الإصلاح بين الزّوجين، حدّدت المحكمة مبلغا يودعه الزّوج بكتابة

---

[1] محمد الحبيب الشّريف، مجلّة الأحوال الشّخصيّة -جمع وتعليق-، ط 05، دار الميزان، سوسة، 2004، ص ص 91، 92.

[2] فوزي أكريم، شرح مدوّنة الأسرة: الزّواج- الطّلاق- البنوّة والنّسب- الحضانة والنّفقة- الأهليّة والنّيابة الشّرعيّة، د. ط، د. د. ن، طنجة، 2019، ص 63.

[3] محمّد الأزهر، شرح مدوّنة الأسرة: الزّواج- انحلال ميثاق الزّوجيّة وآثاره- الولادة ونتائجها، ط 07، د. د. ن، الدّار البيضاء، 2015، ص 140.

الضّبط بالمحكمة، داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما لأداء مستحقّات الزّوجة والأطفال الملزم بالإنفاق عليهم، المنصوص عليها في المادتين الموواليتين».

فالمشرّع المغربيّ قد وضع الطّلاق بيد القضاء؛ نظرا لما لوحظ من تعسّف الأزواج في توقيعه، وبسبب نقص الوازع الدّيني لديهم؛ إذ انتشرت شكاوى التّدليس في إشعار النّساء بإجراءات الطّلاق، كما كثر الإكراه الممارس على الزّوجات للقبول بطلاق الخلع، وهذا حتى يتهرّب ويتملّص الزّوج من الالتزامات الماليّة، والسّبب الثّانيّ هو دعوة الجمعيّات النّسويّة لتحقيق المساواة بين كلّ من الرّجل والمرأة، وعدم جعل فكّ الرّابطة الزّوجيّة بيد أحدهما دون الآخر؛ حيث كانت حجّتهم في ذلك كون عقد الزّواج عقد رضائيّ بين الطّرفين.

وبالتّالي، فالمشرّع المغربيّ لم يغفل أهداف ومقاصد الاتفاقيّات الدّوليّة، كما كان رأيه في ذلك أنّ المعنى الحقيقيّ للتّسريح بالمعروف، هو أن يقع الطّلاق تحت نظر القضاء ومراقبته، وليس هناك دليل شرعيّ يمنع ذلك[1].

وبرجوعنا إلى المشرّع المصريّ، نجد أنّ المادة 5 مكرّر من قانون الأحوال الشّخصيّة، في فقرتيها الأولى والثّانية نصّت على أنّه: «على المطلّق أن يوثّق إشهاد طلاقه لدى الموثّق المختصّ خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطّلاق.

وتعتبر الزّوجة عالمة بالطّلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثّق إعلان الطّلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثّق تسليم نسخة إشهاد الطّلاق للمطلّقة أو من ينوب عنها، وفق الإجراءات الّتي يصدر بها القرار من وزير العدل».

[1] الملخّص المعين في قانون الأسرة، منشور على الرّابط الآتي: www.bawabat-el9anon.com، تاريخ التّصفّح: 2022/08/15، على السّاعة 18:30 سا.

فبالرّغم من أنّ المشرّع المصريّ ألزم الزّوج المطلّق بتوثيق الطّلاق، حتى تترتّب آثاره وتحفظ حقوق الطّرفين، إلاّ أنّنا نجده أحيانا يتهرّب من توثيقه، حتى يدفع بالزّوجة إلى المطالبة بقسيمة الطّلاق؛ سواء عن طريق الخلع أو التّطليق. وبالتّالي تجد نفسها مطلّقة لكّن ليس لديها ما يثبت ذلك قانونا.

وعليه، فالإشكال القائم هنا هو تعنّت الزّوج وعدم إرساله قسيمة الطّلاق فالزّوجة في هذه الحالة تجد نفسها مجبرة على رفع قضيّة خلع، وبالتّالي تتنازل عن كامل حقوقها وهذا إجحاف في حقّها كونها فعلا مطلّقة من طرف زوجها طلاقا شفهيّا وإذا أرادت إثبات ذلك وجب عليها إحضار شهود، وهذا ما يتعذّر توفّره خلف الأبواب المغلقة على الزّوجين[1].

فالأزواج أصبحوا يستخدمون الطّلاق الشّفهيّ انتقاما من الزّوجة، ولإجبارها على التّنازل عن حقوقها وتهرّبا من المسؤوليّة، فتصاب الزّوجة المطلّقة بحيرة من أمرها، عن مدى موقعها ووضعها بالضّبط، فلا هي زوجة تمارس حياتها الزّوجيّة كسائر الزّوجات، ولا هي مطلّقة حاصلة على أهمّ حقوقها، حتى أنّه لا يمكنها تقديم ملف الاستفادة من السّكن الاجتماعيّ؛ نظرا لعدم تقنين وضعها كامرأة مطلّقة قانونا.

أمّا بالنّسبة لقانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ، فقد جاء في المادة 106 ما يلي:

«1- يقع الطّلاق بتصريح من الزّوج ويوثّقه القاضي.

2- كلّ طلاق يقع خلافا للبند السّابق، يثبت أمام المحكمة بالبيّنة أو الإقرار ويسند الطّلاق إلى تاريخ الإقرار ما لم يثبت للمحكمة تاريخ سابق.

ويرجع فيما يترتّب على الطّلاق بالإقرار إلى القواعد الشّرعيّة».

[1] الطّلاق غير الموثّق في مصر –القنبلة الاجتماعيّة الّتي لا يلتفت إليها أحد–، منشور على الرّابط الآتي: https://www.aljazeera-net، تاريخ التّصفّح: 2022/01/10، على السّاعة 14:30 سا.

من خلال الفقرة الأولى من نصّ المادة 106، فإنّ الطّلاق يقع بتصريح من الزّوج أمام القاضي ويوثّقه هذا الأخير، أمّا الفقرة الثّانية منها، فقد نصّت على أنّ كلّ طلاق يفتقر لتصريح الزّوج وتوثيق القاضي، يثبت أمام المحكمة بالبيّنة أو الإقرار.

وعلى عكس النّصّ القانونيّ، فقد جاء في المذكّرة الإيضاحيّة أنّ: «الزّوج هو الذّي يملك الطّلاق فهو الّذي يوقعه». وقد اعتبرت المذكّرة أنّ الطّلاق ممّا يتعلّق به حقّ الله، عند إيقاعه خارج مجلس القضاء، ثمّ رفع الأمر إلى القاضي وتوافرت شروطه، فيحكم القاضي بوقوعه من تاريخ حصوله، وعليه فالتّوثيق الّذي يقوم به القاضي هو إجراء للإثبات، وهو ما أكّدته المذكّرة بقولها: «ليس من شروط الطّلاق وإيقاعه أن يكون أمام القضاء أو شاهدي عدل إلاّ ندبا؛ لأنّ الطّلاق تعبير عن إرادة الزّوج»[1].

[1] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشّخصيّة لدولة الإمارات العربيّة المتحدة، المرجع السّابق، ص ص 50، 51.

المبحث الثّاني: تعويض ضرر تعسّف الزّوج في إيقاع الطّلاق بإرادته المنفردة

الأصل في الطّلاق –كما تمّ توضيحه سابقا– الحظر لا الإباحة، وهذا عند جمهور الفقهاء؛ فقد شرّعه المولى عزّ وجلّ عند استحالة الحياة الزّوجيّة، يوقعه الزّوج عند وجود الحاجة الضّروريّة والملّحة لذلك، إلاّ أنّ هذا الأخير قد يسيء استعمال حقّه في إيقاع الطّلاق، وتكون نتيجة ذلك إلحاق الضّرر بالزّوجة، وهو ما يعرف بالطّلاق التّعسّفيّ.

لذا، وضعت الشّريعة الإسلاميّة مجموعة من الضّوابط والقواعد العامة، الّتي يكون الهدف منها ضبط وتقييد استعمال الحق، وتسري هذه الضّوابط على جميع الحقوق؛ من ضمنها حقّ الطّلاق الّذي يملكه الزّوج، وبناءً عليها يظهر إن كان استعمال الزّوج لحقّ الطّلاق تعسّفيّا أو لا.

وقد اعتمدت القوانين الوضعيّة تلك المعايير الّتي وضعتها الشّريعة الإسلاميّة لما لها من أهمّية عظمى وحاجة ماسّة لها في القضاء؛ حيث يعوّل عليها في إثبات الحكم، وبالتّالي يحافظ القضاء على استقراره[1].

وللطّلاق التّعسّفيّ عدّة صور؛ منها طلاق المريض مرض الموت الّذي يكون سببا في الإضرار بالزّوجة بحرمانها من الميراث، كما يعد متعسّفا كل من طلّق زوجته بضغط من الغير، أيضا عند عدم تكافؤ الزّوجين.

وعليه، فإنّ هذه الحالات الثّلاث هي على سبيل المثال وليس الحصر؛ لأنّ مفهوم التّعسّف في استعمال حقّ الطّلاق يختلف باختلاف الاعراف والتّقاليد، كما يختلف من زمان لآخر ومن شخص لآخر.

[1] جميل فخري محمد جانم، متعة الطّلاق وعلاقتها بالتّعويض عن الطّلاق التّعسّفي في الفقه والقانون، ط 01، دار الحامد، عمّان، 1429هـ – 2009م، ص 162.

لذلك ارتأينا في هذا المطلب الحديث عن ذلك، من خلال توضيح ضرر التّعسّف في الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج (المطلب الأوّل)، ثمّ تبيان التّعويض عن ضرر ذلك (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل: ضرر التّعسّف في الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج

لم ينظر الفقه الإسلاميّ للفرد كوحدة مستقلّة عن المجتمع، بل اعتبره وحدة إنسانيّة تعيش في إطار اجتماعيّ، وترتبط مع غيرها برباط المصالح المتبادلة؛ حيث يعتبر فردا اجتماعيا له الصّفة المزدوجة، ألا وهي الفردية والاجتماعيّة الّتي تنعكس على حقوقه. وقد حرص الفقه الإسلاميّ على إبقاء هذه الصّفة المزدوجة في الحقّ؛ من خلال المعنى الاجتماعيّ الّذي نجده في تحريم استعمال الفرد لحقّه قصد الإضرار بغيره، أو استعماله على نحو تنجم عنه أضرار فاحشة بغيره، أو يتخذ من حقّه ذريعة لتحقيق أغراض غير مشروعة بالمجتمع[1].

وتجدر الإشارة هنا، إلى أنّ مصطلح التّعسّف لم يرد عند الفقهاء القدامى، إنّما ورد عند الحقوقيّين الغربيّين. وعليه، سنقوم في هذا المطلب بتقديم مفهوم التّعسّف في استعمال الحقّ ومعاييره (الفرع الأوّل)، ثمّ نعرض صور التّعسّف في الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: مفهوم التّعسّف في استعمال الحقّ ومعاييره:

من المعلوم أنّ الحقّ مشروع ومباح استعماله، إلاّ أنّ صاحبه قد يميل أحيانا ميلا غير مشروع، لتحقيق أغراض غير مشروعة لم يتقرّر الحقّ من أجلها، وهذا ما يصطلح عليه بالتّعسّف في حدّ ذاته، والّذي لا تجيزه الشّريعة الإسلاميّة[2].

[1] فتحي الدريني، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، ط 01، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، 1387هـ – 1967م، ص 37.

[2] المرجع نفسه، ص 263.

أوّلا- تعريف التّعسّف في استعمال الحقّ وأدلّته:

سنحاول في هذا العنصر إعطاء تعريف التّعسّف لغة واصطلاحا وقانونا، ثمّ نبيّن أدلّته حسب ما جاء في الشّرع الحكيم.

1. **تعريف التّعسّف:**

أ) التّعريف اللّغويّ للتّعسّف: ورد في لسان العرب أنّ: التّعسّف لغة مأخوذ من عسف بفتح العين وإسكان السّين والعَسْفُ هو السّير بغير هداية، والأخذ على غير الطّريق، وكذلك التّعسّف. وعسف فلانٌ فلانًا عسفًا بمعنى ظلمه، أي تعسّف بمعنى ظلم[1]. كما جاء في مقاييس اللّغة: "العسف ركوب الأمر من غير تدبير، وركوب مفازة بغير قصد، ومنه التّعسّف"[2].

ب)التّعريف الاصطلاحيّ للتّعسّف: لم يرد على لسان الأصوليّين والفقهاء كلمة "إساءة" أو "تعسّف" في استعمال الحقّ وإنّما هو تعبير وافد إلينا من فقهاء القانون المحدثين[3].

فالفقهاء القدامى لم يعرّفوا التّعسّف، كما أنّهم لم يبحثوا في موضوعه كنظريّة مستقلّة ووحدة متكاملة، وإنّما تطرّقوا له ضمن حديثهم عن جزئيّاته أثناء تناولهم للموضوعات المختلفة ذات الصّلة به في ثنايا كتبهم، وقد تناولوا التّعسّف تحت مسميات مختلفة؛ نذكر منها الاستعمال المذموم والمضارة في الحقوق[4].

---

[1] ابن منظور، المصدر السّابق، باب العين، ص 2943.

[2] أحمد بن فارس، مقاييس اللّغة، تحقيق: عبد السّلام هارون، ج 04، دار الفكر، 1979، ص311.

[3] معاذ محمد الديحاني، معايير التّعسّف في استعمال الحقّ -مقارنة مع القانون المدني الكويتيّ (عرض وتحليل)-، مجلّة كلّية دار العلوم، ع 140، ماي 2022، ص 190.

[4] جميل فخري محمد جانم، المرجع السّابق، ص 144.

هذا، وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في إعطاء تعريف للتّعسّف، لاختلاف نظرتهم إليه؛ حيث نظر إليه البعض على أنّه صورة من صور المجاوزة والتّعدّي في استعمال الحقّ في حين رأى البعض الآخر أنّه موضوع مستقلّ عن المجاوزة، له أركانه وأسسه وتطبيقاته.

وهذا ما جعل المسمّيات الّتي أطلقت عليه من قبل الفقهاء تختلف أيضا؛ كلفظ المضارة ولفظ المجاوزة وكذا لفظ الإساءة[1].

وفيما يلي، نورد تعاريف بعض الفقهاء المحدثين القائلين بأنّ التّعسّف صورة من صور المجاوزة للحق؛ منهم:

تعريف وهبة الزحيلي: «التّعسّف هو إساءة استعمال الحق؛ بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير»[2].

تعريف رأفت محمّد حماد: «استعمال الإنسان حقّه على وجه يضرّ به أو بغيره»[3].

وهناك من يرى أنّ التّعسّف هو نظريّة مستقلّة عن المجاوزة؛ حيث نظر أصحاب هذا القول إلى غاية الحقّ ومآله ونتائجه، وهي المصلحة المعتبرة شرعا ومدى الالتزام بها[4].

[1] جميل فخري محمد جانم، المرجع السّابق، ص 144.

[2] وهبة الزحيلي، المرجع السّابق، ج 09، ص 7064.

[3] رأفت محمّد حماد، النّظريّة العامة للحقّ –دراسة مقارنة بالفقه الإسلاميّ–، د. ط، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، د. س. ن، ص 177.

[4] جميل فخري محمد جانم، المرجع السّابق، ص 145.

حيث عرّفه فتحي الدريني على أنّه: «مناقضة قصد الشّارع في تصرّف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل»[1].

وأشهر مثال وضعه الدريني ليتمّ التّفريق بين التّعسّف والمجاوزة؛ هو: مثلا هناك شخص أوصى بأكثر من الثّلث، هنا يعدّ مجاوزا حدود حقّه الّذي منحه إيّاه الشّرع، ألا وهو الوصيّة في حدود الثّلث، وبالتّالي يعدّ فعله غير مشروع لأنّه لا يستند إلى حقّ والتّعسّف فرع وجود الحقّ؛ فهو إذا متعدّ ومتجاوز وليس بمتعسّف.

أمّا إذا أوصى بالثّلث أو بما دونه، وكان قصده الإضرار بالورثة مع وجود الأدلّة على ذلك، عدّ متعسّفا؛ كون أصل الفعل مشروعا لكّن مقصده الإضرار بالورثة وليس تحقيق المصلحة[2].

ج) التّعريف القانونيّ للتّعسّف: لقد اختلف القانونيّون في تعريف التّعسّف، وهذا راجع لاختلاف نظرتهم إليه؛ إذ كلّ واحد يراه وفق منظوره ومن زاويته الخاصة فالتّعسّف في استعمال الحقّ عند البعض مثلا ما هو إلاّ صورة من صور الخطأ المولّد للمسؤوليّة التّقصيريّة؛ أي هو صورة الخروج عن حدود الحقّ أو عن حدود الرّخصة الّذي ينتج عنه قيام المسؤوليّة التّقصيريّة[3].

فها هو سالي يعرّف التّعسّف في استعمال الحقّ بأنّه: «انتفاء الحقّ وليس إساءة استعماله، وأنّ الحقّ الّذي يتعسّف في استعماله ليس إلاّ رخصة غير داخلة في نطاق الحقّ المدّعى به»[4].

---

[1] فتحي الدريني، المرجع السّابق، ص 54.

[2] فتحي الدريني، النّظريّات الفقهيّة، ط 04، منشورات جامعة دمشق، 1416- 1417هـ / 1996- 1997م، ص 130.

[3] عبد الرّزاق السّنهوريّ، الوسيط في شرح القانون المدنيّ الجديد -مصادر الالتزام-، ج 01، ط 03 جديدة، دار نهضة، مصر، 2011، ص 702.

[4] فتحي الدريني، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، المرجع السّابق، ص 314.

وقد ردّ عليه فقهاء القانون بما يقترب من الشّرع الإسلاميّ قائلين: «لا مانع مطلقا من أن يكون عمل الإنسان مشروعا؛ أي مرتكزا على حق كحقّ الملكيّة، وداخلا في نطاقه وحدوده الّتي رسمها القانون، وغير مشروع بمعنى مخالفته للمبادئ والقواعد القانونيّة العامة»[1].

في حين يرى فقهاء آخرون أنّ التّعسّف في استعمال الحقّ هو صورة مستقلّة عن الخطأ؛ فقد عرّفه حسن كيرة بقوله: «تخلّف غاية الحقّ أو مناقضتها». كما عرّفه منصور مصطفى على أنّه: «انحراف صاحب الحقّ في استعماله عن غاية الحقّ»[2].

أما من زاوية القوانين الوضعيّة؛ سواء العربيّة منها وحتى الغربيّة، فلم تعرّف التّعسّف، وإنّما حدّدت حالاته وطبيعته القانونيّة فقط، وتُركت مهمّة تعريفه للفقه.

تجدر الإشارة هنا، إلى أنّ التّشريعات العربيّة تناولت التّعسّف بعيدا عن نصوص المسؤوليّة التّقصيريّة، وكانت كلّ أحكامه منصوص عليها في الباب التّمهيديّ.

فالمشرّع الجزائريّ لم يعرّف التّعسّف، وإنّما نصّ على حالات الاستعمال التّعسّفيّ للحقّ، واعتبره خطأ حسب ما جاء في نصّ المادة 124 مكرّر من القانون المدنيّ، الّتي أضيفت بموجب القانون رقم 05-10 المؤرّخ في 20 يونيو 2005، كما يلي: «يشكّل الاستعمال التّعسّفيّ للحقّ خطأ، لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنّسبة للضّرر النّاشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».

[1] فتحي الدريني، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، المرجع السّابق، ص 314.

[2] جميل فخري محمد جانم، المرجع السّابق، ص 147.

ومقارنة مع المشرّع الجزائريّ، نجد أيضا كلاّ من المشرّع المصريّ والمشرّع السّوريّ لم يعرّفا لفظ التّعسّف، إذ جاء في المادة 04 من القانون المدنيّ المصريّ أنّه «من استعمل حقّه استعمالا مشروعا، لا يكون مسؤولا عمّا ينشأ عن ذلك من ضرر». وهذا دليل على أخذ القانون المدنيّ المصريّ بنظريّة التّعسّف.

وهو ما نصّ عليه أيضا القانون المدنيّ السّوريّ؛ بحسب ما ورد في المادة 05 منه؛ حيث أنّه في حال ما إذا استعمل الحقّ بشكل مشروع، فإنّه لا تترتّب عنه مسؤوليّة حتى وإن لحق الطّرف الآخر ضرر.

هذا، وتقابل المادة 124 مكرّر من القانون المدنيّ الجزائريّ كلّ من المادة 04 من القانون المدنيّ السّوريّ والمادة 05 من القانون المدنيّ المصريّ، اللّتان نصّتا على حالات التّعسّف في استعمال الحق؛ حيث جاء فيهما ما يلي:

«يكون استعمال الحقّ غير مشروع في الأحوال التّالية:

1- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

2- إذا كانت المصالح الّتي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمّية؛ بحيث لا تتناسب البتّة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

3- إذا كانت المصالح الّتي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة».

ما يلاحظ هنا، أنّ كلاّ من القانون المدنيّ الجزائريّ والقانون المدنيّ المصريّ وكذا القانون المدنيّ السّوريّ، نصّوا على أنّه من يستعمل حقّه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عمّا يحدث من ضرر للغير، إلاّ في بعض الاستثناءات[1].

[1] عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون -النّظريّة العامة للحقّ-، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 79.

فالتّعسّف في استعمال الحقّ، يقصد به استعمال صاحب الحقّ لسلطاته المخوّلة له قانونا مع إلحاق ضرر بالغير؛ بمعنى أنّ الاستعمال مشروع لكّن نتائجه وأغراضه غير مشروعة ولا مقبولة، وأبرز مثال على ذلك قيام المالك ببناء جدار في حدود ملكه مع ارتفاعه قصد منع الضّوء والهواء عن جاره[1].

لم يعرّف المشرّع المغربيّ التّعسّف كلفظ، على غرار التّشريعات سالفة الذّكر مكتفيا بفرض قيود على صاحب الحقّ مراعاتها في استعمال حقّه، وإلاّ اعتبر مخطئا وبالتّالي تجوز مساءلته عن الضّرر الّذي يسبّبه للغير جرّاء خطئه[2].

فحالات التّعسّف في استعمال الحقّ وفق التّشريع المغربيّ، نجد أنّها تتحدّد على سبيل المثال حسب ما جاء في الفصل 94 من قانون الالتزامات والعقود؛ حيث جاء فيه: «لا محلّ للمسؤوليّة المدنيّة إذا فعل شخص بغير قصد الإضرار ما كان له الحقّ في فعله.

غير أنّه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحقّ أن تُؤدّي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير وكان من الممكن تجنّب هذا الضّرر أو إزالته من غير أذى جسيم لصاحب الحقّ، فإنّ المسؤوليّة المدنيّة تقوم إذا لم يجر الشخص ما كان يلزم لمنعه أو لإيقافه».

كما جاء في الفصل 103 من مجلّة الالتزامات والعقود في القانون التّونسيّ ما يلي: «من فعل ما يقتضيه حقّه بدون قصد الإضرار بالغير فلا عهدة ماليّة عليه، فإن كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحقّ ولم يفعل فعليه العهدة الماليّة».

[1] عبد المجيد زعلاني، المرجع السّابق، ص 80.

[2] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدنيّ، مج 02، ج 02، ط 05، دار الكتب القانونيّة، المنشورات الحقوقيّة، د. ب. ن، د. س. ن، ص 105.

الملاحظ في هذا الفصل، أنّ المشرّع التّونسيّ هو الآخر لم يعطِ تعريفا لمعنى التّعسّف، معتبرا إيّاه قائما بتوفّر عنصر قصد الإضرار، ووجود ضرر فادح مع إمكانيّة اجتنابه أو إزالته، بدون خسارة على صاحب الحقّ.

وعليه، فالقانون التّونسيّ أيضا أخذ بنظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ، واكتفى بقصد الكيد والإضرار حتى يترتّب تعسّف في استعمال الحقّ، وهذا ما يحبط هذه النّظريّة عند غياب الإثبات القاطع على وجوده.

وعلى الرّغم من أنّ مجلّة الالتزامات والعقود لا تحتوي على باب تمهيديّ، كما هو الشّأن بالنّسبة للتّشريعات العربيّة الأخرى، إلاّ انّها تحمل مبادئ شحنت بمبدأ عدم التّعسّف في استعمال الحقّ، وهذا المبدأ يتجاوز زاوية المسؤوليّة التّقصيريّة إلى زوايا أخرى؛ كالمسؤوليّة التّعاقديّة[1].

ضف إلى ذلك قانون المعاملات المدنيّة الإماراتيّ الّذي نصّ في المادة 106 من فصله الخامس المتعلّق بالحقّ، وتحديدا في الفرع الثّاني منه المعنون بإساءة استعمال الحق على ما يلي:

«1- يجب الضّمان على من استعمل حقّه استعمالا غير مشروع.

2- ويكون استعمال الحقّ غير مشروع:

أ) إذا توفّر قصد التّعديّ.

ب)إذا كانت المصالح الّتي أريد تحقيقها من هذا الاستعمال مخالفة لأحاكم الشّريعة الإسلاميّة أو القانون أو النّظام العام أو الآداب.

ج) إذا كانت المصالح المرجوّة لا تتناسب مع ما يصيب الآخرين من ضرر.

[1] سامي الجربي، شروط المسؤوليّة المدنيّة في القانون التّونسيّ والمقارن، ط 01، مطبعة التسفير الفنيّ، صفاقس، 2011، ص ص 164، 166.

د) إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة».

ما يلاحظ على المشرّع الإماراتيّ، أنّه لم يستعمل مصطلح التّعسّف في استعمال الحقّ، إنّما عوّضه بمصطلح آخر ألا وهو إساءة استعمال الحقّ.

فلربّما يمكن أن تكون قد اختلطت عليه المفاهيم؛ وكان قصده من الإساءة في استعمال الحقّ التّعسّف في استعماله، لكّن في حقيقة الأمر كلّ من التّعسّف والإساءة مصطلحان مختلفان؛ حيث تتعلّق إساءة استعمال الحقّ بالخطأ المولّد للمسؤوليّة التّقصيريّة، على عكس التّعسّف في استعمال الحقّ الّذي لا يأخذ صاحبه أيّة مسؤوليّة تقصيريّة.

2. أدلّة التّعسّف في استعمال الحقّ:

لقد وردت عدّة أدلّة من القرآن الكريم والسّنة النّبويّة المطهّرة، تحثّ على عدم التّعسّف في استعمال الحقّ، سنوضّح بعضًا منها في هذه النّقطة كما يلي:

أ) الدّليل من القرآن الكريم:

يقول الله عزّ وجلّ بعد بيان نصيب الإخوة لأم من الميراث: ﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ ۗ ... (12)﴾[1].

فالوصيّة حقّ للمورّث، غير أنّه لا يجوز أن يستعملها على وجه غير مشروع كأن يضرّ بالورثة ويوصي بأكثر من الثّلث أو يوصي لأحدهم، فالوصيّة مع الإضرار هي التّعسّف في استعمال الحقّ.

وقوله تبارك وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِمَنْ حَارَبَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ مِنْ قَبْلُ ۚ وَلَيَحْلِفُنَّ إِنْ أَرَدْنَا إِلَّا الْحُسْنَىٰ ۖ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ

[1] سورة النّساء، الآية 12.

لَكَاذِبُونَ (107) لَا تَقُمْ فِيهِ أَبَدًا ۚ لَمَسْجِدٌ أُسِّسَ عَلَى التَّقْوَىٰ مِنْ أَوَّلِ يَوْمٍ أَحَقُّ أَنْ تَقُومَ فِيهِ ۚ ... (108)﴾[1].

قد جاء في هاتين الآيتين، أنّ المنافقين كانوا يتآمرون للتّفريق بين جماعة المؤمنين ليتمكّنوا من محاربة رسول الله صلّى الله عليه وسلّم؛ حيث كان أسلوبهم في ذلك بناء مسجد قرب مسجد قباء عرف بمسجد الضّرار؛ بهدف تفريق وحدة المؤمنين وجعلهم يصلّون في أماكن متفرّقة[2].

وعليه، فالباعث على بناء هذا المسجد غير مشروع؛ لأنّ المقصود منه هو الإضرار بالمؤمنين، وبالتّالي فهي مناقضة لقصد الشّارع والمناقضة تعسّف، لذلك أمر رسول الله صلّى الله عليه وسلّم كلاّ من مالك بن الدخشم ومعن بن عديّ وعامر بن السّكن ووحشيًّا قاتل حمزة رضي الله عنهم، بهدم المسجد وإحراقه[3].

كما قال الله جلّ في علاه: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا ۚ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا ۚ ... (231)﴾[4].

حيث روى مالك عن ثور بن زيد الديلي، أنّ الرّجل كان يطلّق امرأته ثمّ يراجعها ولا حاجة له بها، ولا يريد إمساكها كي يُطيل بذلك العدّة عليها وليضاربها وبالتّالي فقد عرّض نفسه للعذاب وعرّضها هي للضّرر، لذا جاءت هذه الآية ليترك ما

[1] سورة التّوبة، الآيتان 107، 108.

[2] عفيف عبد الفتاح طبارة، روح القرآن تفسير سورة الأنفال وسورة التّوبة، ط 01، دار العلم للملايين، لبنان، 2001، ص 187.

[3] أبو بكر القرطبيّ، الجامع لأحكام القرآن، ج 10، ط 01، مؤسّسة الرّسالة، لبنان، 1427هـ – 2006م، ص 371.

[4] سورة البقرة، الآية 231.

كان عليه أهل الجاهليّة من الطّلاق[1]. وعليه، فاستعمال حقّ الرّجعة بقصد الإضرار يعدّ تعسّفا في استعمال الحقّ.

ب) الدّليل من السّنة النّبويّة الشّريفة:

عن أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدري رضي الله تعالى عنه، أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: ﴿لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ﴾. حديث حسن رواه ابن ماجة والدارقطني وغيرهما مسنداً.

فالضّرر والضّرار هما لفظان بمعنى واحد تكلّم بهما جميعا على وجه التّأكيد وقال ابن حبيب: الضّرر عند أهل العربيّة الاسم، والضّرار الفعل؛ فمعنى "لا ضرار" أي لا يدخل الضّرر[2]. فالحديث الشّريف ينهى عن إدخال الضّرر على الغير؛ أي عدم إلحاق الضّرر بأيّ كان، وبما أنّ التّعسّف في استعمال الحقّ هو إضرار بالغير، فقد جاء النّهي عنه في السّنة الشّريفة، ويعتبر هذا الحديث قاعدة عامة وشاملة لنظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ.

وحدّثنا الدّراوردي عن عمرو بن يحي المازني عن أبيه، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النّبي صلّى الله عليه وسلّم قال: ﴿لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ مَنْ ضَارَّ ضَارَّهُ اللَّهُ وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ﴾[3]. أخرجه الدّارقطني.

ومن حديث أبي جعفر محمد بن عليّ أنّه حدّث عن سمرة بن جندب، أنّه كانت له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار، قال: ومع الرّجل أهله، قال: فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذّى به ويشقّ عليه، فطلب إليه أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن

[1] أبو بكر القرطبيّ، المصدر السّابق، ج 04، ص 101.

[2] ابن دقيق العيد، شرح الأربعين النّوويّة، ط 06، مؤسّسة الرّيان، د. ب. ن، 1424هـ – 2003م، ص 106.

[3] ابن رجب الحنبليّ، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، ط 01، دار ابن كثير، بيروت، 1429هـ – 2008م، ص 667.

يناقله فأبى، فأتى النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم فذكر ذلك له، فطلب إليه النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: ﴿فهبه له ولك كذا وكذا﴾ أمرا رغبه فيه فأبى، فقال: ﴿أنت مضار﴾، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلم للأنصاري: ﴿اذهب فاقلع نخله﴾[1].

ومن حديث أبي قلابة قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: ﴿لا تضاروا في الحفر، وذلك أن يحفر الرّجل إلى جنب الرّجل ليذهب بمائه﴾[2]. فلا يجب أن يحدث في ملكه ما يضرّ بملك جاره، ولا يتصرّف في ملكه بما فيه مصلحة له فيتعدّى إلى إلحاق الضّرر بغيره.

فهذا الحديث يبيّن في الأخير جزاء التّعسّف، بعد محاولات النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم في الإصلاح بين كلّ من سمرة بن جندب والأنصاريّ، ما اضطره في الأخير إلى الأمر بقطع نخله، وهذا إعمالا بالقاعدة الفقهيّة ألا وهي قاعدة الضّرر الأشدّ يزال بالضّرر الأخفّ.

وفي هذا يقول ابن القيّم الجوزيّة رحمه الله: «وإن كان عليه –صاحب الشّجرة– في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، فإنّ الشّارع يدفع أعظم الضّررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة وإن أباه من أباه»[3].

ثانيا– معايير التّعسّف في استعمال الحقّ:

تعمل معايير التّعسّف على تحديد ماهيّة الفعل التّعسّفيّ وضبطه، وكشف التّعسّف من خلال القرائن الّتي تدلّ عليها المعايير؛ إذ أنّ هذه الأخيرة هي من تعطي الوصف التّعسّفيّ عند استعمال الحقّ.

---

[1] ابن رجب الحنبليّ، المصدر السّابق، ص 677.

[2] المصدر نفسه، ص 676.

[3] فتحي الدريني، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، المرجع السّابق، ص ص 266، 267.

هذا، وقد وضعت الشّريعة الإسلاميّة عدّة معايير وضوابط تقيّد استعمال الحقّ من قبل صاحبه، حتى يكون هذا الاستعمال مطابقا للمقصد الشّرعيّ، هذه المعايير في الواقع لها أصل عام واحد ينظّم جميع حالات التّعسّف.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أنّ القوانين الوضعيّة قد استمدت هذه الضّوابط والمعايير من الفقه الإسلاميّ –كما أسلفنا الذّكر–، لذلك ارتأينا أن نعرض معايير التّعسّف في استعمال الحقّ في كلّ من الفقه الإسلاميّ وكذا القانون.

1. معايير التّعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلاميّ:

لقد أبدع الفقه الإسلاميّ في وضع معايير التّعسّف؛ وذلك باعتبار القصد والباعث عند التّصرّفات على اختلاف بين الفقهاء، ممّا يؤكّد فكرة نسبيّة الحقوق في الفقه، وتأسّس الشّريعة في أحكامها على مبدأ جلب المصالح ودرء المفاسد[1].

ونظريّة التّعسّف تقوم على معيارين اثنين؛ ألا وهما المعيار الشّخصيّ أو الذّاتيّ المتمثّل في العوامل النّفسيّة والدّوافع الّتي أدّت بالمتعسّف في استعمال حقّه إلى القيام بهذا التّصرّف، والمعيار الماديّ أو الموضوعيّ المتمثّل في الضّرر النّاجم عن هذا التّصرّف عند استعمال صاحب الحقّ لحقّه.

أ) المعيار الذّاتيّ أو الشّخصيّ: وهذا يستدعي النّظر في العوامل النّفسيّة الّتي حرّكت إرادة ذي الحقّ في التّصرّف بحقّه. من قصد الإضرار أو الدّافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة»[2]. وينقسم هذا المعيار إلى معيارين ثانويين؛ هما:

- المعيار الثّانويّ الأوّل: المتمثّل في تمحض قصد الإضرار.

[1] العربي مجيدي، دور الفقه المالكيّ في بناء وتأصيل معايير نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ –دراسة على ضوء القانون–، مجلّة الأستاذ الباحث للدّراسات القانونيّة والسّياسيّة، مج 04، ع 02، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019، ص 2045.

[2] فتحي الدريني، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، المرجع السّابق، ص 242.

- المعيار الثّانويّ الثّاني: المتمثّل في الباعث غير المشروع.

- **معيار تمحض قصد الإضرار:** يعدّ هذا المعيار من أقدم المعايير؛ فهو متواجد في جميع الشّرائع القديمة، واستعمال صاحب الحقّ لحقّه بقصد الضّرر، أمر محرّم شرعا وفعل مذموم؛ كون استعمال الحقّ شرّع لتحقيق المنافع والمصالح الفرديّة والجماعيّة وعكس ذلك يعدّ تعسّفا يتنافى مع غاية الشّارع من تشريعه.

وفي هذا جاء قول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿إنّما الأعمال بالنّيات، وإنّما لكلّ امرئ ما نوى﴾[1]. ومعنى الحديث أنّ الأعمال مقرونة بالنّيات؛ فالعمل يبطل إن كان القصد منه الإضرار بالغير، وهذا مخالف لقصد الشّارع[2].

وقد جاء في المذهب الحنفيّ في كتاب الخراج لأبي يوسف، أنّه لو أراد صاحب النّهر فتح الماء في أرضه، للإضرار بجيرانه والذّهاب بغلاّتهم وتبيّن ذلك، فإنّه ينبغي أن يمنع من الإضرار بهم.

«فلو كان للرّجل نهر خاص يسقي منه حرثه ونخله وشجره، فينفجر من ماء نهره في أرضه فيسيل الماء من أرضه إلى أرض غيره فيغرقها، هل يضمن؟ قال: ليس على ربّ النّهر في ذلك ضمان من قبل أن ذلك في ملكه، وكذلك لو نزت أرض هذا من الماء ففسدت، لم يكن على ربّ الأرض الأولى شيء، وعلى صاحب الأرض الّتي غرقت ونزت أن يحصن أرضه، ولا يحلّ لمسلم أن يتعمد أرضا لمسلم أو ذميّ بذلك ليهلك حرثه فيها، يريد بذلك الإضرار به»[3].

---

[1] ابن دقيق العيد، المصدر السّابق، ص 24.

[2] عبير ربحي شاكر القدومي، التّعسّف في استعمال الحقّ في الأحوال الشّخصيّة، ط 01، دار الفكر، عمّان، 2007، ص 30.

[3] أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، كتاب الخراج، طبعة من نسخة مخطوطة في الخزانة التّيموريّة رقم 674 فقه مع معارضتها بطبعة بولاق سنة 1302هـ، دار المعرفة، بيروت، 1399هـ – 1979م، ص 99.

نجد هذا المعيار أيضا في الفقه المالكيّ؛ ومثال ذلك يمين المولى، ينظر هل هي لعذر أو لغير عذر؟ كمن حلف ألاّ يطأ زوجته وهي مرضع خوفا على ولده، فينظر فيما ادّعاه، فإن كان مقصوده الإضرار طلّقت عليه، وإن كان لمصلحة لم تطلّق عليه وكذلك التّطليق على الغائب[1].

وكذلك الحال عند غياب الزّوج؛ حيث يأمره القاضي بالالتحاق بزوجته والرّجوع إليها أو يطلّقها منه، فإن لم يستجب لأمر القاضي ولم يتم الرّجوع إليها، فإنّه يعتبر قاصدا الإضرار بها، ومعروف أنّ الزّوجة تتضرّر بغياب زوجها لما تحسّه من الإيحاش والوحدة، فإن أصرّ على عدم الرّجوع إليها فهذا يعني إصراره على الإضرار بها[2].

وهو ذات الأمر بالنّسبة للنّفقة، «فإذا رفعت الزّوجة أمرها للقاضي وكان الزّوج حاضرا، أمره أن ينفق أو يطلّق، فإن أبى طلق عليه القاضي»[3]. بمعنى أنّ قصده إضرار زوجته بعدم الإنفاق عليها.

كما جاء في تبصرة الحكام أنّه: «لو ادّعى الصّعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة وليس لهم من قصد إلاّ التّشهير بهم وإيقافهم أمام القضاء إيلاما وامتهانا، لا تسمع الدّعوى ويؤدّب المدّعي»[4]. لأنّ الغرض من الدّعوى هو الضّرر، وليس للمدّعي منفعة من ذلك إلاّ إلحاق الضّرر بأهل الفضل، وهذا قرينة على تمحض قصد الإضرار.

---

[1] ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، فصل في بيان ما يفتقر لحكم الحاكم وما لا يفتقر إليه، ج 01، ط 01، مكتبة الكلّيات الأزهريّة، د. ب. ن، 1406هـ - 1986م، ص 109.

[2] ابن جزي الكلبي الغرناطيّ، القوانين الفقهيّة في تلخيص مذهب المالكيّة والتّنبيه على مذهب الشّافعيّة والحنفيّة والحنبليّة، تحقيق: ماجد الحموي، ط 01، دار ابن حزم، لبنان، 1434هـ - 2013م، ص 373.

[3] المرجع نفسه، ص 371.

[4] ابن فرحون، المرجع السّابق، ص 246.

وقد جاء فيما يخصّ إجراء الماء في أرض الجار، أنّ قوما فسد عليهم مجرى مائهم ولم يقدروا على إجرائه، وأرادوا جري الماء في أرض جار لهم بثمن أو بغير ثمن هل لهم ذلك؟ فكان الجواب أنّه ليس لهم في ذلك إلاّ بإذن صاحب الموضع، وإن لم يأذن فيه لم يجبر عليه، وأنكر الاختلاف في هذا[1].

فالمذهب المالكي يستعين بالقرائن؛ ومن ذلك: ألاّ يكون له منفعة في استعمال حقّه ومع ذلك يترتّب عليه ضرر بغيره فيمنع؛ لأنّ ذلك قرينة على تمحض قصد الإضرار.

«بمعنى أنّ المالك يمنع من استعمال حقّه، إذا لم يكن في ذلك مصلحة من جلب نفع أو دفع ضرر، فإن كان فله ذلك؛ لأنّ ذلك إمّا عبث أو لقصد الإضرار، وكلاهما لم يشرّع استعمال الحقّ من أجلهما، فهو محض تعسّف»[2]. فانتفاء المصلحة قرينة على قصد الإضرار، فيمنع لذلك؛ أي يمنع درءً لتعسّفه.

أمّا في الفقه الشّافعيّ، فالمدين الممتنع عن أداء دينه يمكن حبسه بطلب من الدّائن وإذا تأكّد القاضي من يساره وغلب الظّن على ذلك، وقد شرّع الحبس كوسيلة لإكراه المدين المماطل على تسديد دينه وإظهار خفيّ من ماله إلاّ عند إعساره، فلا يجاب الدّائن لطلبه؛ لأنّ استعمال حقّه لا يؤدي إلى المقصود، وبالتّالي فهو قرينة على قصد الإضرار بالمدين، وعليه فوسيلة الحبس لم تشرّع للإضرار، وإنّما القصد منها موافقة لقصد الشّارع الحكيم حتى لا ينجم عنها تعسّف ومناقضة[3].

ومن أمثلة القصد بالإضرار في الفقه الحنبليّ، هو عند إقامة الحدّ؛ إذ يجب إقامته نيّة ليصير قربة فيضر به لله، ولما وضع الله ذلك لأجله كالزّجر، فإن جلد

---

[1] أحمد الونشريسي، المعيار المعرّب والجامع المغرّب عن فتاوى أهل إفريقيّة والأندلس والمغرب، مج 05، ج 01، وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلاميّة للمملكة المغربيّة، المغرب، 1401هـ – 1981م، ص 398.

[2] فتحي الدريني، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، المرجع السّابق، ص 247.

[3] المرجع نفسه، ص ص 249، 250.

للتّشفّي أثم لأنّه عدوان وليس بحدّ، ولا يعيده لما فيه من الإضرار بالمحدود؛ حيث قال الشّيخ تقيّ الدّين: على المقيم لها –أي الحدود– أن يقصد بها النّفع والإحسان، كما يقصد الوالد بعقوبة الولد والطّبيب بدواء المريض، فلم يأمر الشّرع إلاّ بما هو نفع للعباد، وعلى المؤمن أن يقصد ذلك[1].

وكمثال آخر، صاحب الحائط لا يمكن له هدم الحائط الّذي يستتر ملك جاره به إلاّ عند وجود عذر وغرض قويّ وصحيح. كون الحقّ في التّصرّف هنا مقيّد بألاّ يعود على غيره بالضّرر، واستعمال الحقّ دون غرض وبلا منفعة هو مظنّة قصد الإضرار. أمّا عند وجود الغرض الصّحيح والمنفعة الظّاهرة، فإنّ المنع من تحصيلها يعدّ مضرّة بحدّ ذاتها لانتفاء قصد الإضرار[2].

- **معيار الباعث غير المشروع:** يتحقّق معيار الباعث غير المشروع، عند استعمال الحقّ في غير الغرض أو المصلحة الّتي شرع من أجلها؛ وذلك بأن يكون الباعث من استعمال الحقّ مناقضا لقصد الشّارع.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أنّ الباعث هو الدّافع الّذي يحرّك إرادة المنشئ للتّصرّف لتحقيق غرض غير مباشر، والمقصود بالدّافع لتحقيق غرض غير مشروع هو أن يجاوز الحدود الأخلاقيّة، أو يمسّ المصلحة العامة، أو يناقض مقاصد التّشريع[3].

وعليه، فالباعث أمر نفسيّ خفيّ ومتغيّر ويختلف باختلاف الأشخاص؛ وفكرة الباعث هي وسيلة لإبطال التّصرّف الّذي ظاهره الجواز، ومقصده الوصول إلى غايات محرّمة وغير مشروعة[4].

---

[1] ابن إدريس البهوتي الحنبليّ، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 06، د. ط، دار الكتب العلميّة، بيروت، 1403هـ – 1983م، ص 81.

[2] المرجع نفسه، ص 412.

[3] فتحي الدريني، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، المرجع السّابق، ص ص 207، 208.

[4] المرجع نفسه، ص 208.

فالشّارع الحكيم جعل للحقوق مصالح تترتّب عليها، كما جعل لها وسائل تؤدّي إلى غاياتها، إلاّ أنّ هذه الوسائل مقيّدة في استعمالها بعدم الإضرار بالغير، فإذا تمّ استعمال الحقّ في غير الغرض الّذي شرّع من أجله، اعتبر استعمالا باطلا ومحرّما لأنّه مخالف لمقصد الشّارع[1]. فالأحكام شرّعت لمصالح العباد، وبالتّالي تكون الأعمال معتبرة بذلك، فإن كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعيّة، فلا إشكال في ذلك، وإن كان الظّاهر موافقا والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع لأنّ الأعمال الشّرعيّة ليست مقصودة لنفسها، وإنّما قصدت بها المصالح الّتي شرّعت لأجلها[2].

وعليه، فاستعمال الأفراد لحقوقهم في الشّريعة الإسلاميّة ليس مطلقا، بل هو مقيّد بعدّة قيود؛ منها عدم الإضرار بالمصلحة العامة الّتي يعود نفعها على النّاس كافّة، أو المصلحة الخاصة الّتي يعود نفعها على البعض.

وعدم استعمال الحقّ بغرض التّلذّذ من غير تحقيق النّفع، وعدم استعماله لغاية غير مشروعة تتنافى مع مشروعيّة الحقّ، وكذلك يجب الموازنة بين المنافع والأضرار الّتي تنجم عن استعمال الحقّ، فإن غلبت الأضرار على المنافع بطل هذا الاستعمال[3].

ومن أمثلة هذا المعيار، نذكر حقّ الولاية على النّفس ولو للأب، إذن يجب عليه أن يمارسه على وجه المصلحة لابنته، فإن خالف ذلك كان متعسّفا في استعمال حقّه.

---

[1] جميل فخري محمد جانم، المرجع السّابق، ص 167.

[2] محمد اللّخمي الشّاطبيّ، الموافقات، مج 03، ط 01، دار ابن عفّان، السّعوديّة، 1417هـ – 1997م، ص ص 120، 121.

[3] سعاد بلحورابي، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ وتطبيقاتها في الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤوليّة المهنيّة، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة مولود معمريّ، تيزي وزو، 2013–2014، ص 25.

أيضا ولاية الزّوج على زوجته؛ فهي ولاية تأديبيّة، لقول الله تبارك وتعالى: ﴿... وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ ... (34)﴾[1].

ولما روي عن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال: ﴿اتّقوا الله في النّساء فإنّهنّ عندكم عوان لا يملكن لأنفسهنّ شيئا، وإنّما أخذتموهنّ بأمانة الله واستحللتم فروجهنّ بكلمة الله، لكم عليهنّ حقّ أن لا يوطئن فرشكم أحدا ولا يأذنّ في بيوتكم لأحد تكرهونه، فإن خفتم نشوزهنّ فعظوهنّ واهجروهنّ في المضاجع واضربوهنّ ضربا غير مبرّح، ولهنّ عليكم كسوتهنّ ورزقهنّ بالمعروف﴾، ثمّ قال ثلاثا: ﴿ألا هل بلّغت﴾[2].

فالمولى عزّ وجلّ رتّب عدّة وسائل لتأديب الزّوجة؛ حيث كانت متدرّجة من الأخفّ إلى الأشدّ، بدءً بالوعظ ووصولا إلى الضّرب غير المبرح، لذا فإنّه لا يحقّ للزّوج الانتقال من وسيلة إلى أخرى إلاّ عند تأكّده من عدم تحقّق المطلوب. وعليه فغاية التّأديب هي حمل الزّوجة على طاعة زوجها وإصلاح نشوزها، ومن كانت غايته غير ذلك فقد أصبح فعله متعسّفا وغير مشروع[3].

وسلطة التّأديب هذه، هي حقّ للزّوج يستأثر به؛ لأنّه يقتصر عليه دون غيره غير أنّه قد ينحرف عن الغاية الّتي شرّع من أجلها حقّ التّأديب، وبالتّالي يكون متعسّفا.

ومثال ذلك أيضا، ولاية الأب في تزويج بناته القاصرات إضرارا بأمّهن، وهذا يعدّ تعسّفا في استعمال حقّه في الولاية؛ لأنّه كان يقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة.

---

[1] سورة النّساء، الآية 34.

[2] علاء الدّين الكساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 04، كتاب النّفقة، ط 02، دار الكتب العلميّة، د. ب. ن، 1406هـ - 1986م، ص 15.

[3] جميل فخري محمد جانم، المرجع السّابق، ص 168.

وعليه، فإن قامت قرينة على أنّ الأب يقصد بتزويج البنات قبل البلوغ، الضّرر بأمّهنّ وإسقاط حضانتها، فإنّه يمنع من ذلك إلى أن يطقن الوطء، فإن وقع زواجهنّ قبل البلوغ صحّ النّكاح، ولكّن تبقى للأم الحضانة ولو بعد الدّخول[1].

وبهذا، نكون قد بيّنا المعيار الشّخصيّ وما يتضمّنه من معيارين ثانويين، وفيما يلي سنعرض المعيار الماديّ (الموضوعيّ).

ب) المعيار الماديّ أو الموضوعيّ: إضافة إلى المعيار الشّخصيّ، هناك معيار موضوعيّ استندت عليه الشّريعة الإسلاميّة في نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ؛ ألا وهو معيار التّوزان أو التّناسب بين المصالح المتعارضة، الّذي يقتضيه مبدأ العدل المطلق في الفقه الإسلاميّ.

فإذا كان هناك تفاوت شاسع بين المصلحة المرجوّة من صاحب الحقّ، والمفسدة الّتي تترتّب على ذلك، فإنّه يصبح غير مشروع دون اعتبار ما إذا كانت المفسدة لاحقة بالفرد أم بالجماعة[2].

وللذّكر، فإنّ هذا المعيار الموضوعيّ ماديّ؛ حيث ينظر إلى ثمرة الأفعال ونتائجها، كما أنّه مشتقّ من أصول الفقه الإسلاميّ، ألا وهو النّظر في مآل الأفعال الّذي تفرّع عنه مبدأ سدّ الذّرائع والاستحسان والاستصلاح[3]. ينقسم هذا المعيار إلى معيارين فرعيين؛ هما:

- **معيار اختلال التّوازن بين المصالح المتعارضة:** يضمّ هذا الأخير ضابطين أوّلهما اختلال التّوازن بين مصلحتين فرديّتين، وثانيهما اختلال التّوازن بين مصلحة عامة وأخرى خاصة.

[1] العربي مجيدي، المرجع السّابق، ص 2048.

[2] فتحي الدريني، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، المرجع السّابق، ص 264.

[3] المرجع نفسه، ص 265.

فبالنّسبة للأوّل ألا وهو اختلال التّوازن بين مصلحتين فرديتين؛ فمعياره النّظر إلى نتيجة الفعل؛ مثال ذلك: إذا استعمل الإنسان حقّه بقصد تحقيق المصلحة المشروعة منه ولكّن ترتّب على فعله هذا ضرر يصيب غيره، أعظم من المصلحة المقصودة منه أو يساويها، فإنّه يمنع من ذلك[1].

فاستعمال الحقّ يكون متعسّفا في حالة الضّرر العام، ومثال ذلك الاحتكار؛ وهو شراء ما يحتاجه النّاس وادخاره لبيعه وقت غلاء الأسعار وحاجة النّاس إليه، أيضا بيع السّلاح لقطّاع الطّرق وبيع العنب للخمّار، وزراعة المخدّرات وزراعة أشياء لا تحتاج إليها الأمّة.

أيضا هناك الضّرر الخاص أكثر من مصلحة صاحب الحقّ؛ كفتح نافذة في بناء تطلّ على مقرّ نساء الجار، إلاّ إذا كانت أعلى من مستوى النّظر، فهنا الضّرر الحاصل للجار من جرّاء فتح النّافذة، أشدّ من ضرر عدم فتحها بالنّسبة لصاحب الحقّ.

كذلك الضّرر الخاص المساوي للمصلحة؛ كأن يفعل مالك الدّار فيها شيئا يتضرّر به جيرانه، فلا يمنع صاحب الحقّ من استعمال حقّه مراعاة لحقّ المالك لتساويهما في الضّرر فيرجّح حقّ المالك عملا بما يبيحه له ملكه من استعمال وانتفاع.

أمّا الضّرر القليل، فمثال ذلك بناء جدار أو غرس شجر في أرضه، ممّا يترتّب عليه حجب الهواء عن جاره، فلا يكون المالك هنا متعسّفا ولا يمنع من استعمال حقّه لأنّه أثناء الانتفاع بالحقّ لابدّ من حصول ضرر قليل[2].

وكمثال عن الضّرر الموهوم، كثرة إنجاب النّسل الّذي قد تترتّب عليه ضائقة اقتصاديّة، لا يمنع منه الإنسان؛ لأنّ الضّرر هنا متوهّم، فالله سبحانه وتعالى أودع في

[1] محمد طلافحة ومحمود الحياري ورائدة نصيرات، المضامين التّربويّة في معايير نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، مجلّة المنارة للبحوث والدّراسات، مج 21، ع 04، جامعة آل البيت، الأردن، ديسمبر 2015، ص 404.

[2] وهبة الزحيلي، المرجع السّابق، ج 04، ص 2869.

الأرض من الكنوز والموارد ما يكفي حاجة الإنسان، شريطة استخدام الأياديّ العاملة والعقول المفكّرة بمراقبة الله وتقواه[1].

أمّا بالنّسبة للثّاني، فهو اختلال التّوازن بين المصلحتين العامة والخاصة؛ حيث يستعمل صاحب الحقّ حقّه للوصول إلى مصلحة خاصة، ويعتبر هذا الاستعمال للحقّ تصرّفا فرديّا مشروعا، إلاّ أنّه قد ينتج أو ينجم عنه ضرر عام يلحق بالجماعة، ولذلك نادى التّشريع الإسلاميّ بمبدأ التّضامن والتّكافل الاجتماعيّ؛ حيث قيّد حقوق الأفراد ولم يجعلها مطلقة، مراعيا بذلك المصلحة العامة[2].

فالإخلال بالمصلحة العامة لحساب الصّالح الفرديّ، يعدّ انحراف بالحقّ عن غايته والانحراف تعسّف؛ فاستعمال الحقّ لم يشرّع كوسيلة لإلحاق الضّرر بالعامة لأنّه لا يتفق مع روح الشّريعة الإسلاميّة وقواعدها العامة؛ فالمصلحة أو المنفعة الشّخصيّة تبقى مشروعة إذا وافقت الشّرع ومقاصده، وعدم تناقضها مع مبدأ التّعاون أو المصلحة العامة[3].

- **معيار الضّرر الفاحش:** يعتبر الضّرر الفاحش ثاني معيار موضوعيّ، وهو يعرّف على أنّه: «ما جاوز الحدّ الّذي تُحصّل به المصلحة المقصودة من استعمال الحقّ»[4].

هذا، ولقد قرّر معيار الضّرر الفاحش لتنسيق المصالح الفرديّة المتعارضة، لا سيما في العلاقات الجواريّة؛ فحقّ المالك مقيّد في التّصرّف بملكه قضاء بما يمنع الأضرار الفاحشة عن جاره، وهي المضار غير المألوفة.

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السّابق، ج 04، ص 2870.

[2] عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السّابق، ص ص 37، 38.

[3] فتحي الدريني، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، المرجع السّابق، ص 270.

[4] عبد الله الدّرعان، المدخل للفقه الإسلاميّ: تاريخه – قواعده – مبادئه العامة، ط 01، مكتبة التّوبة، الرّياض، 1413هـ – 1993م، ص 261.

أمّا الضّرر المألوف، فلا بدّ من تحمّله والتّسامح فيه؛ إذ أنّ منعه يؤدّي إلى تعطيل استعمال حقوق الملكيّة كافة، وهذا مخالف للنّصوص الشّرعيّة[1]. وللضّرر الفاحش أنواع تتمثّل في الضّرر الماديّ والضّرر المعنويّ:

فالضّرر الماديّ يكون عند تعطيل الانتفاع بالمنافع المقصودة من العقّار؛ كإطالة البناء بحيث يمنع أشعّة الشّمس والهواء والنّور. أمّا الضّرر المعنويّ؛ كالإشراف على مقرّ النّساء بانخفاض نوافذ المنزل عن القدر المألوف، ما يثير الرّيبة في نفس الجار[2].

ولقد أولت الشّريعة الإسلاميّة اهتماما بالغا بعلاقات الجوار؛ حيث حثّ القرآن الكريم والسّنة النّبويّة المطهّرة على حقوق الجار ومعاملته بالحسنى ومنع إضراره.

فقد قال الله تبارك وتعالى في هذا الصّدد: ﴿... وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ ... (36)﴾[3].

وعليه، فالجار هو من كان قريبا منك في المنزل، وقربه يختلف بحسب المسافة لذلك أمرنا الله سبحانه وتعالى بالإحسان إليه، سواء كان قريبا أو بعيدا. كما أنّ رسول الله محمد صلّى الله عليه وسلّم، قد علّق كمال الإيمان على إكرام الجار وعدم الإساءة إليه[4].

أمّا بخصوص ما ورد في السّنة النّبويّة الشّريفة في هذا الشّأن، ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: ﴿مَن كانَ يُؤْمِنُ باللَّهِ

[1] فتحي الدريني، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، المرجع السّابق، ص 269.

[2] جميل فخري محمد جانم، المرجع السّابق، ص 179.

[3] سورة النّساء، الآية 36.

[4] محمد بن صالح العثيمين، المصدر السّابق، ص 310.

واليَومِ الآخِرِ فلا يُؤْذِ جارَهُ، ومَن كانَ يُؤْمِنُ باللَّهِ واليَومِ الآخِرِ فَلْيُكْرِمْ ضَيْفَهُ، ومَن كانَ يُؤْمِنُ باللَّهِ واليَومِ الآخِرِ فَلْيَقُلْ خَيْرًا أوْ لِيَصْمُتْ﴾[1] صحيح البخاريّ.

كما روي عنه أيضا رضي الله عنه أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال: ﴿واللَّهِ لا يُؤْمِنُ، واللَّهِ لا يُؤْمِنُ، واللَّهِ لا يُؤْمِنُ﴾، قِيلَ: مَنْ يا رسولَ اللَّهِ؟ قَالَ:﴿الَّذي لا يأْمنُ جارُهُ بَوَائِقَهُ﴾[2] متّفق عليه.

في هذين الحديثين الشّريفين، دلالة على تحريم الإضرار والإساءة للجار، ومن يتعمّد إيذاء جاره فلا يعتبر مؤمنا؛ كون الإيمان يكتمل بعدم الإضرار بالغير عموما.

2. معايير التّعسّف في القانون الجزائريّ والتّشريعات العربيّة:

من المعروف أنّ جلّ التّشريعات الوضعيّة، اقتبست أحكامها من القانون الرّومانيّ الّذي كان مشبعا بالشّكليّة والنّزعة الفرديّة، والّذي نادى بالمصلحة الشّخصيّة دون النّظر إلى مدى تأثّر حقوق الغير. إلاّ أنّ الرّومان نادوا باستبعاد القواعد الّتي تتنافى مع روح العدالة ومبادئها، الأمر الّذي أدى إلى ظهور نظريّة التّعسّف، ومنع استعمال الحقوق بقصد الإضرار بالغير.

وهذا أيضا ما سار عليه القانون الفرنسيّ، الّذي يعدّ صوّرة متطوّرة للقانون الرّومانيّ؛ حيث أصدر عدّة نصوص قانونيّة حدّدت استعمال الحقوق، شريطة أن يكون ذلك لغرض حقيقيّ وليس لغرض الإضرار، وهو ما اعتمدت عليه المحاكم الفرنسيّة[3].

---

[1] محمّد بن إسماعيل البخاريّ، المصدر السّابق، باب من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره، رقم الحديث 48، ص 19.

[2] المصدر نفسه، باب إثم من لا يأمن جاره بوائقه: يوبقهنّ، يهلكهنّ موبقا مهلكا، رقم الحديث 46، ص 18.

[3] علي سنوسي، مجال التّعسّف في الحقوق الأسريّة بين التّوسيع والتّضيّيق على ضوء الاجتهاد القضائيّ وأحكام التّشريع والفقه الإسلاميّ، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصّص علوم قانونيّة، فرع قانون الأسرة، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة الجيلالي ليابس، بلعباس، 2018-2019، ص 41.

وفي هذه النّقطة البحثيّة، سنحاول توضيح معايير التّعسّف في القانون الجزائريّ ثم في التّشريعات العربيّة المقارنة.

أ) معايير التّعسّف في القانون الجزائريّ:

نصّ المشرّع الجزائريّ على أحكام التّعسّف في استعمال الحقّ لأوّل مرّة، في المادة 41 من القانون المدنيّ، الّتي نصّت على أنّه: «يعتبر استعمال الحقّ تعسّفا في الحالات التّاليّة:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنّسبة للضّرر النّاشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».

هذا، وقد جاءت هذه المادة محشورة بين نصّ المادة 40 الّتي تحدّد سنّ الرّشد ونصّ المادة 42 الّتي تناولت موضوع التّمييّز وفاقده.

والملاحظ هنا، أنّ هذه المواد تطرّقت في مجملها إلى أحكام الأهليّة الّتي ليست لها أيّ علاقة بنظريّة التّعسّف؛ حيث يلاحظ على المشرّع الجزائريّ، أنّه لم يتّبع التّسلسل المنطقيّ للنّصوص القانونيّة، وهذا ما عرّضه لعدّة انتقادات.

أضف إلى ذلك، أنّ المادة 41 جاءت في الفصل الأوّل الّذي يخصّ الأشخاص الطّبيعيّين، ما يفسّر أنّها تطبّق على الشّخص الطّبيعيّ فقط دون الشّخص الاعتباريّ.

كما أنّ المشرّع الجزائريّ استعمل لفظ "تعسّف" في قوله: "يعتبر استعمال الحقّ تعسّفا" عكس التّشريع المصريّ الّذي استعمل بدله لفظ "غير مشروع"، وهذا ما سنوضّحه لاحقا.

ما يلاحظ على هذه المادة، أنّها كرّست الاستثناء دون القاعدة العامة؛ بمعنى أنّها تناولت نظريّة التّعسّف الّتي تعتبر استثناءً، دون النّص على استعمال الحقّ استعمالا

مشروعا؛ بحيث لا يكون صاحبه مسؤولا عمّا يلحق الغير من ضرر، وهذا كقاعدة عامة. غير أنّه كان من الأجدر النّص على القاعدة العامة أوّلا وبعدها الاستثناء.

تجدر الإشارة هنا، إلى أنّه بعد صدور القانون رقم 05-10 المؤرّخ في 20 يونيو 2005، تمّ تحويل ونقل نظريّة التّعسّف من المادة 41 من القانون المدني الجزائريّ، إلى المادة 124 مكرّر المعدّلة والمتمّمة بمقتضى القانون رقم 05-10، الّتي نصّت على ما يلي: «يشكّل الاستعمال التّعسّفيّ للحقّ خطأ لا سيما في الحالات الآتيّة:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنّسبة للضّرر النّاشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».

ما يلاحظ هنا، أنّ المشرّع الجزائري قد أعاد صياغة المادة 41 نفسها؛ حيث ذكر ثلاث صور للتّعسّف في استعمال الحقّ على سبيل المثال لا الحصر، ونستشفّ ذلك من قوله: " لاسيما في الحالات الآتيّة".

كما اعتبر الاستعمال التّعسّفيّ للحقّ "خطأ"؛ حيث أنّ الصّورة المذكورة على سبيل المثال لا الحصر، -كما جاء في نص المادة 41-، تقوم فعلا على فكرة الخطأ باعتبار أنّ صاحب الحقّ قد أخلّ بالغاية الّتي تقرّر من أجلها هذا الحقّ، عن عمد أو بسبب إهمال أو تقصير منه[1].

فمعيار قصد الإضرار بالغير يعتبر خطأ؛ لأنّ نيّة صاحب هذا الحقّ هي الإضرار بالغير، وعليه فهو خطأ عمديّ لأنّ القصد الوحيد منه هو الإضرار، غير أنّه

[1] علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحقّ للتّعويض، ط 03، موفم للنّشر، الجزائر، 2014، ص ص 66، 67.

لا يشترط أن تكون هذه النّية؛ بمعنى نيّة الإضرار هي الدّافع الوحيد للعمل، بل يكفي إذا اختلطت بدوافع أخرى أن تكون هي الدّافع الأكبر لصاحب الحقّ عند مباشرة حقّه[1].

ومن الواضح أنّ المشرّع الجزائريّ قد تأثّر بالقضاء الفرنسيّ؛ حيث جاء في قرار محكمة الاستئناف لكولمار بتاريخ 1855/05/02، ما يلي: «ومن حيث أنّ المبادئ العامة تقتضي بأنّ حقّ الملكيّة هو على وجه ما حقّ مطلق يبيح للمالك أن ينتفع بالشّيء وأن يستعمله وفقا لهواه، ولكّن استعمال هذا الحقّ كاستعمال أيّ حقّ آخر يجب أن يكون حدّه هو استيفاء مصلحة جدّية ومشروعة، وأنّ مبادئ الأخلاق والعدالة لا تتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يكون الباعث عليها رغبة شرّيرة، وقد رفعت تحت سلطان شهوة خبيثة دعوى لا تبرّرها أيّ منفعة شخصيّة، وهي تلحق بالغير أذى جسيما»[2].

أيضا حكم محكمة ليون الاستئنافيّة المؤرّخ في 18 أبريل 1856، الّذي يقرّر مساءلة المالك الّذي يحدث حفرا في أرضه لمجرّد منع وصول المياه إلى جاره.

غير أنّ نيّة الإضرار لوحدها غير كافية لتجسيد التّعسّف في استعمال الحقّ، بل يجب أن يصطحبها انحراف في سلوك الشّخص العاديّ، كما أنّ استعمال الحقّ بقصد تحقيق غاية مشروعة؛ أي الغاية الّتي شرّع من أجلها الحقّ، لا يعتبر ذلك خطأ حتى

---

[1] أنور سلطان، أحكام الالتزام، الموجز في النّظريّة العامة للالتزام –دراسة مقارنة في القانونين المصريّ واللّبنانيّ، ط 01، دار النّهضة العربيّة، بيروت، 1983، ص 321.

[2] «*S'il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu, autorisant le propriétaire à user et abuser de la chose, cependant l'exercice de ce droit, comme celui de tout autre, droit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime, que les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accompli sous l'empire d'une mauvaise fassion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui*».

راجع: حسين عامر وعبد الرّحيم عامر، المسؤوليّة المدنيّة التّقصيريّة والعقديّة، ط 02، دار المعارف، القاهرة، 1979، ص 232.

ولو ترتّب عنه ضرر للغير؛ لأنّ تحقيق المصلحة المشروعة لنفسه ترجّح رجحانا كبيرا على الضّرر الّذي يلحقه بالغير[1].

أيضا يعدّ التّعسّف في استعمال الحقّ كذلك خطأ، إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنّسبة للضّرر النّاشئ للغير؛ بمعنى تحقيق مصلحة لا تتناسب مع ما أصاب الغير من ضرر، جرّاء استعمال الحقّ ولكنّ الضّرر يكون جسيما، ففي هذه الحالة يكون صاحب الحقّ مخطئا ومتعسّفا في استعمال حقّه[2]. وهذا ما يؤكّد بأنّ التّعسّف بالنّسبة لهذا المعيار يقوم على الضّرر[3].

كما يمثّل استعمال الحقّ كذلك خطأ، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة؛ كأن تكون مخالفة للنّظام العام وحسن الآداب، وهذا مناقض لروح الحقّ والغاية الّتي تقرّر من أجلها.

بمعنى أنّ صاحب الحقّ يستعمل حقّه في غير مصلحته، أو لمصلحة غير مشروعة[4].

وبالتّالي، تقوم المساءلة عندما يخلو استعمال الحقّ من أيّة مصلحة[5]. كما تكون الغاية من استعمال الحقّ غير مشروعة، إذا انعدم العذر لدى صاحب الحقّ عند استعمال حقّه، وهذا ما نصّت عليه المادة 708 من القانون المدني الجزائريّ في الفقرة

[1] عزّ الدّين الدناصوري، المسؤوليّة المدنيّة في ضوء الفقه والقضاء، ط 01، المكتبة القانونيّة، مصر، 1998، ص 128.

[2] رضا متولي وهدان، المرجع السّابق، ص 41.

[3] مصطفى بوبكر، المسؤوليّة التّقصيريّة بين الخطأ والضّرر في القانون المدنيّ الجزائريّ، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2015، ص 112.

[4] علي فيلالي، المرجع السّابق، ص 69.

[5] حسين عامر وعبد الرّحيم عامر، المرجع السّابق، ص 244.

الثّانيّة كما يلي: «غير أنّه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانونيّ، إن كان هذا يضرّ الجار الّذي يستر ملكه بالحائط».

هذا، ويرى بعض الفقه أنّ مثل هذا الخطأ يقابل الخطأ غير الجسيم[1].

ب)معايير التّعسّف في التّشريعات العربيّة:

تناولت التّشريعات العربيّة نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ، منها ما نصّت عليها في الباب التّمهيديّ على غرار القانونين المدنيّين المصريّ والسّوريّ، وتشريعات أخرى نصّت عليها تحت عنوان "إساءة استعمال الحقّ" ونذكر هنا القانون المدنيّ الأردنيّ وقانون المعاملات المدنيّة الإماراتيّ.

وخلافا لمعظم التّشريعات العربيّة، نجد أنّ المشرّع المغربيّ قد اكتفى بعرض بعض الحالات الّتي يتحقّق فيها التّعسّف في استعمال الحقّ، وذلك في مسألة المضار النّاشئة عن مضايقات الجوار، الّتي جاءت نصوصها في قانون الالتزامات والعقود أيضا مجلّة الالتزامات والعقود التّونسيّة، الّتي جاء فيها بقواعد التّعسّف في استعمال الحقّ بوجه عام ولم تحدّد معاييره.

وذلك بخلاف القانون المدنيّ المصريّ، الّذي تكفّلت المادة 05 منه بتبيان حالات التّعسّف في استعمال الحقّ؛ حيث جاء فيها: «يكون استعمال الحقّ غير مشروع في الأحوال الآتيّة:

أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب) إذا كانت المصالح الّتي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمّية؛ بحيث لا تتناسب البتّة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

[1] زهدي يكن، المسؤوليّة المدنيّة أو الأعمال غير المباحة، ط 01، منشورات المكتبة العصريّة، لبنان، د. س. ن، ص 150.

ج) إذا كانت المصالح الّتي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة».

إضافة إلى المادة 04 من القانون المدنيّ السّوريّ، الّتي جاءت بما يلي:

«يكون استعمال الحقّ غير مشروع في الأحوال الآتيّة:

أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب) إذا كانت المصالح الّتي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمّية؛ بحيث لا تتناسب البتّة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج) إذا كانت المصالح الّتي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة».

من خلال هاتين المادتين، يتضح لنا أنّ كلا المشرّعين المصريّ والسّوريّ قد وضعا ثلاثة معايير للتّعسّف في استعمال الحقّ:

إذ أنّ أوّل معيار ذكره كلّ منهما هو معيار قصد الإضرار أو نيّة الإضرار وهذا ما يفسّر أنّهما سايرا ما جاء به الفقه الإسلاميّ؛ حيث أنّه يكفي وجود باعث أو دافع مسيء في استعمال الحقّ، حتى يعتبر هذا الأخير تعسّفا.

هذا، ويعتبر هذا المعيار ذاتيّا؛ كونه لا ينطبق إلاّ إذا تمحض قصد الإضرار بالغير. ولقد استقرّ القضاء المصريّ على مساءلة من يستعمل ملكيّته بقصد الإضرار بجاره[1].

وكمعيار ثانٍ تمّ ذكره، هو معيار عدم التّناسب بين مصلحة صاحب الحقّ والضّرر اللاّحق بالغير؛ حيث يعتبر معيارا موضوعيّا ماديّا لا تراعى فيه نيّة صاحب الحقّ ولا قصده، يقوم على التّناسب بين كلّ من الضّرر اللاّحق بالغير والنّفع النّاتج

[1] حسين عامر وعبد الرّحيم عامر، المرجع السّابق، ص 250.

لصاحب الحقّ جرّاء استعمال حقّه، فيكون موجبا للمسؤوليّة إذا وقع ضرر، وأحيانا موجب للمنع إذا كان الضّرر على الأغلب متوقّعا[1].

كما يعدّ المعيار الثّالث ألا وهو عدم مشروعيّة المصلحة، الّتي قصد تحقيقها من استعمال الحقّ، معيارا موضوعيا أيضا؛ لأنّ تحقيق المصلحة غير المشروعة يسبقه باعث غير مشروع، فالمصلحة غير المشروعة معاكسة لقصد الشّارع، الأمر الّذي يستنتج منه أنّ كلاّ من معيار المصلحة ومعيار الباعث مترابطان ومتلازمان، لذا يجب على صاحب الحقّ أن يتقيّد بمشروعيّة المصالح وعدم مخالفتها للنّظام العام والآداب العامة، ومثال ذلك فصل عامل عند مطالبته بأجرته[2].

ضف إلى ذلك، أنّه قد جاء في المشروع التّمهيديّ للقانون المصريّ معيارين إضافيين قامت مجلّة الأحكام العدليّة بتقنينهما مستمدّة ذلك من الفقه الإسلاميّ؛ يتمثّل المعيار الأوّل الّذي تناوله الفقهاء في معيار التّعارض مع مصلحة عامة جوهريّة، غير أنّ ما نلاحظه هنا هو أنّ المادة 05 من القانون المدنيّ المصريّ لم تنص عليه، ويعلّل ذلك بأنّ هذا المعيار لا يمكن أن يتخذه القاضي ويطبّقه في القضايا اليوميّة، وإنّما يمكن تطبيقه عند الاستثناء وفي ظروف خاصة[3].

أمّا المعيار الثّاني، فهو معيار الضّرر الفاحش الّذي قنّنته هو الآخر مجلّة الأحكام العدليّة[4]. كما خصّه الفقه الإسلاميّ بأحكام خاصة، وما لوحظ على المعيار الأول لوحظ على هذا المعيار أيضا؛ حيث أنّه لم تتطرّق إليه المادة 05 من القانون المدنيّ المصريّ، وسبب ذلك أنّ معيار الضّرر الفاحش يطبّق في حقوق الجوار، وهذه

[1] جميل فخري محمد جانم، المرجع السّابق، ص 183.

[2] رضا متولي وهدان، المرجع السّابق، ص 41.

[3] جميل فخري محمد جانم، المرجع السّابق، ص 184.

[4] نصّت المادة 1198 من مجلّة الأحكام العدليّة المصريّة على أنّ: «كلّ أحد له حقّ التّعلّي على حائط الملك وبناء ما يريد، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشا».

الأخيرة خارجة عن نطاق نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ، كما يعتبر الضّرر الفاحش خروجا عن حدود الحقّ وليس بالتّعسّف في استعمال الحقّ[1].

وقد جاء تعريف الضّرر الفاحش في المادة 1199 من مجلّة الأحكام العدليّة على أنّه: «كلّ ما يمنع الحوائج الأصليّة؛ يعني المنفعة الأصليّة المقصودة من البناء كالسّكن أو يضرّ بالبناء أي يجلب له وهناً ويكون سبب انهدامه».

أمّا بخصوص القانون المدنيّ الأردنيّ وقانون المعاملات المدنيّة الإماراتيّ، فقد تناولا هما أيضا نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ، لكّن تحت مسمّى الإساءة في استعمال الحقّ كما أسلفنا سابقا؛ حيث نصّت المادة 66 من القانون المدنيّ الأردنيّ[2] في بابه التّمهيديّ، الّتي كانت تحت عنوان إساءة استعمال الحقّ، على ما يلي:

«1. يجب الضّمان على من استعمل حقّه استعمالا غير مشروع.

2. ويكون استعمال الحقّ غير مشروع:

أ) إذا توفّر قصد التّعديّ.

ب)إذا كانت المصلحة المرجوّة من الفعل غير مشروعة.

ج) إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضّرر.

د) إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة».

إضافة إلى المادة 106 من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتيّ الّتي نصّت على أنّه:

«1. يجب الضّمان على من استعمل حقّه استعمالا غير مشروع.

[1] جميل فخري محمد جانم، المرجع السّابق، ص 184.

[2] قانون مدنيّ مؤقّت رقم 43، مؤرّخ يوم الأحد 05 شعبان 1396هـ الموافق لـ 1 آب 1976م، ج. ر. م. هـ. أ، ع 2645، سنة 1976.

2. ويكون استعمال الحقّ غير مشروع:

أ) إذا توفّر قصد التّعديّ.

ب) إذا كانت المصالح الّتي يريد تحقيقها من هذا الاستعمال مخالفة لأحكام الشّريعة الإسلاميّة أو القانون أو النّظام العام أو الآداب.

ج) إذا كانت المصالح المرجوّة لا تتناسب مع ما يصيب الآخرين من ضرر.

د) إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة».

نلاحظ أنّ كلاّ من المادة 66 من القانون المدنيّ الأردنيّ والمادة 106 من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتيّ، قد حدّدتا أربعة معايير للتّعسّف في استعمال الحقّ، أو كما سمّيناه بـــ "إساءة استعمال الحقّ"، وقد استمدّ القانونان هذه المعايير من الفقه الإسلاميّ.

وعليه، فإنّه قد يتوفّر التّعسّف في استعمال الحقّ –حسب المادتين سالفتي الذّكر– إذا كان صاحب الحقّ يقصد من تصرّفه الإضرار بالغير، أيضا في حالة عدم وجود مصلحة مشروعة أو ذات قيمة، وبالتّالي تكون مخالفة لأحكام الشّريعة الإسلاميّة والقانون والآداب العامة.

«كما يجب أن تكون الموازنة بين المصالح الاجتماعيّة في المجتمع؛ سواء مصالح مباشرة كالمصلحة العامة أو غير مباشرة كالمصلحة الخاصة، وفي حالة الإخلال بهذا التّوازن يتوافر التّعسّف في استعمال الحقّ، ويعتبر هذا الإخلال عملا ضدّ المجتمع متى كان يقصد من تصرّفه الإضرار بالغير»[1].

[1] أنس محمد عبد الغفار سلامة، الحماية القانونيّة للعامل من تعسّف صاحب العمل في قانون العمل الإماراتيّ، مجلّة العلوم القانونيّة والاجتماعيّة، ع 11، جامعة زيان عاشور، الجلفة، سبتمبر 2018، ص ص 11، 12.

والمعيار الرّابع، هو عند ثبوت أنّ الشّخص قد تجاوز عند استعمال حقّه للعرف والمألوف بين النّاس، ولم يتبع ما جرت عليه العادة، وبالتّالي يعدّ مسيئا لاستعمال حقّه ويعتبر ذلك الاستعمال غير مشروع[1].

وفيما يخصّ قانون الالتزامات والعقود المغربيّ، فقد أشار إلى بعض معايير التّعسّف في استعمال الحقّ، وقد خصّ لذلك الفصل 94 في فقرته الأولى الّتي جاء فيها: «لا محلّ للمسؤوليّة المدنيّة إذا فعل شخص بغير قصد الإضرار ما كان له الحقّ في فعله».

وبمفهوم المخالفة يتّضح لنا أنّه يعتبر فعلا تعسّفيّا، إذا قام صاحب الحقّ باستعمال حقّه بقصد الإضرار، ويسأل مدنيّا.

فمعيار التّعسّف يقوم بوجود قرينة الإضرار عند استعمال الشّخص لحقّه. إلاّ أنّ إثبات قصد الإضرار من الأمور الصّعبة؛ كونه يستند إلى النّفس البشريّة[2].

كما نصّت الفقرة الثّانية من نفس الفصل على معيار عدم التّناسب بين المصلحة والضّرر كما يلي: «غير أنّه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحقّ أن تؤدّي إلى إلحاق ضرّر فادح بالغير، وكان من الممكن تجنّب هذا الضّرر أو إزالته من غير أذى جسيم لصاحب الحقّ، فإنّ المسؤوليّة المدنيّة تقوم إذا لم يجر الشّخص ما كان يلزم لمنعه أو لإيقافه».

فهذا المعيار، يعتبر معيارا موضوعيّا يقوم على التّفاوت بين كلّ من الضّرر الّذي يلحق الغير، والمصلحة العائدة لصاحب الحقّ.

---

[1] عيسى بن حيدر، إساءة استعمال الحقّ، منشور على الرّابط الآتي: https://www.albayan.ae، تاريخ التّصفّح: 2022/11/17، على السّاعة 18:30سا.

[2] ياسين أدليمي، أساس ومعيار تحديد نطاق نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في القانون المغربيّ والفرنسيّ، منشور على الرّابط الآتي: https://www.droitetentreprise.com، تاريخ التّصفّح: 2022/11/20، على السّاعة 17:40 سا.

وعليه، فعند رجحان الضّرر على المصلحة يكون صاحب الحقّ متعسّفا، على عكس تساوي الضّرر والمصلحة أو زيادة الضّرر عن المصلحة زيادة معقولة؛ فهنا لا يعتبر الشّخص متعسّفا، إلاّ إذا كانت المصالح المرجوّ تحقيقها لا تتناسب إطلاقا مع ما يصيب الغير من ضرر[1].

كما نصّ المشرّع المغربيّ في المادة 19 من مدوّنة الحقوق العينيّة[2] على ما يلي: «لمالك العقّار مطلق الحرّية في استعمال ملكه واستغلاله والتّصرّف فيه، وذلك في النّطاق الّذي تسمح به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل».

نستخلص من نصّ هذه المادة، أنّه إذا استعمل مالك العقّار ملكه في حدود القانون تكون المصلحة مشروعة، وعكس ذلك تكون غير مشروعة إذا كان استعمال الحقّ مخالفا للقانون وللنّظام.

هذا، إلى جانب ما جاء في الفصل 103 من مجلّة الالتزامات والعقود التّونسيّة: «من فعل ما يقتضيه حقّه بدون قصد الإضرار بالغير، فلا عهدة ماليّة عليه.

فإذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو إزالته بلا خسارة على صاحب الحقّ ولم يفعل، فعليه العهدة الماليّة».

كما جاء في الفصل 21 من مجلّة الحقوق العينيّة التّونسيّة[3] ما يلي: «على المالك أن يراعي في استعمال حقّه ما تقتضيه النّصوص التّشريعيّة المتعلّقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة».

---

[1] ياسين أدليمي، المرجع السّابق.

[2] ظهير شريف رقم 1-11-178، الصّادر في 25 من ذي الحجّة 1432 هـ الموافق لـ 22 نوفمبر 2011م، بخصوص تنفيذ القانون 08-39 المتعلّق بمدوّنة الحقوق العينيّة، ج. ر. م. م، ع 5998، الصّادرة بتاريخ 24 نوفمبر 2011، ص 5587.

[3] قانون ع 5 لسنة 1965، المؤرّخ في 11 شوال 1384 هـ الموافق لـ 12 فيفري 1965م، يتعلّق بإصدار مجلّة الحقوق العينيّة، ر. ر. ج. ت، ع 10، صادر بتاريخ 19 و23 فيفري 1965، ص 200.

ما يلاحظ على هذا الفصل، أنّه ألزم على المالك عدم التّعسّف في استعمال حقّ الملكيّة دون الإضرار بالغير؛ حيث يكون هذا الاستعمال استعمالا عاديّا تراعى فيه المصلحة العامة وكذا المصلحة الخاصة[1].

ممّا سبق، نستخلص أنّ المشرّع التّونسيّ لم يحدّد معايير التّعسّف في استعمال الحقّ، وإنّما نصّ على القواعد العامة للمسؤوليّة، حسب ما جاء في الفصل 103 سالف الذّكر، الّذي نصّ بصفة عامة على قواعد ومعايير التّعسّف في استعمال الحقّ، تاركا الأمر لفقه القضاء واجتهاداته؛ حيث أنّ القضاة يجب عليهم التّثبّت من قيام عناصر ومعايير التّعسّف في استعمال الحقّ، في ركنه القصديّ ألا وهو نيّة الإضرار وحدوث الضّرر، أو ركنه الموضوعيّ القائم على العلاقة بين استعمال الحقّ وتلافي الضّرر وتكييفهما، ومن ثَمَّ تحديد درجة ذلك التّعسّف[2].

الفرع الثّاني: صور التّعسّف في الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج:

حال استحالة العشرة الزّوجيّة وانسداد كلّ الطّرق لعلاج ذلك، شرّع الله عزّ وجلّ الطّلاق كآخر حلّ؛ حيث جعله تحت تصرّف الزّوج باعتباره حقّا كسائر حقوقه يستعمله عند الضّرورة الملحّة والقصوى، غير أنّ هذا الزّوج قد يتعسّف في استعمال حقّه المشروع في إيقاع الطّلاق، ويتجاوز حدّه فيؤذي بصنيعه هذا الزّوجة والأولاد ويلحق بهما أضرار كبيرة؛ وبالتّالي يتجاوز المصلحة الّتي يحصل عليها من وراء طلاقه لها. فالتّعسّف في استعمال حقّ إيقاع الطّلاق، يعتبر من أبرز تطبيقات نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ.

[1] صالح الضّاوي، تعليق على مجلّة الالتزامات والعقود –شرح وتحيّين وتعليق–، د. ط، دار إسهامات في أدبيّات المؤسّسة، تونس، 2008، ص 59.

[2] محكمة التّعقيب، قرار تعقيبيّ، مؤرّخ في 18 جوان 2018، ع 57562، منشور على الرّابط الآتي: https://www.cassation.tn، تاريخ التّصفّح: 2023/01/12، على السّاعة 19:10 سا.

ومن بين صور تعسّف الزّوج في إيقاع الطّلاق؛ نذكر: طلاق الفارّ، الطّلاق لعدم التّكافؤ بين الزّوجين، إضافة إلى الطّلاق بتدخلّ أو بضغط من الغير؛ لكّن وقبل التّطرّق إلى هذه الصّور، لابدّ من التّطرّق إلى تعريف التّعسّف في الطّلاق (أوّلا)، ثمّ تبيان صور التّعسّف في الطّلاق الواقع بإرادة الزّوج المفردة (ثانيا).

أوّلا- تعريف التّعسّف في الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج:

التّعسّف في الطّلاق أو ما يعرف بالطّلاق التّعسّفيّ كمصطلح مركّب، لم يتم ذكره من قبل الفقهاء القدامى، لكنّهم تطرّقوا إليه تحت مسمّيات أخرى؛ منها الطّلاق الحرام والطّلاق المكروه[1].

وذلك بخلاف الفقهاء المعاصرين الّذين أعطوا تعريفات مختلفة له؛ من بينهم الدّكتور ذياب زياد صبحي علي، الّذي عرّفه على أنّه: «استعمال الزّوج لحقّه في الطّلاق دون الحاجة لاستعماله، أو طلاق الرّجل لزوجته بقصد الإضرار بها»[2].

وحسب نظرنا، فالطّلاق التّعسّفيّ هو أن يطلّق الزّوج زوجته بدون سبب وعذر معقول، ودون صدور أيّ خطأ منها؛ بهدف الحصول على فائدة ومصلحة دنيويّة بالرّغم من قلّتها، مقارنة بالضّرر اللاّحق بالزّوجة.

ومثال ذلك؛ أن يطلّق الزّوج زوجته دون موافقتها، من أجل الزّواج بأجنبيّة للحصول على أوراق الإقامة في البلد الأجنبيّ، مفضّلا المصلحة الدّنيويّة على أسرته وعلى سيرورة الحياة الزّوجيّة، غير مبالٍ بالضّرر الّذي سيلحقه بزوجته وأولاده وبالتّالي يكون متعسّفا آثما وظالما في طلاقه إيّاها.

---

[1] ساجدة عفيف محمد رشدي عتيلي، الطّلاق التّعسّفيّ والتّعويض عنه بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون الأردنيّ، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في الفقه والتّشريع، كلّية الدّراسات العليا، جامعة النّجاح الوطنيّة، نابلس، فلسطين، 2011، ص 39.

[2] ذياب زياد صبحي علي، متعة الطّلاق وعلاقتها بالتّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ، دار الينابيع للنّشر والتّوزيع، عمّان، 1992، ص 98.

إذن، فطلاق الزّوج لزوجته بعد عشرة طويلة دون خطأ منها أو ذنب اقترفته يجعله متعسّفا في إيقاعه؛ لأنّه أفسد عيشتها وطمأنينتها وحرمها من حياة زوجيّة مستقرّة ودائمة[1].

وعليه، فالطّلاق التّعسّفيّ هو تصرّف الزّوج في الطّلاق على غير وجهه المشروع وعند مناقضته الحكمة من تشريعه، يدخل في دائرة التّعسّف[2].

وفيما يلي، نورد تعريف التّعسّف في الطّلاق وفق قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة:

1. تعريف التّعسّف في الطّلاق وفق قانون الأسرة الجزائريّ:

ارتأينا في بداية تطرّقنا إلى تعريف التّعسّف في الطّلاق، من زاوية القوانين الوضعيّة أن نذكر قانون الأسرة الجزائريّ أوّلا؛ حيث جاء في المادة 52 منه ما يلي: «إذا تبيّن للقاضي تعسّف الزّوج في الطّلاق، حكم للمطلّقة بالتعويض عن الضّرر اللاّحق بها».

ما يلاحظ على هذه المادة، أنّها خلت من تعريف التّعسّف في الطّلاق، ولم تذكر حتى حالاته أو المعايير المعتمدة من طرف القاضي حتى يعتبر هذا الطّلاق تعسّفيّا وإنّما ذكرت عبارة "إذا تبيّن للقاضي"؛ وهذا دليل على أنّ المشرّع ترك الأمر للسّلطة التّقديريّة للقاضي وبالتّالي فالمسألة اجتهاديّة، ويستوجب على القاضي الرّجوع إلى القواعد العامة المتعلّقة بنظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ.

---

[1] زكيّة غناي، حقوق المطلّقة بين الشّريعة الإسلاميّة وقانون الأسرة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلّية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2010-2011، ص 26.

[2] سهام حسن أحمد بنية، التّعسّف في الطّلاق بين الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة والقانون القطري -مقترحات وحلول-، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في الفقه وأصوله، كلّية الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة، جامعة قطر، قطر، 1440هـ - 2019م، ص 14.

هذا، وقد بيّنت الدّكتورة لويزة حنيفي متى يكون الطّلاق تعسّفيّا في نظر القضاء حيث ذكرت خمس حالات للطّلاق التّعسّفي، ألا وهي[1]:

1) عندما لا يكون للزّوج المطلّق "مبرّر شرعيّ"؛ بمعنى أنّ الزّوجة لم يصدر منها خطأ في حقّ زوجها، فلو ادّعى الزّوج أنّ زوجته رفضت المكوث بالبيت، فهنا لا يعتبرها القاضي مخطئة ومقصّرة؛ كون الزّوج لم يشترط ذلك في عقد الزّواج، وعليه يعتبر متعسّفا في إيقاع الطّلاق.

2) عندما لا يكون للزّوج المطلّق "مبرّر منطقيّ"؛ بمعنى أنّ الزّوج قد أسّس طلاقه على سبب مبالغ فيه وغير منطقيّ، فربّما هو بصدد البحث عن المثاليّة المفرطة، فهنا القاضي يعتمد معيارا شخصيّا لتكييف السّبب الّذي يستند عليه الزّوج لمعرفة خطأ الزّوجة، ألا وهو اعتماده نموذج الزّوجة الجيّدة الّتي تقوم بواجباتها الزّوجيّة، فإذا اتضح عكس ذلك، فلا يعتبر الطّلاق تعسّفيّا.

غير أنّ هذا المعيار الّذي يعتمد عليه القاضي يبقى نسبيّا؛ كون أنّ العلاقات الزّوجيّة والحياة الأسريّة عامة لها خصوصيّات، ولا يمكن الحكم على الزّوجة إن هي فعلا قائمة بواجباتها أم لا، من خلال جلسة واحدة مع القاضي، أو من خلال أقوال الزّوج الّذي يريد قطع عرى الزّوجيّة.

3) عندما لا يكون للزّوج المطلّق "مبرّر جديّ"؛ بمعنى هنا أنّ الزّوج لا يقدّم سببا جدّيا يوجب الطّلاق، فلا يكون هناك سبب موضوعيّ ينفي صفة التّعسّف عن الزّوج ولكّن يرجع الأمر في هذه المسألة إلى الاقتناع الشّخصيّ للقاضي عند الحكم، سواء بقبول هذا المبرّر أو رفضه.

[1] *HANIFI Louisa, La dissolution du lien conjugal du vivant des époux –ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne-, une thèse soumise pour l'obtention d'un doctorat, Université d'Alger, 2007-2008, p 78.*

4) عندما يكون الطّلاق "غير مبرّر"؛ بمعنى أنّ الزّوج لم يذكر السّبب الّذي دفعه إلى الطّلاق، لأسباب شخصيّة لا يمكن إظهارها للعلن أو احتراما للعشرة، وكذا مخافة إيذاء الأولاد في المستقبل، وبالتّالي يعتبر متعسّفا وسكوته عن السّبب يحمّله مسؤوليّة الطّلاق. وعليه، فالأولى على الزّوجين أن يتّقي كلّ واحد منهما الله سبحانه وتعالى في الطّرف الآخر ويحفظ سرّه، حتى ولو حدث طلاق بينهما.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أنّه يذكر أنّ أحد الصّالحين حينما طلّق زوجته، جاء أحد أقاربه إليه مستفسرا عن سبب الطّلاق، فقال له: يا أخي إنّها مازالت في عدّتي وبالتّالي فهي في حكم زوجتي، وبعد انتهاء فترة العدّة جاء القريب مستفسرا عن سبب طلاقها، فقال له: يا هذا! ما كنت لأتحدّث عن امرأة هي الآن أجنبيّة عنّي، ثمّ تزوّجت المرأة برجل آخر، فجاء القريب مرّة ثالثة يسأل عن سبب طلاقها، فقال له: ما كان يحقّ لي أن أتحدّث عن زوجة غيري[1].

وهذا ما كرّسه قرار المحكمة العليا الّذي جاء فيه ما يلي: «من المقرّر قانونا أنّه يحقّ للزّوج إيقاع الطّلاق بإرادته المنفردة، ومن ثَمَّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التّسبيب ليس في محلّه.

ومتى تبيّن –في قضيّة الحال– أنّ للزّوج في تحمّل مسؤوليّة الطّلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب الّتي دفعته للطّلاق، وذلك تجنّبا للحرج أو تخطّيا لقواعد الإثبات، خلافا للأزواج الّذين يقدّمون تبريرات لإبعاد المسؤوليّة عنهم.

وعليه، فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بالطّلاق بإرادة الزّوج المنفردة دون تبرير طبّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن»[2].

---

[1] ناصر عبد الرّزاق، حقّ الطّلاق بين الزّوجة والزّوج والقاضي، د. ط، دار مديولى الصّغير، مصر، 2007، ص 38.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 223019، قرار صادر بتاريخ 1999/06/15، عدد خاص، 2001، ص 104.

5) عندما يقع الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج؛ بمعنى أنّ الزّوجة لم تكن ترغب فيه وبقيت متمسّكة بالرّجوع إلى بيت الزّوجيّة مع إصرار الزوّج على الطّلاق، فيعتبر في هذه الحالة الطّلاق تعسّفيّا، شريطة أن لا تكون الزّوجة مرتكبة لأيّ خطأ.

على ضوء ما تقدّم، نأمل أن تكون هناك تعديلات للنّص القانونيّ الّذي تناول الطّلاق التّعسّفيّ؛ كإظهار حالات التّعسّف في الطّلاق، دون الرّجوع إلى القواعد العامة لنظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ، لصعوبة تكييف كلّ حالة على حدى، وذلك لمعرفة متى تثبت حالة التّعسّف[1].

كما يجب على المشرّع أن يوضّح حدود مجاوزة استعمال الحقّ في الطّلاق بالنّسبة للزّوج، مع تبيان الطّرف الّذي يقع على عاتقه إثبات التّعسّف من عدمه[2].

2. تعريف التّعسّف في الطّلاق وفق التّشريعات العربيّة:

أمّا عن تعريف التّعسّف في الطّلاق وفق التّشريعات العربيّة، نذكر بادئا ذي بدء قانون الأحوال الشّخصيّة السّوريّ، الّذي جاء في المادة 117 منه أنّه: «إذا طلّق الرّجل زوجته وتبيّن للقاضي أنّ الزّوج متعسّف في طلاقها دونما سبب معقول، وأنّ الزّوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلّقها بحسب حاله ودرجة تعسّفه، بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدّة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التّعويض جملة أو شهريّا بحسب مقتضى الحال».

ما يلاحظ هنا على المشرّع السّوريّ، أنّه لم يعرّف الطّلاق التّعسّفيّ وإنّما ذكر صورة من صوره، ألا وهي "طلاق الزّوج زوجته دون سبب معقول"، وبالرّغم من هذا إلاّ أنّه كان أكثر وضوحا مقارنة بالمشرّع الجزائريّ؛ حيث قام بتحديد مدّة معيّنة

[1] زكيّة غناي، المرجع السّابق، ص 28.

[2] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائيّ في الفقه الإسلاميّ وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائريّ، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلاميّة، تخصّص فقه وأصوله، قسم الشّريعة، كلّية العلوم الاجتماعيّة والعلوم الإسلاميّة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1429-1430هـ الموافق لـ 2008-2009م، ص 524.

يتحمّل فيها الزّوج المسؤوليّة تجاه زوجته؛ بسبب تعسّفه في إيقاع الطّلاق، وهو موضوع حديثنا في المبحث الموالي، –سنقوم بتوضيحه حين أوانه لاحقا–.

وعليه، فالطّلاق التّعسّفيّ حسب المشرّع السّوريّ يتحقّق بشرطين هما:

- أن يكون الطّلاق دونما سبب معقول.
- أن يصيب الزّوجة ضرر متمثّل في البؤس والفاقة.

نذكر أيضا قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ؛ حيث جاء في المادة 134 ما يلي: «إذا طلّق الزّوج زوجته تعسّفا، كأن طلّقها لغير سبب معقول ...».

نلاحظ من خلال هذه المادة، أنّ المشرّع الأردنيّ هو الآخر لم يعط تعريفا دقيقا للطّلاق التّعسّفيّ، وإنّما مثّل التّعسّف بحالة الطّلاق لغير سبب معقول، كما أنّه استعمل التّشبيه "كأن" ليدلّ على أنّ التّعسّف غير محصور بهذه الحالة فقط، وإنّما وردت على سبيل المثال[1].

إضافة إلى أنّ المشرّع الأردنيّ لم يشترط إلحاق الضّرر بالمطلّقة حتى يعتبر الطّلاق تعسّفيّا، بل مجرّد كونه بلا سبب هو بحدّ ذاته تعسّف، بخلاف القانونين السّوريّ والجزائريّ اللّذان يشترطان إلحاق الضّرر بالمطلّقة حتى يكون الطّلاق تعسّفيّا[2].

هناك أيضا مشروع القانون العربيّ الموحّد للأحوال الشّخصيّة؛ حيث جاء في الفقرة ب من المادة 96 ما نصّه: «للمطلّقة طلب التّعويض إذا تعسّف المطلّق في استعمال حقّه في الطّلاق ...».

[1] جميل فخري محمد جانم، المرجع السّابق، ص 200.

[2] ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، المرجع السّابق، ص 40.

نجد أنّ هذه المادة نصّت على أنّ الطّلاق التّعسّفيّ يتحقّق عند إساءة استعمال الزّوج لحقّه في الطّلاق. وعليه، فالملاحظ عليها أنّها بيّنت نوعا ما معنى التّعسّف في الطّلاق واعتبرته محقّقا عند إساءة استعمال الزّوج حقّ الطّلاق، وحسنا فعل المشرّع بإزالته اللّبس عن معنى الطّلاق التّعسّفيّ، بالرّغم من عدم ذكر أيّة شروط لاعتباره تعسّفيّا.

كما اختلفت آراء العلماء في القضاء المصريّ، حول طلاق الزّوجة دون سبب معقول فقد اعتبر البعض الزّوج مسؤولا عن الطّلاق إذا أساء استعمال حقّه فيه؛ بأن طلّق زوجته بغير مسوغ، وهناك من يعتبره مستعملا لحقّه الشّرعي، ولم تكن منه إساءة تستوجب المسؤوليّة عن الضّرر الّذي يلحق الزّوجة بسبب هذا الطّلاق[1].

وهذا الاختلاف في القضاء، كان نتيجة عدم تقديم وتكريس نص قانونيّ واضح يعرّف التّعسّف في الطّلاق وصوره وحالاته ومعاييره، غير تلك المادة الّتي صدرت في مصر بموجب القانون رقم 44 لسنة 1979، وقد حكم فيما بعد –بعد اغتيال الرّئيس أنور السّادات– بعدم دستوريّة هذا القانون، وتمّ إصدار قانون رقم 100 لسنة 1985 الّذي حافظ على النّص الحرفيّ للمادة رقم 18 مكرّر من القانون السّابق؛ حيث جاء فيها: «الزّوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلّقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها، تستحقّ فوق نفقة عدّتها متعة ...»[2].

نلاحظ أيضا، أنّ المشرّع المصريّ قد ذكر حالتين أو صورتين من صور الطّلاق التّعسّفيّ ألا وهما "الطّلاق دون رضا الزّوجة"، و"إيقاع الطّلاق بدون سبب أو خطأ صادر منها".

---

[1] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ في الفقه الإسلاميّ، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في الفقه وأصوله، كلّية الدّراسات العليا، الجامعة الأردنيّة، الأردن، آب 2009، ص 92.

[2] غسّان عشّا، الزّواج والطّلاق وتعدّد الزّوجات في الإسلام –الأحكام الفقهيّة وتبريرات الكتّاب المسلمين المعاصرين–، ط 01، دار السّاقيّ، لبنان، 2004، ص 168.

وقد كانت نشأة الطّلاق التّعسّفيّ مرتبطة بالبحث الاجتماعيّ؛ حيث قضت به محكمة مصر الكلّية بتاريخ 1926/01/02، ويتلخّص موضوع الدّعوى في تقدّم سيّدة لمحكمة مصر مدّعية أنّها كانت تمتهن التّدريس، وتتقاضى مرتّبا قدره 11 جنيه فعرض عليها المدّعى عليه الزّواج فتردّدت في قبول عرضه، لعلمها أنّه يجب عليها قانونا "سابقا" عند قبولها تقديم استعفاءها من مهنتها الّتي تزاولها. وأخيرا قبلت الزّواج وقدّمت الاستقالة، وفي شهر أكتوبر 1924 تمّ العقد بينهما ودخل بها، ولكّن لم تمضِ على هذا الزّواج إلاّ مدّة وجيزة؛ حيث طلّقها المدّعى عليه في ديسمبر 1924، فرفعت المدّعية دعواها للمحكمة، مطالبة المدّعى عليه بأن يدفع لها خمسة آلاف جنيه بصفة تعويض؛ لأنّ هذا الطّلاق أضرّ بها ماديّا وأدبيّا ولأنّه ليس للزّوج بمقتضى الشّريعة الغرّاء أن يوقع هذا الطّلاق إلاّ لضرورة ملحّة، فإذا انتفت الضّرورة كان الزّوج مخطئا وآثما في إيقاعه لهذا الطّلاق، وبالتّالي وجب عليه التّعويض لإلحاقه الضّرر بزوجته إذ أنّه لا يجوز للزّوج أن يسيئ استعمال حقّه –بحسب نظريّة التّعسّف–، وإلاّ كان ملزما بالتّعويض لاسيما وأنّ المدّعى عليه غرّر بالمدّعية، وأوهمها بأنّها ستعوّض عن حياتها المدرسيّة بحياة زوجيّة دائمة الرّباط، وقد كان دفاع المدّعى عليه أنّ الطّلاق حقّ مشروع في الشّريعة الإسلاميّة، وأنّه ليس للزّوجة المطلّقة إلاّ مؤخّر صداقها ونفقة عدّتها.

لكّن محكمة مصر الكلّية رفضت هذا الدّفاع، وقضت بإلزام المدّعى عليه مبلغ ألف جنيه بصفة التّعويض[1]. وعليه، نلاحظ أنّ المشرّع المصريّ اعتبر الزّوج مخطئا في إيقاع الطّلاق إذا انتفت الضّرورة، وبالتّالي يلحق ضررا بزوجته ممّا يجعله مسؤولا عن هذا الطّلاق.

[1] ساجدة عفيف محمّد رشيد عتيلي، المرجع السّابق، ص 40.

كما جاء في المادة 140 من القانون الإماراتيّ أنّه: «إذا طلّق الزّوج زوجته المدخول بها في زواج صحيح بإرادته المنفردة ومن غير طلب منها، استحقّت متعة .... ويراعى في تقديرها ما أصاب المرأة من ضرر».

ما يلاحظ هنا، أنّ القانون الإماراتيّ لم يذكر مصطلح التّعسّف أو الطّلاق التّعسّفي وإنّما استبدله بمصطلح طلاق الزّوج بإرادته المنفردة ومن غير طلب من الزّوجة، وحسب رأينا هذا ما يقابل الطّلاق التّعسّفيّ في التّشريعات العربيّة المقارنة ودليل ذلك أنّ المشرّع الإماراتيّ قد فرض للزّوجة المطلّقة متعة لجبر ما أصابها من ضرر، الّتي يقابلها التّعويض في الطّلاق التّعسّفيّ، الّذي سنتناوله بالتّفصيل في المطلب الثّانيّ.

أمّا في التّشريع التّونسيّ، فالأمر مختلف تماما؛ حيث ساوى المشرّع بين الرّجل والمرأة مساواة مطلقة في فكّ الرّابطة الزّوجيّة، كما أنّه لم ينص على الطّلاق التّعسّفيّ وإنّما نصّ على طلاق إنشاء؛ حيث أنّه يحكم بالطّلاق بناءً على الرّغبة الأحاديّة لأحد الزّوجين، ويعوّض الزّوج المضرور عن الضّرر النّاتج عن هذا الطّلاق.

حيث أنّ المشرّع التّونسيّ يبيّن في صلب الفقرة 03 من الفصل 31 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة، أنّه يحكم بالطّلاق إذا أنشأه الزّوج أو طالبت به الزّوجة، غير أنّه ما يفهم من هذا أنّ هناك تباين في التّعبير حسب ما إذا كان الأمر يتعلّق بالزّوج أو بالزّوجة؛ إذ الصّواب هو أنّ الطّلاق ينشئه الزّوج أمّا الزّوجة فهي الّتي تطالب به، لكّن وبرجوعنا للواقع نرى أنّه لا وجود لأيّ فرق بين الزّوجين؛ بمعنى أنّه يحقّ لكلّ منهما المطالبة بالطّلاق بالإرادة المنفردة دون بيان السّبب، وعليه فإنّ هذا النّوع من الطّلاق يشبه لحد ما الطّلاق التّعسّفيّ. وفي هذه الحالة، لا يمكن للمحكمة رفض الحكم بالطّلاق بل عليها فقط إجراء الصّلح كما بيّنا آنفا.

وقد كان هذا التّعبير عند صدور مجلّة الأحوال الشّخصيّة؛ إذ أنّ الطّلاق من قبل كان بيد الزّوج فقط، يمكن أن ينشئه دون علم زوجته حتى، وهذا ما جعل المشرّع التّونسيّ يساوي بين الزّوجين في إمكانيّة المطالبة بالطّلاق[1].

أمّا عن مدوّنة الأسرة المغربيّة، فقد اكتفت بذكر المعايير العامة الّتي يمكن الاهتداء بها في تحديد ما إذا كان الطّلاق تعسّفيّا أم لا؛ فصوره وحالاته لا تقع تحت عدّ أو حصر، وهذا راجع لاختلاف العادات والتّقاليد الاجتماعيّة من مكان لآخر.

وعليه، فالملاحظ أنّ المشرّع المغربيّ أيضا لم يعرّف معنى الطّلاق التّعسّفيّ وبالتّالي، فالقاضي مطالب بالتّحرّي عن الأسباب الحقيقيّة للطّلاق، لما له من سلطة إجراء معاينة، أو الاستعانة بخبير فنّي للوقوف على مزاعم الطّرفين، وبناءً عليه يتم تقدير مدى التّعسّف في الطّلاق[2].

ثانيا- صور التّعسّف في الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج:

هناك صور عدّيدة للتّعسّف في الطّلاق، غير أنّ من أبرزها إيقاعه وقت المرض قصد حرمان الزّوجة من الميراث. وهو ما يعرف بطلاق الفارّ.

وكما هو معروف أيضا، فإنّ لكلّ طلاق أسبابه، ومن غير المعقول أن يكون دون سبب، لكّن هل سيكون سببا جدّيا يستحقّ فعلا الانفصال؟ أم أنّه مجرّد سبب واهيّ وتافه لا يتقبّله العقل البشريّ ولا المنطق، بل وربّما قد يكون سببا مثيرا للسّخرية.

إضافة إلى ذلك، نجد أيضا من صور أو أسباب التّعسّف في الطّلاق مسألة عدم التّكافؤ بين الزّوجين؛ سواء في المستوى التّعليميّ أو المعيشيّ، وكذلك إيقاع الطّلاق

[1] ساسي بن حليمة، المرجع السّابق، ص 105.

[2] عبد الرّحمن الحجاجي، التّعويض في مدوّنة الأسرة بين الأحكام الموضوعيّة والمسطريّة، ط 01، هيئة المحامين، سطات، 2019، ص ص 158، 159.

بضغط من الغير كالوالدين مثلا أو ... وعليه، سنشرح كلّ واحدة على حدى تواليا في النّقاط الآتيّة.

1. طلاق المريض مرض الموت (طلاق الفارّ):

قد يطلّق الزّوج زوجته أثناء مرضه مرض الموت؛ فرارا من توريثها، لذلك سميّ بطلاق الفارّ، فما المقصود بمرض الموت؟ وما هي الشّروط الواجب توافرها في المريض حتى يُعتبر مريضا مرض الموت؟

أ) تعريف مرض الموت: لقد اختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت ومن هو المريض مرض الموت، كما اختلفت التّشريعات العربيّة في ذلك أيضا؛ ومنها المشرّع الجزائريّ، وهذا ما سنوضّحه فيما يلي:

*** تعريف فقهاء المذاهب الأربعة لمرض الموت:**

- عرّف فقهاء المالكيّة مرض الموت بأنّه: «المرض المخوّف الّذي حكم أهل الطّب بكثرة الموت به ولو لم يغلب»[1].

- وقد عرّفه فقهاء الحنفيّة بأنّه: «من غالب حاله الهلاك بمرض أو غيره، بأن أضناه مرض عجز به عن إقامة مصالحه خارج البيت إذا كان من الذّكور، كعجز الفقيه عن الإتيان إلى المسجد، وفي حقّها أن تعجز عن مصالحها داخل البيت، ومفاده أنّها لو قدرت على نحو الطّبخ دون صعود السّطح، لم تكن مريضة»[2].

[1] محمّد عرفة الدّسوقيّ، حاشية الدّسوقيّ على الشّرح الكبير، ج 03، باب في بيان أسباب الحجر وأحكامه، د. ط، دار الفكر، د. ب. ن، د. س. ن، ص 306.

[2] محمّد أمين بن عابدين، المرجع السّابق، ج 03، كتاب الطّلاق، باب طلاق المريض، ص 384.

- كما عرّفه الشّافعيّة بقولهم: «المرض المخوّف الّذي يستعدّ بسببه للموت بالإقبال على العمل الصّالح، وكلّ ما اتصل به الموت، ولا يشترط في كونه مخوّفا غلبة حصول الموت بل عدم ندرته»[1].

- أمّا عن تعريف فقهاء الحنابلة لمرض الموت فقد كان كالآتي: «المرض المخوّف ما اتصل به الموت، وليس معنى المخوّف الّذي يغلب على القلب منه، أو يتساوى في الظّن جانب البقاء والموت، وقد جعلوا ضرب المخاض من الأمراض المخوّفة»[2].

*** تعريف قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة لمرض الموت:**

لقد اختلفت التّشريعات العربيّة في تعريفها لمرض الموت، مسايرة بذلك فقهاء الشّريعة الإسلاميّة في اختلافهم عند تعريفه؛ منها من أعطت تعريفا صريحا لمرض الموت ومنها من نصّت على بعض أحكامه القانونيّة، وهو ما سنقوم بتوضيحه بدءً بالمشرّع الجزائريّ إلى باقي التّشريعات العربيّة الأخرى، كما يلي:

- **تعريف مرض الموت وفق قانون الأسرة الجزائريّ:**

لم يكرّس المشرّع الجزائريّ أيّ نصّ قانونيّ يعرّف فيه مرض الموت، لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدنيّ، غير أنّه نصّ على بعض تصرّفاته؛ مثل أحكام البيع في مرض الموت، وذلك بحسب ما جاءت به المادة 408 من القانون المدنيّ[3] على

---

[1] شمس الدّين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدّين الرّملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشّافعي، ج 06، كتاب الوصايا والوديعة، فصل في بيان المرض المخوّف والملحق به المقتضى كلّ منهما للحجر عليه، ط. أخيرة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ - 1984م، ص 61.

[2] ابن إدريس البهوتي الحنبليّ، المرجع السّابق، ج 04، ص 323.

[3] القانون المدنيّ الصّادر بموجب الأمر رقم 75-58، المؤرّخ في 1975/09/26، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 78، المؤرّخة في 1975/09/30، المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 07-05، المؤرّخ في 2007/05/13، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 31، المؤرّخة في 2007/05/13.

أنّه: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإنّ البيع لا يكون ناجزا إلاّ إذا أقرّه باقي الورثة ...».

كذلك المادة 776 الفقرة 01 من ذات القانون نصّت على أنّ: «كلّ تصرّف قانونيّ يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التّبرّع يعتبر تبرّعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصيّة أيّا كانت التّسمية الّتي تعطى لهذا التّصرّف».

كما أشار إليه المشرّع إشارة ضمنيّة في المادة 204 من قانون الأسرة الجزائريّ الّتي كان نصّها ما يلي: «الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصيّة».

إضافة إلى المادة 44 من ذات القانون الخاصة بإثبات النّسب، نصّت على أنّه: «يثبت النّسب بالإقرار بالبنوّة أو الأبوّة أو الأمومة، لمجهول النّسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة».

أيضا المادة 215 من ذات القانون الخاصة بشروط الواقف والموقوف، نصّت على ما يلي: «يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب، طبقا للمادتين 204 و205 من هذا القانون».

أمّا قضاءً، فقد تمّ تعريف مرض الموت في قرار المحكمة العليا الصّادر بتاريخ 1984/07/09، الّذي جاء فيه ما يلي:

«متى كان من المقرّر فقهًا وقضاءً أنّ مرض الموت الّذي يبطل التّصرّف هو المرض الأخير؛ إذا كان خطيرا ويجرّ إلى الموت وبه يفقد المتصرّف وعيه وتمييّزه فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدّ خرقا للقواعد الفقهيّة المستمدّة من أحكام الشّريعة الإسلاميّة، والاجتهاد القضائيّ السّائد بشأن هذا الخصوص.

إذا كان من الثّابت أنّ الطّاعنين لم يستطيعوا إثبات أنّ البائع لم يكن يملك تمييّزه ولا صحّة إدراكه وقت تصرّفه، وأنّ المرض الأخير الّذي اعتراه أدّى إلى تصرّف باطل، فإنّ قضاة الموضوع اقتنعوا بما لهم من أدلّة كون المرض الأخير لم يكن مرضا من شأنه أن يفقد المتصرّف مراقبة أمواله، وقد وفّقوا فيما قضوا به في النّزاع المطروح أمامهم، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن المؤسّس على مخالفة أحكام هذا المبدأ»[1].

ما يلاحظ على القضاء الجزائريّ، أنّه خالف فقهاء الشّريعة الإسلاميّة من حيث أنّه لم يربط مرض الموت بمدّة معيّنة؛ كمرض فقدان المناعة المكتسب الّذي تفوق مدّته سنة وبذلك فهو يتصل بالموت لا محالة[2].

كما أنّ هذا التّعريف الّذي وضعته المحكمة العليا، يعاب عليه خروجه عن الحيّز الّذي رسمه علماء الشّريعة الإسلاميّة لمرض الموت، من كونه لا يؤثّر على أهليّة المريض. فعبارة المريض مرض الموت صالحة لكل العقود والتّصرّفات؛ لأنّه عاقل رشيد كلّ الرّشد مادام خاليّا من العته والسّفه وله أهليّة أداء كاملة، وعليه كان من الصّواب ألاّ يحجر عليه في أيّ تصرّف تصرّفه، وألاّ يتوقّف أيّ عقد من العقود الّتي أبرمها على إجازة الورثة. لذا على القاضي أن ينظر إلى الحالة النّفسيّة للمريض أكان في حالة يأس أم اطمئنان، وهذا حفاظا على الحقوق من الضّياع بعد وفاته[3].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 33719، قرار صادر بتاريخ 1984/07/09، المجلّة القضائيّة، ع 03، 1989، ص 51.

[2] محمد مستوري، طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ، مجلّة الدّراسات القانونيّة، مج 05، ع 01، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة المديّة، جانفي 2019، ص 119.

[3] مفيدة ميدون وإيمان معمري، أحكام هبة المريض مرض الموت بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائري، مجلّة طبنة، مج 02، ع 01، المركز الجامعيّ الشّهيد سي الحواس، بريكة، جوان 2019، ص 71.

- **تعريف مرض الموت وفق التّشريعات العربيّة:**

نصّت المادة 543 الفقرة 01 من القانون المدنيّ الأردنيّ على أنّ: «مرض الموت هو المرض الّذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتدّ مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر، تكون تصرّفاته كتصرّفات الصّحيح».

ما يلاحظ على المشرّع الأردنيّ، أنّه ساير وانتهج منهج المشرّع الجزائريّ؛ إذ أنّه لم يعرّف مرض الموت ولم ينص عليه إطلاقا في قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ؛ حيث جاء في المادة 325 من ذات القانون أنّه: «ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الرّاجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلاميّ الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون».

كما عرّفت محكمة التّمييز الأردنيّة مرض الموت بأنّه: «المرض الّذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج البيت، وينتهي فعلا بالوفاة»[1].

وجاء تعريفه أيضا في المادة 1595 من مجلّة الأحكام العدليّة كما يلي: «هو المرض الّذي يعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه الخارجيّة عن داره إن كان من الذّكور، ويعجز عن رؤية المصالح الدّاخليّة في داره إن كان من الإناث، والّذي يكون فيه خوف الموت في الأكثر ويموت وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة؛ سواء كان ملازما للفراش أو لم يكن وإذا امتدّ مرضه وكان دائما على حال واحد ومضت عليه سنة، يكون في حكم الصّحيح وتكون تصرّفاته كتصرّفات الصّحيح، ما لم يشتدّ مرضه

[1] سميرة توفيق صابر الجليس، مرض الموت وأثره على عقد البيع –دراسة مقارنة في القانون المدنيّ المصريّ والقانون المدنيّ الأردنيّ والقانون المدنيّ المطبّق في قطاع غزّة–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلّية الحقوق، جامعة الأزهر، غزّة، 1438هـ – 2017م، ص 26.

ويتغيّر حاله، أمّا إذا اشتدّ مرضه وتغيّر حاله وتوفي قبل مضيّ سنة، فيعدّ مرضه اعتبارا من وقت التّغيّر إلى الوفاة مرض موت»[1].

وحسب ما جاء في المادة 543 الفقرة 01 من القانون المدنيّ الأردنيّ سالفة الذّكر يتّضح لنا أنّ المشرّع الأردنيّ قد استمدّ ذلك الحكم من مجلّة الأحكام العدليّة والفقه الحنفيّ الّذي يعدّ تأصيلا له[2].

غير أنّ ما يعاب على تعريف مجلّة الأحكام العدليّة، هو أنّها فرّقت بين الذّكور والإناث، من دون مراعاة تغيّر مركز المرأة الّتي أصبحت تنافس الرّجل في شتّى المجالات.

وما يثير انتباهنا هنا، هو مخالفة محكمة التّمييز الأردنيّة لنصّ المادة 543 الفقرة 01 من القانون المدنيّ الأردنيّ والمادة 1595 من مجلّة الأحكام العدليّة؛ حيث حصرت محكمة التّمييز مرض الموت عند العجز عن القيام بالمصالح خارج البيت عكس المادة 543 الفقرة 01 الّتي لم تقتصر على التّصرّفات الّتي تتمّ خارج البيت فقط وإنّما شملت التّصرّفات الّتي تتمّ داخله أيضا، ونفس الشّيء بالنّسبة لمجلّة الأحكام العدليّة الّتي شملت المصالح الّتي تتمّ خارج البيت بالنّسبة للذّكور، والّتي تتمّ داخله بالنّسبة للإناث[3].

المشرّع المصريّ هو الآخر لم ينص على تعريف مرض الموت في القانون المدنيّ المصريّ، إلاّ أنّه وضّح حكم بيع المريض مرض الموت.

[1] علي حيدر، درر الحكّام –شرح مجلّة الأحكام–، مج 04، دار الكتب العلميّة، لبنان، د. س. ن، ص 181.

[2] عائشة محمّد إسماعيل الأمين، إثبات تصرّفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلاميّ –دراسة مقارنة–، المجلّة القانونيّة، مج 09، ع 04، جامعة دنقلا، السّودان، 2021، ص 1151.

[3] سميرة توفيق صابر الجليس، المرجع السّابق، ص 26.

هذا، وقد ورد تعريف مرض الموت في كتاب الأحكام الشّرعيّة في الأحوال الشّخصيّة لقدري باشا؛ حيث يعتبر هذا الكتاب المرجع المعتمد بالدّرجة الأولى في كثير من الحالات المتعلّقة بالأمور الشّخصيّة؛ كونه يحتوي على مجموعة من القوانين الشّرعيّة على مذهب الإمام أبي حنيفة النّعمان، فقد جاء في المادة 266 منه أنّ مرض الموت هو: «الّذي يغلب فيه الهلاك، ويعجز عن القيام بمصالحه خارج البيت بعد أن كان قادرا عليها؛ سواء أقعده في الفراش أم لم يقعده»[1].

كما جاء تعريف مرض الموت في حكم صادر عن محكمة مصر الابتدائيّة، كما يلي: «مرض الموت المعتبر عند علماء الشّرع هو الّذي نخاف منه الموت، ولا يرجى برؤه سواء ألزم صاحبه الفراش أم كان يخرج من بيته، وسواء طالت مدّة المرض أم قصرت من غير نظر إلى استيلائه على القوى العقليّة وعدمه؛ لأنّ الأمراض العضالة تؤثّر من طبعها في العقل كمرض السّل وغيره»[2].

وعليه، يتّضح لنا أنّ المشرّع المصريّ استقى أحكامه بخصوص هذا التّعريف من النّصوص الخاصة بالبيع في مرض الموت الموجودة في القانون المدنيّ المصريّ ومنه المادة 916 الّتي تنصّ على أنّ: «كلّ عمل قانونيّ يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التّبرّع يعتبر تصرّفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصيّة أيّا كانت التّسمية الّتي تعطى لهذا التّصرّف».

الملاحظ هنا، أنّ المشرّع المصريّ ترك مسألة تعريف مرض الموت للفقه.

[1] أندرو ميشيل يوسف حفيري، التّصرّفات القانونيّة الصّادرة في مرض الموت وفق مجلّة الأحكام العدليّة –دراسة مقارنة–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة القدس، فلسطين، 1439هـ – 2018م، ص 12.

[2] محمّد كامل مرسي، الوصيّة وتصرّفات المريض مرض الموت في القانون المصريّ والقوانين الأجنبيّة، د. ط، القاهرة، 1950، ص 260.

محكمة النّقض المصريّة عرّفت أيضا مرض الموت بقولها: «المرض الشّديد الّذي يغلب على الظّن موت صاحبه عرفا أو بتقرير الأطبّاء، ويلازمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن أمر المرض معروفا من النّاس بأنّه من العلل المهلكة؛ فضابط شدّته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقيّة خارج البيت، فيجتمع فيه تحقيق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت»[1].

ما يستنتج من هذه التّعاريف، أنّها لم تفرّق بين الرّجل والمرأة وبالأخصّ عند تعريف قدري باشا لمرض الموت؛ كونه جاء بخصوص طلاق المريض[2].

أمّا بخصوص المشرّع الإماراتيّ، فقد عرّف مرض الموت في المادة 597 من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتيّ رقم 05 المعدّل لسنة 2001، جاء فيها ما يلي: «مرض الموت، هو المرض الّذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتدّ مرضه سنة أو أكثر وهو على حالة واحدة دون ازدياد تكون تصرّفاته كتصرّفات الصّحيح، ويعتبر في حكم مرض الموت الحالات الّتي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت، ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضا».

ما يلاحظ أيضا، أنّ المشرّع السّوريّ لم ينظّم تعريفا تفصيليّا لمرض الموت لكنّه نصّ عليه في النّصوص القانونيّة الّتي تناولت بيع المريض مرض الموت[3]. وتحديدا في المادة 445 الفقرة 01 من القانون المدنيّ السّوريّ الّتي جاء فيها ما يلي: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقلّ عن قيمة المبيع وقت

---

[1] معوّض عبد التّواب، المرجع في التّعليق على نصوص القانون المدنيّ –تشتمل على نصوص القانون المدنيّ معلّقا عليه بالمذكّرة الإيضاحيّة والأعمال التّحضيريّة وأحكام النّقض من عام 1931 إلى عام 1997 بالمقارنة بالتّشريعات العربيّة–، ج 02، ط 04، منشأة المعارف، الإسكندريّة، 1998، ص 675.

[2] أندرو ميشيل يوسف حفيري، المرجع السّابق، ص 12.

[3] سارة خضر أرشيدات، البيع في مرض الموت، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلّية الحقوق، جامعة الشّرق الأوسط، الأردن، 2014، ص 17.

الموت، فإنّ البيع يسري في حقّ الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثّمن لا تتجاوز ثلث التّركة، داخلا فيها للبيع ذاته».

وجاء في اجتهادات محكمة النّقض السّوريّة، نقض صادر بتاريخ 1980/09/29 بشأن مرض الموت كسبب من أسباب بطلان العقد، نصّ على ما يلي: «مرض الموت –مرض خبيث– شعور الخوف من الموت: إنّ عدم قعود المريض مرض الموت عن القيام بمصالحه، وعدم علمه بأنّه مريض بمرض خبيث يؤدّي إلى الموت وعدم وجود شعور لديه بالخوف من الموت، ينفي توفّر شروط مرض الموت»[1].

كما صدر نقض آخر بتاريخ 1986/02/04، جاء في نصّه ما يلي: «إنّ مرض الموت هو الّذي يغلب فيه الموت عادة، ممّا يتولّد معه لدى المريض شعور بالخوف من الموت وينتهي به فعلا، وهو الّذي يقعد المريض من رؤية مصالحه خارج منزله والمرأة من رؤية مصالحها داخل بيتها ...»[2].

بالإضافة إلى نقض صادر بتاريخ 1953/10/10، نصّ على ما يلي: «إنّ مرض الموت هو الّذي يموت منه صاحبه خلال سنة من تاريخ وقوعه»[3].

يلاحظ ممّا سبق، أنّ المشرّع السّوريّ هو الآخر كسابقيه ترك مسألة تعريف مرض الموت للقضاء.

أمّا في هذه النّقطة، فقد آن الأوان للحديث عن المشرّعين المغربيّ والتّونسيّ على التّوالي؛ حيث أنّ الأوّل لم يضع تعريفا لمرض الموت والمقصود به، مكتفيّا فقط بتحديد أحكامه وتاركا تفسيره لسلطة قضاء الموضوع وقضاء محكمة النّقض، الّتي جاء

[1] نقض سوريّ رقم 1388، سجلّات محكمة النّقض، أساس 2674، بتاريخ 1980/09/29. منشور على الرّابط الآتي: https://www.bibliotdroit.com، تاريخ التّصفّح: 2024/06/18، على السّاعة: 15:42 سا.

[2] نقض سوريّ رقم 88، مجلّة القانون، أساس 509، بتاريخ 1986/02/04، المرجع نفسه.

[3] نقض سوريّ، مجلّة القانون، أساس 2467، بتاريخ 1953/10/10، المرجع نفسه.

في إحدى قراراتها ما يلي: «مرض الموت هو ما يجمع الطّب على أنّ تحقّق الشّفاء منه مستبعد، وأنّ المرض ينتهي عادة بالوفاة، ولا يشترط في المريض أن يكون مقعدا عن قضاء حوائجه، بل يكفي فقط أن يجمع الطّب على أنّ تحقّق الشّفاء مستبعد وأنّ المرض ينتهي عادة بالوفاة، وأنّه يمكن إبطال العقد بسبب مرض الموت، إذا وقعت الوفاة قبل انتهاء سنة من إبرام العقد بسبب المرض».

ما يلاحظ على هذا التّعريف، أنّه ذكر جملة من الشّروط الواجب توافرها حتى يعتبر المريض فعلا في مرض الموت، وإذا اختلّ أحدها أو نقص لا يعتبر كذلك ويكون تصرّفه صحيحا.

ويبقى كلّ هذا خاضع للسّلطة التّقديريّة للقاضي[1].

أمّا المشرّع الثّانيّ ألا وهو المشرّع التّونسيّ، فلم يعرّف مرض الموت كذلك وبالتّالي اعتمدّ فقه القضاء في تحديده لمفهوم مرض الموت على أحكام الفقه الإسلاميّ باعتباره المصدر الماديّ الّذي يستمدّ منه بعض الأحكام.

حيث جاء في القرار التّعقيبيّ عدد 36384، المؤرّخ في 1992/12/28 ما يلي: «مرض الموت هو الّذي يجعل المريض يعيش في حالة يأس من الحياة، وينتابه شعور بدنوّ الأجل، فيتصرّف بدافع هذا الشّعور»[2].

[1] نبيل أعرارصة، أحكام تصرّفات المريض مرض الموت على ضوء آخر قرارات محكمة النّقض –دراسة علميّة محضة–، مغرب القانون، منشور على الرّابط الآتي: https://www.maroclaw.com، تاريخ التّصفّح: 2023/02/20، على اسّاعة 22:00 سا.

[2] لمياء القلالي، مرض الموت في القانون التّونسيّ، منشور على الرّابط: https://www.docjuridiques.com، تاريخ التّصفّح: 2023/02/21، على السّاعة 10:20 سا.

فمرض الموت في القانون التّونسيّ، هو مؤسّسة خاصة أورد المشرّع أحكامها في الفصول 354[1] و355[2] و565[3] من مجلّة الالتزامات والعقود التّونسيّة، وكذلك الفصل 206[4] من مجلّة الأحوال الشّخصيّة، في إطار البيع والكفالة والهبة.

يلاحظ ممّا سبق، أنّ جلّ التّشريعات العربيّة لم تعرّف مرض الموت؛ سواء في التّشريعات المدنيّة أو قوانين الأحوال الشّخصيّة، تاركة الأمر لفقه القضاء معتمدا على الفقه الإسلاميّ.

كما أنّ معظم اجتهادات القضاء عند تعريفها لمرض الموت، وضّحت شروط تحقّقه وهي على الأغلب ثلاثة شروط متمثّلة أوّلا في: حالة عجز المريض عن متابعة أعماله المعتادة، وأن يغلب عليه الهلاك؛ حيث لا يعدّ مرض موت بالرّغم من عجزه عن ممارسة أعماله المعتادة، إذا لم يصل المرض إلى حدّ غلبة الهلاك، والمعتدّ به هو المرض المميت وليس المرض اليسير الّذي يغلب فيه الشّفاء، وأخيرا موت الشّخص على تلك الحالة قبل مرور سنة، «وهو أن يكون هناك اتصال زمنيّ ما بين المرض والموت، فينتهي المرض بالموت خلال سنة من تاريخ ظهوره»[5].

[1] الفصل 354 من مجلّة الالتزامات والعقود التّونسيّة نصّ على أنّه: «إذا أسقط الدّائن في مرض موته ماله على أحد ورثته؛ سواء كان الإسقاط في الكلّ أو البعض، فإنّ الإسقاط لا يصحّ إلاّ بمصادقة جميع الورثة عليه».

[2] الفصل 355 من ذات المجلّة نصّ على ما يلي: «الإسقاط الصّادر من الدّائن لغير وارثه في مرض موته، يعتبر في ثلث مخلّفه بعد استيفاء الدّيون ومصاريف جنازته».

[3] الفصل 565 من ذات المجلّة نصّ على ما يلي: «بيع المريض في مرض موته يجري عليه حكم الفصل 354 إذا كان لوارث وظهر فيه قصد المحاباة؛ كأن يبيع له بأقلّ من الثّمن المتعارف عليه بكثير أو يشتري منه بأزيد، وإذا كان البيع لغير وارث ينزل عليه حكم الفصل 355».

[4] الفصل 206 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة نصّ على أنّه: «إذا صدرت الهبة خلال مرض متصل بالموت اعتبرت وصيّة».

[5] عائشة محمّد إسماعيل الأمين، المرجع السّابق، ص 1157.

ب)حكم طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلاميّ والتّشريعات العربيّة: لقد أولى الفقه الإسلاميّ والتّشريعات العربيّة اهتماما كبيرا بتصرّفات المريض مرض الموت ومن بين هذه التّصرّفات الّتي تهمّنا في هذه النّقطة؛ قيام الزّوج بطلاق زوجته في مرض الموت، قصد الإضرار بها وحرمانها من الميراث.

وعليه، سنقوم بتوضيح نظرة الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ وكذا التّشريعات العربيّة لهذا التّصرّف وموقفهم منه.

* **حكم طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلاميّ:** من المتّفق عليه بين الفقهاء أنّ طلاق المريض مرض الموت يعتبر نافذا كطلاق الزّوج الصّحيح، لكنّهم اختلفوا في مسألة ميراث الزّوجة المطلّقة من حيث كونها ترث من زوجها أم لا.

هذا، ولم يذكر طلاق المريض مرض الموت لا في الكتاب الحكيم ولا في السّنة النّبويّة الشّريفة، غير أنّه ثبت عن الصّحابة الكرام رضوان الله تعالى عنهم، أنّ سيّدنا عبد الرّحمن بن عوف رضي الله عنه طلّق زوجته "تماضر" طلاقا مكمّلا للثّلاث في مرض الموت ومات به، فحكم لها سيّدنا عثمان بن عفّان رضي الله عنه بحقّها في الميراث، وقال: «ما تَهِمْتُهُ –أي أنّه لم يتّهمه بالفرار من حقّها في الميراث– ولكّن أردت السّنة». وقد ورد أنّ سيّدنا عبد الرّحمن بن عوف رضي الله عنه نفسه قال: «ما طلّقتها ضرارا ولا فرارا»؛ أي أنّه لا ينكر ميراثها منه[1].

كما ورد كذلك أنّ سيّدنا عثمان بن عفّان رضي الله عنه، طلّق امرأته "أم البنين" بنت عيينة بن حسين الفزاري وهو محاصر في داره، فلمّا قتل جاءت إلى سيّدنا علي كرّم الله وجهه وأخبرته بذلك. فقضى لها بميراثها منه. وقال: «تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقها!»[2].

[1] علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطّلاق والظّهار، ط 01، دار الكتب العلميّة، لبنان، 1424هـ – 2003م، ص 117.

[2] المرجع والموضع نفسهما.

وفيما يلي، سنعرض آراء الفقهاء بشأن طلاق المريض مرض الموت:

- **موقف المالكيّة:** يرى المالكيّة أنّ المطلّقة ترث ولا ينقطع ميراثها، حتى وإن انقضت عدّتها وتزوّجت. ويشترط في ثبوت ميراثها ثلاثة شروط هي:

* **أوّلا**– ألاّ يصحّ من ذلك المرض إن مات منه بعد مدّة.

* **ثانيا**– أن يكون المرض مخوّفا يحجر عليه فيه.

* **ثالثا**– أن يكون هذا الطّلاق من الزّوج لا من رغبة الزّوجة ولا بسببها[1].

وعليه، يعامل الزّوج بنقيض قصده إذا عُلِمَ أنّ قصده حرمان زوجته من الميراث وإذا اتُّهِم بحرمانها ترث منه، فقد ثبت عن سيّدنا عمر بن الخطّاب رضي الله عنه وأرضاه أنّه أفتى بذلك[2].

وقصد الإمام مالك بقوله أنّ حقّها في الإرث لا ينقطع ولو تزوّجت بغيره، هو أنّ القصد الآثم مردود على صاحبه إذا قامت القرائن المثبتة له؛ بمعنى إذا قصد حرمانها يردّ عليه سوء قصده[3].

- **موقف الحنفيّة:** يرى الحنفيّة أنّه إذا طلّق المريض امرأته طلاقا بائنا ومات من هذا المرض ورثته. وإن مات بعد انقضاء العدّة فلا ميراث لها. أمّا إن طلّقها ليمنعها حقّها في الميراث فيعامل بنقيض قصده، ويثبت لها حقّها الّذي أراد أن يمنعها منه. ولهذا يطلق عليه طلاق الفارّ[4].

---

[1] ابن جزي الكلبي الغرناطيّ، المرجع السّابق، ص ص 370، 371.

[2] أبو عبد الله محمد بن علي حزام الفضلي البعداني، التّيسيرات الفقهيّة في شرح الدّرر البهيّة، ج 02، ط 01، مكتبة العلوم السّلفيّة، اليمن، 1440هـ – 2019م، ص 655.

[3] محمد عرفة الدسوقي، المرجع السّابق، ج 02، ص 413.

[4] علي أحمد عبد العال الطهطاوي، المرجع السّابق، ص 117.

وعليه، فإنّه بحسب رأي الحنفيّة يقع الطّلاق لأنّه أهل لإيقاعه؛ إذ لا فرق بين المريض والصّحيح في صحّة وقوع الطّلاق، لكنّها ترثه بشرط أن تكون في العدّة لردّ قصده السّيء عليه. ولا ترثه بعد انقضاء عدّتها من طلاق رجعيّ أو بائن؛ لعدم بقاء الصّلة بينهما[1].

أمّا إن طلّق الزّوج زوجته مكرها أو رضيت هي بهذا الطّلاق، فإنّها لا ترثه[2]. وعليه فمن طلّق امرأته في مرض موته طلاقا بائنا بغير رضاها ثمّ مات وهي في العدّة، اعتبر بهذا الطّلاق فارّا من ميراثها، وتأخذ عدّتها حكما آخر ألا وهو أن تعتدّ بأبعد الأجلين؛ عدّة الطّلاق وعدّة الوفاة عند أبي حنيفة، حتى لا تحرم من حقّها في الميراث بسبب سوء صنيع زوجها.

هذا، وقد قال أبو يوسف: إنّها تعتدّ عدّة الطّلاق وإن كانت تنقضي في مدّة أقلّ من مدّة عدّة الوفاة؛ لأنّ بالطّلاق البائن انقطعت الزّوجيّة إلاّ أنّها اعتبرت في حقّ الميراث قائمة للضّرورة[3].

- **موقف الشّافعيّة:** أمّا بخصوص رأي الشّافعيّة بشأن طلاق المريض مرض الموت فهم يرون بأنّ الزّوجة المطلّقة طلاقا بائنا، لا ترث زوجها المريض مرض الموت وحجّتهم في ذلك هي زوال سبب الإرث بانقطاع الزّوجيّة بالبينونة، وهو مذهب الشّافعيّ الجديد عكس القديم الذي كانت ترث فيه[4].

---

[1] ياسين علال، أثر الطّلاق على التّوارث بين الزّوجين في الفقه والقانون –دراسة مقارنة–، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2017، ص 176.

[2] محمّد أمين بن عابدين، المرجع السّابق، ج 03، كتاب الطّلاق، باب طلاق المريض، ص 386.

[3] بدران أبو العينين بدران، المرجع السّابق، ص 303.

[4] محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشّافعي، المرجع السّابق، كتاب الطّلاق، فصل في تعدّد الطّلاق بنيّة العدد فيه، ص 478.

- **موقف الحنابلة:** يرى الحنابلة أنّ الزّوجة المطلّقة لا ترث زوجها ولا يرثها إن انقضت عدّتها، كما لو تزوّجت بغيره فلا ترثه أيضا[1].

هذا، ونجد من الحنابلة من يرى بأنّ الزّوجة ترث زوجها إذا طلّقها في مرض موته سواء توفيّ أثناء العدّة أم بعدها، شريطة ألاّ تتزوّج زوجا آخر؛ لأنّ بزواجها من الغير لا يمكن تصوّر قيام الزّوجيّة الأولى[2].

بحسب رأينا، فإنّه منطقيا ومن العدل أن ترث المطلّقة ثلاثا في مرض موت زوجها شرط عدم انقضاء عدّتها، فإن انقضت عدّتها فلا ميراث لها خاصة إن تزوّجت غيره بعد وفاته.

*** حكم طلاق المريض مرض الموت وفق قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة:**

سنوضّح أوّلا حكم طلاق المريض مرض الموت وفق قانون الأسرة الجزائريّ وموقفه منه، ثمّ موقف باقي التّشريعات العربيّة تواليا كما يلي:

- **حكم طلاق المريض مرض الموت وفق قانون الأسرة الجزائريّ:**

بالرّجوع إلى قانون الأسرة الجزائريّ، نجد أنّ المشرّع لم ينص إطلاقا على مسألة الطّلاق في مرض الموت، ولا على مسألة التّوارث بين الزّوجين في حالة الطّلاق في مرض الموت، ممّا يستوجب علينا الرّجوع إلى أحكام المادة 222 من ذات القانون، الّتي تحيلنا بدورها إلى أحكام الشّريعة الإسلاميّة.

---

[1] عبد الرّحمن بن أحمد بن قدامة المقدسيّ الدّمشقيّ الحنبليّ، المغنيّ، ج 09، مسألة قال: ومن لم يرث لم يحجب، ط 03، دار عالم الكتب للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الرّياض، 1417هـ - 1997م، ص 202.

[2] أحمد غندور، الطّلاق في الشّريعة الإسلاميّة والقانون، د. ط، دار المعارف، مصر، 1387هـ - 1967م، ص 107.

وعليه، يجب على القاضي عند وقوع نزاع حول أحقّية الزّوجة المطلّقة في الميراث عند الطّلاق في مرض الموت، أن يرجع إلى أحكام الشّريعة الإسلاميّة ويطبّقها على النّزاع.

لكّن منهج الرّجوع إلى الشّريعة الإسلاميّة عند عدم وجود النّص، يثير العديد من الإشكالات، خاصة عند تعدّد الآراء الفقهيّة كحالة الطّلاق في مرض الموت، أيضا كون المشرّع الجزائريّ لم يحدّد مذهبا معيّنا يرجع إليه القاضي، فهو لم يراعِ ذلك عند تشريعه لنصوص قانون الأسرة، وهذا ما يترتّب عليه تضارب بارز في الاجتهادات القضائيّة؛ سواء من محكمة لأخرى أو حتى من قاضٍ لآخر من نفس المحكمة[1].

هذا، وقد استقرّ القضاء الجزائريّ في مسألة الطّلاق في مرض الموت على توريث المطلّقة؛ حيث تبنّى رأي جمهور الفقهاء القائلين بمعاملة المطلّق بنقيض قصده ورفعا للضّرر عنها.

كما اتّفق فقهاء المذاهب الأربعة على توريث المطلّقة؛ إذا كانت معتدّة من طلاق رجعيّ.

وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا، صادر بتاريخ 1993/12/21 كما يلي: «من المقرّر قانونا عند وفاة أحد الزّوجين قبل صدور الحكم بالطّلاق، أن يستحقّ الحيّ منهما الإرث، وللزّوجة نفس الحقّ إذا حصلت الوفاة أثناء عدّة طلاقها.

ويعتبر الفقهاء الزّوجة الّتي طلّقها زوجها ومات وهي في عدّتها، أن تعتدّ بأبعد الأجلين وتستحقّ نصيبها في الميراث، وتعتبر وكأنّها ما زالت زوجة حتى ولو كان الطّلاق صحيحا.

أمّا إذا طلّقها وهو مريض مرض الموت، ولو كان طلاقا بائنا ومات أثناء عدّتها وثبت أنّه قصد حرمانها من الميراث، فإنّها تعتدّ بأطول الأجلين الطّلاق والوفاة.

[1] ياسين علال، المرجع السّابق، ص 198.

وعليه، فالطّعن في الحكم الحاليّ في غير محلّه ويرفض»[1].

كما جاء في قرار صادر بتاريخ 1998/03/17 ما يلي: «إنّ المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزّوج من إيقاع الطّلاق، ما عدا إذا كان القصد من الطّلاق في مرض الموت حرمان الزّوجة من الميراث، ومن ثمَّ فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطّاعنة طبّقوا صحيح القانون.

لكّن، وحيث أنّ المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزّوج من إيقاع الطّلاق فالطّلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا، بخلاف الميراث فإنّ حقّ الطّاعنة فيه ثابت شرعا إذا طلّقت في مرض الموت؛ لأنّه لا يوجد أيّ تلازم بين العدّة والحقّ في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدّة طويلة من انقضاء عدّتها، لاحتمال أنّ طلاقه لها كان بنيّة حرمانها من الميراث، عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود»[2].

من خلال القرارين السّابقين، يتضّح لنا أنّ القضاء الجزائريّ يأخذ بصحّة الطّلاق في مرض الموت، أمّا أثر الطّلاق على حقّ الزّوجة في الميراث، فإنّ اتجاه المحكمة العليا لا يبدو جليّا، خاصة فيما يتعلّق بالمدّة الّتي يبقى فيها الحقّ في الميراث قائما للزّوجة، من حيث إن كان يقصد بالمدّة الطّويلة ما ذهب إليه الحنابلة، بأنّ للزّوجة الحقّ في الميراث حتى بعد انقضاء العدّة ما لم تتزوّج، أو أنّ المقصود هو ما ذهب إليه المالكيّة الّذين يقرّون بالميراث لمطلّقة المريض مرض الموت، حتى وإن تزوّجت غيره[3].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 101444، قرار صادر بتاريخ 1993/12/21، المجلّة القضائيّة، ع 02، 1996، ص 73.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 101444، قرار صادر بتاريخ 1998/03/17، عدد خاص، 2001، ص ص 98، 99.

[3] ياسين علال، المرجع السّابق، ص 202.

- **حكم طلاق المريض مرض الموت وفق التّشريعات العربيّة:**

اختلفت التّشريعات العربيّة في تنظيم وضبط مسألة الطّلاق والتّوارث بين الزّوجين في مرض الموت، وهذا ما سنراه في هذه النّقطة البحثيّة من خلال التّطرّق إلى البعض منها كما يلي:

حيث ستكون البداية بالمشرّع المصريّ الّذي اعتبر طلاق المريض مرض الموت صحيحا، وللمطلّقة حقّها في الميراث؛ حيث جاء في المادة 11 من قانون المواريث المصريّ[1] ما يلي: «وتعتبر المطلّقة طلاقا بائنا في مرض الموت في حكم الزّوجة إذا لم ترض بالطّلاق، ومات المطلّق في ذلك المرض وهي في عدّتها».

وعليه، فالمطلّقة من خلال نصّ هذه المادة لها الحقّ في الميراث إذا كان الطّلاق بدون رضاها، ومات في مرض الموت وهي في العدّة بالرّغم من إبانتها؛ كون المطلّقة طلاقا بائنا لا ترث لانقطاع الزّوجيّة، إلاّ أنّه يردّ قصده لها وترث لأنّ إبانته لها حال مرضه تعدّ فرارا من توريثها وإلحاق الضّرر بها.

وحسن فعل المشرّع المصريّ، تفاديا ومنعا للتّضارب في قرارات المحاكم والاجتهادات القضائيّة.

كما أنّه أخذ وساير رأي الحنفيّة في توريثهم للمطلّقة وهي في عدّتها، ومعاملة المطلّق نقيض قصده، إن كان الهدف إيقاع الضّرر عليها وحرمانها من الميراث.

وهذا ما جرى به قضاء المحكمة، على أنّ المشرّع الوضعيّ قرّر أخذا بالمذهب الحنفيّ، أنّه من كان مريضا مرض الموت وطلّق امرأته طلاقا بائنا بغير رضاها ومات حال مرضه والزّوجة لا تزال في العدّة، فإنّ الطّلاق البائن يقع على زوجته ويثبت منه من حين صدوره؛ لأنّه أهل لإيقاعه، إلاّ أنّها ترثه مع ذلك بشرط أن تكون أهلا لإرثه من وقت إبانتها إلى وقت موته، رغم أنّ المطلّقة طلاقا بائنا لا ترث

[1] قانون المواريث المصريّ رقم 77 لسنة 1943، الوقائع المصريّة، ع 92، بتاريخ 12 أغسطس 1943.

لانقطاع العصمة بمجرّد الطّلاق استنادا إلى أنّه لمّا بانها حال مرضه، اعتبر – احتياطيّا– فارّا هاربا؛ فيردّ عليه قصده ويثبت لها الإرث[1].

ونظرا لاتّباع القانون الأردنيّ للمذهب الحنفيّ، عند عدم وجود النّص القانونيّ في بعض المسائل، فإنّه بدوره يورّث المطلّقة طلاقا بائنا في مرض الموت، وهذا ما نصّت عليه المادة 183 من قانون الأحوال الشّخصيّة بالقول: «العمل بالقول الرّاجح من مذهب أبي حنيفة ما لا ذكر له في هذا القانون، يرجع فيه إلى الرّاجح من مذهب أبي حنيفة».

القانون الإماراتيّ هو الآخر لم يتطرّق إطلاقا لمسألة المطلّقة طلاقا بائنا في مرض الموت؛ سواء فيما يخصّ الميراث أو إيقاع الطّلاق.

فقد جاء في المادة 02 الفقرة 03 من قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ ما يلي: «وإذا لم يوجد نصّ في هذا القانون، يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك ثمّ مذهب أحمد ثمّ مذهب الشّافعيّ ثمّ مذهب أبي حنيفة».

كما أشارت المادة 141 من ذات القانون إلى مرض الموت، والظّاهر أنّ للطّلاق في مرض الموت أحكام خاصة؛ حيث جاء فيها ما يلي: «إذا توفيّ الزّوج والمرأة في عدّة الطّلاق البائن أو الفسخ، فإنّها تكملها ولا تلتزم بعدة الوفاة إلاّ إذا كان الطّلاق في مرض الموت، فتعتدّ بأبعد الأجلين».

أمّا بخصوص مدوّنة الأسرة المغربيّة، فقد جاء في المادة 400 منها أنّه: «كلّ ما لم يرد به نصّ في هذه المدوّنة، يرجع فيه للمذهب المالكيّ والاجتهاد الّذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف».

وعليه، فالمطلّقة طلاقا بائنا في مرض الموت ترث زوجها ولو انقضت عدّتها وتزوّجت بغيره، حتى وإن كان الطّلاق برضاها.

[1] محكمة النّقض المصريّة، طعن رقم 0016 لسنة 57، جلسة 1989/07/18، مكتب فنّي 40، ص 762.

جاء كذلك في المادة 116 من قانون الأحوال الشّخصيّة السّوريّ ما يلي: «من باشر سببا من أسباب البينونة في مرض موته، أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعا بلا رضا زوجته، ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة والمرأة في العدّة فإنّها ترث منه بشرط أن تستمر أهليّتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت».

الملاحظ في قانون الأحوال الشّخصيّة السّوريّ، أنّه أعطى للمطلّقة الحقّ في الميراث إذا مات الزّوج أثناء العدّة، وكان الطّلاق في مرض الموت كون الطّلاق رجعيّا فهي لا تزال زوجته، شريطة أن يكون الطّلاق دون رضاها وأن تكون متمتّعة بكامل أهليّتها، وهذا ما يوافق المذهب الحنفيّ.

وأخيرا، نشير إلى أنّ طلاق المريض مرض الموت لم يذكر في قانون الأحوال الشّخصيّة التّونسيّ إطلاقا، ولا توجد أيّ مادة تتعلّق بطلاق الفارّ.

نستخلص ممّا سبق، أنّ جميع الفقهاء اتّفقوا على صحّة الطّلاق في مرض الموت، إلاّ أنّهم اختلفوا في توريث المطلّقة طلاقا بائنا، أمّا عن التّشريعات العربيّة فقد سايرت الشّريعة الإسلاميّة؛ جاعلةً الطّلاق في مرض الموت يتضمّن عقابا وعلاجا في آن واحد، فهو عقاب للزّوج على قصده السّيء وذلك بتوريث المطلّقة وعلاج للزّوجة من خلال رفع الضّرر عنها[1].

2. الطّلاق بسبب عدم تكافؤ الزّوجين:

تعتبر العلاقة الزّوجيّة المقدّسة علاقة تكامل بين الرّجل والمرأة، لذا ينبغي أن تبنى على أسس متينة عمادها الاختيار الصّائب من طرف كلّ مقبل على الزّواج، كي يسودها التّوافق والتّطابق والتّقارب بين الزّوجين، فيستمر الزّواج مدى الدّهر.

غير أنّه قد يحصل أحيانا اندفاع من قبل المرأة وأوليائها أو من قبل الرّجل، فلا يقوم الزّواج على أساس التّكافؤ؛ سواء أكان تكافؤا ثقافيّا أو علميّا أو حتى أخلاقيّا، فنجد

[1] محمد مستوري، المرجع السّابق، ص 125.

مثلا الزّوج في مراتب عليا من العلم والأخلاق والتّديّن، أمّا زوجته فأقلّ منه مستوى وأحيانا نجد العكس؛ كأن تكون الزّوجة أكثر تفوّقا علما وخلقا وجاها ونسبا، ممّا قد يكون سببا في فشل العلاقة الزّوجيّة وفقدانها توازنها فتهدم.

لهذا السّبب، دعت الشّريعة الإسلاميّة إلى الكفاءة في الزّواج؛ حتى يتحقّق معنى التّأبيد فيه والاستقرار الأسريّ، وبالتّالي مجتمع سليم متماسك. لكّن، ما المقصود بالكفاءة في الزّواج؟ وما الحكمة من مشروعيّتها؟ وما حكمها كذلك؟ هذا ما سنراه ونوضّحه تواليا في النّقاط الآتيّة:

أ) تعريف الكفاءة في الزّواج: سنتعرّف في هذا العنصر على تعريف الكفاءة لغة واصطلاحا، ثمّ قانونا على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ ومختلف التّشريعات العربيّة.

* **التّعريف اللّغوي للكفاءة:** ورد لفظ الكفء في القرآن الكريم، وتحديدا في سورة الإخلاص؛ حيث قال الله تبارك وتعالى: ﴿... وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُوًا أَحَدٌ (04)﴾[1]. ومعنى الآية، أنّ الله عزّ وجلّ لم يكن له شبه ولا عدل، وليس كمثله شيء[2].

وعن أمّ المؤمنين عائشة رضي الله عنها: ﴿أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أمرهم أن يُعَقَّ عن الغلام شاتان مكافئتان، وعن الجارية شاة﴾، رواه التّرمذي وصحّحه[3].

جاء في معجم لسان العرب معنى الكفء بأنّه: «النّظير والمساوي، ومنه الكفاءة في النّكاح؛ هو أن يكون الزّوج مساويا للمرأة في حسبها ودينها ونسبها وغير ذلك»[4].

---

[1] سورة الإخلاص، الآية 04.

[2] الموسوعة الشّاملة للتّفسير، تفسير القرآن الكريم لابن كثير، منشور على الرّابط: https://quran.tafsir.net، تاريخ التّصفّح: 2023/04/05، على السّاعة 14:45 سا.

[3] الحافظ بن حجر العسقلانيّ، المصدر السّابق، رقم الحديث 1383، ص 283.

[4] ابن منظور، المصدر السّابق، باب الكاف، ص 3892.

* **التّعريف الاصطلاحيّ للكفاءة:** لقد كان لمعنى الكفاءة تعاريف عدّة لدى فقهاء المذاهب الأربعة، سنعرضها وفق كلّ مذهب كما يلي:

- **تعريف الكفاءة عند الحنفيّة:** اتّفق فقهاء المذهب الحنفيّ على أنّ الكفاءة في النّكاح تكون معتبرة في خمسة أشياء هي: النّسب، الحرّية، المال، الحرف، الحسب[1] وهذا ما جاء في كتاب المبسوط المعروف في الفقه الحنفيّ.

فالكفاءة عند الحنفيّة هي مماثلة الرّجل للمرأة في أشياء مخصوصة.

- **تعريف الكفاءة عند المالكيّة:** المراد بالكفاءة عند المالكيّة هو المماثلة في ثلاثة أمور هي: الحال، والدّين، والحرّية وزاد بعضهم: النّسب والحسب احترازا من الموالى[2] ونحوهم، والمال احترازا من الفقير.

فإذا ساواها الرّجل في تلك السّتة، فلا خلاف في كفاءته وإلاّ فلا، وقد اقتصر المصنّف على ثلاثة منها هي: المماثلة في الدّين والحال والحرّية، ولا يشترط فيها المماثلة في غير ذلك على المعتمد. فمتى ساواها الرّجل في تلك الثّلاثة كان كفئًا[3].

- **تعريف الكفاءة عند الشّافعيّة:** أمّا بالنّسبة للشّافعيّة، فالكفاءة المعتبرة في النّكاح دفعا للعار وليست شرطا في صحّة النّكاح، بل هي حقّ للمرأة والوليّ ولها إسقاطها.

بمعنى إن زوّجوها بغير كفء برضاها أو رضا الوليّ صحّ التّزويج؛ لأنّ الكفاءة حقّها وحقّ الوليّ، فإن رضوا بإسقاطها فلا اعتراض عليهما[4].

---

[1] شمس الأئمة السرخسي، المرجع السّابق، ج 06، باب الأكفّاء، ص 22.

[2] **الموالي:** مفرده المولى؛ أي العتيق ومجهول النّسب.

[3] أبو البركات أحمد بن محمّد بن أحمد الدردير، الشّرح الصّغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج 02، باب النّكاح، د. ط، دار المعارف، القاهرة، د. س. ن، ص ص 399، 400.

[4] محمد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعي، المرجع السّابق، ج 03، كتاب النّكاح، فصل في الكفاءة المعتبرة في النّكاح، ص 270.

- **تعريف الكفاءة عند الحنابلة:** الكفاءة عند الحنابلة لغة هي المماثلة والمساواة وهي معتبرة في خمسة أشياء: الدّين، الصّناعة، الميسرة (بالمال)، الحرّية، النّسب[1].

وبناءً على ما تقدّم من تعاريف فقهاء المذاهب الأربعة، يمكننا القول أنّ الكفاءة مسألة ذات أهمّية عظمى لنجاح العلاقة الزّوجيّة وديمومتها واستقرارها، لذلك يجب مراعاتها عند الزّواج، وهي باتفاق الفقهاء المساواة والمماثلة في أمور مخصوصة في الرّجل والمرأة على حدّ سواء، مع اختلاف طفيف في العبارات المؤدّية لهذا المعنى[2].

* **التّعريف القانونيّ للكفاءة:** سنتطرّق في هذا العنصر إلى تعريف الكفاءة وفق قانون الأسرة الجزائريّ وكذا التّشريعات العربيّة، كما سنحاول معرفة ما إذا نصّت القوانين الوضعيّة على الأحكام المتعلّقة بالكفاءة، وما إذا بيّنت بعض الأوصاف والميزات الّتي تندرج تحت مسمّى مصطلح الكفاءة.

- **تعريف الكفاءة وفق قانون الأسرة الجزائريّ:**

سكت المشرّع الجزائريّ عن إعطاء تعريف للكفاءة في الزّواج، ولم يتعرّض قانون الأسرة لمعنى الكفاءة ولم يذكرها كلفظ إطلاقا، ولا حتى للأحكام المتعلّقة بها بالرّغم من أنّه نصّ على المعانيّ المتضمّنة للعناصر المعتبرة في الكفاءة في الفقه الإسلاميّ[3].

حيث جاء في المادة 03 من قانون الأسرة الجزائريّ ما يلي: «تعتمد الأسرة في حياتها على التّرابط والتّكافل وحسن المعاشرة، والتّربيّة الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعيّة».

---

[1] عبد القادر بن عمر الشيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطّالب، تحقيق: محمد سليمان عبد الله الأشقر، ج 02، فصل الكفاءة، ط 01، مكتبة الفلاح، الكويت، 1430هـ – 1983م، ص ص 156، 157.

[2] محمد مستوري، الكفاءة في الزّواج ودور العرف في التّوسعة من مجالاتها، مجلّة الحقوق والعلوم الإنسانيّة، مج 13، ع 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020، ص 311.

[3] المرجع نفسه، ص 312.

- **تعريف الكفاءة وفق قانون التّشريعات العربيّة:**

عند استقراءنا للقوانين العربيّة، نجد أنّ معظمها قد نصّ على الكفاءة وأعطى لها أهمّية كبرى، خاصة الكفاءة في الدّين.

غير أنّهم لم يعرّفوا الكفاءة كمصطلح وإنّما ذكروا خصالها وصفاتها، عكس ما تمّ ذكره آنفا عن المشرّع الجزائريّ الّذي لم يتطرّق إطلاقا لا لتعريفها ولا لأحكامها ولا خصالها.

فقد جاء في المادة 21 فقرة أ من قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ أنّه: «يشترط في لزوم الزّواج أن يكون الرّجل كفئًا للمرأة في التّديّن والمال، وكفاءة المال أن يكون الزّوج قادرا على المهر المعجّل ونفقة الزّوجة».

ما يلاحظ على المشرّع الأردنيّ، أنّه ساير فقهاء المذاهب الأربعة وتحديدا المذهب الشّافعيّ؛ حيث وضّح أنّ المعتبر من المال هو مهر الزّوجة ومصاريف بيت الزّوجيّة.

كما جاء في المادة 22 من قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ رقم 2005/28 أنّه: «العبرة في الكفاءة بصلاح الزّوج دينا ...».

أيضا المادة 21 الفقرة 02 من ذات القانون نصّت على ما يلي: «إذا كان الخاطبان غير متناسبين سنًّا؛ سنّ الخاطب ضعف سنّ المخطوبة أو أكثر، فلا يعقد الزّواج إلاّ بموافقة الطّرفين وبعد إذن القاضي ...».

يلاحظ هنا، أنّ المشرّع الإماراتيّ أراد من خلال هاتين المادتين حماية الزّوجة في العلاقة الزّوجيّة، وجعل مؤسّسة الزّواج أكثر استقرارا وديمومة؛ وذلك بنصّه على الكفاءة في عدّة خصال منها الدّين والسّن، حتى يتحقّق التّوافق بين الزّوجين.

قانون الأحوال الشّخصيّة السّوريّ هو الآخر نصّ في المادة 19 على ما يلي: «إذا كان الخاطبان غير متناسبين سنًّا ولم تكن مصلحة في هذا الزّواج، فللقاضي ألاّ يأذن به».

يلاحظ أنّ المشرّع السّوريّ قد اتفق مع المشرّع الإماراتيّ في مسألة السّن ومراعاة الكفاءة فيه، إلاّ أنّه لم يحدّد ضابط السّن المعتبر بين الخاطبين.

كما جاء في قانون الأحوال الشّخصيّة الكويتيّ في مادته 35 ما يلي: «العبرة في الكفاءة بالصّلاح في الدّين».

يتطابق مع هذا النّص، نصّ المادة 37 الفقرة 02 من قانون الأسرة البحرينيّ رقم 2017/19، الّتي جاء فيها أنّ: «العبرة في الكفاءة الصّلاح في الدّين».

وعليه، فالملاحظ أنّ كلّ أو أغلب التّشريعات العربيّة ركّزت على الكفاءة في الدّين نظرا لأهمّيته في استقرار الأسرة؛ لأنّه يعدّ البوصلة المساعدة للشّخص في الحفاظ على الاتجاهات السّليمة، والآراء الصّائبة والقرارات الحاسمة في حياته.

هذا، ويعتبر قانون الأحوال الشّخصيّة الفلسطينيّ لسنة 1954، على مذهب الإمام أبي حنيفة النّعمان، من أبرز القوانين الّتي فصّلت في مسألة الكفاءة في الزّواج حيث جاءت عدّة نصوص قانونيّة عالجت الكفاءة المعتبرة في الدّين والصّلاح والعلم والحرفة، وأيضا السّلامة من العيوب.

حيث نصّت المادة 64 منه على ما يلي: «يعتبر الإسلام بالنّظر للزّوج وأبيه وجدّه لا غير، فمسلم بنفسه ليس كفئا لمسلمة أبوها مسلم، ومن له أب واحد مسلم ليس كفئًا لمن لها أبوان مسلمان، ومن له أبوان في الإسلام كفئًا لمن لها آباء».

كذلك نصّت المادة 67 منه على أنّ: «لا يكون الفاسق كفئًا لصالحة بنت صالح وإنّما يكون كفئا لفاسقة بنت فاسق أو بنت صالح».

وحسنا فعل المشرّع الفلسطينيّ؛ بجعله الصّلاح من الخصال المعتبرة عند الزّواج.

أيضا المادة 65 منه الّتي رفعت من قيمة العلم والعالم، واعتبرته شرطا لازما في الكفاءة؛ حيث جاء فيها: «شرف العلم فوق النّسب، فغير العربيّ العالم كفء للعربيّة ولو كانت قرشيّة، والعالم الفقير كفء لبنت الغنيّ الجاهل».

كما جاءت المادة 25 منه بشروط اللّزوم في النّكاح، ألا وهي الكفاءة في المال والحرفة؛ حيث نصّت على أنّه: «يشترط في لزوم النّكاح أن يكون كفئا للمرأة في المال والحرفة». إذ يتضّح من هذه المادة دليل اعتبار الحرفة عند النّكاح.

أمّا فيما يخصّ الكفاءة في السّلامة من العيوب، فيعتبر قانون الأحوال الشّخصيّة الفلسطينيّ سالف الذّكر، الوحيد الّذي نصّ على اعتبار السّلامة من العيوب؛ حيث جاء في المادة 298 منه ما يلي: «إذا وجدت زوجها عِنِّينًا لا يقدر على إتيانها في القبل، ولم تكن عالمة بحاله وقت النّكاح، فلها أن تطلب التّفريق بينها وبينه إذا لم ترض به، وإذا وجدته على هذه الصّفة ولم تخاصمه زمنا، فلا يسقط حقّها لا من قبل المرافعة ولا بعدها».

ما نستشفّه ممّا سبق ذكره، أنّ قانون الأحوال الشّخصيّة الفلسطينيّ سالف الذّكر قد نظّم بإحكام مسألة الكفاءة في الزّواج، وحدّد مجالاتها دقّة وتفصيلا.

أمّا المشرّع التّونسيّ فلم يتطرّق بدوره للفظ الكفاءة، إلاّ أنّنا بالرّجوع إلى بعض البلديّات في تونس، نجد أنّها تشترط لإبرام عقد زواج غير المسلمين بالتّونسيّات "شهادة اعتناق الدّين الإسلاميّ"، إن كان الزّوج غير مسلم وينوي الزّواج بمسلمة.

وهذا إن دلّ على شيء، إنّما يدلّ على أهمّية اعتبار الدّين في الكفاءة في الزّواج، وهو ما كرّسه الفصل 05[1] من مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة، الّذي نصّ على وجوب خلوّ الزّوجين من الموانع الشّرعيّة.

وهذا نفسه ما يلاحظ على المشرّع المغربيّ، الّذي لم ينص إطلاقا على مسألة الكفاءة في الزّواج ولم يتعرّض لها.

ب)دليل مشروعيّة الكفاءة في الزّواج والحكمة منها:

بعد عرض تعريف الكفاءة في الزّواج، من النّاحية اللّغويّة والجانب الاصطلاحيّ وكذا من المنظور القانونيّ، ها نحن الآن نعرض دليل مشروعيّتها حسب ما جاء به الكتاب الحكيم والسّنة النّبويّة الشّريفة والإجماع، ثمّ نبيّن بعدها الحكمة من مشروعيّتها.

* **دليل مشروعيّة الكفاءة في الزّواج:** إنّ الإسلام بيّن لنا كيفيّة اختيار الزّوجة الّتي تحفظ عرض زوجها في غيبته وتصون ماله، كما طلب من المرأة وأوليائها اختيار الزّوج الصّالح الّذي يكفل للمرأة العيش السّعيد والدّوام في الحياة الزّوجيّة. فالله عزّ وجلّ وضع ميزانا للتّفاضل بين النّاس؛ ألا وهو التّقوى والعمل الصّالح[2]. حيث قال الله جلّ جلاله: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ (13)﴾[3].

---

[1] الفصل 05 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة نصّ على ما يلي: «يجب أن يكون كلّ من الزّوجين خلوّا من الموانع الشّرعيّة، وزيادة على ذلك فكلّ من لم يبلغ عشرين سنة كاملة من الرّجال وسبعة عشر سنة كاملة من النّساء، لا يمكنه أن يبرم عقد الزّواج ...».

[2] حسن محمد عبد الحميد الكرديّ، الكفاءة في الزّواج مقارنة بقانون الأحوال الشّخصيّة، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير، قسم القضاء الشّرعيّ، كلّية الشّريعة والقانون، الجامعة الإسلاميّة، غزّة، د. س، ص 40.

[3] سورة الحجرات، الآية 13.

ووجه الدّلالة في الآية الكريمة من قول الله تبارك وتعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾؛ أي «إنّما تتفاضلون عند الله بالتّقوى لا بالأحساب»[1]. وهذا إشارة إلى اعتبار الكفاءة عند التّزويج.

أمّا دليلها من السّنة النّبويّة الشّريفة، فعن أبي حاتم المزني قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه ألاّ تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير﴾، قالوا: «يا رسول الله وإن كان فيه»، قال: ﴿إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ثلاث مرات﴾[2]، رواه التّرمذي.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن أبي داود: أنّ أبا هند حجم النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم في اليافوخ، فقال النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم: ﴿يا بني بَياضةَ أَنكِحُوا أبا هندٍ وانكَحُوا إليه﴾[3]، أخرجه الحاكم وحسّنه الحافظ في التّلخيص.

وعن علي بن أبي طالب كرّم الله وجهه في سنن التّرمذي، أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال له: ﴿يا علي، ثلاث لا تؤخرها: الصّلاة إذا أتت والجنازة إذا حضرت والأيم إذا وجدت لها كفئًا﴾[4]، رواه التّرمذي.

وحدّثنا أبو اليمان، أخبرنا شعيب عن الزّهري قال: أخبرني عروة بن الزّبير عن عائشة رضي الله عنها، أنّ أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس، وكان ممّن

---

[1] تفسير ابن كثير، منشور على الرّابط: *https://quran.ksu-edu.sa>katheer*، تاريخ التّصفّح: 2023/04/24، على السّاعة 11:36 سا.

[2] محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المصدر السّابق، ج 06، باب ما جاء في الكفاءة في النّكاح، رقم الحديث 03، ص 261.

[3] المصدر نفسه، ص 262.

[4] المصدر والموضع نفسهما.

شهد بدرا مع النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم، تبنّى سالما وأنكحه بنت أخيه هند بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة، وهو مولى لامرأة من الأنصار[1].

أمّا دليل الكفاءة في الإجماع، فقد انعقد الإجماع والاتفاق بين العلماء في اعتبار الكفاءة في الزّواج، ولكنّهم اختلفوا في الصّفات المتعلّقة بها؛ بمعنى بأيّ شيء تحصل[2]. هل بالدّين والخلق فقط؟ أم أنّ هناك خصال أخرى.

وعليه، فالكفاءة مشروعة ولها أهمّية عظمى في استقرار الأسر وبالتّالي تماسك المجتمع، ولكّن لا يجب أن يكون هناك تشدّد كبير في اختيار الزّوج، فيؤدّي إلى عضل النّساء وانتشار العنوسة في المجتمعات[3]. لذا، من الأجدر أنّ الأصل في الكفاءة هو كفاءة الدّين والخلق والتّقوى.

* **الحكمة من مشروعيّة الكفاءة في الزّواج:** إنّ اعتبار الكفاءة في الزّواج يحدّ من الخلافات الزّوجيّة، ويقضي على نظرة الاحتقار؛ كونه غير كفء لها في نظرها وبالتّالي يكون تجاذب بين الزّوجين وعشرة حسنة فينشأ الأولاد في جوّ سليم تسوده المحبّة والألفة والتّفاهم.

كما أنّ اعتبار الكفاءة في الزّواج، يمكّن المرأة أيضا من تدارك الأمر قبل الإقبال عليه، فعند ملاحظتها غياب شرط الكفاءة يمكّنها ذلك من فسخ زواجها؛ لأنّها تعتبر أوّل متضرّرة إذا فُقد هذا شرط[4].

---

[1] محمّد بن إسماعيل البخاريّ، المصدر السّابق، باب الأكفّاء في الدّين وقوله وهو الّذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربّك قديرا، رقم الحديث 26، ص 11.

[2] أحمد بن إدريس القرافي، الذّخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، ج 04، كتاب النّكاح، ط 01، دار الغرب الإسلاميّ، بيروت، 1994، ص 211.

[3] حسن محمد عبد الحميد الكرديّ، المرجع السّابق، ص 42.

[4] المرجع نفسه، ص 43.

فالنّفس البشريّة لا ترضى معاشرة الدّنيء الّذي يكون سببا للعداوة والعار؛ إذ أنّ مقاربة الدّنيء تضع ومقاربة العليِّ ترفع، ومصالح النّكاح تختلّ عند عدم توفّر شرط الكفاءة إضافة إلى أنّ تحمّل الزّوجة سليمة الطّباع لغير الكفء أمر ليس بالهيّن، وهذا ما يحدث تفكّك الأسرة وخراب البيوت[1].

كما قد يكون الطّلاق تعسّفيّا بحجّة عدم تكافؤ النّسب، فيطلّق الزّوج زوجته كونها لا تنتمي لعائلة مرموقة، خوفا من أن يعيّره النّاس بأمور الحسب والنّسب، فيلجأ إلى الطّلاق الّذي يعتبر غير مبرّر في هذه الحالة، ناهيك عن الضّرر الماديّ والمعنويّ الّذي تصاب به الزّوجة.

أيضا، يمكن أن يطلّق الزّوج زوجته لكبر سنّها ووجود الفارق العمريّ بينهما حيث من المعروف أنّ المرأة تظهر عليها ملامح الكبر قبل الرّجل، نظرا لمرورها بعدّة مراحل في حياتها؛ كالوحم والحمل والولادة والرّضاعة وتربية الأبناء وخدمة البيت ... الخ، وبالتّالي يفكّر في طلاقها وإعادة بناء حياته الزّوجيّة مع من تصغره وتصغر زوجته بكثير[2]. فيعتبر الطّلاق هنا تعسّفيّا كونه غير مبّرر؛ إذ كان على الزّوج أن يأخذ احتياطه في البداية حتى يتفادى ظلم زوجته ولا يحكم عليه بالتّعويض.

ولهذا تعدّ حجّة عدم التّكافؤ في الزّواج صورة من صور الطّلاق التّعسّفيّ خاصة إن كانت الزّوجة مطيعة لزوجها وقائمة بشؤون بيته، لكنّ الزّوج يوقع الطّلاق مخافة كلام النّاس وتعيّيرهم له، وهذا يعدّ أشدّ الظّلم وأشدّ الضّرر.

---

[1] محمد مستوري، الكفاءة في الزّواج ودور العرف في التّوسعة في مجالاتها، المرجع السّابق، ص ص 314، 315.

[2] رحاب الحميدي حميد المطيري، الإضرار بالمطلّقة والتّعويض عنه –دراسة تأصيليّة مقارنة–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في الشّريعة والقانون، قسم الشّريعة والقانون، كلّية العدالة الجنائيّة، جامعة نايف العربيّة للعلوم الأمنيّة، 1435هـ – 2014م، ص 42.

ج) صور الطّلاق التّعسّفي بحجّة عدم التّكافؤ بين الزّوجين:

برزت العديد من الزّيجات الّتي لا تقوم على التّكافؤ الثّقافيّ والعلميّ، وربّما يكون الأمر مقبولا إذا كان الزّوج هو الأعلى في المستوى العلميّ مثلا، إلاّ أنّه يبدو عكس ذلك إذا كانت الزّوجة هي المتفوّقة والنّاجحة؛ فيحدث الطّلاق من طرف الزّوج في حالتين: الأولى عندما يشعر بالنّقص أمام زوجته الّتي تنازلت عن حقّها في الكفاءة وعلى الأغلب هو أمر نفسيّ يتعرّض له الزّوج ضعيف الشّخصيّة، أمّا الحالة الثّانية فعندما يرى نفسه أعلى مستوى من زوجته؛ كعدم التّكافؤ العلميّ أو الوظيفيّ وحتى لعدم تكافؤ النّسب.

حيث أصبحنا نلاحظ أنّ معظم حالات الطّلاق الّتي تشهدها المحاكم، هي بحجّة عدم التّكافؤ الاجتماعيّ والثّقافيّ، وعدم التّكافؤ في الميولات والأهداف، وأيضا الفارق العمريّ بين الزّوجين.

وعليه، فالزّوج الّذي يكون مستواه العلميّ عالٍ، لابدّ من زواجه بزوجة مكافئة له لها نفس المستوى حتى لا تُخلق فجوة بينهما.

إذ أنّ عادة ما يتزوّج الرّجل قبل أن يتمّ دراسته ثمّ يكملها بعد زواجه، وعندئذ يرى نفسه صاحب مستوى علميّ كبير، فيبدأ شعوره بالفرق بينه وبين زوجته، وربّما يبهر بامرأة أخرى ذات مستوى علميّ أو وظيفيّ، كما قد يقارن نفسه بأصدقائه المتزوّجين ممّن هنّ بمستوياتهم، فتشعر الزّوجة مع عدم التّكافؤ بينها وبين زوجها بالخجل والعار، وبالتّالي تتعكّر الحياة الزّوجيّة ويصلان إلى الطّلاق الّذي يعدّ تعسّفيّا من قبل الزّوج؛ لأنّه كان بإمكانه أن يتفادى الطّلاق بمساعدتها على رفع مستواها التّعليميّ، والالتحاق بمصافّ المتعلّمين[1].

[1] ميسون علي محمّد صالح، التّعسّف في استعمال حقّ الطّلاق والآثار المترتّبة عليه في الشّريعة وموقف القانون اللّيبيّ منه –دراسة مقارنة–، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه "الإجازة الدّقيقة"، قسم الشّريعة الإسلاميّة، كلّية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 1437هـ – 2016م، ص ص 118، 119.

3. طلاق الزّوج زوجته بضغط من الغير:

قد يكون مركب الحياة الزّوجيّة يسير في أمان، وتكون العلاقة بين الزّوجين مستقرّة ومؤكّدة، إلى أن يظهر إنسان ما يريد إفسادها وخرابها؛ كأن يتزوّج الرّجل بزوجة ثانية فتضغط عليه ليطلّق زوجته الأولى وتستأثر به هي. ففي هذه الحالة لو رضخ الزّوج لطلبها ونفّذه، يكون متعسّفا في طلاقه وضارّا بزوجته الأولى[1].

هناك أيضا طلاق الزّوج زوجته بضغط من والديه –وهو الشّائع–، طاعة لهما وبرّا بهما، حتى يرضيهما وينجو ممّا يسمّى بدعاء الشّر، حسب ما هو سائد في العرف الجزائريّ.

فنجد قول الله جلّ جلاله: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۚ ... (23)﴾[2].

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال: ﴿رضا الله في رضا الوالدين وسخط الله في سخط الوالدين﴾، أخرجه التّرمذي وصحّحه ابن حبّان والحاكم[3].

أيضا عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «كانت تحتي امرأة أحبّها وكان أبي يكرهها، فأمرني أن أطلّقها فأبيت، فذكر ذلك للنّبيّ صلّى الله عليه وسلّم فقال: ﴿يا عبد الله بن عمر طلّق امرأتك﴾»[4]، رواه الخمسة إلاّ النّسائيّ وصحّحه التّرمذيّ.

---

[1] رحاب الحميدي حميد المطيري، المرجع السّابق، ص 43.

[2] سورة الإسراء، الآية 23.

[3] الحافظ بن حجر العسقلانيّ، المصدر السّابق، باب البرّ والصّلة، رقم الحديث 1485، ص ص 298، 299.

[4] محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المصدر السّابق، ج 07، كتاب الطّلاق، باب جوازه للحاجة وكراهته مع عدمها وطاعة الوالد فيه، رقم الحديث 05، ص 02.

فقوله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿طلّق امرأتك﴾، دليل صريح يقتضي أنّه يجب على الرّجل إذا أمره أبوه بطلاق زوجته أن يطلّقها وإن كان يحبّها، فليس ذلك عذرا له في الإمساك.

حدّثنا أبو الوليد، حدّثنا شُعبة، قال الوليد بن عيزار: أخبرني قال: «سمعت أبا عمر والشّيباني يقول: أخبرنا صاحب هذه الدّار وأومأ بيده إلى دار عبد الله، قال: سألت النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم: أيُّ العمل أحبّ إلى الله؟، قال: ﴿الصّلاة على وقتها﴾. قال: ثمّ أيّ؟، قال: ﴿ثمّ برّ الوالدين﴾. قال: ثمّ أيّ؟، قال: ﴿الجهاد في سبيل الله﴾. قال: حدّثني بهنّ ولو استزدته لزادني»[1].

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فقال: «يا رسول الله من أحقّ النّاس بحسن صحابتي؟ قال: ﴿أمّك﴾، قال: ثمّ من؟ قال: ﴿أمّك﴾، قال: ثمّ من؟ قال: ﴿أمّك﴾، قال: ثمّ من؟ قال: ﴿ثمّ أبوك﴾»[2].

ومعنى هذا أنّه يجب طاعة الوالدين في أمرهما بطلاق الزّوجة. أوليس هذا ظلما؟

في حين أنّ هناك رأي آخر يقول أنّه ليس من الواجب على الولد أن يطلّق زوجته إن أمره والده بذلك، خاصة إن خاف على نفسه الفتنة والانسياق إلى الحرام وحملوا الأمر على النّدب لا الوجوب[3].

فإذا كان طلب الوالدين من ابنهما طلاق زوجته، جرّاء سبب معقول يستحقّ فعلا الطّلاق؛ كمسألة الشّرف وسوء أخلاقها ومساس عرضهم، فعندئذ يجب برّهما والامتثال

[1] محمّد بن إسماعيل البخاريّ، المصدر السّابق، مج 04، ج 08، كتاب الأدب، باب البرّ والصّلة وقول الله تعالى ﴿ووصّينا الإنسان بوالديه حسنا﴾، رقم الحديث 01، ص 02.

[2] المصدر نفسه، باب من أحقّ النّاس بحسن الصّحبة؟، رقم الحديث 02، ص ص 02، 03.

[3] ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، المرجع السّابق، ص 87.

لطلبهما، أمّا إذا كان طلب الطّلاق دون سبب معقول، وإنّما هو تعنّت فقط من الوالدين لكراهتها أو عدم جمالها، بالرّغم من أنّ علاقتها بزوجها مبنيّة على المودّة والرّحمة فإنّه هنا من الواجب عليه أن يرفض طلبهما ولا يبرّهما في ذلك، وإلاّ كان متعسّفا في طلاقه لها حيث أنّه كان من الأجدر أن يقنع والديه باللّين والحكمة، ويحاول توطيد العلاقة بينهما وبين زوجته، وتذكيرهما بمساوئ الطّلاق وجزاء ظلم العباد في الدّنيا والآخرة، خاصة المرأة باعتبارها طرفا ضعيفا في هذه العلاقة.

وعليه، فطلاق الزّوج زوجته بضغط من الغير يجعله متعسّفا فيه؛ سواء أكان ضغطا من الوالدين لسبب غير معقول أو بضغط من زوجة أخرى، وذلك لما يلحق الزّوجة من ضرر، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «... لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إنائها»[1]. وهذا دليل على عدم جواز طلب المرأة طلاق ضرّتها؛ لأنّ هذا من حقّه، أمّا إن استجاب لطلبها فإنّه يكون متعسّفا.

الفرع الثّالث: أضرار الطّلاق التّعسّفيّ الواقع بإرادة الزّوج المنفردة:

ممّا لا شكّ فيه أنّ للطّلاق التّعسّفيّ عدّة آثار سلبيّة، وأضرار نفسيّة واجتماعيّة واقتصاديّة، خاصة على المرأة أكثر من الرّجل، فهي أوّل من تتأثّر بالطّلاق الّذي يعدّ من أوّل الأسباب الّتي تؤدّي إلى تمزّقات في العلاقات الاجتماعيّة.

وعليه، سنوضّح في هذا الفرع الأضرار النّفسيّة للطّلاق التّعسّفيّ (أوّلا) لتليها بعد ذلك الأضرار الاجتماعيّة والاقتصاديّة له (ثانيا).

أوّلا- الأضرار النّفسيّة للطّلاق التّعسّفيّ:

لا يوجد أصعب من الطّلاق؛ فهو انهيار بنائيّ اجتماعيّ للأسرة، كما يعدّ صدمة كبيرة في حياة المطلّقة، وبالتّالي تتأثّر صحّتها النّفسيّة وتفقد ثقتها بنفسها لشعورها

[1] محمّد بن إسماعيل البخاريّ، المصدر السّابق، مج 02، ج 03، باب لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه حتى يأذن له أو يترك، رقم الحديث 90، ص 144.

بالظّلم، بسبب عدم وجود حاجة إلى الطّلاق، أو طلاقها لسبب تافه لا يستحقّ إنهاء العلاقة الزّوجيّة.

فقد تشعر المرأة بعدم نجاحها في حياتها، وبالتّالي تفقد الشّغف والمتعة وتبتعد عن التّجمّعات الأسريّة، وهذا ما يجعلها تدخل في حالة من الاكتئاب والانطواء والتّقوقع على نفسها، فيتغيّر تفكيرها وطريقة تصرّفها مع الأمور؛ لأنّ الاكتئاب يجعلها تشعر بالحزن والإحباط، كما تصاب بالأرق أو النّوم لفترات طويلة.

ضف إلى ذلك، أنّ المرأة قد تفقد الأمل ويصاحبها شعور بالاستسلام، وهذا ما يسبّب لها عدم الثّقة في الرّجال مرّة أخرى، فلا تتمكّن من إعادة الزّواج والارتباط من جديد وبالتّالي يتمكّن منها اليأس ويسيطر عليها.

كما يراودها القلق المستمرّ والتّوتّر، فتتأثّر صحّتها ويظهر ذلك على أعضاء جسمها حيث تتزايد سرعة خفقان القلب والتّعرّق وضيق التّنفّس، وتساقط الشّعر والشّعور بالغثيان لذلك فالطّلاق يؤثّر كثيرا على نفسيّة المرأة.

وهذا ما أشارت إليه الأبحاث المتوصّل إليها، بأنّ النّساء المطلّقات أكثر عرضة من النّساء المتزوّجات للإصابة بأمراض القلب المزمنة وانسداد الشّرايين.

وعليه، فالصّحة النّفسيّة عند المرأة هي المتضرّر الأكبر بعد حدوث الطّلاق وبالأخصّ عند الطّلاق التّعسّفيّ حيث تشعر بالظّلم، وعلى العكس من ذلك يكون الضّرر النّفسيّ أقلّ إن كانت هي من طلبت الانفصال.

كما قد تشعر المرأة بالذّنب إن كان قرار الطّلاق خارجا عن إرادتها، فتلوم نفسها لعدم استمرار ذلك الزّواج، خاصة إن كان هنالك أطفال؛ كون المرأة عادة تلوم نفسها وتشعر بالمسؤوليّة عند تحطّم الأسرة، والتّسبّب في صدمة نفسيّة لأطفالها[1].

[1] إسراء عبد الباقي، أثر الطّلاق على المرأة: تعرّف على تأثيرات هذا الأمر على الأبناء والمجتمع، منشور على الرّابط الآتي: https://faharas.net، تاريخ التّصفّح: 2023/05/09، على السّاعة 16:05 سا.

فالطّلاق بالنّسبة للمرأة هو زيادة المسؤوليّة، وأنّ الحياة الّتي تتصوّرها وتحلم بها لم تعد موجودة، وهذا ما يؤدّي إلى احتمال طلاقها مرّة أخرى إن هي تزوّجت.

بالمقابل، قد يتعرّض الرّجل لنفس الأضرار النّفسيّة الّتي تعرّضت لها المرأة؛ إذ أنّه أحيانا بالرّغم من كونه هو من طالب بالانفصال، إلاّ أنّه يحسّ بعد ذلك بالنّدم وتأنيب الضّمير، ومن الممكن أن يصير مدمنا على الخمر والمخدّرات ويهمل صحّته.

حيث أنّه من المعروف وكما هو الشّائع، أنّ الرّجال عامة نادرا ما يتعاملون مع الحزن ولا يعبّرون عنه، وهذا ما يجعل الرّجل المطلّق يندفع إلى الدّخول في علاقات جديدة بغرض التّناسي والهروب من الواقع، فيجد نفسه في ضرر أكبر، على عكس المرأة الّتي تتخلّص من مشاعر الحزن تدريجيا، وتفحص مشاعرها قبل التّعرّف على شخص جديد.

ولعلّ أعظم ضرر نفسيّ يسبّبه الطّلاق للرّجل، هو خسرانه لأبنائه بفقده قيمة وجودهم بجانبه، فيغيب عن تفاصيل حياتهم ويوميّاتهم، وهذا ما يجعله دائما في حالة من الحزن والوحدة والتّحسّر عليهم.

ثانيا- الأضرار الاجتماعيّة والاقتصاديّة للطّلاق التّعسّفيّ:

سنذكر في هذه النّقطة، جملة من الأضرار الاجتماعية والنّفسيّة وكذا الاقتصاديّة للطّلاق التّعسّفيّ؛ كما يلي:

1. الأضرار الاجتماعية للطّلاق التّعسّفيّ:

لا يخلّف الطّلاق التّعسّفيّ أضرار نفسيّة على المطلّقة فحسب، بل له أضرار أخرى اجتماعية واقتصادية كذلك عليها، وأكبر ضرر تتعرّض له المطلّقة هو نظرة المجتمع إليها تلك النّظرة القاسية الّتي كلّها لوم عليها حتى وإن تبيّن تعسّف الزّوج وظلمه لها، وعتاب على جريمة لم تحك تفاصيلها ولم تكن المسؤولة عنها، بل هي الضّحيّة الأولى فيها، نظرة ترافقها مدى حياتها سواء بقيت مطلّقة تربّي أبناءها، أو

أعادت حياتها من جديد بزواجها من شخص آخر؛ لأنّه ومع الأسف يبقى المجتمع يصفها بالمطلّقة حتى بعد زواجها مرّة أخرى.

إضافة إلى ابتعاد أقاربها وأصدقائها عنها، خاصة النّساء خوفا على أزواجهم وظنّا منهم أنّ المرأة المطلّقة متاحة وترضى بأيّ رجل، وهذا ما يسبّب لها ضررا معنويّا يبقى أثره مدى الحياة، خاصة إن كانت المرأة ضعيفة الشّخصيّة.

كما أنّه أحيانا ما يمنع الأزواج زوجاتهم من مخالطة امرأة مطلّقة، خوفا من تأثّر زوجاتهم بها[1].

2. الأضرار الاقتصاديّة للطّلاق التّعسّفيّ:

يعتبر الضّرر الاقتصاديّ أو الماديّ أكبر مؤثّر على المرأة بعد الطّلاق؛ حيث يكون حكم النّفقة أقلّ بكثير ممّا يلزم لتكاليف المعيشة، ما يجعل المرأة المطلّقة تعرف فاقة واحتياجا وتردّي وضعها المعيشيّ، كما لا يمكنها مثلا العمل إن كان لها أبناء يحتاجون للرّعاية ويصعب تركهم في المنزل، أو كانت عديمة الخبرة كونها ربّة بيت لم يسبق لها العمل؛ لأنّها كانت معتمدة على زوجها قبل الطّلاق فهو المعيل الوحيد لها وبالتّالي تنخفض قدرتها الشّرائيّة خاصة إن لم تتلق المساعدة من أهلها. ممّا قد تلجأ أحيانا إلى بيع مجوهراتها إن كانت تملك ذلك أصلا، لتوفير متطلّبات البيت ومصاريف أبنائها، وهذا ما يجعلها في خسارة أخرى. ولهذا تفكّر معظم النّساء المطلّقات بالزّواج من جديد، حتى يتحرّرن من هذا الضّرر الماديّ، ومع ذلك يبقى هذا التّفكير يحمل نتيجتين: إمّا النّجاح أو الفشل؛ كونها يمكن أن تسيء الاختيار مرّة أخرى فتلقي بنفسها إلى التّهلكة، لذلك عليها ألاّ تتسرّع في الزّواج من جديد؛ لأنّه ليس الحلّ الوحيد

[1] يوسف عبد الله محمد الشّريفين ورائدة خالد حمد نصيرات، المضامين التّربويّة في التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ في قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ، مجلّة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدّراسات، ع 44، آذار 2018، ص 55.

والأمثل، بل يجب عليها التّروّي والتّريّث واستجماع نفسها من جديد، وتطوير ذاتها وبنائها وتحصينها، وبعدها يمكنها جذب الشّخص المناسب في الوقت المناسب.

كما قد يمتدّ الضّرر الماديّ من المطلّقة إلى الأبناء؛ حيث ينقطعون عن مزاولة دراستهم بلجوئهم إلى العمل أو التّسوّل، فغياب الأب يعني غياب السّلطة بنوعيها ماديّة كانت أو معنويّة[1].

دون أن ننسى الضّرر الماديّ الّذي سيقع على الزّوج جرّاء الطّلاق التّعسّفيّ والمتمثّل في تعويض مطلّقته عن ضرر الانفصال وكذا نفقة الأبناء، إضافة إلى نفقة العدّة ونفقة الإهمال، وتوفيره مسكنا للحضانة أو دفع بدل الإيجار، فكلّ هذا يسبّب ضررا للزّوج وخسارة ونقصانا من ذمّته المالية.

وعليه، نستخلص أنّ الطّلاق التّعسّفيّ يسبّب عدّة أضرار للمطلّقة، كما يسبّب أضرارا للزّوج المطلّق بالرّغم من إيقاعه بإرادته المنفردة، وبالتّالي تعرف الأسرة اضطرابا وفوضى يفقدانها توازنها، فيؤثّر ذلك على المجتمع وبنائه.

المطلب الثّاني: التّعويض عن ضرر التّعسّف في الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج

كما أشرنا سابقا، فإن الأصل في الطّلاق الحظر، هذا الأمر الّذي شرّعه الله سبحانه وتعالى كآخر حلّ، قد يوقعه الزّوج بمبرّر، أو بدون مبرّر فيكون متعسّفا في إيقاعه، وهذا ما يسبّب للزّوجة ضررا معنويّا وآخر ماديّا، تستحقّ بناءً عليه تعويضا لجبر ضررها وتضميدا لجراحها وتخفيفا لآلام الفراق.

هذا، وقد اقتضت الحكمة الإلهيّة تشريع المتعة كعلاج فقهيّ للزّوجة المطلّقة جبرا لضررها وإيحاشها وألمها، جرّاء الطّلاق الّذي أوقعه الزّوج عليه؛ سواء أكان بسبب أو بدون سبب.

[1] يوسف عبد الله محمد الشّريفين ورائدة خالد حمد نصيرات، المرجع السّابق، ص 55.

كما نصّت جلّ تشريعات الأحوال الشّخصيّة العربيّة، على التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ؛ عند تعسّف الزّوج في استعمال هذا الحقّ. وبالتّالي، فالسّؤال المطروح هنا: هل المتعة الّتي شرّعها المولى عزّ وجلّ هي الأساس المستند عليه عند إقرار تشريعات الأحوال الشّخصيّة لحقّ التّعويض عن ضرر الطّلاق التّعسّفيّ؟ وهل المتعة والتّعويض وجهان لعملة واحدة؟ وهل بإمكان القاضي الحكم بهما في نفس الوقت؟

وعليه، سنحاول من خلال هذا المطلب توضيح رأي كلّ من الفقه والقانون في مسألة التّعويض عن ضرر الطّلاق التّعسّفيّ، مع تبيان بعض الدّوافع الّتي أدّت إلى تكريس حقّ التّعويض (الفرع الأوّل)، ثمّ نوضّح المتعة وعلاقتها بالتّعويض (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: رأي الفقه والقانون في مسألة التّعويض عن ضرر الطّلاق التّعسّفيّ:

قد اختلف الفقهاء المعاصرون في مسألة التّعويض عن ضرر الطّلاق التّعسّفيّ عكس الفقهاء القدامى الّذين لم يعالجوا هذه المسألة بالمفهوم الّذي اعتمدته التّشريعات الوضعيّة.

لذا، سنتطرق إلى رأي الفقهاء المعاصرين (أوّلا)، ثمّ رأي التّشريعات الوضعيّة في مسألة تعويض ضرر الطّلاق التّعسّفيّ (ثانيا).

أوّلا- رأي الفقهاء المعاصرين في تعويض ضرر الطّلاق التّعسّفيّ:

اختلف الفقهاء المعاصرون بشأن التّعويض عن ضرر الطّلاق التّعسّفيّ؛ حيث انقسموا إلى فئتين؛ فئة تجيزه وأخرى تمنعه، سنحاول ذكرهما فيما يلي:

1. المجيزون للتّعويض عن ضرر الطّلاق التّعسّفيّ:

أخذ العديد من الفقهاء المعاصرين بمبدأ التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ، من بينهم أحمد الغندور وأحمد الكبيسي ووهبة الزحيلي، وكذا مصطفى السباعي الّذي قال عن التّعويض: «وهذا حكم جديد لم يكن معمولا به من قبل وهو حكم عادل»[1].

وقد استدلّوا على ذلك بأنّ الأصل في الطّلاق المنع، ولا يباح إلاّ لضرورة عظمى، لهذا السّبب يعتبر الطّلاق محظورا من جهة ومشروعا من جهة أخرى.

«ولعلّ هذا الرّأي يتطابق مع ما تراه المحاكم الابتدائيّة، من أنّ الطّلاق لا يباح إلاّ لحاجة ملحّة، وأنّ استعماله مقيّد بتحقّق تلك الحاجة، فإذا أوقع الزّوج الطّلاق بغير سبب؛ كان ذلك إساءة منه في استعمال حقّه، موجبا لمسؤوليّته»[2].

كما أنّ الطّلاق ينزل منزلة المحرّم المنهيّ عنه، وهو بغيض عند الله سبحانه وتعالى، كما يحقّ للحاكم شرعا أن يعاقب بالتّعزير من يقترف محرّما أو معصية؛ حيث يختلف هذا التّعزير كيفا ونوعا، حسب ما يراه الحاكم مناسبا لكلّ حالة بذاتها، فيوجب بذلك التّعويض على من يطلّق زوجته بلا مبرّر، ولا عذر مقبول[3].

إضافة إلى «أنّ التّعسّف –إذا وقع وسبّب ضررا– استوجب المسؤوليّة، وبالتّالي يترتّب عليه جزاء دنيويّ يوقّع عن طريق القضاء، لإزالة الضّرر على الزّوجة إن أمكن، أو عن طريق الضّمان حسب الأحوال، وقطع سبب الضّرر منعا من استمراره في المستقبل»[4].

---

[1] جميل فخري محمّد جانم، المرجع السّابق، ص 209.

[2] عبد الله مبروك النّجار، الضّرر الأدبيّ –دراسة مقارنة في الفقه الإسلاميّ والقانون–، د. ط، دار المريخ للنّشر، 1415هـ – 1995م، الرّياض، ص ص 93 ، 194.

[3] حسين عامر وعبد الرّحيم عامر، المرجع السّابق، ص 28.

[4] فتحي الدريني، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، المرجع السّابق، ص 175.

2. المانعون للتّعويض عن ضرر الطّلاق التّعسّفيّ:

بخلاف المجيزين للتّعويض عن ضرر الطّلاق التّعسّفيّ؛ ذهب العديد من الفقهاء المعاصرين إلى منع ذلك؛ أمثال محمد أبو زهرة ومحمد سمارة وأحمد الخمليشي وبدران أبو العينين[1]؛ حيث كان رأيهم أنّ الأصل في الطّلاق هو الإباحة، وبما أنّ الزّوج قد استعمل حقّه في إيقاع الطّلاق، حسب ما جاءت به الشّريعة الإسلاميّة، فلا يجوز أن نحكم عليه بالتّعويض، متحجّجين في ذلك بخلوّ القرآن الكريم والفقه من حقّ التّعويض للمطلّقة بدون سبب[2].

وتعتبر الشّريعة الإسلاميّة سبّاقة إلى هذا التّعويض الّذي أسمته بالمتعة؛ وذلك تخفيفا لألم الفراق؛ سواء أساء الرّجل استعمال حقّه أم أحسن؛ لأنّ في استقلاله بالطّلاق إساءة لها وإيحاش على كلّ حال. فالشّريعة أرحم وأرفق بالمرأة ممّن أجازوا هذا التّعويض[3].

هذا، ولم يشرّع الإسلام العقوبة الماليّة إلاّ في أمور معنويّة منصوص عليها كأرش الأعضاء وديّة قتل الخطأ، وما عدا ذلك، فإنّ العقوبة في الإسلام بدنيّة لا ماليّة كون العقوبة الماليّة على الأمور المعنويّة من آثار الأنظمة الغربيّة[4].

ثانيا- رأي القانون في تعويض ضرر الطّلاق التّعسّفيّ:

ألزمت جلّ تشريعات الأحوال الشّخصية العربيّة؛ بما فيها قانون الأسرة الجزائريّ، الزّوج بتعويض زوجته عند تعسّفه في إيقاع الطّلاق؛ لجبر الضّرر الحاصل

---

[1] جميل فخري محمد جانم، المرجع السّابق، ص214.

[2] غسّان عشّا، المرجع السّابق، ص 167.

[3] علي حسب الله، المرجع السّابق، ص 113.

[4] محمّد سمارة، أحكام وآثار الزّوجيّة -شرح مقارن للأحوال الشّخصيّة-، ط 01، مطبعة جمعية عمّال المطابع التّعاونيّة، القدس، 1987، ص 337.

لها، لهذا سنحاول في هذه النّقطة إظهار موقف قانون الأسرة الجزائريّ وكذا تشريعات الأحوال الشخصية العربيّة من مسألة التّعويض، كما يلي:

1. موقف قانون الأسرة الجزائريّ من مسألة التّعويض عن ضرر الطّلاق التّعسّفيّ:

نصّت المادة 52 من قانون الأسرة الجزائريّ على أنّه: «إذا تبيّن للقاضي تعسّف الزّوج في الطّلاق، حكم للمطلّقة بالتّعويض عن الضّرر اللاّحق بها».

من خلال استقرائنا لهذه المادة، يتضّح لنا أن المشرّع الجزائريّ اشترط شرطين لاستحقاق المطلّقة للتّعويض؛ ألاّ وهما ثبوت التّعسّف وإلحاق الضّرر بالزّوجة، وبكلّ تأكيد فإنّ هذا الضّرر يختلف عن الضّرر الموجب للتّطليق، كون مفهومه أشمل خاصة الضّرر المعنويّ.

وقد بيّنا في المطلب الأوّل تعسّف الزّوج في إيقاع الطّلاق، والضّرر اللاّحق بالزّوجة جرّاءه، وهما –كما ذكرنا الآن– شرطين أساسيين لاستحقاق التّعويض. غير أنّ الإشكال الّذي يعترض القاضي، هو خلوّ النّص القانونيّ من معايير يستند إليها، عند تقديره مدى تعسّف الزّوج في إيقاع الطّلاق، على عكس باقي التّشريعات العربيّة، وهذا ما تمّت ملاحظته آنفا عند التّطرّق لمسألة التّعسّف في إيقاع الطّلاق.

غير أنّه وبرجوعنا إلى القرارات القضائيّة، نجد مدى استحقاق التّعويض من عدمه؛ حيث جاء في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1998/11/17 ما مضمونه:

«من المقرّر قانونا، أنّ الزّوجة تستحقّ التّعويض في حالة نشوز الزّوج أو تعسّفه في الطّلاق. ومن ثمّ، فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للقانون.

ومتى تبيّن –في قضيّة الحال–، أنّ قضاة الموضوع حكموا للمطعون ضدّها بالتّعويض، دون أن يحصل من الطّاعن أيّ تعسّف أو نشوز. فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، ممّا يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيّا»[1].

وجاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2005/10/12 ما يلي: «للمطلّقة –في حالة وجود حكمين ناطقين بالطّلاق بين الطّرفين في زمنيين مختلفين–، الحقّ في التّعويض عن كلّ طلاق واقع بإرادة الزّوج المنفردة»[2].

كما جاء في قرار آخر أيضا، صادر بتاريخ 1989/03/27 ما محتواه:

«متى كان مقرّرا قانونا، أنّ التّعويض يجب على الزّوج الّذي طلّق تعسّفا زوجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلّقته، فإنّ كلّ زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتّعويض غير شرعيّ، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ فهما خاطئا للقانون»[3].

من خلال ما سبق، يتّضح لنا أنّ التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ حسب قانون الأسرة الجزائريّ، ينصرف إلى الضّرر بنوعيه الماديّ والمعنويّ؛ فقد ذكرت المادة 52 لفظ الضّرر بصفة عامة.

2. موقف التّشريعات العربيّة من مسألة تعويض ضرر الطّلاق التّعسّفيّ:

من بين تشريعات الأحوال الشّخصيّة العربيّة، الّتي أخذت بمبدأ التّعويض عن الضّرر النّاشئ عن الطّلاق لغير سبب مشروع، قانون الأحوال الشّخصية الأردنيّ في

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 210451، قرار صادر بتاريخ 1998/11/17، اجتهاد قضائيّ، عدد خاص، 2001، ص 252.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 345709، قرار صادر بتاريخ 2005/10/12، مجلّة المحكمة العليا، ع 02، 2005، ص 419.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 53017، قرار صادر بتاريخ 1989/03/27، المجلّة القضائيّة، ع 01، 1991، ص 56.

مادته 134، الّتي نصّت على أنّه: «إذا طلّق الزّوج زوجته تعسّفا؛ كأن طلّقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التّعويض، حكم لها على مطلّقها بالتّعويض الّذي يراه مناسبا ... ».

الملاحظ هنا، أنّ المشرّع الأردنيّ لا يحكم بالتّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ، إلاّ بمطالبة المطلّقة بتعويضها، ويكون هذا الطّلب ضمن الدّعوى الأصليّة أو في دعوى مستقلّة، وإذا لم تطلبه في الدّعوى الأصلية يجوز تقديم طلب التّعويض في الدّعوى الاعتراضيّة، خاصة إذا كان حكم الطّلاق قد صدر بحق الزّوجة غيابيّا[1].

كما نصّت المادة 117 من قانون الأحوال الشّخصيّة السّوريّ على أنّه:

«إذا طلّق الرّجل زوجته، وتبيّن للقاضي أنّ الزّوج متعسّف في طلاقها دون ما سبب معقول، وأنّ الزّوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسّفه، بالتّعويض ...».

ما يلاحظ على نصّ هذه المادة، أنّ المشرّع السّوريّ يحكم بالتّعويض في حالتين هما تعسّف الزّوج في إيقاع الطّلاق بلا سبب، وإصابة المطلّقة بالبؤس والفاقة.

وهذا معناه أنّه لو كانت المرأة عاملة، فلا يحقّ لها التّعويض؛ لأنّ كسبها من عملها يقيها من الوقوع في البؤس والفاقة، ونفس الشّيء إذا وُجد معيل لها أو كانت لها أملاك تستبعد فاقتها وحاجتها، فهنا يسقط حقّها في المطالبة بالتّعويض[2].

أيضا ما جاءت به المادة 39 فقرة 03، أنّ للزّوجة الحقّ في التّعويض إذا طلّقها زوجها متعسّفا، مع إلحاق الضّرر بها، وقد اعتبر القضاء العراقيّ إيقاع الطّلاق خارج

[1] خطاب خالد خطاب خالد، التّعويض عن الطّلاق –دراسة فقهيّة مقارنة بين القانونين اللّيبيّ والمصريّ–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، كلّية الحقوق، جامعة الإسكندريّة، 2009–2010، ص 144.

[2] نصيحة قانونيّة، حالات عدم استحقاق التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ، ص 76، منشور على الرّابط الآتي: *scdd-sy.org*، تاريخ التّصفّح: 2024/03/01، على السّاعة 12:00 سا.

المحكمة لدى رجل الدّين، وبغياب الزّوجة تعسّفا من الزّوج. ولا يحكم القاضي بهذا التّعويض من تلقاء نفسه، إنّما يجب أن تطالب به الزّوجة في الدّعوى المقامة بتصديق الطّلاق، أو بدعوى مستقلّة[1].

أمّا مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة، فقد جاءت مختلفة تماما عن التّشريعات العربيّة الأخرى؛ حيث أخذت بمبدأ التّعويض عن الطّلاق وأوجبته على الزّوجة عند تضرّر الزّوج من إيقاع الطّلاق، كما أوجبته على الزّوج إذا تضرّرت الزّوجة. فالمشرّع التّونسيّ ساوى بين الزّوج والزّوجة في التّعويض عن الطّلاق؛ ولعلّ هذا فيه نوع من السّلب لحقّ الزّوج في إيقاع الطّلاق بالإرادة المنفردة[2].

والسّؤال المطروح: هل عند تفويض الزّوجة في الطّلاق وتقوم بتطليق نفسها من زوجها دون سبب معقول، يفرض للزّوج التّعويض كما فرض لها إذا طلّقها متعسّفا؟

تجدر الإشارة هنا، إلى أنّه في حقيقة الأمر لم نصادف أيّ نصّ قانونيّ تناول مسألة التّعويض عن الطّلاق المفوضّ، ولم يفرض أيّ تعويض للزّوج على الرّغم من الضّرر الّذي أصابه، وحجة ذلك أنّه هو من اِختار بمحض إرادته أن تكون العصمة بيد زوجته، وهذا إضافة إلى حقّها في المطالبة بجميع حقوقها الماليّة.

ولعلّ هذا نوع من الإجحاف في حقّ الزّوج؛ كونه ليس من العدل أن نفرض عليه تعويضا عن الطّلاق التّعسّفيّ إذا وقع من جانبه، وعدم تعويضه بشيء، مع إلزامه بحقوق ماليّة أخرى، إذا وقع الطّلاق من جانب الزّوجة[3].

---

[1] حيدر حسين كاظم الشمري، المعالجات التّشريعيّة للحدّ من ظاهرة الطّلاق في العراق، منشور على الرّابط الآتي: *archives<uokerbala.edu.iq*، تاريخ التّصفّح: 2024/03/01، على السّاعة 12:22 سا.

[2] جميل فخري محمد جانم، المرجع السّابق، ص 228.

[3] ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، المرجع السّابق، ص 137.

في الحقيقة، هناك دوافع أدّت إلى تكريس مبدأ التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ ظهرت بوادرها بوفود الفكر الغربيّ؛ ممثّلا في الجمعيّات النّسويّة الّتي نادت ومازالت لحدّ الآن تنادي بحقوق المرأة، زاعمة بأن تكفل لها حياة مستقلّة بعيدة عن الاضطهاد والمهانة، متناسية أنّ الإسلام قد كرّمها وصانها وحفظها، كما أنّ الله عزّ وجلّ ساوى بين الرّجل والمرأة في الحقوق والالتزامات، وأعطى لكلّ ذي حقّ حقّه.

فنحن في الواقع لسنا بحاجة إلى مثل هذه الجمعيّات، حتى نتعرّف على حقوقنا كون هدفها واضح وجليّ ألا وهو تفكيك المجتمع الإسلاميّ، ومخاطبة المرأة ككيان مستقلّ بذاته بعيدا عن الأسرة.

وفي هذا الصّدد، لابدّ من ذكر أهمّ الاتّفاقيّات الدّوليّة الّتي تنادي بتحقيق المساواة بين الرّجل والمرأة، المتمثّلة في اتّفاقيّة القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة المصطلح عليها باتّفاقيّة "سيداو"[1]. حيث صادقت عليها العديد من البلدان العربيّة[2]، مع بعض التّحفّظات لبعض البنود، إلاّ أنّها رفعت تحفظّاتها مع الوقت، ضاربة مبادئ شريعتنا الإسلاميّة عرض الحائط.

ما اضطر المنظومة التّشريعيّة إلى إجراء تعديلات عدّة؛ كجعل التّعسّف في استعمال الحقّ مصدرا مستقّلا عن مصادر الخطأ[3].

---

[1] اتّفاقيّة القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة، منشور على الرّابط الآتي:

text<cedaw<daw<womenwatch<www.un.org، تاريخ التّصفّح 2024/05/06، على السّاعة 14:30 سا.

[2] المرسوم الرّئاسيّ رقم 51-963، المؤرّخ في 02 رمضان 1416هـ الموافق لـ 22 يناير 1996م، المتضمّن انضمام الجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة ومصادقتها على اتفاقيّة مكافحة جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة لسنة 1979.

[3] نور الدين مزياني، اتّفاقيّة القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة وانعكاساتها على بعض أحكام الزّواج والطّلاق في قانون الأسرة الجزائريّ، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2020-2021، ص 300.

هذا، وقد شهدت قوانين الأحوال الشّخصيّة العربيّة وقانون الأسرة الجزائريّ ترسانة من التّعديلات القانونيّة؛ حيث وسّعت من حالات التّطليق وجعلت الخلع دون رضا الزّوج، كما قلّلت من مكانة الوليّ عند إبرام عقد الزّواج، أهمّها التّعويض الّذي أنهكت به كاهل الزّوج عند طلاق زوجته متعسّفا، وتغيّر مصطلح المتعة إلى التّعويض ما أدى إلى تضارب الاجتهادات القضائيّة، الّذي سنوضحه لاحقا.

بمعنى أنّ معظم تشريعات الأحوال الشّخصيّة العربيّة، اتبعت ما أملته عليها اتفاقيّة سيداو، مع محاولة التّأثير على علماء الشّريعة وإقناعهم بأنّ التّعويض أصل في الإسلام، من خلال ما يسمى بالتّعويض عن الضّرر[1].

فبحسب ما جاءت به المادة 02 الفقرة (ج) فإنّ: «إقرار الحماية القانونيّة لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرّجل، وضمان الحماية الفعّالة للمرأة عن طريق المحاكم الوطنيّة ذات الإختصاص والمؤسّسات العامة الأخرى، من أيّ عمل تمييزيّ».

أيضا بالرّجوع إلى الفقرة (أ) من المادة 13 من اتّفاقيّة سيداو، نجدها نصّت على أن: «تتّخذ الدّول الأطراف جميع التّدابير المناسبة للقضاء على التّمييز ضدّ المرأة في المجالات الأخرى للحياة الاقتصاديّة والاجتماعيّة، لكي تكفل لها على أساس تساوي الرّجل والمرأة نفس الحقوق، ولاسيما: الحقّ في الإستحقاقات الأسريّة ... ». وعليه يمكن إدراج التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ ضمن هذا البند[2].

هذا، وعلى الرّغم من إقرار القانون بهذا التّعويض، إلاّ أنّ الجمعيّات النّسويّة لم ترضَ به؛ كونها تعمل تحت ضغط وإلزام الغرب؛ فطالبت برفعه أكثر حتى يتناسب مع ظروف بعض النّساء المطلّقات، كما طالبت بجعله يتناسب مع مدّة الزّواج الّتي تتجاوز

[1] ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، المرجع السّابق، ص 122.

[2] السعيد بن محمد هراوة، حماية الأسرة في ظلّ الشّريعة الإسلاميّة والاتّفاقيّات الدّوليّة، ط 01، سامي للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الوادي، الجزائر، 2022، ص 327.

خمسة عشر سنة، يكون للزّوجة المطلّقة الحقّ في نفقة جارية حتى وفاتها، حسب ما هو مطالب بتعديله في قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ[1].

الفرع الثّاني: المتعة وعلاقتها بالتّعويض:

شرّع الله عزّ وجلّ وسائل علاجيّة لجبر الخواطر، وتخفيف آثار الطّلاق في نفس المطلّقة؛ حيث أكّدت الشّريعة الإسلاميّة على فرض المتعة عند استعمال الزّوج حقّه في إيقاع الطّلاق.

غير أنّنا لاحظنا تضاربا في قوانين الأحوال الشّخصيّة العربيّة، والاجتهادات القضائيّة فيما يتعلّق بالمتعة والتّعويض؛ فأحيانا يحكم بالمتعة لوحدها وأحيانا أخرى بالمتعة والتّعويض في آنٍ واحدٍ.

وعليه، سنحاول تعريف المتعة وتبيان مشروعيّتها (أوّلا)، ثمّ توضيح علاقتها بالتّعويض (ثانيا).

أوّلا- تعريف المتعة ودليل مشروعيّتها:

حتى نتمكّن من معرفة العلاقة بين المتعة والتّعويض، لابدّ من إعطاء تعريف لها مع إظهار مشروعيّتها.

1. تعريف المتعة:

للوصول إلى تعريف دقيق ومضبوط للمتعة، ينبغي التّطرّق إلى تعريفها لغة واصطلاحا وقانونا.

[1] ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، المرجع والموضع السّابقين.

أ) التّعريف اللّغويّ للمتعة:

«المتعة من متع، يمتع، متاعا، ومتّعه الله وأمتعه بكذا: أبقاه ليستمتع به، يقال: أمتع الله فلانا بفلان إمتاعاً؛ أي أبقاه ليستمتع به فيما يحب من الانتفاع به والسّرور بمكانه، ومتعة المرأة: ما وصلت به بعد الطّلاق، وقد متّعها. وفي الحديث: أنّ عبد الرّحمن طلّق امرأة فمتّع بوليدة؛ أي أعطاها أمة، هو من هذا الّذي يستحب للمطلّق أن يعطي امرأته عند طلاقها شيئًا يهبها إيّاه»[1].

ب) التّعريف الاصطلاحيّ للمتعة:

عرّف ابن عرفة المتعة بأنّها: «ما يؤمر الزّوج بإعطائه الزّوجة لطلاقه إيّاها»[2].

كما عرّفها الشّافعيّة بأنّها: «مال يجب على الزّوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق»[3].

وجاء في اللّباب في شرح الكتاب: «وإن طلّقها قبل الدّخول بها أو الخلوة بها فلها المتعة، وهي ثلاثة أثواب من كسوة مثلها؛ هي: درعٌ، وخمارٌ، وملحفةٌ»[4].

«والمراد بالمتعة شرعا، ما تمتّع به الزّوجة وتعطاه تعويضا لها عن الفرقة بينها وبين زوجها؛ من الثّياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة، أو ما يعادلها من مال أو أيّ عوض»[5].

---

[1] ابن منظور، المصدر السّابق، باب الميم، ص 4128.

[2] أبو عبد الله الرّصاع التّونسيّ المالكيّ، الهداية الكافية الشّافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، باب في المتعة، ط 01، دار الكتب العلميّة، د. ب. ن، 1350هـ، ص 183.

[3] محمد بن أحمد بن الخطيب الشربيني الشافعيّ، المرجع السّابق، ج 04، كتاب النّكاح، فصل في أحكام المتعة، ص 398.

[4] عبد الغني الغنيمي الميداني الدمشقيّ، المرجع السّابق، كتاب النّكاح، ص 36.

[5] أحمد بهنسي، نفقة المتعة بين الشّريعة والقانون، ط 01، دار الشّروق، القاهرة، 1408هـ – 1988م، ص 25.

هذا وحسب رأينا، فالمتعة هي ما يقدّمه المطلّق لمطلّقته من مال أو أيّ عوض جبرا لضررها وتعويضا لها عن ألم الفراق.

ج) التّعريف القانونيّ للمتعة:

عند تمعّننا في نصوص قانون الأسرة الجزائريّ، لم نجد أثرا للمتعة؛ بخلاف بعض تشريعات الأحوال الشّخصيّة العربيّة، الّتي ذكرت المتعة في نصوصها القانونيّة كما هو الحال بالنّسبة للمشرّع المصريّ الّذي نصّ صراحة من خلال المادة 18 مكرّر من القانون رقم 100 لسنة 1985 على أنّ: «الزّوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلّقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها، تستحقّ فوق نفقة عدّتها متعة تقدّر بنفقة سنتين على الأقلّ، وبمراعاة حال المطلّق يسرا أو عسرا، وظروف الطّلاق، ومدّة الزّوجيّة، ويجوز أن يرخّص للمطلّق بسداد هذه المتعة على أقساط».

وفي هذا الشّأن، اشترط المشرّع شروطا لاستحقاق المتعة؛ هي:

- أن تكون الزّوجة مدخولا بها في عقد زواج صحيح.
- أن يكون الطّلاق قد أوقعه الزّوج بإرادته وبدون رضا الزّوجة.
- ألاّ تكون الزّوجة هي المتسبّبة في وقوع الطّلاق، فلو ادّعى الزّوج أنّ أفعالها وأقوالها هي من دفعته لإيقاع الطّلاق، وأثبت ذلك أمام القاضي، فلا نفقة متعة لها.

كما اشترط عند تقدير المتعة عدّة معايير، يجب على القاضي أن يلتزم بها؛ ألا وهي:

- يجب على القاضي تقدير مبلغ المتعة بنفقة سنتين كحدّ أدنى، غير أنّه يمكن له أن يحكم بأكثر من ذلك، مراعاة للحالة الماديّة للمطلّق والوقائع والأحداث الّتي أدّت إلى الطّلاق، وكذلك مدّة الحياة الزّوجيّة؛ ولهذا المعيار الأخير دور كبير في تقدير المتعة زيادة أو نقصانا.

فالقاضي يمكن أن يقدّر المتعة بأكثر من نفقة سنتين لطول مدّة الحياة الزّوجيّة كما قد يكون له نفس التّقدير في حال قصرها؛ اعتبارا للضّرر النّفسيّ الّذي خلّفه الطّلاق السّريع.

وقد أجاز المشرّع المصريّ للقاضي، التّرخيص للزّوج المطلّق بتسديد نفقة المتعة على أقساط، مع مراعاة حاله يسرا أو عسرا.

كما اعتبر المشرّع السّوريّ المتعة حقّا للمطلّقة، إذا وقع الطّلاق قبل الدّخول والخلوة الصّحيحة، حسب المادة 61 من قانون الأحوال الشّخصيّة السّوريّ.

وقد عرّفت المادة 62 من نفس القانون، المتعة بأنّها: «كسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها، ويعتبر فيها حال الزّوج، على أن لا يزيد عن نصف مهر المثل».

وعليه، فالمشرّع السّوريّ لم يعتبر متعة المطلّقة تعويضا لها.

واستنادا للمادة 140 من قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ، الّتي نصّت على أنّه: «إذا طلّق الزّوج زوجته المدخول بها في زواج صحيح بإرادته المنفردة ومن غير طلب منها، استحقّت متعة غير نفقة العدّة بحسب حال الزّوج، وبما لا يجاوز نفقة سنة لأمثالها، ويجوز للقاضي تقسيطها حسب يسار الزّوج وإعساره، ويراعى في تقديرها ما أصاب المرأة من ضرر».

نلاحظ من خلال هذه المادة، أنّ المشرّع الإماراتيّ لم يعرّف المتعة كذلك، وإنّما نصّ على شروط استحقاقها، مثله مثل المشرّع المصريّ، غير أنّه اختلف معه في معيار تقديرها؛ حيث اشترط أن لا تتجاوز نفقة سنة.

المشرّع المغربيّ أيضا لم ينص بدوره على تعريف المتعة، وإنّما ذكر في المادة 84 من المدوّنة، المستحقّات الماليّة للمطلّقة، معتبرا المتعة من التّبعات الماليّة المترتّبة عن انحلال الرّابطة الزّوجيّة.

وبحسب هذه المادة، يراعي القاضي في تقدير المتعة فترة الزّواج والوضعيّة الماليّة للزّوج، كما يحكم لكلّ سنة زواج بمبالغ متراوحة ما بين 5 000 درهم ومليون سنتيم، ليجد الزّوج الفقير نفسه عاجزا عن الطّلاق إذا طالت مدّة الزّواج؛ لعدم امتلاكه المبلغ المطلوب إيداعه في صندوق المحكمة، ليحصل على الإذن بالطلاق، كما يراعي القاضي أيضا في تقدير المتعة مدى تعسّف الزّوج في إيقاع الطّلاق؛ حيث يتحوّل مبلغ المتعة إلى تعويض عن الضّرر، أمّا في حال ما إذا كان الطّلاق بدافع من المرأة كرفضها التّزوج عليها أو الإقامة معه في مكان عمله، فهنا تكون المتعة غير ذي صيغة التّعويض المتعلّق بالتّعسّف[1].

قانون الأسرة القطريّ حاضر أيضا بنصّ المادة 115 المتعلّقة بالمتعة، الّتي هي مقدّرة على الزّوج شرعا، ومحدّدة حسب حال الزّوج يسرا أو عسرا، وألاّ تتجاوز نفقة ثلاث سنوات.

الملاحظ على المشرّع القطريّ، أنّه بدوره لم يعرّف المتعة، مكتفيّا فقط بالنّصّ على معايير تقديرها حسب المادة 115. وتتبّعا لما هو سارٍ في المحاكم، وُجِد أنّ ما يحكم به للمطلّقة بناءً على يسار الزّوج، جزء لا يستهان به من دخله، خاصة مع ارتفاع مستوى الدّخل عموما، وهذا ما يجعل القاضي لا يحكم بتكاليف إضافيّة على المطلّق، لعدم استطاعته تحمّلها[2].

أمّا قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ، فلم يستعمل مصطلح المتعة، حيث جاء في المادة 155 ما يلي: «إذا طلّق الزّوج زوجته تعسّفا؛ كأن طلّقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التّعويض، حكم لها على مطلّقها بتعويض لا يقلّ عن نفقة سنة ولا

[1] فوزي أكريم، المرجع السّابق، ص 64.

[2] علي عبد الله العون، التّعسّف في الطّلاق والحقوق المترتّبة عليه والتّدابير المتّبعة للحدّ منه –مسائل فقهيّة مقارنة بقوانين الأحوال الشّخصيّة–، مجلّة دراسات، مج 43، ع 02، الجامعة الأردنيّة، 2016، ص 650.

يزيد على ثلاث سنوات، ويراعي في فرضها حال الزّوج عسرا ويسرا، ويدفع جملة إذا كان الزّوج موسرا، وأقساطا إذا كان معسرا، ولا يؤثّر ذلك في حقوقها الأخرى».

من خلال هذا النّصّ القانونيّ، نلاحظ تشابها كبير بينه وبين المادة 18 مكرّر من قانون الأحوال الشّخصيّة المصريّ، وأيضا المادة 140 من قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ، غير أن الاختلاف يكمن في استعمال لفظيّ المتعة والتّعويض فأحيانا يحكم للمطلّقة بالتّعويض، بناءً على التّعسّف في إيقاع الطّلاق، وأحيانا أخرى بالمتعة بناءً على الضّرر الّذي لحقها.

إضافة إلى مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة، الّتي نصّت في الفصل 31 على أنّه: «... يحكم بالطّلاق في حالات ثلاث منها:

الحالة الثّالثة: عند رغبة الزّوج إنشاء الطّلاق أو مطالبة الزّوجة به، وفي هذه الصّورة، يقرّر الحاكم ما تتمتّع به الزّوجة من الغرامات الماليّة؛ لتعويض الضّرر الحاصل لها، أو ما تدفعه هي للزّوج من التّعويضات».

ما يلاحظ على المشرّع التّونسيّ، أنّه لم يعرّف المتعة كسابقيه؛ غير أنّه ذكر كلمة "تتمتّع"؛ حيث يفهم من هذا أنّه اعتبر المتعة تعويضا عن الضّرر اللاّحق بالزّوجة والغريب أنّه أوجبها للزّوج جبرا للضّرر، وهذا الّذي لم نجد له أثرا في شريعتنا الإسلاميّة.

كذلك قانون الأحوال الشّخصية الفلسطينيّ أعطى المتعة لكلّ مطلقة من طلاق تعسّفيّ؛ وذلك لاعتباره أنّ المتعة تعويض عن ضرر الطّلاق.

فبحسب ما جاء في نصّ المادة 148: «تجب المتعة للمطلّقة بعد الدّخول، ويقدّر القاضي قيمتها مراعيًا حال الزّوج، شريطة ألاّ تزيد عن نفقة سنة».

ما يلاحظ من هذه المادة، أنّ المشرّع الفلسطينيّ هو الآخر لم يعرّف المتعة.

اتّضح لنا ممّا سبق، أنّ هناك تشريعات عربيّة اعتبرت متعة المطلّقة تعويضا عن الطّلاق التّعسّفيّ، وأخرى نظّمتها واكتفت بتحديد حالات وجوبها ومعايير تقديرها ولم تعتبرها أساس التّعويض عن الطّلاق، أمّا القاسم المشترك بينهم فهو خلوّ جميع قوانين الأحوال الشّخصية العربيّة من نصّ قانونيّ يعرّف المتعة ومدلولها.

2. مشروعيّة المتعة:

ثبتت مشروعيّة المتعة في القرآن الكريم والسّنة النّبويّة الشّريفة.

أ) دليل مشروعيّة المتعة من القرآن الكريم:

جاءت عدّة آيات في القرآن الكريم تدلّ على مشروعيّة المتعة؛ نذكر منها قول الله عزّ وجلّ: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً (28)﴾[1]. وقوله تبارك وتعالى أيضا: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (241)﴾[2].

وقوله جلّ شأنه: ﴿لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (236)﴾[3].

و"متعوهنّ" معناها: أعطوهن شيئًا يكون متاعا لهنّ، وقد متّع الحسن بن علي رضي الله عنهما بعشرين ألفا وزقاق من عسل، ومتّع شريح بخمس مائة درهم، وهذا دليل على رفض التّحديد[4].

---

[1] سورة الأحزاب، الآية 28.

[2] سورة البقرة، الآية 241.

[3] سورة البقرة، الآية 236.

[4] ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج 04، ط 01، دار ابن حزم، بيروت، 1430هـ - 2000م، ص ص 162-164.

ب)دليل مشروعيّة المتعة من السّنة النّبويّة الشّريفة:

عن عائشة رضي الله عنها، أنّ عمرة بنت الجون تعوّذت من رسول الله صلّى الله عليه وسلّم حين أدخلت عليه، فقال: ﴿لقد عذت بمعاذ﴾، فطلّقها وأمر أسامة أو أنسا فمتّعها بثلاثة أثواب رازقيّة[1]. وعليه، فالمتعة تجب لكلّ مطلّقة وفي كلّ فرقة، إلاّ في فرقة وقعت بسبب منها[2].

ثانيا- علاقة المتعة بالتّعويض:

يرى الباحثون أنّ المتعة الّتي جاءت بها الشّريعة الإسلاميّة، هي الصّورة المقابلة للتّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ الّذي كرّسته القوانين الوضعيّة، وهما وجهان لعملة واحدة لهما أوجه شبه واختلاف؛ سنحاول بإيجاز عرضهما تواليا، ثم إظهار موقف القضاء من هذه العلاقة.

1. أوجه الشّبه بين المتعة والتّعويض:

تشترك المتعة والتّعويض في عدّة نقاط منها[3]:

- تجب كلّ من المتعة والتّعويض جبرا لخاطر المطلّقة، وتخفيفا لإيحاشها عن ألم فراق زوجها لها، فكلاهما تعويض عن ضرر الطّلاق.

---

[1] ابن ماجة أبو عبد الله محمّد بن يزيد القزويني، المصدر السابق، باب متعة الطّلاق، ج 01، رقم الحديث 2037، ص 657.

[2] الحافظ بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 09، باب المتعة، ط 01، المطبعة الكبرى الميرية، مصر، 1301هـ، ص 346.

[3] ميسون علي محمّد صالح، التّعسّف في استعمال حقّ الطّلاق والآثار المترتّبة عليه في الشّريعة الإسلاميّة وموقف القانون اللّيبي منه -دراسة مقارنة-، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه، قسم الشّريعة الإسلاميّة، كلّية الحقوق، جامعة المنصورة، 1437هـ - 2016م، ص 205.

- لا تجب المتعة ولا التّعويض للمطلّقة طلاقا رجعيّا، إلاّ بعد انتهاء عدّتها وحلّ عقد النّكاح بالطّلاق البائن.
- لا يؤثّر كلّ من المتعة والتّعويض على الحقوق الزّوجيّة للزّوجة من مهر ونفقة
- لم يتحّد الفقهاء ولا تشريعات الأحوال الشّخصيّة العربيّة على بيان الحدّ الأعلى والأدنى لكلّ من المتعة والتّعويض.

2. أوجه الإختلاف بين المتعة والتّعويض:

تختلف المتعة عن التّعويض في عدّة نقاط منها[1]:

- ثبوت متعة الطّلاق بالكتاب والسّنة النّبويّة المطهّرة، أمّا التّعويض فهو أمر اجتهاديّ مختلف فيه.
- تجب المتعة إذا كانت الفرقة من قبل الزّوجة، أمّا التّعويض فيجب في حالة الطّلاق من قبل الزّوج وإلحاقه الضّرر بالزّوجة، كما أوجبت بعض التّشريعات تعويض الزّوجة لزوجها.
- إنّ المتعة تجب للمطلّقة بمجرّد الطّلاق، من غير أن يبدي الزّوج المطلّق الأسباب الّتي دفعته إلى إيقاعه، عكس التّعويض الذّي يجب عند عدم تقديم المطلّق سببا مشروعا دفعه لإيقاع الطّلاق.

3. موقف القضاء من المتعة والتّعويض:

جاء في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1991/06/18، ما مضمونه: «من المستقرّ عليه قضاءً أنّ تحديد مبلغ المتعة والتّعويض ونفقة العدّة، يرجع للسّلطة التّقديريّة لقضاة الموضوع، غير أنّهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ قصورًا في التّعليل.

[1] جميل فخري محمد جانم، المرجع السّابق، ص 234.

ولما كان من الثّابت –في قضية الحال–، أنّ قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتّعويض والنّفقة المحكوم بها في محكمة أوّل درجة، دون أن يبيّنوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التّعليل.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»[1].

وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1986/04/07، ما يلي: «من الأحكام الشّرعيّة، أنّ للزّوجة المطلّقة طلاقا تعسّفيّا نفقة عدّة، نفقة إهمال نفقة متعة، وكذلك التّعويض قد يحكم به لها من جرّاء الطّلاق التّعسفيّ، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلّقة، وفي أيّ إطار تدخل»[2].

كما جاء في قرار سابق للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1991/05/21 ما يلي:

«إنّ تحديد نفقات العدّة ونفقة المتعة والنّفقة الغذائيّة، للزّوجة المطلّقة وأولادها المحضونين وحقّ الحاضنة بالسّكن، يخضع لسلطة قضاة الموضوع الّتي خوّلها لهم القانون، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم»[3].

نلاحظ من هذه القرارات، أنّها اعتبرت المتعة نفقة مستقلّة عن التّعويض، وحقّ ماليّ من الحقوق الماليّة للمطلّقة، ولا يحكم القاضي بهما في آن واحد.

أمّا عن تشريعات الأحوال الشّخصيّة العربيّة، فقد جاء في إحدى قرارات محكمة النّقض المصريّة ما يلي:

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 75029، قرار صادر بتاريخ 1991/06/18، المجلّة القضائيّة، ع 02، 1994، ص 65.

[2] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 41560، قرار صادر بتاريخ 1986/04/07، المجلّة القضائيّة، ع 02، 1989، ص 69.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 72602، قرار صادر بتاريخ 1991/05/21، نشرة القضاء، ع 47، 1995، ص 149.

«تقرير المتعة للمطلّقة وفقا لنصّ المادة 18 مكرّر، من القانون رقم 25 لسنة 1929، ليس جزاءً لإساءة الزّوج استعمال حقّه في التّطليق، بل إنّ الأساس في تقريرها على ما ورد في المذكّرة الإيضاحيّة لهذا النّصّ؛ أنّ المطلّقة في حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدّة، وفي المتعة ما يحقّق هذه المعونة؛ ولأنّ الأصل في تشريعها جبر خاطر المطلّقة ومواساتها»[1].

فلا مجال للجمع بين المتعة والتّعويض؛ كونها نوع من التّعويض الّذي لا يستحقّ إلاّ إذا صاحب الطّلاق، الّذي استحقت معه المتعة أفعالا ضارّة، حسب القواعد العامة، ووفقا لأحكام المسؤوليّة التّقصيريّة[2].

«كما رفضت محكمة الاستئناف بالرّباط التّعويض صراحة؛ بسبب أنّ التّعسّف الّذي تحدّثت عنه المادة 84 من مدوّنة الأسرة، هو معيار تأخذ به المحكمة فقط عند تقدير مستحقّات الزّوجة الّتي منها المتعة، وبالتّالي فإنّ المحكمة حينما حدّدت مستحقّات المطلّقة من متعة وغيرها، تكون قد أخذت بعين الاعتبار الأضرار اللاّحقة بالزّوجة وترتيبا عليه فليس هناك مبرّر قانونيّ للحكم بالتّعويض، الّذي هو من مميّزات مسطرة التّطليق لا الطّلاق.

فالقاضي المغربيّ فصل بين التّعسّف في الفرقة، وواجب المتعة المقرّر لفائدة المطلّقة؛ فالأوّل له أحكام تتصل بقواعد المسؤوليّة المدنيّة، يفرد بناءً عليها تعويضا مستقلاّ عن حقّ المطلّقة في المتعة، الّتي لها ضوابطها القانونيّة بمدوّنة الأسرة»[3].

بالإضافة إلى أنّ هناك قرارات قضائيّة أخرى، اعتبرت المتعة بمثابة التّعويض وأنّهما وجهان لعملة واحدة؛ حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ

---

[1] طعن رقم 06 لسنة 63 قضائيّة، أحوال شخصيّة، جلسة بتاريخ 1997/05/26.

[2] وائل محمّد علي الخليفي، القضاء بالتّعويض في مسائل الأسرة –دراسة مقارنة–، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلّية الحقوق، قسم القانون المدنيّ، جامعة عين شمس، مصر، 2010–2011، ص 262.

[3] عبد الرّحمن الحجاجي، المرجع السّابق، ص 206.

1986/12/29، ما يأتي: «من القواعد المقرّرة شرعا، أنّ المتعة لمن طلّقها زوجها وليست لمن طلّقت نفسها بحكم.

ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعدّ مخالفا للنّصوص الشّرعيّة في فرض المتعة.

ولمّا كان من الثّابت –في قضية الحال–، أنّ الزّوجة أقامت دعوى التّطليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه، الّذي يعدّ وحده عقابا للزّوج بسبب إهماله، فإنّ القضاء بالمتعة للمطلّقة يعدّ مخالفا للنّصوص الشّرعيّة»[1].

وجاء في قرار سابق صادر بتاريخ 1985/04/08 ما يأتي:

«إذا كانت أحكام الشّريعة الإسلاميّة تقرّر للزّوجة الّتي طلّقها زوجها، متعة لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حدّ ذاتها تعتبر تعويضا، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدّ خرقا لأحكام الشّريعة الإسلاميّة؛ لذلك يستوجب نقض القرار الّذي قضى للزّوجة بدفع مبلغ ماليّ باسم متعة، وبدفع آخر كتعويض»[2].

كما حسمت محكمة النّقض المغربيّة الأمر، بإقرار المتعة بمثابة تعويض، ولا يجبر الضّرر مرتين؛ حيث جاء في القرار ما يلي:

«لكّن، حيث أنّه لمّا كانت المتعة تفرض على الزّوج الّذي يكون الفراق من جانبه جبرا لخاطر مفارقته، وتعويضا لها عمّا يمكن أن يلحقها من ضرر، ويراعى فيها مدى تعسّفه في الفراق، وقد حدّدتها المحكمة في المحكوم به بقرارها، وكان

[1] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 43860، قرار صادر بتاريخ 1986/12/29، المجلّة القضائيّة، ع 02، 1993، ص 41.

[2] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 35912، قرار صادر بتاريخ 1985/04/08، المجلّة القضائيّة، ع 01، 1989، ص 89.

الضّرر لا يعوّض مرتين، فإنّ المحكمة تكون على صواب لمّا ردّت الدّعوى المضادّة وتبقى الوسيلة بدون اعتبار»[1].

وقضت المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 2000/02/22 ما يلي:

«الحكم بالتّعويض عن الضّرر طبقا لقواعد المسؤوليّة التّقصيريّة، لا يمكن أن يشمله التّعويض عن الطّلاق»[2].

«فاستحقاق التّعويض أساسه الضّرر اللاّحق بالزّوجة، نتيجة تعسّف الزّوج في استعمال حقّه في إيقاع الطّلاق، وليس أيّ ضرر آخر ناتج عن أفعال مستقلّة عن فعل الطّلاق في حدّ ذاته، هو نفس الغرض الّذي شرّعت لأجله المتعة»[3].

بعد عرضنا للقرارات سالفة الذّكر، تبيّن لنا أنّ القضاء لم يستقر على رأيّ واحد فأحيانا يعتبر المتعة نفقة مستقلّة عن التّعويض، ويمكن الحكم بهما في آنٍ واحدٍ، وأحيانا أخرى يعتبرهما نفقتان متلازمتان، وأنّه ليس للزّوجة المطلّقة طلاقا تعسّفيّا سوى المطالبة بالتّعويض، ولا يمكن الحكم لها بالمتعة.

وبحسب رأينا، فإنّنا نأمل أن تفرض المتعة على كلّ مطلّق جبرا لخاطر المطلّقة مصداقا لقول الله عزّ شأنه: ﴿... وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ ... (236)﴾[4].

---

[1] محكمة النّقض، غرفة الأحوال الشّخصيّة والميراث، ملف شرعيّ رقم 2014/1/2/179، قرار صادر بتاريخ 2014/07/08، نشرة قرارات محكمة النّقض. نقلا عن: عبد الرّحمن الحجاجي، المرجع السّابق، ص 211.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 235367، قرار صادر بتاريخ 2000/02/22، المجلّة القضائيّة، ع 01، 2001، ص 275.

[3] مسعودة نعيمة إلياس، التّعويض عن الضّرر في بعض مسائل الزّواج والطّلاق –دراسة مقارنة–، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009–2010، ص 312.

[4] سورة البقرة، الآية 236.

وعليه، فمصطلح المتعة أشرف من مصطلح التّعويض؛ كون عقد الزّواج يسمو من أن يكون عقد تشغيل، تستحقّ الزّوجة بمقتضاه تعويضا بعد طردها طردا تعسّفيّا من بيت الزّوجيّة، وبالتّالي فالمتعة تغطّي معنويّا ما لا يستطيع التّعويض تغطيته[1].

وهو الأصل والأصلح لجبر الضّرر لكلّ مطلّقة دون استثناء؛ سواء كان الزّوج متعسّفا في إيقاع الطّلاق أم محسنا، أمّا التّعويض فجعل عند التّعسّف في الطّلاق فقط[2].

[1] عبد الكبير العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدّعوة إلى التّغيّير، ط 01، مطبعة فضالة، المحمّديّة، 1999، ص 190.

[2] فاطمة بن عيشوش، حقّ المطلّقة في المتعة بين الشّريعة الإسلاميّة وقانون الأسرة الجزائريّ، مجلّة صوت القانون، مج 05، ع 01، جامعة خميس مليانة، 2018، ص 194.

يمكننا القول في نهاية هذا الفصل، أنّه بعد التّطرق لموضوع الطّلاق، استنتجنا أنّه شرّع عند فساد الحال بين الزّوجين واشتداد الخصام بينهما؛ فهو رفع قيد النّكاح بمعنى حلّ الرّابطة الزّوجيّة؛ لذا جعله الله جلّ جلاله حقّا خالصا للرّجل دون المرأة بهدف الإبقاء على هذه الرّابطة وحفظها من العبث؛ نظرا لما يمتاز به الرّجل من رجاحة عقل ورحابة صدر، وكذا قدرته على ضبط أعصابه وكبح جماح غضبه.

أمّا من النّاحيّة القانونيّة، فلم يعرّفه المشرّع الجزائريّ في قانون الأسرة بعد التّعديل الأخير بموجب الأمر 05-02، تاركا الأمر للفقه ومحيلا القضاة لأحكام الشّريعة الإسلاميّة، عكس التّشريعات العربيّة الّتي عرّفته وجعلت سلطة إيقاعه بيد الزّوج، مع إمكانيّة إيقاعه من الغير.

هذا، ونظرا لاختلاف عقد الزّواج عن سائر العقود، ولما له من خصوصيّة أحاطته شريعتنا الإسلاميّة السّمحاء بسياج الحماية، تجلّى ذلك في تقييّد الطّلاق بعدّة قيود شرعيّة؛ ألا وهي إيقاعه لحاجة مقبولة، وفي طهر لم يجامع زوجته فيه، وأخيرا أن يكون الطّلاق مفرقا ليس بأكثر من واحدة.

كما وضعت القوانين الوضعيّة هي الأخرى قيود عدّة؛ قانونيّة منها وقضائيّة متمثّلة في إجراء الصّلح قبل صدور حكم الطّلاق، الّذي يعتبر إجراءً جوهريّا من النّظام العام، وكذا ثبوته بموجب حكم قضائيّ.

وعموما، فإنّ الأصل في الطّلاق الحظر لا الإباحة، يوقعه الزّوج عند الحاجة الملّحة، إلاّ أنّه قد يسيء استعمال هذا الحقّ؛ فتكون النّتيجة إلحاق الضّرر بالزّوجة للتّعسّف في إيقاعه؛ وهو ما يعرف بالطّلاق التّعسّفيّ، كما وضعت الشّريعة الإسلاميّة مجموعة من المعايّير بهدف ضبط استعمال الحقّ، وبناءً عليها يتبيّن إن كان استعمال الزّوج لحقّ الطّلاق تعسّفيّا أم لا، وهو أيضا ما تعتمد عليه القوانين الوضعيّة في إثبات الحكم وصدوره.

وللطّلاق التّعسّفيّ عدّة صور؛ نذكر أهمّها: طلاق المريض مرض الموت الّذي يوقعه الزّوج بهدف الإضرار بزوجته وحرمانها من الميراث، وطلاقه زوجته بضغط من الغير دون سبب منها، وكذلك طلاقه زوجته عند عدم التّكافؤ بينهما، وقد ذُكِرت هذه الصّور على سبيل المثال لا الحصر؛ كون التّعسّف في استعمال حقّ الطّلاق يختلف باختلاف الأعراف والتّقاليد والمجتمعات.

وبالتّالي فالمسألة اجتهاديّة، لذا نأمل أن يعدّل النّصّ القانونيّ بإظهار صوّر التّعسّف في الطّلاق، دون الرّجوع للقواعد العامة لنظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ.

هذا، تستحقّ الزّوجة المتضرّرة تعويضا لجبر ضررها وتخفيف ألمها؛ فقد شرّع الله جلّ شأنه المتعة كعلاج فقهيّ، كما نصّت جلّ التّشريعات العربيّة بما فيها قانون الأسرة الجزائريّ على التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ، مع اشتراط هذا الأخير شرطين لاستحقاقه؛ هما ثبوت التّعسّف وإلحاق الضّرر بالزوجة، وقد لاحظنا أنّ هذا الضّرر يختلف عن الضّرر الموجب للتّطليق؛ كون مفهومه أشمل وأوسع خاصة بالنّسبة للضّرر المعنويّ.

كما لاحظنا أنّ بعض التّشريعات العربيّة لا تحكم بالتعّويض، إلاّ عند مطالبة الزّوجة به، وأخرى لا تحكم به إلاّ في غياب السّبب المعقول لإيقاع الطّلاق، وإصابة المطلّقة بالفاقة، والأغرب من هذا كلّه ما جاء به المشرّع التّونسيّ الّذي ساوى بين الزّوج والزّوجة في التّعويض عن الطّلاق، وهو نوع من السّلب لحقّ الزّوج في إيقاعه بإرادته المنفردة.

كما استخلصنا أيضا، أنّ هناك دوافع أخرى عملت على تكريس مبدأ التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ، ولعلّ أهمّها الاتّفاقيات الدّوليّة؛ أبرزها اتّفاقية القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة؛ المعروفة اختصارا بـــ "سيداو CEDAW"، الّتي ظهرت بوادرها بوفود الفكر الغربيّ ممثلا في الجمعيّات النّسويّة، تحت شعار تحقيق المساواة بين الرّجل والمرأة؛ حيث خاطبت هذه الأخيرة ككيان مستقلّ بذاته بعيدا عن الأسرة.

ورغم ذلك، لم ترض هذه الجمعيّات بالتّعويض؛ بل طالبت بجعله يتناسب مع مدّة الزّواج التّي تتجاوز خمسة عشر سنة، كما جعلته نفقة جاريّة إلى حين وفاة المطلّقة.

وأخيرا، وضّحنا العلاقة بين المتعة والتّعويض؛ فاستنتجنا أنّ مصطلح المتعة أشرف من مصطلح التّعويض؛ كون عقد الزّواج أسمى من أيّ عقد آخر، وبالتّالي لا يمكن أن يكون كعقد عمل مثلا، تستحق الزّوجة بمقتضاه تعويضا بعد طردها تعسّفيّا من بيت الزّوجيّة، وعليه فالمتعة تغطّي ضرر كلّ مطلّقة؛ سواء طلّقت تعسّفيا أم لا عكس التّعويض الّذي يجب الحكم به عند التّعسّف في الطّلاق.

الفصل الثّاني:

ضرر الطّلاق الواقع بالإرادة المنفردة للزّوجة (الخلع) والتّعويض عنه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة

إنّ أساس قيام واستمرار كلّ علاقة زوجيّة، يتمثّل في المودّة والرّحمة والتّفاهم والتّوافق بين الزّوجين، وانعدام هذا الأساس يعرّضها لهزّات تحول دون دوامها وتكون سببا في إنهائها؛ سواء –كما أسلفنا الذّكر– من قبل الزّوج الّذي لا يرغب في مواصلة الحياة الزّوجيّة، فيسعى لإيقاع الطّلاق بإرادته المنفردة كحقّ أصيل له، أو من جانب الزّوجة الّتي ضاقت ذرعا من تصرّفات زوجها؛ بسبب سوء معاملته لها أو لسوء خلقه أو دمامة خلقته، أو غيرها من الأسباب، فتلجأ هي الأخرى لأروقة القضاء طالبة الخلاص من زواج حوّل حياتها لجحيم مقابل مال تفتدي به نفسها؛ وهو ما يعرف بالخلع، غير أنّ الإشكال المطروح هنا: هل يعتبر الخلع حقّا أصيلا للزّوجة يقابل حقّ الطّلاق للزّوج؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه في المبحث الأوّل؛ المعنون بالطّلاق الواقع بالإرادة المنفردة للزّوجة.

لكّن، قد تتعسّف الزّوجة في طلب الخلع؛ فتلحق ضررا ماديّا ومعنويّا بالزّوج الأمر الّذي يدفعنا للتّساؤل التّالي: هل يعتبر بدل الخلع بمثابة تعويض للزّوج عن الضّرر اللاّحق به؟ وهل يغطّي فعلا التّكاليف والمصاريف الّتي تكبّدها الزّوج أثناء زواجه؟

ستكون إجابتنا عن هذه التّساؤلات في المبحث الثّاني؛ الموسوم ببدل الخلع ومدى اعتباره تعويضا عن الضرر.

للإشارة، سنعالج المبحثين في التّشريعات العربيّة وعلى رأسها قانون الأسرة الجزائريّ، مع المقارنة أحيانا بالفقه الإسلاميّ.

المبحث الأوّل: الطّلاق الواقع بالإرادة المنفردة للزّوجة (الخلع)

كانت المرأة قبل الإسلام مهانة ومسلوبة الحقوق والإرادة، ولم تكن لها أيّة مكانة في المجتمع، معتبرين إيّاها تحت رقابة الرّجل في كلّ أدوار حياتها ولخدمته؛ فعند الهنود القدامى مثلا، كانوا يعتبرون الموت والوباء والجحيم والسّم والنّار شرّ من المرأة، بل والأفظع من ذلك يقومون بحرقها حيّة بعد موت زوجها، بحجّة عدم أحقّيتها في الحياة بعد مماته[1]. وفي الحضارة الإغريقيّة كانت المرأة محتقرة، حتى أنّهم أسموها رجس من عمل الشّيطان، كانت كالمتاع تباع وتشترى في الأسواق، محرومة من حقّ الميراث وحقّ التصرّف في المال، أمّا في الحضارة الرّومانيّة فقد كان الأمر سيّئا جدا فهي في نظرهم مخلوقة لا قيمة لها يمتلك الرّجل مالها وبيده حقّ حياتها وموتها، كما اعتبروها شرّا لا بدّ من اجتنابه، وأنّها مجرّد متاع مملوك للرّجل وسلعة رخيصة يتصرّف فيها الرّجال كيف يشاؤون، وفي إنجلترا بيعت أيضا في الأسواق وحرمت من حقّها الكامل في ملك العقّارات وحرّية المقايضة، كما بيعت في بلغراد بالميزان؛ حيث كان الرّطل الواحد يساوي بنسين أو ثلاث بنسات، أمّا فرنسا فلم تكن هي الأخرى أفضل حالا في تعاملها مع المرأة؛ فقد قرّر فيها مجمع ماكون المنعقد سنة 586م أنّ: "المرأة إنسان ولكنّها مخلوقة لخدمة الرّجل، وتخلو روحها من الرّوح النّاجية من عذاب جهنّم ما عدا أم المسيح"، وعند اليهود كذلك كانت سلعة خسيسة رخيصة تتنقّل بين أحضان الرّجال بطريقة غاية في الشّذوذ، كما اعتبروها لعنة لأنّها أغوت سيّدنا آدم عليه السّلام؛ حيث جاء في التّوراة: "المرأة أمرّ من الموت، وإنّ الصّالح أمام الله ينجو منها"، أمّا بالنّسبة للعرب، فلم تكن المرأة عندهم في أحسن أحوالها؛ حيث اعتبروها متاعا من الأمتعة الّتي يمتلكها الرّجل كالمال والبهائم، محرومة من الميراث بقولهم: "لا

[1] صبحي القاعوري، المرأة قبل الإسلام وبعده، منشور على الرّابط الآتي: https://khiyam.com، تاريخ التّصفّح: 2023/05/14، على السّاعة 22:15 سا.

يرثنا إلاّ من يحمل السّيف"[1]. كما نظروا إليها نظرة ذلّ واحتقار، فهي بالنّسبة لهم مصدر للعار، حتى أنّه إذا بشّر أحدهم بالأنثى اسودّ وجهه وضاق ذرعا واستشاط غضبا، واحتار بين إمساكها ووأدها وفيهم قال ربّ العزّة سبحانه وتعالى: ﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُمْ بِالْأُنْثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ (58) يَتَوَارَىٰ مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ ۚ أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ ۗ ... (59)﴾[2].

بقيت معاناة المرأة على هذا الحال مستمرّة إلى حين ظهور الإسلام، الّذي أنصفها وأعطاها مكانة عظمى في مجتمعها، وكرّمها أيّما تكريم وساواها مع الرّجل في الحقوق.

ولعلّ أبرز مساواة تظهر عند فكّ الرّابطة الزّوجيّة؛ حيث شرّع حقّ التّفريق بالخلع، وهو ما يقابله حقّ الطّلاق الّذي يوقعه الزّوج بإرادته المنفردة؛ فالإسلام حفظ حقّها في الخلع إذا لم تكن ترغب بالعيش مع زوجها، وكرهته ونفرت منه مقابل الفداء والبدل.

وعليه، سنتناول في هذا المبحث مفهوم الخلع (المطلب الأوّل)، ثمّ ضرر تعسّف الزّوجة في طلب الخلع (المطلب الثّاني).

[1] جلال الجنيدي، المرأة عبر الحضارات –هل ظلمها الإسلام أم كرّمها؟–، منشور على الرّابط الآتي: https://www.aljazeera.net، تاريخ التّصفّح: 2023/08/07، على السّاعة 12:15 سا.

[2] سورة النّحل، الآيتان 58، 59.

المطلب الأوّل: مفهوم الخلع

أعطت الشّريعة الإسلاميّة للرّجل حقّ الطّلاق، وفي مقابل ذلك جعلت الخلع حقّا للمرأة؛ وهو الافتداء إذا ما كرهت زوجها وخافت ألاّ توفّيه حقّه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفّيها حقّها.

وقد زعم العلماء أنّ أوّل خلع وقع عند العرب، هو خلع ابنة عامر بن الظّرب حيث زوّج ابنته من ابن أخيه عامر ابن الحرث بن الظّرب، فلمّا دخل عليها نفرت منه، فشكا إلى أبيها فقال: لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك، وقد خلفتها منك بما أعطيتها[1].

وعليه، فقد أجاز الشّرع الإسلاميّ للزّوجة أن تطلّق بالحسنى، مقابل ما تفتدي به نفسها من مال؛ بحيث لا تظلمه فيما له من حقّ ولا تظلم نفسها بحياة لا رضا فيها ولا هناء.

وهذا ما يجعلنا نتساءل عن معنى الخلع (الفرع الأوّل)، ودليل مشروعيّته وحكمه والحكمة من تشريعه (الفرع الثّاني)، وأخيرا أسبابه والقيود الواردة عليه (الفرع الثّالث).

الفرع الأوّل: تعريف الخلع:

في هذا الفرع سنقوم بتعريف الخلع من جانبيه اللّغويّ والاصطلاحيّ، لنعرّج بعدها إلى تعريفه القانونيّ وفق كلّ من قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة حتى نصل إلى تعريف مضبوط ومعنى واضح وشامل له.

[1] منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشّخصيّة: أحكامه، آثاره –دراسة مقارنة بين الشّريعة والقانون–، ط 01، دار الثّقافة، الأردن، 1430هـ – 2009م، ص 44.

أوّلا- التّعريف اللّغويّ للخلع:

الخلع لغة من خلع الشّيء يخلعه خلعا واختلعه: كنزعه، إلاّ أنّ في الخلع مهلة وخلع النّعل والثّوب والرّداء يخلعه خلعا: جرّده، والخلعة من الثّياب: ما خلعته فطرحته على آخره أو لم تطرحه، وكلّ ثوب تخلعه عنك خلعة وخلع عليه خلعة[1].

كما جاء في النّهاية لابن الأثير أنّه يقال: خالع امرأته خلعا وخالعها مخالعة واختلعت هي منه فهي خالع وأصله من خلع الثّوب، والخلع أن يطلّق الزّوج زوجته على عوض تبدله له[2].

وقال أبو منصور: خلع امرأته وخالعها إذا افتدت منه بمالها فطلّقها وأبانها من نفسه وسمّي ذلك الفراق خلعا؛ لأنّ الله سبحانه وتعالى جعل النّساء لباسا للرّجال والرّجال لباسا لهنّ[3]. لقول الله جلّ جلاله: ﴿... هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ ۗ ... (187)﴾[4].

ثانيا- التّعريف الاصطلاحيّ للخلع:

سنتطرّق لتعريف الخلع من النّاحيّة الاصطلاحيّة، وفقا لتعاريف فقهاء المذاهب الأربعة، كما يلي:

1. الخلع عند الحنفيّة: عرّف الخلع عند فقهاء المذهب الحنفيّ على أنّه افتداء الزّوجة نفسها من زوجها بمال يخلعها به.

---

[1] ابن منظور، المصدر السّابق، باب الخاء، ص 1232.

[2] مجد الدّين أبي السعادات المبارك الجزريّ بن الأثير، النّهاية في غريب الحديث والأثر، ج 02، د. ط، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، د. س. ن، ص 65.

[3] علي أحمد عبد العال الطهطاوي، المرجع السّابق، ص 07.

[4] سورة البقرة، الآية 187.

ويكون هذا الافتداء إذا تشاقّ الزّوجان واختلفا فيما بينهما، وخافا ألاّ يقيما حدود الله[1]. لقول الله جلّ شأنه: ﴿... فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ... (229)﴾[2].

2. الخلع عند المالكيّة: عرّف المالكيّة الخلع على أنّه طلاق بعوض؛ حيث أنّ عدّة المختلعة مثل عدّة المطلّقة إن لم تكن حاملا وآيسة[3].

3. الخلع عند الشّافعيّة: عرّف الشّافعيّة الخلع على أنّه: «فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع»؛ فهو في الشّرع فرقة بين الزّوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزّوج بلفظ طلاق أو خلع، كقوله: "طلّقتك أو خالعتك على كذا"، فتقبل. والمقصود بلفظ طلاق هو لفظ من ألفاظه سواء كان صريحا أو كناية، ولفظ الخلع من ذلك[4].

4. الخلع عند الحنابلة: الخلع عند فقهاء الحنابلة هو: «فراق الزّوج امرأته بعوض يأخذه الزّوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة»[5].

ما نستشفّه من تعريفات الخلع وفق أئمّة المذاهب الأربعة، هو أنّه يجب أن يكون ملك المتعة الزّوجيّة قائما، وألاّ يكون النّكاح فاسدا.

كما أنّ الفراق يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه مقابل عوض ماليّ، وهذا عند الحنفيّة، أمّا الشّافعيّة فكلّ فرقة نظير عوض هي خلع بأيّ لفظ، مع العلم أنّ الخلع ليس إسقاطا كما هو الطّلاق، بل لا بدّ من رضا الزّوجين[6].

---

[1] عبد الغني الغنيميّ الميدانيّ الدّمشقيّ، المرجع السّابق، كتاب الخلع، ص 155.

[2] سورة البقرة، الآية 229.

[3] محمّد بن عبد الباقي بن يوسف الزّرقاني المصريّ الأزهريّ، المصدر السّابق، ص 46.

[4] محمّد بن أحمد بن الخطيب الشّربينيّ الشّافعيّ، المرجع السّابق، ج 04، كتاب الخلع، ص 430.

[5] ابن إدريس البهوتي الحنبليّ، المرجع السّابق، ص 212.

[6] عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشّريعة الإسلاميّة، ط 01، دار ابن حزم، بيروت، 1418هـ – 1997م، ص 53.

وعليه، يمكننا القول أنّ الفقهاء كادوا يتّفقون على تعريف الخلع في معنى واحد حيث اعتبروه معاوضة تدفعها الزّوجة لزوجها، مقابل مفارقتها له[1].

ثالثا- التّعريف القانونيّ للخلع:

سنحاول من خلال هذا العنصر عرض تعريف الخلع قانونيّا، من خلال الرّجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة.

1. تعريف الخلع وفق قانون الأسرة الجزائريّ:

برجوعنا لقانون الأسرة الجزائريّ، وجدنا أنّ المشرّع لم يعط تعريفا واضحا للخلع وإنّما اكتفى فقط بنصّه على حكم الخلع في المادة 54 منه، الّتي جاء فيها ما يلي: «يجوز للزّوجة دون موافقة الزّوج أن تخلع نفسها بمقابل ماليّ، وإذا لم يتّفق الزّوجان على المقابل الماليّ للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم».

يظهر لنا من خلال هذه المادة، أنّ الخلع هو طريق لفكّ الرّابطة الزّوجيّة من جهة الزّوجة نظير عوض تلتزم به؛ إذن فهو حقّ أصيل للزّوجة تستعمله بإرادتها الحرّة دون رضا الزّوج.

وهذا ما يجعل القاضي يلجأ إلى أحكام الشّريعة الإسلاميّة، كما اتضّح لنا -بحسب ذات المادة- أنّ الخلع عقد غير رضائيّ؛ بمعنى يمكن للزّوجة طلبه دون رضا وموافقة الزّوج عكس ما كان معمول به قبل التّعديل وفق القانون رقم 84-11؛ حيث كان الخلع عقدا رضائيّا يشترط فيه رضا وقبول الزّوج، ولربّما هذا ما جعل أروقة المحاكم الآن تعجّ بقضايا الخلع.

[1] سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائيّ، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤوليّة، جامعة يوسف بن خدّة، الجزائر، 2013-2014، ص 20.

وهذا أيضا ما كرّسته المحكمة العليا الّتي تضاربت فيها الاجتهادات القضائيّة حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: «من المتّفق عليه في أحكام الشّريعة الإسلاميّة، أنّه في حالة الاتّفاق بين الزّوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإنّ أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أنّ ذلك يعتبر اتّفاقا على مبدأ الطّلاق بخلع، ومن ثمّ يتعيّن على القاضي تقديم قيمة الخلع ثمّ الحكم بالطّلاق»[1].

وفي قرار آخر جاء ما يلي: «إنّ الخلع ليس بعقد رضائيّ، وموافقة الزّوج غير ضروريّة فيه، وللزّوجة وحدها الحقّ في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ ماليّ.

أمّا عدم مناقشة الزّوج لقيمة المبلغ المعروض، فإنّه لا يشكّل مانعا للحكم بالخلع»[2].

هناك أيضا قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه ما يلي: «طلب الخلع حقّ للزّوجة بعد الدّخول وليس قبل الدّخول»[3].

إضافة إلى قرار آخر نصّ على أنّ: «الخلع حقّ إراديّ للزّوجة، يقابل حقّ العصمة للزّوج»[4].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 36709، قرار صادر بتاريخ 1985/04/22، المجلّة القضائيّة، ع 01، 1989، ص 92.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 336380، قرار صادر بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، ع 61، 2006، ص 328.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 258613، قرار صادر بتاريخ 2006/06/14، مجلّة المحكمة العليا، ع 02، 2006، ص 421.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 656259، قرار صادر بتاريخ 2011/09/15، مجلّة المحكمة العليا، ع 01، 2012، ص 318.

إنّ الملاحظ من خلال هذه الاجتهادات القضائيّة، هو أنّ التّعديل الّذي جاء به الأمر رقم 05-02 لقانون الأسرة الجزائريّ، حسم الأمر وألغى ذلك اللّبس الّذي سبّب تضاربا في قرارات المحكمة العليا.

وعليه، فالخلع هو الصّورة المقابلة للطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج، وهو حقّ أصيل للزّوجة، وذلك نتيجة تأثّر المشرّع الجزائريّ بنزعة التّحوّل في العالم، وهذا ما أدّى إلى تغيّر البنية التّشريعيّة في القوانين الجزائريّة؛ أهمّها تعديل قانون الأسرة.

2. تعريف الخلع وفق التّشريعات العربيّة:

البداية ستكون بالمشرّع المصريّ؛ حيث نصّت المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000، بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التّقاضي في مسائل الأحوال الشّخصيّة المصريّة، على ما يلي: «للزّوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت دعواها بطلبه، وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتّنازل عن جميع حقوقها الماليّة الشّرعيّة، وردّت عليه الصّداق الّذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتّطليق للخلع إلاّ بعد محاولة الصّلح بين الزّوجين، وندبها لحكمين لموالاة مساعيّ الصّلح بينهما خلال مدّة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبيّن بالفقرة الثّانية من المادة 18 والفقرتين الأولى والثّانية من المادة 19 من هذا القانون، وبعد أن تقرّر الزّوجة صراحة أنّها تبغض الحياة مع زوجها، وأنّه لا سبيل لاستمرار الحياة الزّوجيّة بينهما وتخشى ألاّ تقيم حدود الله بسبب هذا البغض».

ما نلاحظه ممّا سبق، أنّ المشرّع المصريّ هو الآخر لم يعرّف الخلع ولم يعط معنى دقيقا له، إنّما اكتفى بالنّص على الأحكام القانونيّة المنظّمة له فقط، المتمثّلة في[1]:

[1] محامي مصر، الخلع في القانون المصريّ، منشور على الرّابط الآتي: https://lawyeregypt.net، تاريخ التّصفّح: 2023/05/21، على السّاعة 18:30 سا.

- افتداء الزّوجة نفسها بتنازلها عن الحقوق الماليّة وإرجاعها للصّداق الّذي أعطي لها.
- عجز المحكمة والحكمين اللّذين تندبهما عن الصّلح بين الزّوجين.
- تصريح الزّوجة أمام المحكمة ببغضها لزوجها، واستحالة استمرار حياتها الزّوجيّة.

كما جاء في المادة 110 الفقرة الأولى من قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ ما يلي: «الخلع عقد بين الزّوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزّواج بعوض تبذله الزّوجة أو غيرها».

بمعنى أنّ الزّوجة هي من تلجأ إلى رفع دعوى الخلع بموافقة زوجها، ويقتضي ذلك افتدائها لنفسها بردّ الصّداق والتّنازل عن جميع الحقوق الشّرعيّة، إلاّ أنّ هذا النّزاع يجب أن يعرض أوّلا على لجنة التّوجيه الأسريّ للصّلح، قبل عرضه على المحكمة.

وحسب رأيّنا، فإنّ هذا الإجراء له أهمّيّة عظمى في المحافظة على الرّابطة الزّوجيّة والاستقرار الأسريّ.

وللإشارة، فإنّه في حالة إصرار الزّوجة على الخلع بأنّها تبغض الحياة مع زوجها ولا يمكنها العيش معه، فإنّ المحكمة هنا لا تبحث في الأسباب القانونيّة أو الشّرعيّة، أو في الوقائع المؤدّية إلى إحداث الضّرر الموجب للخلع[1]؛ كون هذا الأخير يقوم على سبب نفسيّ بالدّرجة الأولى.

أمّا في قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ رقم 36 لعام 2010، فقد عرّفت المادة 102 منه الخلع كما يلي: «الخلع الرّضائيّ هو طلاق الزّوج زوجته نظير عوض

[1] محمّد أحمد شحاتة حسين، شرح قانون الأحوال الشّخصيّة لدولة الإمارات العربيّة المتحدة –دلالة التّقنين بين النّصّ والفقه الإسلاميّ وأحكام القضاء–، ج 02، المواد من 98 إلى 239، د. ط، دار الكتب والدّراسات العربيّة، الإسكندريّة، 2017، ص ص 53، 54.

تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطّلاق أو المبارأة أو ما في معناها. الخلع والطّلاق على مال يقع بهما الطّلاق بائنا».

كما جاء في المادة 126 منه الفقرة (ج) أنّه: «للزّوجين بعد الدّخول أو الخلوة أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزّوجة دعواها بطلب الخلع، مبيّنة بإقرار صريح منها أنّها تبغض الحياة مع زوجها، وأنّه لا سبيل لاستمرار الحياة الزّوجيّة بينهما، وتخشى ألاّ تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، وافتدت نفسها بالتّنازل عن جميع حقوقها الزّوجيّة، وخالعت زوجها وردّت عليه الصّداق الّذي استلمته منه، حاولت المحكمة الصّلح بين الزّوجين، فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصّلح بينهما خلال مدّة لا تتجاوز ثلاثين يوما، فإن لم يتم الصّلح حكمت المحكمة بتطليقها عليه بائنا».

ما يلاحظ على المشرّع الأردنيّ، أنّه أجاز الخلع القضائيّ الّذي يعرّف على أنّه: «قيام القاضي بإيقاع الطّلاق البائن بعوض، بناءً على طلب من الزّوجة ودون أن يتوقّف ذلك على رضا الزّوج، وذلك في حالة امتناع الزّوج من التّطليق دون وجه حقّ»[1].

وعليه، فالخلع القضائيّ لا عبرة فيه لرضا الزّوج، عكس الخلع الرّضائيّ الّذي يتمّ باتفاق الزّوجين، أيضا البدل في الخلع القضائيّ يكون حسب ما جاء في المادة 126 الفقرة (ج)، امّا الخلع الرّضائيّ فيكون البدل بحسب ما اتّفق عليه الزّوجين[2].

[1] إسماعيل البريشي، الخلع القضائيّ بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ، المجلّة الأردنيّة في الدّراسات الإسلاميّة، مج 05، ع 04، كلّية الشّريعة، الجامعة الأردنيّة، 1431هـ- 2009م، ص 04.

[2] نوفل للمحاماة والتّحكيم، التّعامل مع قضايا الخلع، منشور على الرّابط الآتي: https://nofal-lawfirm.com، تاريخ التّصفّح: 2022/05/22، على السّاعة 17:11 سا.

كذلك المادة 118 من قانون الأسرة القطريّ عرّفت الخلع على أنّه: «الخلع هو حلّ عقد الزّواج بتراضي الزّوجين بلفظ الخلع، أو ما في معناه على بدل تبدله الزّوجة ولا يشترط أن يكون في حالة طهر المرأة، ويكون فسخا».

بحسب رأيّ المشرّع القطريّ، فإنّ الخلع بين الزّوجين ينعقد بإيجاب من أحد الطّرفين وقبول الطّرف الآخر، ولا حرج عليهما فيما أعطت ولا حرج فيما يأخذ[1].

من هذه المادة، يتّضح لنا أنّ المشرّع القطريّ خالف المشرّعين المصريّ والأردنيّ اللّذين اعتبرا الخلع حقّا إراديّا للزّوجة، يستجيب له القضاء متى أرادت ذلك.

أمّا بالنّسبة للقانون السّوريّ، فيجاري بدوره القانون الجزائريّ بتطوّره، كما اعتبره القانونيّون يتماشى مع العصر الحاليّ؛ حيث لم يعرّف الخلع كمصطلح مكتفيّا بالنّص على أحكامه في المواد من 95 إلى 105، كما نصّ على أحكام تفصيليّة أخرى.

وللإشارة هنا، فإنّ المشرّع السّوريّ ذكر مصطلح "المخالعة" وليس الخلع؛ وهي عقد بين طرفين يقوم على الإيجاب والقبول بمعنى قائم على إرادة الطّرفين ورضاهما[2]. وهذا ما يقابله الخلع الرّضائيّ في القانون الأردنيّ.

فلا يمكن للمخالعة أن تكون من طرف واحد، لهذا تعرف بمصطلح المخالعة الرّضائيّة، وعليه فنظام الخلع في القانون السّوريّ يختلف عنه في القانون المصريّ.

وهذا ما وضّحته المادة 96 في فقرتها الثّانية كما يلي: «لكلّ من الطّرفين الرّجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر».

---

[1] محمّد أحمد شحاتة حسين، شرح قانون الأسرة لدولة قطر –دلالة التّقنين بين النّصّ والفقه الإسلاميّ وأحكام القضاء–، مج 02، المواد من 101 إلى 190، د. ط، دار الكتب والدّراسات العربيّة، الإسكندريّة، 2017، ص 48.

[2] نادي المحامي السّوريّ، ما هو الفرق بين الخلع والمخالعة في القانون السّوريّ والمصريّ؟، منشور على الرّابط الآتي: https://www.syrian-lawyer.club، تاريخ التّصفّح: 2023/05/24، على السّاعة 18:25 سا.

والمادة 88 نصّت على أنّه: «إذا قدّمت للمحكمة معاملة طلاق أو مخالعة، أجّلها القاضي مدّة لا تقلّ عن شهر أملا بالصّلح، وله خلال هذه المدّة أن يستعين على ذلك بمن يختارهم من أهل الزّوجين، أو بأحد مراكز الإصلاح الأسريّ.

- إذا أصرّ الزّوج بعد انقضاء المهلة على الطّلاق أو أصرّ الطّرفان على المخالعة، دعا القاضي الطّرفين واستمع لخلافهما وسعى إلى إزالته ودوام الحياة الزّوجيّة.

- وإذا لم تفلح هذه المساعي، سمح القاضي بتسجيل الطّلاق أو المخالعة، واعتبر الطّلاق نافذا من تاريخ إيقاعه».

هذا، وقد أكّد اجتهاد محكمة النّقض ما جاءت به المادة 96 الفقرة 02 كما يلي: «المخالعة لا تتمّ إلاّ بصيغة الإيجاب والقبول، ولا يكتفي بالكتابة والتّوقيع»[1].

كما ورد اجتهاد آخر جاء فيه: «المخالعة عقد ثنائيّ يقتضي أن يتمّ الإيجاب والقبول في مجلس واحد، وأن يتبادل الطّرفان ألفاظ المخالعة»[2].

المشرّع المغربيّ هو الآخر تطرّق في مدوّنة الأسرة إلى الخلع؛ فذكر في المادة 120 أنّه: «إذا اتّفق الزّوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصّلح بينهما، وإذا تعذّر الصّلح حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعيّة في ذلك مبلغ الصّداق وفترة الزّواج وأسباب طلب الخلع والحالة الماديّة للزّوج».

الملاحظ هنا، أنّ المشرّع المغربيّ أيضا لم يعرّف الخلع، وإنّما وضّح إجراءاته وكيفيته. أيضا ما نصّت عليه المادة 115: «للزّوجين أن يتراضيا على الطّلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه».

---

[1] محكمة النّقض، قرار رقم 1795، أساس 1660، صادر بتاريخ 1994/10/27.

[2] محكمة النّقض، قرار رقم 1624، أساس 1859، صادر بتاريخ 1995/12/03.

وعليه، يتّضح لنا من خلال هاتين المادتين أنّ الخلع في مدوّنة الأسرة المغربيّة هو عقد رضائيّ بين الزّوجين.

«والملاحظ أنّه لا معنى أن تفتدي الزّوجة طلاقها بالخلع، ما دام أنّها تستطيع سلوك مسطرة الشّقاق، وعوض أن تدفع المال تستطيع هي أن تحصل على المال فالشّقاق يفرغ الخلع من أيّ معنى»[1].

ويجب ألاّ تكره الزّوجة على الخلع، وإنّما يكون عن تراض بينها وبين زوجها وفي حالة ثبوت الإكراه من الزّوج واستعماله أساليب تدفع المرأة لطلب الخلع، كان الطّلاق بائنا وبالتّالي لا تلتزم بالعوض[2].

وحسب ما جاءت به المادة 117 من المدوّنة، فإنّه: «للزّوجة استرجاع ما خلعت به إذا أثبتت أن خلعها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزّوج بها، وينفّذ الطّلاق في جميع الأحوال»[3].

وأخيرا، مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة الّتي تعدّ بمثابة دستور المرأة التّونسيّة كونها مكّنتها من الطّلاق في أيّ وقت شاءت ذلك، فالمشرّع التّونسيّ ساوى بين الزّوج والزّوجة في حقّ الطّلاق.

غير أنّ الملاحظ أنّه لم يذكر الخلع بتاتا في المجلّة، لكّن عند التّمعّن في أنواع الطّلاق الثّلاث الّتي نصّ عليها، ربّما نجد شبها كبرا بين الخلع والطّلاق إنشاء؛ حيث تعبّر فيه الزّوجة أمام القاضي عن عدم رغبتها في استمرار زواجها مع زوجها.

وهنا يلقى طلبها استجابة وقبولا من طرف القاضي، شرط أن تدفع له تعويضا وهذا ما يقابل افتداء الزّوجة نفسها ببدل الخلع عند طلبها الخلع.

---

[1] فوزي أكريم، المرجع السّابق، ص 68.

[2] محمد الأزهر، المرجع السّابق، ص 183.

[3] فوزي أكريم، المرجع والموضع نفسهما.

غير أنّ الفرق يكمن في كون الطّلاق إنشاء يشمل كلاّ من الزّوج والزّوجة عكس الخلع. فالقانون التّونسيّ لم يتحدّث عن الخلع؛ كونه ساوى بين الرّجل والمرأة في طرق فكّ الرّابطة الزّوجيّة، بهدف تحرير المرأة والنّهوض بها وحماية للعلاقات الأسريّة من الاضطراب والتّفكّك، وبسبب أهواء الزّوج. ففي نظر المشرّع التّونسيّ لم يعد من الضّروريّ التّشريع للخلع في المجتمع المعاصر؛ كون النّتيجة المرجوّة منه لم يعد موثوقا بها، ولا تثمر ولا تؤتي أكلها، عكس ما كان في المجتمعات القديمة.

ولهذا أهمله قانون الأحوال الشّخصيّة التّونسيّ؛ كونه لم يعد السّلعة الرّائجة للإنسان المعاصر، وبالأخصّ للمجتمع التّونسيّ[1].

الفرع الثّانيّ: مشروعيّة الخلع وحكمه والحكمة من تشريعه:

خلق الإنسان -كما هو معلوم- متقلّب المزاج متعدّد الأهداف والرّغبات، لذا قد تتزوّج المرأة لغاية في نفسها؛ كالطّمع في مال ذلك الرّجل أو لصفة فيه، غير أنّها تتفاجأ فيما بعد بعدم تحقّق ما رغبت به[2]. فيتسلّل إلى نفسها النّفور والبغضاء، وتنعدم السّكينة والطّمأنينة بالنّسبة لزوجها، لأجل ذلك أجاز لها الشّرع طلب الخلع كما هو مثبت في القرآن الكريم والسّنة النّبويّة الشّريفة وإجماع الأمّة والمعقول (أوّلا)، تحكمه ضوابط وأحكام شرعيّة تكليفيّة في الشّريعة الإسلاميّة (ثانيا)، وفي ذلك حكمة من تشريعه (ثالثا)، رفعا للضّرر عن الزّوجة والخلاص من رابطة زوجيّة غير مثمرة.

أوّلا- مشروعيّة الخلع:

ثبتت مشروعيّة الخلع في القرآن الكريم والسّنة النّبويّة المطهّرة وإجماع الأمّة والمعقول، كما يلي:

[1] حامد الجندلي، قانون الأحوال الشّخصيّة التّونسيّ على ضوء الشّريعة الإسلاميّة، مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2011، ص ص 527- 655.

[2] منال محمود المشني، المرجع السّابق، ص 46.

1. دليل مشروعيّة الخلع من القرآن الكريم:

جاءت في كتاب الله عزّ وجلّ آيات بيّنات حثّت على الخلع وأحكامه، كقول الله تبارك تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ 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 (229)﴾[1].

«هذه الآية تخاطب الأزواج؛ فهم قد نُهوا أن يأخذوا من زوجاتهم شيئا على وجه المضارّة، وهذا هو الخلع الّذي لا يصحّ إلاّ بألاّ ينفرد الرّجل بالضّرر، وخصّ بالذّكر ما آتى الأزواج نساءهم، وقد حرّم الله جلّ جلاله ألاّ يأخذ إلاّ بعد الخوف من ألاّ يقيما حدود الله بمعنى أن يظنّ كلّ واحد منهما بنفسه ألاّ يقيم حقّ النّكاح لصاحبه لكراهة يعتقدها، لذا لا حرج على المرأة أن تفتدي ولا حرج على الزّوج أن يأخذ، والخطاب للزّوجين»[2].

كما جاء في تفسير ابن كثير أنّه لا يجوز الخلع إلاّ إذا كان الشّقاق والنّشوز من جانب المرأة، فيجوز للرّجل حينئذ قبول الفدية[3]. والحجّة في ذلك قول الله سبحانه وتعالى: ﴿... وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ ... (229)﴾[4].

---

[1] سورة البقرة، الآية 229.

[2] أبو بكر القرطبيّ، المصدر السّابق، ج 04، ص 73.

[3] ابن كثير، المصدر السّابق، ص 289.

[4] سورة البقرة، الآية 229.

ومعنى هذا، أنّه يجوز الخلع إذا كان هناك سبب يقتضيه؛ وإلاّ فهو محرّم، وقد أخرج أصحاب السّنن وصحّحه ابن خزيمة وابن حبّان من حديث ثوبان: ﴿أيُّما امرأة سألت زوجها الطّلاق، فحرام عليها رائحة الجنّة﴾، وفي بعض طرقه "من غير بأس"[1].

2. دليل مشروعيّة الخلع من السّنة النّبويّة الشّريفة:

دليل ذلك ما ورد عن ابن عباس رضي الله عنهما أنّه قال: «جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقالت: يا رسول الله إنّي ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكنّي أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿أتردّين عليه حديقته؟﴾ قالت: نعم، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿إقبل الحديقة وطلّقها تطليقة﴾»[2]، رواه البخاريّ والنّسائي.

وفي رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه رضي الله عنهما –عند ابن ماجة–: «أَنَّ ثابتَ بن قَيْسٍ كانَ دَميماً وَأَنَّ امْرَأَتَهُ قالَتْ: لَوْلا مَخَافَةُ اللَّهِ إذا دَخَلَ عَليَّ لَبَصَقْتُ في وَجْهِهِ»[3].

فقد كانت تبغضه أشدّ البغض وكان يحبّها أشدّ الحبّ، ففرّق بينهما رسول الله صلّى الله عليه وسلّم عن طريق الخلع، فكان أوّل خلع في الإسلام.

كما روى عكرمة بن عباس رضي الله عنهما قال: «أوّل من خالع في الإسلام أخت عبد الله بن أبيّ، أتت النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم فقالت: يا رسول الله لا يجتمع رأسي ورأس ثابت أبدا، إنّي رفعت جانب الخباء فرأيته أقبل في عدّة، فإذا هو أشدّهم

[1] محمّد بن علي بن محمّد الشوكاني، المصدر السّابق، ج 07، كتاب الخلع، ص 41.

[2] المصدر نفسه، ص 34.

[3] الحافظ بن حجر العسقلانيّ، بلوغ المرام من أدلّة الأحكام، المصدر السّابق، باب الخلع، رقم الحديث 1096، ص 222.

سوادا وأقصرهم قامة وأقبحهم وجها، فقال: ﴿أتردّين عليه حديقته؟﴾ قالت: نعم وإن شاء زدته، ففرق بينهما»[1].

كلّ هذه الأحاديث دلّت على مشروعيّة الخلع وجوازه شرعا، عند بغض المرأة زوجها وكرهها له، واستحالة استمرار العلاقة الزّوجيّة بينهما.

وفي حديث عن عائشة رضي الله عنها، أنّ حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس بن شماس فضربها فكسر ضلعها، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الصبح، فاشتكته إليه، فدعا النّبيّ صلّى الله عليه وسلم ثابتا، فقال: «خذ بعض مالها وفارقها»، ففعل[2]، رواه أبو داود.

لو ضربها ظلما لسوء خلقه أو غيره، لا يريد بذلك أن تفتدي نفسها لم يحرم عليه مخالعتها؛ لأنّه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها، ولكّن عليه إثم الظّلم[3]. فإن عضلها أي ضارّها بالضّرب والتّضيّيق عليها، أو منعها حقوقها من النّفقة ظلما لتفتدي نفسها، فالخلع باطل ويردّ العوض إليها والزّوجيّة قائمة بحالها[4].

3. دليل مشروعيّة الخلع بالإجماع:

قد أجمع المسلمون على جواز الخلع، ولم نعرف في عصر الصّحابة مخالفا حيث أجمع كلّ من عمر وعثمان وعليّ رضوان الله عنهم وغيرهم من الصّحابة على جوازه[5].

---

[1] أبي بكر القرطبي، المرجع السّابق، ص 77.

[2] سنن أبي داود، كتاب الطّلاق، باب الخلع، رقم الحديث 2228، منشور على الرّابط الآتي: https://hadithprophet.com/hadith-1901.html، تاريخ التّصفّح: 2023/08/09، على السّاعة 16:27 سا.

[3] ابن قدامة المقدسيّ الدّمشقيّ الحنبليّ، المرجع السّابق، ص 273.

[4] عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلاميّ والقانون المصريّ، ط 01، دار النّهضة العربيّة، مصر، 1427هـ - 2006م.

[5] ابن قدامة المقدسيّ الدّمشقيّ الحنبليّ، المرجع السّابق، ص 268.

4. دليل مشروعيّة الخلع بالمعقول:

شرّع الإسلام الخلع مقابلا للطّلاق الّذي يوقعه الزّوج، للخلاص من علاقة زوجيّة سامّة مضرّة غير مثمرة، فالخلع طريق لدفع الضّرر ورفع الحرج عن الزّوجة إذ قد تبغض الزّوجة زوجها وتنفر منه لعدّة أسباب: نفسيّة أو صحّية أو خَلقيّة أو خُلقيّة وحتى لفارق السّن بينهما، وبالتّالي تخشى ألاّ تؤدّي حقّ الله تبارك وتعالى في طاعته فتلجأ إلى الخلع وتفتدي نفسها مقابل بدل[1].

وبما أنّ الفرقة مشروعة بإرادة الزّوج المنفردة، جازت باتّفاق الزّوجين من باب أولى[2]. وهذا إن دلّ على شيء، إنّما يدلّ على أنّ الخلع يقع باتّفاق الطّرفين وبرضا الزّوج.

ثانيا- حكم الخلع والحكمة من تشريعه:

سنتطرّق في هذه النّقطة لحكم الخلع ثمّ الحكمة من تشريعه كما يلي:

1. حكم الخلع:

راعت الشّريعة الإسلاميّة مصالح العباد، ويسّرت عليهم ما يُحقِّقُ لهم السّعادة في الدّنيا والآخرة، ومن مظاهر اليسر في الشّريعة ورعايتها لمصالح العباد، إباحة أن تختَلِعَ المرأة من زوجها، وتنهي الحياة الزّوجيّة مقابل مال تدفعه له عوضا عن الأضرار الّتي قد تلحقه نتيجة الفراق[3]. فهو صورة من صور فكّ الرّابطة الزّوجيّة، ولا يكون أوّل ما تلجأ إليه الزّوجة، فكما يقال: "آخر الدّواء الكي".

---

[1] أحمد حسن، الموسوعة القانونيّة المتخصّصة، منشور على الرّابط الآتي:

https://arab.ency.com.sy/khula/divorceforconsideration-khula/séparation

تاريخ التّصفّح: 2023/06/02، على السّاعة 11:10 سا.

[2] منال محمود المشني، المرجع السّابق، ص 53.

[3] https://www.dorar.net/hadith/sharh/1059, *Consulté le 09/08/2023 à 15:55 h.*

والخلع –كما وضّحنا سابقا– ثابت بنص القرآن الكريم والسّنة النّبويّة الشّريفة حيث ذهب الأئمّة الأربعة إلى أنّ الخلع مكروه، ودليلهم في ذلك قول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿أبغض الحلال إلى الله الطّلاق﴾[1].

فالخلع مكروه لما فيه من قطع النّكاح الّذي هو مطلوب الشّرع[2]. فقد جاء في كتاب المغني أنّه عند قيام الزّوجة بالخلع والحال عامرة والأخلاق ممتلئة، فإنّه يكره لها ذلك، وفي قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة والثّوريّ ومالك والأوزاعيّ والشّافعيّ أنّه يصحّ الخلع. أمّا أحمد فيحرّمه؛ حيث قال: «الخلع مثل حديث سهلة تكره الرّجل فتعطيه المهر، فهذا الخلع»؛ ومعنى هذا صحّة الخلع عند البغض فقط[3].

وعليه، فالخلع تصرّف شرعيّ يعدّ حكما تكليفيّا تعتريه الأحكام الخمسة؛ فقد يكون حراما بالنّسبة للزّوجة إن كان دون سبب ومن غير بأس، لقول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿أيُّما امرأة سألت زوجها طلاقَها في غير ما بأس؛ فحرام عليها رائحة الجنّة﴾[4]، وقد يكون مباحا عند كرهها لزوجها ونفورها منه، وبالتّالي خوفها من عصيان الله تبارك وتعالى بعدم التزامها بالحقوق الزّوجيّة.

كما أنّه قد يكون حراما من جهة الزّوج، إذا أضرّ بزوجته وضيّق عليها حتى يرغمها على الافتداء منه وطلب الخلع.

ويكون مباحا عند نشوزها أو قيامها بفاحشة مبيّنة[5]. لقول الله عزّ شأنه: ﴿... وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ ... (19)﴾[6].

---

[1] محمّد بن علي بن محمّد الشوكاني، المصدر السّابق، ج 07، كتاب الخلع، ص 41.

[2] محمّد بن أحمد بن الخطيب الشّربيني الشّافعيّ، المرجع السّابق، ج 04، كتاب الخلع، ص 430.

[3] ابن قدامة المقدسيّ الدّمشقيّ الحنبليّ، المرجع السّابق، ص ص 270، 271.

[4] محمّد بن علي بن محمّد الشوكاني، المصدر السّابق، ص 41.

[5] عامر السّعيد الزيباري، المرجع السّابق، ص ص 68، 69.

[6] سورة النّساء، الآية 19.

كما روي عن ابن سيرين وأبي قلابة، أنّه لا يحلّ الخلع حتى يجد على بطنها رجلا[1].

وعليه، يمكن القول أنّ الخلع شرّع للضّرورة وعند اشتداد الخصام والشّقاق والبغضاء، وحسب الفقهاء قد يكون مباحا وقد يكون مكروها، كما قد يكون محرّما ولهذا يجب على الزّوجة ألاّ تنساق وراء عواطفها، وأن تتريّث وتضبط أهواءها؛ كون أنّه ليس هناك أمرّ من هدم البيت الزّوجيّ.

2. الحكمة من تشريع الخلع:

أعطى الإسلام للمرأة حقّ فكّ الرّابطة الزّوجيّة، مقابل الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج وهذا لدفع الضّرر عن الزّوج عندما يفوت الغرض والمقصد من الزّواج، أيضا لرفع الحرج عن الزّوجة عند اشتداد الشّقاق بينها وبين زوجها، أو بغضها له ونفورها منه، وللزّوج الحقّ في بدل الخلع من الزّوجة، مقابل خلاصها من رابطة زوجيّة تنعدم فيها كلّ أسس الرّحمة والمودّة. [2].

فالإسلام قد رفع من قدر ومكانة المرأة؛ حيث شرّع الخلع لمصلحتها بالدّرجة الأولى، وإزالة الضّرر عنها.

الفرع الثّالث: أسباب الخلع والقيود الواردة عليه:

يعدّ الخلع قرارا مصيريّا تتّخذه المرأة بعد التّفكير الطّويل والعميق، فعلى الرّغم من وجود عدّة أسباب تدفعها لطلبه قصد التّقليل من الضّرر الواقع عليها، إلاّ أنّه لا يجب أن تقبل عليه كبداية للتّحرّر، أو تقليدا للأفلام والمسلسلات والثّقافة الغربيّة، لهذا

[1] ابن قدامة المقدسيّ الدّمشقيّ الحنبليّ، المرجع السّابق، ص ص 270، 271.

[2] دليلة آيت شاوش، إنهاء الرّابطة الزّوجيّة بطلب الزّوجة –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ وبعض تشريعات الأحوال الشّخصيّة العربيّة–، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصّص قانون، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013–2014، ص 310.

السّبب سنحاول التّعرف على أسباب الخلع وتوضيحها (أوّلا)، ثمّ تبيان القيود الواردة عليه (ثانيا) الّتي يجب أن تتقيّد بها الزّوجة، فلا تكون لها الحرّية المطلقة في طلبه.

أوّلا- أسباب الخلع:

لعلّ من أهمّ الأسباب الّتي تدفع المرأة للخلع هي الأسباب النّفسيّة؛ فقد تكره الزّوجة زوجها بسبب عيب فيه؛ سواء أكان خلقيّا أو خلقيّا، وقد لا تشعر بالسّكينة والطّمأنينة معه، وهذا ما يجعل الحياة الزّوجيّة بينهما مضطربة وغير مستقرّة، كما يمكن أن يكون السّبب وجود فارق في المستوى التّعليميّ، أو المعيشيّ أو حتى في التّفكير؛ فقد تحسّ المرأة أنّ تفكير زوجها يتنافى تماما مع تفكيرها، وهنا يتسلّل النّفور إليها لتجد نفسها مجبرة على طلب الخلع، مخافة الإثم ومعصية الله جلّ شأنه بترك حقوق زوجها.

ونظنّ أنّ أهمّ أسباب الخلع هو العنف بنوعيه اللّفظيّ والجسديّ؛ فقد يقلّل الزّوج من قيمة زوجته ويستهين بها، كما أنّها قد تتعرّض للضّرب المبرح الّذي ينحرف عن الحدود الّتي أجازتها الشّريعة الإسلاميّة؛ حيث يستعرض عضلاته على زوجته، خاصة وأنّ هذا العنف يكون خلف الأبواب المغلقة، وقد يتعدّاه أحيانا إلى عنف اقتصاديّ، فنجد الرّجل يعتمد على راتب زوجته، ويرغمها على كفالة قرض بنكيّ لشراء منقولات أو عقّارات باسمه فهناك زوجات عنّفن بسبب بطاقات الصّرف الآليّ؛ حيث أجبرن على تسليمها لأزواجهنّ لسحب رواتبهنّ[1].

أيضا من الأسباب ذات الأهمّية، نقص الوازع الدّينيّ لدى الزّوج؛ حيث يكون تاركا لصلاته عمدا، أو يتعاطى الخمر، أو المخدّرات، بالإضافة إلى تعدّد علاقاته غير الشّرعيّة، خاصة في ظلّ انتشار مواقع التّواصل الاجتماعيّ؛ حيث تبدأ العلاقة من خلال شاشة صغيرة في المواقع، وتنتهي بالالتقاء الجسمانيّ في الواقع.

[1] نجود زعير، الأسباب الحقيقيّة وراء انتشار ظاهرة الخلع، منشور على الرّابط: https://www.aljazeera.net، تاريخ التّصفّح: 2023/06/10، على السّاعة 16:23 سا.

وعليه، فمن المؤكّد أنّ العلاقة الزّوجيّة إذا عرفت فتورا، فإنّ مآلها الزّوال خاصة إن كانت تشهد نقصا عاطفيّا وجنسيّا بين الزّوجين؛ فعدم تحقّق الإشباع الجنسيّ للزّوجة من شأنه أن يدفعها إلى طلب الخلع، كذلك بعض الزّوجات –أصلحهنّ الله– تكون انطلاقتهنّ مبنيّة على الحرام واللّقاءات، وأحيانا تتجاوز ذلك إلى قيام علاقة جنسيّة بين الطّرفين –والعياذ بالله–، وبالتّالي ينتهي كلّ شيء جميل قبل بدأ الزّواج من الأساس، فيشعر الطّرفان بالملل من بعضهما عند الزّواج وينعدم الشّغف بينهما[1].

كما يعود سبب الخلع أيضا إلى طبيعة تركيبة الشّباب، الّذين صاروا لا يكترثون للمسؤوليّة تجاه زوجاتهم، ونقص الكثير من الوعيّ والأخلاق لكلا الطّرفين الرّجل والمرأة؛ حيث نجد هذه الأخيرة تتّبع ما تمليه عليها المسلسلات والصّديقات وتتبع أهواءها، وهذا ما يجعلها تتعسّف في استعمال رخصة الخلع باعتباره حقّا من حقوقها.

غير أنّنا في الحقيقة نلاحظ أنّ السّبب الرّئيسيّ للخلع، هو سبب قانونيّ محض حيث قدّم المشرّع الجزائريّ تسهيلات بموجب التّعديل الأخير لقانون الأسرة، وذلك بإلغائه رضا الزّوج وموافقته، نظرا لتأثّره بالاتفاقيّات الدّوليّة خاصة اتّفاقيّة سيداو وما أملته من بنود هدفها زرع النّزعة الفرديّة في الأسر العربيّة عامة، وتحفيز المرأة العربيّة على المطالبة بالحريّة والتّحرّر، وهذا ما أدى إلى اختلاط الأدوار داخل الأسر خاصة والمجتمع عامة.

بناءً على ما تقدّم، يمكن القول أنّه يجب أن يكون طلب الخلع مبنيّا على أسباب جدّية تستدعي فعلا فكّ الرّابطة الزّوجيّة، وإلاّ سينطبق على الزّوجة قول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿أيُّما امرأة سألت زوجها طلاقَها في غير ما بأس؛ فحرام عليها رائحة الجنّة﴾[2].

---

[1] رسمية سعادة، هذه أسباب الخلع حسب رأي الجزائريّين، منشور على: https://www.echoroukonline.com، تاريخ التّصفّح: 2022/01/17، على السّاعة 16:30 سا.

[2] محمّد بن علي بن محمّد الشوكاني، المصدر السّابق، ص 41.

فالخلع من غير سبب فيه ضرر على الزّوجين أو على أحدهما؛ فالمرأة الّتي تطلب الخلع من دون سبب تكون من الذّواقات، لقول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿... إنّ الله تبارك وتعالى لا يحبّ الذّواقين ولا الذّواقات﴾[1]، رواه الطّبرانيّ عن عبادة بن الصّامت.

وعليه، فإنّه لا يجوز طلب الخلع من غير حاجة ولا ضرورة، مثله مثل الطّلاق الّذي يوقعه الزّوج.

ثانيا- القيود الواردة على الخلع:

صحيح أنّ الله عزّ وجلّ منح للزّوجة الحقّ في الخلاص من حياة زوجيّة لا ترغبها وتبغض شريكها فيها، ولكّن هذا لا يعني استعمال حقّها بكلّ حرّية وبدون قيد وعلى إطلاقه وإنّما هي مقيّدة بجملة من القيود والضّوابط؛ نذكر منها:

- يجب ألاّ يكون في الخلع مضرّة للغير، مثله مثل الطّلاق تماما؛ ومعنى هذا أن يكون الاتّفاق بين الزّوجين على الخلع مسموح به في حدود عدم الإضرار بالغير. فلا تطلبه الزّوجة إضرارا بزوجها، ولا يضيّق عليها هو لطلب الخلع، مع الاتّفاق على بدل الخلع المناسب له.

- أيضا -كما وضّحنا آنفا في حكم الخلع- أنّه مكروه دون الحاجة إليه؛ أي يجب أن يكون ما يبرّره وإلاّ حرّم على الزّوجة طلبه، لما فيه من هدم للأسرة وتشرّد للأبناء.

- يجب أن يشتمل الخلع على رضا الزّوج، فإن كان هذا الأخير يضيّق على زوجته ويمارس كلّ أنواع الإكراه عليها، فلا يصحّ الخلع ويجب على الزّوجة استرداد مقابل الخلع مهما كانت مكانته؛ لأنّه لا يجب المال إذا كان النّشوز من الزّوج[2]. لقول

[1] إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي، كشف الخفاء ومزيل الإلباس عمّا اشتهر من الأحاديث على ألسنة النّاس، ج 01، رقم الحديث 766، ط 02، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، 1351هـ، ص 251.

[2] شمس الأئمّة السرخسي، المرجع السّابق، ج 06، كتاب الطّلاق، ص 183.

الله تبارك وتعالى: ﴿... وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلاَّ أَنْ يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ ... (229)﴾[1].

- كما أنّ هناك من يقيّد الخلع بأن يكون تحت إشراف القاضي[2]. وهناك من يرى أنّه جائز عند السّلطان وغيره؛ لأنّه عقد يعتمد على التّراضي كسائر العقود، وهو بمنزلة الطّلاق بعوض، وللزّوج ولاية إيقاع الطّلاق ولها ولاية التزام العوض؛ فلا معنى لاشتراط حضرة السّلطان في هذا العقد، «ولا يفتقر الخلع إلى حاكم، نصّ عليه أحمد[3] فقال: يجوز الخلع دون السّلطان، وروى البخاريّ ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، وبه قال شريح والزّهريّ ومالك والشّافعيّ وإسحاق وأهل الرّأي، وعن الحسن وابن سيرين: لا يجوز إلاّ عند السّلطان، ولنا قول عمر وعثمان، ولأنّه معاوضة فلم يفتقر إلى السّلطان، كالبيع والنّكاح، ولأنّه قطع عقد بالتّراضيّ أشبه الإقالة»[4].

المطلب الثّاني: ضرر تعسّف الزّوجة في طلب الخلع

بيّنا في المبحث الأوّل ضرر تعسّف الزّوج في إيقاع الطّلاق، وقبله تطرّقنا إلى الطّلاق كحقّ للزّوج له الحرّية في إيقاعه متى شاء، غير أنّه أحيانا يتعسّف في استعمال هذا الحقّ، وهذا أيضا ما ينطبق على الزّوجة عند استعمالها لحقّها في الخلع؛ فقد تتعسّف فيه فتلحق ضررا لا يجبر للزّوج ولا علاقة له برفع وإزالة الضّرر عنها. وعليه، سنوضّح في هذا المطلب، تكيّيف الخلع من حيث كونه عقدا رضائيا أو تصرّف انفراديّ (الفرع الأوّل) وبعد معرفة طبيعة الخلع، يمكننا معرفة مظاهر تعسّف الزّوجة عند استعماله وضرر ذلك على الزّوج (الفرع الثّاني).

---

[1] سورة البقرة، الآية 229.

[2] أصحاب هذا الرّأي، هم بعض من التّابعين أمثال الحسن البصريّ وسعيد بن جبير؛ حيث يرون أنّه لابدّ من حضور القاضي لوقوع الخلع.

[3] شمس الأئمّة السرخسي، المرجع السّابق، ج 06، كتاب الطّلاق، ص 173.

[4] ابن قدامة المقدسيّ الدّمشقيّ الحنبليّ، المرجع السّابق، ص 268.

الفرع الأوّل: تكييف الخلع من حيث كونه عقدا رضائيّا أم تصرّفا انفراديّا:

سنميّز في هذا العنصر تكييف الخلع، إذا ما كان عقدا رضائيّا أم تصرّفا انفراديّا، تمارسه الزّوجة متى شاءت؛ من خلال عرض الموقفين الفقهيّ والقانونيّ تجاهه؛ على النّحو الآتي:

أوّلا- الموقف الفقهيّ:

«عن الرّبيع بنت معوّذ بن عفراء قالت: تزوّجت ابن عمّ لي فشقى بي وشقيت به وعَنِيَ بي وعنيت به، وإنّي استأديت عليه عثمان رضي الله عنه، فظلمني وظلمته وكثر علي وكثرت عليه وإنّها انفلتت مني كلمة أنا أفتدي بمالي كلّه، قال: قد قبلت.

فقال عثمان رضي الله عنه: خذ منها، قالت: فانطلقت فدفعت إليه متاعي كلّه إلاّ ثيابي وفراشي، وإنّه قال لي: لا أرضى وإنّه استأداني على عثمان رضي الله عنه فلما دنونا منه قال: يا أمير المؤمنين الشّرط أملك قال: أجل فخذ منها متاعها كلّه حتى عقاصها، قالت: فانطلقت فدفعت إليه كلّ شيء حتى أجفت بيني وبينه الباب»[1].

من هذه الرّواية، يتّضح لنا أنّ الصّحابة الكرام رضوان الله تعالى عنهم كانوا إذا خلعوا امرأة من زوجها، جعلوا الأمر إليه؛ إن وافق كان بها وإلاّ فلا.

وقد نصّ فقهاء المذاهب الأربعة، على أنّه لابدّ من الإيجاب والقبول في الخلع وبإلغاء رضا الزّوج لم يعد للإيجاب والقبول معنى.

فالزّوج هو أحد أركان الخلع، وهذا يدلّ على أنّ الخلع منوط به، ولا يكون إلاّ برضاه[2].

[1] أحمد بن الحسين بن علي البيهقيّ، السّنن الكبرى، باب الوجه الذّي تحلّ به الفديّة، منشور على الرّابط الآتي: www.islamweb.net، تاريخ التّصفّح: 2023/12/22، على السّاعة 10:15 سا.

[2] عبد الرّحمن الجزيري، المرجع السّابق، ج 04، أركان الخلع وشروطه، ص 352.

وقال الأبياني من المذهب الحنفيّ: «ومتى رضي الزّوجان بالخلع في نظير مبلغ معلوم وقع الطّلاق البائن، ولزم الزّوجة دفع المبلغ المتّفق عليه ...»[1].

«والخلع لا ينفرد به أحد الزّوجين على الآخر، بل لابدّ من رضاهما معا؛ لأنّ لكلّ منهما شأن، إذ به يسقط ما للزّوج من حقوق ويلزم الزّوجة العوض، لذا لابدّ من رضاهما معا؛ أي لابدّ فيه من إيجاب وقبول»[2].

فرضا الزّوج يكون على طلاق الزّوجة، أمّا رضا الزّوجة فيكون بموافقة الزّوج على المال.

هذا، وقد جاء في قول ابن القيّم الجوزيّة رحمه الله من المذهب الحنبليّ، أنّ الله سبحانه وتعالى سمّى الخلع بالفدية، وهذا دليل على أنّ فيه معنى المعاوضة، لذا اعتبر فيه رضا الزّوجين شرطا لذلك[3].

فالخلع ليس إسقاطا محضا كما هو الحال عليه في الطّلاق المجرّد، وإنّما فيه معنى المعاوضة، ولهذا يجب توافر رضا الزّوجين[4].

ومن الأحسن أن تستجاب الزّوجة إذا سألت زوجها الخلع، شرط أن تقدّم له العوض إلاّ عند محبّة الزّوج لها، فيستحسن هنا صبرها دفعا للضرّر عنه[5].

---

[1] محمّد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشّرعيّة في الأحوال الشّخصيّة، ج 01، (في الأحكام المختصّة بذات الإنسان)، كتاب في النّكاح، ط 02، مطبعة علي سكر أحمد، مصر، 1330هـ - 1912م، ص 256.

[2] المرجع نفسه، ص 257.

[3] ابن القيّم الجوزيّة، زاد المعاد في هديّ خير العباد، فصل حكم الرّجعة من الخلع في العدّة، ط 01، مؤسّسة الرّسالة، لبنان، 1430هـ - 2009م، ص 813.

[4] عامر سعيد الزيباري، المرجع السّابق، ص 53.

[5] صلاح محمّد أبو الحاج، أحكام الخلع واشتراط رضا الزّوج فيه، ط 01، مركز العلماء للبحوث والدّراسات وتقنيّة المعلومات، عمّان، 2004، ص 39.

أمّا عن طبيعة الأمر الّذي وجّهه النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم للصّحابيّ ثابت بن قيس رضي الله عنه، إنّما كان للإرشاد والإصلاح، وليس معناه كما أوّله البعض بأنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم ألغى دور الرّجل في الخلع، واكتفى بموافقة المرأة مقابل دفع البدل.

نجد هناك أيضا قول الإمام ابن حزم: «فلها أن تفتدي منه ويطلّقها إن رضي هو وإلاّ لم يجبر هو ولا أجبرت هي، إنّما يجوز بتراضيهما»[1].

غير أنّ هناك من يرى أنّ للمرأة حقّ إيقاع الخلع بإرادتها المنفردة، دون الحاجة إلى موافقة الزّوج؛ باعتبار الخلع صورة مقابلة للطّلاق الّذي يملكه الزّوج كتصرّف انفراديّ.

«والفداء جُعل للمرأة في مقابل ما بيد الرّجل من الطّلاق؛ حيث أنّه كما جعل الطّلاق بيد الرّجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع كذلك بيد المرأة إذا فركت الرّجل»[2].

غير أنّ هذا القول قد انتقد بشدّة من قبل أغلب الفقهاء؛ حيث كانت حجّتهم في ذلك أنّ آيات القرآن الكريم جاءت مُخاطبةً الرّجلَ فيما يخصّ مسألة الطّلاق، كقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ... (231)﴾[3]. وقوله جلّ شأنه أيضا: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ ... (49)﴾[4].

---

[1] أبو محمّد بن حزم الظّاهريّ، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفّار سليمان البنداري، ج 09، كتاب الخلع، د. ط، دار الفكر، لبنان، د. س. ن، ص 511.

[2] أحمد بن رشد القرطبيّ الأندلسيّ الشّهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، كتاب الطّلاق، باب في الخلع، ط 02، دار الكتب الإسلاميّة، مصر، 1403هـ - 1983م، ص 81.

[3] سورة البقرة، الآية 231.

[4] سورة الأحزاب، الآية 49.

وعليه، فالزّوج هو من يحقّ له رفع قيد النّكاح؛ كون الطّلاق بيده وليس بيد الزّوجة حيث أنّه لم يرد لا في القرآن الكريم ولا في السّنة النّبويّة الشّريفة، أنّ زوجة أنهت وقطعت الرّابطة الزّوجيّة إلاّ في حالة التّفويض*، أو عند إثباتها الضّرر اللاّحق بها لتطليقها من قبل القاضي، وهو ما يعرف بالتّطليق.[1]

وعموما، يمكن القول أنّ أغلب الفقهاء قد اتّفقوا على أنّ الخلع يكون بالتّراضي بين الزّوجين؛ فهو حسب رأيّهم ليس تصرّفا انفراديّا إنّما عقد رضائيّ بين الزّوجين.

ثانيا- الموقف القانونيّ:

سنتطرّق في هذه النّقطة إلى التّكييّف القانونيّ للخلع، من حيث كونه عقدا رضائيّا أو تصرّفا انفراديّا، بحسب قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة.

1. تكييّف الخلع من حيث كونه عقدا رضائيّا أم انفراديّا وفق قانون الأسرة الجزائريّ:

من الملاحظ أنّ موضوع الخلع لم ينل حصّة كبيرة من المواد القانونيّة، في قانون الأسرة الجزائريّ؛ حيث أنّه لم يتم تناوله إلاّ في مادة واحدة فقط، سواء قبل التعديل أو بعده ألا وهي المادة 54، الّتي لم تحسم أمر الخلع فيما إذا كان تصرّفا انفراديّا؛ بمعنى حقّ من حقوق الزّوجة في فكّ الرّابطة الزّوجيّة، أم عقدا رضائيّا يشترط فيه موافقة ورضا الزّوج عند إيقاعه، حيث كانت مادة غامضة مبهمة خاصة قبل التّعديل، وهذا ما سنحاول توضيحه.

أ. مرحلة ما قبل تعديل قانون الأسرة رقم 84-11:

لم يوضّح المشرّع الجزائريّ خلال هذه المرحلة مدى اعتبار رضا الزّوج وموافقته في الخلع، وبالتّالي: هل الخلع عقد رضائيّ أم تصرّف انفراديّ؟

* **التّفويض:** هو تمليك الزّوج زوجته أن تطلّق نفسها منه؛ سواء أكان هذا التّمليك حين عقد الزّواج أو بعده.

حيث نصّت المادة 54 من قانون الأسرة رقم 84-11 على ما يلي: «يجوز للزّوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتمّ الاتّفاق عليه، فإن لم يتّفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم».

من خلال نصّ هذه المادة، يتضّح لنا سكوت المشرّع الجزائريّ عن تكيّيف الخلع؛ فقد جاء فيها جواز مخالعة الزّوجة نفسها شرط الاتّفاق على مال تقدّمه للزّوج مقابل طلاقها، وعند عدم الاتّفاق يحكم القاضي بصداق المثل.

وهذا ما جعلها مادة ينتابها الغموض واللّبس؛ فهي لم تتطرّق لحالة عدم موافقة الزّوج على الخلع، كما أنّها لم تعالج الخلاف بين الزّوجين إلاّ في الجانب الماديّ المتمثّل في بدله؛ إضافة إلى أنّ المشرّع الجزائريّ جعل الاتّفاق بين الزّوجين قائم على البدل وليس على الخلع ذاته.

هذا الغموض ألزم الفقهاء على الرّجوع إلى الشّريعة الإسلاميّة، حسب ما نصّت عليه المادة 222 من قانون الأسرة، معتبرين الخلع عقدا رضائيّا بين الزّوجين وليس تصرّفا انفراديّا، تمارسه الزّوجة كحقّ من حقوقها.

وعلى قول عبد العزيز سعد أنّ: «الخلع هو رخصة منحت للزّوجة تستعملها عندما تضيق بها سعة الحياة الزّوجيّة، هو القول السّليم، ولا يجوز للقاضي أن يقضي به دون رضا الزّوج، لا من تلقاء نفسه ولا لمجرّد طلبه من الزّوجة، مرفوقا بعرض مبلغ من المال»[1].

وهذا أيضا ما كرّسته الاجتهادات القضائيّة؛ حيث جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى ما يلي: «من المقرّر شرعا أنّ الخلع يعتبر عقدا رضائيّا، ولا يجوز

[1] عبد العزيز سعد، الزّواج والطّلاق في قانون الأسرة الجزائريّ، ط 03، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 252.

حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، وعليه فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدّ انتهاكا لقواعد الشّريعة الإسلاميّة في الخلع»[1].

وفي قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 1992/07/21، نجد: «من المقرّر قانونا أنّه يجوز للزّوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتمّ الاتّفاق عليه فإن لم يتّفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

إنّ المادة المذكورة من قانون الأسرة، تسمح للزّوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتّفق الطّرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتّفاقهما يتدخّل القاضي لتحديده، على ألاّ يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزّوج بالخلع الّذي تطلبه الزّوجة؛ لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز والتّعسّف الممنوعين شرعا.

وعليه، فإنّ قضاة الموضوع –في قضيّة الحال– لمّا قضوا بتطليق الزّوجة خلعا دون موافقة الزّوج، طبّقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن»[2].

هناك قرار آخر كذلك: «من المقرّر شرعا وقانونا أنّه يشترط لصحّة الخلع قبوله من طرف الزّوج، ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن ثَمَّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون.

ولمّا كان من الثّابت –في قضيّة الحال–، أنّ قاضي الموضوع فرض على الزّوج (الطّاعن) الخلع وقضى به، على الرّغم من أنّه لا يتدخّل إلاّ في حالة عدم الاتّفاق على مبلغ الخلع، يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون.

---

[1] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 33652، قرار صادر بتاريخ 1984/06/11، المجلّة القضائيّة، ع 03، 1989 ص 38.

[2] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 83603، قرار صادر بتاريخ 1992/07/21، اجتهاد قضائيّ، ع خاص، 2001، ص 134.

ومتى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه»[1].

نستشفّ من قرارات المجلس الأعلى، أنّ هناك تضارب في الاجتهادات القضائيّة وتذبذب في آراء القضاة حول مسألة رضائيّة الخلع؛ فمنهم من يعتبره عقدا رضائيّا وثنائيّا بين الزّوجين، ومنهم من يراه حقّا وتصرّفا انفراديّا تقوم به الزّوجة دون موافقة الزّوج.

ب. مرحلة ما بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02:

لقد تمّ تعديل المادة 54 من قانون الأسرة رقم 84-11 بموجب الأمر 05-02 حيث جاء فيها ما يلي: «يجوز للزّوجة دون موافقة الزّوج أن تخالع نفسها بمقابل ماليّ.

إذا لم يتّفق الزّوجان على المقابل الماليّ للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم».

ما يلاحظ على هذا التّعديل، أنّ المشرّع الجزائريّ حسم الأمر وجعل الخلع دون موافقة الزّوج، معتبرا إيّاه حقّا للزّوجة تطلبه متى أرادت ذلك. وعليه، فالمشرّع عمل على تأصيل حقّ الخلع للزّوجة من خلال إلغاء موافقة الزّوج، وعند الخلاف على بدل الخلع، يحكم القاضي بالبدل الّذي لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

وهذا ما استقرّت عليه قرارات المجلس الأعلى سنوات التّسعينات؛ حيث اعتبرت الخلع حقّا أصيلا للزّوجة وليس عقدا رضائيّا، وذلك حسب ما جاء في قرار للمجلس الأعلى كان نصّه كما يلي: «من المقرّر شرعا وقانونا أنّ الخلع حقّ خوّلته الشّريعة الإسلاميّة للزّوجة، لفكّ الرّابطة الزّوجيّة عند الاقتضاء، وليس عقدا رضائيّا.

ومن ثمَّ، فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا -في قضيّة الحال- بفكّ الرّابطة الزّوجيّة خلعا، وحفظ حقّ الزّوج في التّعويض رغم تمسّكه بالرّجوع، فإنّهم بقضائهم

[1] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 73885، قرار صادر بتاريخ 1991/04/23، المجلّة القضائيّة، ع 02، 1993، ص 55.

كما فعلوا طبّقوا مبادئ الشّريعة الإسلاميّة، ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه»[1].

وحين صدور الأمر رقم 05-02 المعدّل للقانون 84-11، أكّد حقّ الزّوجة في الخلع، وقد كرّس هذا الحقّ في عدّة قرارات قضائيّة؛ منها: «إنّ الخلع ليس بعقد رضائيّ وموافقة الزّوج غير ضروريّة فيه، وللزّوجة وحدها الحقّ في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ ماليّ. أمّا عدم مناقشة الزّوج لقيمة المبلغ المعروض، فإنّه لا يشكّل مانعا للحكم بالخلع»[2].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا جاء فيه: «الخلع حقّ إراديّ للزّوجة يقابل حقّ العصمة للزّوج»[3].

كما جاء في قول سّيد سابق: «والخلع يكون بتراضي الزّوج والزّوجة، فإذا لم يتم التّراضي بينهما، فللقاضي إلزام الزّوج بالخلع؛ لأنّ ثابت بن قيس رضي الله عنه وزوجته رفعا أمرهما للنّبيّ محمّد صلّى الله عليه وسلّم، فألزمه النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم بأن يقبل الحديقة ويطلّق»[4].

فقول سّيد سابق هو ما استند عليه الفقه الجزائريّ؛ منهم القاضي عمر حمدي باشا رئيس المجلس القضائيّ سابقا بسكيكدة؛ حيث أيّد تعديل المادة 54 الّتي ألغت موافقة الزّوج ورضاه.

---

[1] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 141262، قرار صادر بتاريخ 1996/07/30، المجلّة القضائيّة، ع 01، 1998، ص 120.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 336380، قرار صادر بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، ع 61، 2006، ص 328.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 656259، قرار صادر بتاريخ 2011/09/15، مجلّة المحكمة العليا، ع 01، 2012، ص 318.

[4] سّيد سابق، فقه السّنة، -الخلع-، المرجع السّابق، ص 299.

غير أنّ ما نلاحظه، هو أنّ كلام السّيد سابق فيه اعتراف صريح برضا الزّوج وهو مخالف ومنافي تماما لاجتهادات المحكمة العليا، كما أنّه يجيز ويسمح للقاضي بأن يجبر الزّوج على الخلع عند طلب الزّوجة ذلك، عكس القضاء الّذي لا يجبر الزّوج على الخلع وإنّما تقوم به الزّوجة مباشرة، وما على القاضي إلاّ أن يصدر حكم الخلع ويحكم بالبدل.

وعليه، نستخلص أنّ تكيّيف الخلع من حيث كونه حقّ للزّوجة أو تصرّف انفراديّ تقوم به متى شاءت، فيه إجحاف وظلم للزّوج نوعا ما، خاصة وأنّه خالف التّكيّيف الفقهيّ له؛ حيث اعتبره الفقهاء عقدا رضائيّا، وحسب رأيّنا فإنّ هذا هو التّكيّيف الأصوب والصّحيح، حسب ما جاء في مشروعيّة الخلع من آيات قرآنيّة وأحاديث نبويّة شريفة.

لذا، يجب ألاّ نلغي دور الزّوج في الخلع، وأن يكون على مستوى المحاكم إيجاب وقبول بين الطّرفين؛ لأنّ الزّواج كان قائما أصلا بين كلّ من الزّوج والزّوجة وليس الزّوجة لوحدها[1].

2. تكيّيف الخلع من حيث كونه عقدا رضائيّا أو انفراديّا وفق التّشريعات العربيّة:

جاء في المادة 11 من قانون الأحوال الشّخصيّة الكويتيّ، في الفقرة (أ) أنّ: «الخلع هو طلاق الزّوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع، أو الطّلاق، أو المبارأة، أو ما في معناها». وهذا معناه أنّ الخلع عقد اتّفاقيّ، ويجب أن يكون تراضيا بين الزّوجين، فلا يملك الخلع غيرهما أو من يوكّلانه.

وهناك من يرى أن هذا ظلم للزّوجة والأطفال معا، عند عدم تجاوب الزّوج لطلب الزّوجة في الخلع مقابل عوض، وربّما هذا من أبرز عيوب الخلع الرّضائيّ.

[1] مكتب المحامية موفي الموسى، الخلع القضائيّ، منشور على الرّابط الآتي: http://almousalawfirm.com، تاريخ التّصفّح: 2023/07/04، على السّاعة 11:39 سا.

ولكّن بصدور قانون محكمة الأسرة رقم 12 لسنة 2015، جعل للزّوجة نصيب من رفع دعوى الخلع أمام المحاكم الأسريّة؛ فقد نصّت على ذلك المادة 05 البند (د) كما يلي: «التّطليق والخلع والإبراء والفرقة بين الزّوجين بجميع أسبابها».

وبناءً على هذا القانون وهذه المادة، أصبح للزّوجة الحقّ في رفع دعوى الخلع والحقّ في الخلع القضائيّ، عند تعنّت الزّوج ورفضه طلاقها بعد طلبها للخلع الرّضائيّ.

كما جاء في المادة 85 من مشروع قانون الأحوال الشّخصيّة الموحّد للإقليمين المصريّ والسّوريّ في عهد الوحدة بينهما، ما يلي: «الخلع هو تطليق الزّوجة لقاء عوض بلفظ الخلع أو الطّلاق أو ما في معناه كالمبارأة»[1].

وعليه، فإنّ القانون السّوريّ نصّ هو الآخر على أحكام الخلع –كما بيّنا ذلك في تعريفه سابقا–؛ حيث اشترط الموافقة بين الزّوجين كونه يقوم على مبدأ الرّضائيّة، وهو ما تطرّقنا إليه بالتّفصيل آنفا.

أمّا بالنّسبة للقانون المصريّ، فإنّه إضافة إلى القانون رقم 01 لسنة 2000 المتعلّق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التّقاضي في مسائل الأحوال الشّخصيّة المصريّة، الّذي كان يهدف إلى تسهيل الإجراءات على مستوى المحاكم، إلاّ أنّه تجاوز ذلك عندما أضيفت إليه عدّة مواد متنافية مع الوسط الدّينيّ والثّقافيّ والشّعبيّ للمجتمع المصريّ، وهذا تأثّرا بالمؤتمرات الدّوليّة وما أملته من توصيّات منافية للشّريعة الإسلاميّة، تدعو علنا وصراحة لتحرّر المرأة.

فقد جاء في المادة 20 منه المذكورة سابقا في تعريف الخلع، ما هو مخالف لما جاء به فقهاء المذاهب الأربعة، بوجوب التّراضي بين الزّوجين على الخلع؛ حيث

[1] مصطفى أحمد الزرقا، مشروع قانون الأحوال الشّخصيّة الموحّد للإقليمين المصريّ والسّوريّ في عهد الوحدة بينهما، د. ط، دار القلم، دمشق، 1996، ص 181.

جعلت البغضاء سببا كافيا ووافيا لطلاق الزّوجة من زوجها، مجبرة وملزمة القاضي بإصدار حكم الخلع؛ حيث جعلته بمثابة موظّف التّوثيق من خلال سلب حقّه في تقرير الأمر[1].

وعليه، فإنّ ما يلاحظ على هذه المادة أنّ الصّلح أو كما أسماه المشرّع المصريّ الإصلاح، هو مجرّد عمل وإجراء روتينيّ فقط؛ لأنّه في الأخير سيحكم للزّوجة بالخلع وهذا ما يدلّ على اعتباره حقّا أصيلا لها.

فالخلع في القانون المصريّ بحسب ما جاءت به المادة 20، مقسّم إلى قسمين:

1. **الخلع الرّضائيّ:** ركنه الأساسيّ الإيجاب والقبول.
2. **الخلع غير الرّضائيّ:** ركناه محاولة الصّلح بين الزّوجين والبغضاء.

حيث علّق المشرّع المصريّ الحكم في الخلع الرّضائيّ على:

- محاولة الصّلح بين الزّوجين من خلال ندب حكمين لموالاة مساعي الصّلح بينهما.
- تصريح الزّوجة ببغض زوجها مع استحالة استمرار العيش معه، وخشيتها من ألاّ تقيم حدود الله سبحانه وتعالى.

وبالتّالي، فإنّ هذا المنطق الّذي تبنّاه المشرّع المصريّ، خالف به فقهاء المذاهب الأربعة[2].

وقد أيّدت المحكمة الدّستوريّة العليا المصريّة، المادة 20 في حكمها الصّادر في الدّعوى رقم 23/201، كما يلي: «قد أخذت بمذهب المالكيّة ويجوز للزّوجة أن تخالع

[1] عادل فتحي عبد الله، الخلع بين الفقه والقانون، د. ط، الدّار الذّهبيّة، مصر، 1999، ص 29.

[2] أحمد نصر الجندي، من فرق الزّوجيّة: الخلع- الإيلاء- الظّهار- اللّعان، د. ط، دار الكتب القانونيّة، مصر، 2005، ص 48.

نفسها إذا ما بغضت الحياة مع زوجها، وعجز الحكمان عن الصّلح بينهما، فيخلعها القاضي من زوجها بعد أخذ رأي الحكمين، على أن تدفع له ما قدّمه لها من عاجل الصّداق»[1].

غير أنّ المالكيّة في حقيقة الأمر، يعيّنون الحكمين في دعوى التّطليق للضّرر عند رفعها من قبل الزّوجة ورفضها لعجز إثبات ضررها، ثمّ إعادة شكواها من جديد لتضرّرها؛ ففي هذه الحالة تعيّن المحكمة حكمين لمعرفة طبيعة النّزاع وحقيقته[2].

وعليه، فندب الحكمين يكون عند الشّقاق بين الزّوجين ليصلحا بينهما، ولا يكون في الخلع القائم على مبدأ الرّضائيّة؛ لأنّه ليس من عملها التّفريق.

وهناك من يرى بأنّ الحكم بالخلع يكون باطلا عند عدم رضا الزّوج، وتبقى العلاقة قائمة بين الزّوجين، فإذا ما تزوّجت الزّوجة مرّة ثانية فإنّ معاشرتها لزوجها الثّاني تكون زنا[3].

أمّا قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ، فقد أخذ بالخلع الرّضائيّ وأضاف إليه الخلع القضائيّ عند تعنّت الزّوج ورفضه للخلع، وذلك بحسب ما جاءت به المادة 110 في البند 05، كما يلي: «استثناءً من أحكام البند (1) من هذه المادة، إذا كان الرّفض من جانب الزّوج تعنّتا وخيف ألاّ يقيما حدود الله سبحانه وتعالى، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب».

والملاحظ هنا، أنّ المشرّع الإماراتيّ قد خرج وانحرف عن مبدأ الرّضائيّة، لكّن في حالة واحدة فقط ألا وهي تعنّت الزّوج عن الخلع ورفضه إيّاه، فهنا يحكم القاضي

---

[1] المحكمة الدّستوريّة العليا المصريّة، قضيّة رقم 201 لسنة 23، منشور على: http://hrlibrary.umu.edu، تاريخ التّصفّح: 2023/07/04، على السّاعة 19:05 سا.

[2] أحمد نصر الجندي، من فرق الزّوجيّة: الخلع- الإيلاء- الظّهار- اللّعان، المرجع السّابق، ص ص 55، 56.

[3] نصر فريد واصل (مفتي الجمهوريّة المصريّة)، إكراه الزّوج على خلع زوجته -طلاق باطل-، جريدة الميدان، 25 شوال 1420هـ الموافق لـ 1 فبراير 2000.

بالمخالعة مقابل البدل، وهذا هو الاستثناء. أمّا كأصل عام فقد جاء في المادة 110 البند (1) ما يلي: «الخلع عقد بين الزّوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزّواج، بعوض تبدله الزّوجة أو غيرها».

ومعنى هذا، أنّه إذا رفض الزّوج إتمام الخلع يكون للزّوجة إقامة دعوى الخلع بطلب أمام المحكمة المختصّة، وتقام الدّعوى وفقا لقواعد قانون الإجراءات المدنيّة الإماراتيّ[1].

فالمشرّع الإماراتيّ لم يتّبع كلّ من القانون المصريّ والقانون الأردنيّ، اللّذان قنّنا الخلع القضائيّ بعد فشل محاولات الصّلح بين الزّوجين؛ بل سار على مذهب الأئمّة الأربعة؛ حيث أخذ بمبدأ الرّضائيّة كأصل عام، وكرّس الاستثناء عند تعنّت الزّوج ورفضه للخلع.

عموما، يمكننا القول أنّ جلّ التّشريعات العربيّة أخذت بمبدأ الرّضائيّة مع بعض الاستثناءات في حالات معيّنة[2]، إلاّ المشرّع الجزائريّ الّذي انحرف انحرافا كلّيا عن مبادئ الشّريعة الإسلاميّة وآراء الفقهاء؛ حيث ألغى رضا الزّوج وموافقته إلغاءً كلّيّا وجعل القاضي ملزما بالاستجابة لرغبة الزّوجة في الخلع، دون أن يتحقّق من الأسباب الموجبة له[3].

وهذا ما فتح الباب على مصراعيه للتّفكّك الأسريّ وفكّ عرى الزّوجيّة، لذا نقترح تعديل المادة 54 من قانون الأسرة الجزائريّ، وضبطها وفق قواعد الشّريعة

---

[1] محمّد أحمد شحاتة حسين، شرح قانون الأحوال الشّخصيّة لدولة الإمارات العربيّة المتحدة، المرجع السّابق، ص 54.

[2] نظيرة عتيق، أثر الاجتهاد القضائيّ على مبدأ الرّضائيّة في التّفريق بالخلع، مجلّة البحوث والدّراسات، مج 13، ع 01، جامعة الوادي، 2016، ص 93.

[3] محمود دودين، التّطوّرات الحاصلة على قوانين الأحوال الشّخصيّة في الدّول العربيّة، مطبوعة بيداغوجيّة، كلّية الحقوق، جامعة بيرزيت، 2015، ص 15.

الإسلاميّة ووضع حدود لها؛ للحدّ من تفاقم ظاهرة الخلع وسط المجتمع الجزائريّ وجعل للمادة المعدّلة أصلا عاما واستثناءً، كما هو معمول به في التّشريعات العربيّة المقارنة.

حيث يكون مقترحنا كالتّالي: «الخلع عقد بين الزّوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزّواج، مقابل عوض تبدله الزّوجة أو وليّها.

إذا اختلف الزّوجان في قيمة العوض حكم القاضي للزّوج بصداق المثل وقت صدور الحكم.

استثناءً من أحكام الفقرة 01 من هذه المادة، إذا رفض الزّوج هذا الخلع تعنّتا مع تقصيره في أداء واجباته الزّوجيّة، وإخلاله بأحكام المادة 36 من نفس القانون، حكم القاضي بالخلع مقابل عوض مناسب».

وهذا حتى لا يتحوّل الخلع من وسيلة لحماية الزّوجة ورفع الضّرر عنها، إلى وسيلة هدم وتفكيك للأسرة.

أمّا بخصوص مشروع قانون الأحوال الشّخصيّة الفلسطينيّ، فقد قام بدمج الخلع الرّضائيّ والقضائيّ معا؛ حيث جاء في المادة 184 ما يلي: «إذا لم يتراضَ الزّوجان على الخلع، ورفض الزّوج الاستجابة لطلب الخلع، فللقاضي أن يحكم لها بذلك إذا اقتنع بوجود خلاف بينهما، أو سبب تستحيل معه الحياة الزّوجيّة».

يتّضح من خلال هذه المادة، أنّ الحكم بالخلع متوقّف على قناعة القاضي، وليس مجرّد تصرّف انفراديّ للزّوجة[1].

ولربّما هذا من أفضل النّصوص القانونيّة؛ حيث يأخذ بالخلعين معا الرّضائيّ والقضائيّ، ولكنّه لا يترك الحكم لإرادة الزّوجة وحدها، وإنّما تضاف إليه قناعة

[1] أمجد عبد الفتاح أحمد حسان وحسن فلاح موسى فلاح، الخلع تحت عينيّ الزّوج، مجلّة القانون والعلوم السّياسيّة، مج 04، ع 02، جامعة النّجاح الوطنيّة، نابلس– فلسطين، رمضان 1439هـ الموافق لـ جوان 2018م، ص 29.

القاضي الّذي يقرّر استمراريّة الحياة الزّوجيّة من عدمها. وعليه، فالقانون هنا أعطى للقاضي صلاحيّة إجبار الزّوج على الخلع، إذا اقتنع بكراهة الزّوجة لزوجها[1].

الفرع الثّاني: مظاهر تعسّف الزّوجة عند استعمال الخلع وضرره على الزّوج:

اتّضح لنا ممّا سبق أنّ الخلع من النّاحيّة القانونيّة، هو حقّ خالص للزّوجة تنهي به علاقتها بزوجها، غير أنّ هذا الحقّ –وكما هو المعروف– يكون محدودا بما ليس فيه مساس وضرر بالغير.

حيث قد تتعسّف الزّوجة في طلب الخلع، فينحرف استعمال هذا الحقّ عن مساره مسبّبا ضررا للزّوج، وبالتّالي يتحوّل الخلع من وسيلة لرفع الضّرر وإزالته عن الزّوجة إلى وسيلة للإضرار بالزّوج.

وعليه، فإنّه ما سيقع على عاتقنا في هذا الفرع هو الوقوف على مظاهر التّعسّف في الخلع (أوّلا)، ثمّ ضرره على الزّوج (ثانيا).

أوّلا– مظاهر تعسّف الزّوجة في الخلع:

يمكن تطبيق معايّير نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ؛ الشّخصيّة منها والذّاتيّة الواردة في نصّ المادة 124 من القانون المدنيّ الجزائريّ، على مسألة الخلع على النّحو الآتيّ:

أوّل معيار هو نيّة قصد الإضرار بالغير؛ حيث تقوم الزّوجة بخلع زوجها دون ضرورة ملحّة لذلك، عدوانا وانتقاما فقط منه ومن أسرته[2]. كأن تخلع زوجها لمجرّد

[1] ماهر نبيل أحمد إدريس، مذهب سفيان الثّوري في الطّلاق والخلع –دراسة مقارنة–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القضاء الشّرعيّ، كلّية الدّراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 1435هـ – 2014م، ص 149.

[2] موسى بن ثغري، إثبات التّعسّف في دعوى الخلع، مجلّة الصّدى للدّراسات القانونيّة والسّياسيّة، مج 01، ع 01، جامعة خميس مليانة، 2019، ص 06.

أنّه لم يسمح لها بحضور حفل زفاف أو منعها من السّباحة أو ...، وبالتّالي مطالبتها بالخلع في هذه الحالة، هي دون مبرّر شرعيّ وجدّي، وهذا هو عين التّعسّف.

وكما رأينا سابقا في الطّلاق التّعسّفيّ، من اعتبار الزّوج متعسّفا في استعمال حقّه في الطّلاق، إذا تمسّك بإيقاعه في مقابل تمسّك الزّوجة بالرّجوع، فإنّ الحال ذاته في الخلع إذا تعسّفت الزّوجة في استعماله وتمسّكت به أثناء انعقاد جلسات الصّلح، في مقابل تمسّك الزّوج بزوجته ورفضه فكّ عرى الزّوجيّة[1].

وأمام هذه الحالة، فإنّنا نأمل مستقبلا أن تكون للقاضي سلطة تقديريّة في إقرار الخلع التّعسّفيّ ورفع الضّرر عن الزّوج، خاصة وأنّ الزّوجة ليست مطالبة بتقديم أسباب ودوافع الخلع.

أمّا المعيار الثّاني، فهو تحقيق مصلحة قليلة الأهمّيّة لا تتناسب مع ما يصيب الزّوج من ضرر؛ فمثلا هناك زوجات يخلعنّ أزواجهنّ من أجل الهجرة إلى أوروبا وهذا –حسب رأينا– ليس بسبب يستحقّ هدم الأسرة من أجله، وهناك من تقوم بالخلع للهروب مع خليلها وتترك وراءها زوجا محبطا نفسيّا، يتخبّط في ضرر لا يجبره ذلك البدل الزّهيد. فالزّوجة هنا تكون متعسّفة في استعمال الخلع، خاصة إذا كان الزّوج ذا أخلاق ودين، ومع هذا تصرّ عليه لأسباب تخصّها كامنة في نفسها.

تجدر الإشارة هنا، إلى أنّه في حالة ما إذا ادّعى الزّوج الضّرر من استعمال الخلع، فإنّه يقع على عاتقه عبء الإثبات أنّ الزّوجة قد انحرفت عن المسار المألوف للزّوجة العاديّة، وأنّه لم يكن سببا في دفعها لطلب الخلع، بل هي من لجأت إليه طواعيّة وأنانيّة منها، وله الحقّ في استعمال كافّة طرق الإثبات القانونيّة، وفي المقابل للزّوجة الحقّ في إثبات عكس ذلك، وتقديم الدّوافع الحقيقيّة الّتي أجبرتها على طلب الخلع[2].

[1] علي سنوسي، المرجع السّابق، ص 307.

[2] المرجع نفسه، ص 309.

أمّا بخصوص آخر معيار، فيتمثّل في عدم مشروعيّة المصالح؛ حيث يعتبر استعمال الحقّ تعسّفا إذا كانت المصالح غير مشروعة؛ لأنّ شريعتنا الإسلاميّة جاءت للحفاظ على المصالح، ولعلّ خير مثال على ذلك طلب الزّوجة الخلع مقابل التّنازل عن حضانة الأولاد للأب، وهذا تعسّف له امتداد حتى على الأبناء القصّر[1]، وليس الزّوج فقط، أيضا طلب الزّوجة الخلع في مرض الموت حتى يحرم الزّوج من الميراث، وهذا هو التّعسّف بحدّ ذاته.

وبناءً عليه، فإنّنا نلاحظ اعترافا واضحا بالضّرر الّذي يلحق الزّوجة عند الطّلاق التّعسّفيّ، في مقابل عدم الاعتراف بالضّرر الّذي يلحق الزّوج عند الخلع التّعسّفيّ.

لذلك ينبغي تعديل النّصوص القانونيّة الّتي تناولت مسألة الخلع، وكذا الاعتراف بالخلع التّعسّفي مع تحميل الزّوجة مسؤوليّة التّعسّف، حتى نضبط ظاهرة الخلع ونحدّ منها، كما هو الحال في الطّلاق التّعسّفيّ.

ثانيا- ضرر الخلع التّعسّفيّ على الزّوج:

من المؤكّد أنّ الزّوج المخلوع يصاب بالعديد من الأضرار المعنويّة (النّفسيّة) والماديّة (الماليّة) جرّاء الخلع، خاصة بعدما أصبح حقّا خالصا للزّوجة وتصرّفا انفراديّا لا يتطلّب موافقته ورضاه.

ولعلّ أبرز ضرر يصيب الزّوج المخلوع، هو الضّرر المعنويّ المتمثّل في الأذى النّفسيّ الّذي قد يشعر به نتيجة خلعه؛ فقد يفقد بسببه ثقته بنفسه وبرجولته وتُمسّ كرامته وشرفه وحتى مركزه في المجتمع العربيّ، المعروف عنه أنّه يتقبّل طلاق الرّجل للمرأة ولا يتقبّل خلع المرأة للرّجل؛ حيث يراه بصمة عار على جبينه. كما

[1] عبد الهادي لهزيل، حقّ الزّوجة في اللّجوء إلى التّفريق القضائيّ -دراسة مقارنة في التّشريع الجزائريّ والتّونسيّ والمغربيّ-، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصّص القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة الشّهيد حمّة لخضر، الواديّ، 2019 – 2020، ص 90.

يمكن أن تصدر بحقّه عدّة شائعات تشعره بالنّقص أمام معارفه، فتتملّكه مشاعر الغضب والانتقام من زوجته بسبب كبريائه وغروره.

فشعور الزّوج المخلوع هو ذاته شعور الزّوجة المطلّقة، لكّن على الأغلب يكون زوجا متّهما؛ لعلم النّاس بمدى حرص المرأة على بيتها الزّوجيّ عادة؛ فهو في نظرهم زوج سيّء أو به عيب جنسيّ مثلا، وبالتّالي ليردّ اعتباره أمام النّاس وينفي ظنونهم يكثر من ذكر عيوب زوجته ومساوئها، على أنّها امرأة متهاونة وغير صالحة للزّواج وبناء الأسرة وتربية الأبناء[1].

هذا، ويعتبر أكبر ضرر نفسيّ يصيب الزّوج هو خلعه عند كبره؛ حيث يرى زوجته ناكرة للجميل خاصة وأنّ هذا الضّرر محقّق الوقوع؛ كونه خسر حياة زّوجيّة استمرّت لسنوات طويلة، أفنى حياته ونذر عمره في خدمة أسرته ومتطلّباتها، وبعد كبره وعجزه طالبته بالخلع أمام المحاكم، فتتأثّر نفسيّته نظرا لفقدانه فرص الزّواج في سنّه المتقدّم هذا، وبالتّالي لا معيل ولا أنيس[2].

كما أنّ الزّوج المخلوع يفقد الثّقة في كلّ النّساء، وبالتّالي يصعب عليه الزّواج ثانية، أمّا في حال ما إذا قرّر الارتباط بامرأة أخرى، فيمكن أن يكون ذلك بدافع الانتقام لرجولته لا غير. ناهيك عن الضّرر الماديّ الّذي يصيبه في ذمّته المالية؛ فبحسب الأعراف يتكبّد الزّوج مبالغ باهظة ومصاريف ونفقات مرهقة في زواجه، من إعداد مسكن الزّوجيّة ودفع المهر والهدايا المختلفة ...، بينما تردّ له الزّوجة عند الخلع مبلغا زهيدا ورمزيّا، تمّ توثيقه عند إبرام عقد الزّواج بصفة شكليّة فقط، وأقلّ بكثير من التّكاليف الّتي دفعت للزّوجة في حال الزّواج.

---

[1] محمّد كمال الشريف، نفسيّة الزّوج المخلوع، منشور على الرّابط الآتي: http://annafs.com، تاريخ التّصفّح: 2023/07/15، على السّاعة 20:15 سا.

[2] موسى بن ثغري، المرجع السّابق، ص 07.

ولعلّ أشدّ ضرر يصيبه بعد هدم الأسرة، هو خسارته لممتلكاته الّتي ملّكها لزوجته من ماله وعرق جبينه وأحيانا غربته، ليجد نفسه في الأخير زوجا مخلوعا[1].

تجدر الإشارة هنا، إلى أنّ ضرر الخلع على الزّوج يعتمد أساسا على أسبابه فلو كانت أسبابا قويّة وقاسيّة مع علم الزّوج بمدى جسامتها، كان الضّرر ضعيفا وسهل تجاوزه، كما أنّه لا يحسّ بالإهانة.

أمّا إذا كانت الأسباب واهية، فإنّ الضّرر يكون شديدا وقويّا على نفسيّة الزّوج وبالتّالي يشعر باهتزاز رجولته، ويصاب بالكآبة أو يتحوّل إلى شخص عدوانيّ منتقم وكلّ هذا يؤثّر عليه عمليّا واجتماعيّا[2].

يمكننا القول في الأخير، أنّه من المفيد التّأكيد على أنّ ضرر الزّوج من الخلع راجع للثّقافة الذّكوريّة المنشرة في المجتمع العربيّ، المتمثّلة في بروز المركزيّة الذّكوريّة الّتي تحكم الرّؤى والتّصوّرات، وتؤطّر العلاقات بين الفضاءين الذّكوريّ والأنثويّ، وهذا ما انعكس على النّظام الأسريّ[3].

[1] منال محمود المشني، المرجع السّابق، ص 237.

[2] يسرى عبد المحسن، الأثر النّفسي على الرّجل المخلوع يختلف حسب شخصيّة الزّوج وأسباب الخلع، منشور على الرّابط الآتي: https://www.masress.com، تاريخ التّصفّح: 2023/07/15، على السّاعة 22:10 سا.

[3] نور الدّين كوسة، دور القيم الذّكورية في تحديد مكانة المرأة في المجتمع الجزائريّ –مقارنة نظريّة استنادا إلى المدخل الثّقافي–، مجلّة التّدوين، مج 06، ع 01، جامعة محمّد بن أحمد، وهران، جويلية 2020، ص 266.

المبحث الثّاني: بدل الخلع ومدى اعتباره تعويضا عن الضّرر

يعتبر الخلع حقّا من حقوق المرأة، وهو جائز بتراضي الزّوجين؛ غير أنّه إذا امتنع الزّوج عن الخلع، جاز للقاضي إلزامه به ولو بغير رضاه؛ دفعا للضّرر عن المرأة.

وكما بيّنا سابقا، فإنّ الخلع يقابل ويناظر حقّ الرّجل في الطّلاق؛ إذ أنّ للزّوجة الحقّ أيضا في إنهاء الحياة الزّوجيّة، مقابل مال تفتدي به نفسها، تقدّمه لزوجها نظير طلاقها منه.

هذا، وقد أباحت الشّريعة الإسلاميّة للزّوج قبول هذا المال، عندما يخاف كلا الزّوجين ألاّ يقوما بحقّ الزّوجيّة، وألاّ تكون بينهما عشرة زوجيّة يرتضيها الدّين الإسلاميّ[1].

بمعنى أنّ صاحب الحقّ ملزم بالتّعويض عن الضّرر الّذي ألحقه بغيره، نتيجة إساءة استعمال حقّه. وعليه، فالتّساؤل الّذي يطرح نفسه في هذه الحالة، يتمحور حول ما إذا كان ذلك البدل يعتبر تعويضا عن ضرر الخلع، مثله مثل التّعويض الّذي يعطى للزّوجة عن الطّلاق التّعسّفيّ؟ أم أنّه لا يرتقي لمصاف التّعويض؟

وللإجابة عليه، سنقوم بتوضيح بدل الخلع في الفقه والقانون (المطلب الأوّل)، ثمّ مدى تأثير اتّفاقيّة سيداو على مسألة الخلع وبدله، ومدى اعتباره تعويضا عن الضّرر (المطلب الثّاني).

[1] محمّد أبو زهرة، المرجع السّابق، ص 329.

المطلب الأوّل: بدل الخلع في الفقه والقانون

من الضّروريّ وجود بدلٍ للخلع مقابل هذا الأخير؛ وهو حقّ ماليّ مقرّر للزّوج نظير خلعه، بحسب ما جاءت به الشّريعة الإسلاميّة وسايرتها التّشريعات العربيّة.

لذا، سنحاول من خلال هذا المطلب التّطرّق إلى بدل الخلع من النّاحية الفقهيّة (الفرع الأوّل)، ثمّ من النّاحية القانونيّة (الفرع الثّاني)؛ حتى يتسنى لنا معرفة الفرق بين كلّ من الفقه والقانون في هذه المسألة.

الفرع الأوّل: بدل الخلع في الفقه الإسلاميّ:

لمعرفة المقابل الّذي تقدّمه الزوجة لزوجها نظير طلاقها منه، يقتضي منّا الأمر الحديث عن معنى بدل الخلع ومشروعيّته (أوّلا)، ثمّ ما الّذي يصحّ أن يكون بدلا له (ثانيا)، ثمّ مقداره (ثالثا)، وأخيرا أنواعه (رابعا).

أوّلا- معنى بدل الخلع ومشروعيّته:

سنحاول في هذه النّقطة معرفة معنى البدل ثمّ مشروعيّته، بحسب ما جاءت به شريعتنا الإسلاميّة السّمحاء.

1. معنى بدل الخلع:

بدل الخلع هو العوض من جانب الزّوجة أو غيرها، عند إزالة ملك النّكاح «فالعوض جزء أساسيّ من مفهوم الخلع، ولا يتحقّق إلاّ بتحقّق العوض؛ فمثلا إذا قال الزّوج لزوجته: خالعتك وسكت، لم يكن ذلك خلعا، ثمّ إنّه إن نوى الطّلاق كان طلاقا رجعيّا. وإن لم ينوِ شيئا لم يقع به شيء؛ لأنّه من ألفاظ الكتابة الّتي تفتقر إلى النّيّة»[1].

[1] علي أحمد عبد العال الطهطاوي، المرجع السّابق، ص 40.

«يرى الشّافعيّة أنّ الخلع لا يصحّ بلا عوض، وأنّه لمّا جاز أن يملك الزّوج الانتفاع بالبضع بعوض، جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض؛ كالشّراء والبيع، فالنّكاح كالشّراء والخلع كالبيع»[1].

أمّا إيقاع الخلع من غير عوض، كان خلعا كذلك عند الإمام مالك؛ لأنّه طلاق قصد أن يكون خلعا، فكان على ما قصده كالّذي معه العوض؛ فالمالكيّة أجازوا الخلع بعوض وبغيره[2].

2. مشروعيّة بدل الخلع:

ثبتت مشروعيّة بدل الخلع بالكتاب الحكيم والسّنة النّبويّة الشّريفة، وحتى لا تجتمع على الزّوج خسارتين؛ هما خسارة زوجته وخسارة الصّداق الّذي قدّمه لها، أحلّ له الله عزّ وجلّ أخذ الفداء في قوله جلّ شأنه: ﴿... فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ ... (229)﴾[3]. فالزّوج يأخذ بدل الخلع كعوض عن فكّ الرّابطة الزّوجيّة؛ كونه لم يختر إنهاءها ولم يكن سببا في ذلك[4].

وعليه، فلا حرج في أخذ الزّوج للبدل إذا تحقّقت شروط أخذه؛ وأوّلها –كما بيّنا سابقا– كره الزّوجة لزوجها، وأنّها هي من طلبت فكّ العصمة، ولم تكن مكرهة على ذلك.

---

[1] محمد بن أحمد بن الخطيب الشربينيّ الشافعيّ، المرجع السّابق، ج 04، كتاب الخلع، ص 430.

[2] علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السّابق، ج 01، باب الطّلاق والرّجعة وما يتعلّق بهما، ص637.

[3] سورة البقرة، الآية 229.

[4] نور الدّين عماري، دور إرادة الزّوجة في فكّ الرّابطة الزّوجيّة في القوانين المغاربيّة للأسرة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، قسم القانون الخاص، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017–2018، ص 276.

فالنّشوز إذا كان من الزّوج، لا يحلّ له أخذ شيء من العوض، وهو رأي الحنفيّة أمّا إذا كان منه وعلم أنه ظالم لها، وقع عليه الطّلاق ويردّ إليها ما أخذه منها، وهو رأي المالكيّة[1].

أمّا عن دليل مشروعيّة بدل الخلع في السّنة النّبويّة المطهّرة، فيتمثّل في حديث رسول الله صلّى الله عليه وسلّم مع امرأة ثابت بن قيس: «... ﴿أتردّين عليه حديقته؟﴾ قالت: نعم، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿إقبل الحديقة وطلّقها تطليقة﴾» رواه البخاريّ والنّسائي.

فالزّوجة هنا بذلت العوض للفرقة، المتمثّل في صداقها؛ حيث قامت بإرجاعه له فالرّسول صلّى الله عليه وسلم، بيّن لها أنّ صحّة الخلع تكون بأخذ البدل منها كمقابل له لفائدة الزّوج.

ثانيا- ما يصحّ أن يكون بدلا للخلع:

تقول القاعدة الفقهيّة: إنّ كلّ ما يصحّ أن يكون مهرا يصحّ أن يكون بدلا للخلع ويمكن أن يكون نقودا أو أعيانا؛ كالعقّارات والمنقولات أو منافع مقوّمة بالمال؛ سواء كان هذا هو المهر أو غيره[2]. لأنّ ما يصلح أن يكون بدلا للمتقوّم، أولى أن يصلح لغيره[3].

ولو خالع الزّوج بمجهول أو خمر بانت منه زوجته بمهر المثل؛ حيث يشترط في العوض شروط الثّمن من كونه متموّلا معلوما مقدورا على تسليمه.

---

[1] سامح عبد السلام محمد، مشروعيّة أخذ العوض، منشور على الرّابط الآتي: www.alukah.net، تاريخ التّصفّح: 2024/03/14، على السّاعة 15:57 سا.

[2] أحمد محمّد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السّابق، ص 82.

[3] عبد الغني الغنيمي الميدانيّ الدّمشقيّ، المرجع السّابق، كتاب الخلع، ص 159.

وعلى هذا، لو خالع بمجهول كأحد العبدين أو خمر معلومة أو نحوها ممّا لا يمتلك بانت بمهر المثل؛ لأنّه المراد عند فساد العوض[1].

وكان رأي المالكيّة أن يكون الخلع ممّا صحّ تملّكه وبيعه؛ فلا يجوز الخلع بالمال الحرام؛ كالمال المغصوب والخمر؛ فإن وقع الخلع بمال حرام لزم الطّلاق، ويردّ المال إلى صاحبه إن كان مغصوبا. أيضا ألاّ يؤديّ عوض الخلع إلى أمر لا يجوز؛ كأن يخالع الزّوج على أن تخرج المرأة من مسكنها ولا تسكنه زمن العدّة، فهذا شرط باطل. كذلك الحكم إذا أدّى عوض الخلع إلى عقد محرّم؛ كالرّبا، أو السّلف، فلا يجوز للزّوجة أن تتّفق مع زوجها على الطّلاق مقابل أن تسلّفه مالا[2].

أمّا الحنفيّة فقالوا: ما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا للخلع؛ فإن خالعت الزّوجة زوجها على خمر أو خنزير وقُبِل منها، فإن كان بلفظ الخلع ونحوه بانت منه ولا شيء له عليها ولا يسقط شيء من مهرها، وإن كان بلفظ الطّلاق وقع رجعيّا بعد الدّخول وبائنا قبله. أمّا إذا كان العوض مالا مغصوبا صحّ الخلع والتّسميّة معا، وإن أجازه المالك أخذه الزّوج، وإن لم يجزه أخذ قيمته[3].

«كما اشترط الحنابلة في عوض الخلع أن يكون مالا حلالا، فإذا خالعها على خمر أو خنزير وهما يعلمان تحريمه، فإنّ الخلع يقع فاسدا؛ لأنّ الرّضا به يدلّ على الرّضا بغير عوض، ولابدّ من العوض لأنّه ركن الخلع. أمّا إن كانا لا يعلمان التّحريم فإنّه يصحّ الخلع، وتلزم الزّوجة بدفع قيمة العوض أو مثله، إن كان له مثل من حلال»[4].

---

[1] محمد بن أحمد الخطيب الشربينيّ الشافعيّ، المرجع السّابق، كتاب الخلع، ص 435.

[2] الصّادق عبد الرحمن الغرياني، مدوّنة الفقه المالكيّ وأدلّته، ج 02، د. ط، مؤسّسة الرّيان، بيروت، د. س. ن، ص ص 706-707.

[3] عبد الرّحمن الجزيريّ، المرجع السّابق، ج 04، كتاب الطّلاق، ص 364.

[4] المرجع نفسه، ص 366.

نستخلص ممّا سبق، أنّ ما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا للخلع، مع اتّفاق الفقهاء على أن يكون هذا البدل حلالا.

ثالثا- مقدار بدل الخلع:

انقسم الفقهاء في مقدار بدل الخلع إلى قسمين (فريقين):

1. الفريق الأوّل: يرى أصحاب هذا الفريق أنّ البدل في الخلع غير مقدّر؛ حيث يمكن أن يكون بأكثر من المهر أو بأقلّ أو مساوٍ له؛ وذلك مصداقا لقول الله تبارك وتعالى: ﴿... فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ... (229)﴾[1].

كما «روي عن عمر وعثمان وابن عمر رضوان الله عنهم، أنّه جائز أن يخلعها على أكثر ممّا أعطاها ولو بعقاصها. وقال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمّد: إذا كان النّشوز من قبلها حلّ له أن يأخذ منها ما أعطاها ولا يزداد، وإن كان النّشوز من قبله لم يحل له أن يأخذ منها شيئا، فإن فعل جاز في القضاء، وذكر ابن القاسم عن مالك: أنّه جائز للرّجل أن يأخذ منها في الخلع أكثر ممّا أعطاها ويحلّ له»[2].

2. الفريق الثّاني: يرى هذا الفريق بأنّ البدل في الخلع مقدّر بحسب المهر الّذي تزوّجها به، ولا يجوز أكثر من ذلك.

فقد قال الزّهريّ وعمر وبن شعيب: لا يأخذ أكثر ممّا أعطاها، وعن سعيد بن المسيِّب قال: ما أرى أن يأخذ كلّ مالها، ولكن لِيدَع لها شيئا. كما رويّ عن عطاء عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم، أنّه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر ممّا أعطاها[3]، رواه أبو حفص بإسناده.

---

[1] سورة البقرة، الآية 229.

[2] تقي الدّين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، ط 01، المكتب العربيّ، بيروت، 1390، ص 57.

[3] ابن قدامة المقدسيّ الدّمشقيّ الحنبليّ، الشّرح الكبير على متن المقنع، المرجع السّابق، ج 22، كتاب الخلع، ص 47.

وكانت حجّتهم في ذلك، أنّ أخذ الزّيادة ليس من مكارم الأخلاق حسب قول الإمام مالك، كما قال ميمون بن مهران في هذا الصّدد: «من أخذ أكثر ممّا أعطى لم يسرّح بإحسان»[1]، لقول الله عزّ شأنه: ﴿... فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ... (229)﴾[2].

كما أنّ إباحة أخذ الزّيادة تغري الأزواج بالعضل[3]. لقول الله تبارك وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا ۖ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ ... (19)﴾[4].

بعد عرضنا لآراء هذين الفريقين، استخلصنا أنّ الرّاجح ألاّ يأخذ الزّوج أكثر من المهر الّذي أعطاه لزوجته، خاصة إن لم تسئ إليه ولم تتعسّف في طلب الخلع وبالتّالي لم يلحقه ضرر منها.

أمّا إذا كانت متعسّفة في طلب الخلع، فهنا نرى أنّه من حقّ الزّوج أن يأخذ أكثر ممّا أعطاها، وتحقّ له الزّيادة؛ جبرا لضرره ودفعا لإساءتها.

رابعا- أنواع بدل الخلع:

من الممكن أن يقع الخلع بدون مقابل ماليّ؛ فيكون البدل عبارة عن منافع كنفقة الزّوجة، أو يكون مقابل إرضاع الصّغير ونفقته، كما يمكن أن يكون على إسقاط حقّ الحضانة، وهذا ما سيتمّ توضيحه تواليا فيما يلي:

[1] تقي الدين الهلالي، المرجع السّابق، ص 61.

[2] سورة البقرة، الآية 229.

[3] تقي الدين الهلالي، المرجع والموضع نفسهما.

[4] سورة النّساء، الآية 19.

1. الخلع على نفقة الزّوجة:

يصحّ أن يكون الخلع على عوض متمثّل في نفقة الزّوجة؛ سواء كانت النّفقة ماضيّة؛ بمعنى مستحقّة للزّوجة قبل زواجها–قبل الخلع–، أو كانت بعده.

«فنفقة العدّة لم تكن واجبة قبل الخلع، وبالتّالي لا يتصوّر إسقاطها به، بخلاف النّفقة الماضية؛ لأنّها كانت واجبة قبل الخلع بفرض القاضي أو بالتّراضي، فكان الخلع إسقاطا بعد الوجوب فصحّ، ولو خلعها على نفقة العدّة صحّ.

كما أنّ نفقة العدّة تجب عند الخلع، وبالتّالي فالخلع عليها مانع من وجوبها، غير أنّ الخلع لا يصحّ على السّكنى؛ لأنّها تجب حقّا لله سبحانه وتعالى، فلا يملك العبد إسقاطه»[1]؛ وذلك مصداقا لقول الله تبارك وتعالى: ﴿... لاَ تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلاَ يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ ... (01)﴾[2].

«ولا يصحّ إبراؤها عن السّكنى في الخلع؛ لأنّ خروجها من بيت الزّوجيّة معصية، ولو أبرأته عن مؤنة السّكنى بأن سكنت في بيت نفسها، أو التزمت مؤنة السّكنى من مالها، صحّ ذلك شرطا في الخلع لأنّه خالص حقّها»[3].

2. الخلع مقابل إرضاع الصّغير:

إذا خافت الزّوجة على الرّضاع، وجب عليها أن ترضع ولدها من زوجها في المدّة المقرّرة؛ فهي ملزمة بإرضاعه لأنّ الرّضاع ممّا يصحّ الاستئجار عليه[4].

---

[1] علاء الدين الكساني، المرجع السّابق، كتاب الطلاق، ص 327.

[2] سورة الطّلاق، الآية 01.

[3] أحمد نصر الجندي، من فرق الزّوجيّة: الخلع– الإيلاء– الظّهار– اللّعان، المرجع السّابق، ص 80.

[4] المرجع نفسه، ص 81.

«فالرّضاعة منفعة متقوّمة يستحقّ في مقابلتها المال، فعليها أن ترضعه بغير أجرّة المدّة المحدّدة، حتى لو لم ترضع لوفاة الطّفل أو هربها أو وفاتها، كان له الرّجوع بقيمة الرّضاعة عن المدّة أو ما بقي منها»[1].

هذا، وذهب المالكيّة إلى صحّة الخلع على أجرة رضاع الحمل الّذي في بطن الزّوجة مدّة الرّضاعة، وإذا مات الولد قبل عامين سقط ما بقي من أجرة الرّضاع؛ فلا يرجع عليها بشيء وله الحقّ في مطالبتها بالباقي، أمّا إذا ماتت هي أو جفّ لبنها فعليها مقدار ما بقي من أجرة رضاعه، ويؤخذ من تركتها عند وفاتها.

نفس المسار سار عليه الحنابلة؛ حيث ذهبوا إلى صحّة الخلع عند إرضاعها لولده مدّة محدودة؛ فإن مات الولد قبل استيفائها، كان للرّجل الحقّ في المطالبة بأجرة الرّضاع. وإن خالعته ولم تحدّد المدّة؛ فإنّها تلتزم بالإرضاع حسب المدّة المقرّرة شرعا وهي الحولين الكاملين؛ سواء كان الخلع قبل الرّضاع أو بعده مباشرة، وإن كان قد مضى على ولادته سنة، لزمها أن ترضعه الحول الباقي[2].

3. الخلع مقابل إسقاط الحضانة:

إذا خالع الرّجل المرأة على أن يمسك الولد عنده، صحّ الخلع وبطل الشّرط؛ لأنّ الخلع لا يفسد بالشّرط الفاسد، فليس للرّجل أو الأب إمساك الولد عنده؛ لأنّ إمساكه عند أمّه حقّ للولد وأفضل له[3].

---

[1] عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشّخصيّة في الشّريعة الإسلاميّة وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط 02، دار القلم، الكويت، 1410هـ – 1990م، ص 156.

[2] عبد الرّحمن الجزيري، المرجع السابق، ج 04، كتاب الطّلاق، ص 363.

[3] محمّد أمين بن عابدين، المرجع السّابق، باب الخلع، ص 457.

الفرع الثّاني: بدل الخلع وفق قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة:

بعد عرضنا لبدل الخلع في الفقه الإسلاميّ، ارتأينا معرفته من النّاحية القانونيّة حيث سنبيّن مفهومه ومشروعيّته القانونيّة وما يصحّ به قانونا، بالإضافة إلى تقديره حسب قانون الأسرة الجزائريّ (أوّلا)، ثمّ التّشريعات العربيّة (ثانيا).

أوّلا– بدل الخلع في قانون الأسرة الجزائريّ:

لم يتطرّق المشرّع الجزائريّ لمفهوم بدل الخلع، مكتفيا فقط بالمادة 54 الّتي منحت حقّ فكّ الرّابطة الزّوجيّة، بالإرادة المنفردة للزّوجة دون موافقة الزّوج، مقابل مبلغ ماليّ يعرف ببدل الخلع، الّذي يعتبر بمثابة تعويض عن الضّرر اللاّحق بالزّوج.

غير أنّه ما يعاب على المشرّع الجزائريّ، أنّه أغفل مسألة ما يصحّ أن يكون بدلا للخلع، وهذا ما يجعل القاضي ملزما بالرّجوع إلى قواعد الفقه الإسلاميّ، حسب ما جاءت به المادة 222 من قانون الأسرة الجزائريّ.

لأنّ المادة 54 جاءت فضفاضة وغير واضحة، ما تضمّنته كان حقّ الخلع للزّوجة بمقابل ماليّ، كما نصّت على تدّخل القاضي عند عدم الاتّفاق بين الزّوجين على بدل الخلع، وحدّدته بصداق المثل.

فالمشرّع الجزائريّ لم ينص على شروط بدل الخلع، كما أنّه لم يتطرّق لأنواع البدل، أو مسألة الخلع على بعض المنافع الّتي ذكرت في الفقه الإسلاميّ.

إضافة إلى أنّه لم يحدّد مقدار بدل الخلع، تاركا ذلك لاتّفاق الزّوجين فيما بينهما وفي حالة عدم اتفّاقهما؛ يحدّده القاضي بموجب سلطته التّقديريّة، شرط أن لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم بفكّ الرّابطة الزّوجيّة.

وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ: 1992/07/21، كما يلي:

«من المقرّر قانونا أنّه يجوز للزّوجة أن تخالع نفسها من زوجها، على مال يتمّ الاتّفاق عليه، فإن لم يتّفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

إنّ المادة المذكورة من قانون الأسرة، تسمح للزّوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتّفق الطّرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتّفاقهما يتدخّل القاضي لتحديده، على ألاّ يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفاف إلى عدم قبول الزّوج بالخلع الّذي تطلبه الزّوجة؛ لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسّف الممنوعين شرعا.

وعليه، فإنّ قضاة الموضوع –في قضية الحال– لمّا قضوا بتطليق الزّوجة خلعا دون موافقة الزّوج، طبّقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»[1].

إلاّ أنّ هذا الموقف القضائيّ لم يكن سائدا قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984 حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ: 1980/02/25، ما يلي:

«من المقرّر شرعا أنّ الخلع هو حلّ عقد الزّواج، نظير عوض تلتزم به الزّوجة بقبولها، ومقداره يحدّد بالتّراضي بين الطّرفين، ولا دخل للقاضي في تحديده، بل يتمّ وفقا للشّريعة الإسلاميّة، وبما أنّ القضاة تدخّلوا لتحديد مقداره من أجل حسم النّزاع القائم بين الطّرفين، فإنّهم أخلّوا بقواعد الشّريعة الإسلاميّة، ممّا يستوجب نقض قرارهم»[2].

من خلال هذا القرار، نلاحظ أنّه لا يجوز للقاضي تحديد بدل الخلع؛ كونه يخصّ طرفي النّزاع (الزّوجين)، غير أنّه وبحسب رأينا، يعتبر اتّفاق الزّوجين على بدل الخلع

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 83603، قرار صادر بتاريخ 1992/07/21، اجتهاد قضائيّ، عدد خاص 2001، ص 134.

[2] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 21305، قرار صادر بتاريخ 1980/02/25، نشرة القضاة، ع 01، 1980، ص 79.

أمرا مستبعد الحصول، وهذا ما يجعل النّزاع بينهما قائم ومستمر، لهذا السّبب حسمت المادة 54 الأمر، بجعل تقدير بدل الخلع من اختصاص القاضي.

ثانيا- بدل الخلع في التّشريعات العربيّة:

نصّت المادة 118 من مدوّنة الأسرة المغربيّة على أنّ: «كلّ ما صحّ التزامه شرعا، صلح أن يكون بدلا للخلع دون تعسّف ولا مغالاة».

فبدل الخلع يصحّ أن يكون نقودا أو منقولا أو عقّارا؛ مؤجّلا أو معجّلا، ملكا أو منفعة، ويستلزم تحديد هذا البدل بالمعروف[1].

كما يمكن أن يكون بدل الخلع، تنازل الزّوجة عن حضانة أولادها الموجودين لمصلحة الأب، وتعهّدها بالإنفاق عليهم بشرط أن تكون موسرة.

وهذا ما ذكرته المادة 119 في فقرتها الأولى من المدوّنة على أنّه: «لا يجوز الخلع بشيء تعلّق به حقّ الأطفال أو بنفقتهم، إذا كانت الأمّ معسرة».

بمعنى أنّ الأمّ المعسرة لا يحقّ لها طلب الخلع، مقابل تعهّدها بالإنفاق على أولادها، وإذا ثبت إعسارها أثناء إبرام عقد الخلع وبعدما كانت موسرة، يثبت للأولاد حقّهم في النّفقة، ولا يمكن للأب أن يدفع دعواهم بالاتّفاق الّذي أبرمه مع الأمّ، وهذا حسب مبدأ عدم مساس العقد بحقوق الغير[2].

وعليه، فالمشرّع المغربيّ بدوره وافق المشرّع الجزائريّ في تقدير بدل الخلع جاعلا إيّاه خاضعا للسّلطة التّقديريّة للقاضي، إلاّ أنّه خالفه في المعايّير المعتمد عليها وحدّدها في أربعة أمور مجتمعة؛ ألا وهي: مبلغ الصّداق وفترة الزّواج وأسباب طلب

[1] محمد رايس وأحمد شامي، دور القاضي في تقدير التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ وتقدير بدل الخلع -دراسة مقارنة-، المجلّة الجزائريّة للقانون المقارن، مج 01، ع 02، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة تلمسان، 2015، ص 113.

[2] محمد الشافعي، المرجع السّابق، ص ص 227، 228.

الخلع، والحالة الماديّة للزّوجة[1]، وهو ما جاءت به المادة 120 من المدوّنة بنصّها: «إذا اتّفق الزّوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصّلح بينهما، وإذا تعذّر الصّلح حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعيّة في ذلك مبلغ الصّداق، وفترة الزّواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة الماديّة للزّوج».

وهو عكس ما تبنّاه المشرّع الجزائريّ، الّذي حصر تقدير البدل عند عدم الاتّفاق في معيار وحيد؛ ألا وهو صداق المثل، وهذا ما شمله قرار المحكمة العليا الّذي جاء فيه: «حيث أنّ تقدير المقابل الماليّ للخلع، الّذي يجب على الزّوجة أن تدفعه للزّوج مقابل مخالعة نفسها منه، لا يخضع لظروف المعاش ولا يستند للدّوافع الّتي أدّت إلى المطالبة به مثلما تعتقد الطّاعنة، وإنّما يتمّ تقديره طبقا لأحكام المادة 54 من قانون الأسرة؛ استنادا إلى اتّفاق الطّرفين بشأنه، أو إلى قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم وحيث ثبت من القرار المطعون فيه، أنّ قيمة الصّداق المدفوع من قبل المطعون ضدّه للطّاعنة، قدّر بمبلغ 000 110 دج، وهو المبلغ الّذي لم تنازع فيه الطّاعنة.

ومن ثمّ، فإنّ قضاء المجلس بقضائهم برفع مقابل الخلع المحكوم به للمطعون ضدّه، من 000 60 دج إلى 000 110 دج، استنادا إلى قيمة الصّداق الحقيقيّ المدفوع فعلا للطّاعنة، طبّقوا القانون تطبيقا سليما، وسبّبوا قرارهم بما فيه الكفاية، وبالتّالي فإنّ الوجهين المثارين من طرف الطّاعنة غير مؤسّسين، ويتعيّن عدم الالتفات إليهما والقضاء نتيجة لذلك برفض الطّعن»[2].

وأحسن المشرّع الجزائريّ فيما فعل، حماية للزّوجة من الابتزاز والاستغلال حيث حصر العوض في صداق المثل عند عدم اتّفاق الزّوجين عليه، وهذا ما كرّسه قرار المحكمة العليا الصّادر بتاريخ 2000/11/21 على أنّ: «قبول الزّوج لمبدأ الخلع

[1] نور الدّين عماري، المرجع السّابق، ص 285.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 1390، قرار صادر بتاريخ 2009/12/10، غير منشور.

أو المبلغ الّذي يطلبه غير مشروط قانونا، وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزّوجين»[1].

غير أنّ الإشكال يكون في حالة دفع الزّوج لصداق يفوق صداق المثل بأضعاف مضاعفة، وعند مطالبته باسترجاع ما دفعه لها بحسب ما قضت به السّنة الشّريفة يتفاجأ بعدم موافقتها؛ لأنّها ترى بأنّ دفع قيمة صداق المثل بحكم القاضي، خير لها من أن تردّ الصّداق.

ومن جهة أخرى، قد يكون الزّوج استغلاليّا وانتهازيّا؛ فيطلب عوضا ماليّا يتجاوز الاستطاعة الماليّة للزّوجة، وهنا يفرض القاضي عليها دفع صداق المثل وقت الحكم، وهو الحلّ الوحيد، في حين أنّ مهرها وقت زواجها كان أكثر من مهر المثل[2].

وعليه، ومن خلال النّظرة القانونيّة لنصوص قانون الأسرة الجزائريّ، لاحظنا تقصيرا وشحّا كبيرين، اتّضحا جليّا في الجزئيّات الّتي تناولها الفقه الإسلاميّ، الّتي مفادها الخلع مقابل إسقاط الحضانة، أو الخلع مقابل إرضاع الصّغير، أو الخلع على نفقة الزّوجة. «فالمادة 54 في صياغتها تتّجه إلى عدم اعتبار التّنازل عن الحضانة عوضا للخلع، على أساس أنّ الحضانة لا يمكن أن تكون في مقابل المال، لتعلّقها بالجانب الشّخصيّ وليس الماديّ للطّلاق»[3]. وهو نفس الحكم بالنّسبة للرّضاع ونفقة الزّوجة.

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 252994، قرار صادر بتاريخ 2000/11/21، المجلّة القضائيّة، ع 01، 2001، ص 293.

[2] الرشيد بن شويخ، المرجع السّابق، ص 211.

[3] زكية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلاميّ والقوانين الوضعيّة، ط 01، دار الكتب العلميّة، لبنان، 2008، ص 538.

وهذا معناه أنّ بدل الخلع يكون مالا متقوّما أو دينا أو منفعة، كما يصحّ أن يكون إرضاع الزّوجة لولده منها لمدّة معيّنة، وكذا حضانته والإنفاق عليه مدّة معيّنة أيضا. أمّا إذا تصالح المتخالعان على مال غير المهر؛ فقد لزم أداؤه وبرّئت ذمّة المتخالعين من كلّ حقّ يتعلّق بالمهر ونفقة الزّوجيّة، وذلك بحسب ما جاءت به المادة 106 كما يلي: «إذا كان الخلع على مال غير المهر لزم أداؤه وبرّئت ذمّة المتخالعين من كلّ حقّ يتعلّق بالمهر ونفقة الزّوجيّة».

كما نصّ المشرّع الأردنيّ على صحّة الخلع، مقابل قيام الأمّ بإرضاع الولد وحضانته أو الإنفاق عليه مدّة محدّدة، ويحقّ للأب أن يرجع على الأمّ إذا لم تلتزم بالشّرط، وفي حالة إعسارها يجبر الأب على نفقة الولد وتكون دينا عليه، وهذا يشبه بشكل كبير ما نصّت عليه المادة 119 الفقرة 01 من مدونة الأسرة المغربيّة.

حيث جاء في المادة 111 من قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ ما يلي: «إذا اشترط الرّجل في الخلع إمساك الولد عنده مدّة الحضانة، صحّ الخلع وبطل الشّرط ولحاضنته عندئذ المطالبة بنفقته فقط». وعليه، فالملاحظ على هذه المادة أنّها جاءت مطلقة لقول ابن عابدين كما رأينا سابقا.

وفي قانون الأحوال الشّخصيّة المصريّ، نصّت المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000، على ما يلي: «للزّوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزّوجة دعواها بطلبه، وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتّنازل عن جميع حقوقها الماليّة والشّرعيّة، وردّت عليه الصّداق الّذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا يصحّ أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصّغار أو نفقتهم، أو أيّ حقّ من حقوقهم». وهذا ما جاء في الاجتهاد القضائيّ الصّادر عن محكمة القاهرة في 19/03/18، القائل: «إذا اختلعت المرأة عن زوجها على أن تترك ولدها عند الزّوج

فالخلع جائز والشّرط باطل؛ إذ أنّ الأمّ تكون أحقّ بالولد؛ لأنّ كون الولد عندها أنفع له»[1].

الواضح من نصّ المادة سالفة الذّكر، أنّ المشرّع المصريّ جعل المقابل هو التّنازل عن الحقوق الماليّة والشّرعيّة، بالإضافة إلى ردّ الصّداق، عكس المشرّع الجزائريّ الّذي حدّد المقابل بصداق المثل فقط، عند عدم اتّفاق الزّوجين.

هذا، ونصّ المشرّع الإماراتيّ في الفقرة 02 من المادة 110 من قانون الأحوال الشّخصيّة الاتّحاديّ رقم 28 لسنة 2005، على أنّه: «يصحّ في مسمّى بدل الخلع ما تصحّ تسميته في المهر، ولا يصحّ التّراضي على إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم».

ما يستشفّ من نصّ هذه المادة، أنّ بدل الخلع هو مقابل افتداء الزّوجة نفسها من العصمة الزّوجيّة، ولا يصحّ أن يكون متعلّقا به حقّ الأولاد في نفقتهم أو حضانتهم ويقع باطلا أيّ اتّفاق على إسقاط الحضانة كبدل للخلع[2].

كما جاء في المحكمة الاتّحاديّة العليا ما يلي: «... وأنّه بفرض تنازل المطعون ضدّها عن الحضانة كبدل للخلع، فقد وقع هذا التّنازل باطلا، عملا بنصّ المادة 110 الفقرة 02 من قانون الأحوال الشّخصيّة الاتّحاديّ، الّتي نهت عن التّراضي على إسقاط حضانة الأولاد أو نفقتهم كبدل للخلع، ويترتّب على هذا البطلان زوال السّبب الّذي ركن إليه الطّاعن في أحقّيته بالحضانة، وأنّ المطعون ضدّها قد سبق لها قبل إقامة الدّعوى، مطالبة هذا الأخير بإعادة طفلتها إلى حضانتها إلاّ أنّه امتنع بغير حقّ، كما حرّرت ضدّه الشّكوى رقم 301 لسنة 2006، فور علمها بعزمه على تسفير هذه الطّفلة للعراق، وحصلت بموجب هذه الشّكوى على قرار بمنع مغادرتها للدّولة إلى حين

[1] اجتهاد قضائيّ، محكمة القاهرة الابتدائيّة، قرار صادر بتاريخ 1956/03/18، نقلا عن: أحمد نصر الجندي، الطّلاق والتّطليق وآثارهما، ط 01، دار الكتب القانونيّة، مصر، 2004، ص396.

[2] محمّد أحمد شحاتة حسين، شرح قانون الأحوال الشّخصيّة لدولة الإمارات العربيّة المتحدة، المرجع السّابق، ج 02، ص 56.

الفصل في الشّكوى، ممّا يدلّ على أنّ سكوتها عن المطالبة القضائيّة بالحضانة كان بعذر شرعيّ، ويكون حقّها تبعا لذلك حضانة الطّفلة المذكورة لكونها دون الطّاعن الأحقّ بحضانتها شرعا.

ومن ثمَّ، فلا يعدو النّعيّ برمّته أن يكون جدلا موضوعيّا، فيما لمحكمة الموضوع سلطة فهمه وتقديره، وهو ما لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة، ويضحى على غير أساس خليقا بالرّفض، وممّا تقدم يتعيّن رفض الطّعن»[1].

القانون السّوريّ حاضر أيضا بنصّ المادة 97 القائل: «كلّ ما صحّ التزامه شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع، على أن لا يتجاوز مهر الزّوجة».

الملاحظ هنا، أنّ المشرّع السّوريّ كان أكثر دقّة ووضوحا؛ حيث اشترط في بدل الخلع أن لا يتجاوز مهر الزّوجة، وقد أحسن فيما فعل حتى لا يتضرّر لا الزّوج ولا الزّوجة.

كما نصّ على جواز أن يكون الخلع على مال غير المهر، في المادة 98 كما يلي: «إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أداؤه، وبرّئت ذمّة المتخالعين من كلّ حقّ يتعلّق بالمهر والنّفقة الزّوجيّة، وما اتّفق على تسميته».

تجدر الإشارة هنا، إلى أنّه قد يبطل شرط الخلع ويصحّ في حالة اشتراط الرّجل إمساك ابنه المحضون عنده مدّة الحضانة؛ فهنا يحقّ للحاضنة أخذ المحضون مع إجبار الأب على النّفقة؛ وذلك بحسب ما نصّت عليه المادة 103 من ذات القانون: «إذا اشترط الرّجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدّة الحضانة، صحّت المخالعة وبطل الشّرط، وكان لحاضنته الشّرعيّة أخذه منه، ويلزم أبوه بنفقة وأجرة حضانته إن كان الولد فقيرا، مع مراعاة أحكام الحضانة في المادة 142 من هذا القانون».

[1] المحكمة الاتّحاديّة العليا، الأحكام المدنيّة والتّجاريّة، طعن رقم 184 لسنة 29 قضائيّة، بتاريخ 18/03/18، دولة الإمارات العربيّة المتحدة، نقلا عن: محمّد أحمد شحاتة حسين، شرح قانون الأحوال الشّخصيّة لدولة الإمارات العربيّة المتحدة، المرجع السّابق، ص ص 56، 57.

كما نصّت المادة 102 في فقرتيها الأولى والثّانية على أنّه:

«1- إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزّوج من أجرة إرضاع الولد، أو اشترط إمساك أمّه له مدّة معلومة وإنفاقها عليه فتزوّجت وتركت الولد، يرجع الزّوج على الزّوجة بما يعادل أجرة ارضاع الولد أو نفقته عن المدّة الباقية.

2- إذا كانت الأمّ معسرة وقت المخالعة أو أعسرت فيما بعد، يجبر الأب على نفقة الولد وتكون دينا له على الأمّ».

يتّضح من نصّ هذه المادة، أنّ المشرّع السّوريّ أخذ وساير رأي المذهب الحنفيّ، كما أنّه كان أكثر تفصيلا في نصوصه القانونيّة، مقارنة بالتّشريعات العربيّة الأخرى؛ حيث تطرّق لمسألة بدل الخلع بالتّفصيل، حتى يسهّل على القاضي إصدار حكمه.

وعلى هذا الأساس، ذهبت محكمة النّقض السّوريّة في قرارها الصّادر بتاريخ 1954/05/16، إلى ما يلي: «إنّ حقّ الحضانة من الحقوق المستمرّة، فإن تنازلت عنه في زمن لا يؤثّر على حقّها في المستقبل»[1].

وفي هذا الشّأن، لابدّ من الإشارة إلى أنّ قوانين المغرب العربيّ لم تسلك نفس المسلك، خاصة في جزئيّة التّنازل عن الحضانة مقابل الخلع، ولعلّ في المقدّمة المشرّع التّونسيّ الّذي سكت تماما عن هذه المسألة؛ كونه لا يعترف إطلاقا بالخلع، كذلك ما لاحظناه عن المشرّع المغربيّ، الّذي نصّ على جواز التّنازل عن الحضانة كمقابل للخلع، حسب المذهب المالكيّ المعمول به هناك[2].

[1] محكمة النّقض السّوريّة، قرار صادر بتاريخ 1954/05/16، نقلا عن: زكية تشوار حميدو، الدّور الإيجابيّ للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلّة الجزائريّة للعلوم القانونيّة والاقتصاديّة والسّياسيّة، مج 40، ع 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2003، ص 16.

[2] المرجع نفسه، ص 17.

كما نصّ المشرّع العراقيّ في الفقرة 03 من المادة 46 من قانون الأحوال الشّخصيّة على ما يلي: «للزّوج أن يخالع زوجته عل عوض أكثر أو أقلّ من مهرها».

بمعنى أنّ المشرّع جعل مقدار الخلع خاضعا لاتّفاق الطّرفين؛ فبدون اتّفاقهما عليه لا يقع الخلع، كما أنّه لا يجوز للقاضي التّدخّل لفرض بدل الخلع؛ لأنّ المشرّع العراقيّ ربط ذلك بإيجاب وقبول الطّرفين؛ حيث أنّ من عناصر الإيجاب والقبول نجد الصّيغة وقيمة البدل، وما يؤكّد ذلك هو طبيعة الخلع الّذي لا يعتبره المشرّع حقّا خالصّا للزّوجة، وإنّما يقع بإرادة الطّرفين وتطابقها من حيث الصّيغة ومقدار البدل[1].

المطلب الثّاني: تأثير اتّفاقيّة سيداو على مسألة الخلع وبدله ومدى اعتباره تعويضا عن الضّرر

هناك جملة من الأسباب الموجبة للتّعويض، في حالة الطّلاق التّعسّفيّ –كما وضّحنا سابقا–، المحدّدة وفق قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة؛ ألا وهي الأسباب الداخليّة المتمثّلة في الجمعيّات النّسويّة، والخارجيّة الّتي على رأسها اتفاقيّة القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة؛ المعروفة اختصارا باتّفاقيّة "CEDAW" ولعلّها نفس الأسباب الّتي جعلت من الخلع حقّا أصيلا للزّوجة؛ حيث ساوت هذه الاتّفاقيّة في بنودها بين الرّجل والمرأة، خاصة في مسألة فكّ الرّابطة الزّوجيّة، إلاّ أنّها لم تساوِ بينهما في توابع فكّ هذه العصمة.

وعليه، سنحاول من خلال هذا المطلب التّطرّق إلى تأثير اتّفاقيّة سيداو على مسألة الخلع وبدله (الفرع الأوّل)، ثمّ توضيح مدى اعتبار هذا البدل تعويضا عن ضرر الخلع (الفرع الثّاني)؛ أي مدى ارتقائه لمرتبة التّعويض.

[1] دليلة آيت شاوش، المرجع السّابق، ص 343.

الفرع الأوّل: تأثير اتّفاقيّة سيداو على مسألة الخلع وبدله:

سعت اتّفاقيّة سيداو إلى إلغاء الفوارق بين الرّجل والمرأة تحت مسمّى المساواة الجندريّة، وأنّه من حقّ المرأة تطليق نفسها، من خلال تكريس قانون الخلع في الدّول الإسلاميّة دون رضا الزّوج، وصراحة نجحت في تزويد المرأة بحقوق مساوية مع الرّجل في الطّلاق.

إذ من خلال ما تمّ تقديمه في بحثنا، لاحظنا مدى تأثّر قانون الأسرة الجزائريّ بهذه الاتّفاقيّة، وهو ما أكّدته التّعديلات المستحدثة على نصوصه سنة 2005، مكرّسة لحقوق المرأة ومساواتها بالرّجل في مسألة انحلال الزّواج.

ليصبح الخلع –كما أشرنا سابقا–، حقّا أصيلا للزّوجة تمارسه دون رضا الزّوج فهو صورة مقابلة للطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج. والهدف من هذا التّعديل هو تحقيق مبدأ المساواة الّذي كرّسته المادة 16 الفقرة (ج) من اتّفاقيّة سيداو[1]، خاصة المساواة في الجانب الأسريّ، وخلق نوع من التّوازن بين الزّوجين في فكّ الرّابطة الزّوجيّة.

كما أوصت لجنة القضاء على أشكال التّمييز ضدّ المرأة، في التّوصية رقم 47 بإلغاء القيود على حقّ المرأة في الطّلاق، مع إقرار حقّها وحقّ كلا الطرفين فيه دون تحديد الأسباب[2].

[1] جاء في المادة 16 فقرة (ج) من اتّفاقيّة سيداو ما يلي: «تتّخذ الدّول الأطراف جميع التّدابير المناسبة للقضاء على التّمييز ضدّ المرأة في كافّة الأمور المتعلّقة بالزّواج والعلاقات الأسريّة، وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرّجل والمرأة:

– نفس الحقوق والمسؤوليّات أثناء الزّواج وعند فسخه».

[2] نوال قحموص، انعكاسات المادة 16 من اتّفاقيّة سيداو على قيام الرّابطة الزّوجيّة وانحلالها في قانون الأسرة الجزائريّ، مجلّة الأستاذ الباحث للدّراسات القانونيّة والسّياسيّة، مج 06، ع 01، جامعة المسيلة، الجزائر، جوان 2021، ص 606.

وقد ظهر تأثّر المشرّع الجزائريّ باتّفاقيّة سيداو، من خلال تغييبه لإرادة الزّوج في مسألة الموافقة على الخلع، كما أهمل إرادته أيضا في مسألة البدل[1].

حيث أنّه لم يعط للزّوج حقّ الاعتراض؛ من خلال حسم النّزاع عند عدم اتّفاق الطّرفين على البدل، بالحكم بصداق المثل وجعله الحلّ الوحيد للقاضي، وهذا إجحاف نوعا ما في حقّ الزّوج، ممّا يسبّب له ضررا كبيرا.

فاتّفاقيّة سيداو أعطت للمرأة القوّة والسّلطة اللاّزمتين، حتى تسيطر على حياتها كما سعت إلى تخليصها من جميع القيود؛ سواء داخل الأسرة أو خارجها، بتشجيعها على الاستقلال الكامل والاستغناء التّام عن الحياة الأسريّة، ولهذا نادت الاتّفاقيّة الدّوليّة بفكرة استقواء المرأة؛ بمعنى أن تمتلك القيادة والسّلطة لتتحكّم تماما في جسدها، وفي كلّ أمور حياتها بدون تدخّل أيّ أحد، وأن تستقلّ تماما عن الرّجل. وهذا ما يظهر جليّا في مسألة الخلع وإهمال إرادة الزّوج عند طلبه[2]. والأدهى والأمرّ والأعظم من ذلك كلّه، أنّ القانون لم يلزم الزّوجة بتسبيب عريضتها؛ فالقاضي ليست له معايير يعتمد عليها قبل إصدار حكم الطّلاق بالخلع، كما أنّه لا يستند على ضوابط في تحديده لبدل الخلع، الّذي حصره في صداق المثل. وهذا ما فتح الباب على مصراعيه أمام تسارع الزّوجات في طلب الخلع، وتزايد قضاياه أمام المحاكم العربيّة عامة والجزائر خاصة لليونة إجراءاته وسهولتها، وتقييّد موافقة الزّوج في بدل الخلع المحصور في صداق المثل. «وهذا يدلّ على أنّ جميع المواثيق الدّوليّة وبالأخصّ اتّفاقيّة سيداو ركّزت على انفكاك المرأة من دورها داخل الأسرة، ودفعها نحو الخروج إلى المجال العام»[3].

---

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السّابق، ص 130.

[2] كاميليا حلمي محمّد، المواثيق الدّوليّة وأثرها في هدم الأسرة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه، قسم الدّراسات الإسلاميّة، كلّية الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة، شعبة الدّراسات الأسريّة، جامعة طرابلس، لبنان، 2018-2019، ص 246.

[3] المرجع نفسه، ص 247.

كما نصّ تقرير *Africa Renewal* على ما يلي: «غالبا ما تجد المرأة نفسها مطلّقة بواسطة زوجها فورا وبدون تفسير، وتعرف تلك الممارسة باسم "الرّفض أو النّبذ *repudiation*"؛ باعتباره شكلا من أشكال العنف، وفي المغرب الّذي سهّل من قبل تطليق الأزواج زوجاتهم، قام حاليّا بالمساواة بين الرّجال والنّساء في التّقدّم لطلب الطّلاق في عام 2004، وفي مصر تمّ تمرير قانون الخلع عام 2005، ومن عيوبه أنّ المرأة تفقد مهرها والنّفقة وغيرها من الهدايا الّتي قدّمتها عائلة الرّجل، وهو ما يعدّ عائقا أمام النّساء لطلب الخلع، خاصة أولئك ذوات المدخول المحدود منهنّ».

بحسب نصّ هذا التّقرير، يعتبر طلاق الزّوج زوجته بإرادته المنفردة نوعا من أنواع العنف ضدّ المرأة، وبالّتالي كان الهدف الأساسيّ من التّقرير هو تكريس الخلع دون موافقة الزّوج، استنادا على إرادة الزّوجة فقط، كما اعتبر أنّ ردّ المرأة المهر للرّجل من عيوب الخلع، وعائقا كبيرا أمام النّساء؛ لهذا السّبب لم تنص كلّ تشريعات الأحوال الشّخصيّة العربيّة على تعويض الزّوج عن الضّرر، عند تعسّف الزّوجة في الخلع، مراعيّة بذلك ظروف النّساء خاصة ذوات الدّخل المحدود، حسب ما أملته المواثيق الدّوليّة، مكتفيّة ببدل الخلع الّذي أحيانا ما يكون مقابلا رمزيّا مقارنة بالصّداق الّذي قدّمه لها الزّوج.

أمّا من وجهة نظرنا، فإنّ كلا الزّوجين أصبحا على قدم المساواة في إقرار إنهاء الرّابطة الزّوجيّة، ولم يعد الزّوج مستأثرا بحقّ الطّلاق؛ حيث حاول المشرّع الجزائريّ التّوفيق بين المرجعيّة الإسلاميّة والمرجعيّة الدوليّة، الّتي وضعت بصمتها بشكل بارز فتأرجح بين مساواة الرّجل والمرأة وحمايتها، وهذا إنّ دلّ على شيء إنّما يدل على مدى ازدواجيّة المصدر التّشريعيّ لقانون الأسرة الجزائريّ، وكذا تشريعات الأحوال الشّخصيّة العربيّة، وبالتّالي فإنّ هناك علاقة وطيدة بين النّصوص القانونيّة الدوليّة من جهة، والمنظومة القانونيّة الداخليّة من جهة أخرى[1].

[1] نور الدّين مزياني، المرجع السّابق، ص 339.

الفرع الثّاني: مدى اعتبار بدل الخلع تعويضا عن الضّرر:

قد تطلب الزّوجة الخلع بعد سنوات عديدة وحياة زوجيّة مديدة، بعد أن أخذت من الزّوج شبابه وطاقته، وبعد أن عمل ليلا ونهارا لتوفير كلّ سبل العيش الهنيء والاستقرار بنوعيه، لينتابها فجأة الشّعور بالكره والبغضاء تجاه زوجها الّذي بلغ من العمر ما بلغ، فيتضرّر نفسيّا من هذا الخلع الّذي يكون له بدل؛ لجبر ضرره وتخفيفا لألم هدم بيته. لكّن، هل يكفي هذا البدل لتعويضه عن ضرر الخلع؟ وهل فعلا يرتقي لمرتبة التّعويض؟

في حقيقة الأمر، يعبر الخلع حقّا مقررّا شرعا وقانونا للزّوجة تستعمله عند الضّرورة، وليس للزّوج الحقّ في المطالبة بالتّعويض، على عكس الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج، الّذي يحقّ للزّوجة فيه المطالبة بالتّعويض عند تعسّفه، وهذا التّعويض هو جبر للضّرر اللاّحق بها، وهو ما نلاحظ غيابه في مسألة الخلع، في كلّ من قانون الأسرة الجزائريّ وتشريعات الأحوال الشّخصيّة العربيّة.

حيث جبر المشرّع الجزائريّ خاطر المرأة في الطّلاق دون الرّجل؛ مع أنّه ساوى بينهما في الحقوق والواجبات تأثّرا بالاتّفاقيّات الدّوليّة، وبالتّالي أين هي المساواة الجندريّة الّتي نادت بها اتّفاقيّة سيداو؟

بالإضافة إلى أنّ حصر بدل الخلع في ردّ المهر أو مهر المثل، لا يعتبر من قبيل التّعويض؛ لأنّ المهر من شروط عقد الزّواج الواجبة على الزّوج للزّوجة، وعند ردّ الزّوجة المهر مقابل خلعها، فهذا حقّها أسقطته عنه، وعليه لا يعدّ تعويضا وإنّما نوع من الإعفاء أو الإبراء أو الهبة[1].

ومن القواعد الفقهيّة في شريعتنا الإسلاميّة قاعدة "الضّرر يزال"؛ بمعنى أنّها منعت الإضرار بالغير، وألزمت صاحب الحقّ بتعويض المتضرّر عند تعسّفه في

[1] وائل محمد علي الخليفي، المرجع السّابق، ص 213.

استعمال حقّه، حيث جسّدت الشّريعة الإسلاميّة هذا التّعويض في صورته المهذّبة والخاليّة من الانتقام[1].

وهو ما نصّت عليه المادة 124 من القانون المدنيّ الجزائريّ كالآتيّ: «كلّ فعل أيًّا كان يرتكبه الشّخص بخطئه ويسبّب ضرر للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتّعويض».

كما نصّت المادة 163 من القانون المدنيّ المصريّ على أنّ: «كلّ خطأ سبّب ضررا للغير، يلزم من ارتكبه بالتّعويض».

وعليه، فالقانون المدنيّ وضع القاعدة العامة في جواز طلب التّعويض، وجعل أيّ خطأ يسبّب ضررا ماديّا أو أدبيّا أو معنويّا، أساس حقّ الشّخص المتضرّر في طلب التّعويض عمّا أصابه.

فمثلا في مصر، لا يكفي مقدّم الصّداق الّذي دفعه الزّوج كتعويض عن إنهاء العلاقة الزّوجيّة؛ لأنّ ما يذكر في وثيقة الزّواج قد يكون مبلغا زهيدا غير ما أعطاه لها في الحقيقة من مبالغ كبيرة، فلا يعدّ ذلك تعويضا مناسبا عن ضرر الخلع[2].

ونحن بدورنا، نرى أنّه من باب العدل والمساواة أن يقابل التزام الزّوج بالتّعويض عند تعسّفه، التزام الزّوجة عند تعسّفها هي الأخرى بتعويض الزّوج، خاصة إن كان طلب الخلع نابع عن دوافع ذاتيّة لا مبرّر لها[3].

---

[1] عبد الرّحمن عبد الله السحيم، أحكام الخلع، منشور على الرّابط الآتي: www.said.net، تاريخ التّصفّح: 2024/04/04، على السّاعة 16:30.

[2] وائل محمد علي الخليفي، المرجع السّابق، ص 215.

[3] فاطمة الزّهراء بوعسلة وبراهيم عماري، تأصيل حقّ الخلع للزّوجة وتعويض الزّوج عن الضّرر النّاجم عنه، مجلّة الدّراسات القانونيّة المقارنة، مج 07، ع 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2021، ص 901.

ففي هذه الحالة، قيّد المشرّع سلطة الزّوج في الطّلاق من خلال اعترافه للقاضي بسلطة الحكم بالتّعويض للزّوجة على مطلّقها، غير أنّه أطلق العنان لحريّة الزّوجة في الخلع، وجعله مقابل بدل الخلع فقط، الّذي لا يرتقي إلى مرتبة التّعويض؛ وعليه فإنّ كلّ هذه التّدابير الشّرعيّة تعكس التّطور الّذي عرفه قانون الأسرة الجزائريّ، وتشريعات الأحوال الشّخصيّة العربيّة في حماية حقوق المرأة[1].

في حين ترى الأستاذة فاطمة الزّهراء لقشيري أنّ دفع الزّوج للصّداق ابتداءً يجعل الخلع يحمل معنى إرجاع الصّداق؛ فليس بعيدا أنّه يتضمّن معنى التّعويض على الزّوج عمّا بذله من مال، لغاية الحصول على الزّوجة الرّاغبة حاليا في فراقه.

فحسب رأيّها، يعتبر الخلع آليّة لتحقيق التّوازن الماليّ؛ فكما كان عقد الزّواج لصالح المرأة ماليّا بحصولها على المهر، كذلك الخلع ما هو إلاّ إرجاع الحال لما كان عليه. وبناءً عليه، فإنّ معنى إرجاع الصّداق والمضمون التّعويضيّ للخلع يستلزم أنّ مقدار الخلع لابدّ أن يكون مضبوطا بضابط المهر عند التّنازع؛ بمعنى الحكم بالخلع مقابل ردّ الزّوجة للمهر دون زيادة[2].

صحيح أنّ الزّوجة تفتدي نفسها مقابل إرجاع الصّداق للزّوج، بحسب ما جاء في السّنة النّبويّة الشّريفة، وهو رأيّ الأستاذة لقشيري الّذي نؤيّده نحن أيضا، لكّن عند تعسّف الزّوجة في طلب الخلع، كان من الأحسن تعويض الزّوج عن الضّرر اللاّحق به، إضافة إلى استرجاع الصّداق الّذي قدّمه لها، ويكون ذلك التّعويض مقدّرا بحسب درجة الضّرر؛ «خاصة إن أثبت الزّوج المضرور تعسّف زوجته في ممارسة حقّها في

[1] جيلالي وحياني، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائريّ على ضوء الاتّفاقيّات الدّوليّة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، قسم القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019، ص 242.

[2] فاطمة الزّهراء لقشيري، أحكام الالتزام الماليّ في الأحوال الشّخصيّة -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصّص شريعة وقانون، كلّية العلوم الإسلاميّة، جامعة باتنة 01، 2016-2017.

الخلع، وفقا للقواعد المقرّرة في الإثبات في مسائل الأحوال الشّخصيّة، ويكون بكلّ الوسائل؛ من معاينة أو وصلات الدّفع أو بشهادة الشّهود أو البيّنة أو القرائن، فعند إثبات التّعسّف الواقع عليه يتمّ إنصافه قضاءً؛ تحقيقا لمبتغى نصّ المادة 124 مكرّر من القانون المدنيّ»[1].

فالزّوج المخالع قد حرم من التّعويض الحقيقيّ عن الضرر الّذي قد يلحقه، نتيجة لتعسّف الزّوجة في طلب الخلع؛ لكون بدل الخلع –وفقا لما تقدّم– لا يعتبر تعويضا فعليّا للضرّر، لذا كان على المشرّع حتى ولو أبقى على الخلع حقّا خالصا وأصيلا للزّوجة، أن ينظر إلى الأزواج بعين حقّ وأن ينصفهم، خاصة فيما يتعلّق ببدل الخلع وأن يجعل تقديره راجع للقاضي، استنادا على حجم الضّرر اللاّحق بالزّوج[2].

فكلّ قوانين الأحوال الشّخصيّة العربيّة، بما فيها قانون الأسرة الجزائريّ ابتدعت مبدأ التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ؛ حتى يتريّث الزّوج في إيقاعه، ونأمل أن تكون نفس الغاية في الخلع؛ حتى تتمهّل الزّوجة في طلبه، وعدم إفراد حقوق ماليّة تتميّز بها المرأة عن الرّجل، فلعلّ بذلك تنخفض نسب استعمال الخلع وتتقلّص نوعا ما قضاياه أمام المحاكم.

[1] موسى بن ثغري، المرجع السّابق، ص08.

[2] راضية بشير ومحمود لنكار، حقّ الزّوج في التّعويض عند فكّ الرّابطة الزّوجيّة بالخلع، مجلّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة، مج 10، ع 03، جامعة الوادي، ديسمبر 2019، ص ص 345، 346.

خلصنا في نهاية هذا الفصل، إلى أنّ الخلع يعتبر صورة من صور فكّ الرّابطة الزّوجيّة، شرّعه الإسلام للحاجة القصوى؛ ألا وهي نفور الزّوجة من زوجها وكرهها له؛ حيث ثبتت مشروعيّته في الكتاب الحكيم والسّنة النّبويّة الشّريفة، وهو بالنّسبة للفقهاء، معاوضة تدفعها الزّوجة لزوجها مقابل مفارقتها له.

هذا، وبرجوعنا للقوانين الوضعيّة بما فيها قانون الأسرة الجزائريّ، نجد أنّه اعتمد على نصّ قانونيّ واحد، تمثّل في نصّ المادة 54 الّذي وضّح أنّ الخلع طريق لفكّ الرّابطة الزّوجيّة من جهة الزّوجة، نظير عوض تلتزم به، وهو بحسب رأينا نصّ غير كافٍ لضبط وتنظيم مسألة الخلع.

كما استنتجنا أنّ الخلع أصبح عقدا غير رضائيّ؛ حيث يمكن للزّوجة طلبه دون موافقة الزّوج، عكس ما جاء به القانون رقم 84-11، الذّي اعتبره عقدا رضائيّا يشترط فيه رضا وقبول الزّوج، و لربّما هذا ما جعل أروقة المحاكم تعجّ بقضايا الخلع.

أمّا باقي التّشريعات العربيّة، اعتبرته عقدا رضائيّا يتمّ باتّفاق ورضا الزّوجين على إنهاء عقد الزّواج، مع عرض النّزاع أوّلا على لجنة التّوجيه الأسريّ للصّلح قبل عرضه على المحكمة؛ منها قانون الأحوال الشّخصيّة القطريّ والإماراتيّ.

أمّا بخصوص المشرّع السّوريّ، فقد استعمل مصطلح "المخالعة" على أنّه عقد بين طرفين يقوم على الإيجاب والقبول؛ كمصطلح يقابل الخلع الرّضائيّ في التّشريعات العربيّة، في حين أخذ قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ بالخلع الرّضائيّ كقاعدة عامة وأجاز الخلع القضائيّ في حالة امتناع الزّوج عن التّطليق، وإصرار الزّوجة عليه.

ومع تأصيل حقّ الخلع للزّوجة، أصبحت تندفع وراء عواطفها دون أدنى تفكير ما جعلها تنحرف في استعمال هذا الحقّ وتتعسّف في طلبه؛ مسبّبة بذلك ضررا للزّوج وعلى هذا النّحو يتحوّل الخلع من وسيلة لرفع الضّرر وإزالته عن الزّوجة، إلى وسيلة للإضرار بالزّوج، وهذا فيه إجحاف في حقّه هذا الأخير، خاصة وأنّه يخالف التّكييف الفقهيّ له.

وبما أنّ الخلع يقابل حقّ الزّوج في الطّلاق، فإنّه من حقّ الزّوجة إنهاء الحياة الزّوجيّة عند الضّرورة الملحّة، مقابل مال تقدّمه لزوجها؛ بمعنى أنّها ملزمة بتعويض الزّوج عن ضرره؛ غير أنّ ما استنتجناه أنّ هذا البدل لا يعتبر تعويضا عن ضرر الخلع.

حقيقة ما توصلنا إليه في هذه الحالة، أنّ المشرّع الجزائريّ تحديدا جبر خاطر المرأة في الطّلاق دون الرّجل؛ كون حصر بدل الخلع في ردّ الصّداق أو صداق المثل لا يعتبر من قبيل التّعويض، وإنمّا نوع من الإعفاء أو الإبراء.

حيث أنّه كان من باب العدل والمساواة، أن يقابل التزام الزّوج بالتّعويض عند تعسّفه، التزام الزّوجة عند تعسّفها هي الأخرى بتعويض الزّوج، خاصة إن كان إقدامها على الخلع بدون مبرّر واضح.

وعليه، كان على المشرّع الجزائريّ حتى ولو أبقى على الخلع كحقّ أصيل للزّوجة، أن ينظر إلى الأزواج بعين الإنصاف، خصوصا فيما يتعلّق ببدل الخلع، وأن يجعل تقديره لسلطة القاضي، استنادا إلى حجم الضّرر اللاّحق به؛ فلربما بهذا الإجراء تتمهّل الزّوجة في طلب الخلع، وتنخفض نسب طلبه أمام المحاكم.

الباب الثّاني:
الضّرر الموجب لفكّ الرّابطة الزّوجيّة وتعويضه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة

أولت الشّريعة الإسلاميّة السّمحاء عناية بالغة بالزّواج؛ الّذي شُرّع لتنظيم الحياة الإنسانيّة وتحقيق الطّهر والعفاف والدّوام والاستمراريّة؛ لذلك أضفت عليه قدسيّة جعلته فريدا بين سائر العقود وأرفعها وأرقاها، قائم على الائتلاف والتّواد والتّراحم، غير أنّه في كثير من الأحيان قد تجري الرّياح بما لا تهوى السّفن؛ فتعترض هذه العلاقة مشاكل تحول دون تحقيق الهدف الأسمى منها، وتحوّلها من رابطة حبّ ونعمة إلى جحيم ونقمة؛ ليكون الطّلاق السّبيل الأمثل والوحيد للتّخلّص منها وفق ضوابط وشروط حدّدها الشّرع الحكيم والمشرّع أيضا لكلا طرفي العلاقة.

هذا، وبعد أن عرضنا الضّرر النّاشئ عن فكّ الرّابطة الزّوجيّة في الباب الأوّل سنعالج في هذا الباب الضّرر الموجب لفكّها؛ كونها قائمة في هذه الحالة على الضّرر والإضرار.

وكما هو معلوم، فإنّ إبرام عقد الزّواج تترتّب عليه التزامات وحقوق على كلا الزّوجين؛ فإن أخلّ الزّوج بإحدى التزاماته، جاز للزّوجة طلب التّفريق لرفع الضّرر عنها، كما أجازت بعض التّشريعات العربيّة للزّوج المتضرّر هو الآخر نفس الطّلب حيث يكون من واجب القاضي في هذه الحالة، رفع الضّرر عن الطّرف المتضرّر وفق تشخيصه للقضيّة.

فإذا اشتكت الزّوجة تكرّر الضّرر من زوجها، ممّا لا يستطاع معه دوام العشرة لأمثالها، ولا يجيزه الشّرع، وثبت ذلك على الزّوج وطلبت الطّلاق، أجابها القاضي إليه[1]؛ وهو موضوع حديثنا في الفصل الأوّل الموسوم بـــ: "الضّرر الموجب للتّفريق عند الإخلال بالالتزامات الزّوجيّة وتعويضه"، بالإضافة إلى أنّ جوهر عقد الزّواج هو تلاقي إرادتي الطّرفين المتعاقدين؛ فيتوّج بالرّضا الّذي يمثّل أساس كلّ اتّفاق، إلاّ أنّ هذا العقد قد يتأثّر بأحد عيوب الإرادة، وبالتّالي يتضرّر أحد طرفيه فيفسخ ويعوّض الطّرف المتضرّر.

[1] علي حسب الله، المرجع السّابق، ص 154.

كما قد تتعارض الرّغبات ويتسلّل الملل إلى العلاقة الزّوجيّة؛ فينفر الزّوج من زوجته أو تنفر هي منه، الأمر الّذي ينجم عنه تعدّي أحدهما على حقوق الآخر[1]؛ وهو ما يعرف بالنّشوز الّذي يؤدّي في نهاية المطاف إلى طلب الطّلاق من الطّرف المتضرّر مع تعويضه عن الأذى اللاّحق به، وهو ما نصّ عليه المشرّع الجزائريّ في المادة 55 من قانون الأسرة، كما يلي: «عند نشوز أحد الزّوجين يحكم القاضي بالطّلاق وبالتّعويض للطّرف المتضرّر».

لهذا السّبب، سنحاول في الفصل الثّاني التّطرّق لضرر تعيّب إرادة أحد الزّوجين ونشوزه، والتّعويض عنه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة.

[1] رويضة بوسعيد، أثر الإكراه والتّدليس على عقد الزّواج، مجلّة الباحث للدّراسات الأكاديميّة، مج 10، ع 02، الجزائر، 2023، ص 726.

الفصل الأوّل:

الضّرر الموجب للتّفريق عند الإخلال بالالتزامات الزّوجيّة والتّعويض عنه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة

لقد اختار الله عزّ وجلّ الزّواج كأسلوب للتّكاثر وتعمير الأرض، وكذا المحافظة على النّسل؛ فهو نعمة أنعم بها جلّ شأنه على عباده لتحصل من ورائها منافع عظيمة ومصالح جمّة، ولولاه لوقع النّاس في حرج عظيم، بل ولربّما هلك الجنس البشريّ وسمّاه بالميثاق الغليظ لقوّته وعظمته ومدى أهمّيته في بناء الأسرة؛ فهو العهد الّذي أُخِذ للزّوجة على زوجها عند عقد النّكاح، والرّابط الّذي يربط بينهما بعلاقة دائمة وأبديّة مبنيّة على الصّحبة والمعاشرة بالمعروف، ومن البديهيّ أنّ استمرار العلاقة الزّوجيّة مرهون بحسن المعاشرة بين الزّوجين، والصّدق والتّضحية والبذل والوفاء والحبّ والتّفاهم، وتعاونهما معا وقيام كلّ منهما بالتزاماته وتحمّل مسؤوليّاته، وتجنّب كلّ طرف إلحاق الضّرر بالطّرف الآخر، حتى يكون السّير الحسن لمؤسّسة الأسرة.

غير أنّه قد تزاحم هذا الزّواج عدّة أضرار تجعله ينحرف عن مقصده، خاصة عند إخلال أحد الزّوجين بالتزاماته ومسؤوليّاته الزّوجيّة، الأمر الّذي يلغي الانسجام بينهما ويصعّب تحقيق مقتضيات الحياة الزّوجيّة؛ فيتضاعف الضّرر ويشتدّ، وينفذ صبر الطّرف المتضرّر، وبالتّالي يستحيل ويتعذّر استمرار الحياة الزّوجيّة ومواصلتها.

وأمام هذه الحالة، يحقّ للزّوجة طلب التّطليق عند وجود الضّرر الجسيم والأذى من زوجها؛ سواء عند إخلاله بالتزاماته الماليّة الّذي سنوضّحه في المبحث الأوّل، أو عند إخلاله بالالتزامات الشّخصيّة وهو موضوع حديثنا في المبحث الثّاني.

غير أنّ هذا لا ينفي حقّ الزّوج أيضا في المطالبة بالتّفريق إذا أضرّت به زوجته، كما سنرى بين طيّات هذين المبحثين، خاصة في التّشريعات العربيّة المقارنة.

المبحث الأوّل: ضرر الإخلال بالالتزامات الماليّة

لم تهمل الشّريعة الإسلاميّة المرأة أبدا، بل أولت اهتماما كبيرا بها ونظرت إليها نظرة تكريم واعتزاز؛ حيث حافظت على مكانتها ومنحتها من الحقوق ما أعلى شأنها مقارنة بما كانت عليه قبل الإسلام، وبالأخصّ الحقوق الماليّة من جملة هذه الحقوق فقبل الزّواج نفقتها مضمونة من قبل أبيها، وبعده مضمونة على زوجها المسؤول عن نفقتها قدر استطاعته ووفق ظروفه الماديّة، وذلك بعدما التزم بتقديم صداقها كتكريم لها ودليل على مكانتها العالية ورغبته الصّادقة في حياة زوجيّة مبنيّة على المودّة والرّحمة والمعاشرة بالمعروف، وعدم الإضرار بها.

غير أنّه في بعض الأحيان، قد تتعكّر حياة الزّوجين بعد صفاءها؛ فيشب الضّرر في علاقتهما نتيجة إخلال الزّوج بالتزاماته الماليّة، فلا يدفع صداق زوجته كأوّل نقطة نعرضها في المطلب الأوّل، ولا ينفق عليها كما سنرى في المطلب الثّاني.

المطلب الأوّل: ضرر عدم دفع الصّداق

شاع عند العرب قبل الإسلام ما يسمّى بالنّافجة؛ بمعنى أنّ الصّداق بالنسّبة لهم هو ثمن للمرأة، الّذي عادة ما يكون عدداً من الإبل (حسب درجة جمال المرأة)، يسوقها الخاطب نحو خيمة مخطوبته، دون أن تأخذ من صداقها هذا شيئا؛ حيث أنّ الرّجل كان يزوّج ابنته فيأخذ مهرها من الإبل فيضمّها إلى إبله فينفجها، أي يكثرها[1]. إلى حين ظهور الإسلام الّذي جعل الصّداق حقّا خالصا المرأة تقبضه هي وتتصرّف فيه كما تشاء، وواجب على الرّجل تقديمه لها حتى تحسّ بحبّه لها ورغبته فيها، وإلاّ تضرّرت من عدم دفعه.

[1] عبد المحسن بن عبد الله الماضي، المهر عبر التّاريخ، منشور على الرّابط الآتيّ: http://ww.al-jazira.com، تاريخ التّصفّح: 2023/07/24، على السّاعة 16:10 سا.

وعليه، سنحاول في هذه النّقطة عرض تعريف الصّداق وموجباته (الفرع الأوّل) ثمّ المطالبة به ومشروعيّة التّفريق بين الزّوجين عن ضرر عدم أدائه (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: تعريف الصّداق وموجباته:

الصّداق هو التزام ماليّ يقوم به الزّوج تُجاه زوجته؛ حيث فرضه المولى عزّ وجلّ في كتابه العزيز في قوله تبارك وتعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ... (04)﴾[1].

وفيما يلي، سنورد تعريف الصّداق ثمّ نذكر موجباته تواليا في النّقاط الآتية:

أوّلا- تعريف الصّداق:

لمعرفة الصّداق، لابدّ من ذكر تعريفه اللّغويّ والاصطلاحيّ وكذا القانونيّ؛ كما يلي:

1. التّعريف اللّغويّ للصّداق:

«والصَّدُقَةُ والصَّدَاقُ والصِّدَاقُ: مهر المرأة، وجمعها في أدنى العدد أَصْدِقَةٌ والكثير صُدُقٌ، وهذان البناءان إنما هما على الغالب.

وقد أصدق المرأة حين تزوّجها؛ أي جعل لها صَدَاقًا، وقيل: أصدقها سمّى لها صداقًا. وقول الله جلّ جلاله: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ... (04)﴾؛ الصّدقات جمع الصَّدُقَةِ ومن قال صُدْقَةً قال صُدْقَاتِهِنَّ، قال: ولا يقرأ من هذه اللّغات بشيء؛ لأنّ القراءة سُنَّةٌ.

[1] سورة النّساء، الآية 04.

وفي حديث عمر رضي الله عنه وأرضاه: لا تغالوا في الصَّدُقَاتِ، هي جمع صَدُقَةٍ وهو مهر المرأة، وفي رواية: لا تغالوا في صُدُقِ النّساء، جمع صداقٍ، وفي الحديث: وليس عند أبوينا ما يصدقان عنّا؛ أي يؤدّيان إلى أزواجنا الصَّدَاق»[1].

2. التّعريف الاصطلاحيّ للصّداق:

اختلف تعريف الصّداق عند فقهاء المذاهب الأربعة، لذا سنورد تعريف كلّ مذهب على حدى:

أ) تعريف فقهاء المذهب الشّافعيّ للصّداق: «الصّداق هو ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا؛ كرضاع ورجوع شهود سمّي بذلك شعاره بصدق رغبة باذله في النّكاح الّذي هو الأصل في إيجاب المهر»[2].

ب)تعريف فقهاء المذهب الحنبليّ للصّداق: «الصّداق هو المال الواجب بعقد النّكاح أو ما يلحق بعقد النّكاح»[3].

ج)تعريف فقهاء المذهب الحنفيّ للصّداق: «الصّداق هو اسم للمال الّذي يجب في عقد النّكاح على الزّوج في مقابل البضع، إمّا بالتّسمية أو بالعقد»[4].

د) تعريف فقهاء المذهب المالكيّ للصّداق: «الصّداق هو ما يعطى للزّوجة في مقابلة الاستمتاع بها، ويسمّى مهرا»[5].

ممّا سبق، يمكننا تعريف الصّداق على أنّه مال أوجبه الله عزّ وجلّ على الرّجل تجاه المرأة كدليل على رغبته فيها، وجعله حقّا خالصا لها في مقابل الاستمتاع.

---

[1] ابن منظور، المصدر السّابق، باب الصّاد، ص 2420.

[2] محمّد بن أحمد الخطيب الشربيني الشّافعيّ، المرجع السّابق، كتاب الصّداق، ص 366.

[3] عبد الكريم بن محمّد اللاحم، المرجع السّابق، مج 02، ص 31.

[4] محمّد أمين بن عابدين، المرجع السّابق، كتاب النّكاح، باب المهر، ص 101.

[5] محمّد عرفة الدسوقي، المرجع السّابق، ج 02، باب في النكّاح وما يتعلّق به، ص 293.

3. التّعريف القانونيّ للصّداق:

سنحاول من خلال هذا العنصر، تعريف الصّداق وفق قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة.

أ) تعريف الصّداق وفق قانون الأسرة الجزائريّ:

عرّف المشرّع الجزائريّ الصّداق في المادة 14 من قانون الأسرة، الّتي نصّت على ما يلي: «الصّداق هو ما يدفع نحلة للزّوجة من نقود أو غيرها من كلّ ما هو مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرّف فيه كما تشاء».

ما يلاحظ على المشرّع الجزائريّ، أنّه لم يحدّد ولم يذكر دافع الصّداق، بل كان من الأحسن لو كان النّصّ ما يلي: «ما يدفعه الزّوج نحلة للزّوجة».

فالمقصود بـــ "يدفع نحلة للزّوجة"؛ أنّ الصّداق هو عطاء دون عوض، في حين هو عربون ورمز لرغبة الرّجل في الزّواج بالمرأة[1].

والقول: "من نقود أو غيرها"، لا يمنع من دخول الهبة أو الهديّة في هذا التّعريف لأنّها تعتبر هي الأخرى ممّا يقدّم للزّوجة، ضف إلى ذلك أيضا قول: ملك للزّوجة الّذي يعتبر أثرا من آثاره وحكما من أحكامه، وهذا ما يجب أن يتجاوزه المشرّع في تعريفه للصّداق[2]. ويفصل بين تعريف الصّداق وأحكامه.

---

[1] دليلة فركوس وجمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة: انعقاد الزّواج، د. ط، دار الخلدونيّة، الجزائر، 1437هـ – 2016م، ص 122.

[2] بسمة سهايلية وأكلي زازون، استحقاق المطلّقة الصّداق بالدّخول والخلوة الصّحيحة –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلاميّ وقوانين الأسرة المغاربيّة–، مجلّة الدّراسات والبحوث القانونيّة، مج 08، ع 02، جامعة المسيلة، جوان 2023، ص 187.

ب) تعريف الصّداق وفق التّشريعات العربيّة:

البداية ستكون بالمشرّع الإماراتيّ الّذي عرّف الصّداق في المادة 49 من قانون الأحوال الشّخصيّة كما يلي: «المهر هو ما يقدّمه الزّوج من مال متقوّم بقصد الزّواج ولا حدّ لأقلّه ويخضع أكثره لقانون تحديد المهور».

كما عرّفته المادة 37 من قانون الأحوال الشّخصيّة القطريّ كالآتي: «المهر هو ما يبدله الزّوج من مال بقصد الزّواج، وكلّ ما صحّ التزامه شرعا صلح أن يكون مهرا».

المادة 21 من قانون سلطنة عمان هي الأخرى عرّفته بالقول: «الصّداق هو ما يبدله الزّوج من مال بقصد الزّواج».

أمّا بخصوص المشرّع الأردنيّ، فهو لم يعرّف الصّداق ولم يضبط مفهوما واضحا له، بالرّغم من أنّه جعل لمسألة الصّداق (المهر) 19 مادة قانونيّة، عالج فيها أنواع الصّداق وأحكامه وحالات الاختلاف فيه.

الملاحظة ذاتها فيما يتعلّق بالمشرّع المصريّ، الّذي خصّ الصّداق بالمادة 19 الوحيدة من قانون الأحوال الشّخصيّة رقم 100 لسنة 1985، التّي جاءت بما يلي: «إذا اختلف الزّوجان في مقدار المهر فالبيّنة على الزّوجة، فإن عجزت كان القول للزّوج بيمين إلاّ إذا ادّعى ما لا يصحّ أن يكون مهرا لمثلها. وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزّوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما».

ما يلاحظ على هذه المادة، أنّها نصّت على الاختلاف في مقدار المهر لكنّها لم تعرّف مصطلح الصّداق.

وفيما يتعلّق بالمشرّع السّوري، فإنّ تعريفه للصّداق كان ذاته تعريف المشرّع القطريّ؛ حيث نصّ في المادة 54 الفقرة 01 على أنّه: «كلّ ما صحّ التزامه شرعا صلح أن يكون مهرا».

كما اعتبر المهر حقّا خالصا للزّوجة حسب نصّ المادة 60 الفقرة 01، كما يلي: «المهر حقّ للزّوجة ولا تبرأ ذمّة الزّوج منه إلاّ بدفعه إليها بالذّات إن كانت كاملة الأهليّة، ما لم توكل في وثيقة العقد وكيلا خاصا بقبضه».

وبالرّجوع إلى المغرب العربيّ، نجد أنّ الجارة الغربيّة قد عرّفت الصّداق في المادة 26 من مدوّنة الأسرة المغربية على أنّه: «ما يقدّمه الزّوج لزوجته إشعارا بالرّغبة في عقد الزّواج، وإنشاء أسرة مستقرّة وتثبيت أسس المودّة والعشرة بين الزّوجين، وأساسه الشّرعيّ هو قيمته المعنويّة والرّمزيّة، وليس قيمته الماديّة».

فالصّداق حسب المشرّع المغربيّ، هو هديّة لازمة وعطاء من جانب الرّجل للمرأة المشعر إيّاها بالرّغبة الأكيدة في الارتباط بها، وتعبيرا عن استعداده للتّضحية والبذل فيحرص على صيانتها والمحافظة عليها بعد أن بذل ماله في سبيل ذلك، وهذا تفاديا للنّزاعات بين الزّوجين ودوام الحياة الزّوجيّة[1].

أمّا عن الجارة الشّرقيّة تونس، فقد عرّفه مشرّعها في الفصل 12 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة بأنّه: «كلّ ما كان مباحا ومقوّما بمال تصلح تسميته مهرا وهو ملك للمرأة».

ما يلاحظ على المشرّع التّونسي، أنّه لم يركّز على القيمة الماليّة للمهر، وبالتّالي لم تكرّس النّظرة الماديّة للعلاقة بالمرأة، كما ألغيت فكرة المهر يكون مقابل الاستمتاع بجسد المرأة، تاركا حرّية الاتفاق بين الزّوجين بخصوص طبيعة المهر وقيمته[2].

بناءً على ما تقدّم، نستخلص أنّ بعض التّشريعات العربيّة اعتبرت الصّداق ذا قيمة معنويّة أكثر منها ماديّة، وتشريعات أخرى أخذت بقيمته الرّمزيةّ والمعنويّة، وأنّ وجوبه على الزّوج فيه تكريم للمرأة وإعلاء لمكانتها، لكنّها أكّدت كلّها على أنّ الصّداق

[1] إدريس الفاخوري، المرجع السّابق، ص 163.

[2] حامد الجندلي، المرجع السّابق، ص 267.

مال بالمفهوم العام، يجب أن يكون مباحا وشرعيّا، مع حقّ المرأة في التّصرّف فيه كونه ملكا لها.

ثانيا- موجبات الصّداق:

تطرّق الفقه الإسلاميّ إلى موجبات الصّداق وحالات استحقاقه، كما تطرّقت له التّشريعات العربيّة بما فيها قانون الأسرة الجزائريّ، وهذا ما سنعرضه تواليا كما يلي:

1. موجبات الصّداق في الفقه الإسلاميّ:

من المعروف أنّ وجوب الصّداق يكون بانعقاد عقد الزّواج أو بمجرّد ذلك، إلاّ أنّ هذا الوجوب ليس بالثّابت ولا الدّائم؛ حيث يكون أحيانا قابلا للسّقوط كلّه أو بعضه عند غياب موجباته وحالات استحقاقه الثّلاث، المتمثّلة في الدّخول الحقيقيّ، الخلوة الصّحيحة، الموت الّتي سنعرضها وفق ما يلي:

أ) **الدّخول الحقيقيّ:** يثبت حقّ المرأة في الصّداق كاملا بالعقد الصّحيح ويستقرّ بالدّخول؛ لأن به يتحقّق تسليم المبدل، وبالتّالي يلزمه ثبوت البدل الّذي يقابله ألا وهو المهر الّذي يكون عند الاستمتاع بالزّوجة، وعليه فإنّ المدخول بها مستمتع بها لذا وجب مهرها[1]. وذلك وفق ما جاء في الذّكر الحكيم في قول الله عزّ شأنه: ﴿... فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ ... (24)﴾[2].

وقوله أيضا تبارك وتعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا (20) وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا (21)﴾[3].

[1] بدران أبو العينين بدران، المرجع السّابق، ص 150.

[2] سورة النّساء، الآية 24.

[3] سورة النّساء، الآيتان 20، 21.

وقد فسّر أبو زكريا يحي بن زياد الفراء الإفضاء بأنّه خلوّ الزّوج بالزّوجة وإن لم يجامعها[1].

ويقتضي العقل أنّه مع هذا الإفضاء السّريّ بين الزّوجين، يرجع كلّ منهما إلى ما كان عليه؛ فالمرأة ترجع بمهرها والزّوج قد جاءه عوضه وهو استحلال فرجها.

ودليل ذلك قول الله عزّ وجلّ: ﴿... وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ ... (21)﴾[2] أي انتهى بعضكم إلى بعض، بما لا ينتهي إليه إلاّ الزّوج[3].

فالتّأكد بالدّخول متفق عليه، والوجه فيه أنّ المهر قد وجب بالعقد وصار دينا في ذمّة الزّوج، والدّخول لا يسقطه؛ لأنّه استيفاء المعقود عليه الّذي يقرّر البدل لا أن يسقطه كما في الإجارة[4].

كما يجب كلّ الصّداق بالدّخول أو بالموت اتّفاقا؛ حيث الدّخول الموجب لكامل الصّداق هو الوطء لا مجرّد الخلوة وإرخاء الستور، فإن بنى بها واختلفا في المسيس فالقول قولها[5].

ب) الخلوة الصّحيحة: لقد اختلف الفقهاء في اعتبار الخلوة الصّحيحة من موجبات الصّداق ومؤكّداته، ولعلّ سبب الاختلاف راجع لاختلافهم في تفسير الآية 21 الكريمة من سورة النّساء سالفة الذّكر، وبالضّبط في شرح كلمة الإفضاء؛ حيث يرى الرّأي الأوّل بأنّ الإفضاء هو الخلوة وهي مؤكّدة للصّداق، في حين يرى الرّأي الثّاني بأنّه الجماع، وبالتّالي عدم ثبوت الصّداق بمجرّد الخلوة الصّحيحة.

---

[1] أبو زكريا يحي بن زياد الفرّاء، معاني القرآن، ج 01، ط 03، عالم الكتب، بيروت، 1403هـ - 1983م، ص 259.

[2] سورة النّساء، الآية 21.

[3] محمد بن صالح العثيمين، المصدر السّابق، ص ص 160، 164.

[4] علاء الدّين الكساني، المرجع السّابق، ج 03، كتاب النّكاح، ص 520.

[5] ابن جزي الكلبي الغرناطيّ، المرجع السّابق، ص 338.

تجدر الإشارة هنا، إلى أنّ الخلوة هي: «اجتماع الزّوجين بناءً على عقد زواج صحيح في مكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما، ومن دخوله بلا استئذان، ودون أن يكون هناك مانع يمنع من الدّخول الحقيقيّ»[1].

ففي حديث للرّسول محمّد صلّى الله عليه وسلّم قال: ﴿من كشف خمار امرأة ونظر إليها، فقد وجب الصّداق، دخل بها أو لم يدخل بها﴾[2].

وقد أخذ بالرّأي الأوّل الحنفيّة والحنابلة، مشترطين في الخلوة الصّحيحة ألاّ يكون هناك مانع طبيعيّ يمنع من الجماع؛ كوجود ثالث عاقل كبير أو صغير مميّز مع الزّوجين أثناء الخلوة، ولا مانع شرعيّ كالحيض والنّفاس أو صوم رمضان ونحو ذلك ولا مانع حسيّ كأن يكون أحد الزّوجين مريضا مرضا جنسيا يمنع من الجماع[3].

أمّا الرّأي الثّاني فقد أخذ به المالكيّة والشّافعيّة؛ فهم يرون بأنّ الخلوة ليست مؤكّدة للصّداق إلاّ بالوطء[4]. لأنّهم فسّروا الإفضاء بالجماع وليس بالخلوة.

ومن وجهة نظرنا، فإنّنا نوافق الرّأي الأوّل الّذي اعتبر الإفضاء خلوة موجبة ومؤكّدة للصّداق.

ج) موت أحد الزّوجين قبل الدّخول والخلوة: إذا مات أحد الزّوجين قبل الدّخول تأكّد الصّداق وأصبح غير قابل للإسقاط؛ لأنّه دين على الزّوج والدّيون لا تسقط بالموت.

---

[1] ناصر أحمد إبراهيم النشوى، الخلوة والآثار المترتّبة عليها في الشّريعة الإسلاميّة، د. ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 74.

[2] الدّارقطني، سنن الدّارقطني، ج 04، كتاب النّكاح، باب المهر، رقم الحديث 3824، ط 01، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، 1424هـ – 2004م، ص 473.

[3] محمّد أمين بن عابدين، المرجع السّابق، كتاب النّكاح، باب المهر، ص 114.

[4] محمّد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعيّ، المرجع السّابق، كتاب الصّداق، ص 366.

وهذا ما جاء عن عبد الله بن محمّد بن عبد الرّحمن قال: حدّثنا أبو سعيد عبد الرّحمن بن عبد الله، عن زائدة بن قدامة، عن منصور، عن إبراهيم، عن علقمة والأسود قالا: «أتى عبد الله في رجل تزوّج امرأة ولم يفرض لها فتوفّي قبل أن يدخل بها، فقال عبد الله: سلوا هل تجدون فيها أثرا؟ قالوا: يا أبا عبد الرّحمن ما نجد فيها – يعني أثرا–، قال: أقول برأيّي فإن كان صوابا فمن الله، لها كمهر نسائها لا وَكْسَ ولا شطط، ولها الميراث وعليها العدّة فقام رجل من أشجع فقال: في مثل هذا قضى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فينا، في امرأة يقال لها بِرْوَعُ بنت واشِقٍ تزوّجت رجلا فمات قبل أن يدخل بها، فقضى لها رسول الله صلّى الله عليه وسلّم بمثل صداق نسائها، ولها الميراث وعليها العدّة، فرفع عبد الله يديه وكبر». قال أبو عبد الرّحمن: لا أعلم أحدا قال في هذا الحديث الأسود غير زائدة[1].

ومعنى هذا، أنّ الصّداق يتأكّد على الزّوج وتأخذه الزّوجة من تركته إن كان هو المتوفّي قبل أخذ الورثة لأنصبتهم؛ لأنّه دين والدّين مقدّم على حقّ الورثة، أمّا إن كانت الزّوجة هي المتوفّاة، فيأخذ ورثتها المهر بعد خصم نصيبه منه، باعتباره من ورثتها[2].

كما يجب الصّداق أيضا عند قتل أحد الزّوجين، باستثناء قتل السّيد أمته أو الأمة نفسها[3].

وهذه النّقطة هي محور خلاف بين الفقهاء من حيث قتل الزّوجة نفسها، وذلك على قولين[4]:

---

[1] أبو عبد الرّحمن أحمد بن شعيب النّسائيّ، السّنن الكبرى، ج 05، كتاب النّكاح، رقم الحديث 5489، ط 01، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، 1421هـ – 2001م، ص 222.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشّافعيّ، المرجع السّابق، ص 266.

[3] يوسف بن إبراهيم الأردبيلي، الأنوار لأعمال الأبرار، تحقيق: خلف مفضي المطلق، تقديم: حسين عبد الله العليّ، ج 02، كتاب الصّداق، ط 01، دار الضّياء، عمّان، 1427هـ – 2006م، ص 440.

[4] علاء الدّين الكساني، المرجع السّابق، ج 02، كتاب النّكاح، ص 294.

القول الأوّل منسوب لجمهور الفقهاء الّذين يرون أنّ الزّوجة تستحقّ كامل الصّداق بعد الموت إذا قتلت نفسها؛ لأنّ فوات حقّ الزّوج يكون بموت الزّوجة فعلا وعند زهوق روحها يتعلّق حقّ ورثتها بجميع أموالها، والصّداق هنا ملك للورثة لا يحتمل السّقوط، أيضا لو قتلها زوجها أو أجنبيّ بخلاف الرّدة والتّقبيل؛ لأنّ الصّداق وقت التّقبيل والرّدة كان ملكها لذا احتمل السّقوط بفعلها.

أمّا القول الثّاني، فهو قول زفر والشّافعيّ اللّذين قالا أنّ الزّوجة يسقط صداقها لأنّها بالقتل فوّتت على الزّوج حقّه في المبدل، وبالتّالي يسقط حقّها في البدل، نفس الشّيء إذا ارتدّت قبل الدّخول، أو قبّلت ابن زوجها أو أبيه.

كما اختلفوا أيضا حول مسألة قتل الزّوجة زوجها على قولين[1]:

القول الأوّل للحنفيّة القائلين بأنّ الصّداق يتأكّد ولا يسقط لانعدام الفرقة.

والقول الثّاني لزفر والأئمّة الثّلاث القائلين بأنّه إذا قتلت الزّوجة زوجها قبل الدّخول سقط صداقها كلّه؛ لأنّه جناية والجنايات لا تؤكّد الحقوق، ولأنّ قتلها نفسها كالرّدة منها للاشتراك في معنى المعصية، ولاشكّ أنّ هذا الرّأي يستقيم مع المعقول ويتفق مع العدالة.

ومنه، نستخلص أنّه بوجود هذه المؤكّدات الثّلاث، تأكّد وجوب الصّداق وصار حقّا للزّوجة ولا يسقط بأيّ فرقة؛ لأنّه بالدّخول قد استوفى الزّوج حقّه في المتعة وبالخلوة الصّحيحة قد مكّنته الزّوجة من نفسها، وبموت أحد الزّوجين تستبعد الفرقة من قبل الزّوج تنصّف الصّداق أو من قبلها تسقطه، لهذا السّبب اعتبر الصّداق دينا يبدأ بسداده إذا مات الزّوج، أو يأخذه ورثة الزّوجة إذا ماتت هي[2].

[1] بدران أبو العينين بدران، المرجع السّابق، ص 156.

[2] عبد الوهاب خلاف، المرجع السّابق، ص ص 82، 83.

2. موجبات الصّداق وفق قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة:

سنحاول من خلال هذا العنصر، توضيح موجبات الصّداق وفق قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة.

أ) موجبات الصّداق وفق قانون الأسرة الجزائريّ:

جاء في المادة 16 من قانون الأسرة الجزائريّ ما يلي: «تستحقّ الزّوجة الصّداق كاملا بالدّخول أو بوفاة الزّوج ...».

بيّنت هذه المادة متى تستحقّ الزّوجة الصّداق كاملا؛ حيث ذكرت سببان موجبان له؛ ألا وهما الدّخول أو موت أحد الزّوجين.

غير أنّ ما يلاحظ على المشرّع الجزائريّ، أنّه أخرج الخلوة الصّحيحة من نطاق استحقاق الزّوجة للصّداق كاملا، كما أنّه لم يوضّح ما المقصود بالدّخول؛ أهو الدّخول الحقيقيّ ألا وهو الوطء، أم الدّخول الحكميّ أو ما يعرف شرعا بالخلوة الصّحيحة.

وبرجوعنا إلى القضاء الجزائريّ، نجد أنّه جعل الخلوة الصّحيحة مؤكّدة وموجبة لكامل الصّداق، وذلك بحسب ما جاء في عدّة قرارات منها:

«من المقرّر شرعا أنّ انتقال الزّوجة إلى بيت الزّوجيّة، واختلاء الزّوج بها في بيته وغلق بابه عليها، وهو ما يعبّر عنه شرعا بـــ "إرخاء السّتور" أو "خلوة الاهتداء" يعتبر دخولا فعليا تترتّب عليه الآثار الشّرعيّة وتنال الزّوجة كامل صداقها، ومن المقرّر أيضا أنّ الدّخول المسلّم به يوجب العدّة، حتى ولو اتفق الطّرفان على عدم الوطء، ويوجب نفقتها ونفقة ما قبلها في غياب المسقط عليها، ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون هو في غير محلّه، لذا يستوجب رفضه.

ولمّا كان من الثّابت –في قضيّة الحال–، أنّ الزّوجة زفّت للطّاعن واختلى بها في بيته ولم ينكر إصابتها وأنّ الدّخول مسلّم به، فإنّ قضاة الاستئناف الّذين حكموا

للزّوجة بكامل صداقها بالإضافة إلى نفقة العدّة ونفقة الإهمال، يندرج قضاؤهم هذا ضمن المادة 16 من قانون الأسرة، ومتماشيا مع المادتين 85 و74 من نفس القانون ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون، هو في غير محلّه ويستوجب رفضه»[1].

وجاء كذلك في قرار آخر ما يلي: «من المقرّر فقها وشرعا أنّ الزّوجة تستحقّ الصّداق كاملا بمجرّد الدّخول واختلاء الزّوج بها، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خرقا لأحكام الشّريعة الإسلاميّة.

ولمّا كان ثابتا –في قضيّة الحال–، أنّ الزّوج لم يدخل بزوجته بعد انتقالها إلى داره كونه كان في حالة اعتقال ممّا تعذّر إتمام الخلوة، ومن ثمّ فإنّ المجلس القضائيّ لما قضى بالطّلاق واستحقاق الزّوجة لكامل الصّداق، يكون بقضائه كما فعل خرق القواعد الشّرعيّة وانتهك النّصوص القانونيّة. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»[2].

كما جاء أيضا في قرار للمحكمة العليا ما محتواه: «من المقرّر شرعا وقانونا أنّه إذا أبرم عقد زواج صحيح، وتأكّدت الخلوة بين الزّوجين، أصبح للزّوجة الحقّ في جميع توابع العصمة وكامل صداقها، حتى ولو لم يقع احتفال بالدّخول، ومن ثمّ فإنّ النّعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.

ولمّا كان من الثّابت –في قضيّة الحال–، أنّ الطّاعن أبرم عقد الزّواج أمام ضابط الحالة المدنيّة بالبلديّة المفترض فيه الشّروط المطلوبة، وأنّ المحكمة تأكّدت من

[1] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 55116، قرار صادر بتاريخ 1989/10/02، المجلّة القضائيّة، ع 01، 1991، ص 53.

[2] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 49283، قرار صادر بتاريخ 1988/05/09، المجلّة القضائيّة، ع 02، 1992، ص 44.

وقوع الدّخول والاختلاء بين الزّوجين، فإنّ القاضي الّذي منحها جميع توابع العصمة والصّداق بعد الطّلاق، طبّق الشّرع والقانون تطبيقا سليما.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن»[1].

هذا، وقد نصّ المشرّع الجزائريّ على استحقاق الصّداق كاملا بوفاة أحد الزّوجين وهو ما كرّسه القضاء؛ حيث جاء في قرار المجلس الأعلى ما يلي:

«من المقرّر شرعا أنّ الزّوجة تستحقّ كامل الصّداق إذا توفّي الزّوج قبل الدّخول دون أن يحكم بفسخ العقد أو بالطّلاق، ومنه فإنّ قضاة المجلس برفضهم طلب أب الزّوج باسترجاع نصف الصّداق لوفاة ابنه قبل الدّخول، طبّقوا المبادئ الفقهيّة تطبيقا سليما.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن»[2].

وعليه، فالوفاة تؤكّد الصّداق كاملا حسب ما كرّسه كلّ من المشرّع الجزائريّ في المادة 16 من قانون الأسرة وكذا الاجتهادات القضائيّة، سواء أكان الّذي توفّي الزّوج أم الزّوجة، وسواء أكانت الوفاة قبل الدّخول أو الخلوة أم بعد الدّخول والخلوة لأنّ الصّداق ثابت بالعقد ويبقى مستقرّا لغاية حدوث ما يسقطه كلّه أو نصفه[3].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 74375، قرار صادر بتاريخ 1991/06/18، المجلّة القضائيّة، ع 01، 1993، ص 61.

[2] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 45301، قرار صادر بتاريخ 1987/03/09، المجلّة القضائيّة، ع 03، 1992، ص 66.

[3] صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، ج 01، الزّواج وانحلاله وآثاره، النّيابة الشّرعية، د. ط، الدّيوان الوطنيّ للأشغال التّربويّة والتّمهين، الجزائر، د. س. ن، ص 57.

غير أنّه ما يلاحظ على المشرّع الجزائريّ، عدم ذكره وفاة الزّوجة كحالة استحقاق ورثتها لصداقها كاملا، كما أنّه لم يبيّن موقفه من الحالات السّابقة للوفاة؛ كقتل الزّوجة نفسها أو زوجها، بل جاء النّص بشكل عام[1].

ب)موجبات الصّداق وفق التّشريعات العربيّة:

فاتحة الخير في هذه النّقطة ستكون الجارة الشّرقيّة تونس؛ حيث جاء في قرار تعقيبيّ مدنيّ تونسيّ ما يلي: «المهر هو المال الّذي تستحقّه الزّوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدّخول بها دخولا حقيقيّا»[2].

فالنّظام القانونيّ للصّداق مرتبط بتسليم معينه، وتسليمه يستوجب مبدئيّا أن يتم الدّخول؛ أي تزامنا مع إبرام الزّواج أو خلال الفترة الفاصلة ما بين إبرام الزّواج وإتمام البناء بالزّوجة[3].

هذا، وقد اجتهد فقه القضاء التّونسيّ في تعريف الدّخول بعد أن أغفله المشرّع التّونسيّ؛ حيث جاء في محكمة التّعقيب ما يلي: «بما أنّ المشرّع لم يعرّف البناء أو الدّخول وهو المصطلح المستعمل في مجلّة الأحوال الشّخصيّة، فقد استقرّ فقه القضاء على تعريف الدّخول بأن تكون الزّوجة قد التحقت بمحلّ الزّوجيّة لمساكنة الزّوج والقيام بواجباتها الزّوجيّة حسبما يقتضيه العرف والعادة، ممّا يستوجب توفّر الخلوة بين الزّوجين، وهو ما عبّر عنه فقه قضاء محكمة التّعقيب بإرخاء السّتائر، في حين أنّ عقد

[1] نورة تواتي، منازعات الصّداق في قانون الأسرة الجزائريّ والشّريعة الإسلاميّة، مجلّة الحقوق والحرّيات، مج 09، ع 02، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2021، ص 1553.

[2] قرار تعقيبيّ مدنيّ تونسيّ، مؤرّخ في 1988/12/13، مجلّة 02، ع 21420، 1988، ص 196.

[3] فاطمة الزّهراء بن محمود وسامية دولة، التّعليق على مجلّة الأحوال الشّخصيّة –قراءة في فقه القضاء–، ط 01، منشورات مجمّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2015، ص 79.

الزّواج يستوجب الإشهار، وهو ما يؤمّنه المشرّع باشتراط شهادة شاهدين من أهل الثّقة لانعقاد الزّواج»[1].

قرار آخر صادر عن محكمة التّعقيب جاء فيه ما يلي: «إنّ العبرة بالدّخول تتمثّل في الخلوة بين الزّوجين وإسدال السّتائر، دون اشتراط حصول الاتصال الجنسي»[2].

وبناءً عليه، نستخلص أنّ قضاء التّعقيب التّونسيّ جعل الخلوة مؤكّدة للصّداق ولم يشترط الاتصال الجنسي أو الدّخول الحقيقيّ.

أمّا فيما يتعلّق بالجارة الغربيّة، فإنّ مدوّنة الأسرة المغربيّة لم تشر إلى الخلوة الصّحيحة كمناط لاستحقاق الصّداق بكامله، على الرّغم من أنّ المادة 130[3] اعتبرت الخلوة الصّحيحة سببا للعدّة على المطلّقة.

حيث قضت محكمة النّقض المغربيّة بـــ: «مرافقة الزّوجة في السّفر والتّنقّل بها يعتبر شاهدا عرفيا يؤيّد التّلقية المدلى بها لإثبات الخلوة، والقول قولها في ادّعاء المسيس بعد يمينها.

بالمسيس بعد الخلوة تستحقّ كامل الصّداق والمتعة، ويتعرّض للنّقض الحكم الّذي اعتبر أنّ الخلوة كافية وحدها لاستحقاق الصّداق والمتعة دون أداء اليمين»[4].

---

[1] محكمة التّعقيب التّونسيّة، قرار تعقيبيّ مدنيّ، مؤرّخ في 2008/12/04، ع 27651، فقه القضاء، 2008، منشور على الرّابط الآتي: www.cassation.tn، تاريخ التّصفّح 2024/06/05، على السّاعة 21:13 سا.

[2] محكمة التّعقيب، القسم المدنيّ، ج 02، ملف رقم 1258، صادر بتاريخ 2005/12/07، نشريّة محكمة التّعقيب، 2005 ص 403. نقلا عن: فاطمة الزّهراء بن محمود وسامية دولة، المرجع السّابق، ص 133.

[3] نصّت المادة 130 من مدوّنة الأسرة المغربيّة على أنّه: «لا تلزم العدّة قبل البناء والخلوة الصّحيحة إلاّ للوفاة».

[4] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 58، قرار صادر بتاريخ 1977/05/26، مجلّة قضاء المجلس الأعلى، ع 26، ص 103.

كما قضت ذات المحكمة بما يلي: «تقدير الحجج خاضع لسلطة المحكمة، وأنّه يتبيّن من دراسة الملف أنّ المستأنف عليها قد أصبحت ثيّبا حسب الحجّة (شهادة طبيّة) حيث ثبت تبادل الزّيارة بين المستأنف والمستأنف عليها حسب الحجّة (لفيف) وحيث أنّ العادة الجارية الآن هي اتصال العاقدين للزّواج في يوم العقد، وقليل من لم يتصل أو نادر والنّادر لا حكم له، وحيث أنّ العادة محكمة وأنّ الدّخول ثبت منذ زيارتها له في داره؛ إذ مظنّة الدّخول هي الاختلاء وليس مقصورا على وليمة الزّفاف فحسب»[1].

قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ نصّ هو الآخر في المادة 48 على ما يلي:

«إذا سمّي المهر في العقد الصّحيح، لزم أداؤه كاملا بوفاة أحد الزّوجين أو بالطّلاق بعد الخلوة الصّحيحة ...».

معنى هذا، أنّ الزّوجة تستحقّ الصّداق كاملا بمجرّد الخلوة الصّحيحة، وكذا بوفاة أحد الزّوجين ولو قبل الدّخول، وهذا ما ذهب إليه الحنفيّة[2].

الكويت حاضرة بمشرّعها الّذي نصّ في المادة 61 من القانون رقم 51 لسنة 1984 بشأن الأحوال الشّخصيّة، على ما يلي: «يتأكّد المهر كلّه بالدّخول الحقيقيّ أو بالخلوة الصّحيحة أو بموت أحد الزّوجين».

هذه المادة قد دلّت بصريح عباراتها وواضح دلالاتها، على أنّ الخلوة الصّحيحة في النّكاح الصّحيح تؤكّد الصّداق كلّه وتوجبه بالدّخول الحقيقيّ، وهذا ما يراه الحنفيّة بحسب ما أفصحت عنه المذكّرة الإيضاحيّة للقانون؛ فالخلوة الصّحيحة في مذهب الحنفيّة هي أن يجتمع الزّوجان على انفراد بعد عقد الزّواج الصّحيح، في مكان يأمنان

[1] ملف رقم 47508، قرار صادر بتاريخ 1975/12/08، ع 226، (غير منشور). نقلا عن: محمّد الشافعي، المرجع السّابق، ص 86.

[2] حسن تيسير شموط، المفيد في شرح قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ رقم 36 لعام 2010، ط 01، منشورات جمعيّة المحافظة على القرآن الكريم، الأردن، 1437هـ – 2016م، ص 72.

فيه من اطلاع الغير عليهما بغير إذنهما، فإذا حصل الاجتماع على هذا النّحو تحقّقت الخلوة الصّحيحة، الّتي تقوم مقام الدّخول وتؤكّد الصّداق بتمامه[1].

كما جاء في قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ رقم 28 لسنة 2005، في مادته 52 فقرة 2 ما يلي: «يجب المهر بالعقد الصّحيح، ويتأكّد كلّه بالدّخول أو بالخلوة الصّحيحة أو بالوفاة ويحلّ المؤجّل منه بالوفاة أو البينونة».

يفهم من نصّ هذه المادة الواضح والصّريح، أنّ الصّداق يجب بالعقد الصّحيح غير أنّ وجوبه غير مستقرّ أي قابل للسّقوط، إلاّ إذا وجد المؤكّد فإنّه يصبح غير قابل لذلك حتى ولو كانت الفرقة من قبل الزّوجة؛ لأنّ البدل بعد تأكّده لا يحتمل السّقوط إلاّ بالأداء أو الإبراء.

كما أنّ الدّخول هنا جاء مطلقا ليشمل الدّخول الحقيقيّ وغير الحقيقيّ. غير أنّ المذكّرة الإيضاحيّة وصفته بالدّخول الحقيقيّ الّذي عرّفته على أنّه اتصال الزّوج بزوجته اتصالا جنسيّا، والاتصال الجنسيّ بالمرأة يوجب كلّ الصّداق؛ لأنّ الزّوج قد استوفى حقّه وبالتّالي يتقرّر حقّ الزّوجة في الصّداق.

إذن وحسب نصّ المادة 52، فإنّ الصّداق يتأكّد بالدّخول أو بالخلوة الصّحيحة المقصود بها الخلوة بلا دخول حقيقيّ، وأخيرا الوفاة سواء أمات الزّوج أو الزّوجة وسواء أكان الموت قبل الدّخول أو بعده[2]. وهو ما يوحي إلى أنّ القانون قد أخذ برأي الجمهور في جعل كلّ من الدّخول والخلوة والوفاة من مؤكّدات الصّداق.

[1] العيسى عبد الله علي، الخلوة الصّحيحة: شروطها – تأكيد المهر بالخلوة – وجوب العدّة بالخلوة، المجلّة العربيّة للفقه والقضاء، ع 16، مصر، 1994، ص 134.

[2] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشّخصيّة لدولة الإمارات العربيّة المتحدة، المرجع السّابق، ص ص 229، 230.

أمّا المشرّع العراقيّ فقد نصّ في المادة 21 من قانون الأحوال الشّخصيّة رقم 188 لسنة 1959 على ما يلي: «تستحقّ الزّوجة كلّ المهر المسمّى بالدّخول أو بموت أحد الزّوجين ...».

الملفت للانتباه هنا، أنّ المشرّع نصّ على حالتين فقط لاستحقاق الصّداق وبصورة مختصرة جدا، ألا وهما الدّخول والموت، ولم يذكر الخلوة كمؤكّد للصّداق وهذا ما جاء في القول الجديد للشّافعيّ[1].

غير أنّه يمكن ملاحظتها من خلال العمل بأحكام المادة 01 الفقرة 02 من ذات القانون، الّتي جاء نصّها كما يلي: «إذا لم يوجد نصّ تشريعيّ يمكن تطبيقه، يحكم بمقتضى مبادئ الشّريعة الإسلاميّة الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون».

وختامها مسك سوريّ؛ حيث نصّت المادة 53 من قانون الأحوال الشّخصيّة على أنّه: «يجب للزّوجة المهر بمجرّد العقد الصّحيح، سواء أسمي عند العقد أو لم يسم أو نفي أصلا».

كما نصّت المادة 58 من نفس القانون على أنّه: «إذا سمى المهر في العقد الصّحيح ووقع الدّخول والخلوة الصّحيحة، وجب نصف المهر».

وعليه، نستشفّ من نصّ هذه المادة أنّه إذا تحقّقت كلّ من الخلوة الصّحيحة والدّخول وسمّي الصّداق في العقد الصّحيح، وجب كلّ الصّداق.

الفرع الثاني: المطالبة بالصّداق ومشروعيّة التّفريق بين الزّوجين عن ضرر عدم أدائه:

الصّداق حقّ خالص للزّوجة وواجب على الزّوج حين العقد، ويتأكّد بالدّخول أو الخلوة أو الوفاة كما ذكر سابقا.

[1] فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشّخصيّة العراقيّ رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته –عقد الزّواج وآثاره والفرقة وآثارها وحقوق الأقارب–، د. ط، جامعة السّليمانيّة، العراق، 2004، ص 130.

ومع ذلك، قد يدّعي الزّوج عدم قدرته على التّسديد سواء أكان معسرا أو ميسور الحال، من خلال اتباعه طرق التّحايل؛ كتحويل أملاكه لشخص آخر أو بيعها، وهذا يعدّ ظلما وإجحافا في حقّ الزّوجة، ممّا يسبّب لها ضررا لا يمكن جبره إلاّ بالأداء.

هذا، ومن حقّ الزّوجة أن تطالب بصداقها وفق شروط معيّنة سنوضّحها في سياق عرض هذه النّقطة، مع تبيان مشروعيّة التّفريق بين الزّوجين في حالة عدم أداء الصّداق.

أوّلا- شروط المطالبة بالصّداق:

يجوز لوليّ الزّوجة أن يشترط ضمن عقد النّكاح، شرط دفع الصّداق عند الدّخول أو أثناء العقد بشرط أن يكون ذلك في مقدور الزّوج، بالمقابل يجب على هذا الأخير الوفاء به وعدم مخالفة مقتضى عقد النّكاح.

وهناك شرطان من شروط المطالبة بالصّداق، هما:

1. شرط عند الاستطاعة:

وهو ما جاء به الذّكر الحكيم في قول الله عزّ شأنه: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسُرَةٍ ۚ ... (280)﴾[1].

ومعنى الآية الكريمة، أنّه إن كان الغريم ذا عُسرة؛ أي معسرا برؤوس أموالكم الّتي كانت لكم عليهم قبل الإبراء، فأنظروهم إلى ميسرتهم، أمّا قوله تبارك وتعالى: ﴿... فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسُرَةٍ ۚ ... (280)﴾؛ بمعنى: عليكم أن تنظروه إلى ميسره[2].

[1] سورة البقرة، الآية 280.

[2] القرآن الكريم، تفسير الطّبري –تفسير سورة البقرة الآية 280–، منشور على: http://quran.ksu.edu.sa، تاريخ التّصفّح: 2023/08/26، على السّاعة 18:02 سا.

ما نستشفّه من تفسير الآية الكريمة، أنّ الشّخص لا يكلّف إلاّ عند استطاعته فالزّوج إن كان إعساره معلوما، لا يجوز للزّوجة مطالبته بأداء الصّداق إلى حين يساره والإرفاق به وعدم الإلحاح عليه.

وهنا، يعتبر الزّوج مدينا معسرا كونه ليس لديه مال يفي بشيء من ديونه؛ لأنّ الصّداق في هذه الحالة تسري عليه نفس أحكام الدّين.

أمّا المدين المماطل، فهو الّذي لديه أموال تزيد عن ديونه ولكّن يمتنع عن السّداد[1]. كأن يماطل في دفع الصّداق لزوجته بالرّغم من قدرته على التّسديد، وهذا فيه إثم على الزّوج وظلم للزّوجة وانتقاص من كرامتها.

وهذا ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: ﴿مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ ...﴾ متّفق عليه[2]. والمطل هو تأخير القضاء، وقد سمّي كذلك لأنّه يطول على صاحب الدّين طلب حقّه؛ حيث كلّما طلب ماله مطله وقال: أمهلني، فتطول المدّة وهذا ظلم، هذا إذا كان غنيّا أمّا إذا كان فقيرا فهو معذور[3].

فالصّداق المؤجّل مثلا يبقى دينا في ذمّة الزّوج، وهو حقّ من حقوق الزّوجة على زوجها، ومرجع استفائه إمّا إلى الشّرط الّذي أخذ ضمن العقد، أو إلى العرف السّائد بين النّاس.

---

[1] محمّد عبد المنعم أبو زيد، أحكام الإعسار في الفقه الإسلاميّ ووسائل حماية المؤسّسات الماليّة المقرضة من إعسار المدينين، مجلّة الثّقافة الإسلاميّة، وزارة الشّؤون الدّينيّة، مج 09، ع 02، جوان 2013، ص 102.

[2] ابن باز رحمه الله، من باب تحريم مطل الغنيّ بحقّ طلبه صاحبه، منشور على الرّابط الآتيّ: https://binbaz.org.sa/audios، تاريخ التّصفّح: 2024/02/03، على السّاعة 15:24 سا.

[3] عبد الله عبد الرّحمن بن عبد الله بن جبرين، شرح عمدة الأحكام، ج 50، شرح حديث مَطْل الغنيّ ظلم، وإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع، د. ط، د. د. ن، د. س. ن، د. ب. ن، ص 08.

كما أنّه واجب على الزّوج الوفاء به وعدم المماطلة فيه، عند اشتراط أدائه في أجل معيّن، مثله مثل الدّين تماما[1].

2. شرط عند المطالبة:

من حقّ الزّوجة المطالبة بالصّداق المقدّم في عقد النّكاح في أيّ وقت شاءت لأنّه في هذه الحالة كالدّين الّذي حلّ أجله.

فلو أصرّ الزّوج على عدم تسليم الصّداق قبل أن يتسلّمها، وأصرّت هي على عدم تسليم نفسها حتى تقبض صداقها، فإنّ الأصحّ هو أن يجبر الزّوج أوّلا على تسليم الصّداق، لتسلّم هي نفسها بعد ذلك[2].

بالإضافة إلى أنّه يمكن لطرفي العقد –الزّوجان–، أن يضعا شرطا عند المطالبة ضمن العقد، وبالتّالي تترتّب آثاره المتمثّلة في المطالبة بتسديد الصّداق؛ لأنّ نتيجة العقد هي حصول ما تعاهدا وتعاقدا عليه[3]. وهذا مصداقا لقول الله تبارك وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۚ ... (01)﴾[4]. بمعنى الوفاء بالعهود؛ والعهود والعقود يعتبران واحدا[5].

---

[1] شذى مظفر حسين، الأساس الفقهيّ للمطالبة بالمهر –دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشّخصيّة العراقيّ رقم 118 لسنة 1959–، مجلّة الكوفة للعلوم القانونيّة والسّياسيّة، مج 10، ع 33، العراق، 2017، ص ص 191، 192.

[2] ابن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النّهى لشرح المنتهى، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التّركي، ج 05، كتاب الصّداق، ط 01، مؤسّسة الرّسالة، د. ب. ن، 1421هـ – 2000م، ص 282.

[3] شذى مظفر حسين، المرجع السّابق، ص 193.

[4] سورة المائدة، الآية 01.

[5] أبو زكريا يحي بن زياد الفراء، المصدر السّابق، ص 298.

فلو اشترطت الزّوجة التّعجيل بكامل الصّداق، يكون هنا وجوب الدّفع دون مطالبة، وهناك من يرى أنّ الإطلاق في الصّداق كالإطلاق في البيع، وما يقتضيه من حلول الثّمن أمّا وجوب الدّفع فبالمطالبة[1].

أمّا إذا كان الصّداق مؤجّلا، فلا يحق للزّوجة المطالبة به إلى حين حلول الأجل لأنّ اللّفظ المطلق يحمل على العرف، والعرف في الصّداق المؤجّل ترك المطالبة به إلى الموت أو البينونة، وعلم أنّه يصحّ جعل بعضه حالا وبعضه مؤجّلا بموت أو فراق[2].

ثانيا- مشروعيّة التّفريق بين الزّوجين عن ضرر عدم أداء الصّداق:

يعتبر الصّداق -كما أسلفنا الذّكر- واجبا للزّوجة على زوجها، فإن كان معجّلا يؤدّيه الزّوج بعد العقد، وإن كان مؤجّلا يؤدّيه عند حلول أجله.

وما يهمّنا عرضه في هذه النّقطة، هو الصّداق المعجّل أو المقدّم وإعسار الزّوج عن أدائه، وحقّ الزّوجة في المطالبة بالتّفريق وفق آراء الفقهاء والقانون على التّوالي:

1. آراء الفقهاء في جواز التّفريق بين الزّوجين عند عدم أداء الصّداق:

اختلفت آراء الفقهاء بشأن ما إذا كان للزّوجة الحقّ في طلب التّفريق (الفسخ) حال إعسار الزّوج عن دفع صداقها بعد العقد أو بعد الدّخول، من عدمه كما يلي:

أ) **رأي الحنفيّة:** بالنّسبة للحنفيّة لا يجب التّفريق بين الزّوجين ولا يجبر الزّوج على طلاق زوجته إذا كان معسرا في دفع الصّداق لها سواء قبل الدّخول أو بعده، كما لا يثبت للزّوجة حقّ الخيار بفسخ عقد الزّواج.

[1] شذى مظفر حسين، المرجع السّابق، ص 194.

[2] ابن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النّهى لشرح المنتهى، المرجع السّابق، ص 244.

حيث كانت حجّتهم في ذلك، قول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسُرَةٍ ۚ ... (280)﴾[1]. وهذا دليل على أنّ المعسر منظر، ولو أجّلته في ذلك لم يكن لها أن تطالب بالفرقة، الّتي لا تتوصّل بها إلى صداقها وإنّما إلى مثله من جهة أخرى[2].

ب)رأي الشّافعيّة: يرى الشّافعيّة وجوب التّفريق بين الزّوجين إذا طلبت الزّوجة ذلك، استنادا لقول الله عزّ وجلّ: ﴿... فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ ... (229)﴾[3].

والمعروف في الإمساك هو أن يوفّيها حقّها من الصّداق والنّفقة، فإذا عجز عن ذلك تعيّن التّسريح بإحسان[4].

فالإمام الشّافعيّ رحمه الله، قام بالقياس بين الإعسار في النّفقة والإعسار في الصّداق ومادام حقّ الخيار عند إعسار الزّوج في النّفقة ثابت للزّوجة، فإنّه أيضا ثابت لها عند إعساره في الصّداق؛ واستحقاق الصّداق في العقد أقوى من استحقاق النّفقة فيه وثبوت الخيار عند الإعسار في النّفقة (الأضعف) يجعل ثبوته عن الإعسار في الصّداق (الأقوى) أحقّ[5].

غير أنّ هذا الدّليل قد انتقد، بحجّة أنّ تأخير الصّداق لا يضرّ بالزّوجة ولا ببدنها عكس النّفقة الّتي يقوم بها البدن ولا يمكن تأخيرها.

---

[1] سورة البقرة، الآية 280.

[2] شمس الأئمّة السرخسي، المرجع السّابق، ج 05، باب النّفقة، ص ص 190، 191.

[3] سورة البقرة، الآية 229.

[4] شمس الأئمّة السرخسي، المرجع السّابق، ج 05، باب النّفقة، ص 190.

[5] أبو الحسن علي بن محمّد بن محمّد بن حبيب البصيريّ البغدادي الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشّافعيّ، تحقيق: علي محمّد معوّض وعادل أحمد عبد الموجود، ج 11، باب الرّجل لا يجد نفقة من كتابين، ط 01، دار الكتب العلميّة، لبنان، 1419هـ – 1997، ص 461.

وكان الرّد على هذا الانتقاد، أنّ ضرر الإعسار في النّفقة يمكن رفعه سواء بإنفاقها على نفسها أو إنفاق أحد أقاربها عليها، ومع هذا لها حقّ الخيار في التّفريق ومع هذه الفرقة عند الإعسار في الصّداق أيضا[1].

ج)رأي المالكيّة: أمّا بالنّسبة للمالكيّة، فهم يرون بأنّ للزّوجة حقّ الخيار في التّفريق إن كان إعسار الزّوج قبل الدّخول، أمّا بعده فلا يثبت لها هذا الحقّ.

فإذا طلب من الزّوج دفع الصّداق قبل الدّخول وادّعى العجز، أجّله القاضي لإثبات عجزه؛ فقد كان شائعا أنّ قضاة قرطبة قد حكموا بالتّأجيل ثلاثة أسابيع، يتمّ السّؤال أثناء ذلك كلّ ستة أيام إذا وجد مالا أو بيّنة تشهد لعسره أوّلا، فإذا ما ثبت العجز وصدّقته المرأة فلا يطلّق عليه على الفور، وإنّما يمهله القاضي مدّة بعد مدّة إلى غاية استنفاذ المدة المحدّدة فيحكم بعجزه ويطلّق عليه، ويلزمه بنصف الصّداق عند يساره، أمّا بعد الدّخول فليس للزّوجة إلاّ المطالبة بالصّداق، ولا يطلّق عليه ولا يتحقّق التّفريق بينهما[2].

ومن وجهة نظرنا، فإنّه –بناءً على ما تقدّم– يجوز التّفريق بين الزّوجين للإعسار في الصّداق؛ لأنّ الضّرر سيلحق الزّوجة عند عدم قبضها إيّاه، ومن لا يستطيع دفع الصّداق لا يمكنه مستقبلا تحمّل متطلّبات الحياة الزّوجيّة وتكاليف أسرته «كما أنّ الزّوجة هي الّتي تطالب بالتّفريق نتيجة إدراكها للضّرر الواقع عليها، والّذي لولاه لما أقدمت على طلب ذلك»[3].

---

[1] أحمد علي أبو سماقة وجهاد سالم الشرفات، حقّ الزّوجة في طلب التّفريق بسبب إعسار الزّوج بالنّفقة والمهر – دراسة فقهيّة مقارنة بقانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ رقم 36 لسنة 2010–، المجلّة الأردنيّة في الدّراسات الإسلاميّة، مج 12، ع 03، جامعة آل البيت، 1437هـ – 2016م، ص 54.

[2] الصّادق عبد الرّحمن الغرياني، المرجع السّابق، ص ص 595، 596.

[3] عروة عكرمة صبري ومحمّد سليم مصطفى، التّفريق بين الزّوجين للإعسار بالمهر –دراسة فقهيّة مقارنة مع قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ–، مجلّة الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة، مج 27، ع 09، جامعة الكويت، 2012، ص 509.

كما يستمر الزّوج في تعنّته بعدم دفع الصّداق، وفي نفس الوقت يتحايل بعدم إيقاع الطّلاق، حتى لا يلزم بالصّداق المؤجّل إلى جانب الصّداق المعجّل، وهو ذاته ما نراه في المجتمعات العربيّة الّتي من أعرافها تقديم الصّداق المعجّل وبعده المؤجّل، في حالة الطّلاق أو الوفاة، ما يؤدّي إلى تضرّر الزّوجة الّذي بدوره يستدعي إلزام الزّوج بدفع الصّداق رفعا للضّرر عنها، وعند إثبات عجزه وإعساره يحكم القاضي بالتّفريق بينهما.

هذا بالنّسبة لرأي الفقهاء بخصوص مسألة جواز التّفريق بين الزّوجين، عند عدم دفع الصّداق، وفيما يلي سنرى وجهة نظر القانون الجزائري والتّشريعات العربيّة المقارنة وموقفهما حيال ذلك كما يلي:

2. موقف قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة من مدى جواز التّفريق بين الزّوجين لضرر عدم دفع الصّداق:

لم ينص قانون الأسرة الجزائريّ على مسألة التّفريق بين الزّوجين، عند عدم دفع الصّداق، على عكس القانون التّونسيّ الّذي نصّ في الفصل 13 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة على ما يلي: «ليس للزّوج أن يجبر المرأة على البناء إذا لم يدفع المهر ويعتبر المهر بعد البناء دينا في الذّمة لا يتسنى للمرأة إلاّ المطالبة به فقط، ولا يترتّب عن تعذّر الوفاء به الطّلاق».

فالصّداق قبل البناء بالزّوجة يأخذ حكم الشّرط المعلّق لنفاذ البناء؛ فلا يحقّ للزّوج مطالبة زوجته بالدخول قبل أداء مبلغ الصّداق، وبالتّالي لا يمكنه طلب الطّلاق للضّرر في صورة رفض الزّوجة إتمام البناء قبل تمكينها من مبلغ صداقها. أمّا عند رضاها إتمام البناء قبل قبضها معين الصّداق، فإنّه يصبح مجرّد دين مدنيّ وبالتّالي لا

يمكن للزّوجة المطالبة بالطّلاق للضّرر لعدم أداء معين الصّداق؛ كون هذا الأخير لا يدخل ضمن الواجبات الزّوجيّة[1].

أمّا المشرّع المغربيّ، فقد نصّ في الفصل 21 من مدوّنة الأحوال الشّخصيّة على أنّه: «ليس للزّوج أن يجبر زوجته على البناء حتى يمكّنها من حال صداقها، فإذا سلّمت نفسها له ليس لها بعد ذلك إلاّ المطالبة بالصّداق كدين في الذّمة، ولا يترتّب الطّلاق عن تعذّر الوفاء به».

كما جاء في نصّ المادة 31 الفقرتين 02 و03 من مدوّنة الأسرة ما يلي:

«للزّوجة المطالبة بأداء الحال من الصّداق قبل بداية المعاشرة الزّوجيّة، إذا وقعت المعاشرة الزّوجيّة قبل الأداء، أصبح الصّداق دينا في ذمّة الزّوج».

فالزّوج إذن مطالب بأداء الصّداق قبل بداية المعاشرة الزّوجيّة؛ على اعتباره من شروط صحّة العقد، كما يجوز للزّوجة عدم تمكين الرّجل منها ما لم يؤد الحال من الصّداق. أمّا عند وقوع المعاشرة قبل الأداء، فإنّه يصبح دينا في ذمّة الزّوج يستخلص من تركته في حال وفاته[2].

هذا، ويعتبر الصّداق دينا يأتي في المرتبة الثّالثة بعد كلّ من مصروفات الجنازة ومصروفات مرض الموت؛ حيث تظهر أهمّية الامتياز في تنازع الصّداق مع الدّيون الأخرى[3].

غير أنّ الملاحظ على المشرّع المغربيّ، أنّه لم يجز للزّوجة المطالبة بالطّلاق عند عدم قبضها للصّداق، وإنّما اعتبره دينا في ذمّة الرّجل.

---

[1] فاطمة الزّهراء بن محمود وسامية دولة، المرجع السّابق، ص 82.

[2] محمد الأزهر، المرجع السّابق، ص 82.

[3] فوزي أكريم، المرجع السّابق، ص 32.

قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ نصّ هو الآخر في المادة 116 على ما يلي:

«**1**- يحكم للزّوجة غير المدخول بها بالفرقة لعدم أداء الزّوج مهرها الحال، في الحالتين الآتيتين:

أ- إذا لم يكن للزّوج مال ظاهر يؤخذ منه المهر.

ب- إذا كان الزّوج ظاهر العسر أو مجهول الحال، وانتهى الأجل الذّي حدّده القاضي لأداء مهرها الحال ولم يؤده.

2- لا يحكم للزّوجة بعد الدّخول بالفسخ لعدم أداء مهرها الحال، ويبقى دينا في ذمّة الزّوج».

ما يلاحظ من نصّ هذه المادة، أنّ قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ أخذ بجواز التّفريق لعدم أداء حال الصّداق، بحسب ما جاء به فقهاء المذهب المالكيّ.

حيث أنّه إذا لم يكن للزّوج مال ظاهر حُقَّ للزّوجة طلب التّفريق، وهذا دليل على أنّه لا مبرّر لها للتّفريق إذا كان هناك مال ظاهر.

فإمساك الزّوج لها مع عدم أداء الصّداق فيه ضرر لها، لذا يطلّقها القاضي رفعا للضّرر عنها وإزالته.

وفي حالة ما إذا كان الزّوج معسرا أو مجهول الحال، فإنّ القاضي يعطيه مهلة للأداء إن تجاوزها وأصرّت الزّوجة على التّفريق فرّق بينهما[1].

[1] اللّجنة المكلّفة بإعداد قانون الأحوال الشّخصيّة في دولة الإمارات العربيّة المتحدة، المذكّرة الإيضاحيّة لقانون الأحوال الشّخصيّة، ع 26، ربيع الأوّل 1427هـ - أبريل 2006م، ص ص 207، 208.

أمّا الزّوجة المدخول بها، فقد منعها القانون من طلب التّفريق لعدم أداء الصّداق الحال لأنّ رضاها بالدّخول قد أسقط حقّها في المطالبة بالتّفريق[1].

وهو ذاته ما جاءت به المادة 128 من قانون الأسرة القطريّ، الّتي نصّت على أنّه: «يحكم للزّوجة غير المدخول بها بالتّفريق لعدم أداء الزّوج مهرها الحال، في الحالتين التّاليتين:

1- إذا لم يكن للزّوج مال ظاهر يؤخذ منه المهر.

2- إذا كان الزّوج ظاهر العسر أو مجهول الحال، وانتهى الأجل الذّي حدّده القاضي لأداء مهرها الحال ولم يؤده.

ولا يحكم بتفريق الزّوجة بعد الدّخول لعدم أداء مهرها الحال، ويبقى دينا في ذمّة الزّوج».

وعليه، نستخلص أنّ كلا المشرّعين الإماراتيّ والقطريّ نصّا على نفس الأحكام الخاصة بالتّفريق لعدم أداء الزّوج لصداق الحال؛ حيث كانت المادتين 116 و128 بمثابة علاج لدفع ما يمكن أن يحصل للزّوجة من ضرر، المتمثّل في طلاقها من زوجها بأمر من القاضي.

كما نصّت المادة 139 من قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ على أنّه: «إذا ثبت قبل الدّخول عجز الزّوج عن دفع المهر المعجّل كلّه أو بعضه، فللزّوجة أن تطلب من القاضي فسخ عقد الزّواج، والقاضي يمهله شهرا، فإذا لم يدفع الصّداق بعد ذلك يفسخ الزّواج بينهما، أمّا إذا كان الزّوج غائبا ولم يعلم له محلّ إقامة ولا مال له يمكن تحصيل المهر منه، فإنّ العقد يفسخ دون إمهال».

[1] محمّد أحمد شحاتة حسين، شرح قانون الأحوال الشّخصيّة لدولة الإمارات العربيّة المتحدة، المرجع السّابق، ص 77.

من خلال نصّ المادة 139، تبيّن لنا أنّ المشرّع الأردنيّ عالج هذه المسألة في حالة واحدة فقط، ألا وهي «عجز الزّوج عن دفع المهر قبل الدّخول»؛ بحيث يحقّ للزّوجة هنا المطالبة بالتّفريق بعد إمهاله مدّة شهر، أمّا في حالة غيابه وجهل إقامته وعدم امتلاكه المال يفسخ العقد مباشرة دون إمهاله مدّة للدّفع.

وهذا ما أكّدته محكمة الاستئناف الشّرعيّة في المملكة الأردنيّة الهاشميّة في قراراتها؛ حيث عدّت الإعسار شرطا رئيسيّا في جواز طلب الفسخ، كما أنّه ضروريّ لصحّة الحكم، وعليه يجب أن يتحقّق القاضي من وجود الإعسار حتى يحكم بالتّفريق ولا يكتفي بثبوت انشغال ذمّة المدّعى عليه بالصّداق المعجّل، بل لابدّ من إثبات العجز عن الدّفع قبل الإمهال[1].

أمّا قانون الأحوال الشّخصيّة السّوريّ، لم ينص على مسألة التّفريق عند عدم دفع الصّداق، إلاّ أنّه اعتبره دينا ممتازا يأتي في التّرتيب بعد دين النّفقة، وهذا ما جاءت به المادة 54 الفقرة 04 كما يلي: «يعدّ مهر المرأة دينا ممتازا يأتي في التّرتيب بعد دين النّفقة المستحقّة، المشار إليه في المادة 1120 من القانون المدنيّ».

كما جاء في المادة 43 الفقرة 03 من قانون الأحوال الشّخصيّة العراقيّ ما يلي:

«**أوّلا:** للزّوجة طلب التّفريق عند توفّر أحد الأسباب الآتيّة:

إذا لم يطلب الزّوج زوجته غير المدخول بها للزّفاف خلال سنتين من تاريخ العقد ولا يعتدّ بطلب الزّوج زفاف زوجته، إذا لم يكن قد أوفى بحقوقها الزّوجيّة».

وهذا دليل على حقّ الزّوجة في التّفريق عند عدم قبضها حقوقها الزّوجيّة؛ حيث لا يعتدّ بطلب الزّوج زفاف زوجته؛ كون الزّوجة غير المدخول بها لها الحقّ في طلب التّفريق عند عدم دفع الصّداق لها.

[1] عروة عكرمة صبري ومحمّد سليم مصطفى، المرجع السّابق، ص 510.

المطلب الثّاني: ضرر عدم الإنفاق:

تعدّ النّفقة أثرا من آثار عقد الزّواج حال قيام الزّوجيّة، وهذا بحسب ما جاء في الشّريعة الإسلاميّة السّمحاء والتّشريعات الوضعيّة، وهي من أهمّ حقوق الزّوجة على زوجها إن لم تكن الأهمّ؛ فقد ثبت واجب الإنفاق للزّوج على زوجته في القرآن الكريم والسّنة النّبويّة المطهّرة والمعقول، في حين أعفيت هي من ذلك حتى وإن كانت ميسورة الحال.

ورغم ذلك، قد يتقاعس الزّوج عن أداء واجبه في الإنفاق، فتتضرّر الزّوجة وترفع أمرها للقاضي طالبة التّفريق؛ باعتباره أهون من الضّرر اللاّحق بها، لكّن هل يجوز لها ذلك بمجرّد عدم الإنفاق؟ وما رأي الفقه الإسلاميّ والتّشريعات الوضعيّة في هذا الأمر؟

هذا ما سنعرضه في الفرع الآتي، لكّن قبل ذلك لا بأس من التّطرّق لمفهوم النّفقة ولو باختصار، من خلال تعريفها وأدلّة وجوبها، ثمّ شروطها وطرق استفائها.

الفرع الأوّل: مفهوم النّفقة وأدلّة وجوبها وشروطها:

تعدّ النّفقة قوام الأسرة ومن أساسيّاتها، وهي واجبة كما أسلفنا الذّكر على الزّوج دون الزّوجة؛ لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿... وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ... (233)﴾[1]. وعليه، سنتعرّف على ماهيّة النّفقة بصفة عامة في النّقاط الآتية.

أوّلا- تعريف النّفقة:

سنعرض فيما يلي المقصود بالنّفقة من النّاحية اللّغويّة والاصطلاحيّة، وكذا القانونية كما يلي:

[1] سورة البقرة، الآية 233.

1. التّعريف اللّغويّ للنّفقة:

النّفقة لغة: الإنفاق؛ بمعنى الإخراج والنّفاد، يقال: نَفِقَ مالُه ودِرهَمُه وطَعامُه أي: نَفِدَ وفَنِيَ وذَهَب[1].

كما تعني: مَا أُنْفِقَ، والجمع نِفَاقٌ، حكى اللِّحْيَانِيُّ: نَفِدَتْ نِفَاقُ القوم ونَفَقَاتُهُمْ بالكسر: جمع النّفقة من الدّراهم، ونَفِقَ الزَّاد يَنْفَقُ نَفَقًا؛ أي نَفِدَ، وقد أَنْفَقْتُ الدّراهم من النّفقة، ورجل مِنْفَاقٌ أي كثير النّفقة.

والنّفقة: ما أَنْفَقْتَ واسْتَنْفَقْتَ على العيال وعلى نفسك.

التّهذيب: اللّيث نَفَقَ السِّعْرُ يَنْفُقُ نُفُوقًا إذا كَثُرَ مشتروه، وأَنْفَقَ الرّجل إِنْفَاقًا إذا وجد نفاقًا لِمَتَاعِهِ[2].

2. التّعريف الاصطلاحيّ للنّفقة:

أ) **تعريف المالكيّة:** عرّف المالكيّة النّفقة على أنّها: «ما به قوام معتاد حال الآدميّ دون صرف»[3].

ب)تعريف الحنفيّة: النّفقة عند الحنفيّة هي: «الإدرار على شيء بما فيه بقاؤه».

وهي أيضا: «الطّعام والكسوة والسّكنى»[4].

---

[1] علوي بن عبد القادر السقاف، الموسوعة الفقهيّة –الدّرر السّنيّة–، تعريف النّفقة، منشور على الرّابط الآتي: https://dorar.net/feqhia، تاريخ التّصفّح: 2024/02/04، على السّاعة 12:33 سا.

[2] ابن منظور، المصدر السّابق، باب النّون، ص 4508.

[3] أبو البركات أحمد بن محمّد بن أحمد الدردير، المرجع السّابق، ج 02، باب وجوب النّفقة على الغير، ص 729.

[4] محمّد أمين بن عابدين، المرجع السّابق، ج 03، كتاب الطّلاق، باب النّفقة، ص 572.

ج) تعريف الشّافعيّة: عرّف الشّافعيّة النّفقة بأنّها: «الإخراج والنّفاد، ولا يستعمل الإنفاق إلاّ في الخير. وكلّ ما يحتاجه الإنسان من طعام وشراب وكسوة ومسكن»[1].

د) تعريف الحنابلة: أمّا عن تعريف الحنابلة للنّفقة فكان كالآتي: «كفاية من يمونه من الطّعام والكسوة والمسكن وتوابعها»[2].

3. التّعريف القانونيّ للنّفقة:

اكتفى المشرّع الجزائريّ بذكر أنواع النّفقة فقط دون تعريفها، في المادة 78 من قانون الأسرة كما يلي: «تشمل النّفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسّكن أو أجرته، وما يعتبر من الضّروريات في العرف والعادة».

كما أنّ التّشريعات العربيّة هي الأخرى لم تعرّف النّفقة، غير أنّنا نلاحظ عليها تشابها كبيرا فيما بينها بخصوص أحكام النّفقة، باستثناء ما جاء في مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة بشأن إلزام الزّوجة بالإنفاق على أسرتها، كما سنرى لاحقا في سياق هذا العرض.

ثانيا- أدلّة وجوب النّفقة:

لقد اتفق الفقهاء على وجوب النّفقة للزّوجة، حال قيام الزّوجيّة بعقد زواج صحيح حتى وإن كانت غنيّة، ودليلهم القاطع على وجوبها القرآن الكريم والسّنة النّبويّة المطهّرة والمعقول، وهو ما سنبيّنه بالتّفصيل تواليا في النّقاط الآتية:

---

[1] مصطفى الخِنْ وآخرون، الفقه المنهجيّ على مذهب الإمام الشّافعيّ: الأحوال الشّخصيّة –أحكام الأسرة–، ج 04، ط 03، دار القلم، دمشق، 1413هـ – 1992م، ص 169.

[2] علوي بن عبد القادر السقاف، المرجع السّابق، تاريخ التّصفّح: 2023/09/13، على السّاعة 23:31 سا.

1. أدلّة وجوب النّفقة من القرآن الكريم:

بالنّسبة لوجوب نفقة الزّوج على زوجته في القرآن الكريم، نذكر قول الله تبارك وتعالى: ﴿... وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ ... (233)﴾[1]. وقوله أيضا جلّ جلاله: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ ... (06)﴾[2].

فالآية الأولى تعني في تفسيرها أنّه على والد الطّفل نفقة الوالدات وكسوتهنّ، كلّ بحسب حاله؛ إذ لا يكلّف الفقير أن ينفق نفقة الغنيّ، ولا من لم يجد شيئا بالنّفقة حتى يجد[3]. أمّا عن تفسير الآية الثّانية، فهو أنّ الله عزّ وجلّ نهى فيها عن إخراج المطلّقات من البيوت، وأمر بإسكانهنّ بالمعروف، وهو البيت الّذي يسكنه مثله ومثلها، على وجه لا يحصل به عليهنّ ضرر ولا مشقّة. فمنتهى النّفقة حتى يضعن حملهنّ[4].

فالله عزّ وجلّ أوجب النّفقة على الأزواج للمطلّقات فما بالك بالزّوجة، وهذا يدلّ على إيجابه لها للزّوجة حال قيام الزّوجيّة حقيقة وحكما؛ فالنّفقة أولى للزّوجة من المطلّقة.

2. أدلّة وجوب النّفقة من السّنة النّبويّة الشّريفة:

أمّا من السّنة النّبويّة المطهّرة، فقد وردت الكثير من الأدلّة على وجوب إنفاق الزّوج على زوجته، من ذلك ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنّه قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿دينارٌ أنفقتَه في سبيل الله، ودينار أنفقتَه في رقَبة

---

[1] سورة البقرة، الآية 233.

[2] سورة الطّلاق، الآية 06.

[3] تفسير السّعدي، القرآن للجميع، منشور على الرّابط الآتي: https://quran4all.net، تاريخ التّصفّح: 2023/09/15، على السّاعة 18:00 سا.

[4] تفسير السّعدي، القرآن الكريم، منشور على الرّابط الآتي: https://surahquran.com، تاريخ التّصفّح: 2023/09/15، على السّاعة 19:00 سا.

ودينار تَصدَّقتَ به على مسكين، ودينارٌ أنفَقتَه على أهلِك، أعظَمُها أجرًا الذي أنفَقتَه على أهلِك﴾ رواه أحمد ومسلم[1].

وعنه أيضا رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿تصدّقوا قال رجلٌ: يا رسول الله عندي دينارٌ، قال: تصدّق به على نفسك، قال: عندي دينارٌ آخرٌ، قال: تصدّق به على زوجتِك، قال: عندي دينارٌ آخرٌ، قال: تصدّق به على ولدِك قال: عندي دينارٌ آخرٌ، قال تصدّق به على خادمِك، قال عندي دينارٌ آخرٌ، قال: أنت أبصرُ به﴾ رواه أحمد والنّسائيّ وأبو داود[2].

وعن معاوية القشري قال: «أتيت رسول الله صلّى الله عليه وسلّم فقلت: ما تقول في نسائِنا؟ قال: ﴿أطعِمُوهنّ ممَّا تأكلونَ واكسوهنَّ ممَّا تكتَسُونَ ولا تَضرِبوهنَّ ولا تُقَبِّحوهنَّ﴾» رواه أبو داود[3].

وعن عائشة رضي الله عنها أنّ هندا قالت: «يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجلٌ شحيحٌ وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلاّ ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: ﴿خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف﴾» رواه الجماعة إلاّ التّرمذي[4].

إذن، فرسول الله صلّى الله عليه وسلّم أمر هندا بنت عتبة بأن تأخذ من مال زوجها حتى ولو كان دون إذنه، وهذا دليل كافٍ على أنّ نفقة الزّوجة واجبة على زوجها.

---

[1] محمّد بن علي بن محمّد الشوكاني، المصدر السّابق، ج 07، كتاب النّفقات، باب نفقة الزّوجة وتقديمها على نفقة الأقارب، رقم الحديث 01، ص 128.

[2] المصدر نفسه، رقم الحديث 03، ص 128.

[3] المصدر نفسه، باب اعتبار حال الزّوج في النّفقة، رقم الحديث 01، ص 130.

[4] المصدر نفسه، باب المرأة تنفق من مال الزّوج بغير علمه إذا منعها الكفاية، رقم الحديث 01، ص 131.

3. أدلّة وجوب النّفقة من الإجماع والمعقول:

«أجمعت الأمّة على أنّ النّفقة والكسوة واجبان للزّوجة على زوجها.

والمعقول أيّد ذلك؛ إذ ما دامت الزّوجة متفرّغة لواجب الحياة الزّوجيّة، وحبست نفسها وقصرتها على زوجها، فإنّه كان من الواجب عليه أن يقوم بنفقتها؛ لأنّه من كان محبوسا بحقّ شخص كانت نفقته عليه، لعدم تفرّغه لحاجة نفسه»[1].

ثالثا- شروط وجوب نفقة الزّوجة في الفقه الإسلاميّ والتّشريعات العربيّة:

أجمع كل من الفقه الإسلامي والتّشريعات العربية على توفر مجموعة من الشروط، حتى تجب نفقة الزّوجة على زوجها، نذكرها تباعا فيما يلي:

1. شروط وجوب نفقة الزّوجة في الفقه الإسلاميّ:

وردت في الفقه الإسلامي جملة من الشّروط؛ تتمثّل في:

أ) **أن يكون عقد الزّواج صحيحا:** حتى تجب نفقة الزّوجة على زوجها، لابدّ أن يكون عقد الزّواج صحيحا؛ فلا تجب النّفقة إذا كان العقد فاسدا أو باطلا؛ كون الواجب في هذه الحالة هو التّفريق بين الزّوجين وعليه فاحتباسها هنا هو احتباس غير مشروع لا تجب به النّفقة[2].

ب) **أن تكون الزّوجة صالحة لمتعة الزّوج:** حتى تجب النّفقة يشترط أن تكون الزّوجة صالحة للاستمتاع بها ولو بالمؤانسة ولتحقيق أغراض الزّوجيّة وواجباتها؛ فإن كانت صغيرة دون سبع سنين لا تشتهى للأزواج بأيّ حال، وبالتّالي فلا نفقة لها؛ لأنّ احتباسها كعدمه لا يوصل إلى الغرض المقصود من الزّواج.

---

[1] بدران أبو العينين بدران، المرجع السّابق، ص 176.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي الشّافعي، المرجع السّابق، ص ص 375، 376.

وحسب رأي أبو يوسف، فإنّه إذا رضي الزّوج بهذا الاحتباس النّاقص وأمسك الزّوجة الصّغيرة في بيته للاستئناس، وجبت لها النّفقة، وإن لم يمسكها فلا تجب نفقتها[1].

ج) ألاّ يُفوّت حقّ الزّوج في احتباس الزّوجة بغير مبرّر شرعيّ أو بسبب ليس من جهته: إنّ من شروط وجوب نفقة الزّوجة على زوجها، ألاّ يُفوّت على الزّوج حقّه في احتباس زوجته بغير مبرّر شرعيّ، فتسلّم الزّوجة نفسها تسليما حقيقيّا بالدّخول بها، أو تسلّمها حكميّا عند إظهارها الاستعداد التّام لتسليم نفسها إذا طلبها. أمّا إذا فوّت على الزّوج ذلك بغير مسوغ شرعيّ أو بسبب ليس من جهته، فهنا تسقط نفقتها ولا يلزم الزّوج بها[2].

تجدر الإشارة هنا، إلى أنّه «إذا كان عدم إمكان الانتفاع بالاحتباس من قبل الزّوج وحده؛ كأن يكون عنينا أو صغيرا أو مريضا، فإنّ النّفقة تكون واجبة عليه لأنّها قامت بكلّ أحكام الزّواج الممكنة من قبلها، لذا حقّ عليه أن ينفق عليها»[3].

هذا، وقد ذكر الفقهاء بعض الحالات الّتي لا تجب فيها النّفقة، لعدم توافر الشّروط الموجبة لها، أهمّها[4]:

* **النّشوز:** يترتّب عليه سقوط نفقة الزّوجة، بسبب خروجها عن طاعة زوجها بدون سبب شرعيّ.

[1] عبد الوهاب خلاف، المرجع السّابق، ص 106.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي الشّافعيّ، المرجع السّابق، ص ص 378.

[3] محمد أبو زهرة، المرجع السّابق، ص 235.

[4] عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السّابق، ص 256.

أمّا في حال ما إذا خرجت الزّوجة من بيتها بدون إذن زوجها، لزيارة أبويها أو لتفادي الهلاك بسبب حريق أو هدم، فإنّ هذا لا يعتبر نشوزا؛ مثله مثل خروجها للعمل المشروع بإذن زوجها.

* **مرض الزّوجة:** في هذه الحالة ينبغي التّمييز بين مسألتين:

الأولى مرض الزّوجة قبل الانتقال إلى بيت الزّوجيّة؛ بحيث أنّه إذا كان المرض شديدا يمنعها من الانتقال، فإنّه لا تجب نفقتها، أمّا إذا كان مرضا لا يمنع من الانتقال وجبت نفقتها، وإلاّ تسقط إذا امتنعت عن الانتقال.

أمّا إذا كان مرضها بعد الانتقال إلى بيت الزّوجيّة؛ سواء أكان شديدا أم لا، فإنّه لا تسقط نفقتها بل تبقى واجبة على زوجها، وهذا من حسن المعاشرة.

* **حبس الزّوجة:** إذا حبست الزّوجة مثلا في جريمة من الجرائم، سقطت نفقتها لفوات حقّ الزّوج في الاحتباس؛ لسبب لا دخل له فيه. أمّا إذا حبس الزّوج فلا تسقط نفقتها لأنّ فوات الاحتباس كان من قِبَله.

* **سفر الزّوجة:** إذا سافرت الزّوجة قبل أو بعد الانتقال إلى بيت الزّوجيّة وحدها وبدون إذن الزّوج، فلا نفقة لها حتى وإن سافرت مع محرم لأداء فريضة الحجّ، أمّا إذا أذن لها فتجب نفقتها.

* **عمل الزّوجة:** من حقوق الزّوج على زوجته الطّاعة وعدم العصيان، فإذا منع الزّوج زوجته من العمل وتمرّدت عليه وخرجت لأدائه، فلا نفقة لها كونها تعدّ ناشزا.

أمّا إذا كان خروجها للعمل بإذن زوجها، وكان العمل مشروعا وليس مشوبا بإساءة استعمال الحقّ، أو مناف لمصلحة الأسرة، فهنا تجب نفقتها ولا تسقط[1].

[1] محمّد رضا، حقوق المرأة في محكمة الأسرة، د. ط، الهيئة المصريّة العامة للكتاب، مصر، 2016، ص 54.

* **الزّوجة المرتدّة:** إذا ارتدت الزّوجة عن الإسلام سقطت نفقتها عند الأئمّة الثّلاث مالك والشّافعيّ وأحمد بن حنبل؛ لأنّ هذه الرّدة حالت بين وطء الزّوج لزوجته فأصبحت في حكم النّاشز، بخلاف الحنفيّة الّذين لم يسقطوا نفقتها؛ لأنّ حقّ الاحتباس ما زال قائما[1].

2. شروط وجوب نفقة الزّوجة في التّشريعات العربيّة:

بالنّسبة لشروط وجوب نفقة الزّوجة من النّاحية القانونيّة؛ فقد نصّت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائريّ على أنّه: «تجب نفقة الزّوجة على زوجها بالدّخول بها أو دعوتها إليه ببيّنة، مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من هذا القانون».

وعليه، فنفقة الزّوجة وفق هذه المادة واجبة بالدّخول بها وليس بالعقد الصّحيح وهذا مبدأ مستمّد من الشّريعة الإسلاميّة؛ حيث كان المسلمون يزوّجون الصّغيرة دون أن يتمّ الدّخول حتى تصير أهلا للمعاشرة الزّوجيّة، لكّن في زمننا هذا أصبحت إجراءات الزّواج تتأخّر لاعتبارات ماديّة وليس لصغر الزّوجة، وعند تراجع الرّجل عن إتمام الزّواج تضيع حقوق المرأة الّتي تقتصر فقط في الصّداق والهدايا دون النّفقة لذا يجب جعل العقد من شروط استحقاق النّفقة وعدم حصره في الدّخول الحقيقيّ[2].

وهو ما جاء في قرار المجلس الأعلى كما يلي: «إنّ حقّ النّفقة مرتبط بحقّ التّمتّع بالزّوجة ولو حكما»[3].

---

[1] علاء الدّين الكساني، المرجع السّابق، ج 05، كتاب النّفقات، ص 125.

[2] حفصيّة دونة، أحكام النّفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطّلاق في قانون الأسرة الجزائريّ، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانونيّة والإداريّة، قسم الحقوق، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة الشّهيد حمّة لخضر، الواديّ، 2014 – 2015م، ص 100.

[3] المجلس الأعلى، غرفة الاحوال الشّخصيّة، ملف رقم 39394، قرار صادر بتاريخ: 1986/02/10، نشرة القضاة، ع 44، 1988، ص 151.

أمّا مدوّنة الأسرة المغربيّة، فقد نصّت في المادة 194 على أنّه: «تجب نفقة الزّوجة على زوجها بمجرّد البناء، وكذا إذا دعته للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها».

بمعنى أنّ الزّوج يلزم بالنّفقة عند الدّخول بزوجته، أو عند دعوته إلى الدّخول بها.

بالإضافة إلى قانون الأحوال الشّخصيّة السّوريّ الّذي نصّ في المادة 72 فقرة 01 على أنّه: «1- تجب النّفقة للزّوجة على الزّوج ولو مع اختلاف الدّين، من حين العقد الصّحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها، إلاّ إذا طالبها الزّوج بالنّقلة وامتنت بغير حقّ».

ما يلاحظ هنا، أنّ المشرّع السّوريّ اشترط شرطين لوجوب النّفقة للزّوجة؛ هما:

- أن يكون عقد الزّواج صحيحا.
- ألاّ تمتنع عن الانتقال إلى بيت الزّوجيّة بغير حقّ.

كما نصّت المادة 01 الفقرة 01 من قانون الأحوال الشّخصيّة المصريّ رقم 100 لسنة 1985 على ما يلي: «تجب النّفقة للزّوجة على زوجها من تاريخ العقد الصّحيح، إذا سلّمت نفسها إليه ولو حكما، حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدّين».

ومنه، يتبيّن لنا أنّ المشرّع المصريّ كنظيره السّوريّ اشترط شرطين لوجوب النّفقة هما:

- أن يكون عقد الزّواج صحيحا.
- أن تسلّم الزّوجة نفسها لزوجها حقيقة أو حكما.

ولا نستثني من هذا قانون الأحوال الشّخصيّة الفلسطينيّ، الّذي نصّ في المادة 67 على ما يلي: «تجب النّفقة للزّوجة على الزّوج ولو مع اختلاف الدّين من حين

العقد الصّحيح، ولو كانت مقيمة في بيت أهلها، إلاّ إذا طالبها بالنّقلة وامتنعت بغير حقّ شرعيّ، ولها حقّ الامتناع عند عدم دفع الزّوج لها مهرها المعجّل أو عدم تهيّئته مسكنا شرعيّا لها».

كذلك المادة 60 من قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ، نصّت على أنّه: «تجب النّفقة للزّوجة ولو مع اختلاف الدّين في حين العقد الصّحيح، ولو كانت مقيمة في بيت أهلها، وإذا طالبها الزّوج بالنّقلة إلى بيت الزّوجيّة وامتنعت بغير حقّ شرعيّ، فلا نفقة لها، ولها حقّ الامتناع عند عدم دفع الزّوج مهرها المعجّل، أو عدم تهيّئته مسكنا شرعيّا لها».

وعليه، فالمشرّع الأردنيّ اشترط كذلك شرطين لوجوب النّفقة من عدمها؛ ألا وهما:

- أن يكون عقد الزّواج صحيحا.
- ألاّ تمتنع الزّوجة من الانتقال إلى بيت الزّوجيّة، إلاّ عند عدم قبض معجّل مهرها أو عدم توفّر المسكن الشّرعيّ لها.

وهو ما أقرّه المشرّع الإماراتيّ في المادة 66 من قانون الأحوال الشّخصيّة بالقول: «تجب النّفقة للزّوجة على زوجها بالعقد الصّحيح، إذا سلّمت نفسها إليه ولو حكما».

وهذا ما يدلّ على أنّ المشرّع الإماراتيّ اشترط هو الآخر العقد الصّحيح لوجوب النّفقة، إضافة إلى الدّخول سواء دعته الزّوجة أو وليّها أو كان ذلك بطلب منه ما معناه أنّ النّفقة تجب للزّوجة على زوجها بمجرّد البناء والدّعوة إليه.

أمّا عن المشرّع التّونسيّ، فقد جاء في التّنصيص واجب الإنفاق على الزّوجة في صلب الفصلين 37 و38 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة[1]؛ حيث نصّا على شروط تمتّع الزّوجة بالنّفقة، منها شرط الدّخول الّذي أضاف إليه فقه القضاء شرط المساكنة.

بمعنى أنّ المشرّع التّونسيّ كغيره من نظرائه، اعتبر الدّخول شرطا أساسيّا لقيام واجب الإنفاق، أمّا القضاء فقد أضاف إليه شرط المساكنة وجعله واجبا محمولا على الزّوجة، وسببا للإنفاق عليها.

حيث عرّفت محكمة التّعقيب واجب المساكنة على أنّه: «من أهمّ الواجبات الزّوجيّة وأجدرها بالاهتمام؛ باعتبارها تمثّل الغرض الأصليّ والأساسيّ من عقد الزّواج، وتشكّل بالتّالي المصدر الّذي ينطلق منه ما يصبح يتبادله الطّرفان من حقوق وواجبات»[2].

فواجب الإنفاق –وفق القضاء التّونسيّ– محمول على الزّوجة أيضا، بغضّ النّظر عن مسألة نسبة هذه المساهمة، وفي حال الإخلال بهذا الواجب يترتّب عليه إضرار بالزّوج وبالعائلة[3].

في الأخير، يمكننا القول أنّ المبدأ السّائد في جميع التّشريعات العربيّة هو التزام الزّوج بالنّفقة تجاه زوجته وأسرته، عكس ما هو معمول به في القانون التّونسيّ الّذي ألغى الصّبغة الأحاديّة للخطاب التّشريعيّ، وجعل الزّوجة ملزمة بواجب الإنفاق[4].

---

[1] الفصل 37 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة نصّ على: «أسباب النّفقة: الزّوجيّة والقرابة والإلزام».

الفصل 38 من ذات المجلّة نصّ على ما يلي: «يجب على الزّوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقته مدّة عدّتها».

[2] قرار تعقيبي مدنيّ تونسيّ، مؤرّخ في 1989/05/23، نشريّة محكمة التّعقيب، ع 22644، 1989.

[3] أيمن الدريدي، الضّرر في العلاقة الزّوجيّة، محاضرة ختم التّمرين، الهيئة الوطنيّة للمحامين، تونس، د. س. ن، ص 10.

[4] المرجع نفسه، ص 12.

الفرع الثّاني: مشروعيّة التّفريق بين الزّوجين لضرر عدم الإنفاق في الفقه الإسلاميّ والتّشريعات العربيّة:

قد يتعنّت الزّوج ويمتنع عن أداء واجب الإنفاق على أهل بيته شحّا وبخلا أو عجزا بالفعل، لكّن في كلتا الحالتين تتضرّر الزّوجة ضررا كبيرا، ممّا يضطرها لأن تسأل النّاس حاجتها من أجل أن تعيل نفسها وأبناءها، عوضا عن سؤال زوجها باعتباره صاحب القوامة فتفقد بذلك ماء وجهها وكرامتها، وبالتّالي تلجأ إلى القضاء ليلزمه بالإنفاق عليها بالمعروف، وإلاّ تطلب التّفريق إن رفض ذلك لرفع الضّرر عنها لكّن هل هذا الأمر جائز بالنّسبة للفقه الإسلاميّ والتّشريعات العربيّة؟ هذا ما سنتعرّف عليه كالآتي:

أوّلا- التّفريق بين الزّوجين لضرر عدم الإنفاق في الفقه الإسلاميّ:

اختلف فقهاء المذاهب الأربعة بشأن مسألة التّفريق بين الزّوجين لضرر عدم الإنفاق على رأيين (قولين):

1. جواز التّفريق لعدم الإنفاق:

وهو القول الأوّل المتمثّل في رأي جمهور الفقهاء باستثناء الحنفيّة؛ غير أنّهم فرّقوا بين كون الزّوج موسرا ويمتنع عن الإنفاق، وبين كونه معسرا ولا يجد ما ينفقه.

فلا يحكم القاضي بالفسخ (التّفريق) لإعسار الزّوج في النّفقة، حتى تثبت الزّوجة دعواها بعد الرّفع، وليس لها الفسخ -مع علمها بالعجز- قبل الرّفع إلى القاضي ولا بعده قبل الإذن فيه[1].

[1] محمّد بن أحمد الخطيب الشّربينيّ الشّافعيّ، المرجع السّابق، ج 05، كتاب النّفقات، ص 177.

كما اتفقوا على «إمهاله ثلاثة أيّام، ولها الفسخ صبيحة اليوم الرّابع، إلاّ أن يسلّم نفقته، ولو مضى يومان بلا نفقة وأنفق الثّالث وعجز الرّابع، بنت، وقيل: تستأنف، ولها الخروج زمن المهلة لتحصيل النّفقة، وعليها الرّجوع ليلا»[1].

وأدلّة قولهم هذا، متعدّدة ومتنوّعة من الكتاب الحكيم والسّنّة النّبويّة الشّريفة وكذا المعقول:

- **من القرآن الكريم:** نجد قول الله عزّ وجل: ﴿... وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ ... (231)﴾[2]. وقوله جلّ جلاله أيضا: ﴿... فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ ... (229)﴾[3].

فقد نهى الله عزّ وجلّ عن مراجعة الزّوجة للاعتداء عليها والإضرار بها، كما كان يفعل في الجاهليّة، ومن يفعل ذلك قصد الإضرار بها، فقد ظلم نفسه وعرّضها للإثم والعقوبة.

كما أمر الله جّل شأنه الزّوج عند إمساكه زوجته، أن يعاشرها بالمعروف أو يطلّقها مع الإحسان إليها وأداء حقوقها[4].

فإمساك الزّوجة مع عدم الإنفاق عليها –مع قدرته–، فيه ضرر كبير لها وإثم عظيم له كما أنّه يتنافى مع أوامر الله سبحانه وتعالى؛ إذ الواجب على الزّوج التّسريح بالإحسان وإن لم يفعل طلّق عليه القاضي، رفعا للضّرر عن الزّوجة المسكينة.

---

[1] محمّد بن أحمد الخطيب الشربيني الشّافعيّ، المرجع السّابق، ج05، كتاب النّفقات، فصل في حكم الإعسار بمؤنة الزّوجة المانع لها من وجوب تمكينها، ص 180.

[2] سورة البقرة، الآية 231.

[3] سورة البقرة، الآية 229.

[4] نخبة من العلماء، المختصر في تفسير القرآن الكريم، ط 03، مركز الدّراسات القرآنيّة، الرّياض، 1436هـ، ص ص 36، 37.

▪ **من السّنة النّبويّة الشّريفة:** أمّا بالنّسبة للأدلّة من السّنة النّبويّة، فقد استندوا على ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، «أنّ النّبيّ محمّد صلّى الله عليه وسلّم في الرّجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: ﴿يفرق بينهما﴾» رواه الدّارقطني[1].

وعن أبي هريرة أيضا رضي الله عنه، عن النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال: ﴿خير الصّدقة ما كان منها عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السّفلى، وابدأ بمن تعول، فقيل: من أعول يا رسول الله؟ قال: امرأتك ممّن تعول، تقول: أطعمني وإلاّ فارقني، وجاريتك تقول: أطعمني واستعملني، وولدك يقول: إلى من تتركني؟﴾ رواه أحمد والدّارقطني بإسناد صحيح[2].

بمعنى أنّ الزّوج إذا أعسر عن نفقة امرأته واختارت فراقه، فرّق بينهما دفعا للضّرر عنها وخلاصا من حباله، لتكتسب لنفسها أو يتزوّجها رجل آخر.

▪ **من المعقول:** إنّ حقّ التّفريق ثابت بسبب الإعسار؛ لذا يحقّ للزّوجة أن ترفع أمرها للقاضي الّذي يحكم بالتّفريق في حالة غياب الزّوج، وهناك من يرى بأنّ للزّوجة أن تتولّى الفسخ بنفسها من غير رفع أمرها للقاضي؛ كفسخ البيع بالعيب[3].

وبما أنّ لها الحقّ في التّفريق عند عجز زوجها الاتصال بها جنسيّا، ويجاب طلبها رفعا للضّرر عنها، فإنّ أشدّ الضّرر هو ضرر عدم الإنفاق، وبالتّالي فالأولى أن يجاب طلبها هذا ويفرّق القاضي بينهما[4].

---

[1] محمّد بن علي بن محمّد الشوكاني، المصدر السّابق، ج 07، باب إثبات الفرقة للمرأة إذا تعذّرت النّفقة بإعسار ونحوه، رقم الحديث 01، ص 132.

[2] المصدر والموضع نفسهما.

[3] أبو زكريا محي الدّين يحي بن شرف النّووي، روضة الطّالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ج 09، كتاب النّفقات، ط 03، المكتب الإسلاميّ، عمّان، 1413هـ - 1991م، ص 76.

[4] براءة علي اليوسف وأسامة الحمويّ، الفسخ القضائيّ لعدم الإنفاق -دراسة مقارنة-، مجلّة جامعة دمشق للعلوم الاقتصاديّة والقانونيّة، مج 28، ع 01، دمشق، 2012، ص 659.

2. عدم جواز التّفريق لعدم الإنفاق:

وهو القول الثّاني المنقول عن الحنفيّة والظّاهريّة، الّذين خالفوا جمهور الفقهاء ولم يعترفوا بحقّ الزّوجة في طلب التّفريق عند عدم الإنفاق، مستندين في حكمهم هذا على أدلّة شرعيّة من القرآن الكريم والسّنة النّبويّة الشّريفة والمعقول كذلك، سنوردها تِبَاعًا كما يلي:

- **من القرآن الكريم:** قد استند أنصار هذا القول في أدلّتهم من القرآن الكريم على قول الله تبارك وتعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا (07)﴾[1]. وقوله عزّ شأنه أيضا: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسُرَةٍ ۚ ... (280)﴾[2].

ومعنى هذا، «أن ينفق الزّوج ذو السّعة في المال على مطلّقته وولده من سعته ومن ضيّق عليه رزقه فلينفق ممّا أعطاه الله سبحانه وتعالى منه، إذ لا يكلّف الله نفسا إلاّ ما أعطاها؛ فلا يكلّفها فوق طاقتها، وسيجعل الله عزّ وجلّ بعد ضيق حاله وشدّتها سعة وغنى»[3].

- **من السّنة النّبويّة الشّريفة:** عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: «دَخَلَ أَبُو بَكْرٍ يَسْتَأْذِنُ علَى رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ، فَوَجَدَ النَّاسَ جُلُوسًا ببَابِهِ لَمْ يُؤْذَنْ لأَحَدٍ منهمْ، قالَ: فَأُذِنَ لأَبِي بَكْرٍ فَدَخَلَ، ثُمَّ أَقْبَلَ عُمَرُ فَاسْتَأْذَنَ فَأُذِنَ له، فَوَجَدَ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ جَالِسًا حَوْلَهُ نِسَاؤُهُ وَاجِمًا سَاكِتًا، قالَ: فَقالَ: لأَقُولَنَّ شيئًا أُضْحِكُ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ، فَقالَ: يا رَسولَ اللهِ، لو رَأَيْتَ بنْتَ خَارِجَةَ سَأَلَتْنِي النَّفَقَةَ فَقُمْتُ إلَيْهَا فَوَجَأْتُ عُنُقَهَا، فَضَحِكَ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ وَقالَ: ﴿هُنَّ حَوْلِي كما تَرَى يَسْأَلْنَنِي النَّفَقَةَ﴾، فَقَامَ أَبُو بَكْرٍ إلى عَائِشَةَ يَجَأُ عُنُقَهَا، فَقَامَ عُمَرُ إلى حَفْصَةَ يَجَأُ

[1] سورة الطّلاق، الآية 07.

[2] سورة البقرة، الآية 280.

[3] نخبة من العلماء، المصدر السّابق، ص 559.

عُنُقَهَا، كِلَاهُما يقولُ: تَسْأَلْنَ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ ما ليسَ عِنْدَهُ؟! فَقُلْنَ: وَاللَّهِ لا نَسْأَلُ رَسولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عليه وسلَّمَ شيئًا أَبَدًا ليْسَ عِنْدَهُ، ثُمَّ اعْتَزَلَهُنَّ شَهْرًا أَوْ تِسْعًا وَعِشْرِينَ»[1].

وفي الحديث دلالة واضحة على عدم التّفرقة لمجرّد الإعسار في النّفقة، قالوا: ولم يزل الصّحابة فيهم الموسر والمعسر، ومعسروهم أكثر.

«وقد أجيب عن هذا الحديث، بأنّ أزواج النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم لم يعدمنّ النّفقة بالكليّة؛ لأنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قد استعاذ من الفقر المدقع، ولعلّ ذلك إنّما كان فيما زاد على قوام البدن ممّا يعتاد النّاس النّزاع في مثله، وهكذا يجاب عن الاحتجاج بما كان عليه الصّحابة من ضيق العيش»[2].

- **من المعقول:** إنّ فسخ الزّواج هو إبطال لحقّ الزّوجيّة، وفي الأمر بالاستدانة تأخير لحقّها وهو أهون من الإبطال، لذا كان أولى.

كما أنّ الصّبر أفضل؛ فالمرأة لو مرضت وطال مرضها حتى تعذّر لقاؤها وجبت نفقتها ولم يكن الفسخ[3].

وحسب رأينا، فالرّاجح هو جواز التّفريق بين الزّوجين عند إعسار الزّوج في النّفقة وهذا رفعا للضّرر عنها؛ لأنّه ليس من العدل أن تبقى تعاني الفاقة والعوز، كما أنّه من حقّها ان تكتسب وتنفق على نفسها، أو تتزوّج وينفق عليها زوجها. لكّن هذا لا ينفي أن تصبر على الإعسار، خاصة إن كان صريحا معها منذ البداية، ولم يغرّر بها أو يمارس عليها أيّ تدليس.

---

[1] أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيريّ النيسابوريّ، صحيح مسلم، ج 01، كتاب الطّلاق، رقم الحديث 29، ط 01، دار الكتب العلميّة، لبنان، 1412هـ - 1991م، ص 1104.

[2] محمّد بن علي بن محمّد الشوكاني، المصدر السّابق، ج 07، باب إثبات الفرقة للمرأة إذا تعذّرت النّفقة بإعسار ونحوه، ص ص 134، 135.

[3] عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السّابق، ص 275.

ثانيا- التّفريق بين الزّوجين لضرر عدم الإنفاق وفق قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة:

بعد أن بيّنا مشروعيّة التّفريق بين الزّوجين، لضرر عدم الإنفاق في الفقه الإسلاميّ، سنحاول الآن من خلال هذا العنصر، تبيان مدى جواز التّفريق بين الزّوجين من النّاحية القانونيّة.

1. جواز التّفريق بين الزّوجين لضرر عدم الإنفاق وفق قانون الأسرة الجزائريّ:

نصّت المادة 53 فقرة 01 من قانون الأسرة على أنّه: «يجوز للزّوجة أن تطلب التّطليق لعدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزّواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون».

من خلال ملاحظتنا لنصّ هذه المادة، يتبيّن لنا أنّ المشرّع الجزائريّ اشترط شرطين حتى يحقّ للزّوجة أن تطالب بالتّطليق (التّفريق)، هما[1]:

- يجب أن يصدر حكم بوجوب الإنفاق؛ ومعنى هذا أن ترفع الزّوجة دعوى تطالب فيها بالنّفقة، فيصدر حكم يلزم الزّوج بها يبلّغ له عن طريق المحضر القضائيّ فإذا ما بقي ممتنعا عن الإنفاق، فإنّه يحقّ للزّوجة هنا رفع دعوى التّطليق مستصحبة معها الحكم الأوّل.

- عدم علمها بإعسار الزّوج وقت إبرام عقد الزّواج، ولعلّ هذا ما يجعل الزّوج يعمل جاهدا لإثبات علمها بإعساره وحاجته، وبالتّالي يسقط حقّها في طلب التّفريق كونها قبلت بحاله.

ما يلاحظ أيضا، أنّ المشرّع لم يفرّق بين عدم إنفاق الزّوج متعمّدا مع قدرته على ذلك، وبين عجزه عن الإنفاق وانعدام القدرة.

[1] عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضّرر المعنويّ في قانون الأسرة الجزائريّ -دراسة مقارنة بالفقه الإسلاميّ-، ط 01، دار الخلدونيّة، الجزائر، 1428هـ - 2007م، ص 132.

لذا كان عليه التّمييز بين الحالتين؛ حالة حقّ الزّوجة في طلب التّطليق عند عدم الإنفاق المتعمّد مع القدرة، وحالة ألاّ يعمّم طلب التّطليق عند عدم الإنفاق مع العجز بصفة عامة.

أمّا في حالة العسر للعجز الجسميّ أو النّفسيّ القهريّ، فإنّه لا يحقّ للزّوجة المطالبة فيها بالتّطليق؛ لأنّ الزّوج لم يكن متعمّدا الإضرار بها، وإنّما كان لأسباب قاهرة بعيدة عن إرادته في حدوثها[1].

أمّا عن كون الزّوجة عالمة بإعسار زوجها قبل العقد من عدمه، –وإن كان يختلف عن عدم علمها بذلك–، فإنّه لا يمكن أن يصل أثر هذا الاختلاف –ما دام الضّرر موجودا– إلى إسقاط حقّها في التّطليق. فقد تكون تزوّجته على أمل أن يتحسّن حاله ويتيسّر، إلاّ أنّ الأمر طال ولم تستطع تحمّل الضّرر النّاجم عن عدم الإنفاق وبالتّالي من حقّها طلب التّطليق رفعا ودفعا لهذا الضّرر[2].

ولهذا السّبب، كان على المشرّع تعديل هذا الشّرط أو إلغاؤه.

غير أنّ الإشكال الأكبر، يكمن في حالة إنفاق الزّوج على زوجته نفقة ليست كمثيلاتها، فهل يسبّب لها هذا ضررا أم لا؟ وهل يحقّ لها طلب التّطليق؟ والجواب هو عدم إجابة طلبها في التّطليق، وإلاّ ظهر وكأنّه بمثابة عقاب للزّوج، والأصحّ هو أن تطالب بمراجعة النّفقة وزيادتها؛ لأنّ الأساس هو رفع الضّرر، وفي هذه الحالة الضّرر منتف لوجود نفقة المعسر حسب مقدرته[3].

---

[1] هشام ذبيح، التّطليق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائريّ، مجلّة الدّراسات والبحوث القانونيّة، مج 06، ع 02، جامعة المسيلة، 2021، ص ص 456، 457.

[2] عبد الله عابدي، حقّ الزّوجة في التّطليق لعدم الإنفاق، مجلّة المعيار، ع 02، جامعة تيسمسيلت، ديسمبر 2010، ص ص 232، 233.

[3] المرجع نفسه، ص 236.

وبناءً عليه، كان على المشرّع الفصل في هذه المسألة حفاظا على كيان الأسرة من الضّياع والتّشتّت، وأن يمنع الزّوجة من المطالبة بالتّطليق لضرر عدم الإنفاق، إن كانت عاملة وقادرة على الإنفاق على نفسها وأسرتها، أو كان هناك من ينفق عليها محلّ الزّوج وينوبه.

هذا، وقد تطرّق المشرّع الجزائريّ أيضا في المادة 76 من قانون الأسرة لمسألة مهمّة ألا وهي قدرة الأم على الإنفاق عند عجز الأب؛ حيث جاء النّص كالآتي: «في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك».

وهنا، قصد المشرّع أنّ الزّوجة الموسرة والغنيّة ملزمة بالإنفاق على أسرتها حفاظا عليها، وذلك في حالة إعسار الزّوج. آخذا برأي جمهور الفقهاء فيما يخصّ دين النّفقة باعتباره دينا قويّا، وللزّوجة حقّ الدّخول مع الغُرماء لاستيفاء حقّها حين يسره.

تجدر الإشارة هنا، إلى أنّ المشرّع قد أجاز للقاضي أن يحكم بالنّفقة لمدّة لا تتجاوز السّنة الواحدة قبل رفع الدّعوى، وبالتّالي لا يمكن له أن يحكم للزّوجة بالنّفقة الّتي أنفقتها على نفسها، لمدّة أكثر من سنة قبل رفع الدّعوى، وعلى الأغلب فمسألة استرداد النّفقة لا تثار إلاّ في حالة الطّلاق[1].

وحسب رأينا، فإنّنا نظنّ في هذه الحالة أنّ الضّرر هنا يزال بالإنفاق وليس بالتّطليق.

وهذا ما أكّده قرار المجلس الأعلى فيما يخصّ الضّرر البيّن، عند عدم دفع النّفقة واعتباره سببا مبرّرا لطلب التّطليق؛ حيث جاء فيه: «متى كان من المقرّر فقها وقضاءً في أحكام الشّريعة الإسلاميّة، أنّ عدم الإنفاق على الزّوجة لمدّة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبرّرا لطلبها التّطليق عن زوجها، وذلك وفقا لما نصّ عليه الفقيه ابن

[1] سارة بوعلي وعبد الله بن عطية، التزام الزّوجة بالإنفاق على بيت الزّوجيّة بين الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ، مجلّة البحوث في الحقوق والعلوم السّياسيّة، مج 07، ع 01، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2021، ص 461.

عاصم بقوله: الزّوج إن عجز عن الإنفاق لأجل شهرين استحقّ بعدهما الطّلاق لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثله، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعدّ خرقا لقواعد فقهيّة مستمدّة من الشّريعة الإسلاميّة.

وإذا كان من الثّابت أنّ المطعون ضدّه أدين جزائيّا عن محكمة الجنح، بتهمة الإهمال العائليّ وحكم عليه غيابيا بسنة حبسا منفّذة، فإنّ قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطّاعنة المتعلّق بالتّطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشّرعيّ، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه، تأسيسا على الوجه المثار من الطّاعنة في هذا الشّأن»[1].

2. جواز التّفريق بين الزّوجين لضرر عدم الإنفاق وفق التّشريعات العربيّة:

البداية ستكون بالمشرّع المصريّ الذّي نصّ في المادة 04 من القانون رقم 25 لسنة 1920، المعدّل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على ما يلي: «إذا امتنع الزّوج عن الإنفاق على زوجته وكان له مال ظاهر، نفّذ الحكم عليه بالنّفقة من ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنّه معسر أو موسر وأصرّ على عدم الإنفاق، طلّق عليه القاضي في الحال، وإن ادّعى العجز ولم يثبته طلّق عليه حالا، وإن أثبته أمهله مدّة لا تزيد عن شهر، فإن لم ينفق طلّق عليه بعد ذلك».

من خلال نصّ المادة، نلاحظ أنّ المشرّع المصريّ كان متريّثا في فكّ الرّابطة الزّوجيّة، على عكس المشرّع الجزائريّ، خاصة بعد صدور القانون رقم 01 لسنة 2000 بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التّقاضي في مسائل الأحوال الشّخصيّة حيث أصبح حبس الزّوج في دين النّفقة، وكذا الإذن للزّوجة بالاستدانة من شخص قريب أو غير قريب وطلاقها لضرر عدم الإنفاق لا جدوى منه[2]؛ لأنّ هذا القانون

[1] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 34791، قرار صادر بتاريخ: 1984/11/19، المجلّة القضائيّة، ع 03، 1989، ص 76.

[2] رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي الشافعيّ، المرجع السّابق، ص 402.

أعطى للزّوجة الحقّ -بمجرّد صدور الحكم بالنّفقة-، أن تأخذها من بنك ناصر الاجتماعيّ، ثمّ يرجع البنك بعد ذلك على الزّوج بالطّرق القانونيّة[1].

وهذا إدراكا منه بمدى أهمّية التّعجيل بالنّفقة للزّوجة والأبناء، حفاظا على الأسرة من التّشتّت، وبالتّالي صلاح المجتمع.

هناك حالة أخرى تتمثّل في غياب الزّوج؛ فيعذره القاضي بالإنفاق على زوجته ويضرب له أجلا لذلك، فإن تعنّت وأصرّ على عدم الإنفاق رغم إعذار القاضي له[2] طلّقها هذا الأخير طلقة رجعيّة، وهذا استنادا لنصّ المادة 06 من القانون رقم 25 لسنة 1920 القائل: «تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيّا ...».

«تجدر الإشارة إلى أنّ دعوى التّطليق لعدم الإنفاق، تتطلّب أوّلا تسوية على مستوى مكتب المنازعات الأسريّة، ويلي ذلك رفع الدّعوى أمام محكمة الأسرة، كما يجب أن يذكر في صحيفة الدّعوى شرح أسباب وملابسات عدم الإنفاق، مشفوعا بأوجه الضّرر الّذي لحق بالزّوجة»[3].

أمّا بشأن قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ، فقد نصّت المادة 124 منه على أنّه: «1- إذا امتنع الزّوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته، ولم يكن له مال ظاهر يمكن التّنفيذ فيه بالنّفقة الواجبة في مدّة قريبة، جاز لزوجته طلب التّفريق.

---

[1] نصّت المادة 72 من القانون رقم 01 لسنة 2000، على ما يلي: «على بنك ناصر الاجتماعيّ أداء النّفقات والأجور وما في حكمها، ممّا يحكم به للزّوجة أو المطلّقة أو الأولاد أو الوالدين، وذلك وفقا للقواعد والإجراءات الّتي يصدر بها قرار من وزير العدل، بعد موافقة وزير التّأمينات».

[2] نصّت المادة 06 من القانون رقم 25 لسنة 1920، على: «تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيّا، وللزّوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعد للإنفاق في أثناء العدّة، فإن لم يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق، لم تصح الرّجعة».

[3] محمّد رضا، المرجع السّابق، ص ص 75، 76.

2- فإن ادّعى أنّه معسر ولم يثبت إعساره، طلّق عليه القاضي في الحال وكذلك إن لم يدّع أنّه موسر أو معسر، أو ادّعى أنّه موسر وأصر على عدم الانفاق وإن ثبت إعساره أمهله القاضي مدّة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلّق عليه القاضي».

ومعنى هذا، أنّ الزّوج إن كان موسرا وامتنع عن الإنفاق على زوجته، فإنّه يحقّ لها طلب التّفريق؛ كونها متضرّرة من ذلك، شريطة أن لا يكون له مال ظاهر كما يمكن تنفيذ حكم النّفقة عليه جبرا إذا لم يثبت إعساره، أمّا عند ثبوته يمهله القاضي مدّة شهر على الأكثر فإن لم ينفق طلّق عليه[1].

غير أنّ قانون الأسرة القطريّ كان أكثر تفصيلا من قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ، فقد تناول مسألة التّفريق لعدم الإنفاق والإعسار من المادة 137 إلى المادة 142 حيث تناولت كلّ مادة حالة معيّنة للزّوج؛ فالمادة 137 نصّت على أنّه: «إذا طلبت الزّوجة التّفريق لعدم الإنفاق من زوجها الحاضر الّذي ليس له مال ظاهر وامتنع عن الإنفاق ولم يدع الإعسار وأصرّ على عدم الإنفاق، قضي بالتّفريق بينهما في الحال».

كما نصّت المادة 138 من ذات القانون على ما يلي: «إذا طلبت الزّوجة التّفريق لعدم الإنفاق من زوجها الحاضر الّذي ليس له مال ظاهر، وامتنع عن الإنفاق وادعى الإعسار وأثبته، أمهله القاضي مدّة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق فرّق بينهما».

إنّ الملاحظ من هاتين المادتين، أنّهما بيّنتا أحكام حضور الزّوج وغيابه في مكان معلوم أو غير معلوم، فإن كان الزّوج حاضر وله مال ظاهر، يفرض القاضي النّفقة جبرا من هذا المال، وإن لم يكن له مال وادّعى الإعسار مع عدم إثباته، يمهله القاضي أجل شهر، فإن لم ينفق طلّق عليه.

[1] محمّد أحمد شحاتة حسين، شرح قانون الأحوال الشّخصيّة لدولة الإمارات العربيّة المتحدة، المرجع السّابق، ص 133.

أمّا في حالة غياب الزّوج في مكان معلوم يمكن إعلانه فيه، مع وجود مال ظاهر، فإنّه ينفّذ عليه القاضي حكم النّفقة جبرا من ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر منحه أجلا أقصاه ثلاثة أشهر، فإن انقضت هذه المدّة مع عدم الإنفاق طلّق عليه[1]. لكّن إن كان عكس ذلك؛ أي غياب الزّوج وجهل مكانه مع عدم وجود مال ظاهر، فإنّه في هذه الحالة يطلّق عليه القاضي حالا ومباشرة.

هذا، وقد أعطى قانون الأحوال الشّخصيّة السّودانيّ للمسلمين لسنة 1991، الحقّ للزّوجة في التّفريق لعدم الإنفاق، إذا لم يكن للزّوج مال ظاهر مع امتناعه عن الإنفاق وثبوت إعساره، وهذا حسب ما جاء في نص المادة 174 كما يلي: «يجوز للزّوجة طلب التّفريق من زوجها لعدم الإنفاق عليها، إذا لم يكن له مال ظاهر وامتنع عن الإنفاق عليها وثبت إعساره».

كما نصّ في المادة 182 على أنّه: «لا تطلّق الزّوجة للإعسار أو لعدم الإنفاق إذا تزوّجته عالمة بإعساره، راضية به».

حيث جعلت هذه المادة العلم بالإعسار مسقطا لحقّ الزّوجة في طلب التّفريق بمعنى أنّه إن تزوّجته عالمة بفقره وعجزه، ورضيت بالبقاء معه على هذه الحال، فلا يمكنها طلب التّفريق[2].

أمّا قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ، فقد نصّ في المادة 115 على ما يلي: «إذا امتنع الزّوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها، وكان له مال يمكن تنفيذ حكم النّفقة فيه، نفّذ الحكم عليه بالنّفقة في ماله وإن لم يكن للزّوج الحاضر مال يمكن تنفيذ حكم النّفقة فيه وطلبت الزّوجة التّفريق، فإن ادعى أنّه موسر وأصرّ على عدم الإنفاق طلّق عليه القاضي في الحال، وإذا ادعى العجز والإعسار فإن لم يثبته

[1] محمّد أحمد شحاتة حسين، شرح قانون الأسرة لدولة قطر، المرجع السّابق، ص 128.

[2] وليد مصطفى هجو، طلب التّفريق للإعسار مع علم الزّوجة بإعسار زوجها –دراسة فقهيّة مقارنة بقانون الأحوال الشّخصيّة للمسلمين لسنة 1991–، مجلّة دراسات إسلاميّة، ع 07، الخرطوم، 2015، ص ص 162، 163.

طلّق عليه حالاً، وإن أثبته أمهله مدّة لا تقلّ عن شهر ولا تزيد عن ثلاثة أشهر، لدفع النّفقة المحكوم بها من تاريخ رفع دعوى التّفريق، وتقديم كفيل بنفقتها المستقبليّة، فإن لم يفعل طلّق عليه بعد ذلك».

من خلال نصّ هذه المادة، يتضح لنا أنّ للزّوجة الحقّ في طلب التّفريق عند إصرار الزّوج على عدم الإنفاق مع يساره، وعند الإعسار مع عدم إثباته. أمّا إذا أثبته أمهله القاضي أجلا أدناه شهر وأقصاه ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق طلّق عليه القاضي حالا.

وبخصوص المشرّع التّونسيّ، فقد نصّ في الفصل 39 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة على ما يلي: «لا يلزم الزّوج بالنّفقة إذا أعسر إلاّ أن الحاكم يتلوّم له بشهرين، فإن عجز بعد إتمامهما عن الإنفاق، طلّقت عليه زوجته. وإذا كانت الزّوجة عالمة بعسره حين العقد فلا حقّ لها في طلب الطّلاق».

نلاحظ هنا، أنّ المشرّع لم يعط حقّ التّفريق للزّوجة مباشرة بمجرّد إعسار الزّوج وإنّما ضرب له أجل شهرين فإن عجز طلّق عليه، كما أنّه اشترط عدم علم الزّوجة بإعسار زوجها أثناء إبرام العقد، وهذا ما تبنّاه المشرّع الجزائريّ أيضا.

هذا، إضافة إلى ما جاء في الفصل 40 من ذات المجلّة، كما يلي: «إذا غاب الزّوج عن زوجته ولم يكن له مال ولم يترك لها نفقة ولم يقم أحد بالإنفاق عليها حال غيابه، ضرب له الحاكم أجلا مدّة شهر عسى أن يظهر، ثمّ طلق عليه بعد ثبوت ما سلف وحلف المرأة على ذلك».

فالزّوجة إذن، لها حقّ طلب التّطليق عند غياب زوجها؛ خاصة إن لم يكن له مال ولم يترك نفقة، وليس هناك من ينوبه في الإنفاق عليها، فيطلّق عليه القاضي بعد انقضاء مدّة شهر، مع الإثبات وحلف المرأة على ذلك.

كما قضت المادة 102 من مدوّنة الأسرة المغربيّة بما يلي: «للزّوجة طلب التّطليق بسبب إخلال الزّوج بالنّفقة الحالة الواجبة عليه، وفق الحالات والأحكام الآتية:

1- إذا كان للزّوج مال يمكن أخذ النّفقة منه، قرّرت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزّوجة عليه، ولا تستجيب لطلب التطليق.

2- في حالة ثبوت العجز، تحدّد المحكمة حسب الظّروف أجلا للزّوج لا يتعدّى ثلاثين يوما لينفق خلاله، وإلاّ طلّقت عليه، إلاّ في حالة ظرف قاهر أو استثنائيّ.

3- تطلّق المحكمة الزّوجة حالا إذا امتنع الزّوج عن الإنفاق، ولم يثبت العجز».

بمعنى أنّ للزّوجة الحقّ في طلب التّطليق، إذا امتنع الزّوج عن الإنفاق على زوجته مع عدم إثبات عجزه، غير أنّه لا يستجاب لطلب الزّوجة في حال وجود مال ظاهر يمكن أخذ النّفقة منه، أمّا في حالة إثبات العجز يتلوّم له القاضيّ مدّة شهر لينفق وإلاّ طلّق عليه.

ما يلاحظ على المشرّع المغربيّ، أنّه بيّن أحكام تطليق الزّوجة لعدم الإنفاق ووضّح عدّة حالات يجب على القاضي التّأكّد منها قبل الحكم بالتّطليق، كما يمكن للمحكمة أن تفعّل مقتضيات المادة 199 من مدوّنة الأسرة الّتي تقضي بأنّه: «إذا عجز الأب كلّيّا أو جزئيّا عن الإنفاق على أولاده وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النّفقة بمقدار ما عجز عنه الأب».

وهو ما يقابل المادة 76 من قانون الأسرة الجزائريّ، والفصل 23 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة[1]، اللّذان ألزما الزّوجة بالمساهمة في الإنفاق إن كان لها مال أو كانت عاملة؛ فمشاركتها في الإنفاق لا يمكن أن نعتبرها كنوع من الاستغلال لذمّتها الماليّة، وإنّما هو تصرّف فطريّ وهبه الله عزّ وجلّ للمرأة لحماية أسرتها وإنجاح زواجها، لأنّها جبلت على التّكافل الماليّ والإعانة على الاستقرار الأسريّ.

[1] راجع: المادة 76 من قانون الأسرة الجزائريّ، والفصل 23 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة.

في الأخير، يمكننا القول أنّ الدّين الإسلام دين يسر لا عسر، ودين صون الكرامة؛ فكما أمر الزّوجة بطاعة زوجها وحفظه في ماله وعرضه، أمره بالمقابل بحسن عشرتها والإنفاق عليها، لكّن إن تعذّر ذلك للأسباب المذكورة آنفا حُقّ لها طلب التّفريق منه شرعا وقانونا، وهكذا نكون قد أجبنا على السّؤال المطروح في بداية هذه النّقطة.

المبحث الثّاني: ضرر الإخلال بالالتزامات الشّخصيّة

للالتزامات الشّخصيّة دور هام في توطيد العلاقات الزّوجيّة واستمرارها؛ حيث كرّستها الشّريعة الإسلاميّة وسايرتها القوانين الوضعيّة، فأكّدت وحرصت على حسن المعاشرة والاحترام المتبادل بين الزّوجين، وعدم إضرار أيٍّ منهما الآخر حتى تبقى الرّوابط الأسريّة والعاطفيّة قائمة ومستمرّة.

وعليه، سنحاول من خلال هذا المبحث التّركيز على بعض الالتزامات الشّخصيّة المهمّة في حياة الزّوجين، وجواز التّفريق لضرر الإخلال بها.

حيث سنبيّن في البداية أهمّ التزام من بين هذه الالتزامات، ألا وهو واجب الإخلاص الّذي يترك أثرا عميقا في نفس الطّرف المضرور إذا ما تمّ الإخلال به بالإضافة إلى بعض الممارسات الضّارة بين الزّوجين، الّتي تحدث ضررا يحتّم فكّ الرّابطة الزّوجيّة بينهما؛ ناهيك عن ضرر عدم العدل بين الزّوجات في حالة التّعدّد، كلّ هذا سيتمّ التّطرّق إليه في سياق هذا العرض.

المطلب الأوّل: ضرر الإخلال بواجب الإخلاص والممارسات الجنسيّة الضّارة بين الزّوجين:

تعتبر الخيانة الزّوجيّة من أعظم الجرائم المؤثّرة على الرّابطة الزّوجيّة؛ حيث تمسّ بشرف وكرامة الطّرف المضرور زوجا كان أو زوجة، ما يسبّب له شرخا عميقا في علاقته الزّوجيّة يؤدّي به إلى أروقة القضاء لفكّ ما أسماه القرآن الكريم بالميثاق الغليظ، مطالبا بتعويض ربّما يخفّف عنه ويلات الضّرر اللاّحق به، بالإضافة إلى بعض الممارسات والأفعال الضّارة، المتمثّلة في مزاولة الفعل المنحرف كاللّواط والجماع في الدّبر وتغيير الجنس و... والعياذ بالله.

وعليه، سنرى في سياق عرض هذا المطلب، الحديث عن ضرر الإخلال بواجب الإخلاص، المتمثّل في الخيانة الزّوجيّة (الفرع الأوّل)، ثمّ نذكر ونوضّح بعض الممارسات الجنسيّة الضّارة بين الزّوجين (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: ضرر الإخلال بواجب الإخلاص (الخيانة الزّوجيّة):

من المسلّم به أنّ الميل الجنسيّ يعدّ غريزة بشريّة في نفس الإنسان، لذا نظّمه المولى عزّ وجلّ بمشروعيّة الزّواج، حفاظا على الأنساب ودفعا للرّذيلة واستقرارا لمتعة الإشباع غير أنّ النّفس البشريّة معرّضة للخطأ؛ فتميل إلى إشباع رغباتها بطرق مخالفة للشّرع تعرف بالزّنا، وهي الفعل الشّنيع المحرّم الّذي جرّمه الشّرع والقانون على حدّ سواء.

وعليه، سنحاول تعريف جريمة الخيانة الزّوجيّة كأوّل نقطة، ثمّ تبيان مشروعيّة التّفريق بين الزّوجين عند حدوثها.

أوّلا- تعريف جريمة الخيانة الزّوجيّة:

حرّمت الشّريعة الإسلاميّة الزّنا معتبرة إيّاها جريمة أخلاقيّة شنعاء، لقول الله جلّ جلاله: ﴿وَلاَ تَقْرَبُوا الزِّنَا ۖ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا (32)﴾[1]، وأمرت بسدّ كلّ الطّرق المؤدّية إليها، كما عمدت كلّ التّشريعات العربيّة بما فيها التّشريع الجزائريّ لسنّ نصوص قانونيّة تجرّم هذا الفعل وتستنكره، للحدّ من العلاقات الجنسيّة المشبوهة وتفاديا للانحلال الأخلاقيّ وسط المجتمع المسلم.

وفيما يلي، سنورد تعريف الخيانة الزّوجيّة من المنظورين الشّرعيّ والقانونيّ على التّوالي:

[1] سورة الإسراء، الآية 32.

1. التّعريف الشّرعيّ لجريمة الخيانة الزّوجيّة:

من أجل الوصول إلى تعريف دقيق لجريمة الخيانة الزّوجيّة، لابدّ من تعريف الزّنا باعتبارها النّشاط الماديّ المكوّن لهذه الجريمة[1].

وبرجوعنا إلى فقهاء المذاهب الإسلاميّة، نجد أنّهم عرّفوا الزّنا مع اختلافهم في بعض الجزئيّات:

أ) **تعريف المالكيّة:** عرّف المالكيّة الزّنا على أنّها: «إيلاج مسلم مكلّف حشفة في فرج آدميّ مطيق عمدا بلا شبهة وإن دبرا أو ميّتا غير زوج»[2].

ب)**تعريف الحنفيّة:** الزّنا بالنّسبة للحنفيّة هي: «اسم للوطء الحرام في قُبُل المرأة الحيّة»[3].

ج)**تعريف الحنابلة:** وهي بالنّسبة للحنابلة: «من أتى الفاحشة في قبل أو دبر امرأة لا يملكها أو من غلام أو من فُعِل ذلك به»[4].

د) **تعريف الشّافعيّة:** أمّا عن الشّافعيّة فكان تعريفهم للزّنا كالآتي: «وطء الرّجل المرأة في القُبُل في غير المِلْكِ وشبهة المِلْكِ»[5].

---

[1] إكرام كيحل وكمال لروي، الحماية الجنائيّة للعلاقة الزّوجيّة بين التّشريع الجزائريّ والتّشريع المصريّ –جريمة الخيانة الزّوجيّة أنموذجا–، مجلّة الحوار الفكريّ، مج 12، ع 14، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2017، ص 262.

[2] أبو البركات أحمد بن محمّد بن أحمد الدردير، المرجع السّابق، ج 02، باب الزّنا، ص 421.

[3] علاء الدّين الكساني، المرجع السّابق، ج 07، كتاب الحدود، ص 33.

[4] عبد الرّحمن بن أحمد بن قدامة المقدسيّ الحنبليّ الدّمشقيّ، عمدة الفقه في المذهب الحنبليّ، تحقيق: أحمد محمّد عزوز، باب حدّ الزّنا، د. ط، المكتبة العصريّة، بيروت، 1423هـ – 2003م، ص 136.

[5] كمال الدّين بن الهمّام الحنفيّ، المرجع السّابق، ج 05، كتاب الحدود، باب الوطء الّذي يوجب الحدّ والّذي لا يوجبه، ص 247.

2. التّعريف القانونيّ لجريمة الخيانة الزّوجيّة:

من خلال تصفّحنا لقانون العقوبات الجزائريّ[1] وقانون الأسرة، لم نصادف تعريفا لجريمة الخيانة الزّوجيّة، وإنّما صادفنا المادة 339 من قانون العقوبات الّتي بيّنت صفة مرتكبيّ جريمة الزّنا.

حيث نصّت على أنّه: «يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كلّ امرأة متزوّجة ثبت ارتكابها جريمة الزّنا».

كما جاء في الفقرة 03 من نفس المادة: «ويعاقب الزّوج الّذي يرتكب جريمة الزّنا بالحبس من سنة إلى سنتين، وتطبّق العقوبة ذاتها على شريكته».

ما يلاحظ على قانون العقوبات، أنّه ضيّق من نطاق جريمة الزّنا وحصرها في إطار حدود الزّوجيّة، وهذا حماية للعلاقة الزّوجيّة؛ فالمادة 339 كانت أقرب لجريمة الخيانة الزّوجيّة أكثر من جريمة الزّنا، باعتبار هذه الأخيرة كلّ علاقة جنسيّة غير مشروعة بين رجل وامرأة، وهو ما تبنّته شريعتنا الإسلاميّة[2].

كما نصّ قانون العقوبات المصريّ[3] في المادة 274 على ما يلي: «المرأة المتزوّجة الّتي ثبت زناها، يحكم عليها بالحبس مدّة لا تزيد عن سنتين، لكّن لزوجها أن يوقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت».

---

[1] الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمّن قانون العقوبات، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 49، المؤرّخة في 11 يونيو 1966، ص 03، المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 16-02، المؤرّخ في 19 يونيو 2016، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 37، المؤرّخة في 22 يونيو 2016، ص 53.

[2] بلقاسم نجماوي، جريمة الخيانة الزّوجيّة في التّشريع الجزائريّ، المجلّة الجزائريّة للعلوم القانونيّة والسّياسيّة، مج 36، ع 04، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1999، ص 92.

[3] قانون العقوبات المصريّ الصّادر بالقانون رقم 58 لسنة 1937، المعدّل بالقانون رقم 95 لسنة 2003.

نجد أيضا المادة 277 من ذات القانون نصّت على أنّ: «كلّ زوج زنى في منزل الزّوجيّة وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزّوجة، يجازى بالحبس مدّة لا تزيد عن ستة شهور».

من خلال هاتين المادتين، نلاحظ أنّ المشرّع المصريّ أيضا –على غرار المشرّع الجزائريّ– لم يعرّف الخيانة الزّوجيّة، وإنّما اكتفى بالنّص على العقوبة المقرّرة لها، غير أنّه اشترط إتيان الزّوج لفعل الزّنا في منزل الزّوجيّة، لكّن كان من المفروض أن يجرّم هذا الفعل بصفة عامة، بغضّ النّظر عن مكان ارتكابه.

كما نصّت المادة 474 في فقرتها الأولى من قانون العقوبات السّوريّ[1]، على ما يلي:

«يعاقب الزّوج من شهر إلى سنة وفقا لظروف الدّعوى، في حال ارتكب جريمة الزّنا في بيت الزّوجيّة أو اتّخذ خليلة له جهارا في أيّ مكان كان».

ومنه، نلاحظ أنّ المشرّع السّوريّ حرص على شعور الزّوجة وحماها من الضّرر كما أنّه حافظ على الزّوج من تهوّر زوجته في حال علمها بخيانته لها.

ضف إلى ذلك ما جاء في المادة 473 فقرة 01 من ذات القانون: «تعاقب المرأة الزّانية بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين».

إذن وعلى غرار سابقيه، لم يعرّف المشرّع السّوريّ الخيانة الزّوجيّة، وإنّما حدّد لها عبارات وصيغ دالة عليها، كما استقى فكرة التّجريم من قانون العقوبات الفرنسيّ

[1] المرسوم التّشريعي رقم 01 لعام 2011، المعدّل لقانون العقوبات العام رقم 148 لعام 1949، ج. ر. ج. ع. س، دمشق، 1432/01/28هـ الموافق لـ 2011/01/03م.

حفاظا على طرفي العلاقة الزّوجيّة وصيانة لنظام الأسرة، عكس الشّريعة الإسلاميّة الّتي تقرّ أنّ محلّ الحماية الجنائيّة في جريمة الزّنا، هو حماية الفضيلة في حدّ ذاتها[1].

المشرّع الأردنيّ أيضا لم يشهد له تعريف واضح لجريمة الخيانة الزّوجيّة؛ فهو بدوره اكتفى بالنّص على العقوبة المقرّرة في المادة 282 في فقراتها الثّلاث، من قانون العقوبات[2]؛ حيث جاء فيها ما يلي:

«1- يعاقب الزّاني والزّانية برضاهما بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.

2- ولا تنقص العقوبة عن الحبس لمدّة سنتين، بالنّسبة للزّاني المتزوّج أو الزّانية المتزوّجة.

3- وتكون عقوبة الزّاني والزّانية الحبس لمدّة ثلاث سنوات، إذا تمّ فعل الزّنى في بيت الزّوجيّة لأيّ منها».

فالقانون الأردنيّ يعاقب المرأة الزّانية بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، هي وشريكها في الجريمة، كما أنّه لا تنقص العقوبة عن الحبس لمدّة سنتين بالنّسبة للمتزوّج أو المتزوّجة، ولا تخفّف العقوبة على الزّوجة عند قتلها زوجها، في حال ضبطته متلبّسا بالزّنا، عكس المشرّع الإماراتيّ الّذي يمنحها عذر التّخفيف إذا ما فاجأت زوجها حال تلبّسه بجريمة الزّنا في مسكن الزّوجيّة، فقتلته أو قتلت من يزني معها أو قتلتهما معا[3].

---

[1] أمل عبد الهادي مسعود، الخيانة الزّوجيّة في القانون السّوريّ، منشور على الرّابط: http://www.dampress.net، تاريخ التّصفّح: 2023/10/18، على السّاعة 20:40 سا.

[2] قانون العقوبات رقم 16-1960، ج. ر. م. هـــ. أ، رقم 1487، بتاريخ 1960/01/01، المعدّل بالقانون رقم 08-2011، ج. ر. م. هـــ. أ، رقم 5090، بتاريخ 2011/05/02.

[3] علاء رضوان، الزّنا في التّشريعات العربيّة، منشور على الرّابط الآتي: http://www.youm7.com، تاريخ التّصفّح: 2023/10/19، على السّاعة 21:00 سا.

وعليه، فهذه التّشريعات لم تعاقب على فعل الزّنا؛ باعتباره رذيلة في حدّ ذاتها بل أوّلت العقاب على الفعل الّذي يحصل من متزوّج على أنّه خيانة زوجيّة، كما أنّ تحريك الدّعوى متوقّف على شكوى الزّوج المضرور.

وهذا أيضا ما أخذ به القانون الجنائيّ التّونسيّ[1]، الّذي سار على خطى سابقيه ولم يعرّف الخيانة الزّوجيّة، وإنّما نصّ على العقوبة المقرّرة في الفصل 236 من المجلّة الجزائيّة التّونسيّة، الّذي نقّح بالقانون ع 01 لسنة 1968، المؤرّخ في 08 مارس 1968، كما يلي: «زنا الزّوج أو الزّوجة يعاقب عنه بالسّجن مدّة خمسة أعوام وبخطيّة قدرها خمسمائة دينار.

ولا يسوغ التّتبّع إلاّ بطلب من الزّوج أو الزّوجة اللّذين لهما وحدهما الحقّ في إيقاف التّتبّع أو إيقاف تنفيذ العقاب.

وإذا ارتكب الزّنا بمحلّ الزّوجيّة، فلا تنطبق أحكام الفصل 53 من هذا القانون.

والشّريك يعاقب بنفس العقاب المقرّر للزّوجة أو الزّوج المرتكب للجريمة».

غير أنّ فقه القضاء التّونسيّ، وسّع في مفهوم الرّكن الماديّ لجريمة الزّنا باعتبار أنّ مجرّد الاتّصال الجنسيّ تتم به جريمة الزّنا ولو بمجرّد الدّلك دون اشتراط الإيلاج[2].

أمّا قانون العقوبات المغربيّ[3]، فعلى الرّغم من أنّه لم يعرّف الخيانة الزّوجيّة كذلك، إلاّ أنّه جرّم الزّنا أيّا كان فاعله؛ بغض النّظر عن كونه متزوّجا أو أعزبا

[1] قانون ع 46 لسنة 2005، مؤرّخ في 06 جوان 2005، يتعلّق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلّة الجنائيّة وصياغتها.

[2] قرار تعقيبيّ جزائيّ تونسيّ، صادر بتاريخ 1980/11/14، نشريّة محكمة التّعقيب، ع 3482، 1980، ص 18.

[3] قانون العقوبات المغربيّ، صدر بموجب ظهير شريف رقم 413-59-1، المؤرّخ في 1962/11/26 الموافق لـ 28 جمادي الثّانيّة 1382هـ.

فالشّخص المتزوّج الّذي يقترف فعل الزّنا، يعدّ مرتكبا لجريمة الخيانة الزّوجيّة، أمّا الشّخص غير المتزوّج باقترافه الزّنا يعدّ مرتكبا لجريمة الفساد.

وبالتّالي، فقانون العقوبات المغربيّ يعتبر الأقرب إلى الشّريعة الإسلاميّة باعتباره ساوى في العقوبة بين الذّكر والأنثى وبين المتزوّج وغير المتزوّج[1].

أمّا بالنّسبة لفقهاء القانون، فقد عرّفوا فعل الزّنا منهم الفقيه موران كما يلي: «تدليس فراش الزّوجيّة وانتهاك حرمتها بتمام الوطء»[2].

وعليه، نستنتج من خلال ما سلف ذكره أنّ القوانين الجنائيّة الوضعيّة جاءت مخالفة لموقف الشّريعة الإسلاميّة؛ حيث اشترطت قيام الزّوجيّة عند ارتكاب فعل الزّنا حتى تكيّف الجريمة على أنّها خيانة زوجيّة[3].

ثانيا- طلب التّفريق لضرر جريمة الخيانة الزّوجيّة:

نهى الله عزّ وجلّ عن الزّنا وعن اقتراف ما يؤدّي إليها؛ كالنّظر والملاطفة والمواعدة بين الطّرفين، حتى لا يتمّ الوقوع في الفاحشة، فقد جاء في قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَلاَ تَقْرَبُوا الزِّنَا ۖ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً (32)﴾[4]، وقوله أيضا جلّ شأنه: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُدَافِعُ عَنِ الَّذِينَ آمَنُوا ۗ إِنَّ اللَّهَ لاَ يُحِبُّ كُلَّ خَوَّانٍ كَفُورٍ (38)﴾[5].

---

[1] المبروك منصوري، زنا الزّوجين في القوانين المغاربيّة -دراسة تحليليّة مقارنة-، مجلّة دراسات قانونيّة، ع 20، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات التّعلّميّة، الجزائر، 2014، ص 103.

[2] عبد الحكيم فودة، الجرائم الماسة بالآداب العامة والعرض، د. ط، دار الكتب القانونيّة، مصر، 2004، ص 605.

[3] فاطمة الفرحاني، الخيانة الزّوجيّة في القانون الجنائيّ المغربيّ، مجلّة العلوم الجنائيّة، المركز المغربيّ للدّراسات والاستشارات القانونيّة وحلّ المنازعات، مج 05، ع 06، المغرب، 2019، ص 66.

[4] سورة الإسراء، الآية 32.

[5] سورة الحجّ، الآية 38.

وكما هو معروف، فإنّ الحياة الزّوجيّة مليئة بالتّحدّيات، ولعلّ أصعبها هي الخيانة الزّوجيّة؛ كونها من المواضيع الحسّاسة الّتي قد تؤدّي إلى إنهاء الزّواج.

وعليه، فالخيانة الزّوجيّة سبب وجيه ومبرّر قاطع لطلب الطّلاق، لما فيها من أذى على نفسيّة المرأة، خاصة عند تكرّرها لمعرفته أنّ زوجته متسامحة، ففي هذه الحالة يعتبر الانفصال مبرّرا ولا رجاء من التّسامح، وحسب رأي الفقهاء فإنّ خروج الزّوج عن أداء الحقّ الواجب عليه، ألا وهو معاشرة زوجته بالمعروف وعدم الإضرار بها، يعطيها الحقّ في رفع أمرها إلى القاضي ليلزمه بحسن معاشرتها وتعزيره بما يراه زاجرا له وباعثا على الإمساك بالمعروف، فإن لم ينجح هذا التّعزير في الإصلاح بينهما، يبعث القاضي إليهما حكمين؛ حكم من أهله وحكم من أهلها[1].

وعليه، فالزّوجة إذا ما أثبتت ضرر الخيانة الزّوجيّة، خاصة إثبات جريمة الخيانة وتلبّس الزّوج بها، فإنّه يحقّ لها طلب التّفريق عنه مع تعويضها عن الضّرر اللاّحق بها.

غير أنّه من ناحية القانون، لاحظنا أنّ معظم التّشريعات العربيّة الأسريّة لم تنص صراحة على ضرر الخيانة الزّوجيّة، ومنهم قانون الأسرة الجزائريّ الّذي أعطى للزّوجة الحقّ في التّطليق لكلّ ضرر معتبر شرعا، والخيانة الزّوجيّة من الضّرر المعتبر شرعا، غير أنّه لم يكرّس مادة قانونيّة تتناول مسألة التّفريق، أو ما يعرف عندنا بالتّطليق لضرر الخيانة الزّوجيّة.

وهو ذات الأمر الّذي لاحظناه في التّشريعات العربيّة المقارنة؛ حيث أجازت للزّوجة طلب التّفريق من القاضي، عند استحالة العشرة بينها وبين زوجها، وادعت الضّرر من خيانة زوجها لها وأثبتته، وهذا حسب ما جاء في نصّ المادة 06 من قانون الأحوال الشّخصيّة المصريّ كما يلي: «إذا ادعت الزّوجة إضرار الزّوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز لها أن تطلب من القاضي التّفريق، وحينئذ

[1] عبد العزيز رمضان سمك، المرجع السّابق، ص ص 375- 377.

يطلّقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضّرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطّلب ثمّ تكرّرت الشّكوى ولم يثبت الضّرر، بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبيّن بالمواد 7- 8- 9- 10- 11».

أمّا بعد تصفّحنا لقانون الأحوال الشّخصيّة العراقيّ، لاحظنا أنّه أعطى الحقّ لكلا الزّوجين، قصد رفع دعوى التّفريق للضّرر، وهو ما لم يكرّسه أيّ قانون وضعيّ ولا حتى مذهب فقهيّ.

حيث نصّت الفقرة 02 من المادة 40 من هذا القانون على أنّه: «إذا ارتكب الزّوج الآخر الخيانة الزّوجيّة، ويكون من قبيل الخيانة الزّوجيّة ممارسة الزّوج فعل اللّواط بأيّ وجه من الوجوه».

وبالتّالي، نلاحظ أنّ القانون العراقيّ استعمل مصطلح الخيانة الزّوجيّة بدل الزّنا ليميّزها عن المفهوم القانونيّ لجريمة الزّنا المنصوص عليه في قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969.

ومن الملاحظ كذلك، أنّ قانون الأحوال الشّخصيّة العراقيّ اعتبر الزّوج مرتكبا للخيانة الزّوجيّة، إذا زنا داخل أو خارج منزل الزّوجيّة، عكس ما جاء في مفهوم قانون العقوبات الّذي لم يعتبر خيانة الزّوج خارج منزل الزّوجيّة زنا، بينما الأمر كذلك بالنّسبة للزّوجة[1].

هذا، وقد وضع قانون الأحوال الشّخصيّة العراقيّ عدّة شروط للتّفريق بسبب الخيانة الزّوجيّة، فإذا ما تحقّقت حكمت المحكمة بالتّفريق دون إثبات الضّرر؛ لأنّ هذا الأخير تحقّق عند ارتكاب الخيانة.

[1] رشيد آسو سردار، التّفريق للضّرر -دراسة مقارنة-، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، منظّمة طبع ونشر الثّقافة القانونيّة، كردستان، 1431هـ - 2010م، ص ص 36، 37.

حيث تتمثّل هذه الشّروط في:

1. تقديم أحد الزّوجين طلب التّفريق.

2. أن ترتكب جريمة الخيانة الزّوجيّة.

3. إثبات فعل الخيانة بكلّ وسائل الإثبات؛ من شهادة الشّهود أو الإقرار[1].

غير أنّه في بعض الأحيان، قد يصدر القاضي حكمه بناءً على الفقرة 01 من المادة 40 من ذات القانون، الّتي نصّت على ما يلي: «لكلّ من الزّوجين طلب التّفريق عند توفّر إحدى الأسباب الآتية:

إذا أضرّ أحد الزّوجين بالزّوج الآخر أو بأولادهما، ضررًا يتعذر معه استمرار الحياة الزّوجيّة، ويعتبر من قبيل الإضرار الإدمان على تناول المسكرات أو المخدّرات على أن تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبّية رسميّة مختصّة، ويعتبر من قبيل الإضرار كذلك ممارسة القمار في بيت الزّوجيّة».

فبحسب هذه الفقرة، تستطيع الزّوجة طلب التّفريق عند اتهامها في شرفها أو بارتباطها بعلاقة مشبوهة، خاصة إذا أثبتت الضّرر مع تعذّر استمرار الحياة الزّوجيّة.

أمّا من النّاحية الشّرعيّة، فإنّ ثبوت الخيانة الزّوجيّة لا يعتبر سببا للتّفريق بين الزّوجين؛ لأنّ عقوبة الزّاني في الإسلام واضحة وضوح الشّمس ألا وهي الرّجم وبالتّالي تنحلّ الرّابطة الزّوجيّة بالموت وليس بالتّفريق[2].

[1] حيدر حسين كاظم الشمري، التّفريق للضّرر الواقع بين الزّوجين بين الشّرائع السّماويّة والتّشريعات الوطنيّة، ط 01، المركز العربيّ، مصر، 1441هـ – 2020م، ص 117.

[2] رشيد آسو سردار، المرجع السّابق، ص 39.

الفرع الثّاني: الممارسات الجنسيّة الضّارّة بين الزّوجين:

جعلّ الله عزّ وجلّ الزّواج وسيلة للاستماع بين الزّوجين، في إطار الحلال وطريقا مشروعا لإشباع الشّهوات، غير أنّ هناك أزواجا يميلون إلى الاستمتاع بطرق شاذّة وممارسات ضارّة، وهذا ما يسبّب شقاءً في الحياة الزّوجيّة وسوء تفاهم بين الطّرفين، ينتهي على الأغلب بفكّ الرّباط المقدّس بينهما بطلب من الزّوج المضرور حيث تتمثّل هذه الممارسات الضّارّة في:

أوّلا- فعل اللّواط:

اللّواط سبب من أسباب سخط الله سبحانه وتعالى، وهو جريمة عظمى وعمل خبيث فيه مفسدة للرّجولة وضرر للأنوثة.

وكما هو معروف، فإنّ اللّواط هو إتيان الذّكر في الدّبر، هذا الفعل الشّنيع القذر قد أجمع عليه الفقهاء بتحريمه، مستدلّين في فتواهم على ما جاء به القرآن الكريم في قول الله جلّ جلاله: ﴿وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ الْعَالَمِينَ (80) إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِّن دُونِ النِّسَاءِ ۚ بَلْ أَنتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ (81)﴾[1]. وقوله سبحانه وتعالى أيضا: ﴿وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ الْعَالَمِينَ (28) أَئِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ وَتَقْطَعُونَ السَّبِيلَ وَتَأْتُونَ فِي نَادِيكُمُ الْمُنكَرَ ۖ فَمَا كَانَ جَوَابَ قَوْمِهِ إِلَّا أَن قَالُوا ائْتِنَا بِعَذَابِ اللَّهِ إِن كُنتَ مِنَ الصَّادِقِينَ (29)﴾[2].

قد دلّت الآيتان الكريمتان على تحريم اللّواط، وقوله جلّ جلاله: ﴿أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ﴾ بمعنى إتيان الذّكور؛ حيث ذكرها الله سبحانه وتعالى باسم الفاحشة ليبيّن أنّها زنا، كما أنّ هذا الفعل الشّنيع لم يكن في أمّة من الأمم قبل قوم سيّدنا لوط عليه السّلام.

[1] سورة الأعراف، الآيتان 80، 81.

[2] سورة العنكبوت، الآيتان 28، 29.

كما حكى النّقاش أنّ أصل عملهم هذا، كان إبليس لعنه الله سبحانه وتعالى بأن دعاهم إلى نفسه، فكان ينكح بعضهم بعضا[1].

ونجد أيضا قول الله عزّ شأنه: ﴿أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ (165) وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم ۚ بَلْ أَنتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ (166)﴾[2].

والاستفهام في الآيتين الكريمتين، هو للتّوبيخ والإنكار لتركهم النّعمة الّتي خلقها الله سبحانه وتعالى لهم وإتيانهم الخبائث؛ يعني تذرون الّذي خلق لكم من الأزواج وهو القبل وتأتون أدبار الذّكور[3].

أمّا بالنّسبة للأدلّة من السّنة النّبويّة الشّريفة، فقد وردت عدّة أحاديث تحرّم اللّواط منها حديث ابن عبّاس رضي الله عنه، أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: ﴿مَنْ وَجَدْتُمُوهُ يَعْمَلُ عَمَلَ قَوْمِ لُوطٍ فَاقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ بِهِ ...﴾[4].

كما رويّ عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النّبيّ محمّد صلّى الله عليه وسلّم في الّذي يعمل عمل قوم لوط قال: ﴿ارْجمُوا الأَعْلَى وَالأَسْفَل، ارْجمُوهُمَا جَمِيعًا﴾[5].

وعن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿إِنَّ أَخْوَفَ مَا أَخَافُ عَلَى أُمَّتِي مِنْ عَمَلِ قَوْمِ لُوطٍ﴾[6].

---

[1] أبو بكر القرطبيّ، المصدر السّابق، ج 07، ص 245.

[2] سورة الشّعراء، الآيتان 165، 166.

[3] تفسير ابن عثيمين، الباحث القرآنيّ، منشور على الرّابط: http://tafsir.app، تاريخ التّصفّح: 2023/10/28، على السّاعة 17:05 سا.

[4] ابن ماجة أبو عبد الله محمّد بن يزيد القزويني، المصدر السّابق، ج 02، كتاب الحدود، باب من عمل عمل قوم لوط، رقم الحديث 2561، ص 856.

[5] المصدر نفسه، رقم الحديث 2562، الموضع نفسه.

[6] المصدر نفسه، رقم الحديث 2563، الموضع نفسه.

وفيما يلي سنقوم بتوضيح أضرار اللّواط النّفسيّة والصّحيّة:

1. **أضرار اللّواط النّفسيّة:** فعل اللّواط له أضرار نفسيّة عديدة على الزّوج اللاّئط وزوجته، نذكر أبرزها وأهمّها:

- يصاب الزّوج اللاّئط بالخوف والتّشتّت وتضيع منه المروءة والرّجولة، فيهمل زوجته وبالتّالي ينتاب العلاقة الجنسيّة البرود والفتور بسبب إتيانه الرّجال، فتزداد المشاحنات بينهما ويُخلق الشّقاق وتتسّع الفجوة، لتصل في الأخير إلى تفكّك الأسرة وبحث الزّوجة عن مصدر آخر لإشباع رغباتها؛ سواء في المواقع أو الواقع.

- يصاب الكثير من الأزواج بالقلق والإحساس بالذّنب وتأنيب الضّمير، بالإضافة إلى الإحساس بعدم الإشباع الجنسيّ؛ ذلك أنّ اللّواط بعيد الأصل عن الفطرة.

- يصبح الزّوج في نظر زوجته أحطّ النّاس قدرا وأذلّ الرّجال نفسا؛ فالمرأة تنجذب للرّجل المحترم الخلوق، صاحب المكانة بين النّاس وحامل صفات الرّجولة والمروءة وهذا ما يجعل لهفتها الجنسيّة تنطفئ تُجاهه.

- تتأثّر الزّوجة نفسيّا وتتضرّر؛ لأنّ المرأة الّتي تقع في يد زوج شاذّ، تعتبر ضحيّة معذّبة وتنال التّحقير والمهانة، وهذا ما يجعلها تدخل في مرحلة الاكتئاب وتشعر بفشل زواجها.

2. **أضرار اللّواط الصّحيّة:** من المؤكّد أنّ عدم الالتزام بالعفّة تنتج عنه العديد من الأمراض الجنسيّة، الّتي تصيب من يقوم بهذا الفعل البشع، من أبرزها:

- **مرض الإيدز *Aids*:** أو ما يعرف بفيروس العوز المناعي HIV، وهو عدوى تهاجم جهاز المناعة في الجسم، وبحسب ما هو متعارف عليه طبّيا، فإنّ هذا الفيروس ينتقل من سوائل جسم الشّخص المصاب، بما في ذلك السّائل المنويّ. حيث يعدّ هذا المرض النّاجم عن الشّذوذ الجنسيّ كسبب رئيسيّ، من الأمراض الّتي عجز الطّب الحديث عن علاجها أو حتى الحدّ منها، خاصة في البلدان المتقدّمة.

هذا، وترتفع فرصة انتقال العدوى بسبب ارتفاع فرصة حدوث تمزّقات شرجيّة أثناء ممارسة الجماع الشّرجيّ؛ «فالوعاء الطّبيعيّ لقضيب الرّجل هو مهبل المرأة، لأنّ أنسجة المهبل مطّاطيّة ومهيّأة للممارسة الجنسيّة، ولا تحدث جروحا في المهبل بسبب الإيلاج عكس الشّذوذ؛ حيث يكون الإيلاج في موضع غير مهيّئ له، كون أنسجة المستقيم تتميّز بصلابتها، وبالتّالي فإنّ الإيلاج فيه يسبّب جروحا ينفذ من خلالها فيروس الإيدز الموجود في السّائل المنويّ للشّخص المصاب»[1].

- **مرض الزّهريّ *Syphilis*:** هو عدوى بكتيريّة يمكن أن تتسبّب في حدوث ضرر للقلب والجهاز العصبيّ، في حالة عدم علاجها بشكل جيّد.

- **الهربس التّناسليّ *Genital Herpes*:** هو مرض حاد تبدأ أعراضه بالحكّة الشّديدة، ثمّ تظهر البثور والتّقرّحات على مستوى القضيب ويكبر حجمها ويزداد ألمها وأحيانا يمتدّ الالتهاب إلى الفخذ ومنطقة العانة، وبالتّالي تتضخّم الغدد اللّمفاويّة وتصبح تلك المنطقة أكثر إيلاما، أمّا عند النّساء فقد تظهر البثور على الفرج.

لذا، يجب وصف الأدويّة المضادّة للفيروسات لصرف الأعراض، وتخفيف الانزعاج، ومع ذلك فإنّ هذا لا يمنع الأشخاص المصابين بالعدى من نقلها[2].

- **التهاب الكبد الفيروسيّ *Hepatitis virus*:** لعلّ السّبب الرّئيسيّ فيه، هو الممارسة الجنسيّة المحرّمة مع شخص مصاب؛ حيث يمكن أن يشتكي هذا الأخير من

---

[1] أميرة محمّد مغازي، الممارسات الضّارة وأثرها على العلاقة الزّوجيّة –دراسة فقهيّة مقارنة–، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندريّة، 2008، ص 142.

[2] *Kenneth M. Kaye*، حالات العدوى، الهربس التّناسليّ *Genital Herpes*، منشور على الرّابط الآتي: *http://www.msdmanuals.com*، تاريخ التّصفّح: 2023/11/1، على السّاعة 14:30 سا.

أعراض مختلفة الحدّة حسب شدّة المرض؛ كالإحساس بالتّعب والإرهاق مع ارتفاع درجة الحرارة وفقدان الشّهيّة، أيضا آلام في البطن يصحبها إسهال أو قيء[1].

ويستمر هذا الالتهاب مع استمرار اللّواط، واستمرار تدفّق الفيروسات المنهكة للكبد والمؤدّية للوفاة.

وعليه، يمكننا القول انطلاقا ممّا سبق ذكره، أنّ فعل اللّواط له أضرار نفسيّة وصحّية جسيمة على اللاّئط أو شريكته، وهذا الانتشار الرّهيب له ترافقه كوارث اجتماعيّة وإنسانيّة لهذا السّبب يجب علينا تفادي هذا الفعل المنكر، وتوعية الشّباب على الابتعاد عنه وعن كلّ ما حرّمه الله عزّ وجلّ.

ثانيا- الجماع في الدّبر:

قد ينحرف الزّوج في العلاقة الجنسيّة، فيميل إلى ممارسة الجماع عن طريق فتحة الشّرج؛ لعدّة أسباب منها عدم صبره على زوجته أثناء حيضها أو خوفا من حملها، أو عند وجود عيب في جهازها التّناسليّ يمنعه من الجماع في القبل، كما قد تكون هناك أسباب أخرى تغيّر ميول الزّوج وتؤدّي به إلى هذه الممارسة الجنسيّة الشّاذة؛ كأن يكون مثلا مدمنا على المخدّرات أو مشاهدة الأفلام الإباحيّة.

فقد جاء في كتاب الله عزّ وجلّ قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ ۖ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ۖ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ۖ ... (222)﴾[2]. وقوله أيضا جلّ في علاه: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ۖ ... (223)﴾[3].

---

[1] بواسطة الطّاقم الطّبيّ، التهاب الكبد الفيروسيّ، مرض التهاب الكبد الوبائيّ، منشور على الرّابط الآتي: http://www.tbeeb.net، تاريخ التّصفّح: 2023/11/01، على السّاعة 19:15 سا.

[2] سورة البقرة، الآية 222.

[3] سورة البقرة، الآية 223.

فمعنى الآية الأولى، أنّه «إذا سألك أصحابك -أيّها النّبيّ- عن الحيض (وهو دم طبيعيّ يخرج من رحم المرأة في أوقات مخصوصة)، فقل مجيبا إيّاهم: الحيض أذى للرّجل والمرأة، فاجتنبوا جماع النّساء في وقته ولا تقربوهنّ بالوطء، حتى ينقطع الدّم عنهنّ ويتطهّرنّ منه بالغسل، فإذا انقطع وتطهّرنّ منه جامعوهنّ.

أيضا معنى قوله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ﴾؛ أنّ زوجاتكم محلّ زرع لكم يلدنّ لكم الأولاد؛ كالأرض الّتي تخرج الثّمار، فآتوا محلّ الزّرع -وهو القبل- من أيّ جهة شئتم وكيفما شئتم إذا كان في القبل وليس الدّبر»[1].

كما جاء في السّنة النّبويّة الشّريفة، ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النّبيّ محمّد صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال: ﴿من أتى حائضا أو امرأة في دبرها أو كاهنا فصدّقه بما يقول، فقد كفر بما أنزل على محمّد﴾[2]. وعن عِمْرَانَ بن حُصَيْنٍ قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿مَحَاشِي النِّسَاءِ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ﴾[3].

وعن سَمُرَة بن جَنْدَبٍ رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم أن تؤتى النّساء في أعجازهنّ. قال الحسن بن أبي الحسن: وهل يفعل ذلك إلاّ كلّ أحمق فاجر»[4].

---

[1] نخبة من العلماء، المصدر السّابق، ص 35.

[2] ابن ماجة أبو عبد الله محمّد بن يزيد القزويني، المصدر السّابق، ج 01، كتاب الطّهارة وسننها، باب النّهيّ عن إتيان الحائض، رقم الحديث 639، ص 209.

[3] نور الدّين علي بن سليمان بن أبي بكر الهيثميّ الشّافعيّ، بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث، تحقيق: حسين أحمد صالح البكري، مج 01، باب النّهي عن إتيان المرأة في دبرها، رقم الحديث 494، ط 01، الجامعة الإسلاميّة، السّعوديّة، 1413هـ - 1992م، ص 548.

[4] المصدر نفسه، رقم الحديث 493، ص 548.

وعليه، فإنّ في كلّ هذه الأحاديث دلالة على تحريم إتيان الرّجل لامرأته في دبرها تفاديا للأذى الّذي قد يصيب كليهما، كما لا يجوز للزّوجة طاعة زوجها في أمر كهذا.

وفيما يلي، سنورد أهمّ أضرار الجماع في الدّبر، ثمّ حقّ الزّوجة في طلب التّفريق وفكّ الرّابطة الزّوجيّة جرّاء ذلك.

1. أضرار الجماع في الدّبر:

حرّم الشّرع إتيان الزّوجة في الدّبر لقذارة الفعل؛ كونه يتنافى مع الفطرة ولا يحقّق مقاصد الزّواج، من إعمار الأرض والمحافظة على الكائن البشري.

غير أنّ ضرر هذا الشّذوذ لا يقتصر على النّسل فحسب، بل يمتدّ إلى إحداث أضرار أخرى، أبرزها الكآبة والنّفور بين الزّوجين؛ حيث يفوّت على الزّوجة حقّها في الاستمتاع وقضاء وطرها، لأنّ الدّبر محلّ قذارة ونوع من أنواع الشّذوذ الجنسيّ، كما أنّه يصرف الزّوج عن الإتيان الطّبيعيّ لزوجته، إلى حدّ العجز التّام عن مباشرتها.

بالإضافة إلى أنّ الجماع في الدّبر قد يسبّب عقم الزّوج، جرّاء التهاب مجرى البول وصعود الميكروبات الآتية من الشّرج إلى البروستاتا، وإلى رحم الزّوجة فتصاب هي الأخرى بالعقم[1].

هذا، ونظرا لعدم وجود أنسجة للحماية داخل فتحة الشّرج، قد يؤدّي الجماع في الدّبر إلى حدوث نزيف ممّا يستدعي تدخّلا طبيّا عاجلا.

كما قد يؤدّي إلى ارتخاء عضلات الدّبر وحدوث توسّع في فتحة شرج الزّوجة ممّا يؤدي إلى عدم القدرة على التّحكم في خروج البراز والغازات[2].

---

[1] أميرة محمّد مغازي، المرجع السّابق، ص 325.

[2] تحدّث مع طبيب، ما هي أضرار الجماع في الدّبر على الذّكر؟، منشور على الرّابط الآتي: http://altibbi.com، تاريخ التّصفّح: 2023/11/13، على السّاعة 09:48 سا.

فالجماع في الدّبر يضيّق الصّدر ويظلّمه، ويسوّد الوجه ويطمس نوره، فتكسوه وحشة لا يعرفها إلاّ صاحب فراسة.

وهو مضرّ بالرّجل أيضا؛ كون الماء المحتقن في الرّجل لا يخرج كلّه بسبب مخالفته الأمر الطّبيعيّ (الفرج)، الّذي له خاصيّة اجتذاب الماء المحتقن وراحة الرّجل منه[1].

2. حقّ الزّوجة في طلب التّفريق لضرر الجماع في الدّبر:

ليس من المعاشرة بالمعروف إتيان الزّوج زوجته في دبرها؛ فالله عزّ وجلّ إنّما نهى عنه للضّرر الجسيم الّذي يخلّفه، هذا الفعل المنكر هو محلّ خلاف بين الفقهاء من حيث وجوب التّفريق بين الزّوجين، خاصة عند تطاوعهما على الجماع في الدّبر، من عدمه.

فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم التّفريق بينهما، إذا تطاوعا على الجماع في الدّبر وأوجبوا التّعزيز؛ كون الوطء في الدّبر جناية لا قصاص فيها، لزجرهما وتأديبهما حتى لا يقوما به مرّة أخرى.

إلاّ أنّ العلماء يرون بأنّ الغرض من الزّواج لا يتحصل بهذا الأمر، وبالتّالي فإنّه يحقّ لزوجة من اعتاد على هذا الفعل الشّنيع، أن تطلب الطّلاق منه؛ لأنّه فاجر فاسق يسبّب لها ضررا جسيما مستمرا[2].

لذا، يجب على الزّوجة ألاّ تطاوع زوجها وأن تذكّره بالله سبحانه وتعالى وبعاقبة من يتعدّى حدوده سبحانه عزّ وجلّ، ووعظه ونصحه والاستعانة بإمام أو واعظ لتنويره وإرشاده إلى الطّريق المستقيم، حفاظا على زوجته وبيته من التّفكّك والضّياع.

---

[1] ابن القيّم الجوزيّة، المصدر السّابق، فصل: مفاسد إتيان الدّبر، ص 688.

[2] جواز إتيان الزّوجة من الدّبر عند مذهب المالكيّة، إسلاميّات، منشور على الرّابط الآتي: http://s.i-trnds.net، تاريخ التّصفّح: 2023/11/15، على السّاعة 11:00 سا.

فالزّواج يقوم على التّعفّف والإحصان والإنجاب، وليس على الإتيان في الدّبر وهذا ما كرّسه القرار التّعقيبيّ المدنيّ التّونسيّ، الّذي جاء فيه: «إنّه من المسلّم به فقها وواقعا وتشريعا، أنّ من أبرز مقوّمات الزّواج والواجبات المتبادلة بين الزّوجين، تحقيق الاتصال الجنسيّ دون موانع اختياريّة ولا خلقيّة تحول دونه؛ باعتباره الغاية المقصودة من الزّواج المرتّبة للنّتائج المؤملة منه، وفي طليعته الإحصان والتّعفّف والإنجاب وهي مقوّمات أساسيّة يقوم عليها الزّواج»[1].

كما جاء في قرار استئنافيّ مدنيّ صادر عن محكمة الاستئناف بسوسة ما يلي:

«1- اقتضت الفقرة الثّانية من الفصل 23 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة، بعد تنقيحها بالقانون عدد 74 لسنة 1993، بأنّه على الزّوجين أن يقوما بواجباتهما الزّوجيّة حسبما يقتضيه العرف والعادة.

2- مجلّة الأحوال الشّخصيّة باعتبارها قائلة بأحكام الشّريعة الإسلاميّة، لن يكون تفسير الفقرة الأخيرة في الفصل 23 المذكور؛ بحيث أنّ الزّوجة في نطاق الواجب الجنسيّ المحمول عليها، ليست مطالبة سوى بطاعة زوجها في قضاء وطره منها، بأن لا تمتنع عن رغبته في الاستمتاع بها حسب التّقاليد والأعراف الإسلاميّة دون تعدّ على الذّات أو الخدش المنكر للحياء، على معنى الفقرة 22 من لائحة الأحكام الشّرعيّة للشّيخ جعيط.

3- نطاق الواجب المحمول على الزّوجة لا يتعدّى إذن التّمكين من النّفس بصفة طبيعيّة، لا مغالاة فيها ولا خروج عن المألوف ممّا اعتاده العباد.

4- إعراض الزّوج عن مباشرة زوجته لعدّة أشهر مستمرّة، وإهمال حاجتها في المعاشرة المرتقبة، بسبب شذوذه الجنسيّ وغياب الرّغبة لديه في الاتصال بها جنسيّا بصفة طبيعيّة؛ أي بالإيلاج أو الإنعاظ بالموطن الطّبيعيّ يلحق مضرّة بالزّوجة، وعليه

[1] قرار تعقيبيّ مدنيّ تونسيّ، مؤرّخ في 23 جانفي 1990، نشريّة محكمة التّعقيب، ع 24219، ص 149.

كان لقيام الزّوجة بطلب الطّلاق من الزّوج للضّرر من أجل ما ذكر، قائم في الواقع والقانون وهو الإمساك عن وطئها، واجتنابها في تحقيق اللّذة الجنسيّة دون عذر مقبول»[1].

أمّا المشرّع الجزائريّ، فقد أغفل اللّوطيّة الصّغرى وهي إتيان الزّوجة من الدّبر، ولم يخصّص لها مادة قانونيّة صريحة وواضحة في قانون الأسرة، غير أنّه ألحقها بالمادة 335 من قانون العقوبات؛ حيث يمكن متابعة الزّوج على أساس جريمة الفعل المخلّ بالحياء.

كما أيّد مجلس قضاء وهران حكم المحكمة، الّذي قضى بإدانة زوج أتى زوجته في دبرها، بعد أن أقرّ بحصول هذه الأفعال رغم ممانعتها؛ حيث اعتبره هتكا لعرضها.

هذا، ويعد عدم رضا الزّوجة عن هذا الفعل المخلّ بالحياء، شرطا للمتابعة الجزائيّة مع توفّر القصد لتحقيق عمليّة جنسيّة كاملة؛ لأنّ ملامسة الزّوج لدبر زوجته لا يعدّ هتكا للعرض أو فعلا مخلاّ بالحياء[2].

كما جاء في محكمة الاستئناف بتاريخ 2013/06/05 ما يلي: «إذا كانت الزّوجة بحكم الرّابطة الزّوجيّة مدعوّة لتمكين زوجها من نفسها، فإنّ الزّوج مدعوّ بدوره لحماية شريكة حياته من الأفعال الفاحشة الماسة بعورتها، الّتي لا يجوز العبث بحرمتها، لا أن يمارس عليها الفاحشة بدون رضاها ومن موطن حشمة بالنّسبة لها من قبيل إتيانها من الفم أو الدّبر بدون رضاها»[3]. ومعنى هذا، أنّه لا ينبغي استعمال

[1] محكمة الاستئناف، قرار استئنافيّ مدنيّ تونسيّ، مؤرّخ في 30 أفريل 1997، ع 2876. نقلا عن: ساسي بن حليمة، مجموعة تعاليق على قرارات في مادة الأحوال الشّخصيّة، د. ط، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2012، ص 75.

[2] سيدي محمّد أمين جدوي، موقف القانون الجزائيّ الجزائريّ من حماية الزّوجة، مجلّة القانون والعلوم السّياسيّة، ع 04، المركز الجامعيّ النّعامة، جوان 2016، ص 192.

[3] محكمة الاستئناف، غرفة الجنايات الاستئنافيّة، ملف رقم 2644، قرار صادر بتاريخ 2013/06/05، ع 36، 2013.

الرّابطة الزّوجيّة كذريعة من طرف الزّوج لارتكاب الفاحشة في حقّ زوجته، وبطريقة غير راضية عنها، بل عليه توفير الحماية لها وليس العكس.

غير أنّ الملاحظ على التّشريعات العربيّة، أنّها سكتت عن مسألة إتيان الزّوجة من دبرها وضرره، ولربّما هذا راجع إلى مرونة المادة القانونيّة الّتي كرّست حقّ الزّوجة في التّطليق للضّرر الّذي يمنع استمرار الحياة الزّوجيّة وديمومتها.

وهو ما نصّت عليه المادة 210 فقرة 01 من مشروع قانون الأحوال الشّخصيّة السّوريّ كما يلي: «إذا ادّعى أحد الزّوجين إضرار الآخر به قولا أو فعلا بما يتعذّر معه استمرار الحياة الزّوجيّة، جاز له أن يطلب من القاضي التّفريق».

أيضا ما جاء في المادة 06 من قانون الأحوال الشّخصيّة المصريّ: «إذا ادّعت الزّوجة إضرار الزّوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التّفريق».

«وقد أوضحت محكمة النّقض المصريّة بأنّ معنى الضّرر هو كلّ إيذاء للزّوجة بالقول أو الفعل؛ بحيث تعدّ معاملة الرّجل في العرف معاملة شاذّة، تشكو منها المرأة ولا تطيق الصّبر عليها. كما اعتبرت ذات المحكمة أيضا أنّ إتيان الزّوجة في غير موضع الحرث، من الأسباب المستوجبة للتّفريق»[1].

قانون الأحوال الشّخصيّة الإماراتيّ نصّ هو الآخر في المادة 117 الفقرة 01 على ما يلي: «1- لكلّ من الزّوجين طلب التّطليق للضّرر الّذي يتعذّر معه دوام العشرة بالمعروف بينهما، ولا يسقط حقّ أيّ منهما في ذلك، ما لم يثبت تصالحهما».

[1] نقلا عن: داليا قدري أحمد عبد العزيز ورحاب مصطفى كامل السيد، موقف الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ من إكراه الزّوج زوجته على الوطء –دراسة مقارنة–، مجلّة البحوث القانونيّة والاقتصاديّة، ع 67، جامعة المنصورة، مصر، ديسمبر 2018، ص 268.

أيضا المادة 99 من مدوّنة الأسرة المغربيّة نصّت على أنّه: «يعتبر ضررا مبرّرا لطلب التّطليق، كلّ تصرّف من الزّوج أو سلوك مشين أو مخلّ بالأخلاق الحميدة، يلحق بالزّوجة إساءة ماديّة أو معنويّة تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزّوجيّة».

ومنه، نستشفّ أنّ ضرر الجماع في الدّبر ضرر لا يستطاع معه دوام الحياة الزّوجيّة وبالتّالي يحقّ للزّوجة المتضرّرة طلب التّطليق، إلاّ إذا كانت تريد الحفاظ على بيتها الزّوجيّ، وفي نفس الوقت ترفض إصرار زوجها على فعله المنكر ذاك، لما يلحق بها من أذى ماديّ أو معنويّ، فتطلب من القاضي زجره وتعزيزه ليتوّقف عن انحرافه الجنسيّ[1].

وعليه، يحقّ للزّوجة طلب التّطليق للضّرر إذا أرغمها زوجها على الوطء في الدّبر قياسا على ما ذهب إليه المالكيّة؛ في تحويل الزّوج وجهه عن زوجته يعدّ من المظاهر الّتي تشكّل ضررا لها[2]. وبالتّالي لها الحقّ في طلب التّطليق، فما بالك بضرر إتيانها وجماعها من الدّبر؛ وهو الأولى.

ثالثا- تغيير الجنس:

تعتبر عمليات تغيير الجنس عمليّات جراحيّة غرضها تغيير الشّكل الخارجيّ لجسم الإنسان، فيظهر المتحوّل بمظهر الجنس المقابل؛ بسبب إصابته بعاهة نفسيّة واضطراب في الهويّة الجنسيّة.

[1] داليا قدري أحمد عبد العزيز ورحاب مصطفى كامل السيد، المرجع السّابق، ص 270.

[2] أبو عبد الله محمّد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج 04، باب النّكاح، ط 02، المطبعة الكبرى الأميريّة، د. ب. ن، 1317هـ، ص 09.

1. موقف الجهات العلميّة الإسلاميّة من مسألة تغيير الجنس:

جاء في قرار لمجلس مجمّع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ، المنبثق عن منظّمة التّعاون الإسلاميّ ما يلي:

«أوّلا- يراد بـــ "تغيير الجنس" تحويل ذكر إلى أنثى، أو تحويل أنثى إلى ذكر.

ثانيا- يحرم شرعا تغيير الجنس؛ لأنّه تغيير لخلق الله سبحانه وتعالى، وهو داخل في قول الله جلّ شأنه: ﴿وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ ۚ ...(119)﴾ [سورة النّساء، الآية 119]، والحديث الشّريف الّذي رواه البخاريّ عن ابن عبّاس رضي الله عنه أنّه قال: «لعن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم المخنثين من الرّجال والمترجّلات من النّساء» وقال: «أخرجوهم من بيوتكم».

ثالثا- إذا قام الزّوج بتحويل نفسه ظاهريّا إلى أنثى، فيحقّ للزّوجة طلب فسخ النّكاح للعيب، وإذا قامت الزّوجة بتحويل نفسها ظاهريّا إلى ذكر فللزّوج تطليقها.

رابعا- تظلّ الأحكام الشّرعيّة المتعلّقة بالذّكر والأنثى، من واجبات وحقوق دينيّة ومدنيّة، ثابتة كما كانت قبل إقدام أحدهما على تحويل نفسه ظاهريّا من ذكر إلى أنثى أو من أنثى إلى ذكر، وبخاصة فيما يتعلّق بأحكام الحضانة والنّفقة والميراث، وذلك لأنّ تحويل نفسه إلى أنثى أو ذكر، لا يعدّ تغييرا حقيقيّا بل هو تغيير ظاهريّ كما قرّره الأطبّاء، فلا تأثير له على ما ثبت من أحكام قبل إقدام أحدهما على هذا التّصرّف»[1].

من خلال هذا القرار، يتّضح لنا جليّا أنّ للزّوجة الحقّ في طلب التّطليق إذا قام الزّوج بتحويل جنسه، كما يحقّ للزّوج إيقاع الطّلاق إذا قامت هي بتغيير جنسها، وهذا ما يهمّنا في بحثنا.

[1] قرار رقم 251 (25/13)، مجمّع الفقه الإسلاميّ، المنعقد بالسّعودية في دورته 25 بتاريخ 29 رجب – 03 شعبان 1444هـــ، الموافق لـــ 20-23 فبراير 2023.

كما قرّر مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربيّة السّعوديّة ما يلي[1]: «أوّلا- لا يجوز تحويل الذّكر الّذي اكتملت أعضاء ذكورته، والأنثى الّتي اكتملت أعضاء أنوثتها إلى النّوع الآخر، وأيّ محاولة لهذا التّحويل تعتبر جريمة يستحقّ فاعلها العقوبة؛ لأنّه تغيير لخلق الله عزّ وجلّ، وقد حرّم الله سبحانه وتعالى هذا التّغيير بقوله جلّ جلاله مخبرا عن قول الشّيطان الرّجيم: ﴿... وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ ۚ ...(119)﴾ [سورة النّساء، الآية 119]».

هذا، وقد جاء في صحيح مسلم عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: «لَعَنَ اللَّهُ الوَاشِمَاتِ والمُسْتَوْشِمَاتِ، والنَّامِصَاتِ والمُتَنَمِّصَاتِ، والمُتَفَلِّجَاتِ لِلْحُسْنِ المُغَيِّرَاتِ خَلْقَ اللَّهِ». ثمّ قال: «أَلاَ لَعَنَ اللهُ مَنْ لَعَنَ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ» وهو في كتاب الله عزّ وجلّ: ﴿... وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا... (07)﴾ [سورة الحشر، الآية 07].

ثانيا- أمّا من اجتمعت في أعضائه علامات النّساء والرّجال، فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإن غلبت عليه علامات الذّكورة، جاز علاجه طبّيا بما يزيل الاشتباه في ذكورته ومن غلبت عليه علامات الأنوثة، جاز علاجه طبّيا بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء كان العلاج بالجراحة أو بالهرمونات، لما في ذلك من المصلحة العظيمة ودرء المفاسد.

ثالثا- يجب على الأطبّاء بيان النّتيجة المتضحة من الفحوص الطّبيّة لأولياء الطّفل ذكرا كان أو أنثى، حتى يكونوا على بيّنة من الواقع».

بالإضافة إلى ما جاءت به الفتوى رقم 168 لسنة 1988، عن دار الإفتاء بوزارة العدل المصريّة، القائلة بأنّه: «لا تجوز الجراحة لمجرّد الرّغبة في التّغيير دون دواعٍ جسديّة صريحة غالبة».

[1] قرار رقم 176، مجلس هيئة كبار العلماء، المنعقد بالطّائف في دورته 39، بتاريخ 24 صفر - 18 ربيع الأوّل 1413هـ.

وفي ذات السّياق، أكّد الشّيخ محمّد سيد طنطاوي أنّ «عمليّة تحويل الجنس لا تجوز إلاّ للضّرورة، شرط أن يقرّر أهل الاختصاص وهم الأطبّاء الموثوق بهم، وجود أمراض خلقيّة تستدعي التّدخّل الجراحيّ، في هذه الحالة فقط يجوز إجراء هذه العمليّة الّتي تدخل ضمن التّداوي المشروع. أمّا إذا كانت رغبة الإنسان في تحويل جنسه نابعة عن رغبته في التّغيير فقط، فهذا حرام»[1].

2. موقف القانون الجزائريّ والتّشريعات العربيّة من مسألة تغيير الجنس:

برجوعنا إلى القانون والبحث فيه، وجدنا أنّ دولة الإمارات العربيّة المتحدة هي الوحيدة الّتي عرّفت معنى التّغيير الجنسيّ؛ وذلك وفقا لمرسوم القانون الاتحاديّ رقم 04 لسنة 2016، المتعلّق بالمسؤوليّة الطّبيّة، في المادة 01[2].

أمّا باقي التّشريعات العربيّة، فلم تنظّم مسألة تغيير الجنس إطلاقا، غير أنّها تصدّت لها عن طريق القضاء؛ أوّلها القضاء التّونسيّ في قضيّة سامي الّذي أجرى عمليّة جراحيّة في إسبانيا، لتغيير جنسه من ذكر إلى أنثى، وقد قضت المحكمة الابتدائيّة بتاريخ 1993/02/08 برفض الدّعوى، وذلك لأنّ تغيير الجنس الّذي حصل للمدّعي كان بعمل إراديّ "بفعل فاعل"، وبشكل اصطناعيّ ظاهريّ يخالف مقتضيات القانون الجزائيّ والدّيانات السّماويّة، ممّا حاد به لاستئناف الحكم في محكمة الاستئناف

[1] منصور عبد السّلام الصرايرة، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس –دراسة في ضوء الشّرائع السّماويّة والتّشريع الأردنيّ–، مجلّة الحقوق، مج 35، ع 04، جامعة الكويت 2011، ص 285.

[2] نصّت المادة 01 من القانون الاتحاديّ لدولة الإمارات العربيّة المتحدة على ما يلي: «تغيير الجنس: تغيير جنس الشّخص الّذي يكون انتماؤه الجنسيّ واضحا ذكورة أو أنوثة، وتتطابق ملامحه الجسديّة الجنسيّة مع خصائصه الفيسيولوجيّة والبيولوجيّة والجينيّة، ولا يوجد اشتباه في انتمائه الجنسيّ ذكر أو أنثى، كما يعني هذا التّعريف الانحراف في عمليّة تصحيح الجنس، بما يخالف الصّفة الجنسيّة الّتي انتهت إليها التّحاليل الطّبيّة».

تحت رقم 10298، ليصدر حكم المحكمة في 22 ديسمبر 1993 بقبول الدّعوى شكلا ورفضها موضوعا، مؤيّدا بذلك محكمة أوّل درجة[1].

أمّا في مصر، فالتّحوّل الجنسيّ متاح وفق قواعد قانونيّة صارمة، وشروط لابدّ من توافرها لإجراء هذه العمليّة، ألا وهي:

- موافقة لجنة طبّية من وزارة الصّحة.
- إجراء فحوصات وتحاليل طبّية تثبت قابليّة ذلك.
- موافقة المختصّين في الطّب النّفسيّ.
- موافقة دار الإفتاء على عمليّة تحويل الجنس.

ورغم ذلك، تبقى هذه الشّروط غير كافية لضبط هذه المسألة، وعليه يستحسن وضع قانون ينظّم عمليّات تغيير الجنس، للحدّ من انتشار هذه الظّاهرة، خاصة في المجتمعات الإسلاميّة[2].

وبالنّسبة للمشرّع القطريّ، فلم ينص صراحة على جواز أو منع تغيير الجنس ولكّن غياب النّص لا يمنع التّصدّي للمسألة عن طريق القضاء؛ حيث جاء في المادة 01 من القانون المدنيّ رقم 22 لسنة 2004، في الفقرة 02 ما يلي: «إذا لم يوجد نصّ تشريعيّ، حكم القاضي بمقتضى الشّريعة الإسلاميّة».

[1] محكمة الاستئناف التّونسيّة، ملف رقم 10298، قرار صادر بتاريخ 1993/12/22. نقلا عن: ريمة صالح عبد الرّحمن محمّد المانع، تحويل الجنس وأثره على الحالة المدنيّة –دراسة تحليليّة مقارنة–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلّية الحقوق، جامعة قطر، 2018، ص 68.

[2] آلاء محمّد فيصل إسماعيل، تغّيير النّوع بين الفقه والقانون، مجلّة روح القوانين، كلّية الحقوق، مج 33، ع 95، جامعة طنطا، مصر، يوليو 2021، ص 782.

بمعنى أنّه في حالة غياب النّص التّشريعيّ فيما يخصّ مسألة تغيير الجنس، جاز للقاضي الرّجوع لأحكام الشّريعة الإسلاميّة[1].

هذا، وقد تمّ الوقوف على موقف القضاء الكويتيّ من عمليّات تصحيح الجنس كونه لا يبيحها إلاّ إذا كانت لغرض علاجيّ؛ حيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف الكويتيّة ما يلي: «إنّه لا يغيّر من طبيعة المستأنفة الجسديّة، ما أجرته من عمليّات جراحيّة أزالت معالم الأنوثة وأضافت معالم الذّكورة، وهو أمر لا تملكه شرعا؛ إذ أنّ تصوير الإنسان على صورة الذّكر أو الأنثى، أمر الله سبحانه وتعالى ... وأنّ ما قامت به هو تغيير لخلق الله جلّ جلاله وتعدٍّ سافر على مبدأ حرمة الإنسان، وذلك من خلال التّشويه الّذي أصاب جسدها من جرّاء تلك الجراحة، كما لا يمكن إعطاء وصف العلاج لما قامت به؛ لأنّها شوّهت نفسها، فلم تعد أنثى لتمارس على نحوها ما أراد الخالق لها ولا ذكرا على نحو ما حاولت أن تكون عليه»[2].

أمّا بالنّسبة للقضاء الجزائريّ، فلم يسجّل أيّ قضيّة تخصّ التّغيير الجنسيّ والحمد لله فعلى الرّغم من انتشار ظاهرة التّخنّث والتّشبّه بالجنس الآخر، إلاّ أنّه لا نتصوّر أن يقوم مواطن جزائريّ بتغيير جنسه، وهذا بطبيعة الحال راجع إلى الطّبيعة الأخلاقيّة للمجتمع الجزائريّ، وإحساس شبابه بالرّجولة المضاعفة، عكس بعض المجتمعات العربيّة الأخرى الّتي أصبحت تنافس الشّعوب الأوروبيّة في هذا المجال والعياذ بالله[3].

---

[1] ريمة صالح عبد الرّحمن محمّد المانع ومحجوب علي محجوب وطارق جمعة السيد راشد، إشكاليّة تحويل الجنس في القانون القطريّ والقانون المقارن، مجلّة كيوسايس *Q science*، دار جامعة حمد بن خليفة للنّشر، 2020، ص 07.

[2] الطّعن بالاستئناف الكويتيّ رقم 1998/24، أحوال شخصيّة، مجلّة الفتوى والتّشريع الكويتيّة، ع 11، يناير 2003، ص 377.

[3] محمّد نجيب سعيدي، التّغيير الجنسيّ من منظور قانونيّ وشرعيّ، المجلّة الأكاديميّة للبحوث القانونيّة والسّياسيّة، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، مج 04، ع 02، 2020، ص 415.

المطلب الثّاني: ضرر تعدّد الزّوجات

من المعروف أنّ التّعدّد مقرّر في جميع الشّرائع السّماويّة؛ فهو ليس نظاما إسلاميّا أصيلا، وإنّما ضبطته ونظّمته الشّريعة الإسلاميّة؛ وقد ثبتت مشروعيّته بنصّ القرآن الكريم لقول الله جلّ جلاله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلاَّ تَعُولُوا (03)﴾[1].

كما ثبتت من السّنة النّبويّة الشّريفة أيضا؛ فعن ابن عمر رضي الله عنهما «أنّ غَيْلاَنَ بن سَلَمَة الثّقفي أسلم وله عشرة نسوة في الجاهلية، فأسلمنّ معه، فأمره النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم أن يتخيّر أربعا منهنّ»[2]، رواه التّرمذي وابن ماجة وأحمد.

كما سايرت التّشريعات العربيّة بما فيها قانون الأسرة الجزائريّ، ما جاءت به الشّريعة الإسلاميّة، غير أنّ تنظيمها لمسألة التّعدّد اختلف من تشريع لآخر.

لذا، سنحاول عرض ضوابط تعدّد الزّوجات في قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة، وكذا في الشّريعة الإسلاميّة (الفرع الأوّل)، ثمّ نعالج مسألة التّفريق لضرر تخلّف ضوابط التّعدّد وفق قانون الأسرة الجزائريّ، والتّشريعات العربيّة (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: ضوابط تعدّد الزّوجات في قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة:

لم تتّفق التّشريعات العربيّة بخصوص مسألة تعدّد الزّوجات، بل كانت لها اتجاهات مختلفة في هذا الشّأن؛ فالبعض منها منع التّعدّد منعا باتا وقرّر عقوبات جنائيّة لمن يتزوّج بأكثر من واحدة، وآخر ضبطه وقيّده، في حين جعله البعض الآخر منهم

[1] سورة النّساء، الآية 03.

[2] أبو عيسى محمد بن عيسى التّرمذي، الجامع الكبير (سنن التّرمذي)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وعبد اللّطيف حرز الله، د. ط، دار الرّسالة العالميّة، د. ب. ن، د. س. ن، ص 600.

مباحا، متخذا حكمه الأصليّ، وهو ما سنحاول توضيحه من خلال إظهار موقف كلّ تشريع تجاه التّعدّد وضوابطه.

أوّلا- موقف قانون الأسرة الجزائريّ من مسألة التّعدّد وضوابطه:

نصّت المادة 08 من قانون الأسرة الجزائريّ على أنّه: «يسمح بالزّواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشّريعة الإسلاميّة، متى وجد المبرّر الشّرعيّ وتوفّرت شروط ونيّة العدل.

- يجب على الزّوج إخبار الزّوجة السّابقة والمرأة الّتي يقبل على الزّواج بها، وأن يقدّم طلب التّرخيص بالزّواج إلى رئيس المحكمة مكان مسكن الزّوجيّة.

- يمكن لرئيس المحكمة أن يرخّص بالزّواج الجديد، إذا أخذ موافقتها وأثبت الزّوج المبرّر الشّرعيّ، وقدرته على توفير العدل والشّروط الضّروريّة للحياة الزّوجيّة».

بعد استقرائنا لنّص هذه المادة، اتضحت لنا عدّة ملاحظات منها الإيجابيّة ومنها السّلبيّة؛ فأمّا ملاحظتنا الأولى (الإيجابيّة)، فتتمثّل في أنّ المشرّع الجزائريّ أبقى على نظام التّعدّد باتباعه أحكام الشّريعة الإسلاميّة؛ كون الدّين الإسلاميّ هو دين الدّولة.

كما أنّه وضع شروط ونيّة العدل مع وجود المبرّر الشّرعيّ، وإعلام كلا الزّوجتين (السّابقة) بأنّه مقبل على الزّواج و(اللاّحقة) بأنّه متزوّج غيرها؛ حيث لاحظنا أنّ للمشرّع الجزائريّ مساهمة كبيرة في ضمان حسن تطبيق مبدأ التّعدّد.

أمّا الملاحظة الثّانية (السّلبيّة)؛ فهي ما يعاب على المشرّع الجزائريّ أنّه خصّص لمسألة التّعدّد مادة وحيدة فقط، وهذا ما أدّى إلى خلق مشاكل اجتماعيّة لا تعدّ

ولا تحصى، بالإضافة إلى أنّ الشّروط الّتي وضعها هي بمثابة عراقيل وليست ضوابط[1]، وهو ما أدّى بدوره إلى فتح شهيّة الزّوج الجزائريّ للزّواج العرفيّ.

أمّا فيما يخصّ الضّوابط الّتي نصّ عليها المشرّع الجزائريّ، الّتي يجب توافرها عند رغبة الزّوج في الزّواج للمرّة الثّانية، منها ضوابط كرّستها الشّريعة الإسلاميّة وأخرى استحدثها المشرّع؛ ولعلّ أوّل ضابط مستمدّ من الشّريعة الإسلاميّة، هو أن يكون التّعدّد في حدود ما تسمح به شريعتنا؛ بمعنى أن لا يتجاوز الحدّ الأقصى المسموح به وهو أربع نساء[2].

والضّابط الثّاني يتمثّل في نيّة العدل بين الزّوجات؛ والعدل هو معنى من معاني الشّريعة الإسلاميّة، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ ... (90)﴾[3].

وبكلّ تأكيد، فإنّ المشرّع يقصد العدل من النّاحية الماديّة؛ من نفقة ومبيت بعيدا عن المشاعر والعواطف؛ كون الإنسان عموما والرّجل خصوصا يملك أفعال يده ولا سلطان له على أفعال قلبه[4]؛ فمن غير الممكن أن نلوم الزّوج إن مال قلبه لإحدى زوجاته، وإنّما يجب عليه أن يقسط ويعدل في معاملاته؛ مصداقا لقول الله تبارك

[1] صالح بوبشيش، أحكام تعدّد الزّوجات في قانون الأسرة الجزائريّ –دراسة تحليليّة نقديّة على ضوء الشّريعة الإسلاميّة وواقع التّطبيق في المجتمع الجزائريّ–، مجلّة المعيار، مج 05، ع 01، جامعة العلوم الإسلاميّة "الأمير عبد القادر"، قسنطينة، جويلية 2004، ص ص 135، 136.

[2] سارة خريس وحنان مناصرية، قراءة في نصّ المادة 08 من قانون الأسرة حول نظام تقييّد تعّدد الزّوجات والإشكالات الّتي يطرحها، مجلّة البحث القانونيّ والسّياسيّ، مج 06، ع 02، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة 2021، ص 53.

[3] سورة النحل، الآية 90.

[4] شهرزاد بوسطلة، تعدّد الزّوجات في الشّريعة الإسلاميّة، الإباحة في ظلّ أحكام الشّريعة ومقاصدها، مجلّة الواحات للبحوث والدّراسات، مج 11، ع 02، جامعة غرداية، 2018، ص 180.

وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ ۚ ... (135) ﴾[1].

أمّا بخصوص الضّوابط الّتي استحدثها المشرّع، فأوّلها ضابط المبرّر الشّرعيّ إلاّ أنّ هذه العبارة جاءت غامضة ومبهمة؛ لأنّ المشرّع لم يعط مثالا عن هذا المبرّر ولم يوضّح المقصود منه.

بل حصره في أمرين لا ثالث لهما؛ ألا وهما عقم الزّوجة أو إصابتها بمرض عضال، وهذا بحسب ما جاء في المنشور الوزاريّ الأوّل[2]. كما أصدر المشرّع منشورا وزاريّا ثانيا، جاء فيه ما يلي: «حالات يقدّرها القاضي خاصة في حالة رضا الزّوجة الأولى، وللقاضي السّلطة التّقديريّة في أن يرخّص بالزّواج الثّاني أو يرفضه، بمجرّد أمر على ذيل عريضة غير قابل للطّعن»[3].

وعليه، فضابط المبرّر الشّرعيّ متروك لسّلطة القاضي التّقديريّة؛ كونه لم يتم تحديد حالاته بشكل واضح.

أمّا بالنّسبة لضابط موافقة الزّوجة، فإنّ هذا الضّابط لا يوجد له أثر في الشّريعة الإسلاميّة، وليس هناك ما يلزم الزّوج بإخبار زوجته برغبته أو إقدامه على الزّواج عليها، ولم يشهد للنّبيّ صلّى الله عليه وسلم أو أحد من أصحابه أنّه فعل ذلك[4].

---

[1] سورة النّساء، الآية 135.

[2] منشور وزاريّ رقم 84-102، صادر عن وزارة العدل، بتاريخ 23 سبتمبر 1984، متضمّن كيفية تطبيق المادة 08 من قانون الأسرة الجزائريّ.

[3] منشور وزاريّ رقم 85-14، صادر عن وزارة العدل، بتاريخ 22 أوت 1985، متضمّن كيفية تطبيق المادة 08 من قانون الأسرة الجزائريّ.

[4] رحاب مصطفى كامل، تعدّد الزّوجات ومدى مشروعيّة تدخّل الزّوجة لمنع التّعدّد -دراسة مقارنة-، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، قسم الشّريعة الإسلاميّة، كلّية الحقوق، جامعة القاهرة، 1430هـ - 2009م، ص 260.

والغريب في الأمر، كيف للمشرع أن يجعل إتمام الزّواج الثّاني مرهونا بموافقة الزّوجة الأولى !!!

ما يعاب على المشرّع أيضا، أنّه اشترط هذا الشّرط دون أن يجعل له أثرا في إجراء عقد الزّواج، كما أنّه لم يمهره بالإلزام، وإنّما جعله مطلقا، حتى أنّه لم يوضّح كيفية إعلام الزّوجة والإجراءات المتّبعة لتحقيق الإعلام[1].

وهذا معناه أنّ إعلام الزّوجة أو عدم إعلامها سيان؛ لأنّ إخبارها مجرّد من أيّ أثر قانونيّ.

أمّا فيما يخصّ موافقة القاضي أو رفضه تسجيل الزّيجة الثّانية، فالقانون لم يبيّن المعايّير المعتمد عليها من طرفه، غير أنّه يظهر جليّا أنّ العدل بين الزّوجتين وموافقة الزّوجة الأولى، هما المعياران المعتمد عليهما، ولكن ما الحلّ إذا رفضت الزّوجة الأولى زواج زوجها، بهدف الإضرار به مع تقديمه المبرّر الشّرعيّ، وإثبات قدرته الماليّة الّتي تحقّق العدل بين الزّوجتين؟[2]، ولعلّ هنا تتضّح سلطة القاضي التّقديريّة ودقّته وفراسته، كما أنّه في بعض الحالات يمتنع هذا الأخير عن منح التّرخيص بالزّواج، وهذا حسب رأينا يؤدّي إلى استفحال ظاهرة الزّنا وكذا الزّواج العرفي.

ثانيا- موقف التّشريعات العربيّة من مسألة التّعدّد وضوابطه:

من الدّول العربيّة الّتي قيّدت التّعدّد ووضعت ضوابط، مثلما كان ذلك في قانون الأسرة الجزائريّ؛ نذكر العراق، المغرب، سوريا، وأخرى لم تقيّده متّبعة في ذلك ما أملته الشّريعة الإسلاميّة؛ كالأردن مثلا، وأخرى نظّمته بشكل مختلف كما سنراه في القانون المصريّ.

[1] صالح بوبشيش، المرجع السّابق، ص 139.

[2] كريمة محروق، قيود تعدّد الزّوجات وإشكالاتها -قراءة في نصوص القانون واجتهادات المحكمة العليا-، مجلّة العلوم الإنسانيّة، مج ب، ع 48، جامعة منتوري، قسنطينة، ديسمبر 2017، ص 390.

1. موقف قانون الأحوال الشّخصية العراقيّ:

قيّد المشرّع العراقيّ التّعدّد بعدّة قيود قضائيّة؛ حيث منعه إلاّ بإذن من القاضي ويشترط لإعطاء هذا الإذن، أن يكون للزّوج قدرة ماليّة حتى يتمكّن من الإنفاق على الزّوجة الثّانية، مع توفّر المصلحة المشروعة لهذا التّعدّد؛ بمعنى وجود الضّرورة الملحة لإعادة الزّواج، كما يجب عليه التّأكد من مدى إمكانيّة الزّوج في تحقيق العدل بين زوجاته.

وهذا ما جاءت به المادة 03 في فقرتيها 04 و05 من قانون الأحوال الشّخصيّة الّتي نصّت على أنّه: «لا يجوز الزّواج بأكثر من واحدة إلاّ بإذن القاضي ويشترط لإعطاء هذا الإذن، تحقق الشّرطين التّاليين:

أ) أن تكون للزوج كفاية ماليّة لإعالة أكثر من زوجة واحدة.

ب)أن تكون هناك مصلحة مشروعة من وراء التّعدّد.

إذا خيف عدم العدل بين الزّوجات، فلا يجوز التّعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي».

هذا، ولقد صادف القاضي العراقيّ ما صادف نظيره الجزائريّ، من إشكال المصلحة المشروعة؛ كون المشرّع العراقيّ لم يوضّح مفهومها بشكل دقيق، وما شملته من جوانب.

إضافة إلى الفقرة 06 من نفس المادة القائلة بأنّ: «كلّ من أجرى عقدا بالزّواج بأكثر من واحدة خلافا لما ذكر في الفقرتين 04 و05، يعاقب بالحبس مدّة لا تزيد عن سنة، أو بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار أو بهما».

وعليه، فإنّ المشرّع العراقيّ كان متشدّدا في أحكام هذه المادة؛ حيث نصّ على معاقبة كلّ من أجرى هذا العقد خلافا للفقرتين 04 و05، وربّما كان يقصد كلاّ من الزّوج والضّابط العموميّ الّذي أبرم العقد وحتى الشّاهدين.

ومن ميزات هذه المادة، أنّها اختتمت بفقرة منصفة للمرأة الأرملة؛ حيث نصّت على ما يلي: «استثناء من أحكام الفقرتين 04 و05 من هذه المادة، يجوز الزّواج بأكثر من واحدة إذا كان المراد الزّواج بها أرملة».

بمعنى أنّ المشرّع اعتبر الزّواج من الأرملة نوعا من أنواع المصلحة المشروعة؛ لذا لم يشترط إذن المحكمة[1].

هذا، وقد برّر قاضي الأحوال الشّخصيّة "مجبل حسين"، وضع هذه الشّروط عند التّعدّد، بمنع التّباهي والتّفاخر بالزّواج الثّاني؛ خاصة بالنّسبة للرّجال الّذين يعتبرونه متعة ولهوا وقضاء وطر، خلافا لما جاء في الشّريعة الإسلاميّة[2].

2. موقف مدوّنة الأسرة المغربيّة:

بخلاف المشرّعين الجزائريّ والعراقيّ، نصّ المشرّع المغربيّ على إجراء إخبار الزّوجة المراد الزّواج عليها؛ فعندما يتقدّم الزّوج بطلب التّعدّد يتمّ استدعاء الزّوجة، وفي حالة تعذّر الحصول على موطنها، يمنح الزّوج الإذن بذلك؛ حيث تسهر النيابة العامة على تبليغ هذا الاستدعاء، بعد القيام بالبحث بواسطة الشّرطة القضائيّة[3] كما تتدخّل بتحريك الدّعوى العموميّة، في حالة إدلاء الزّوج بعنوان وهميّ أو اسم محرّف، حتى يمنع الوصول إلى الزّوجة ويضعها أمام الأمر الواقع، ليحصل على الإذن بالتّعدّد[4].

---

[1] صلاح حسن بابان، تعدّد الزّوجات في العراق قيود القانون وتبريرات المصلحة المشروعة، منشور على الرّابط الآتي: www.aljazeera.net، تاريخ التّصفّح: 2024/01/15، على السّاعة 18:15 سا.

[2] حسين مجبل، تعدّد الزّوجات خلاف للقانون يتزايد في العراق، منشور على: *www.alaraby.co.uk>societys*، تاريخ التّصفّح: 2024/01/15، على السّاعة 18:35 سا.

[3] أمينة عبيشات وبراهيم عماري، إشكالية تعدّد الزّوجات بين الإباحة والتّقييّد في تشريعات الأسرة المقارنة، مجلّة الدّراسات القانونيّة المقارنة، مج 03، ع 04، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشّلف، نوفمبر 2017، ص 155.

[4] إدريس الفاخوري، المرجع السّابق، ص 48.

وعليه، المشرّع المغربيّ قد منع التّعدّد أيضا مخافة عدم العدل، وكذلك عند اشتراط الزّوجة أثناء إبرام عقد الزّواج عدم الزّواج عليها، حسب ما جاء في المادة 40 من المدوّنة.

وحسب رأينا، فإنّ شرط العدل لا يمكننا الجزم به؛ لأنّه لا يمكننا الحكم على الزّوج بأنه عادل بين زوجاته قبل أن يعدّد.

كما جاء في المادة 41 من المدونة أيضا؛ أنّ المحكمة لا تأذن بالتّعدد إلاّ بوجود المبرّر الّذي يسمح بذلك، وهذا فيه نوع من التّجريح للزّوجة، وانتهاك للخصوصيّات وكشف للأسرار الزّوجيّة، وهذا منهى عنه في شريعتنا.

3. موقف قانون الأحوال الشّخصيّة السّوريّ:

أقّر المشرّع السّوريّ هو الآخر نفس الشّروط الّتي أقرّها المشرّعون الثّلاث المغربيّ والجزائريّ والعراقيّ؛ من خلال النّص في المادة 17 من قانون الأحوال الشّخصيّة على ما يلي: «على القاضي ألاّ يأذن للمتزوّج بأن يتزوّج على امرأته، إلاّ إذا كان لديه مسوغ شرعيّ، وكان الزّوج قادرا على نفقتهما».

فنصّ هذه المادة لا يتفق تماما مع الشّرع، وهي نفس الملاحظة الّتي لاحظناها لدى المشرّع العراقيّ؛ حيث أنّ فيها مساس بالحياة الخاصة للزّوجين.

هذا بالإضافة إلى المادة 68 الّتي جاء فيها: «عند تعدّد الزّوجات يجب على الزّوج التّسوية بينهنّ في المسكن».

وهذا معناه أن يعدل الزّوج بين زوجاته في المسكن؛ باعتباره من الماديّات ومن مشتملات النّفقة، وحسنا فعل المشرّع السّوريّ؛ كون المسكن حقّ للزّوجة، ولها حقّ الانفراد به وعدم إسكانها مع ضرّتها.

4. موقف قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ:

باطلاعنا على التّشريع الأردنيّ الخاص بالأحوال الشّخصيّة، اتضّح لنا أنّه لا يوجد نصّ قانونيّ قيّد التّعدّد، ولم يشترط القانون إذن القاضي أو تقديم مبرّرات من طرف الزّوج لترخيص الزّواج الثّاني.

بمعنى أنّ المشرع الأردنيّ ساير ما جاء به الشّرع، جاعلا التّعدّد يخضع لضمير الزّوج ومبادئه وأخلاقه، وليس لرقابة القاضي، كما أنّه أمره بتوفير المسكن المستقلّ لكلتا الزّوجتين، إلاّ إذا اتفقتا على غير ذلك.

وهذا ما أكّدته المادة 36 من قانون الأحوال الشّخصيّة بنصّها على أنّه: «على من له أكثر من زوجة واحدة أن يعدل ويساوي بينهنّ، وليس له إسكانهنّ في بيت واحد إلاّ برضاهنّ».

5. موقف قانون الأحوال الشّخصيّة المصريّ:

ألزم المشرّع الزّوج المصريّ بالإدلاء بأسماء زوجاته؛ حتى يضمن علم الزّوجة الثّانية بالحالة الاجتماعيّة للزّوج، إن كان له زوجة سابقة، وحسنا فعل لحمايتها من التّدليس، خاصة إن كان الزّوج من بلد آخر أو من مدينة أخرى غير مدينة الزّوجة حيث يصعب معرفة تفاصيله.

كما ألزم الموثّق بإخطار الزّوجة بالزّواج الجديد، عن طريق خطاب مسجّل مصحوب بعلم الوصول، وهذا بحسب ما جاءت به المادة 11 مكرّر 01 من القانون رقم 100 لسنة 1985.

كما قرّر أيضا عقوبة على الزّوج والموثّق عند الإدلاء ببيانات خاطئة، وعند عدم إعلام الثّاني الزّوجة بزواج زوجها[1]، وهذا ما أكّدته المادة 22 مكرّر 01، الّتي أضافها القانون رقم 100 لسنة 1985.

غير أنّ ما يعاب هنا على المشرّع المصريّ، إجبار الموثّق بإعلام الزّوجة بزواج زوجها، وكأنّها بطريقة غير مباشرة يشجّعها على طلب التّطليق.

فأحيانا تعلم الزّوجة بأن زوجها عدّد عليها وتتجاهل الأمر؛ حفاظا على أسرتها من التّفكّك، خاصة إن كان الزّوج رجلا ذا أخلاق ودين، وقادر على إعالة الزّوجتين معا، ولم تر منه ما يضرّها، أمّا عند إعلامها بهذه الطّريقة قد تخجل أمام قريباتها ومثيلاتها، بالتّالي تجد أنّ الحلّ الأمثل لإعادة كرامتها هو اللّجوء إلى القضاء والمطالبة بالطّلاق.

6. موقف مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة:

منع المشرّع التّونسيّ تعدّد الزّوجات بصفة مطلقة، وجاء هذا المنع صريحا في نصّ المادة 18 من مجلة الأحوال الشّخصيّة؛ حيث كان هدفهم من ذلك تحقيق مبدأ المساواة بين الرّجل والمرأة.

كما أنّ المشرّع التّونسيّ كان أكثر حسما وردعا من المشرّع الجزائريّ؛ فقد أضاف فقرة ثانية لنصّ المادة 18 مفادها: أنّ كلّ من تزوّج مرّة ثانية يعاقب بالسّجن لمدّة عام، وبخطيّة قدّرها المشرّع بمائتان وأربعون ألف فرنك، حتى يمنع الزّواج العرفيّ، وتفاديّا لكلّ الحيل وسدّا لكلّ الثّغرات والفجوات[2].

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السّابق، ص 553.

[2] توفيق شندارلي، مظاهر الاختلاف في قوانين الأحوال الشّخصيّة العربيّة –نظام تعدّد الزّوجات نموذجا–، مجلّة الباحث للدّراسات الأكاديميّة، ع 04، جامعة الحاج لخضر، باتنة 01، ديسمبر 2014، ص 100.

الفرع الثّاني: التّفريق لضرر تخلّف ضوابط تعدّد الزّوجات في قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة:

لا يمكن أن ننكر حقّ الزّوج في التّعدّد، خاصة إذا توفّرت شروطه الّتي من أهمّها تحقيق العدل بين الزّوجات، وفي المقابل ضمان حقّ الزّوجة في المطالبة بالتّفريق؛ إذا أصابها الضّرر جرّاء الزّواج الثّاني، وتعذّر معه استمرار الحياة الزّوجيّة.

وعليه، سنوضّح فيما يلي حقّ الزّوجة في التّفريق لضرر التّعدّد عند تخلّف ضوابطه، حسب قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة، ومدى إنصافها للزّوجة المتضرّرة من التّعدّد.

أوّلا- حقّ الزّوجة في طلب التّفريق لضرر تخلّف ضوابط التّعدّد وفق قانون الأسرة الجزائريّ:

نصّ المشرّع الجزائريّ على حقّ الزّوجة في طلب التّطليق، إذا خالف الزّوج أحكام المادة 08 من قانون الأسرة، في المادة 53 الفقرة 06 من نفس القانون، إلاّ أنّه لم يرتّب أيّ جزاء ماديّ عند المخالفة.

كما أجاز للزّوجة المطالبة بالتّطليق، إذا تضرّرت من تخلّف شرط العدل بينها وبين ضرّتها، وهذا بناءً على الفقرة 10 من المادة 53، الّتي جعل فيها المشرّع حقّ التّطليق لكلّ ضرر معتبر شرعا، وبكلّ تأكيد عدم العدل بين الزّوجات هو من الضّرر الّذي يستحيل معه دوام الحياة الزّوجيّة، وهذا ما كرّسته المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 2006/07/12، الّذي جاء فيه ما يلي: «عدم العدل بين الزّوجات يشكّل الضّرر المعتبر شرعا، طبقا للفقرة 06 من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبرّر بالتّالي حقّ الزّوجة المتضرّرة في طلب التّطليق»[1].

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 356997، قرار صادر بتاريخ 2006/07/12، مجلّة المحكمة العليا، ع 02، 2006، ص 441.

هذا ما يجعلنا نلاحظ أنّ المشرّع الجزائريّ، لم يميّز بين التّطليق بسبب التّعدّد والإخلال بشروطه، وبين التّطليق للضّرر المعتبر شرعا؛ حيث جعل الأوّل مدمج في الثّاني.

وبرجوعنا لنصّ المادة 08 مكرّر القائل: «في حالة التّدليس يجوز لكلّ زوجة رفع دعوى قضائيّة ضدّ الزّوج، للمطالبة بالتّطليق».

بمعنى أنّه يحقّ للزّوجتين السّابقة واللاّحقة المطالبة بالتّطليق، إذا مورس عليهما التّدليس، المتمثّل –حسب ما هو شائع– في إخفاء الزّوج زواجه على الزّوجة الأولى أو الثّانية؛ وهو ما يشكّل –بحسب القانون– ضررا لكلتا الزّوجتين، بخلاف ما تراه الشّريعة الإسلاميّة.

ثانيا– حقّ الزّوجة في طلب التّفريق لضرر تخلّف شروط التّعدّد وفق التّشريعات العربيّة:

اعتبر قانون الأحوال الشّخصيّة المصريّ رقم 100 لسنة 1985، أنّ زواج الزّوج على زوجته هو ضرر ماديّ أو معنويّ، يجب على الزّوجة إثباته حتى يحكم لها القاضي بالتّطليق.

تجدر الإشارة إلى أنّ جمهور الأئمّة قالوا بأنّه ليس للزّوجة الحقّ في طلب التّفريق عند تضرّرها وتأذّيها؛ بل يجب على الحاكم زجر الزّوج ومنعه من ظلمها ولو بالحيلولة بينهما، حتى يتوقّف ويتراجع عن ظلمه لها.

أمّا المالكيّة، فقد أعطوا لها الخيار بين الإقامة معه وبين طلب التّفريق؛ حيث اعتبروا من الضّرر ضربها ضربا مؤلما، وسبّها وسبّ أبيها، وهجرها بلا موجب شرعيّ وخصامها وتحويل وجهه عنها.

هذا، ولم يذكر أحد من الفقهاء أنّ التّعدّد مظهر من مظاهر الضّرر الّذي يبيح التّفريق، وهذا ما يثير اللّبس فيما يخصّ المادة 11 مكرّر 01 من قانون الأحوال

الشّخصيّة المصريّ، الّتي اعترفت صراحة بحقّ الزّوجة في التّفريق إذا تعذّرت العشرة نتيجة تضرّرها من التّعدّد، حتى وإن لم تشترط عدم الزّواج عليها أثناء إبرام العقد وربّما هذا فيه نوع من المبالغة من طرف المشرّع.

كما أضاف المشرّع أنّ حقّ الزّوجة في طلب التّطليق لضرر التّعدّد، يسقط بمضيّ سنة من تاريخ علمها، ونظن أنّ المشرّع قد أساء التّصرّف؛ فمن الممكن بعد أن يطمئن الزّوج بسقوط حقّها وانتهاء المدّة المقدّرة بسنة، أن يغيّر معاملته لها بعد أن كان يعدل بينها وبين ضرّتها، فلا يمكنها المطالبة بالتّطليق إلاّ إذا تزوّج الثّالثة، وهذا مستبعد[1].

أمّا المشرّع المغربيّ، فقد منع التّعدّد في حالتين؛ حالة التّخوّف من عدم إقامة العدل، وحالة اشتراط الزّوجة عدم التّعدّد، فلا تأذن المحكمة للزّوج بالتّعدد مهما كانت المبرّرات الموضوعيّة متوفّرة.

كما لاحظنا على المشرّع المغربيّ، أنّه لم ينص على حقّ الزّوجة في المطالبة بالتّطليق عند تخلّف شروط التّعدّد، وإنّما نصّ عليه في حالة إخلال الزّوج بشرط في عقد الزّواج؛ ألا وهو عدم الزّواج ثانية، حيث اعتبرت المادة 99 من مدوّنة الأسرة هذا الإخلال ضررا مبرّرا للتّطليق.

كما أنّه عند إصرار الزّوجة المراد التّزوّج عليها على المطالبة بالتّطليق، تحدّد المحكمة مبلغا لاستيفاء جميع حقوقها هي وأولادها، ويجب أن يودعه الزّوج في أجل سبعة أيام، وإلاّ يعتبر ذلك تراجعا وتنازلا عن طلب التّعدّد، وبالتّالي يرفض من المحكمة.

وحسنا فعل المشرّع المغربيّ؛ حيث كان أكثر حسما في مسألة التّعدّد من المشرّع الجزائريّ، فقد وضع حدّا لتلاعب بعض الرّجال ذوي النّوايا السّيّئة.

[1] رحاب مصطفى كامل، المرجع السّابق، ص 292.

غير أنّ منع التّعدّد في حالة اشتراط الزّوجة عدم الزّواج عليها، سيجعل الأزواج يلجؤون إلى الطّلاق كأقصر وأسهل حلّ للزّواج بمن يريدون، خاصة إذا وجد المبرّر الموضوعيّ والاستثنائيّ[1].

فصحيح أنّه يستحب للزّوج الوفاء بالاشتراط، ولكّن لا يجب عليه ذلك؛ فقد قال سيّدنا علي كرّم الله وجهه: «شرط الله قبل شرطها»، وقال ابن عبد البرّ ومعناه أنّ الله جلّ شأنه قد أباح ما يُراد منعه بالشّروط، وبالتّالي ما أباحه الله أولى، وبناءً عليه فليس للمشرّع أن يمنع الزّوج من الزّواج ثانية، إذا اشترطت الزّوجة ذلك عند إبرام عقد الزّواج[2].

الملاحظ على المشرّع المغربيّ، أنّه لم يأخذ برأي جماعة الفقهاء ولا برأيّ المالكيّة، وإنّما انحرف باتجاه آخر وسلك طريقا مغايرا، مخالف تماما لفقهاء المذاهب وفي هذا الصّدد نستحضر قول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط﴾[3].

وأغرب مبّرر قدّمه الزّوج المغربيّ لإعادة الزّواج، هو شخير الزّوجة؛ فكان ردّ المحكمة الابتدائيّة كما يلي:

«شخير الزّوجة أثناء النّوم لا يعتبر سببا موضوعيّا واستثنائيّا للتّعدّد، وموافقة الزّوجة لذلك لا تكفي لمنح الإذن بالتّعدّد»[4].

---

[1] محمّد الأزهر، المرجع السّابق، ص 95.

[2] الصّادق عبد الرّحمن الغرياني، المرجع السّابق، ص521.

[3] محمّد بن إسماعيل البخاريّ، المصدر السّابق، ج 03، باب المكاتب وما لا يحلّ من الشّروط الّتي تخالف كتاب الله، رقم الحديث 20، ص 44.

[4] المحكمة الابتدائيّة، قسم قضاء الأسرة، ملف رقم 3034/16، قرار صادر بتاريخ 2017/01/23، وجدة.

كما جاء لدى محكمة النّاظور الابتدائيّة ما يلي:

«إصابة الزّوجة بمرض السّكريّ هو مبرّر موضوعيّ واستثنائيّ، يعطي للزّوج الحقّ في التّعدّد»[1].

وعليه، فالمشرّع المغربيّ كان أكثر صرامة في مسألة التّعدّد؛ حيث كاد أن يمنعه، كما أعطى للمرأة حقّ الخيار في طلب التّطليق لضرر التّعددّ، وهذا يعني أنّ القانون المغربيّ اعتبر مجرّد الزّواج عليها إضرار بها، وهو ما يعرف بالضّرر المفترض.

أمّا قانون الأحوال الشّخصيّة العراقيّ -كما سبق الذّكر-، فقد أعطى الحقّ لكلا الزّوجين في طلب التّفريق، كما منح للزّوجة تحديدا الحقّ في التّفريق عند زواج الزّوج دون إذن المحكمة، حسب ما جاءت به المادة 40 في فقرتها الخامسة.

وعلى عكس ما نصّ عليه المشرّع المصريّ، الّذي حدّد مدّة سنة حتى يحقّ للزّوجة الأولى المطالبة بالتّطليق، أطلق المشرّع العراقيّ هذه المدّة ولم يحدّدها بفترة معيّنة[2].

بعد اطّلاعنا على مواد قانون الأحوال الشّخصيّة العراقيّ، لاحظنا أنّه خصّ حقّ التّفريق للزّوجة الأولى فقط، وهذا ما أكّده القرار التّمييزي بالقول: «إنّ حقّ الزّوجة في طلب التّفريق القضائيّ من الزّوج، لزواجه زوجة ثانية ثابت للزّوجة الأولى فقط ولا يحقّ للزّوجة الثّانية ممارسة ذلك الحقّ»[3].

---

[1] محكمة النّاظور الابتدائيّة، ملف رقم 1234/11/11، قرار صادر بتاريخ 2012/05، ع 16222.

[2] حيدر حسين كاظم الشمري، التّفريق للضّرر الواقع بين الزّوجين بين الشّرائع السّماويّة والتّشريعات الوطنيّة، المرجع السّابق، ص ص 163، 166.

[3] مجلس التّمييز السّنّي، ملف رقم 539، قرار صادر بتاريخ 1962/12/12. نقلا عن: حيدر حسين كاظم الشمري، المرجع نفسه، ص 163.

هذا، ولم ينص المشرّع الإماراتيّ في قانون الأحوال الشّخصيّة على إجراءات أو ضوابط تمنع وتعيق الزّواج الثّاني، وأنّه لم يوجب التّعدّد بنصوص قانونيّة، كما أعطى للزّوجة حقّ الفسخ عند اشتراطها في عقد الزّواج عدم الزّواج عليها، وأخلّ بهذا الشّرط، وهذا ما جاءت به المادة 20 فقرة 04.

حيث يعتبر من حقوق الزّوجة على زوجها، العدل بينها وبين بقيّة الزّوجات لذلك يحقّ لها طلب الفسخ عند تضرّرها من عدم العدل.

في الأخير، يمكننا القول بأنّ تشريعات الأحوال الشّخصيّة قد أعطت الحقّ للزّوجة في طلب التّفريق أو التّطليق عند التّعدّد، وهذا فيه ابتعاد عن الشّرع؛ كون النّصوص القرآنيّة دلّت على إباحة التّعدّد، وما جاء في سورة النّساء من قصر المنع على تعدّد الجمع بين الأختين، بالإضافة إلى ما ورد في السّنة النّبويّة الشّريفة من عدم جواز الجمع بين المرأة وعمّتها وخالتها، ممّا يدلّ بمفهوم المخالفة على أنّه عدا هذا الحظر يعدّ التّعدّد جائزا، وعليه لا يجوز سنّ قوانين مخالفة للشّريعة الإسلاميّة؛ لأنّ هذا سيهدم الأسرة، خاصة إن لم يكن هناك تقصير من طرف الزّوج[1].

[1] عبد الباري حسن محمد الباكمة، إشكاليّات الطّلاق وإثباته في الشّريعة الإسلاميّة والقانون اللّيبيّ والمقارن، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه، قسم الشّريعة الإسلاميّة، كلّية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2014-2015، ص 245.

نخلص في نهاية هذا الفصل، إلى أنّ الزّواج قد تزاحمه عدّة أضرار تجعله ينحرف عن مقصده، خاصة عند إخلال أحدّ الزّوجين بالتزاماته الزّوجيّة، وبالتّالي يُلغى الانسجام بينهما وينفذ صبر الطّرف المتضرّر؛ فيتعذّر استمرار الحياة الزّوجيّة، وعليه يحقّ للزّوجة المطالبة بالتّطليق عند تضرّرها؛ سواء عند الإخلال بالالتزامات الماليّة أو الشّخصيّة، إلاّ أنّ هذا لا ينفي حقّ الزّوج أيضا في المطالبة بالتّفريق؛ إذا أضرّت به زوجته وهو ما جاء في قانون الأحوال الشخصية العراقيّ.

ومن أهمّ الالتزامات الماليّة الّتي تقع على عاتق الزّوج؛ نذكر في مقدّمتها الصدّاق الذّي يعتبر التزاما ماليّا يقوم به تجاه زوجته؛ فالصّداق مال أوجبه الله عزّ وجلّ على الرّجل تجاه المرأة؛ كدليل على رغبته فيها، وجعله حقاّ خالصا لها في مقابل الاستمتاع.

هذا، وقد عرّفه المشرّع الجزائريّ في المادة 14 من قانون الأسرة، دون تحديد ذكر دافعه؛ بل كان من الأحسن أن يكون النّصّ: "ما يدفعه الزّوج نحلة للزّوجة" بدل عبارة: "الصّداق هو ما يدفع نحلة للزّوجة".

أمّا بخصوص التّشريعات العربيّة الأخرى، فقد استخلصنا أنّ بعضها اعتبر الصّداق ذا قيمة معنويّة أكثر منها ماديّة، والبعض الآخر أخذ بقيمته الرّمزيّة والمعنويّة فقط، إلاّ أنّها أكّدت كلّها على أنّ الصّداق مال بالمفهوم العام، يجب أن يكون مباحًا مع حرّيّة المرأة في التّصرّف فيه.

غير أنّه أحيانا، قد يدّعي الزّوج عدم قدرته على التّسديد؛ سواء أكان معسرا أو ميسور الحال؛ بهدف إلحاق الضّرر بالزّوجة الّذي لا يجبر إلاّ بالأداء.

وقد اختلفت آراء الفقهاء وتباينت فيما إذا كان للزّوجة الحقّ في طلب التّفريق عند عدم أداء صداقها، باستثناء قانون الأسرة الجزائريّ، الذّي لم ينص لوحده على مسألة التّفريق بين الزّوجين، عند عدم دفع الصّداق.

ولعلّ الرّاجح من وجهة نظرنا هو جواز التّفريق بين الزّوجين لأنّ الضّرر سيلحقّ بالزّوجة عند عدم قبضها صداقها، وبالتّالي من لا يستطيع دفع الصّداق، لا يمكنه مستقبلا تحمّل مصاريف الحياة الزّوجيّة.

أمّا بالنّسبة لثاني التزام ماليّ، فيتمثّل في النفقة الّتي وردت بشأن وجوبها أدّلة كثيرة من الكتاب الحكيم والسّنة النّبويّة المطهّرة، بالإضافة إلى وجوب توافر جملة من الشّروط لاستحقاق النّفقة؛ ورد ذكرها في كلّ من قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة على حدّ سواء.

حيث اتّضح لنا أنّ المبدأ السّائد في جميع التّشريعات العربيّة، هو التزام الزّوج بالنّفقة تجاه زوجته، عكس ما هو معمول به في القانون التّونسيّ الذّي ألغى الصّيغة الأحاديّة للخطاب التّشريعيّ، جاعلا الزّوجة ملزمة بواجب الإنفاق.

إلاّ أنّ الزّوج أحيانا يمتنع عن أداء واجب الإنفاق؛ سواء شحّا أو عجزا، وفي كلتا الحالتين تتضرّر الزّوجة الّتي قد تلجأ في نهاية المطاف إلى القضاء لإلزامه بالإنفاق عليها، وإلاّ تطلب التّفريق لرفع الضّرر عنها. وهو الأمر الّذي اختلف فيه الفقهاء بين مؤيّد له ومعارض، غير أنّ الرّاجح هو جواز التّفريق بين الزّوجين عند إعسار الزّوج في النّفقة؛ فليس من العدل أن تبقى الزّوجة تعاني الفاقة والحاجة، خاصة إن لم تكن عالمة بإعساره منذ البداية.

وما يعاب على المشرّع الجزائريّ في هذه المسألة، هو أنّه لم يفرّق بين عدم إنفاق الزّوج متعمّدا مع قدرته على ذلك، وبين عجزه عنه وانعدام القدرة، ثمّ إنّه أزال ضرر عدم الإنفاق، بفكّ الرّابطة الزّوجيّة من دون أيّ تعويض للزّوجة المتضرّرة وبحسب رأينا، فإنّ الضّرر هنا يزال بالإنفاق وليس بالتّطليق.

إضافة إلى ضرر الإخلال بالالتزامات الشّخصيّة؛ كجريمة الخيانة الزّوجيّة الّتي تعتبر من أعظم الجرائم المؤثّرة على هذه الرّابطة المقدّسة؛ حيث تسبّب لها شرخا عميقا، يؤدّي لا محالة إلى فكّها.

هذا، بالإضافة إلى بعض الممارسات والأفعال الضّارّة والشّنيعة؛ المتمثّلة في ممارسة الفعل المنحرف؛ كاللّواط والجماع في الدّبر وتغيّير الجنس.

وفي هذا الشّأن، استخلصنا أنّ جلّ القوانين الجنائيّة الوضعيّة جاءت مخالفة للشّريعة الإسلاميّة؛ حيث اشترطت قيام الزّوجيّة عند ارتكاب فعل الزّنا، حتى تكيّف الجريمة على أنّها خيانة زوجيّة.

وبناءً عليه، يحقّ للزّوجة طلب التّفريق لضرر الخيانّة الزّوجيّة، إلاّ أنّه للأسف الشّديد نجد معظم التّشريعات العربيّة الأسريّة، لم تنص صراحة على ضرر الخيانة الزّوجيّة، وإنّما دمجتها تحت مسمّى التّفريق عند استحالة العشرة الزوجيّة، كما جعلها المشرّع الجزائريّ من حالات الضّرر المعتبر شرعًا.

فثبوت الخيانة الزّوجيّة لا يعتبر سببا للتّفريق في شريعتنا الإسلاميّة؛ كون عقوبة الزّانيّ في الإسلام هي الرّجم، وبالتّالي تنحلّ الرّابطة بالموت وليس بالتّفريق.

الفصل الثّاني:

ضرر تعيّب إرادة أحد الزّوجين ونشوزه والتّعويض عنه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة

يعتبر عقد الزّواج من العقود الثّنائيّة الّتي تتطلّب توافق إرادتين، لذا حتى يكون عقدا صحيحا وسليما، يجب أن يقوم على الرّضا بين الطّرفين، وأن تكون إرادتهما خاليّة من كلّ عيب من عيوبها.

ومن أبرز العيوب الّتي تشوب عقد الزّواج؛ نجد عيبا التّدليس والإكراه اللّذين يتأثّر بهما؛ ممّا يؤدّي إلى استحالة استمرار الحياة الزّوجيّة، بفعل تضرّر أحدّ طرفيها الّذي يطالب بتعويض ضرره، كما سنرى في المبحث الأوّل المعنون بتعويض الزّوجين عن ضرر تعيّب الإرادة بالإكراه والتّدليس.

كما قد تنقطع العلاقة الزّوجيّة بنشوز أحد الزّوجين عن الآخر؛ كأن تستعلي الزّوجة على زوجها وتخرج عن طاعته، أو يسيئ الزّوج إليها ويؤذيها فتتضرّر من تصرّفاته، وبالتّالي يحقّ للزّوج المتضرّر المطالبة بالطّلاق؛ رفعا للضّرر وإزالته عنه كما أعطته بعض التّشريعات العربيّة الحقّ في التّعويض عن ضرره، وهذا ما سنعالجه في المبحث الثّاني المعنون بتعويض ضرر نشوز أحد الزّوجين.

المبحث الأوّل: تعويض الزّوجين عن ضرر تعيّب الإرادة بالإكراه والتّدليس

كما هو معلوم، يعتبر عقد الزّواج عقدا رضائيّا يتمّ إبرامه عن تراضٍ بين الشّريكين؛ نظرا لما يتمتّعان به من حريّة شخصيّة في الاختيار وعدم الإجبار، بشرط أن يخلو رضاهما من كلّ عيب من عيوب الإرادة، من أجل صحّة هذا العقد.

«ونظرا لخصوصيّة عقد الزّواج، وتميّزه عن باقي عقود المعاملات الماليّة خاصة في الفقه الإسلاميّ؛ فإنّه يصعب تصوّر عيبا الغبن والغلط في العقد؛ فلا يمكن القول بإمكانيّة وجود الغبن في عقد الزّواج، لعدم وجود أداءات متقابلة، بالشّكل الّذي يحصل معه الاختلال في المراكز الاقتصاديّة للطّرفين، في المعاملات الماليّة المحضة أمّا عيب الغلط فلا أثر له على قيام عقد الزّواج، وعند تحقّقه لا يعطى لمن كان ضحيّة بسببه فسخ الزّواج»[1].

غير أنّه قد تكون الإرادة عند إبرام عقد الزّواج مشوبة بإكراه أو تدليس؛ فتصبح معيبة تهدّد مصير هذا العقد بالزوال. وبالتّالي، يحقّ للشّريك المتضرّر الّذي مورس عليه الإكراه أو التّدليس، طلب التّعويض عن الضّرر الّذي أصابه؛ سواء كان ماديّا كتحمّل نفقات الزّواج وتكاليفه، أو معنويّا متمثّلا في الألم النّفسي والعاطفيّ على حدّ سواء.

وعليه، سنحاول من خلال هذا المبحث التّطرّق إلى التّعويض عن ضرر تعيّب إرادة أحد الزّوجين بالإكراه (المطلب الأوّل)، وبالتّدليس (المطلب الثّاني).

[1] خالد بنمومن، المسؤوليّة المدنيّة في قضايا الأسرة، د. ط، دار نشر المعرفة، الرّباط، 2016، ص 135.

المطلب الأوّل: التّعويض عن ضرر تعيّب إرادة أحد الزّوجين بالإكراه

كما أسلفنا الذّكر سابقا، فإنّه من شروط صحّة العقد أن يبرم صحيحا لا يعتريه أيّ عيب، لكّن في بعض الأحيان قد تصاحب إبرامه اختلالات تجعل منه مشوبا بعيب من عيوب الإرادة؛ كأن يبرم بإرادة معيبة بعيب الإكراه المؤثّر في الرّضا، فينتهي بالفسخ بسبب هذا العيب، وبالتّالي يخوّل للمكره حقّ المطالبة بالتّعويض[1].

لذا، سنعالج في هذا المطلب تعويض ضرر عيب الإكراه في الفقه الإسلاميّ (الفرع الأوّل)، ثمّ قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: تعويض ضرر عيب الإكراه على عقد الزّواج في الفقه الإسلاميّ:

سنتناول في هذا الفرع مفهوم عيب الإكراه في الفقه الإسلاميّ (أوّلا)، ثمّ أثره عقد الزّواج وتعويض ضرره (ثانيا).

أوّلا- مفهوم عيب الإكراه في الفقه الإسلاميّ:

«الإكراه في اللّغة، من الكَرْهُ بالفتح وبالضّمّ القهر، وقيل: بالفتح الإكراه وبالضّمّ المشقّة، وأكرهته على الأمر إكراها حملته عليه قهرا، يقال: فعلته كرها بالفتح أي إكراها»[2].

وعرّف الإمام البزدوي الإكراه بقوله: «حمل الغير على أمر يمتنع عنه يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفا به»[3].

---

[1] عبد الرّحمن الحجاجي، المرجع السّابق، ص 93.

[2] أحمد بن محمّد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير للرّافعي، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، كتاب الكاف، ط 02، دار المعارف، القاهرة، 2024، ص 532.

[3] علاء الدّين عبد العزيز بن أحمد البخاريّ، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ج 04، فصل في الخطأ، د. ط، دار الكتاب العربيّ، لبنان، د. س. ن، ص 383.

«فالإكراه ضغط غير مشروع يمارس على إرادة الشّخص، فيولّد لديه حالة من الرّهبة والخوف، الأمر الّذي يحمله على التّعاقد؛ فهو يعيب الإرادة في أحد عناصرها ألا وهو عنصر الحرّية والاختيار»[1].

هذا، ويعتبر «الإكراه ضغطا تتأثّر به إرادة الشّخص فيندفع إلى التّعاقد»[2].

وهناك إكراه يفسد الرّضا وإكراه يعدمه تماما؛ يتمثّل الأوّل في كون إرادته موجودة؛ لأنّه خيّر بين أن يريد أو أن يقع به المكروه الّذي هدّد به، فاختار أهون الضّررين؛ وبالتّالي تعتبر الإرادة الّتي صدرت منه إرادة فاسدة؛ لأنّها لم تكن حرّة مختارة، فقد انتزعت منه رهبة.

أمّا الثّاني، فقد أنتزع الرّضا عنوة؛ كما لو أمسك بيده وألزمه بالتّوقيع، فهنا يبطل العقد لانعدام الرّضا.

ومن وسائل الإكراه نذكر الإكراه الحسّيّ الّذي يقع على الجسم؛ كالضّرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة، وهو نادر في المجتمعات المتحضّرة.

وقد تكون الوسيلة إحداث ألم نفسيّ، وإيقاع رهبة في النّفس؛ وهو ما يعرف بالإكراه النّفسيّ، وهو الأكثر شيوعا ووقوعا بين الأفراد.

وكلا الوسيلتين تفسد الرّضا وتجعل العقد قابلا للإبطال[3].

وينقسم الإكراه بالنّظر إلى شدّته ودرجة تأثيره، بحسب قوّة الوسيلة المرعبة المستعملة، إلى إكراه ملجئ؛ كأن يهدّد بالقتل أو الضّرب الشديد أو بتر الأعضاء

---

[1] آسية بوخاتم، آثار عيوب الإرادة على عقد الزّواج –دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائريّ ومدوّنة الأسرة المغربيّة–، مجلّة القانون والعلوم السّياسيّة، مج 03، ع 02، المركز الجامعيّ صالحي أحمد، النّعامة، 2014، ص 49.

[2] عبد الرّزاق السّنهوريّ، المرجع السّابق، ص 274.

[3] المرجع نفسه، ص 277.

وإكراه غير ملجئ؛ وهو ممّا يشقّ على النّفس احتماله؛ كإتلاف بعض المال أو الضّرب الّذي لا يؤدّي إلى فوات النّفس أو بتر العضو[1].

ويشترط لتحقّق الإكراه عدّة شروط منها[2]:

- أن يكون الكره قادرا على تنفيذ ما هدّد به، وإلاّ كان هذا هذيانا، وبناءً عليه كان أبو حنيفة يقول: «لا إكراه إلاّ من السّلطان؛ لأنّ غير السّلطان لا يتمكّن من تحقيق ما هدّد به».
- أن يكون الأمر المكره به متضمّنا إتلاف نفس أو عضو أو مال.
- أن يغلب على ظنّ المستكره أنّ المكره سينفّذ تهديده لو لم يحقّق ما أكره عليه.
- أن يكون المستكره ممتنعا عن الفعل الّذي أكره عليه قبل الإكراه، إمّا لحقّه كبيع ماله، أو لحقّ شخص آخر كإتلاف مال الغير، أو لحقّ الشّرع كشرب الخمر.
- أن يترتّب على فعل المكره به الخلاص من المهدّد به؛ فلو قال إنسان لآخر: اقتل نفسك وإلاّ قتلتك، لا يعدّ هذا إكراها.
- أن يكون المهدّد به عاجلا؛ فلو كان آجلا لم يتحقّق الإكراه؛ لأنّ التّأجيل مظنّة التّخلّص ممّا هدّد به، بالاستغاثة والاحتماء بالسّلطات العامة.

[1] محمد سعيد جعفور، نظريّة عيوب الإرادة في القانون المدنيّ الجزائريّ والفقه الإسلاميّ، ط 01، دار هومة، الجزائر، 2022، ص 128.

[2] وهبة الزحيلي، المرجع السّابق، ج 06، الفصل السّابع عشر: الإكراه، ص ص 4435، 4436.

ثانيا- أثر عيب الإكراه على عقد الزّواج وتعويض ضرره في الفقه الإسلاميّ:

ذهب الحنفيّة إلى أنّ الإكراه لا يبطل عقد الزّواج؛ لأنّ الطّوع ليس شرطا لصحّة العقد، وعليه يصحّ النّكاح من الهازل والمكره والخاطئ؛ فليس الجدّ ولا الاختيار ولا العمد من شروط النّكاح عند الحنفيّة[1].

حيث استدلّوا بعموم آيات النّكاح؛ منها قول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (32)﴾[2].

فالإكراه يعدم الرّضا؛ وانعدام الرّضا بسبب الإكراه عند الحنفيّة لا يمنع صحّة النّكاح ولزومه، أمّا الشّافعيّة والمالكيّة والحنابلة فيرون أنّ الإكراه يبطل عقد الزّواج[3]. ويشترط لصحّة العقد؛ الرّضا والاختيار في العاقدين أثناء العقد[4].

بمعنى أنّه لا يجوز نكاح المكره ولا يصحّ؛ لأنّه لغو ممّا يجعل تصرّف المكره باطلا؛ فلا ينشأ عنه زواج ولا طلاق[5]، لقول الله جلّ شأنه تعالى: ﴿... وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ۚ وَمَن يُكْرِههُّنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِن بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَّحِيمٌ (33)﴾[6].

يتبيّن لنا من خلال آراء الفقهاء، أنّ الزّوج المكره على إبرام عقد الزّواج، ليس له الحقّ في أيّ تعويض عن الضّرر الّذي لحقه جرّاء الإكراه، وإنّما له الحقّ في

[1] إسماعيل أبا بكر علي البامري، المرجع السّابق، ص 85.

[2] سورة النّور، الآية 32.

[3] شمس الأئمة السرخسي، المرجع السّابق، ج 05، كتاب النّكاح، باب الخيار في النّكاح، ص 94.

[4] إسماعيل أبا بكر علي البامري، المرجع السّابق، ص 87.

[5] العربي بلحاج، أحكام الزّوجيّة وآثارها في قانون الأسرة الجزائريّ، د. ط، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 276.

[6] سورة النّور، الآية 33.

الخيار بين الاستمرار في الزّواج أو فسخه، وهذا ما خلص إليه جمهور الفقهاء باستثناء الحنفيّة الّذين اعتبروا العقد صحيحا؛ ويكون الأثر مقتصرا على نصف الصّداق المسمّى إن لم يدخل بها الزّوج، ومهر المثل إن دخل[1].

الفرع الثّاني: تعويض ضرر عيب الإكراه على عقد الزّواج في قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة:

سنعاجل في هذا الفرع أثر عيب الإكراه على عقد الزّواج، في قانون الأسرة الجزائريّ (أوّلا)، ثمّ التّشريعات العربيّة (ثانيا).

أوّلا- أثر عيب الإكراه على عقد الزّواج وتعويض ضرره في قانون الأسرة الجزائريّ:

وفقا لما ورد في نصّ المادة 13[2] من قانون الأسرة، فإنّ المشرّع قد منع الوليّ من إجبار موليّته على الزّواج؛ حيث وضع حدودا لا ينبغي تجاوزها ألا وهي مراعاة المصلحة، لكّن في حالة تعسّف الوليّ، يحقّ للبنت اللّجوء إلى القاضي ليعيّن لها وليّا للتّزويج.

وبالتّالي، يكون عقد الزّواج المقترن بالإكراه قابلا للإبطال، وهذا مع العلم بأنّ مقتضى القابليّة للإبطال؛ أن يعتبر عقد الزّواج صحيحا نافذا مرتّبا لآثاره، غير أنّه يثبت قانونا لذوي الشّأن حقّ الاختيار مستقبلا بين أحد الأمرين؛ إمّا طلب إبطال العقد المشوب بعيب الإكراه أو إجازته؛ فجزاء الإكراه في التّقنين الجزائريّ موافقا لما جاء به المذهب المالكيّ[3].

---

[1] إسماعيل أبا بكر علي البامري، المرجع السّابق، ص 87.

[2] نصّت المادة 13 من قانون الأسرة الجزائريّ المعدّل بموجب الأمر 05-02 على أنّه: «لا يجوز للوليّ أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزّواج، ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها».

[3] حكيمة كحيل، عيوب الرّضا وأثرها على صحّة الزّواج، مجلّة الصّدى للدّراسات القانونيّة والسّياسيّة، مج 04، ع 01، جامعة خميس مليانة، 2022، ص 68.

وفي هذا الشّأن، جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1993/03/30 ما يلي:

«من المقرّر شرعا وقانونا، أنّه لا يجوز للوليّ أن يمنع من في ولايته من الزّواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون.

ولما ثبت –من قضية الحال–، أنّ البنت راشدة وعبّرت عن رضاها، وأنّ الرّاغب في زواجها معلّم وله مسكن؛ فإنّ والدها –الطاعن– لم يثر الأسباب الّتي دفعت به لمنع هذا الزّواج؛ لذا فإنّ قضاة الموضوع كانوا على صواب، عندما رخّصوا للمطعون ضدّهما بالزّواج، ممّا يتعيّن رفض الطّعن لعدم تأسيسه»[1].

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2008/03/12 عن المحكمة العليا ما مفاده: «حيث أنّ عقد الزّواج عامة مبنيّ على أساس الرّضا، وهو ركن من أركانه المنصوص عليها في المادة 09 من قانون الأسرة، إضافة إلى ذلك فالمادة 04 من نفس القانون، تعرّف الزّواج بأنّه: «عقد رضائيّ من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودّة والرّحمة والتّعاون»؛ وحيث بناءً على المادتين المشار إليهما أعلاه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجة ما على الدّخول بها رغم معارضتها له، أو عدم رضاها به»[2].

هناك قرار آخر لذات المحكمة صادر بتاريخ 2001/02/21، جاء فيه ما يلي: «إنّ الحكم بفسخ عقد الزّواج قبل البناء، لتمسّك الزّوجة بالفسخ بعد بلوغها سنّ الرّشد لعدم رضاها، هو تطبيق صحيح للقانون»[3].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 90468، قرار صادر بتاريخ 1993/03/30، المجلّة القضائيّة، ع 03، 1994، ص 66.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 415123، قرار صادر بتاريخ 2008/03/12، مجلّة المحكمة العليا، ع 01، 2008، ص 275.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 255711، قرار صادر بتاريخ 2001/09/21، المجلّة القضائيّة، ع 02، 2002، ص 424.

ثانيا- أثر عيب الإكراه على عقد الزّواج وتعويض ضرره في التّشريعات العربيّة:

البداية ستكون من بلاد الرّافدين؛ حيث أنّه لم يبيّن المشرّع العرّاقيّ في قانون الأحوال الشّخصيّة مفهوم الإكراه، إلاّ أنّه عرّفه في القانون المدنيّ في المادة 112 الفقرة 01 على أنّه: «إجبار الشّخص بغير حقّ على أن يعمل عملا دون رضاه».

غير أنّ الملاحظ على المشرّع العراقيّ، أنّه لم يميّز بين الإكراه عنوة، الّذي يعدم الإرادة ويجعل العقد باطلا، وبين الإكراه رهبة، الّذي لا يعدم الإرادة وإنّما يعيبها فيعدّ العقد هنا موقوفا.

حيث نصّت المادة 09 من قانون الأحوال الشّخصيّة العراقيّ على أنّه:

«1- لا يحقّ لأيّ من الأقارب أو الأغيار، إكراه أيّ شخص ذكرا كان أم أنثى على الزّواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزّواج بالإكراه باطلا، إذا لم يتم الدّخول ...».

عند التّمعّن في نصّ هذه المادة، يظهر لنا جليّا أنّ المشرّع يشجّع الطّرف المكره على استعجال الدّخول، حتى لا يبطل عقد الزّواج.

وكأن المشرّع يصحّح العقد الباطل بمجرّد الدّخول، وهذا يتنافى مع السّياسة التّشريعيّة للمشرّع المدنيّ المنظّم للعقد الباطل[1].

كما نصّت المادة 138 من القانون المدنيّ العراقيّ على أنّ:

« 1- العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلا.

2- فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة الّتي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل».

[1] يونس عثمان علي، الحماية المدنيّة للمرأة من عيوب الإرادة في عقد الزّواج -دراسة تحليليّة-، مجلّة جامعة دهوك، مج 26، ع 01، العراق، 2023، ص 580.

«وعليه، فلا يمكن تصحيح العقد الباطل بمجرّد وقوع الدخول؛ بل يجب إعادة الحال إلى ما كان عليه من قبل، وهذا الحكم يؤدّي إلى عدم اعتماد المتعاقد استخدام وسيلة الاكراه، للضّغط على المرأة و تحصيل قبولها بالزّواج، و من ثمّ فإنّه إذا فعل ذلك لا يستعجل في حصول الدّخول؛ كي يكون عقد زواجه صحيحا[1]».

فقانون الأحوال الشّخصيّة العراقيّ، كان صارما في مسألة الإكراه في الزّواج حيث نصّت المادة 09 في فقرتها الثّانية على أنّه: « يعاقب من يخالف أحكام الفقرة 01 من هذه المادة، بالحبس مدّة لا تزيد عن ثلاث سنوات وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا كان قريبا من الدّرجة الأولى، أمّا إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة بالسّجن مدّة لا تزيد على عشر سنوات، أو الحبس مدّة لا تقلّ عن ثلاث سنوات».

معنى هذا، أنّه في حالة ما إذا كان الجاني الّذي تسبّب بالإكراه على عقد الزّواج من أقرباء المجني عليها المكرهة، من الدّرجة الأولى؛ كالأب والابن والأمّ، فإنّه يكون قصاصهم الحبس بمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وتغريمهم، وهنا تكون العقوبة جنحة وفق التّقسيم القانونيّ لنوع الجريمة. أمّا إذا كان قريبا من الدّرجة الثّانية أو الثّالثة فالعقوبة هنا هي سجن الجاني لمدّة لا تزيد عن العشر سنوات، أو الحبس لمدّة لا تقلّ عن الثّلاث سنوات؛ لأنّه نوع من أنواع الزّواج المخالف للشّرع الإسلاميّ والقانون[2].

أمّا بالنّسبة لليمن السّعيد، فقد نصّت المادة 10 من قانون الأحوال الشّخصيّة على ما يلي: «كلّ عقد بنيّ على إكراه الزّوج أو الزّوجة لا اعتبار له».

[1] يونس عثمان علي، المرجع السّابق، ص 580.

[2] ريم رامي العمري، الإكراه وأثره في عقود الزّواج، مجلّة العلوم الإسلامية، مج 02، ع 03، العراق، يوليو 2019، ص 80.

هذا النّص القانونيّ ينتابه نوع من الغموض؛ إذ ما المقصود بعبارة: "لا اعتبار له"؟، هل قصد المشرّع انعدام العقد لانعدام ركن من أركان العقد؟ أم أنّه قصد عدم صحّة العقد لتخلّف شرط من شروطه؟

فلو أخذنا بالقصد الأوّل، لكان العقد باطلا بطلانا مطلقا، وهذا غير مقبول وفقا للقانون النّافذ ذاته، الّذي حدّد أركان العقد الّتي ليس من بينها رضا الزّوجة، وإذا أخذنا بالقصد الثاني، لكان العقد فاسدا وبطلانه نسبيّ، فالقانون ذاته لم يذكر رضا الزّوجة ضمن شروط صحّة عقد الزّواج[1]. وهذا وفقا لما جاء في المادتين 07[2] و09[3] من نفس القانون.

وقد اعتبر قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ، عقد الزّواج المقترن بالإكراه عقدا فاسدا؛ مسايرا بذلك جمهور الفقهاء، وهو ما كرّسته المادة 31 في الفقرة (ز)[4]، الّتي نصّت على أنّ: « الحالات التّالية يكون عقد الزّواج فيها فاسدا: مع مراعاة أحكام الفقرة (ج) من المادة 35 من هذا القانون، إذا كان العاقدان أو أحدهما غير حائز على شروط الأهليّة حين العقد أو مكرها».

أمّا فيما يخصّ المشرّع المغربيّ، فقد كان مخالفا لجميع التّشريعات العربيّة في مسألة الإكراه على الزّواج.

---

[1] عبد المؤمن بن عبد القادر شجاع الدين، إكراه المرأة على الزّواج –دراسة مقارنة–، مجلّة التّراسات الإسلاميّة، ع 11، اليمن، جوان 2018، ص 63.

[2] جاء في المادة 07 من قانون الأحوال الشّخصيّة اليمنيّ ما يلي: «يتمّ الزّواج في مجلس واحد بإيجاب من مكلّف ذكر غير محرم، بلفظ يفيد التّزويج حسب العرف وقبول مثله من مثله قبل الأعراض، ويجب أن يكون الإيجاب والقبول منجزين غير دالّين على التّوقيت، ويلغى كلّ شرط لا يتعلّق به غرض لأحد الزّوجين».

[3] جاء في المادة 09 من ذات القانون ما يلي: «يشترط لتمام عقد الزّواج حضور شاهدين مسلمين عدلين، أو رجل وامرأتين، وأن يسمعا كلام المتعاقدين أو الكتابة أو الرّسالة أو الإشارة من الأخرس والمصمت».

[4] علاء أحمد القضاة وعبد السلام عطوة الفندي، زواج المكره بين الفقه الإسلاميّ وبعض قوانين الأحوال الشّخصيّة العربيّة، مجلّة الصّراط، مج 24، ع 01، الأردن، جوان 2022، ص 537.

فقد أعطى تعريفا لمصطلح الإكراه في الفصل 46 من قانون الالتزامات والعقود على أنّه: «إجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون، يحمل بواسطته شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه».

حيث نصّت المادة 63 من مدوّنة الأسرة المغربيّة على أنّه: «يمكن للمكره أو المدلّس عليه من الزّوجين، بوقائع كان التّدليس بها هو الدّافع إلى قبول الزّواج أو اشترطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزّواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدّى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتّدليس، مع حقّه في طلب التّعويض».

نلاحظ أنّ المشرّع المغربيّ لم يرتّب على الإكراه بطلان عقد الزّواج، واعتباره كأن لم يكن، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وإنّما تبنّى موقفا آخرا؛ وهو مطالبة الزّوج المكره بفسخ عقد الزّواج، والحقّ في التّعويض عن الضّرر اللاّحق به. كما اعتبرت مدوّنة الأسرة عقد الزّواج المشوب بالإكراه عقدا فاسدا، غير أنّ ما يلام عليه أنّه لم يحدّد بوضوح الإطار العام الّذي وضع فيه فسخ عقد الزّواج للإكراه[1]؛ حيث ميّز بين فسخ عقد الزّواج الفاسد لصداقه، حسب نصّ المادة 60 من مدونة الأسرة، الّتي نصّت على ما يلي:

«يفسخ الزّواج الفاسد قبل البناء، ولا صداق فيه إذا لم تتوفّر في الصّداق شروطه الشّرعيّة، ويصحّح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعيّ للزّوجين».

وميّز بين فسخ عقد الزّواج الفاسد لعقده، حسب نصّ المادة 61 من ذات المدوّنة الّتي نصّت على أنّه: «يفسخ الزّواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده، وذلك في الحالات الآتية:

[1] خالد بنمومن، المرجع السّابق، ص 148.

- إذا كان الزّواج في المرض المخوّف لأحد الزّوجين، إلاّ أن يشفى المريض بعد الزّواج.
- إذا قصد الزّوج بالزّواج تحليل المبتوتة لمن طلّقها ثلاثا.
- إذا كان الزّواج بدون وليّ في حالة وجوبه.

يعتد بالطّلاق أو التّطليق الواقع في الحالات المذكورة أعلاه، قبل صدور الحكم بالفسخ».

هذا، وقد رتّب المشرّع المغربيّ على كلّ عقد زواج فاسد لصداقه، وعقد زواج فاسد لعقده، عدّة آثار لم يرتّبها عند الحديث عن فسخ عقد الزّواج المقترن بالإكراه. «فلا يعتّد بالإكراه ولا يجوز للمتعاقد الّذي يدّعي الإكراه، المطالبة بفسخ عقد الزّواج إلاّ إذا كان قد تعاقد تحت تأثير الرّهبة الّتي تتولّد في نفسه، جرّاء وسيلة الإكراه المستعملة؛ فإذا لم يكن الإكراه هو الدّافع إلى التّعاقد، فإنّه لا يشكّل عيبا للإرادة، وإنّما يعتبر مجرّد عمل غير مشروع، يترتّب عليه حقّ المكره المتضرّر في المطالبة بالتّعويض، عملا بأحكام المسؤوليّة التّقصيريّة»[1]. إضافة إلى الشّرط الأوّل، أضاف المشرّع شرط الأجل الّذي حدّده بشهرين لفسخ عقد الزّواج المقترن بالإكراه، وإلاّ كان العقد صحيحا.

وقد جاء هذا الأجل مختلفا عن الأجل الّذي نصّ عليه الفصل 311 من قانون الالتزامات والعقود، كما يلي: «يكون لدعوى الإبطال محلّ في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4، 39، 55، 56 من هذا الظّهير، وفي الحالات الأخرى الّتي يحدّدها القانون، وتتقادم هذه الدّعوى بسنة في كلّ الحالات الّتي لا يحدّد فيها القانون أجلا مخالفا، ولا يكون لهذا التّقادم محلّ إلاّ بين من كانوا أطرافا في العقد».

[1] موحى أسيدي أعمر، المسؤوليّة المدنيّة والتّعويض من خلال الزّواج وانحلال ميثاقه، مجلّة الأبحاث والدّراسات القانونيّة، ع 05، المغرب، 2015، ص 229.

ولعلّ المشرّع حدّد الأجل بشهرين، حفاظا على الكيان الأسريّ، وحتى لا يبقى الطّرف المكره تحت طائلة التّهديد بفسخ عقد الزّواج المقترن بالإكراه.

والفرق واضح أيضا في الفصل 313 الّذي نصّ على أنّه:

«تنتقل دعوى الإبطال إلى الورثة فيما بقي لمورثهم من مدّتها، مع مراعاة الأحكام المتعلّقة بانقطاع التّقادم أو بوقفه».

عند التّمعّن في نصّ هذا الفصل، يتّضح لنا أنّ دعوى الإبطال تنتقل إلى الورثة عكس دعوى فسخ عقد الزّواج؛ فهي ملك للزّوجين دون غيرهما (ورثتهما)، أيضا دعوى فسخ عقد الزّواج المقترن بالإكراه، تسقط مباشرة بمرور مدّة شهرين، وهذا الأجل هو أجل سقوط لا تقادم.

وفيما يخصّ أساس التّعويض، فقد اختلف فقهاء القانون فيما بينهم عند معالجتهم لمسألة تعويض الضّرر النّاتج عن إبطال العقد بسبب الإكراه.

حيث يرى الاتّجاه الأوّل أنّ أساس التّعويض هو المسؤوليّة العقديّة، الّتي تقوم على نظريّة الخطأ عند تكوين العقد، وقد تبنّاها الفقيه الألمانيّ إهرنج *Ihering*، فكلّ متعاقد تسبّب ولو بحسن نيّة في إيجاد مظهر تعاقديّ اطمأن إليه المتعاقد الآخر، يلتزم بمقتضى العقد الباطل أن يعوّض المتعاقد الآخر ما لحقه من ضرر، بسبب اطمئنانه إلى العقد[1]. ويعتبر العقد الباطل هنا عملا قانونيّا وليس واقعة ماديّة.

أمّا الاتّجاه الثّاني، فيرى أنّ أساس التّعويض المترتّب عن الخطأ عند تكوين العقد، هو المسؤوليّة التّقصيريّة، كما يرى أنّ العقد الباطل هو واقعة ماديّة تستكمل عناصر الخطأ التّقصيريّ فتوجب التّعويض، كما ينتج العقد الباطل أثرا عرضيّا لا باعتباره عقدا، وإنّما واقعة ماديّة.

[1] عبد الرّزاق السنهوريّ، المرجع السّابق، ص ص 409، 410.

حيث جاء في حكم لقسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائيّة بالرّباط، ما يلي:

«حيث أنّ العلاقة الزّوجيّة قائمة بين الطّرفين استنادا لعقد الزّواج المومأ إليه وحيث قدّمت الدّعوى داخل الأجل المقرّر لرفعها، طبقا للمادة 63 من مدوّنة الأسرة وحيث أوضحت المدّعيّة بأنّها كانت ضحيّة إكراه، تمثّل في تهديد أستاذها لها بالرّسوب إذا لم تقبل الزّواج به، فقبلت بهذا الزّواج تفاديّا للرّسوب المتوقّع إذا لم يتم قبولها له وحيث أجاب المدّعي عليه بأنّه لا أساس لما تدّعيه زوجته من صحّة، موضّحة بأنّ تصريحها لدى العدلين بالموافقة على الزّواج وتوقيعها في مذكّرة الحفظ وكذا على عقد الزّواج، دليل على موافقتها ورضاها، وحيث أجابت الزّوجة بأنّ كلّ ذلك صدر منها تحت الإكراه، وأنّها لو كانت راغبة في ذلك لما أجّلت الدّخول للمدّة المذكورة، فلو كانت الغاية إنهاء العلاقة فقط للجأت إلى وسيلة أخرى، ولكنّها أرادت إنصافها، مضيفة أنّ ما أدلت به يؤكّد ادّعاءها.

فالمحكمة باطّلاعها على الوثيقة العدليّة المومأ إليها، تبيّن أنّها ستقبل الزّواج بأستاذها تحت إكراهه لها ولولا ذلك ما قبلت، كما أنّ شهود اللّفيف أكّدوا بأنّهم سمعوا أنّ زواجها كان تحت إكراه أستاذها.

وحيث استنادا إلى ما ذكر، وكذا إلى البحث الّذي أجرته المحكمة مع بعض أفراد الأسرتين، الّذين وإن جاءت تصريحاتهم متباينة، فإنّ اتّفاقهم على أنّه تمّ التّغلّب في البداية على احتواء الموقف، يجعل قول المدّعيّة راجحا، ويؤكّده أيضا قرينة تأخير الدّخول للأجل المذكور، وقرينة لجوئها إلى إنهاء العلاقة الزّوجيّة بالفسخ؛ قصد إنصافها دون وسيلة أخرى كالشّقاق، ممّا يدلّ على أنّ إرادتها إبّان زواجها كانت معيبة فعلا بإكراه زوجها آنذاك لها، ويعتبر بالتّالي طلبها مؤسّسا ويتعيّن قبوله».

بناءً على الحيثيات أعلاه، قضت المحكمة بفسخ عقد الزّواج للإكراه، وتعويض الزّوجة عمّا لحقها من ضرر معنويّ، حدّدته بمبلغ 000 20 درهم، وبذلك يكون

القضاء مفعّلا بشكل إيجابيّ مقتضيّات المادة 63 من مدوّنة الأسرة، المتعلّقة بضرورة حماية حرّيّة الإرادة عند إبرام عقد الزّواج[1].

وفي الأخير حتى نكون منصفين، قد يكره الرّجل على الزّواج من قبل المرأة فتهدّده بالقتل أو حتى يصل بها الأمر للاختطاف، وقد تكرهه على الزّواج بها حتى يحلّها لزوجها السّابق الّذي طلّقها ثلاثا.

ويمكن أن يكره الرّجل على الزّواج بمن زنا بها، أو بمن اغتصبها سترا للفضيحة وتكفيرا للذّنب، فيهدّدونه بالقتل أو الثّأر باغتصاب بعض محارمه.

ممّا تقدّم، يمكن القول بأنّ الإكراه سواء في الفقه الإسلاميّ أو التّشريعات العربيّة غير جائز وممنوع؛ سواء كان من الولّي أو من الرّجل تجاه المرأة أو حتى من المرأة تجاه الرّجل.

غير أنّ هذا المنع نرى بأنّه ليس بالمطلق؛ فقد يحصل الإكراه من قبل المغتصبة فتهدّد مغتصبها بالشّكوى ضدّه إن لم يتزوّجها؛ فوسيلة الإكراه هنا مشروعة والغرض منها مشروع، وهو تعويض عمّا لحقها من ضرر[2].

من خلال حديثنا عن التّعويض عن ضرر تعيّب إرادة أحد الزّوجين بالإكراه اتّضح لنا أنّ القانون المغربيّ هو الوحيد الّذي تطرّق لمسألة جواز التّعويض للمكره المتضرّر من عقد الزّواج المقترن بالإكراه، وقد خاطبت المادة 63 من مدوّنة الأسرة كلا الطّرفين زوجا وزوجة.

---

[1] المحكمة الابتدائيّة، قسم قضاء الأسرة، ملف رقم 2005/101، حكم صادر بتاريخ 2005/01/14، ع 17/2005، الرّباط. نقلا عن: إدريس الفاخوري، المرجع السّابق، ص ص 131، 132.

[2] بخوش رزيق، عيوب الرّضا في عقد الزّواج، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلاميّة، تخصّص شريعة وقانون، قسم الشّريعة، كلّية العلوم الإسلاميّة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1438هـ - 1439هـ/ 2017م -2018م، ص ص 182- 185.

أمّا بقيّة التّشريعات العربيّة بما فيها قانون الأسرة الجزائريّ، فلم يتطرّقوا لهذه الجزئيّة إطلاقا، إلاّ أنّهم تعرّضوا إليها في القواعد العامة في القانون المدنيّ؛ ألا وهي مسؤوليّة المكره عند ارتكابه فعلا غير مشروع.

المطلب الثّاني: التّعويض عن ضرر تعيّب إرادة أحد الزّوجين بالتّدليس

يعدّ التّدليس عيبا من عيوب الرّضا الّتي تشوب الإرادة، وعقد الزّواج كسائر العقود، قد يتعرّض لعيب التّدليس، الّذي لا يتحقّق إلاّ بتوافر شروط محدّدة؛ وهو المصطلح المستعمل في بعض القوانين الوضعيّة، بخلاف فقهاء الشّريعة الإسلاميّة الّذين يستعملون –بدلا منه–، مصطلح التّغرير الأكثر شيوعا في باب النّكاح، إلاّ أنّ كلا المصطلحين التّدليس والتّغرير مرتبطان ببعضهما.

وعليه، سنتناول مسألة تعويض ضرر عيب التّدليس في الفقه الإسلاميّ (الفرع الأوّل)، ثمّ في قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: تعويض ضرر عيب التّدليس في الفقه الإسلاميّ:

يعرّف التّدليس من النّاحية اللّغويّة كما يلي: «التّدليس لغة هو كتمان العيب والتَّدَلُّسُ التّكتّم، والتَّدْلُسُ أخذ الطّعام قليلا قليلا، ويقال: فلان لا يدالس ولا يوالس؛ أي لا يظلم ولا يخون ولا يوارب؛ أي لا يخادع ولا يغدِر، ولا يخفي عليك الشّيء؛ فكأنّه يأتيك به في الظّلام وقد دالس مدالسَةً ودلاسًا.

فالتّدليس: عدم تبيّين العيب، ولا يخصُّ به البيع، واندلس الشّيء؛ إذا خَفِيَ. الدَّلسُ، بالتّحريك: الظّلمةُ كالدّلفة، بالضّمّ.

والدّلَسُ: اختلاط الظّلام»[1].

[1] محمّد مرتضى الحسيني الزبيديّ، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 16، د. ط، دار الهداية، الكويت، 1385هـ – 1422هـ / 1965م، ص ص 84، 85.

وفيما يلي، سنحاول في هذا الفرع معرفة مفهوم عيب التّدليس في الفقه الإسلاميّ (أوّلا)، ثمّ أثره على عقد الزّواج وتعويض ضرره في الفقه الإسلاميّ (ثانيا).

أوّلا- مفهوم عيب التّدليس في الفقه الإسلاميّ:

سنتطرّق في هذا العنصر إلى تعريف التّدليس في الفقه الإسلاميّ، ثمّ أنواعه وشروطه.

1. تعريف التّدليس في الفقه الإسلاميّ:

عرّف فقهاء المذاهب الأربعة التّدليس حسب ما يلي:

أ. تعريف المالكيّة: عرّف المالكيّة التّدليس على أنّه: «إبداءُ البائع ما يوهم كمالا في مبيعه كاذبا أو كتم عيبه»[1]

ب. تعريف الحنفيّة: بالنّسبة للحنفيّة هو: «هو كتمان عيب السّلعة عن المشتري ومنه التّدليس في الإسناد: وهو أن يحدث عن الشّيخ الأكبر»[2].

ج. تعريف الشّافعيّة: أمّا بالنّسبة للشّافعيّة فهو: «بيع شيء يعلم به عيبا ولا يُطلع المشتري عليه»[3].

د. تعريف الحنابلة: التّدليس بحسب الحنابلة هو: «كتم العيب عن المشتري مع علمه به، أو غطّاه عنه بما يوهم المشتري عدمه، فكأنّ البائع يستر العيب»[4].

---

[1] أبو عبد الله الرّصاع التّونسيّ المالكيّ، المصدر السّابق، باب الغشّ والتّدليس، 1350هـ، ص 271.

[2] أبو البقاء الكفوي، الكلّيات -معجم في المصطلحات والفروق اللّغويّة-، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، فصل التاء، د. ط، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، د. س. ن. ص 314.

[3] يوسف بن محمد الجويني أبو المعالي، نهاية المطلب في دراية المذهب، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، ج 05، باب الخراج بالضّمان والرّدّ بالعيب، ط 01، دار المنهاج، د. ب. ن. 1438هـ - 2007م، ص 279.

[4] ابن قدامة، المغني، المرجع السّابق، ج 06، باب المصراة وغير ذلك، ص 234.

يلاحظ ممّا سبق، أنّ الفقهاء عرّفوا التّدليس كمصطلح؛ حيث اقتصرت تعاريفهم على عقود البيع؛ وتحديدا كتمان عيب السّلعة.

أمّا عن تعريف التّدليس في عقد الزّواج، بالنّسبة لفقهاء المذاهب الأربعة، فلم نجد سوى تعريف التّغرير لدى المالكيّة، الّذين عرّفوا الغرر في النّكاح بقولهم: «إخفاء نقص معتبر بأحد الزّوجين بذكر ثبوت نقيضه أو تقرّر عرف بثبوته»[1].

انطلاقا ممّا سبق، يمكننا تعريف التّدليس في النّكاح على أنّه: «كتمان وتستّر أحد الزّوجين عن عيوبه، أو إعلامه بما ليس فيه تدليسا وتغريرا؛ قصد بلوغ غاية إبرام عقد الزّواج».

2. أنواع التّدليس في الفقه الإسلاميّ:

سنقوم في هذا العنصر بعرض أنواع التّدليس، مع إدراج كلّ نوع بصورة التّدليس الّتي يقوم بها أحد الزّوجين على الزّوج الآخر.

أ. **التّدليس بالفعل:** عرّف ابن شاس التغرير الفعليّ على أنّه كالشّرطيّ؛ وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلا يظنّ به المشتري كمالا، ويستر به عيبه فيظهر في صورة السّالم[2].

أمّا التّدليس الفعليّ في عقد الزّواج، فهو إحداث فعل من قبل أحد الزّوجين ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع؛ كأن يحدث فعلا ما في جسده ليظهر في صورة مرغوب فيها، تخالف واقع الحال.

وللتّدليس الفعليّ في عقد الزّواج عدّة صور؛ نذكر منها ما يلي:

---

[1] أبو عبد الله الرصاع التّونسيّ المالكيّ، المصدر السّابق، ص 169.

[2] الحطاب الرّعيني المالكيّ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 04، فصل الأصل في البيع اللّزوم والخيار عارض، ط 03، دار الفكر، د. ب. ن، 1412هـ - 1992م، ص 438.

- **التّدليس باستعمال الزّينة:** قد يستخدم أحد الزّوجين الزّينة لستر بعض عيوبه وخداع الزّوج الآخر؛ ومن أمثلة ذلك ما هو شائع في وقتنا الحالي – موضة العصر– ألاّ وهو الشّعر المستعار أو الاصطناعيّ، المعروف قديما بوصل الشّعر.

وهو من المحرّمات؛ فعن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما، أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: ﴿لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة﴾، قال نافع: الوشم في اللّثة[1].

وحدّثنا عمرو بن مرّة قال: «سمعت سعيد بن المسيّب قال: قدم معاوية المدينة آخر قدمة قدمها، فخطبنا فأخرج كبَّة من شعر قال: ما كنت أرى أحدا يفعل هذا غير اليهود إنّ النّبي صلّى الله عليه وسلّم سمّاه الزّور؛ يعني الواصلة في الشّعر»[2].

كما حدّثنا شعبة بن عمرو بن مرّة قال: «سمعت الحسن بن مسلم بن ينّاق يحدّث عن صفيّة بنت شيبة، عن عائشة رضي الله عنها: أنّ جارية من الأنصار تزوّجت وأنّها مرضت فتمعّط شعرها، فأرادوا أن يصلوها، فسألوا النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم فقال: ﴿لعن الله الواصلة والمستوصلة﴾»[3].

فقد لعن الله عزّ وجلّ الواصلة، وحرّم وصل الشّعر لما فيه من التّغرير والتّزوير؛ لأنّه يظهر المرأة على غير طبيعتها وأصلها.

---

[1] محمد بن إسماعيل البخاريّ، المصدر السّابق، مج 04، ج 07، باب الوصل في الشّعر، رقم الحديث 147، ص 304.

[2] المصدر نفسه، رقم الحديث 148، ص 304.

[3] المصدر نفسه، رقم الحديث 144، ص 303.

كذلك الرّموش الاصطناعيّة، الّتي هي عبارة عن شعيرات رقيقة يتمّ تصنيعها من بعض المواد البلاستيكيّة، وتلصق على الجفن بواسطة مادة لاصقة؛ يكون الغرض منها طلب الزّينة للنّساء، وهي تشبه وصل الشّعر، لهذا لا يجوز استعمالها[1].

ضف إلى أنّه قد تستعمل المرأة عدسات لاصقة لخداع الرّجل؛ حيث تضعها بغرض التّدليس، كما تقوم بنمص شعر الحاجبين حتى تظهر على قدر من الجمال وتكون ملعونة –إن فعلت ذلك– بقصد التّدليس، مصدقا لقول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم.

وقد تتزيّن المرأة أيضا بغرض التّدليس فتقوم بتفليج أسنانها؛ حيث كانت النّساء قديما يقمنّ بتفليج أسنانهن؛ لاعتبار ذلك من علامات الجمال.

فعن علقمة قال: «لعن عبد الله الواشمات والمتنمّصات والمتفلّجات للحسن المغيّرات خلق الله، فقالت أم يعقوب: ما هذا؟ قال عبد الله: وما لي لا ألعن من لعن رسول الله صلّى الله عليه وسلّم وفي كتاب الله، قالت: والله لقد قرأت ما بين اللّوحين فما وجدته، قال: والله لئن قرأتيه لقد وجدتيه وما آتاكم الرّسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا»[2].

- **التّدليس عن طريق الجراحة التّجميليّة:** قد يلجأ الخاطب أو المخطوبة إلى عمليّات التّجميل، لستر العيوب والتّشوّهات الخلقيّة؛ بزيادة عضو في الجسم أو تركيب سنّ أو ترقيع غشاء البكارة.

[1] سعد بن تركي الخثلان، فقه النّوازل –ما أثر الرّموش الصّناعية على الطّهارة؟–، منشور على الرّابط الآتي: *ar.prayerinislam.com*، تاريخ التّصفّح: 2024/04/22، على السّاعة 19:05 سا.

[2] محمد بن إسماعيل البخاريّ، المصدر السّابق، مج 04، ج 07، باب المتنمّصات، رقم الحديث 149، ص 304.

لكّن، يجب أوّلا التّمييّز بين نوعي الجراحة التّجميليّة؛ يتمثّل الأوّل في الجراحة التّجميليّة التّقويميّة أو التّرميميّة؛ يكون الهدف منها إصلاح العيوب الخلقيّة أو المكتسبة فهذه الجراحة تتضمّن معنى العلاج، وهي جائزة في الفقه الإسلاميّ.

أمّا النّوع الثّاني، فهو الجراحة التّحسينيّة الّتي يكون الهدف منها تحسين المظهر رغبة في صورة أجمل؛ كتجديد الشباب وإزالة التّجاعيد، وهو محرّم شرعا لما فيه من التّدليس[1].

وأبرز صورة للتّدليس بالجراحة، هي ترميم أو ترقيع أو إصلاح غشاء البكارة وهي عملية جراحيّة تقوم بها المرأة لاستعادة بكارتها وعذريّتها بطريقة اصطناعيّة.

والهدف من هذه العمليّة، هو إعادة النّزيف أثناء ممارسة الجماع، خصوصا لدى النّساء اللّواتي يتزوّجن أوّل مرّة[2].

أمّا عن حكمها، فقد اتّفق الفقهاء على حرمة رتق غشاء البكارة للزّوجة أو من سبق لها الزّواج، وذلك لما فيه من كشف للعورة رغم انتفاء الضّرورة.

كما اتّفقوا على حرمة التّرقيع في حالة إقدام المرأة على الفاحشة، وافتضح أمرها؛ لكون فعلها هذا من باب التّدليس ونفي التّهمة.

أمّا المغتصبات والمغرّرات، فالرّاجح جواز الرّتق لهنّ لانتفاء التّهمة والسّتر عليهنّ[3]. وأمّا من زالت بكارتها بغير وطء، فإنّه يجوز إصلاح غشائها العذريّ؛ لكونها بكرا، ورتق غشاء بكارتها دليل على حالها الّذي هي متّصفة به؛ فلا يكون في ذلك

---

[1] بخوش رزيق، المرجع السّابق، ص 263.

[2] ترقيع غشاء البكارة في ألمانيا، منشور على الرّابط الآتي: http://ar.health-tourism.com، تاريخ التّصفّح 2024/04/23، على الساعة 19:39 سا.

[3] مجمل أحكام رتق غشاء البكارة، فقه المسلم، منشور على الرّابط الآتي: http://fiqh.islamonline.net، تاريخ التّصفّح: 2024/04/23، على السّاعة 20:37 سا.

غشّ ولا تدليس ولا خداع، كما أنّه ليس فيه كشف للعورة وإنّما لمصلحة، وهو جائز شرعا لضرورة ذلك[1].

وهذا ما جاء في قول ابن قدامة: «وإذا ذهبت عذريّتها بغير جماع؛ كالوثبة أو لشدّة حيضة، أو بأصبع، أو عود، ونحوه، فحكمها حكم الأبكار»[2].

وعليه، فمسألة رتق غشاء البكارة تجاذبتها المصالح والمفاسد، ومن رجّح المصلحة والسّتر ودفع الضّرر عن المرأة، قال بمشروعيّة ذلك، ومن رجّح جانب المفاسد، وأهمّها أنّ هذا الرّتق يكون ذريعة للزّنا، مع ما فيه من كشف للعورات وغشّ وتدليس بالزّوج، قال بعدم مشروعيّة ذلك.

كما أنّ تأثير العادات والتّقاليد السّائدة في المجتمع على هذه المسألة، يلعب دورا كبيرا في مدى مشروعيّة الرّتق أو عدم مشروعيّته[3].

وعن سعيد بن المسيّب، أن رجلا من أسلم جاء إلى أبي بكر الصّديق، فقال له: «إن الآخر زنى، فقال له أبوبكر: هل ذكرت هذا لأحد غيري؟ فقال: لا، فقال له أبو بكر: فتب إلى الله واستتر بستر الله، فإنّ الله يقبل التّوبة عن عباده»[4].

وعن سعيد بن المسيّب أيضا أنّه قال: «بلغني أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال لرجل مِنْ أَسْلَمَ يقال له هزّال: ﴿يا هزّال، لو سترته بردائك لكان خيرا لك﴾، قال

---

[1] حميد عبد اللّطيف جاسم، أحكام رتق غشاء البكارة في الفقه الإسلاميّ، مجلّة الجامعة العراقيّة، مج 03، ع 60، العراق، د. س. ن، ص 165.

[2] ابن قدامة المقدسي الحنبلي الدمشقي، المرجع السّابق، ج 07، فصل الحكم إذا ذهبت عذريّتها بغير جماع في إذنها في النّكاح، ص 46.

[3] حشمت محمد عبده، أحكام سقوط البكارة ورتقها في الفقه الإسلاميّ، مجلّة الدّراسات الإسلاميّة والبحوث الأكاديميّة، ع 87، مصر، د. س. ن، ص 319.

[4] مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 02، باب ما جاء في الرّجم، رقم الحديث: 02، د. ط، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، 1406هـ - 1985م، ص 820.

يحي بن سعيد: فحدّثت بهذا الحديث في مجلس فيه يزيد بن نعيم بن هزّال الأسلمي فقال يزيد: هزّال جدّي، وهذا الحديث حقّ»[1].

من خلال هذين الحديثين، تظهر أهمّية السّتر في الشّريعة الإسلاميّة، وعلى المسلم أن يستر أخاه ولا يفضحه. وبناء عليه، فإنّ رتق غشاء البكارة يدخل في مفهوم السّتر.

وعين الصّواب هو ما جاء به مجمع الفقه الإسلاميّ القائل: «يجوز رتق غشاء البكارة الّذي تمزّق بسبب حادث أو اغتصاب أو إكراه، ولا يجوز شرعا رتق الغشاء المتمزّق بسب الفاحشة، سدّا لذريعتي الفساد والتّدليس»[2].

- **التّدليس بالإدلاء بوثائق مخالفة للحقيقة:** كأن تقوم الفتاة وأهلها باستخراج شهادة ميلاد ناتجة عن حكم قضائيّ بإنقاص السّنّ، بعد أن تكون قد بلغت سنّا متقدّما على الخاطب[3].

أو أن تسعى المرأة لتزوير شهادة العذريّة، حتى تغرّر بزوجها عند الدّخول بها أيضا تزوير الشّهادات المبيّنة للحالة المدنيّة؛ كتزوير شهادة الزّواج والطّلاق حتى توهم الرّجل بأنّها ثيّب بسبب الزّواج، في حين أنّها لم تتزوّج أصلا، وإنّما هي ثيّب من الزّنا[4].

كما يقدّم أحد الطّرفين شهادات علميّة وشهادات عمل وشهادات الرّاتب، حتى يوهم غيره أنّه موظّف ساميّ ذا مستوى تعليميّ عالٍ، وصاحب راتب وافر.

---

[1] مالك بن أنس، المصدر السّابق، رقم الحديث 03، ص 821.

[2] مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ بشأن الجراحة التّجميلية وأحكامها، قرار رقم: 173 (18/11)، الدّورة 18، ماليزيا 24-29 جمادى الثّانية 1428هـ الموافق لـ 9-14 يوليو 2007، منشور على الرّابط: https://iifa-aifi.org.

[3] عبد الرّحمن الحجاجي، المرجع السّابق، ص 110.

[4] بخوش رزيق، المرجع السّابق، ص 268.

ب. التّدليس بكتمان الحقيقة:

يكون التّدليس بكتمان الحقيقة، بإخفاء أحد الزّوجين عيوبه تغريرا وخداعا للوصول لغايته المتمثّلة في الزّواج.

حيث يعدّ هذا النّوع من التّدليس أشدّ الأنواع خطرا وضررا؛ لتعمّد الكتمان فيه ومن صوره قيام أحد الزّوجين بإخفاء عيب العجز أو البرود الجنسيّ، أو أمراض يستحيل معها الزّواج ظهرت أثناء الفحص الطبيّ[1]، الّتي لولا كتمانها لما انعقد عقد الزّواج الواجب قيامه على الصّدق والمصارحة بين الزّوجين، وعدم كتمان العيوب المؤثّرة على غاية الزّواج، هو ما جاء في كتاب الأمّ للشافعي: «... ولا يزوّج المغلوبة على عقلها أحد غير الآباء، فإن لم يكن آباء رفعت إلى السّلطان وعليه أن يعلم الزّوج ما اشتهر عنده أنّها مغلوبة على عقلها، فإن يقدم على ذلك زوّجها إيّاه وإنّما منعت الولاة غير الآباء تزويج المغلوبة على عقلها»[2].

وبحسب رأينا، فإنّ الأمراض ليست سببا مخوّلا لفسخ عقد الزّواج، خاصة إذا علم بها الطّرف الآخر ورضي بذلك ولم يعتبره عائقا ومانعا من الزّواج، وإنّما السّبب هو كتمان الطّرف الآخر باعتباره تدليسا وتغريراً.

وفي حالة ما إذا كان العيب ارتكاب الفاحشة، ثمّ تاب مرتكبها واستقام حاله وصلح أمره، فلا يجوز أن يذكّر بما كان منه من الفاحشة، وإنّما الواجب هنا ستره وعدم كشفه وكتمان ذلك وعدم فضحه.

---

[1] عبد العزيز فخات، نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزّواج في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائريّ والشّريعة الإسلاميّة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصّص الحماية الجنائيّة للأسرة، قسم الحقوق، معهد الحقوق والعلوم السّياسيّة، المركز الجامعيّ صالحي أحمد، النّعامة، 2021-2022، ص 257.

[2] محمّد بن إدريس الشّافعيّ، الأمّ، ج 02، كتاب النّكاح، باب ما جاء في الأوصيّاء، ط 02، دار الفكر، بيروت، 1403هـ - 1983م، ص ص 21، 22.

لقول الله جلّ شأنه: ﴿... إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ... (222)﴾[1]، وقول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿التّائِبُ مِنْ الذَّنْبِ كَمَنْ لاَ ذَنْبَ لَهُ﴾ رواه ابن ماجة[2].

وروى شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب، أنّ رجلا أراد أن يزوّج ابنته فقالت: إنّي أخشى أن أفضحك، إنّي قد بغيت، فأتى عمر رضي الله عنه وأرضاه فذكر ذلك له، فقال: «أليست قد تابت؟» قال: نعم، قال: «فزوّجها»[3].

وهناك صورة أخرى للتّدليس بكتمان الحقيقة؛ كتظاهر أحد الزّوجين أنّه معتنق للدّين الإسلاميّ بهدف زواجه من الطّرف الآخر؛ فمثلا كتابيّ أحبّ مسلمة وقصدها للزّواج، وبعد أن تزوّجها وحملت منه ثبت أنّ دخوله للإسلام كان تحايلا وغشّا، وأنّه ما زال على ملّته. وهذا أمر مضرّ بالزّوجة؛ كونها تزوّجت بمن لا يجوز لها شرعا الزّواج به، وعليه يفسخ عقد الزّواج وتترتّب عليه المسؤوليّة المدنيّة؛ نظرا لتوافر العلاقة السّببيّة بين الخطأ والضّرر[4]. وهذا ما سنوضّحه لاحقا في سياق هذا الموضوع.

ج. التّدليس بالقول:

يكون التّدليس بالقول في الزّواج، بالكذب في الإخبار عن مواصفات أحد الزّوجين، أو بتخلّف الوصف المشروط في ذلك الزّوج:

فأمّا الأوّل فيكون بإخبار أحد الخاطبين الخاطب الآخر بأنّه يتّصف بجملة من الصّفات المرغوبة، ثمّ يتبيّن أنّه خالٍ منها؛ كأن يخبر الخاطب مخطوبته أنّه يملك سكنا مستقلاّ وسيّارة فخمة، في حين أنّه بطّال معدوم. ونفس الأمر بالنّسبة للمخطوبة؛ فقد

[1] سورة البقرة، الآية 222.

[2] أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمّد بن عبد البرّ النّمريّ، المرجع السّابق، ج 05، باب جامع النّكاح، ص 539.

[3] المصدر والموضع نفسهما.

[4] وائل محمّد علي الخليفي، المرجع السّابق، ص 297.

يخبر وليّها الخاطب أنّها بكر بينما هي ثيّب سبق لها الزّواج[1]. وأمّا الثّاني؛ ألا وهو تخلّف الوصف المشروط، فيكون عند اشتراط أحد الزّوجين في الزّوج الآخر وصفا مرغوبا فيه، ثمّ يتّضح بعد الزّواج غياب ذلك الوصف.

فموافقة المتعاقد على ما شرطه المتعاقد الآخر، مع علمه بانعدام الصّفة المشروطة، هو في حدّ ذاته إخبار كاذب ونقض للوعد[2]. وهذا مخالف لما حثّنا عليه ديننا الحنيف؛ فقد أمرنا الله عزّ وجلّ بالوفاء بالعقود، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۚ ... (01)﴾[3]. وقوله أيضا جلّ شأنه: ﴿... وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ۚ ... ﴾[4].

كما وردت عدّة أحاديث نبويّة في النّهيّ عن الغدر، فكلّ من شرط شرطا ثمّ نقضه، فقد غدر.

فعن عبد الله بن عَمْر أنّ النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم قال: ﴿أربع من كنّ فيه كان منافقا خالصا ومن كانت فيه خصلة منهنّ كانت فيه خصلة من النّفاق حتى يدعها: إذا ائتُمِن خان، وإذا حدّث كذب، وإذا عاهد غدَر، وإذا خاصم فجر﴾ متّفق عليه[5].

3. شروط التّدليس في الفقه الإسلاميّ:

سنوضّح في هذا العنصر شروط التّدليس الخاصة بكلّ من الغارّ (المدلِّس) والمغرور (المدلّس عليه)، ووسيلة التّغرير (وسيلة التّدليس)؛ ألا وهي[6]:

---

[1] بخوش رزيق، المرجع السّابق، ص 269.

[2] المرجع نفسه، ص 273.

[3] سورة المائدة، الآية 01.

[4] سورة الأنعام، الآية 152.

[5] محمد بن إسماعيل البخاريّ، المصدر السّابق، مج 01، ج 01، باب علامة المنافق، رقم الحديث: 32، ص 26.

[6] بخوش رزيق، المرجع السّابق، ص ص 241 – 253.

- أن يكون الغارّ (المدلِّس) طرفا في العقد؛ بمعنى أن يكون الزّوج أو الزّوجة طرفان أصيلان في العقد. كما يمكن أن يكون المدلِّس طرفا مباشرا بالنّيابة؛ كالوليّ أو الوكيل، فإذا صدر التّدليس من الأصيل أو من نائبه المباشر، كان التّدليس مؤثّرا في صحّة العقد.

فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ صدور التّغرير من أحد المتعاقدين، أو من أجنبيّ بأمر من أحد المتعاقدين، يعتدّ به ويؤثّر في العقد.

أمّا إذا كان التّغرير من أجنبيّ دون علم المتعاقد المستفيد، فلا يؤثّر ذلك على العقد ولا يعتبر تدليسا.

- أن يكون المدلّس عليه جاهلا بحقيقة الأمر المدلّس به، وعليه لا يعتبر ذلك الفعل تدليسا، إلاّ في حالة جهل الزّوج الآخر بهذا العيب؛ فإن علم به قبل العقد دلّ ذلك على رضاه، ولا يعتبر مدلّسا عليه.

- يجب أن يكون المدلّس عليه (المغرور) غير مقصّر في إدراك الحقيقة؛ فمثلا لا تقبل دعوى الخاطب لانخداعه بالجمال المصطنع، ولا يتصوّر أن يغترّ به إلاّ إذا كان مقصّرا في النّظر، ولا دراية له بأحوال النّساء.

- أن تكون وسيلة التّغرير مؤثّرة في رضا المغرور ودافعة له للتّعاقد، إضافة إلى كونها غير مشروعة.

ثانيا- أثر عيب التّدليس على عقد الزّواج وتعويض ضرره في الفقه الإسلاميّ:

خصّصت هذه النّقطة للحديث عن أثر عيب التّدليس على عقد الزّواج، وتحديدا أثر التّدليس في العيوب الزّوجية، والتّدليس في الصّفات المشترطة على عقد الزّواج وكذا الحديث عن تعويض ضرر عيبه في الفقه الإسلاميّ.

1. أثر التّدليس في العيوب الزّوجيّة والتّدليس في الصّفات المشترطة على عقد الزّواج:

لقد اختلف فقهاء المذاهب الإسلاميّة، في حكم عقد الزّواج المقترن بالتّدليس وأثره على العقد؛ كأثر عيب التّدليس على عقد الزّواج في العيوب الزّوجيّة، وفي الصّفات المشترطة، وهو ما سيتمّ عرضه في سياق هذا العرض تواليا.

أ- أثر عيب التّدليس في العيوب الزّوجيّة على عقد الزّواج:

انقسم الفقهاء فيما يخصّ عقد الزّواج المقترن بالتّدليس في العيوب الزّوجية إلى قسمين: قسم منهم يرى بأنّه صحيح لازم، وليس للزّوجين الحقّ في طلب التّفريق بسبب هذه العيوب، كما لا يجوز للزّوج طلب الفسخ وإن كان يتضرّر بها، لكّن يمكنه دفع الضّرر عن نفسه بالطّلاق؛ لأنّ هذا الأخير بيده وليس بيد المرأة، فيتعيّن لها الفسخ طريقا لدفع الضّرر؛ فالخيار في تلك العيوب، ثبت لدفع ضرر فوات حقّها المستحقّ بالعقد وهو الوطء[1]، وهذا رأي الحنفيّة الّذين يعتبرون الزّواج صحيحا، وأنّ السّلامة من العيوب حقّ خالص للمرأة، فإذا أسقطت حقّها كان لها ذلك، ولا يحقّ لأحد الاعتراض[2].

وقد استدلّ أصحاب هذا الرّأي بعدّة أقوال منها:

ما رويّ عن علي كرّم الله وجهه أنّه قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، فَوَجَدَهَا مَجْنُونَةً أَوْ مَجْذُومَةً أَوْ بَرْصَاءَ ، فَهِيَ امْرَأَتُهُ ، إِنْ شَاءَ طَلَّقَ ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ»[3].

---

[1] علاء الدين الكساني، المرجع السّابق، ج 02، فصل وأما خلوّ الزّوج عمّا سوى هذه العيوب الخمسة، ص 327.

[2] إسماعيل أبا بكر علي البامري، المرجع السّابق، ص 105.

[3] سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرّحمن الأعظمي، ج 01، باب من تزوّج امرأة مجذومة أو مجنونة، ط 01، الدّار السّلفيّة، الهند، 1403هـ - 1983م، ص 245.

وعن عروة بن الزّبير رضي الله عنه، أنّ عائشة أخبرته أنّ امرأة رفاعة القُرظي جاءت إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فقالت: «يا رسول الله: إنّ رفاعة طلّقني فبتَّ طلاقي وإنّي نكحت بعده عبد الرّحمن بن الزّبير القُرظي، وإنّما معه مثل الهدبة»، قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿لعلّك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى يذوق عُسَيْلَتَكِ، وتذوقي عُسَيْلَتَهُ﴾[1].

أمّا القسم الثّاني من الفقهاء، فذهبوا إلى أنّ عقد الزّواج المقترن بالتّدليس في العيوب الزّوجيّة هو عقد صحيح غير لازم، وللزّوج المدلّس عليه خيار الفسخ[2].

فالله عزّ وجلّ أوجب على الزّوج الإمساك بالمعروف أو التّسريح بالإحسان لقوله جلّ شأنه: ﴿... فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ ... (229)﴾[3].

مع العلم أنّ استيفاء النّكاح عليها، مع كونها محرومة الحظّ من الزّوج، ليس من الإمساك بالمعروف في شيء، لذا تعيّن عليه التّسريح بإحسان[4].

وعن كعب بن زيد، أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم تزوّج امرأة من بني غِفار، فلّما دخل عليها ووضع ثوبه وقعد على الفراش، أبصر بكَشْحِها بياضا فانحاز عن الفراش، ثمّ قال: ﴿خذي عليك ثيابك ولم يأخذ ممّا آتاها شيئا﴾، رواه أحمد وسعيد في سننه[5].

---

[1] محمد بن إسماعيل البخاري، المصدر السّابق، مج 04، ج 07، باب من أجار طلاق الثّلاث، رقم الحديث: 08، ص 76.

[2] شمس الدّين بن مفلح، الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج 08، باب العيوب في النّكاح، ط 01، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، 1434هـ - 2003م، ص 280.

[3] سورة البقرة، الآية 229.

[4] علاء الدين الكساني، المرجع السّابق، ج 02، فصل ومنها خلوّ الزّوج عن عيب الجب والعنّة، ص 323

[5] محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المصدر السّابق، ج 06، باب ما يذكر في ردّ المنكوحة بالعيب، رقم الحديث: 01، ص 298.

وبحسب رأينا، فإنّ القول الثّاني القائل بأنّ عقد الزّواج المقترن بالتّدليس في العيوب الزّوجيّة عقد صحيح غير لازم، فيه مصلحة لكلا الزّوجين؛ على اعتبار أنّ للمدلّس عليه زوج كان أو زوجة، حقّ الخيار سواء بالاستمرار في تلك العلاقة الزّوجيّة، أو المطالبة بفسخ عقد الزّواج، لو رأى أنّه تضرّر من هذا التّدليس الواقع عليه.

ب- أثر عيب التّدليس في الصّفات المشترطة على عقد الزّواج:

اختلف فقهاء المذاهب الإسلاميّة أيضا، في حكم عقد الزّواج المقترن بالتّدليس في الصّفات المشترطة وأثره عليه؛ على قولين كالآتي:

يرى أصحاب القول الأوّل، أنّ التّدليس في الصّفات المشترطة في عقد الزّواج يجعل هذا الأخير باطلا، وحتى إن أجازه المدلّس عليه لا يكون العقد صحيحا؛ فلا يتحقّق الخيار عند بطلان العقد، «فإن اشترط السّلامة في عقد النّكاح، فوجد عيبا- أيّ عيب كان-؛ فهو نكاح مفسوخ مردود، لا خيار له في إجازته، ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة-دخل أو لم يدخل-؛ لأنّ الّتي أدخلت عليه غير الّتي تزوّج، ولأنّ المسالمة غير المعيبة بلا شكّ، فإذا لم يتزوّجها فلا زوجيّة بينهما»[1].

وقد كانت حجّتهم في ذلك، أنّ الصّفة في عقد النّكاح تجري مجرى العين في عقود المعاوضات؛ حيث لا يجوز الاقتصار على صفة العين، حتى تشاهد تلك العين فاقتضى أن يكون خلاف الصّفة في النّكاح، جار في إبطاله مجرى خلاف العين في البيع؛ فيبطل البيع[2].

[1] أبو محمّد بن حزم الظّاهريّ، المرجع السّابق، كتاب فسخ النّكاح، ص 285.

[2] أبو الحسن علي بن محمّد بن محمّد بن حبيب البصيريّ البغدادي الماورديّ، المرجع السّابق، ج 09، باب اجتماع الولاة وأولادهم وتفرّقهم وتزويج المغلوبين على عقولهم والصّبيان، ص141.

أمّا أصحاب القول الثّاني، فيرون بأنّ التّدليس في الصّفات المشترطة يبقي العقد صحيحا، ولكنّه يؤثّر في لزومه، ولكلا الزّوجين خيار الردّ عند تخلّف الشّرط؛ فالمرأة إذا وجدت الرّجل أفضل ممّا اشترطت، فلا خيار لها، وإن وجدته أدنى ممّا اشترطت وأدنى منها أو وجدته أدنى ممّا اشترطت وهو أرفع منها أو مثلها، فلها الخيار في هاتين الحالتين[1].

مستدلّين بقول الله تبارك وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۚ ... (01)﴾[2].

وقول رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿من غشّنا فليس منا﴾، رواه مسلم[3].

وهذا هو القول الرّاجح حسب رأينا؛ إذ للمدلّس عليه حقّ الخيار عند تخلّف الشّرط؛ فعقد الزّواج المقترن بالتّدليس في الصّفات المشترطة، يعتبر عقدا صحيحا غير لازم، والشّروط جائزة ومشروعة؛ ولهذا يترتّب على تخلّفها حقّ الخيار للزّوجين.

2. تعويض ضرر عيب التّدليس على عقد الزّواج في الفقه الإسلاميّ:

ينتج عن التّدليس في عقد الزّواج نوعين من الضّرر؛ ضرر ماديّ متمثّل في التّكاليف والمصاريف، الّتي تكبّدها المدلّس عليه زوجا كان أو زوجة؛ الّتي يمكن أن تكون طواعية فلا تعويض عليها، كما يمكن أن تكون نفقات صرفت بالتّدليس فضمانها على المدلّس.

وضرر ماديّ آخر متمثّل في انتقال مرض أو فيروس معدٍ للطّرف المدلّس عليه؛ نتيجة كتمان المدلّس إصابته به.

---

[1] عبد الرّحمن الرّعينيّ المالكيّ، المرجع السّابق، ج 03، كتاب النّكاح، ص 497.

[2] سورة المائدة، الآية 01.

[3] أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيريّ النّيسابوريّ، المصدر السّابق، ج 02، كتاب الأيمان، ص 99.

أمّا النّوع الثّاني، فهو الضّرر المعنويّ المتمثّل في تفويت فرصة المرأة المدلّس عليها، في الزّواج بمن كانت ترغب فيه لولا التّدليس الواقع عليها، أيضا الألم النّفسيّ الّذي قد يصيبها جرّاء العار[1]؛ بسبب زواجها بمن يكبرها بعديد السّنين، أو بمن لا يكافئها أو بمن له دين مغاير لدينها.

أمّا فيما يخصّ التّعويض عن ضرر التّدليس؛ فالقائلون بفسخ العقد للتّدليس يوجبون تعويض الزّوجة المدلّس عليها، ويكون هذا التّعويض متمثّلا في الصّداق كاملا إذا تمّ الدّخول وهذا حقّ الزّوجة، ولا يحلّ لها شيء وراء ذلك.

وإذا كان المقصود شيئا أكثر من ذلك، مراعاة للتّدليس الّذي وقع، فلا يحلّ للمدلّس عليها ما زاد على الصّداق، وإنّما يجب الاكتفاء بالصّداق كاملا تعويضا لها عن ضرر الدّخول[2]

أمّا الضّرر المعنويّ فلم يعالجه الفقهاء؛ لأنّهم يرون بأنّ فسخ الزّواج يكفي في تعويضها عمّا أصابها من ضرر نفسيّ؛ فالتّدليس وغيره من الأمور المعنويّة، لا يعتاض عنه بعوض ماليّ[3].

غير أنّه في حالة العاجز عن الوطء، ذهب المالكيّة إلى التّفريق بينه وبين زوجته بسبب هذا العيب، وإن تصادقا على نفي الوطء فلا صداق لها، وإنّما للقاضي تقدير تعويضها إذا حصل بينهما تلذّذ، وفي هذا الشّأن قال خليل: وتعاض المتلذّذ بها[4].

---

[1] بخوش رزيق، المرجع السّابق، ص 406.

[2] محمّد صال المنجد، هل تستحق الزّوجة تعويضا بعد فسخ النّكاح بسبب الغشّ وإخفاء العيب؟، منشور على الرّابط الآتي: *islamqa.info*، تاريخ التصفح: 2024/04/27، على السّاعة 20:15 سا.

[3] بخوش رزيق، المرجع السّابق، ص 273.

[4] شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيروانيّ، ج 02، د. ط، دار الفكر، د. ب. ن، 1415هـ - 1995م، ص 13.

فالطّرف المدلّس عليه؛ سواء زوج أو زوجة، يستحقّ التّعويض عن الضّرر النّاجم عن التّدليس في عقد الزّواج؛ سواء كان هذا الضّرر ماديّا أو معنويّا؛ لأنّ التّدليس عمل غير مشروع، يتحمّل فيه المدلّس مسؤوليّة التّعويض جبرا لضرر المدلّس عليه.

الفرع الثّاني: تعويض ضرر عيب التّدليس في قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة:

بعد أن بيّنا في الفرع الأوّل تعويض ضرر عيب التّدليس على عقد الزّواج في الفقه الإسلاميّ، سنعالج في هذا الفرع تعويض ضرره في قانون الأسرة الجزائريّ (أوّلا) والتّشريعات العربيّة (ثانيا).

أوّلا– تعويض ضرر عيب التّدليس على عقد الزّواج في قانون الأسرة الجزائريّ:

لم يتطرّق المشرّع الجزائريّ لتعريف عيب التّدليس، لا في القانون المدنيّ ولا في قانون الأسرة، إلاّ أنّه وضّح شروطه وآثاره على العقد في نصّ المادة 86 من القانون المدنيّ، كما يلي: «يجوز إبطال العقد للتّدليس، إذا كانت الحيل الّتي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النّائب عنه من الجسامة؛ بحيث لولاها لما أبرم الطّرف الثّاني العقد.

ويعتبر تدليسا السّكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أنّ المدلّس عليه ما كان ليبرم العقد، لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة».

من خلال نصّ هذه المادة، يتّضح لنا أنّ المشرّع قد أوجب إبطال العقد إذا كانت هناك حيل تدليسيّة، دفعت بالطّرف الآخر في العقد لإبرامه، ولولاها ما كان المدلّس عليه ليبرمه، وعليه فلا يجوز استعمال التّدليس لإبرام العقود.

أمّا نصّ المادة 87 من ذات القانون، فجاء فيه: «إذا صدر التّدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلّس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التّدليس».

تبيّن لنا من خلال قراءة هذه المادة، أنّ المشرّع اشترط في حالة صدور التّدليس من غير أطراف العقد، أن يثبت الطّرف المتعاقد (المدلّس عليه) علم المتعاقد الآخر بهذا التّدليس، حتى يتمكّن من إبطال العقد.

هذا، وبرجوعنا لقانون الأسرة الجزائريّ، وجدنا أنّه نصّ على بعض صور التّدليس في الرّابطة الزّوجية، وهو موضوع حديثنا في النّقاط الآتي ذكرها، وفق ما يلي:

1. تعويض ضرر التّدليس للعيوب الزّوجيّة:

نصّ المشرّع الجزائريّ في المادة 53 الفقرة 02 من قانون الأسرة على أنّه: «يجوز للزّوجة أن تطلب التّطليق للعيوب الّتي تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج».

يتّضح لنا ممّا سبق، أنّ المشرّع الجزائريّ أعطى للزّوجة حقّ فكّ الرّابطة الزّوجيّة بالتّطليق، عند تضرّرها من العيوب المانعة من تحقيق الغاية من الزّواج.

غير أنّه لم يوضّح تلك العيوب ولم يعط حتى أمثلة عنها، لكّن من المؤكّد أنّها علل جنسيّة، وأمراض من شأنها منع العلاقة الجنسيّة بين الزّوجين.

فقد جعل المشرّع كلّ عيب يؤثّر على مقاصد الزّواج، سببا كافيا لطلب الزّوجة التّطليق، رفعا للضّرر وإزالته عنها.

بمعنى أنّه قد وسّع من دائرة العيوب ولم يحصرها؛ معتبرا كلّ عيب لا يتم به مقصود الزّواج؛ يكون موجبا للتّطليق، وصراحة فإنّه أحسن الفعل من وجهة نظرنا لأنّ الهدف الأوّل من الزّواج لا يكمن في العلاقة الجنسيّة فقط، وإنّما له أهداف أخرى أسمى من ذلك بكثير؛ تتمثّل في تربية الأبناء تربية سليمة، ليكونوا أفرادا صالحين في المجتمع، ينفعون دينهم ووطنهم وأمّتهم.

وفي حالة اكتشاف الزّوجة عيبا في زوجها بعد الزّواج، ولم تكن عالمة به قبله وكان من شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقة الجنسيّة، أو الحيلولة دون إنجاب الأولاد

مثل العقم مثلا، أو دفعها إلى النّفور والاشمئزاز، فإنّه يحقّ لها دفع الضّرر عنها بلجوئها إلى القضاء؛ من أجل تطليقها من زوجها العليل[1].

ولهذا رأت بعض الحكومات فرض الفحص الطّبّيّ على الرّاغبين في الزّواج وإلزامهم به وإعلامهم بنتائجه؛ حتّى يكون ارتباطهم على بيّنة وبصيرة، وإن اختلفت التّشريعات في ذلك بين مضيّق وموسّع[2].

هذا فيما يتعلّق بالتّشريع، أمّا من النّاحية القضائيّة فقد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1992/12/22، جاء فيه ما يلي:

«من المقرّر قانونا وقضاءً، أنّه يجوز للزّوجة طلب التّطليق استناد لوجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزّواج؛ كتكوين أسرة وتربية الأبناء.

ولمّا أسّس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتّطليق، على عدم إمكانيّة إنجاب الأولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطّبيّة الّتي خلصت إلى عقم الزّوج؛ فإنّهم قد وفّروا للقضاء الأسباب الشّرعية الكافية، ما عدا ما يتعلّق بإلزام الزّوج بالتّعويض، ممّا يتوجّب نقضه جزئيّا في هذا الجانب، لانعدام حالة التّعسّف»[3].

من خلال هذا القرار، نلاحظ أنّ التّعويض لا يحكم به للزّوجة الّتي طلبت التّطليق؛ لوجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزّواج، ولعلّ سبب ذلك أنّ عيب عقم الزّوج ليس له دخل فيه؛ فالعقم مرض خارج عن إرادة الزّوج، وبالتّالي لا نتصوّر إلزامه بالتّعويض عن ضرر لم يتسبّب فيه.

---

[1] مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السّابق، ص 213.

[2] محمّد حيدرة، الضّرر في الأحوال الشّخصيّة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في الفقه والأصول، كلّية العلوم الإنسانيّة والحضارة الإسلاميّة، جامعة وهران، 2011-2012، ص 112.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 87301، قرار صادر بتاريخ 1992/12/22، المجلّة القضائيّة، ع 02، 1995، ص 92.

وهذا ما كرّسه قرار المحكمة العليا الصّادر بتاريخ 2006/11/15، الّذي جاء فيه ما يلي:

«عقم الزّوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يعدّ سببا من الأسباب الشّرعية والقانونيّة، المخولّة للزّوج حقّ الطّلاق بتظليم الزّوجة»[1].

يتّضح لنا من خلال هذين القرارين، أنّ حكم العقم عند الزّوج يختلف عن حكمه عند الزّوجة؛ على اعتبار أنّ القرار الأوّل منح للزّوجة التّطليق عن ضرر العقم، مع حرمانها من التّعويض عن هذا الضّرر، بحجّة أنّ تطليقها من هذا الزّوج هو في حدّ ذاته تعويض.

أمّا القرار الثّاني، فلم يمنح الزّوج حقّ الطّلاق بسبب ضرر عقم الزّوجة؛ لأنّ الزّوج بإمكانه رفع هذا الضّرر عنه بزواجه ثانية.

وعليه، فإنّ عدم علم الزّوجة بعيب زوجها، مع عدم رضاها به بعد علمها يعطيها الحقّ في طلب التّطليق.

وبالتّالي، فإنّ القضاء لا يحكم بالتّعويض إلاّ بعد فهم دقيق لمعطيات القضيّة وما ينتج عنها من آثار؛ مراعاة لمصلحة كلا الطّرفين وبالأخصّ مصلحة الأسرة.

فالعقم مثلا لا يمكن اعتباره من قبيل الإضرار؛ لأنّ الحيلولة دون ممارسة الحياة الزّوجيّة بسببه لا يد للزّوج فيه، بل هو رغما عنه، وهو ما يبرّر عدم حقّ الزّوجة في التّعويض، لكنّه لا ينفي حقّها في التّطليق.

وهذا ما جاء في القرار الصّادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 2011/01/13 القائل بأنّه:

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 373707، قرار صادر بتاريخ 2006/11/15، مجلّة المحكمة العليا، ع 01، 2007، ص 499.

«لا يتحمّل الزّوج المصاب بمرض العقم، مسؤوليّة تعويض الزّوجة الطّالبة للتّطليق، عن الضّرر الحاصل لها بفعل عدم قدرته على الإنجاب»[1].

غير أنّ ما يعاب على المشرّع الجزائريّ، أنّه لم يفرّق بين العيوب الّتي يعلمها الزّوج ويخفيها على زوجته، وبين تلك الّتي لا يمكن وصول علمه إليها، وعليه فإنّ عدم علم الزّوجة ببعض العيوب قبل العقد؛ يعني لا محالة أنّ الزّوج أخفاها عنها، مع أنّها عيوب ظاهرة لا يمكن أن تخفى عليه بأيّ حال من الأحوال. وهذا ما يستدعي بالضّرورة القضاء بتعويض الزّوجة عن تضرّرها، عكس العقم فإنّه لا يتصوّر علم الزّوج به، إلاّ في حالة الخبرة الطّبّيّة أو زواج سابق[2]. وبالتّالي، لا تستحقّ عليه الزّوجة تعويضا عند طلب تطليقها.

2. تعويض ضرر التّدليس لبكارة الزّوجة:

إنّ التّدليس بادعاء البكارة يؤدّي مستقبلا إلى تهديد الحياة الزّوجيّة، وإنهائها من قبل الزّوج؛ لاكتشافه تدليس الزّوجة له، ورغم ذلك لم يتطرّق المشرّع الجزائريّ لهذه المسألة إطلاقا، مع أنّه ألزم الزّوجين بالفحص الطّبّيّ قبل إبرام عقد الزّواج، غير أنّه لم يدرج شهادة العذريّة ضمن الملف الطّبّيّ.

وهذا ما جعل مسألة التّدليس لبكارة الزّوجة في انتشار دائم لدى الفتيات، خاصة بعد ظهور ما يعرف بغشاء البكارة الاصطناعيّ، ومع هذا لا توجد نصوص قانونيّة رادعة لهذه المسألة، كما أنّ الزّوج الّذي لا يشترط العذريّة عند العقد، لا يمكنه أن يحتجّ بهذا الشّرط بعد الدّخول بزوجته.

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 596191، قرار صادر بتاريخ 2011/01/13، مجلّة المحكمة العليا، ع 02، 2011، ص 270.

[2] محمّد سفسيفي وعبد المنعم نعيمي، معيقات الإنجاب عند الزّوج وأثرها على الرّابطة الزّوجيّة في ظلّ تقدّم الحلول الطّبّيّة –دراسة قانونيّة مدعّمة بالاجتهاد القضائيّ–، مجلّة القانون والعلوم السّياسيّة، مج 07، ع 02، المركز الجامعي صالحي أحمد، النّعامة، 2021، ص 62.

وهو ما أكّده قرار المحكمة العليا، الصّادر بتاريخ 2000/05/23، بالقول:

«إنّ عدم اشتراط العذريّة في عقد الزّواج، لا يحمّل الزّوجة المسؤوليّة في الطّلاق والتّعويض؛ لأنّ البناء بالزّوجة ينهي كلّ دفع بعدم العذريّة»[1].

وعليه، لا تتحمّل الزّوجة –حسب هذا القرار– مسؤوليّة الطّلاق، ولا يستحقّ الزّوج التّعويض، ما دام أنّه لم يشترط العذريّة أثناء إبرام عقد الزّواج؛ فإيقاع الطّلاق وتأسيسه على عدم عذريّة الزّوجة، يعدّ طلاقا تعسّفيّا يترتّب عليه تعويض الزّوجة المطلّقة.

كما جاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/06/25، ما محتواه:

«من المقرّر شرعا، أنّه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلّقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها، إلاّ إذا كان الزّوج قد اشترط ذلك في عقد الزّواج، ومن المقرّر أيضا أنّه لا يحكم بفسخ عقد النّكاح إلاّ إذا كان هذا النّكاح فاسدا شرعا.

ومن ثمّ، فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطّاعن، تأسيسا على مخالفة أحكام الشّريعة الإسلاميّة، في غير محلّه ويستوجب الرّفض.

ولمّا كان الطّاعن لم يذكر الوسيلة الّتي توصّل بها إلى اكتشاف أنّ زوجته كانت فاقدة البكارة قبل ليلة الزّفاف، رغم عدم مباشرتها جنسيّا كما يزعم، فإنّ قضاة الاستئناف بقضائهم في الدّعوى بالطّلاق وتقرير حقوق المطلّقة، التزموا بتطبيق الأحكام الشّرعية، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن»[2].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 243417، قرار صادر بتاريخ 2000/05/23، اجتهاد قضائيّ، 2001، عدد خاص، ص 109.

[2] المجلس الأعلى، ملف رقم 33715، قرار صادر بتاريخ 1984/06/25، المجلّة القضائيّة، ع 04، 1989، ص 99.

3. تعويض ضرر التّدليس في تعدّد الزّوجات:

كما وضّحنا سابقا، يعتبر التّدليس تغريرا وخداعا وإخفاء عيب وكتمانه، فقد يكتم الزّوج مسألة التّعدد على كلتا زوجتيه السّابقة واللاّحقة مخافة رفضهما، وهذا التّدليس حسب المادة 08 مكرّر، لا يتحقّق إلاّ إذا كان التّعدّد دون ترخيص من القاضي؛ حيث نصّت على أنّه: «في حالة التّدليس، يجوز لكلّ زوجة رفع دعوى قضائيّة ضدّ الزّوج للمطالبة بالتّطليق».

بمعنى أنّ الزّوج مطالب بإخبار الزّوجة الأولى برغبته في التّعدّد، وكذا إخبار الزّوجة الثّانية بزواجه الأوّل، أمّا في حالة كتمانه هذا، فإنّ المشرّع خوّل لكلتا الزّوجتين رفع دعوى قضائيّة ضدّه للمطالبة بالتّطليق، وبالتّالي يجوز للزّوجة اللاّحقة والمدلّس عليها، طلب إبطال عقد الزّواج بسبب التّدليس الدّافع إلى التّعاقد[1].

أمّا فيما يخصّ التّعويض، فإنّ المشرّع الأسريّ لم يتحدّث عليه قطّ، مكتفيا بحقّ الزّوجة في المطالبة بالتّطليق عند وقوعها في التّدليس، وهذا يعتبر قصورا في القانون.

يمكن القول هنا، بأنّ المشرّع لم يراع مدى جسامة الضّرر اللاّحق بالزّوجة المدلّس عليها، لذا كان لزاما عليه أن يجيز للقاضي الحكم على الزّوج بالتّعويض وفرض عقوبة جزائيّة على الزّوج المدلّس؛ حتى يضع حدّا لأمثاله من الأزواج وبالتّالي ينظّم التّعدّد وفقا لما شرّعه الله عزّ وجلّ[2]، وحماية لشخصيّة الزّوجة من التّلاعب المرتقب من الأزواج ذوي النّوايا السّيّئة.

[1] خيرة العرابي، حقّ الزّوجة في رفض أو قبول تعدّد الزّوجات وأثره على استمرار الحياة الزّوجيّة، مجلّة الدّراسات القانونيّة المقارنة، مج 07، ع 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2021، ص 638.

[2] خيرة العرابي، المرجع السّابق، ص 639.

تجدر الإشارة هنا، إلى أنّ منح الزّوجة المدلّس عليها الحقّ في الالتجاء إلى القضاء، لطلب التّطليق دون تعويضها عن ضرر التّدليس الّذي لحق بها؛ هو تلاعب وعنف مباشر مورس على المرأة من قبل قانون الأسرة الجزائريّ[1].

ثانيا- تعويض ضرر عيب التّدليس على عقد الزّواج في التّشريعات العربيّة:

إنّ المشرّعين في قوانين الأحوال الشّخصيّة لبعض الدّول العربيّة، أشاروا بشكل صريح وواضح إلى مسألة التّغرير في عقد الزّواج؛ أبرزها مدوّنة الأسرة المغربيّة في مادتها 63 الّتي نصّت على أنّه: «يمكن للمكره أو المدلّس عليه من الزّوجين، بوقائع كان التّدليس بها هو الدّافع إلى قبول الزّواج أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزّواج قبل البناء وبعده، خلال أجل لا يتعدّى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتّدليس، مع حقّه في طلب التّعويض».

بمعنى أنّ التّدليس لا يخوّل الحقّ في فسخ العقد، إلاّ إذا كان المدلّس هو الزّوج الآخر أو نائبه أو شخص آخر متواطئ معه؛ لأنّ التّدليس الصّادر من الغير لا يخوّل هذا الحقّ، إلاّ إذا كان المتعاقد المستفيد من التّدليس على علم به.

هذا، وقد اشترط المشرّع المغربيّ في طلب الفسخ مدّة لا يتعدى أجلها شهرين من تاريخ العلم بالتّدليس.

ولعلّ الفرق بين كل من المشرّع الجزائريّ ونظيره المغربيّ، يكمن في كون أنّ هذا الأخير قد أعطى للمدلّس عليه إمكانيّة تحريك المتابعة الجنائيّة، عكس المشرّع الجزائريّ الّذي لم يعط للمدلّس عليه هذا الحقّ، كما لم يعطه حقّ المطالبة بالتّعويض.

«وفي هذا الصّدد، جاء في قضاء الأسرة بابتدائيّة وجدة، أنّه بإخفاء الزّوجة عن زوجها السّابق، باعتمادها على شهادة خطوبة تفيد أنّها عازبة والحال أنّها ليست كذلك

[1] علام الساجي، الزّواج التّعدديّ والعنف التّشريعيّ -مقاربة اتصاليّة وأنثروبيولوجيّة-، مجلّة الصّورة والاتصال، مج 04، ع 13، جامعة وهران -1- أحمد بن بلّة، 2015، ص 410.

تكون قد استعملت الاحتيال ضدّ زوجها، وأوقعته في غلط نتيجة تدليسها عليه فعابت بذلك إرادته؛ بحيث لو علم بذلك من قبل ما تعاقد معها، وبثبوت تدليسها يكون خطأها ثابتا وقائما فيما يحصل له من أضرار معنويّة وماديّة»[1].

وقد جاء في حيثيّة من قرار محكمة الاستئناف بمراكش ما يلي:

«حيث أنّ المستأنف عليه بتركيزه على أنّ المستأنفة لم تكن بكرا، هذا عيب فيها يوجب هو أيضا الفسخ، هو قول مردود؛ لأنّ المقصود بعبارة "بكر" المنصوص عليها في رسم النّكاح، هو أنّه لم يسبق لها زواج قطّ، وليس المقصود أنّها عذراء، والمستأنف عليه لم يشترطها عليها حين العقد، وبذلك يكون هذا الدّفع أيضا في غير محلّه، حيث يتضّح ممّا ذكر أعلاه، أن الحكم الابتدائيّ المستأنف لم يصادف الصّواب في كلّ ما قضى به، ويتعيّن إلغاؤه»[2].

الملاحظ من هذا القرار، أنّ المشرّع المغربيّ لم يجعل سلامة البكارة من شروط صحّة الزّواج، إلاّ إذا اشترطها الزّوج على من عقد عليها، بل وحتى اشتراط البكارة بالعقد موضع خلاف فقهيّ وقضائيّ.

وعلى العموم، فإنّ عقد الزّواج النّاشئ عن التّدليس في مدوّنة الأسرة المغربيّة له حكم واحد، ألا وهو فسخ العقد لتخلّف وفساد الإرادة، وبالتّالي يترتّب عليه حقّ المطالبة بالتّعويض للطّرف المتضرّر، ولكّن يبقى الإشكال المطروح في فسخ الزّواج يكمن في إثبات التّدليس؛ إذ غالبا ما تنتهي الأحكام الصّادرة عن محاكم المغرب بالرّفض، ونادرا ما تنتهي بالفسخ، وفي أغلبها لا يكون التّعويض محلّ طلب فيها[3].

---

[1] حكم 1858/05، ملف رقم 05/05/109. نقلا عن: موحى أسيدي أعمر، المرجع السّابق، ص 232.

[2] محكمة الاستئناف، ملف رقم 866/85، قرار صادر بتاريخ: 1986/18/07، مجلّة المحامي، ع 10، ص 86. نقلا عن: عبد الرّحمن الحجاجي، المرجع السّابق، ص 120.

[3] المرجع نفسه، ص 121.

بالإضافة إلى ما نصّت عليه المادة 132 من قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ رقم 15 لسنة 2019، بالقول: «للزّوج حقّ طلب فسخ عقد الزّواج، إذا وجد في زوجته عيبا جنسيّا مانعا من الوصول إليها؛ كالرّتق والقرن، أو مرض منفر بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر، ولم يكن الزّوج قد علم به قبل العقد، أو رضي به بعده صراحة أو ضمنا».

بالمقابل نصّت المادة 128 من نفس القانون على أنّه: «للمرأة السّالمة من كلّ عيب يحول دون الدّخول بها، أن تراجع القاضي وتطلب التّفريق بينها وبين زوجها، إذا علمت أنّ فيه علّة تحول دون بنائه بها؛ كالجبّ والعنّة والخصا، ولا يسمع طلب المرأة الّتي فيها عيب من العيوب الّتي تحول دون الدّخول بها؛ كالرّتق والقرن».

كما جاء في قرار قضائيّ في محكمة التّمييز العراقيّة، يقضي بالتّفريق بين المدّعي وزوجته المدّعى عليها، لأنّها قد أجرت عمليّات نسائيّة عديدة؛ منها رفع الرّحم قبل أن تتزوّج، وأنّه قد اكتشف هذه الحالات بعد الزّواج، وأنّه تضرّر من هذا الزّواج حيث اعتبرت المحكمة أنّ ذلك طلاق بائن بينونة صغرى[1].

ما يعاب على المشرّع العراقيّ، أنّه لم ينظّم في قانون الأحوال الشّخصيّة مسألة التّدليس في عقد الزّواج، كما فعلت معظم التّشريعات العربيّة؛ نظرا لكثرة حالات استخدام أحدّ الطّرفين وسائل احتياليّة للحصول على رضا الطّرف الآخر، وبالتّالي يجب عليه أن يجعل عيب التّدليس مستقلاّ عن عيب الغبن؛ لخصوصيّة عقد الزّواج[2].

[1] يونس عثمان علي، المرجع السّابق، ص 587.

[2] المرجع نفسه، ص 591.

المبحث الثّاني: تعويض ضرر نشوز أحد الزّوجين

اهتمت الشّريعة الإسلاميّة السّمحاء اهتماما بالغا بعلاقة الزّوجين؛ كونها أقوى العلاقات على الإطلاق، لذا أمرت بالمعاشرة بالمعروف حتى تستقيم الحياة الزّوجيّة إلاّ أنّ هذه الأخيرة قد تخرج عن مسارها الأصليّ، وتعتريها بعض المنغصّات والمشاكل؛ بسبب جهل أحد الزّوجين لما له من حقوق وما عليه من واجبات؛ فيغلب عليها الشّقاق المستمر، الّذي يؤدي إلى أخطر مرض ينخر الأسرة ويفتك بها، ألا وهو النّشوز المؤدّي حتما لفكّ الرّابطة الزّوجيّة.

ويعدّ الطّلاق بسبب النّشوز أحد الأسباب الموجبة للتّعويض؛ لما له من ضرر على أحد طرفي هذا الميثاق الغليظ. لكّن ما معنى النّشوز؟ وما تقدير تعويضه؟

هذا ما سنحاول توضيحه في هذا المبحث، من خلال معرفة مفهومه في المطلب الأوّل، ثمّ التّكييف القانونيّ والقضائيّ له وتقدير تعويضه، وفق قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة في المطلب الثّاني.

المطلب الأوّل: مفهوم النّشوز

إنّ من أساسيّات استقرار الحياة الزّوجيّة، طاعة الزّوجة لزوجها وصيانة الزّوج حقوق زوجته. وفيما يلي، سنورد تعريف النّشوز (الفرع الأوّل)، ثمّ مظاهره (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: تعريف النّشوز:

لمعرفة المعنى الحقيقيّ للنّشوز، لابدّ من التّطرّق لتعريفه اللّغوي (أوّلا)، ثمّ الاصطلاحيّ (ثانيا)، وأخيرا تعريفه القانونيّ (ثالثا).

أوّلا- التّعريف اللّغويّ للنّشوز:

نَشَزَ: وأصله الارتفاع، يقال: نشز من مكانه نُشُوزًا بالوجهين، إذا ارتفع عنه والنَشَزُ هو المرتفع من الأرض، وأَنْشَزْتُ المكان؛ بمعنى رفعته، واستعير ذلك للزّيادة والنّمو؛ فقيل: أَنْشَزَ الرّضاع العظم وأنبت اللّحم.

ونَشَزَتْ المرأة من زوجها نُشُوزًا؛ أي عصت زوجها وامتنعت عليه، ونشز الرّجل من امرأته نشوزا بالوجهين؛ تركها وجفاها[1].

ثانيا- التّعريف الإصطلاحيّ للنّشوز:

سنورد فيما يلي، تعريف فقهاء المذاهب الأربعة للنّشوز؛ على النّحو الآتي:

1. تعريف المذهب الحنفيّ: عرّف الحنفية النّشوز كما يلي: «النّشوز في النّكاح أن تمنع نفسها من الزّوج بغير حقّ خارجة من منزله، بأن خرجت بغير إذنه وغابت أو سافرت»[2].

[1] أحمد بن محمّد بن علي المقريّ الفيوميّ، المصدر السّابق، كتاب النّون، ص 605.

[2] علاء الدين الكساني، المرجع السّابق، كتاب النّفقة، ص 22.

2. تعريف المذهب المالكيّ: النّشوز بالنّسبة للمالكيّة هو: «الخروج عن الطّاعة الواجبة؛ كأن منعته الاستمتاع بها، أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنّه لا يأذن فيه، أو تركت حقوق الله تعالى كالغسل أو الصّلاة»[1].

3. تعريف المذهب الحنبليّ: عرّف الحنابلة النّشوز على أنّه: «معصية الزّوج فيما فرض الله عليها من طاعته، مأخوذ من النّشز، وهو الارتفاع؛ فكأنّها ارتفعت وتعالت عمّا فرض الله تعالى عليها من طاعته، فمتى ظهرت منها أمارات النّشوز؛ مثل أن تتثاقل وتدافع إذا دعاها، ولا تصير إليه إلاّ بتكره ودمدمة»[2].

4. تعريف المذهب الشّافعيّ: يعتبر الشّافيّة النّشوز بأنّه: «خروج المرأة عن طاعة زوجها وعصيانها له؛ وذلك كأن خرجت من بيته بغير عذر من غير إذنه، أو سافرت بغير إذنه ورضاه، أو لم تفتح له الباب ليدخل، أو لم تمكّنه من نفسها بلا عذر كمرض أو دعاها فاشتغلت بحاجاتها وغير ذلك»[3].

انطلاقا من مجمل تعاريف الفقهاء للنّشوز، تبيّن لنا أنّه معصية المرأة لزوجها وعدم طاعتها له، وترفّعها وتثاقلها في أداء حقوقه.

ولقد ورد حكم النّشوز في القرآن الكريم في كلا الزّوجين؛ حيث نجد قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ... (128)﴾[4].

[1] محمد عرفة الدسوقي، المرجع السّابق، ج 02، ص 343.

[2] عبد الرّحمن بن أحمد بن قدامة المقدسيّ، المعني، المرجع السّابق، ج 07، كتاب الوليمة، ص 318.

[3] مصطفى الخنْ وآخرون، المرجع السّابق، ص 107.

[4] سورة النّساء، الآية 128.

وقال أيضا تبارك وتعالى: ﴿... وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا (34)﴾[1].

ثالثا- التّعريف القانونيّ للنّشوز:

سنتطرّق لتعريف النّشوز من النّاحية القانونيّة وفق التّشريعات العربيّة، بما فيها قانون الأسرة الجزائريّ.

1. التّعريف القانونيّ للنّشوز وفق قانون الأسرة الجزائريّ:

لم يبيّن المشرّع الجزائريّ في نصوص قانون الأسرة، معنى النّشوز وما المقصود به؛ بل اكتفى بذكره على أنّه سبب من أسباب الطّلاق، حسب ما جاءت به المادة 55 الّتي تنصّ على: «عند نشوز أحد الزّوجين يحكم القاضي بالطّلاق وبالتّعويض للطّرف المتضرّر».

يتّضح من نصّ هذه المادة، أنّ الزّوج المتضرّر من النّشوز، يحقّ تعويضه لما أصابه من ضرر؛ فإذا كانت الزّوجة ناشزا، يحكم القاضي بالطّلاق على مسؤوليّتها مع تعويض الزّوج؛ نظرا لما ألحقت به من ضرر، ما يوحي بأنّ المشرّع اعتبر نشوز الزّوجة مبرّر شرعيّا لإيقاع الطّلاق بالإرادة المنفردة للزوج دون أن يعتبره متعسّفا.

2. التّعريف القانونيّ للنّشوز وفق التّشريعات العربيّة:

البداية ستكون بالقانون التّونسيّ الّذي لم يعرّف هو الآخر معنى النّشوز، في مجلّة الأحوال الشّخصيّة، إلاّ أنّ الفقه استقرّ على: «اعتبار أنّ المرأة النّاشز هي تلك الّتي غادرت محلّ الزّوجيّة بمحض إرادتها، وامتنعت عن القيام بواجباتها الزّوجيّة.

[1] سورة النّساء، الآية 34.

بالرّغم من التّنبيه عليها من قبل الزّوج بالرّجوع إلى محلّ الزّوجيّة وامتناعها عن ذلك، إلاّ إذا أثبتَت أنّ بقائها بمحلّ الزّوجيّة برفقة زوجها، من شأنه أن يشكّل خطرا يلحق ضررا بها؛ نتيجة الاعتداء عليها بالعنف مثلا»[1].

وهذا ما جاء في قرار تعقيبيّ صادر بتاريخ 1987/09/22، على النّحو التّالي:

«طالما أنّ الزّوجة غادرت محلّ الزّوجيّة دون مبرّر؛ فإنّها تعتبر قد أخلّت بواجباتها نحو زوجها، وتعدّ بذلك ناشزا»[2].

وعليه، فمغادرة الزّوجة في القانون التّونسيّ أصبحت معروفة على صعيد العمل القضائيّ بعبارة "نشوز الزّوجة"؛ والنّشوز يثبت عادة بتنبيه بواسطة عدل منفّذ يسجّل فيه، خاصة عند رفض الزّوجة الرّجوع إلى محلّ الزّوجيّة، وينجرّ عنه حرمانها من نفقتها، وكذلك إمكانيّة تطليقها للضّرر[3].

وهذا يخالف ما هو معمول به في القانون الجزائريّ؛ إذ لابدّ من صدور حكم قضائيّ يلزم الزّوجة بالرّجوع إلى بيت الزّوجيّة، ويثبت الزّوج امتناعها عن تنفيذ الحكم، حتى تكون ناشزا.

وهو ما أكّده قرار للمجلس الأعلى، صدر بتاريخ: 1984/07/09، بالقول:

«من المقرّر قانونا أنّ الطّلاق المتلفّظ به من قبل الزّوجة، غير جائز ولو تعدّدت ألفاظه، وأنّ النّشوز لا يثبت إلاّ إذا حكم على الزّوجة بالرّجوع وامتنعت. ولمّا تبيّن من الحكم المؤيّد بالقرار موضوع الطّعن الحاليّ، أنّ الزّوج لم يتقدّم بطلب الطّلاق صراحة

[1] عبد الجبّار عبد الواحد صالح العبيدي ومحمد فائق الشماع، نشوز الزّوجة في الفقه الإسلاميّ وقانون الأحوال الشّخصية العراقيّ رقم 188 لسنة 1959 النّافذ، مجلّة المنارة للدّراسات القانونيّة والإداريّة، ع 32، المغرب، 2020، ص 322.

[2] قرار تعقيبيّ تونسيّ، صادر بتاريخ 1987/09/22، نشريّة محكمة التّعقيب، ع 17685، 1987، ص 229.

[3] ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشّخصيّة، المرجع السّابق، ص 98، 99.

وأنّ العصمة بيده، ومع ذلك تمّ الحكم بفكّ الرّابطة الزّوجيّة، مع حرمان الزّوجة من حقّها على نفقة العدّة، فإنّ ذلك يعدّ مخالفا للشّرع ويستوجب النّقض»[1].

هناك أيضا قرار للمحكمة العليا، صادر بتاريخ: 2000/02/22 جاء فيه ما يلي:

«إنّ الإنذار القانونيّ المنصوص عليه في المادة 102 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، هو غير الإنذار الموجه للزّوجة للعودة إلى البيت الزّوجيّ، الّذي يترتّب عليه استئناف الحياة الزّوجيّة، ويجب أن ينفّذ الإنذار من طرف المنفّذ مصحوبا بالزّوج الّذي يلتزم بإرجاع الزّوجة إلى المسكن المنفرد، وفي حالة امتناعها عن الرّجوع يحكم عليها بالنّشوز»[2].

أمّا قانون الأحوال الشّخصيّة المصريّ رقم 01 لسنة 2000، فقد نصّ في مادته 11 مكرّر على أنّه: «إذا امتنعت الزّوجة عن طاعة الزّوج دون حقّ، توقّف نفقتها من تاريخ الامتناع، وتعتبر ممتنعة دون حقّ إذا لم تعد لمنزل الزّوجيّة، بعد دعوة الزّوج إيّاها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها، وعليه أن يبيّن في هذا الإعلان المسكن، وللزّوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائيّة خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الإعلان، وعليها أن تبيّن في صحيفة الاعتراض الأوجه الشّرعيّة الّتي تستند إليها في امتناعها عن طاعته، وإلاّ حكم بعدم قبول اعتراضها».

الملاحظ هنا، أنّ المشرّع المصريّ كنظيره الجزائريّ لم يعرّف النّشوز، وإنّما اعتبر الزّوجة ناشزا عند امتناعها عن طاعة زوجها في المسكن الّذي هيّأه لها.

وقد جاء في حكم لمحكمة النّقض المصريّة ما يلي: «ولئن كان للزّوج على زوجته حقّ الطّاعة، إلاّ أنّه يجب عليه أن يهيّئ لها مسكنا شرعيّا لائقا بحاله؛ لقوله الله

[1] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 40428، قرار صادر بتاريخ 1986/04/21، المجلّة القضائيّة، ع 04، 1993، ص 69.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 235357، قرار صادر بتاريخ 2000/02/22، المجلّة القضائيّة، ع 01، 2001، ص 271.

سبحانه وتعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ... (06)﴾ سورة النّساء. فإذا كان هذا النّصّ القرآنيّ قد ورد في صدد المطلّقات، فهو في شأن الزّوجات أوجب وقوله أيضا جلّ شأنه: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا ۚ ... (286)﴾، سورة البقرة.

بحيث تعتبر الزّوجة ناشزا، بامتناعها عن طاعة زوجها في المسكن الّذي أعدّه لها، إذا كان هذا المسكن مناسبا لحالة الزّوجة الماليّة والاجتماعيّة، وبين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها، وخاليا من سكنى الغير وأن يشتمل على جميع المرافق المنزليّة والأدوات الشّرعيّة، وفقا لحال أمثال الزّوج حسب ما يجري به العرف»[1].

قانون الأحوال الشّخصية الكويتيّ أيضا لم يعرّف النّشوز، مكتفيا بالنّص على أنّ إثباته يكون عند امتناع الزّوجة تنفيذ الحكم النّهائيّ بالطّاعة، بحسب ما جاءت به المادة 87 في الفقرة (ب) كما يلي: «ولا يثبت نشوز الزّوجة إلاّ بامتناعها عن تنفيذ الحكم النّهائيّ بالطّاعة».

كما نصّ في المادة 89 من ذات القانون، على أنّ خروج الزّوجة لعملها لا يعتبر نشوزا، بالقول: «لا يكون نشوزا خروج الزّوجة لما هو مشروع، أو لعمل مباح ما لم يكن عملها منافيا لمصلحة الأسرة».

هذا، وقد ذكر القانون الكويتي أنّ النّشوز يكون بامتناع الزّوجة عن الانتقال إلى بيت الزّوجيّة، أو منعه من أن يساكنها، وامتنعت عن طاعته، فتكون ناشزا[2].

[1] طعن رقم 479 لسنة 66 قضائيّة، صادر بتاريخ 30 أفريل 2001، نقلا عن: وائل محمد علي الخليفي، المرجع السّابق، ص 105.

[2] عبد العزيز يوسف الكندري، نشوز الزّوجة والأحكام المتعلّقة به وأثره على النّفقة في الفقه الإسلاميّ وقانون الأحوال الشّخصيّة الكويتيّ، مجلّة كلّية دار العلوم، مج 37، ع 130، مصر، 2020، ص 848.

وهو ما نصّت عليه المادة 87 فقرة (أ) بأنّه: «إذا امتنعت الزّوجة عن الانتقال إلى منزل الزّوجيّة بغير مسوغ، أو منعت الزّوج أن يساكنها في منزلها، ولم يكن أبى نقلها، سقط حقّها في النّفقة مدّة الامتناع الثّابت قضاءً».

إنّ اكتفاء المشرّع الكويتيّ بحالات سقوط حقّ المرأة في النّفقة، إذا امتنعت عن الانتقال إلى محلّ الزّوجيّة بدون سبب شرعيّ، جعل القاضي يحكم في مسألة النّشوز وفقا لأحكام الفقه الإسلاميّ الأكثر اتّفاقا مع واقع البلاد ومصالحها، وهو ما جاء في نصّ المادة 01[1] من القانون المدنيّ الكويتيّ.

وعلى خلاف التّشريعات العربيّة السّابق ذكرها، بما فيها المشرّع الجزائريّ، ها هو قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ يكسر الاستثناء ويعرّف النّاشز في نصّ المادة 69 على أنّه: «إذا نشزت الزّوجة فلا نفقة لها، والنّاشز هي الّتي تترك بيت الزّوجيّة بلا مسوغ شرعيّ، أو تمنع الزّوج من الدّخول إلى بيتها قبل طلبها النّقلة إلى بيت آخر ويعتبر من المسوغات المشروعة لخروجها من المسكن، إيذاء الزّوج لها بالضّرب أو سوء المعاشرة».

جاء أيضا تعريف النّاشز في نصّ المادة 85 من قانون الأحوال الشّخصيّة السّوريّ، على أنّ: «النّاشز هي الّتي تترك دار الزّوجيّة بلا مسوغ شرعيّ، أو تمنع زوجها من الدّخول إلى بيتها قبل طلبها النّقل إلى بيت آخر».

كما لم يتطرّق المشرّع المغربيّ في مدوّنة الأسرة لتعريف النّشوز؛ ولعلّ سكوته راجع لكثرة الحالات الّتي تدخل ضمن مفهوم النشوز وتباينها، وهذا يمنع ويصعّب جمعها في تعريف واحد.

[1] نصّت المادة 01 من القانون المدنيّ الكويتيّ على أنّه: «– تسري النّصوص التّشريعيّة على المسائل الّتي تتناولها هذه النّصوص بمنطوقها أو بمفهومها.

– فإن لم يوجد نصّ تشريعيّ، حكم القاضي وفقا لأحكام الفقه الإسلاميّ الأكثر اتّفاقا مع واقع البلاد ومصالحها، فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف».

وقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالنّاظور، في 2005/06/07 ما يلي: «النّشوز لغة، مأخوذ من النّشز وهو المكان المرتفع من الأرض، وعلى هذا يكون معنى نشوز المرأة ترفّعها وعدم مطاوعتها له»[1].

الفرع الثّاني: مظاهر النّشوز:

للنّشوز علامات ومظاهر تظهر على الزّوجين، سنحاول في بادئ الأمر عرض مظاهر نشوز الزّوجة (أوّلا)، ثمّ الزّوج (ثانيا).

أوّلا- مظاهر نشوز الزّوجة:

1. امتناع الزّوجة عن طاعة الزّوج إذا دعاها للفراش:

شرّع لله عزّ وجلّ الزّواج لتحصين الفروج، وحفظ النّفوس من الوقوع في الرّذيلة وتجنّب الخطيئة؛ وعليه، فالمطلوب شرعا أن يعفّ كلا الزّوجين بعضهما البعض؛ كون الزّواج عقد يفيد حلّ الاستمتاع بينهما، الّذي يعتبر حقّا ثابتا لكليهما؛ فلا يجوز أن يمنع أحدهما الآخر إلاّ بوجود الموانع الشّرعيّة؛ من حيض ونفاس وإحرام وصيام فرض؛ لقول الله عزّ شأنه: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (05) إِلاَّ عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (06) فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (07)﴾[2].

كما روي أيضا عن أبي هريرة رضي الله عنه، أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلّم قال: ﴿إِذَا دَعَا الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ إلى فِرَاشِهِ فأبَتْ فَبَاتَ غَضْبَانَ عَلَيْهَا لَعَنَتْهَا المَلَائِكَةُ حتَّى تُصْبِحَ﴾[3].

---

[1] محكمة الاستئناف، ملف رقم 303، قرار صادر بتاريخ 2005/06/07، ع 05/339، النّاظور، غير منشور.

[2] سورة المؤمنون، الآيات من 05 إلى 07.

[3] محمّد بن إسماعيل البخاريّ، المصدر السّابق، مج 04، ج 07، باب إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها، رقم الحديث 123، ص 53.

فحلّ الاستمتاع مشترك بين الزّوجين؛ فالمرأة كما تحلّ لزوجها يحلّ لها زوجها وله أن يطالبها بالوطء متى شاء، ولها أن تطالبه بذلك أيضا؛ لأنّ حلّه حقّها كما أنّ حلّها له حقّه[1]. لقول الله تبارك وتعالى: ﴿لاَ هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلاَ هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ۖ... (10)﴾[2].

وعليه، يجب على الزّوجة ألاّ تمتنع عن تمكين زوجها منها؛ كون واجب التّمكين يؤكّد مدى خطورة المسؤوليّة الشّرعيّة، الواقع عبء تنفيذها على عاتق الزّوجة، خاصة في مجتمعنا الحضاريّ المعاصر، الّذي أصبح فيه تمكين الزّوجة مصطلحا واسعا؛ نظرا لاختلاف القسمة الطّبيعية بين الجنسين، الّتي تقتضي الإجابة والإستجابة والقبول من جانب الزّوجة، ليتحقّق الالتقاء الّذي هو وسيلة من وسائل المودّة والرّحمة الّتي جعلهما الله عزّ وجلّ لمن يأخذ بأسبابها[3].

فالحياة الزّوجيّة يجب أن تقوم على واجب الطّاعة، الّذي يقع على مسؤوليّة الزّوجة تجاه شريكها، لذا يجب عليها أن تمكّن زوجها من نفسها، وألاّ تمتنع عن فراشه حتى لا تكون في حكم النّاشز، وبالتّالي تستمر المودّة والرّحمة بينهما ولا يتعكّر صفو الحياة الزّوجيّة.

2. خروج الزّوجة من بيت زوجها:

قد تكون من أمارات النّشوز خروج الزّوجة من بيت زوجها دون إذنه، مخالفة لأمره وأمر الله سبحانه وتعالى، الّذي أمر المرأة بالقرار في بيت زوجها، ومنعها من

[1] علاء الدين الكساني، المرجع السّابق، ج 02، فصل حلّ النّظر والمسّ، ص 331.

[2] سورة الممتحنة، الآية 10.

[3] مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السّابق، ص 199.

الخروج منه إلا بإذنه حرصا على المحافظة على حقوق الرّجل، ومنعا لما قد يفسد نظام الأسرة؛ لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ... (33)﴾[1].

وعليه، قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: ﴿لو كنت آمِرًا أحدا أن يسجد لأحد لأمرتُ المرأةَ أن تسجدَ لزوجِها﴾[2].

تجدر الإشارة هنا، إلى أنّ خروج الزّوجة دون إذن زوجها له صورتان:

- **الصّورة الأولى: خروج الزّوجة من بيت زوجها دون إذنه بغير عذر شرعيّ:**

ذهب فقهاء المالكيّة إلى القول بأنّ نفقة الزّوجة تسقط بالنّشوز بلا عذر شرعيّ وهو منعها الوطء أو الاستمتاع، كما تسقط بخروجها بلا إذن زوجها[3].

كما ذهب فقهاء الحنفيّة إلى اعتبار أنّ خروج الزّوجة من بيت زوجها دون إذنه وبغير عذر شرعيّ، يعدّ نشوزا[4].

ويرى الشّافعيّة أنّ الزّوجة تكون ناشزة، إذا خرجت من بيت زوجها دون إذنه حيث يجب أن تخرج بالإذن والرّضا[5].

وبخصوص الحنابلة، فللزّوج منع زوجته من الخروج من منزله؛ سواء أرادت زيارة والديها أو عيادتهما، أو حضور جنازة أحدهما، وفي هذا قد قال الإمام أحمد: «طاعة زوجها أوجب عليها من أمّها، إلاّ أن يأذن لها».

---

[1] سورة الأحزاب، الآية 33.

[2] أبو عيسى محمد بن عيسى التّرمذي، المصدر السّابق، ج 02، باب ما جاء في حقّ الزّوج على المرأة، رقم الحديث 1159، ص 453.

[3] أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السّالك في مذهب إمام الأئمّة مالك، ج 02، فصل في بيان نكاح التّفويض والتّحكيم، ط 02، دار الفكر، لبنان، د. س. ن، ص 121.

[4] محمّد أمين بن عابدين، المرجع السّابق، ج 06، كتاب الخنثى، ص 739.

[5] يوسف بن محمد الجويني وأبو المعالي، المرجع السّابق، ج 13، كتاب القسم والنّشوز، ص 253.

وعن أنس رضي الله عنه، أنّ رجلا سافر ومنع زوجته من الخروج، فمرض أبوها، فاستأذنت رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في عيادة أبيها؛ فقال لها: ﴿اتّقي الله ولا تخالفي زوجك﴾، فمات أبوها فاستأذنت رسول الله صلّى الله عليه وسلّم في حضور جنازته، فقال لها: ﴿اتقي الله ولا تخالفي زوجك﴾[1].

لكّن لا ينبغي للزّوج منعها من عيادة والديها وزيارتهما؛ لأنّ منعه لها ليس من المعاشرة بالمعروف[2].

- **الصّورة الثّانية: خروج الزّوجة من بيت زوجها دون إذنه لعذر شرعيّ:**

إنّ خروج الزّوجة من بيت زوجها دون إذنه ولعذر شرعيّ، لا يعدّ نشوزا، ولا تكون الزّوجة ناشزة؛ ومن الأعذار المشروعة نذكر: أن يشرف البيت أو بعضه على التّهدّم فيتطلّب إخراجها دون إذن زوجها، أو إذا أخرجت ظلما أو خوفا من فاسق أو سارق[3].

3. امتناع الزّوجة من السّفر مع زوجها أو الإنتقال معه إلى مسكن آخر بغير وجه حقّ:

يجب على الزّوجة الإقامة مع زوجها حال إقامته، وتسافر معه حال ارتحاله شريطة أن تكون إقامتها آمنة وسفرها معه آمنا لا يقصد به مضارّتها؛ فكما فرض الله جلّ جلاله على الزّوج توفير المسكن المناسب للزّوجة حسب وجده، فرض عليها أيضا مصاحبته ومتابعته في سكنه الّذي أعدّ من أجلها[4].

---

[1] منع الزّوجة من حضور جنازة أبويها –رؤية شرعيّة أخلاقيّة–، منشور على الرّابط الآتي: https://www.islamweb.net/ar/fatwa، تاريخ التّصفّح: 2024/05/16، على السّاعة 16:33 سا.

[2] عبد الرّحمن بن أحمد بن قدامة المقدسيّ، المغني، المرجع السّابق، ج 10، كتاب عشرة النّساء والخلع، ص 224.

[3] عبد الجبّار عبد الواحد صالح العبيدي ومحمد فائق الشماع، المرجع السّابق، ص 325.

[4] محمّد محمّد عبد النّبيّ، نشوز الزّوجة: المظاهر، الأسباب، الآثار، طرق العلاج، سبل الوقاية، مجلّة الزّهراء، ع 30، مصر، 2020، ص 414.

ثانيا- مظاهر نشوز الزّوج:

اشتهر في مجتمعنا العربيّ المسلم موضوع نشوز الزّوجة ومظاهره، لكّن قلّ الحديث عن نشوز الزّوج ومظاهره؛ الّذي قد يكون لعلّة النّفور والرّغبة بالفرقة، كما قد يكون ظلما للزّوجة وتعدٍّ على حقوقها. وعليه، سنحاول فيما يلي عرض بعض علامات النّشوز المتعلّقة بالزّوج.

1. عدم توفير المسكن الزّوجيّ:

عرّف المسكن على أنّه: «المكان الّذي يعدّه الزّوج سكنا لامرأته، مستكملا الشّروط الشّرعيّة؛ بحيث يجب عليها أن تطيعه بالإقامة فيه»[1].

فقد أوجب الحنفيّة للزّوجة السّكن في بيت خالٍ من أهل الزّوج، وبيت منفرد له غلق[2]. كون الزّوجة تتضرّر بمشاركة غيرها للمسكن؛ لأنّها لا تأمن على متاعها، كما يمنعها ذلك من المباشرة مع زوجها والاستمتاع، إلاّ إن اختارت ذلك ورضيت بانتقاص حقّها[3].

كما أيّد المالكيّة الزّوجة ذات القدر، من الامتناع عن السّكن مع أقارب الزّوج ولو الأبوين في دار واحدة، لما فيه من الضّرر عليها؛ باطّلاعهم على حالها والتّكلّم فيها، أمّا غير ذات القدر بمعنى ذات الصّداق القليل، فليس لها الامتناع من ذلك إلاّ لشرط أو حصول ضرر[4].

---

[1] طه صالح خلف حميد الجبوري، حقّ الزّوجة في السّكن، منشور على الرّابط الآتي: http://almerja.com، تاريخ التّصفّح: 2024/05/07، على السّاعة 21:10 سا.

[2] محمّد أمين بن عابدين، المرجع السّابق، ج 03، كتاب الطلاق، باب النّفقة، ص 599.

[3] علاء الدين الكساني، المرجع السّابق، ج 05، ص 144.

[4] الحبيب بن طاهر، الفقه المالكيّ وأدلّته، ج 04، ط 02، مؤسّسة المعارف، لبنان، 1426هـ - 2005م، ص 264.

وبالتّالي، فالمسكن حقّ مشروع للزّوجة يجب على الزّوج أن يوفّره لها إن طلبت ذلك، وإلاّ يعتبر من باب نشوز الزّوج.

وهو ما أكّده قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/04/21، القائل:

«من المقرّر قانونا أنّه عند نشوز أحد الزّوجين يحكم القاضي بالطّلاق والتّعويض للطّرف المتضرّر، ومتى تبيّن –في قضية الحال– أنّ الطّاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السّكن المنفرد المحكوم به للزّوجة وتعويضها، طبّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن»[1].

كما جاء في قرار آخر لذات المحكمة بتاريخ 2008/10/15 ما مضمونه: «لا تتوفّر حالة نشوز الزّوجة عند إقامتها ببيت أهلها، وعدم توفير الزّوج السّكن»[2].

قرار آخر صادر عن ذات الجهة القضائيّة بتاريخ 1998/05/19، يؤكّد حقّ الزّوجة في السّكن المستقل كما يلي: «من المقرّر شرعا أنّ للزّوجة الحقّ في السّكن المستقلّ عن أهل الزّوج، وذلك لقول خليل: "ولها الامتناع أن تسكن مع أقاربه".

ومتى تبيّن–في قضية الحال–، أنّ القضاة لما قضوا بأنّ للطّاعنة الحقّ في المعاش المستقلّ عن أهل الزّوج دون السّكن المستقلّ، فإنّهم خالفوا القانون؛ لأنّ للزّوجة الحقّ شرعا في السّكن المستقلّ عن أهل الزّوج، ولهذا يتعيّن نقض القرار المطعون فيه»[3].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 189226، قرار صادر بتاريخ 1998/04/21، اجتهاد قضائيّ، عدد خاص، 2001، ص 144.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 448305، قرار صادر بتاريخ 2008/10/15، مجلّة المحكمة العليا، ع 02، 2010، ص 251.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 189339، قرار صادر بتاريخ 1998/05/19، اجتهاد قضائيّ، عدد خاص، 2001، ص 216.

2. تماطل الزّوج في إرجاع الزّوجة إلى البيت الزّوجيّ:

قد يتماطل الزّوج في إرجاع زوجته إلى مسكنها، إذا طالبت هي بالرّجوع بعد النّزاع أو طالب هو برجوعها؛ حيث يصدر حكم الرّجوع ولكّن لا ينفّذه الزّوج للإضرار بزوجته، وهذا ما يجعله ناشزا في حكم الشّرع والقانون، وبالتّالي يلحق أذى بالزّوجة نتيجة إخلاله بالتزاماته الزّوجيّة.

وبناءً عليه، جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2006/12/13 ما يلي: «المبادرة بتنفيذ حكم إرجاع الزّوجة إلى البيت الزّوجيّ، تكون وجوبا على عاتق الزّوج»[1].

3. العنف اللّفظيّ والجسديّ ضدّ الزّوجة:

من علامات نشوز الزّوج أيضا، نذكر العنف اللّفظيّ والجسديّ ضدّ زوجته يشمل الأوّل الوسائل اللّفظيّة الّتي تهدف إلى الحطّ من قيمة الزّوجة، ويكون ذلك بسبّها وشتمها وتهديدها بالطّلاق أو الزّواج عليها، وكذا إهمالها وتهميشها.

أمّا العنف الثّاني، فيشمل الضّرب والجرح والأذيّة الجسديّة التي قد تسبّب لها الموت، أو حدوث عاهات أو تشوّهات كالكسور أو الحروق؛ حيث يؤدّي هذا العنف في الأخير إلى تفكّك الأسرة، وسجن المتسبّب فيه ألا وهو الزّوج[2].

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 374449، قرار صادر بتاريخ 2006/12/13، مجلّة المحكمة العليا، ع 01، 2007، ص 505.

[2] سعاد قصعة وعائشة لخشين، العنف الجسديّ ضدّ المرأة وموقف التّشريع الوطنيّ والاتفاقيّات الدّوليّة منه، مجلّة الإبراهيمي للعلوم الاجتماعيّة والإنسانيّة، مج 05، ع 02، جامعة برج بوعريريج، 2021، ص 16.

لذا، عليه ألاّ يستخدم القوامة بالإساءة إلى من هنّ تحت ولايته، بل عليه نشر الألفة، وألاّ يسيء للمرأة إذا أساءت. مصداقا لقوله الله تبارك وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْذُونَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ بِغَيْرِ مَا اكْتَسَبُوا فَقَدِ احْتَمَلُوا بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا (58)﴾[1].

وفي هذا الصّدد، جاء في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1998/05/19 ما يلي: «إنّ امتناع الزّوجة عن الرّجوع إلى بيت الزّوجيّة بعد إهانتها من الزّوج لا يعتبر نشوزا.

ومتى تبيّن- في قضيّة الحال-، أنّ المطعون ضدّه قد سبق وأن رفع دعوى طلاق الطّاعنة؛ على اعتبار أنّها مريضة عقليّا، ثمّ تراجع عن ذلك وطلب رجوعها من جديد ليتجنّب مسؤوليّة الطّلاق، فإنّ امتناع الطّاعنة عن الرّجوع بعد إهانتها لا يعتبر نشوزا، وعليه فإنّ قضاة الموضوع لمّا قضوا بتأييد حكم المحكمة القاضي بالطّلاق وتعويض الزّوج لنشوز الزّوجة، دون مناقشة الدّافع الّذي أثارته الطّاعنة، وبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، خاصة أحكام المادة 55 من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»[2].

كما جاء في قرار آخر لذات المحكمة صادر بتاريخ 1997/12/23، ما يلي:

«من المقرّر قانونا أنّه يحقّ للزّوجة أن تطلب التّطليق، لكلّ ضرر معتبر شرعا ومن المقرّر أيضا أنّه في حالة الطّلاق يحكم القاضي بالتّعويض للطّرف المتضرّر.

ولمّا كان ثابتا أنّ الضّرر اللاّحق بالزّوجة، كان مبالغ فيه متعسّف من طرف الزّوج، فإنّ تطليق الزّوجة وحده لا يكفي لجبر الضّرر وتعويضها، مقابل الأضرار اللاّحقة بها، وبالتّالي فإنّ القضاة بقضائهم بتعويض الزّوجة نتيجة إثبات الضّرر من

[1] سورة الأحزاب، الآية 58.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 189324، قرار صادر بتاريخ 1998/05/19، اجتهاد قضائيّ، عدد خاص 2001، ص 147.

طرف الزّوج، طبقا لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة طبّقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطّعن»[1].

المطلب الثّاني: التّكييّف القانونيّ والقضائيّ للنّشوز وتقدير تعويضه في قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة

تستقيم الحياة الزّوجيّة إذا أدّى كلّ زوج ما عليه من حقوق وواجبات، تجاه الطّرف الآخر بكلّ رضا وحبّ، لكّن إذا طلب أحدهما حقّه وقصّر في حقّ الثّاني فهذا يعتبر دافعا قويّا للشّقاق والنّشوز، الّذي يؤدّي إلى استحالة استمرار الزّوجين في زواجهما، فقد يكون النّشوز من الزّوجة؛ كأن تمتنع عن الالتحاق ببيت الزّوجيّة، أو تغادره بدون إذن زوجها وبدون عذر شرعيّ، كما قد يكون من الزّوج الّذي يتماطل في إرجاع زوجته قصد الإضرار بها، وكذا عدم توفيره المسكن المستقلّ لها. وفي كلا الحالتين، يحقّ للزّوج المتضرّر أن يطلب الطّلاق مع التّعويض، عند ثبوت ضرره.

وفيما يلي، سنحاول معرفة ما إذا كان ضرر النّشوز موجبا للتّعويض في قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة، أم أنّ المشرّع الجزائريّ هو الوحيد الّذي تفرّد بالتّعويض للزّوج المتضرّر.

وعليه، سنوضّح التّكييف القانونيّ والقضائيّ للنّشوز وتقدير تعويضه، في قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة في فرعين اثنين على التّوالي.

الفرع الأوّل: التّكييّف القانونيّ والقضائيّ للنّشوز وتقدير تعويضه في قانون الأسرة الجزائريّ:

سنحاول من خلال هذا الفرع، توضيح التّكييّف القانونيّ للنّشوز (أوّلا)، ثمّ التّكييّف القضائيّ له (ثانيا)، وأخيرا تقدير القاضي للتّعويض عنه (ثالثا).

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 181648، قرار صادر بتاريخ 1997/12/23، المجلّة القضائيّة، ع 01، 1997، ص 49.

أوّلا- التّكييّف القانونيّ للنّشوز:

تناول المشرّع الجزائريّ ضرر النّشوز والطّلاق المترتّب عنه، واستحقاق التّعويض للزّوج المتضرّر، في المادة 55 من قانون الأسرة التي نصّت على أنّه:

«عند نشوز أحد الزّوجين، يحكم القاضي بالطّلاق وبالتّعويض للطّرف المتضرّر».

أمّا النّصّ الفرنسيّ للمادة 55، فقد جاء بمعنى ضيّق؛ حيث حصر حالات النّشوز في حالة واحدة؛ ألا وهي مغادرة أحد الزّوجين لبيت الزّوجيّة بقوله:

«*En cas d'abondon du domicile conjugal par l'un des deux époux, le juge accorde le divorce et le droit aux dommages et intérêts à la partie qui subit le préjudice*».

ما يلاحظ أنّ النّص العربيّ جاء أوسع من نظيره الفرنسيّ؛ كون النّشوز يشمل جميع الحالات الّتي يتخلّى فيها أحد الزّوجين عن التزاماته الزّوجيّة[1].

فعند إثبات الزّوجة نشوز زوجها، كان لها الحقّ في الطّلاق والتّعويض، كما يحقّ للزّوج طلب الطّلاق عند نشوز الزّوجة وخروجها عن طاعته بلا عذر.

فمن وجهة نظر القانون، لا يعتبر الزّوج أو الزّوجة في حالة نشوز، إلاّ إذا كان أحدهما خارج البيت، ويطلب منه الرّجوع إليه والقيام بالالتزامات الزّوجيّة الملقاة على عاتقه، خصوصا في جانبها المعنويّ، بمعنى العودة إلى المعاشرة الزّوجيّة.

بمعنى أنّ القضاة لا يعتبرون النّشوز إلاّ ما كان خارج البيت، وهذا لمقتضيات الإثبات؛ فبامتناع الزّوجة أو الزّوج عن الرّجوع لبيت الزّوجيّة، والقيام بالواجبات

[1] مسعود نعيمة إلياس، المرجع السّابق، ص 203.

الشّرعيّة، يصدر الحكم بالنّشوز ويثبت، كما يعتبر الشّخص الممتنع ناشزا ويتحمّل المسؤوليّة، ومن ثمّ يقضي القاضي بالتّعويض للزّوج المتضرّر[1].

يتّضح لنا ممّا تقدّم بيانه، أنّ النّشوز قد يكون من الزّوجة أو الزّوج، على عكس حالة التعسّف[2] الّتي تناولناها سابقا، لذا يتعيّن على القاضي تحديد نشوز أحدهما ليحكم بالطّلاق وبالتّعويض للطّرف المتضرّر.

وما يؤكّد الفرق بين النّشوز والتّعسّف، ما ورد في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/11/17، ما مضمونه:

«من المقرّر قانونا أنّ الزّوجة تستحقّ التّعويض، في حالة نشوز الزّوج أو تعسّفه في الطّلاق. ومن ثمّ، فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للقانون.

ومتى تبيّن –من قضيّة الحال–، أنّ قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدّها بالتّعويض، دون أن يحصل من الطّاعن أيّ تعسّف أو نشوز.

فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، ممّا يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيّا»[3].

من خلال هذا القرار، نلاحظ أنّه فرّق بين حالة النّشوز وحالة التّعسّف، وذلك لأنّ كلا الحالتين لهما شروط مختلفة من حيث إثباتهما، وإن كانتا تتّفقان في الأثر المتمثّل في إحداث الطّلاق وتعويض الزّوج المتضرّر[4].

---

[1] الرشيد بن شويخ، المرجع السّابق، ص 215.

[2] باديس بوقرة، المرجع السّابق، ص 97.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 210451، قرار صادر بتاريخ 1998/11/17، اجتهاد قضائيّ، عدد خاص، 2001، ص 252.

[4] باديس بوقرة، المرجع السّابق، ص 98.

ثانيا- التّكييف القضائيّ للنّشوز:

جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2004/09/22، ما يلي:

«من المقرّر قانونا أنّ نشوز الزّوجة لا يثبت بمجرّد الامتناع عن الرّجوع بموجب حكم قضائيّ، إذا كان معلق على شرط توفير مسكن مستقلّ لم يتحقّق»[1].

كما جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1987/03/09، ما يلي:

«من المقرّر شرعا أنّه ليست كلّ زوجة رغبت عن الرّجوع لزوجها، تعتبر ناشزا نشوزا تحرم من أجله من حقوقها الواجبة لها شرعا من جرّاء طلاقه لها، ومن المقرّر أيضا أنّ النّشوز لا يعمل به شرعا، إلاّ اذا وفّر الزّوج لزوجته كلّ مطالبها المحكوم لها بها، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعدّ خرقا للقوانين الشّرعيّة.

ولمّا كان من الثّابت -في قضيّة الحال-، أنّ الزّوج لم يقم بواجب الإسكان المنفرد عن الضّرة لزوجته الطّاعنة، الذّي تضمّنه الحكم الصّادر لصالحها، ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس الّذين اعتبروها ممتنعة عن الرّجوع، ومؤاخذتها بحرمانها من حقوقها الواجبة لها شرعا، يكونون بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا القواعد الشّرعيّة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»[2].

يتّضح من خلال هذا القرار، أنّ امتناع الزّوجة عن الرّجوع لزوجها بسبب عدم توفيره كلّ مطالبها خاصة المسكن المستقلّ، لا يعتبر نشوزا؛ لأن البيت المنفرد هو حقّ من حقوقها الزّوجيّة.

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 315314، قرار صادر بتاريخ 2004/09/22، نشرة القضاة، ع 65، 2010، ص 311.

[2] المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 45311، قرار صادر بتاريخ 1987/03/09، المجلّة القضائيّة، ع 03، 1990، ص 61.

كمّا أنّ امتناعها عن مواصلة الحياة الزّوجية لسبب معقول، لا يجعلها ناشزا[1] وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصّادر بتاريخ 1998/02/17 بالقول: «من الثّابت شرعا وفقها أنّه في حالة الخصام بين الزّوجين، فإنّ حضور الزّوج لبيت أهل الزّوجة وطلب رجوعها إلى بيت الزّوجيّة، مرغوب لردّ كرامتها لبناء حياة زوجيّة صحيحة.

ولمّا كان من الثّابت –في قضيّة الحال–، أنّ قضاة المجلس لمّا قضوا بجعل مسؤوليّة الطّلاق على عاتق الزّوجة باعتبارها ناشزا، فإنّهم أخطأوا في تفسير القانون والشّرع؛ لأنّ الزّوجة لا تعتبر ناشزا، بل اشترطت حضور الزّوج إلى بيت أهلها كردّ لكرامتها، وهو الشّرط الّذي تنتفي معه حالة النّشوز بأغلبيّة آراء الفقهاء، وبالتّالي فإنّهم أخطأوا في تفسير القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»[2].

كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2006/07/12، ما يلي:

«اشتراط الزّوجة الأولى توفير سكن منفرد لها للرّجوع، لا يشكّل حالة نشوز»[3].

وعليه، فإنّ القاضي لا يعتبر الزّوجة ناشزا بمجرّد امتناعها عن الرّجوع لبيت الزّوجيّة، وإنّما يعتبرها كذلك بعد مناقشة ادعاءات الزّوج والدّفوع المثارة من قبلها فإن كان سبب الامتناع مبرّرا شرعيّا، فلا تعتبر الزّوجة ناشزا، وليس هناك مساس بواجب الطّاعة الزّوجيّة[4].

---

[1] مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السّابق، ص 205.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 184055، قرار صادر بتاريخ 1998/02/17، المجلّة القضائيّة، ع 02، 1998، ص 83.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 364855، قرار صادر بتاريخ 2006/07/12، مجلّة المحكمة العليا، ع 02، 2006، ص 469.

[4] مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السّابق، ص 206.

أمّا في حالة نشوز الزّوج وتضرّر الزّوجة من ذلك، جاز لها طلب التّطليق وعلى القاضي بعد إجراء محاولات الصّلح، أن يحكم بالتّطليق لنشوزه عند صدور حكم نهائيّ برجوع الزّوجة لمحلّ الزّوجيّة، ولم يسع الزّوج لتنفيذه[1].

ثالثا- تقدير القاضي للتّعويض عن النّشوز:

يخضع تقدير مبلغ التّعويض للسّلطة التّقديريّة لقاضي شؤون الأسرة؛ بسبب أنّ المشرّع الأسريّ لم يحدّد معيارا يعتمد عليه حين تقديره.

وعليه، تكون سلطة القاضي واسعة غير مقيّدة عند تقديره للتّعويض عن ضرر النّشوز؛ مراعيا مدى تحمّل الزّوج مسؤوليّة الطّلاق عند نشوزه[2].

وهو ما جاء في حيثيّات قرار المحكمة العليا، الصّادر بتاريخ 2000/02/22 كما يلي: «لكّن وحيث أنّ التّعويض والنّفقة المحكوم بهما وهي ناتجة عن مدى تحمّل الزّوج مسؤوليّة الطّلاق»[3].

أمّا في حالة امتناع الزّوجة عن الرّجوع للبيت الزّوجيّ وثبوت نشوزها، فلا تعويض لها، حسب ما جاء في قرار للمحكمة العليا: «لا يعتدّ بامتناع الزّوجة عن الرّجوع لمسكن الزّوجيّة أثناء جلسة الصّلح، إلاّ إذا صدر حكم يقضي بذلك، وتمّ تنفيذه وحرّر محضر امتناع عن الرّجوع، لتأخذ حكم النّاشز وتحرم من التّعويض»[4].

---

[1] عمارة نين، سلطة القاضي التّقديريّة في تعويض الضّرر عن الطّلاق، ط 01، مكتبة الوفاء، مصر، 2020، ص 146.

[2] هاجر عبد الدايم، الحماية القضائيّة للأسرة (الزّواج والطّلاق)، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه ل. م. د، القانون الخاص، تخصّص قانون الأسرة، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 01، 2020-2021، ص 222.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 235367، قرار صادر بتاريخ 2000/02/22، المجلّة القضائيّة، ع 01، 2001، ص 275.

[4] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 1307506، قرار صادر بتاريخ 2019/09/04، مجلّة المحكمة العليا، ع 02، 2019، ص 98، نقلا عن: هاجر عبد الدايم، المرجع السّابق، ص 223.

بمعنى أنّه عند ثبوت نشوز الزّوجة يكون الطّلاق على مسؤوليّتها، وبالتّالي تلتزم بدفع تعويض للزّوج عن الضّرر اللاّحق به[1].

تجدر الإشارة هنا، إلى أنّ حكم الطّلاق يكون نهائيّا ولا يقبل الطّعن بالطّرق العاديّة، كما يكون الطّلاق الّذي يوقعه القاضي لنشوز أحد الزّوجين طلاقا بائنا[2].

الفرع الثّاني: التّكييف القانونيّ والقضائيّ للنّشوز وتعويضه في التّشريعات العربيّة:

بعدما عرضنا التّكييف القانونيّ والقضائيّ للنّشوز في قانون الأسرة الجزائريّ سنحاول معرفة تكييفه من الجهة القانونيّة والقضائيّة، وتعويضه في التّشريعات العربيّة.

أوّلا- التّكييف القانونيّ للنّشوز وتعويض ضرره:

نظّم المشرّع المصريّ مسألة النّشوز، في المادة 11 مكرّر من القانون رقم 25 لسنة 1929، الّتي نصّت على أنّه: «إذا امتنعت الزّوجة عن طاعة الزّوج دون حقّ توقّف نفقة الزّوجيّة من تاريخ الامتناع، وتعتبر ممتنعة دون حقّ إذا لم تعد لمنزل الزّوجيّة، بعد دعوة الزّوج إيّاها للعودة بإعلان على يدّ محضر لشخصها أو من ينوب عنها، وعليه أن يبيّن في هذا الإعلان المسكن ...».

كما جاء في نصّ المادة 06 من نفس القانون أنّه: «إذا ادّعت الزّوجة إضرار الزّوج بها، بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز لها أن تطلب من القاضي التّفريق، وحينئذ يطلّقها القاضي طلقة بائنة، إذا ثبت الضّرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطّلب ثمّ تكرّرت الشّكوى ولم يثبت الضّرر، بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبيّن بالمواد 07، 08، 09، 10،11».

[1] لعلى سعادي، الزّواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائريّ، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، قانون خاص، كلّية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015، ص 320.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السّابق، ط 02، 2006، ص 315.

ما يلاحظ على المشرّع المصرّي، أنّه اعتبر نشوز الزّوج ضررا دافعا لطلب التّطليق، عكس المشرّع الجزائريّ الّذي اعتبره دافعا لكلا الزّوجين لطلب لطّلاق، وقد تعرّضت المادة 11 سالفة الذّكر، لحكم الزّوجة الّتي تمتنع عن العودة إلى بيت الزّوجية بعد أن يدعوها زوجها للعودة إليه، بالكيفيّة الّتي نصّ عليها القانون، ولها الاعتراض على هذه الدّعوى، وإيداع الأسباب في ظرف ثلاثين يوما، وعلى المحكمة أن تتدخّل لإنهاء النّزاع صلحا، وإلاّ اتّخذت إجراءات التّحكيم[1].

كما نصّ المشرّع المصريّ في نصّ المادة 11 على أنّه:

«... وإن عجزت المحكمة عن التّوفيق بين الزّوجين، وتبيّن لهما استحالة العشرة بينهما، وأصرّت الزّوجة على الطّلاق، قضت المحكمة بالتّطليق بينهما بطلقة بائنة، مع إسقاط حقوق الزّوجة الماليّة كلّها أو بعضها، وألزمت بالتّعويض المناسب إن كان لذلك كلّه مقتضى».

إلاّ أنّ هناك اختلاف بين دعوى الطّاعة ودعوى التّطليق للضّرر؛ فالأولى تقوم على الهجر وإخلال الزّوجة بواجب الإقامة المشتركة، والقرار في منزل الزّوجيّة، أمّا الثّانية فتقوم على ادّعاء الزّوجة إضرار الزّوج بها، بما لا يستطاع معه دوام العشرة وأنّ النّشوز ليس بمانع يفرض حصوله من نظر دعوى التّطليق والفصل فيها[2].

فقد بيّنت المادة 11 سالفة الذّكر أنّه عند إصرار الزّوجة على الطّلاق، تحكم المحكمة بتطليقها مع إلزامها بتعويض الزّوج، وهذا الأخير متروك لتقدير محكمة الموضوع، أمّا مدوّنة الأسرة المغربيّة فلا تتضمّن نصّا صريحا في مسألة تعويض الزّوج المضرور جرّاء النّشوز، غير أنّ القضاء عالجها في قضايا عدّة سنتناولها فيما يأتي.

[1] عيسى فتح الله أحمد، التّطليق بحكم القضاء في الشّريعة الإسلاميّة، د. ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2021، ص 289.

[2] محمّد أحمد شحاتة حسين، شرح قانون الأسرة لدولة قطر، المرجع السّابق، ص 117.

ثانيا- التّكييف القضائيّ للنّشوز وتعويض ضرره:

جاء في حكم صادر عن محكمة طرابلس الابتدائيّة، بترجيع الزّوجة لبيت الزّوجيّة، فكانت الواقعة كما يلي:

«ذهبت الزّوجة لحضور حفل زفاف أحد أقاربها ولم تعد إلى بيت الزّوجيّة رغم مطالبة زوجها بالرّجوع بالوسائل الوديّة، فلمّا لم تمتثل رفع أمرها للقضاء بالدّعوى رقم 190-98 أمام محكمة طرابلس الابتدائيّة، فصدر الحكم بترجيعها لبيت الزّوجيّة فلم تمتثل لهذا الحكم، وتأيّيد هذا الحكم استئنافيّا بموجب الحكم رقم 14-41 فلما لم تمتثل -ولا إكراه بدنيّ طبعا-، رفع الزّوج دعوى يطلب تطليقها منه للضّرر وثبت للمحكمة وقوع هذا الضّرر منها، والإخلال الصّارخ بحقوق زوجها، فحكمت بما يلي:

1. تطليقها من زوجها لتضرّره منها وإخلالها بحقوقه.
2. إسقاط كافّة حقوقها الشّرعيّة.
3. إلزامها بتعويض الزّوج عمّا لحقه من ضرر»[1].

إذ أنّه من حقّ الزّوج في القانون اللّيبيّ، أن يرفع دعوى التّطليق للضّرر هو الآخر كما هو حقّ الزّوجة، وبالتّالي يكسب إسقاط حقوقها، كما يكسب الحكم له بالتّعويض، وإن كان هذا التّعويض اسميّا، ما قيمته 1 000 دينار ليبيّ في إعادته إلى وضعه الأسريّ الزّوجيّ، إذا كان سيتكبّد الآلاف من الدّينارات حتى يكوّن أسرة[2].

أيضا ما جاء في الحكم الصّادر عن محكمة باب بن غشير الجزئيّة، ما يلي:

[1] حكم رقم 201-99 في الدّعوى رقم 190-98 بتاريخ 1999/02/04، محكمة طرابلس الابتدائيّة، نقلا عن: عيسى فتح الله أحمد، المرجع السّابق، ص 291.

[2] المرجع والموضع نفسهما.

الوقائع: دعواها: تطلب تطليقها للضّرر من زوجها؛ لأنّها منذ بداية حياتها الزّوجيّة معه وهو يسيء معاملتها.

والحكمين: خلصا في تقريرهما إلى عدم إمكانية استمرار الحياة الزّوجيّة بينهما والمحكمة في جلستها السّريّة للإصلاح وجدت النّفور من الزّوجة، بينما تمسّك الزّوج بزوجته وطلب عدم التّطليق.

وتبيّن للمحكمة من القرائن وشواهد الحال، أنّ ما ادّعته الزّوجة ليس له ما يبرّره لا في الواقع ولا في القانون، وأنّه لم يقع عليها أيّ ضرر من زوجها، ولم تستطع أن تثبت ذلك لأنّه لا وجود له، كما رأت أنّ الخلاف والنّفور مستحكم في نفوسهما، ممّا يستحيل معه دوام العشرة بينهما.

لذلك:

«حكمت المحكمة بتطليق المدّعية من زوجها، مع إسقاط كافّة حقوقها الشّرعيّة».

الملاحظ من خلال هذا الحكم، أنّ فيه إجحاف في حقّ الزّوج؛ حيث أوقع القاضي التّطليق دون تعويض الزّوج، ودون إثبات الإساءة من طرفه؛ بل كان عليه من الأجدر تطبيق المادة 39 الفقرة 01 وتعويض الزّوج عن ضرره.

وقد نصت على أنّه: «... فإذا كان المتسبّب في الضّرر هي الزّوجة، حكمت المحكمة بسقوط مؤخّر الصّداق والنّفقة، مع التّعويض عن الضّرر للطّرف الآخر».

ولعلّ أهمّ واقعة راجت أمام المحكمة الابتدائيّة بوجدة، تقدّم الزّوج المدعيّ بمقال افتتاحيّ للدّعوى، يعرض من خلاله تضرّره ماديّا ومعنويّا جراء مغادرة زوجته بيت الزّوجيّة وامتناعها عن الرّجوع إليه، رغم استصداره حكما قضى عليها بالرّجوع إلى بيت الزّوجيّة، وإدانتها كذلك بجنحة إهمال الأسرة، والتمس على هذا الأساس الحكم له بالتّعويض مع غرامة تهديديّة ضدّ زوجته، فقضت المحكمة له بما طلب.

وباستئناف الزّوجة أمام محكمة الاستئناف بوجدة، ألغت الحكم الصّادر عن المحكمة الابتدائيّة؛ بسبب أن قاضي الدّرجة الأولى طبّق على هذه القضيّة القواعد العامة، والحال أنّها تخضع لقانون خاص هو قانون الأحوال الشّخصيّة، الّذي يخوّل للزّوج عند مغادرة زوجته المطالبة بإسقاط نفقتها فقط دون التّعويض[1].

كما صدر قرار بتاريخ 2007/04/18، جاء فيه:

«إنّ إصرار الزّوجة على الإقامة بالخارج، وهو ما تستحيل معه المعاشرة الزّوجيّة بين الزّوجين، يجعلها مسؤولة عن إنهاء العلاقة الزّوجيّة في طلب التّطليق للشّقاق، وتتحمّل أداء التّعويض المحكوم به والمحدّد حسب السّلطة التّقديريّة لمحكمة الموضوع، في المبلغ المناسب طبقا لمقتضيات المادة 97 من مدوّنة الأسرة»[2].

من خلال هذا القرار، يتّضح لنا مدى استقرار القضاء المغربيّ على وجوبيّة الالتزام بالحقوق والواجبات الزّوجيّة وعدم الإخلال بها، وعند إصرار أحد الزّوجين على الإخلال بها، يحقّ للطّرف المتضرّر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به، أو اللّجوء إلى مسطرة الشّقاق، وبعد فشل محاولات الصّلح تحكم المحكمة بالتّطليق.

أمّا فيما يخصّ الغرامة التّهديديّة المحكوم بها في الحكم الأوّل المذكور، فلا تعدّ ذات صبغة تعويضيّة؛ لأنّها تدخل في إطار الالتزامات المدنيّة، ولا تنسجم مع قضايا الزّواج؛ كون الزّوج لن يكون دائنا كما لا تكون الزّوجة مدينة، ولا تربط بينهما علاقة الدّائنية، وإنّما ترابط شرعيّ بين رجل وامرأة على وجه الدّوام[3].

---

[1] عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من ثنائيّة القانون والفقه في مسائل الأحوال الشّخصيّة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلّية العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة، جامعة محمد الخامس، الرّباط، 1999-2000، ص 159.

[2] غرفة الأحوال الشّخصية والمواريث، ملف رقم 222، قرار صادر بتاريخ 2007/04/18، نقلا عن: نور الدين عماري، المرجع السّابق، ص 166.

[3] عبد الرّحمن الحجاجي، المرجع السّابق، ص ص 130، 131.

وإعطاء الخيار للزّوجين في جواز طلب فكّ الرّابطة الزّوجيّة، لوقوع الضّرر على أحدهما، يؤدّي إلى خراب معظم البيوت والأسر؛ حيث لا تسلم زوجة من وقوع الضّرر عليها من زوجها ولو مرّة، وضرر الفرقة أعظم وأشدّ وبالتّالي لا يزال الضّرر بضرر أعظم منه[1].

وفي الأخير، نستخلص أنّ الجزاء القانونيّ للنّشوز، هو حقّ طلب إيقاف النّفقة وليس تعويض الزّوج المضرور.

[1] محمّد يوب، تعويض الضّرر النّاتج عن العلاقة الزّوجيّة –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ–، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلاميّة، تخصّص فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1433هـ – 1434هـ / 2012م – 2013م، ص 128.

بعد تطرّقنا لموضوع ضرر تعيّب إرادة أحد الزّوجين ونشوزه، استخلصنا أنّ كلّ عيوب الإرادة والنّشوز هي من الأضرار الموجبة للتّفريق؛ فمن أبرز العيّوب الّتي تشوب عقد الزّواج الإكراه والتّدليس اللّذين يتأثّر بهما العقد؛ ممّا يؤدّي إلى استحالة الحياة الزّوجيّة بفعل تضرّر أحد طرفيها، الذّي يطالب بتعويض ضرره.

كما أنّه قد تنقطع العلاقة الزّوجيّة بنشوز أحد الزّوجين عن الآخر؛ كأن تستعلي الزّوجة على زوجها وتخرج عن طاعته، أو ينفر هو منها باستعماله ألفاظا نابيّة يصاحبها عنف جسديّ.

ومن خلال حديثنا عن التّعويض عن ضرر تعيّب إرادة أحد الزّوجين بالإكراه والتّدليس، اتّضح لنا أنّ القانون المغربيّ هو الوحيد الذّي عالج مسألة جواز التّعويض للمكره المتضرّر من عقد الزّواج المقترن بالإكراه، في نصّ المادة 63 من مدوّنة الأسرة، على عكس التّشريعات العربيّة بما فيها قانون الأسرة الجزائريّ؛ حيث لم يتطرّقوا لهذه الجزئيّة إطلاقا، إلاّ أنّهم تعرّضوا إليها في القواعد العامة في القانون المدنيّ، ألا وهي مسؤوليّة المكره عند ارتكابه فعلا غير مشروع.

أمّا عيب التّدليس في عقد الزّواج، فقد اتّضح لنا أنّ المشرّع الجزائريّ نصّ على بعض صوره في المادة 56 الفقرة 02 من قانون الأسرة؛ حيث أعطى للزّوجة حقّ فكّ الرّابطة الزّوجيّة بالتّطليق، عند تضرّرها من العيوب المانعة من تحقيق الغاية من الزّواج، كما أنّه وسّع من دائرة العيوب ولم يحصرها، غير أنّنا لاحظنا أنّ القاضي لا يحكم دائما بالتّعويض خاصة إن كان ذلك الضّرر خارج عن إرادة الزّوج.

لكّن ما يعاب على المشرّع الجزائرّيّ، أنّه لم يفرّق بين العيوب الّتي يعلمها الزّوج ويخفيها عن زوجته، وبين تلك الّتي لا علم له بها؛ فعند إخفاء الزّوج لبعض العيوب الظّاهرة، يستدعي الأمر القضاء بتعويض الزّوجة عن تضرّرها.

أمّا تعويض ضرر التّدليس لبكارة الزّوجة، فلم نصادف أيّ نصّ قانونيّ رادع لهذه المسألة؛ فالزّوج الّذي لا يشترط شهادة العذريّة عند العقد، لا يمكنه أن يحتجّ بهذا

الشّرط بعد الدّخول بزوجته، ويعدّ متعسّفا عند إيقاعه للطّلاق ويترتّب عليه تعويض الزّوجة عن ضرر الطّلاق التّعسّفيّ.

كما قد يكتم الزّوج مسألة زواجه على زوجتيه السّابقة واللاّحقة حسب المادة 08 مكرّر من قانون الأسرة، الّتي أجاز فيها المشرّع للزّوجين حقّ المطالبة بالتّطليق، أمّا التعويض فالمشرع لم يتحدّث عليه إطلاقا؛ كونه لم يراعِ مدى جسامة الضّرر اللاّحق بالزّوجة المدلّس عليها، والصّواب هو فرض عقوبة جزائيّة على الزّوج المدّلس، حماية لشخص الزّوجة من التّلاعب المرتقب من الأزواج ذوي النّوايا السّيّئة، وهو ما تبنّاه المشرّع المغربيّ الذّي أعطى للمدلّس عليه إمكانيّة تحريك المتابعة الجنائيّة.

كما استخلصنا أنّ النّشوز يعتبر أحد الأسباب الموجبة للتّعويض، عند الحكم بفكّ الرّابطة الزّوجيّة، لما له من ضرر حسب ما نصّت عليه المادّة 55 من قانون الأسرة حيث أنّه قد يكون من الزّوج كما يمكن أن يكون من الزّوجة، على عكس حالة التّعسّف وعلى القاضي أن يحدّد نشوز أحدهما ويحكم بالطّلاق وبالتّعويض للطّرف المتضرّر.

وعلى عكس المشرّع الجزائريّ، فقد اعتبر المشّرع المصريّ نشوز الزّوج ضررا دافعا لطلب التّطليق للزّوجة فقط دون الزّوج.

الخاتمة

بعد هذه الجولة العلميّة الّتي استمرت معنا أعواما، وأخذت من عمرنا أحلى أيّامه؛ ها نحن نستقرّ في نهايته، متأمّلين هذا الجهد الّذي نسأل الله عزّ وجلّ أن نكون قد وفّقنا فيه، وساهمنا في إضافة مرجع علميّ للمكتبة ليُستفاد منه وينتفع به إن شاء الله تبارك وتعالى، ومهما ادّعينا الإلمام فإنّ القصور ملازم للإنسان الّذي يظلّ يكافح لإتمام ما نقص وتصليح ما فسد، علّه يرتقي به لمستوى الرّضا وما هو براضٍ، وهو ما أبرق إليه العلاّمة العماد الأصفهانيّ عندما قال: "إنّي رأيت أنّه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلاّ قال في غده لو غيّر هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان يستحسن، ولو قدّم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النّقص على جملة البشر".

ذلك لأنّ الموضوع المبحوث فيه واسع الأطراف عميق الأسبار، وعلى كثرة من أدلى فيه بدلوه يبقى متهيّجا للخوض فيه؛ فقد بذلنا لذلك قصارى الجهد وكثير الوقت علّنا نستطيع الإسهام بما ينفع ويفيد.

وكختام كلّ بحث علميّ، لابدّ من ذكر جملة من أهم النّتائج المتوصّل إليها من خلال بحثنا هذا، المتمثّلة في:

1. حذّرت الشّريعة الإسلاميّة من إلحاق الضّرر بالغير؛ فألزمت دفعه وإزالته عند وقوعه وجبره عند حدوثه، وذلك بالتّعويض الّذي يمحي الضّرر ويغطّيه.

2. تخضع العلاقة الزّوجيّة لقاعدة استعمال المرء لحقّه، بحيث يجب أن لا ينشأ عنه ضرر لغيره، وإلاّ ترتّب عليه الجزاء.

3. اكتفاء المشرّع الجزائريّ بذكر حالات الضّرر على سبيل المثال لا الحصر في قانون الأسرة دون تعريفه.

4. جعل الإسلام الطّلاق بيد الرّجل لإزالة الضّرر عنه، إلاّ أنّه أحيانا يوقعه بدون سبب مشروع؛ فيكون متعسّفا ويلحق الضّرر بزوجته، لذلك شرّعت المتعة لجبر خاطرها عن ألم الفراق والإيحاش.

5. كلّ طلاق تعسّفيّ تتضرّر منه الزّوجة، يستلزم التّعويض جبرا للضّرر، على الرّغم من أنّ التّعويض من المصطلحات الدّخيلة على أحكام قانون الأسرة الجزائريّ وحتى الأحوال الشّخصيّة العربيّة؛ كونها ذات أحكام شرعيّة.

6. ساوت الشّريعة الإسلاميّة بين الرّجل والمرأة في فكّ الرّابطة الزّوجيّة، وسايرتها القوانين الوضعيّة في ذلك؛ حيث جعلت الطّلاق بيد الرّجل يوقعه عند الضّرورة، كما جعلت للمرأة الحقّ في طلب التّفريق عند تضرّرها من الحياة الزّوجيّة.

7. منح المشرّع الأسريّ الجزائريّ للمرأة الحقّ في الخلع، دون موافقة الزّوج ودون رضاه؛ جاعلا إيّاه مقابل حقّ الرّجل في الطّلاق، وبالتّالي ارتقائه من مرتبة الرّخصة إلى مرتبة الحقّ الأصيل.

8. يعدّ بدل الخلع بمثابة تعويض عن الضّرر اللاّحق بالزّوج؛ بسبب تكبّده مصاريف وتكاليف الزّواج، غير أنّه حقيقة قد تتعسّف الزّوجة في طلبه، كما يتعسّف هو في إيقاع الطّلاق، إلاّ أنّ الزّوج المخلوع لا يستفاد من التّعويض عكس الزّوجة المطلّقة، وهذا فيه نوع من الإجحاف في حقّه.

9. انحراف قانون الأسرة الجزائريّ عن مبادئ الشّريعة الإسلاميّة، حين اعتبر التّعدّد ضررا يبيح للزّوجة طلب التّطليق؛ فيكون بذلك أقرب للمشرّع التّونسيّ الّذي منع التّعدد مطلقا؛ لأنّه بوضعه لقيود وضوابط عند التّعدّد، يكون قد أضرّ بالزّوج أوّلا وبالزّوجة ثانيا وبالمجتمع ككلّ ثالثا.

10. عدم تكريس قانون الأسرة الجزائريّ وكذا التّشريعات العربيّة الأخرى، للحماية القانونية للزّوجة الأولى، خاصة من النّاحية الماديّة عند إقبال الزّوج على التّعدّد.

11. اعتراف قانون الأسرة الجزائريّ بالحقّ في التّعويض، عن الضّرر النّاشئ عن فكّ الرّابطة الزّوجيّة، وكذا الضّرر الموجب لفكّها، إلاّ أنّه لم يضع معايير وضوابط يعتمد عليها القاضي حين تقديره له.

12. خلوّ النّصّ القانونيّ من معايّير يستند إليها القاضي عند تقديره لتعسّف الزّوج في إيقاع الطّلاق، على عكس باقي التّشريعات العربيّة.

13. تأثّر الزّوجة بالفكر التّحرّريّ، جعلها لا تقبل أيّ تصرّف من قبل زوجها فتنظر إليه بعين الضّرر والإضرار بها، قاصدة أبواب المحاكم، مطالبة بفكّ رابطتها وتعويض ضررها.

14. يترتّب على الإكراه والتّدليس –باعتبارهما عيبان من عيوب الإرادة–، فسخ عقد الزّواج وفقا لما جاء في قانون الأسرة الجزائريّ، كما يعتبران عملا غير مشروع تترتّب عليه المسؤوليّة الموجبة للتّعويض.

وعلى ضوء ما تقدّم، نقترح جملة من التّوصيّات الّتي نرجو أن تلقى آذانا صاغية، نذكرها فيما يلي:

1. في حالة انعدام نصّ قانونيّ يوضّح الضّرر في العلاقة الزّوجيّة وإزالته، يتمّ الحكم بمقتضى المشهور من المذاهب الأربعة؛ مذهب الإمام مالك، فالحنفيّ، فالحنبليّ فالشّافعيّ تواليا، بخلاف ما تنصّ عليه المادة 222 من قانون الأسرة الجزائريّ.

2. إعطاء تعريف للضّرر في قانون الأسرة الجزائريّ؛ حتى يتمكّن القضاة من إصدار الأحكام القضائيّة.

3. تحديد الضّرر وفق المرجعيّة الشّرعيّة أوّلا، وإلاّ يحدّد حسب ما هو متعارف بين النّاس على أنّه ضرر.

4. وضع ضوابط ومعايير يعتمد عليها القاضي في تقدير التّعويض؛ تفاديا لتضارب الأحكام والقرارات القضائيّة.

5. إضافة نصّ قانونيّ يفرّق بين المتعة والتّعويض، مع بيان حدود كلّ منهما وجعل المتعة حقّا لكلّ مطلّقة، بغضّ النّظر عن صورة فكّ الرّابطة الزّوجيّة، مع تقدير التّعويض للمطلّقة تعسّفيّا عمّا لحقها من ضرر.

6. من العدل منح الحقّ في طلب التّفريق للزّوج أيضا، بناءً على حالات الضّرر المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائريّ، وعدم حصرها في الزّوجة فقط؛ باعتبار أنّ الزّوج يمكن أن يتضرّر أيضا لنفس الأسباب.

7. تعديل نصّ المادة 52 من قانون الأسرة الجزائريّ، وفق ما يلي: «إذا تبيّن للقاضي تعسّف الزّوج في الطّلاق أو الزّوجة في الخلع، يحكم بفكّ الرّابطة الزّوجيّة والتّعويض للطّرف المتضرّر».

8. تعزيز الوازع الدّينيّ والأخلاقيّ لدى الأفراد، مع التّوعية المستمرة للشّباب فيما يخصّ حقوقهم والتزاماتهم المترتّبة على الزّواج، والتّأكيد عليهم بأنّ هذا الأخير ليس مجرّد صفقة، وإنّما هو بناء أسرة مستقرّة ومتماسكة.

9. إجبار المقبلين على الزّواج على إجراء الفحوصات الطّبّيّة؛ بهدف معرفة الحالة الصّحيّة لكلّ طرف.

10. دمج شهادة العذريّة وإلحاقها بالملف الطّبّيّ عند إبرام عقد الزّواج؛ للحدّ من التّدليس الواقع على الأزواج.

11. مراقبة سير جلسات الصّلح من طرف لجان متخصّصة، كما هو الحال في دولة الإمارات، وإنشاء محاكم متخصّصة في شؤون الأسرة؛ مثل محاكم الأسرة في مصر.

12. ضرورة اعتبار الكفاءة في الزّواج؛ كون معظم حالات الطّلاق كانت بسبب عدم التّكافؤ بين الزّوجين، بدءً بالتّكافؤ في المستوى الدّينيّ والأخلاقيّ، وصولا إلى التّكافؤ في المستوى التّعليميّ؛ فتحمّل الزّوجة سليمة الطّباع لغير الكفء، أمر ليس بالهيّن، لذا نؤكّد على حسن الاختيار.

13. إضافة نصّ قانونيّ يعالج ضرر الإخلال بواجب الإخلاص، المتمثّل في الخيانة الزّوجيّة من طرف كلا الزّوجين.

14. تأهيل المقبلين والمقبلات على الزّواج، عن طريق دورات وورشات تتوّج في الأخير بترخيص يسمح لهم بفتح بيت وتكوين أسرة؛ لما لها من أهميّة كبرى في قيادة قطار الحياة الزّوجيّة، مع ضرورة الحضور لمجالس العلم والموعظة؛ للاستفادة من النّصائح والتّوجيهات، خاصة من الوالدين ورجال الدّين.

15. العمل على تكوين قضاة متخصّصين في مجال الأحوال الشّخصيّة.

16. إدراج مادة في المناهج التّربويّة والتّعليميّة، تعلّم الأبناء منذ نعومة أظافرهم ثقافة الأسرة وطرق المحافظة عليها.

17. الاعتماد على نظام التّعويض عن طريق صناديق الضّمان؛ باعتبارها آليّة قانونيّة تتكفّل بأداء التّعويضات المناسبة للزّوج المضرور بمجرّد وقوع الضّرر، دون الحاجة للّجوء إلى القضاء للمطالبة بالتّعويض.

18. يجب ضمان حقّ الزّوج المخلوع في التّعويض، حقّا يضاهي حجم الضّرر اللاّحق به؛ حتى تكون موازنة بين تأصيل حقّ الخلع للزّوجة، وحجم الضّرر والخسارة الّتي أصابت الزّوج.

وفي الختام، نذكر قول أمير المؤمنين عمر بن الخطّاب رضي الله عنه وأرضاه لامرأة خاصمت زوجها وصرّحت له بأنّها لا تحبّه، فقال لها: «فإن كانت إحداكنّ لا تحبّ زوجها فلا تحدّثه بذلك؛ فإنّ أقلّ البيوت الّتي تبنى على الحبّ، ولكنّ النّاس يتعاشرون بالإسلام والإحسان».

وقول عليّة بنت المهديّ، أخت الخليفة هارون الرّشيد:

تَحَبَّب فَإِنَّ الحُبَّ داعِيَةُ الحُبِّ *** وَكَم مِن بَعيدِ الدارِ مُستَوجِبُ القُربِ

إِذا لَم يَكُن في الحُبِّ سَخطٌ وَلا رِضى *** فَأَينَ حَلاواتُ الرَسائِلِ وَالكُتبِ

كما نهمس في أذن الشّباب المقبل على الزّواج، بأن يحسنوا الاختيار ضمن أسس شرعيّة أخلاقيّة؛ حتى يكون الزّواج ناجحا ونتفادى الضّرر وتعويضه.

قائمة المصادر والمراجع

I- قائمة المصادر:

أوّلا- القرآن الكريم.

ثانيا- الأحاديث النّبويّة الشّريفة.

ثالثا- تفاسير القرآن وشروح الأحاديث:

- **كتب التّفسير:**

1. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج 04، ط 01، دار ابن حزم، بيروت 1430هـ - 2000م.
2. أبو بكر القرطبيّ، الجامع لأحكام القرآن، ج 10، ط 01، مؤسّسة الرّسالة، لبنان 1427هـ - 2006م.
3. أبو زكريا يحي بن زياد الفرّاء، معاني القرآن، ج 01، ط 03، عالم الكتب بيروت، 1403هـ - 1983م.
4. عفيف عبد الفتاح طبارة، روح القرآن تفسير سورة الأنفال وسورة التّوبة، ط 01، دار العلم للملايين، لبنان، 2001.
5. محمّد بن سليمان الطّيّار ونوح بن يحي الشّهري، موسوعة التّفسير المأثور أكبر جامع لتفسير النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم والصّحابة والتّابعين وتابعيهم مغزوّا إلى مصادره الأصليّة مقرونا بتعليقات خمسة من أبرز المحقّقين في التّفسير، مج 06، ط 01، دار ابن حزم، السّعوديّة، 1439هـ - 2017م.
6. محمّد بن صالح العثيمين، تفسير القرآن الكريم، مج 01، ط 01، دار ابن الجوزيّ، السّعوديّة، 1430هـ.
7. نخبة من العلماء، المختصر في تفسير القرآن الكريم، ط 03، مركز الدّراسات القرآنيّة، الرّياض، 1436هـ.

- **شروح الأحاديث:**

8. ابن القيّم الجوزيّة، زاد المعاد في هديّ خير العباد، فصل حكم الرّجعة من الخلع في العدّة، ط 01، مؤسّسة الرّسالة، لبنان، 1430هـ - 2009م.

9. ابن دقيق العيد، شرح الأربعين النّوويّة، ط 06، مؤسّسة الرّيان، د. ب. ن 1424هـ - 2003م.

10. ابن رجب الحنبليّ، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، ط 01، دار ابن كثير، بيروت، 1429هـ - 2008م.

11. ابن ماجة أبو عبد الله محمّد بن يزيد القزوينيّ، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمّد فؤاد عبد الباقي، ج 02، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقّه ما يضرّ بجاره رقم الحديث 2341، دار إحياء الكتب العربيّة، د. ب. ن، د. س. ن.

12. أبو الحسن بن دينار البغداديّ الدّارقطنيّ، سنن الدّارقطنيّ، ج 05، كتاب الطّلاق والخلع والإيلاء وغيره، رقم الحديث 3973، ط 01، مؤسّسة الرّسالة بيروت، 1434هـ - 2003م.

13. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النّيسابوريّ، صحيح مسلم، ج 01 كتاب الطّلاق، رقم الحديث 29، ط 01، دار الكتب العلميّة، لبنان، 1412هـ - 1991م.

14. أبو عبد الرّحمن أحمد بن شعيب النّسائيّ، السّنن الكبرى، ج 05، كتاب النّكاح رقم الحديث 5489، ط 01، مؤسّسة الرّسالة، بيروت.

15. أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمّد بن عبد البرّ النّمريّ، الاستذكار، ج 07، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ط 01، دار الكتب العلميّة بيروت، 1421هـ - 2000م، ص 191.

16. أبو عيسى محمد بن عيسى التّرمذي، الجامع الكبير (سنن التّرمذي)، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وعبد اللّطيف حرز الله، د. ط، دار الرّسالة العالميّة، د. ب. ن، د. س. ن.

17. إسماعيل بن محمّد العجلوني الجراحي، كشف الخفاء ومزيل الإلباس عمّا اشتهر من الأحاديث على ألسنة النّاس، ج 01، رقم الحديث 766، ط 02، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، 1351هـ.

18. الحافظ بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلّة الأحكام، كتاب النّكاح، باب الطّلاق، د. ط، دار النّهضة العربيّة، مصر، د. س. ن.

19. الحافظ بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح البخاري، ج 09، باب المتعة ط 01، المطبعة الكبرى الميرية، مصر، 1301هـ.

20. سعيد بن منصور، سنن سعيد بن منصور، تحقيق: حبيب الرّحمن الأعظمي ج 01، باب من تزوّج امرأة مجذومة أو مجنونة، ط 01، الدّار السّلفيّة، الهند 1403هـ - 1983م.

21. عبد الله عبد الرّحمن بن عبد الله بن جبرين، شرح عمدة الأحكام، ج 50 شرح حديث مَطْل الغنيّ ظلم، وإذا أتبع أحدكم على ملئ فليتبع، د. ط، د. د. ن د. س. ن، د. ب. ن.

22. مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 02، باب ما جاء في الرّجم، رقم الحديث 02، د. ط، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت 1406هـ - 1985م.

23. محمّد بن إسماعيل البخاريّ، صحيح البخاريّ، مج 04، ج 07، باب من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره، رقم الحديث 48، د. ط، إدارة الطّباعة المنيريّة، بيروت، د. س. ن.

24. محمّد بن عبد الباقي بن يوسف الزّرقاني المصريّ الأزهريّ، شرح الزّرقاني على الموطّأ، ج 03، كتاب الطّلاق، باب ما جاء في البتة، ط 01، مكتبة الثّقافة الدّينية، القاهرة، 1424هـ – 2003م.

25. محمّد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيّد الأخيار، ج 07، رقم الحديث 04، كتاب الطّلاق، باب جوازه للحاجة وكراهته مع عدمها وطاعة الوالد فيه، د. ط، دار الجيل، بيروت، د. س. ن.

26. نور الدّين علي بن سليمان بن أبي بكر الهيثميّ الشّافعيّ، بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث، تحقيق: حسين أحمد صالح البكري، مج 01، باب النّهي عن إتيان المرأة في دبرها، رقم الحديث 494، ط 01، الجامعة الإسلاميّة السّعوديّة، 1413هـ – 1992م.

رابعا– المعاجم والقواميس:

27. أحمد بن فارس، مقاييس اللّغة، تحقيق عبد السّلام هارون، ج 04، دار الفكر 1979.

28. أحمد بن محمّد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير للرّافعي، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، كتاب الكاف، ط 02، دار المعارف، القاهرة، 2024.

29. أبو البقاء الكفوي، الكلّيات –معجم في المصطلحات والفروق اللّغويّة– تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، فصل التاء، د. ط، مؤسّسة الرّسالة بيروت د. س. ن.

30. أبو عبد الله الرّصاع التّونسيّ المالكيّ، الهداية الكافية الشّافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافيّة، باب الغشّ والتّدليس، ط 01، دار المكتبة العلمية، د. ب. ن 1350هـ.

31. محمّد بن أبي بكر بن عبد القادر الرّازي، مختار الصّحاح، باب الطّاء طبعة مدقّقة، مكتبة لبنان، لبنان، 1986.

32. محمّد بن مكرم أبو الفضل جمال الدّين بن منظور الأنصاريّ الإفريقيّ المصريّ، لسان العرب، باب الطّاء، طبعة جديدة 01، دار المعارف، القاهرة د. س. ن.

33. محمّد مرتضى الحسيني الزّبيديّ، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 16 د. ط، دار الهداية، الكويت، 1385هـ - 1422هـ / 1965م.

34. مجد الدّين أبي السعادات المبارك الجزريّ بن الأثير، النّهاية في غريب الحديث والأثر، ج 02، د. ط، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، د. س. ن.

خامسا- النّصوص القانونيّة والتّنظيميّة:

- **القوانين:**

35. القانون المدنيّ الجزائريّ الصّادر بموجب الأمر رقم 75-58، المؤرّخ في 1975/09/26، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 78، المؤرّخة في 1975/09/30 المعدّل والمتمّم بالأمر رقم 07-05، المؤرّخ في 2007/05/13، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 31، المؤرّخة في 2007/05/13.

36. القانون رقم 84-11، المؤرّخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م، المتضمّن قانون الأسرة، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 24، المؤرّخة سنة 1984، المعدّل بموجب الأمر 05-02، المؤرّخ في 18 محرّم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005م، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 15، المؤرّخة في 27 فيفري 2005.

37. القانون رقم 22-13، المؤرّخ في 12 يوليو 2022، يعدّل ويتمّم قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة رقم 08-09، المؤرّخ في 23 فيفري 2008.

38. قانون العقوبات المصريّ الصّادر بالقانون رقم 58 لسنة 1937، المعدّل بالقانون رقم 95 لسنة 2003.

39. قانون المواريث المصريّ رقم 77 لسنة 1943، الوقائع المصريّة، ع 92 بتاريخ 12 أغسطس 1943.

40. قانون العقوبات رقم 16-1960، ج. ر. م. هـ. أ، رقم 1487، بتاريخ 1960/01/01، المعدّل بالقانون رقم 08-2011، ج. ر. م. هـ. أ، رقم 5090، بتاريخ 2011/05/02.

41. قانون العقوبات المغربيّ، صدر بموجب ظهير شريف رقم 1-59-413 المؤرّخ في 1962/11/26 الموافق لـ 28 جمادي الثّانيّة 1382هـ.

42. قانون ع 5 لسنة 1965، المؤرّخ في 11 شوال 1384 هـ الموافق لـ 12 فيفري 1965م، يتعلّق بإصدار مجلّة الحقوق العينيّة، ر. ر. ج. ت، ع 10 صادر بتاريخ 19 و23 فيفري 1965.

43. قانون مدنيّ مؤقّت رقم 43، مؤرّخ يوم الأحد 05 شعبان 1396هـ الموافق لـ 1 آب 1976، ج. ر. م. هـ. أ، ع 2645، سنة 1976.

44. القانون رقم 100 لسنة 1985، متعلّق بقانون الأحوال الشّخصيّة المصريّ ج. ر. ج. م. ع، ع 27، المؤرّخة في 04 يوليو 1985.

45. ظهير شريف رقم 01.4.22، الصّادر في 12 ذي الحجّة 1424 هـ الموافق لـ 03 فبراير 2004م، القانون رقم 03/70 بمثابة مدوّنة الأسرة، ج. ر. م. م ع 5184، بتاريخ 05 فبراير 2004.

46. قانون ع 46 لسنة 2005، مؤرّخ في 06 جوان 2005، يتعلّق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلّة الجنائيّة وصياغتها.

47. ظهير شريف رقم 1-11-178، الصّادر في 25 من ذي الحجّة 1432 هـ الموافق لـ 22 نوفمبر 2011م، بخصوص تنفيذ القانون 08-39 المتعلّق

بمدوّنة الحقوق العينيّة، الجريدة الرّسميّة للمملكة المغربيّة، ع 5998، الصّادرة بتاريخ 24 نوفمبر 2011.

- **الأوامر:**

48. الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمّن قانون العقوبات ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 49، المؤرّخة في 11 يونيو 1966، المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 16-02، المؤرّخ في 19 يونيو 2016، ج. ر. ج. ج. د. ش، ع 37، المؤرّخة في 22 يونيو 2016.

49. الأمر العلي، المؤرّخ في 13 أوت 1956، المتعلّق بإصدار مجلّة الأحوال الشّخصيّة، ر. ت. ج. ت، ع 66، المؤرّخ في 17 أوت 1956.

- **المراسيم:**

50. المرسوم الرّئاسيّ رقم 51-963، المؤرّخ في 02 رمضان 1416هـ الموافق لـ 22 يناير 1996م، المتضمّن انضمام الجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة ومصادقتها على اتفاقيّة مكافحة جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة لسنة 1979.

51. المرسوم التّشريعي رقم 01 لعام 2011، المعدّل لقانون العقوبات العام رقم 148 لعام 1949، ج. ر. ج. ع. س، دمشق، 1432/01/28هـ الموافق لـ 2011/01/03م.

- **المناشير الوزاريّة:**

52. منشور وزاريّ رقم 84-102، صادر عن وزارة العدل بتاريخ 23 سبتمبر 1984، متضمّن كيفية تطبيق المادة 08 من قانون الأسرة الجزائريّ.

53. منشور وزاريّ رقم 85-14، صادر عن وزارة العدل بتاريخ 22 أوت 1985، متضمّن كيفية تطبيق المادة 08 من قانون الأسرة الجزائريّ.

- **القرارات:**

54. قرار رقم 176، مجلس هيئة كبار العلماء، المنعقد بالطّائف في دورته 39، بتاريخ 24 صفر – 18 ربيع الأوّل 1413هـ.

55. قرار رقم 251 (25/13)، مجمّع الفقه الإسلاميّ، المنعقد بالسّعودية في دورته 25 بتاريخ 29 رجب – 03 شعبان 1444هـ، الموافق لـ 20-23 فبراير 2023.

II- قائمة المراجع:

- **المراجع العربيّة:**

أوّلا- كتب الفقه:

56. ابن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النّهى لشرح المنتهى تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التّركي، ج 05، كتاب الصّداق، ط 01 مؤسّسة الرّسالة، د. ب. ن، 1421هـ – 2000م.

57. ابن إدريس البهوتي الحنبليّ، كشّاف القناع عن متن الإقناع، ج 06، د. ط دار الكتب العلميّة، بيروت، 1403هـ – 1983م.

58. ابن جزي الكلبيّ الغرناطيّ، القوانين الفقهيّة في تلخيص مذهب المالكيّة والتّنبيه على مذهب الشّافعيّة والحنفيّة والحنبليّة، تحقيق: ماجد الحموي، ط 01 دار ابن حزم، لبنان، 1434هـ – 2013م.

59. أبو محمّد بن حزم الظّاهريّ، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفّار سليمان البنداري، ج 09، كتاب الخلع، د. ط، دار الفكر، لبنان، د. س. ن.

60. ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، فصل في بيان ما يفتقر لحكم الحاكم وما لا يفتقر إليه، ج 01، ط 01، مكتبة الكلّيات الأزهريّة د. ب. ن، 1406هـ – 1986م.

61. أبو البركات أحمد بن محمّد بن أحمد الدردير، الشّرح الصّغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج 02، باب النّكاح، د. ط، دار المعارف القاهرة، د. س. ن.

62. أبو الحسن علي بن محمّد بن محمّد بن حبيب البصيريّ البغداديّ الماورديّ الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشّافعيّ، تحقيق: علي محمّد معوّض وعادل أحمد عبد الموجود، ج 11، باب الرّجل لا يجد نفقة من كتابين، ط 01، دار الكتب العلميّة، لبنان، 1419هـ - 1999.

63. أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق العتكي البزار، تحقيق: محفوظ الرّحمن زين الله، البحر الزخار المعروف بمسند البزار، ج 08، رقم الحديث 3066، ط 01، مكتب العلوم والحكم، المدينة المنوّرة، 1416هـ - 1996م.

64. أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السّالك في مذهب إمام الأئمّة مالك، ج 02، فصل في بيان نكاح التّفويض والتّحكيم، ط 02، دار الفكر، لبنان، د. س. ن.

65. أبو زكريا محي الدّين يحي بن شرف النّووي، روضة الطّالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ج 09، كتاب النّفقات، ط 03، المكتب الإسلاميّ، عمّان، 1413هـ - 1991م.

66. أبو عبد الله محمّد الخرشيّ، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج 04، باب النّكاح، ط 02، المطبعة الكبرى الأميريّة، د. ب. ن، 1317هـ.

67. أبو عبد الله محمّد بن علي حزام الفضليّ البعداني، التّيسيرات الفقهيّة في شرح الدّرر البهيّة، ج 02، ط 01، مكتبة العلوم السّلفيّة، اليمن، 1440هـ - 2019م.

68. أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، كتاب الخراج، طبعة من نسخة مخطوطة في الخزانة التّيموريّة رقم 674 فقه مع معارضتها بطبعة بولاق سنة 1302هـ دار المعرفة، بيروت، 1399هـ - 1979م.

69. أحمد بن إدريس القرافي، الذّخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، ج 04، كتاب النّكاح، ط 01، دار الغرب الإسلاميّ، بيروت، 1994.

70. أحمد بن رشد القرطبيّ الأندلسيّ الشّهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، كتاب الطّلاق، باب في الخلع، ط 02، دار الكتب الإسلاميّة، مصر، 1403هـ - 1983م.

71. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكيّ وأدلّته، ج 04، ط 02، مؤسّسة المعارف لبنان، 1426هـ - 2005م.

72. الحطاب الرّعيني المالكيّ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 04 فصل الأصل في البيع اللّزوم والخيار عارض، ط 03، دار الفكر، د. ب. ن 1412هـ - 1992م.

73. الصّادق عبد الرّحمن الغرياني، مدوّنة الفقه المالكيّ وأدلّته، ج 02، د. ط مؤسّسة الرّيان، بيروت، د. س. ن.

74. سّيد سابق، فقه السّنة، ج 02، ط 03، دار الكتاب العربي، بيروت 1397هـ - 1977م.

75. شمس الدين بن مفلح، الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركيّ، ج 08، باب العيوب في النّكاح، ط 01، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، 1434هـ - 2003م.

76. شمس الدّين محمّد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدّين الرّملي نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشّافعيّ، ج 06 كتاب الوصايا والوديعة، فصل في بيان المرض المخوّف والملحق به المقتضى كلّ منهما للحجر عليه، ط. أخيرة، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1404هـ - 1984م.

77. شهاب الدّين النّفراوي، الفواكه الدّواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج 02، د. ط، دار الفكر، د. ب. ن، 1415هـ - 1995م.ذ

78. عبد الرّحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 04، كتاب الطّلاق، ط 02، دار الكتب العلميّة، لبنان، 1424هـ - 2003م.

79. عبد الرّحمن بن أحمد بن قدامة المقدسيّ الحنبليّ الدمشقيّ، الشّرح الكبير على متن المقنع، ج 08، كتاب الطّلاق، ط 01، هجر للطّباعة والنّشر والتّوزيع والإعلان، القاهرة، 1415هـ - 1995م.

80. عبد الرّحمن بن أحمد بن قدامة المقدسيّ الدّمشقيّ الحنبليّ، المغنيّ، ج 09 مسألة قال: ومن لم يرث لم يحجب، ط 03، دار عالم الكتب للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الرّياض، 1417هـ - 1997م.

81. عبد الرّحمن بن أحمد بن قدامة المقدسيّ الحنبليّ الدّمشقيّ، عمدة الفقه في المذهب الحنبليّ، تحقيق: أحمد محمّد عزوز، باب حدّ الزّنا، د. ط، المكتبة العصريّة، بيروت، 1423هـ - 2003م.

82. عبد الغني الغنيميّ الميدانيّ الدّمشقيّ، اللّباب في شرح الكتاب -شرح لمختصر القدوري في الفقه الحنفيّ-، مج 04، كتاب الطّلاق، ط 02، دار السّراج، المدينة المنوّرة، 1435هـ - 2014م.

83. عبد القادر بن عمر الشّيباني، نيل المآرب بشرح دليل الطّالب، تحقيق: محمّد سليمان عبد الله الأشقر، ج 02، فصل الكفاءة، ط 01، مكتبة الفلاح، الكويت 1430هـ - 1983م.

84. علاء الدّين الكساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 04، كتاب النّفقة ط 02، دار الكتب العلمية، د. ب. ن، 1406هـ - 1986م.

85. علاء الدّين عبد العزيز بن أحمد البخاريّ، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ج 04، فصل في الخطأ، د. ط، دار الكتاب العربيّ، لبنان د. س. ن.

86. عبد الكريم بن محمّد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع -فقه الأسرة- مج 03، ط 01، دار كنوز إشبيليّة، الرّياض، 1431هـ - 2010م.

87. عبد الله الدّرعان، المدخل للفقه الإسلاميّ: تاريخه – قواعده – مبادئه العامة ط 01، مكتبة التّوبة، الرّياض، 1413هـ – 1993م.

88. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشّخصيّة في الشّريعة الإسلاميّة وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط 02، دار القلم، الكويت 1410هـ – 1990م.

89. علي بن عبد السّلام التسولي، البهجة في شرح التّحفة، ج01، ط 01، دار الكتب العلميّة، لبنان، 1418هـ – 1998م.

90. علي بن محمد الماوردي البصريّ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشّافعيّ، تحقيق: محمّد معوض وعادل عبد الموجود، ج 11، ط 01، دار الكتب العلميّة، بيروت، 1994.

91. كمال الدّين بن الهمّام الحنفيّ، شرح فتح القدير على الهداية، ج 03، كتاب الطّلاق، ط 01، دار الحلبيّ وأولاده، مصر، 1389هـ – 1970م.

92. مصطفى الخِنْ وآخرون، الفقه المنهجيّ على مذهب الإمام الشّافعيّ: الأحوال الشّخصيّة –أحكام الأسرة–، ج 04، ط 03، دار القلم، دمشق، 1413هـ – 1992م.

93. محمّد أمين بن عابدين، حاشية ردّ المحتار على الدّر المختار –شرح تنوير الأبصار–، ج 03، كتاب الطّلاق، ط 02، دار الحلبيّ وأولاده، مصر 1386هـ – 1966م.

94. محمّد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعيّ، مغني المحتاج إلى معرفة معانيّ ألفاظ المنهاج، ج 04، كتاب الطّلاق، ط 01، دار الكتب العلميّة، بيروت 1415هـ – 1994م.

95. محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السّرخسيّ، المبسوط، ج 06، كتاب الطّلاق، د. ط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ – 1993م.

96. محمّد بن إدريس الشّافعيّ، الأمّ، ج 02، كتاب النكاح، باب ما جاء في الأوصياء، ط 02، دار الفكر، بيروت، 1403هـ - 1983م.

97. محمّد عرفة الدّسوقيّ، حاشية الدّسوقيّ على الشّرح الكبير، ج 03، باب في بيان أسباب الحجر وأحكامه، د. ط، دار الفكر، د. ب. ن، د. س. ن.

98. محمّد اللّخمي الشّاطبيّ، الموافقات، مج 03، ط 01، دار ابن عفّان السّعوديّة، 1417هـ - 1997م.

99. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلاميّ وأدلّته، ج 04، باب انحلال الزّواج وآثاره، ط 04، دار الفكر، سوريا، د. س. ن.

100. يوسف بن إبراهيم الأردبيلي، الأنوار لأعمال الأبرار، تحقيق: خلف مفضي المطلق، تقديم: حسين عبد الله العليّ، ج 02، كتاب الصّداق، ط 01، دار الضّياء، عمّان، 1427هـ - 2006م.

101. يوسف بن محمد الجويني أبو المعالي، نهاية المطلب في دراية المذهب تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، ج 05، باب الخراج بالضّمان والرّدّ بالعيب ط 01، دار المنهاج، د. ب. ن، 1438هـ - 2007م.

ثانيا- الكتب:

102. أحمد الونشريسي، المعيار المعرّب والجامع المغرّب عن فتاوى أهل إفريقيّة والأندلس والمغرب، مج 05، ج 01، وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلاميّة للمملكة المغربيّة، المغرب، 1401هـ - 1981م.

103. أحمد بهنسي، نفقة المتعة بين الشّريعة والقانون، ط 01، دار الشّروق القاهرة، 1408هـ - 1988م.

104. أحمد غندور، الطّلاق في الشّريعة الإسلاميّة والقانون، د. ط، دار المعارف مصر، 1387هـ - 1967م.

105. أحمد محمّد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأصول الشخصيّة –فقه الطّلاق والفسخ والتّفريق والخلع–، ط 01، دار المسيرة، عمّان، 2008.

106. أحمد نصر الجندي، الطّلاق والتّطليق وآثارهما، ط 01، دار الكتب القانونيّة مصر، 2004.

107. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأحوال الشّخصيّة لدولة الإمارات العربيّة المتحدة، د. ط، دار الكتب القانونيّة، مصر، 2017.

108. أحمد نصر الجندي، من فرق الزّوجيّة: الخلع– الإيلاء– الظّهار– اللّعان، د. ط، دار الكتب القانونيّة، مصر، 2005.

109. إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربيّ –أحكام الزّواج– دراسة مقارنة معزّزة بأحدث التّطبيقات القضائيّة لمحكمة النّقض ومحاكم الموضوع، ج 01 طبعة 2016، دار نشر المعرفة، المغرب، 2016.

110. إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة: الزّواج والطّلاق بين الحنفيّة والشّافعيّة –دراسة مقارنة–، ط 01، دار الحامد، عمّان، 1429هـ – 2009م.

111. الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائريّ المعدّل –دراسة مقارنة لبعض التّشريعات العربيّة–، ط 01، دار الخلدونيّة، الجزائر، 1429هـ – 2008م.

112. السعيد بن محمّد هراوة، حماية الأسرة في ظلّ الشّريعة الإسلاميّة والاتّفاقيّات الدّوليّة، ط 01، سامي للطّباعة والنّشر والتّوزيع، الوادي، الجزائر، 2022.

113. العربي بلحاج، أحكام الزّوجيّة وآثارها في قانون الأسرة الجزائريّ، د. ط دار هومة، الجزائر، 2013.

114. أميرة محمّد مغازي، الممارسات الضّارة وأثرها على العلاقة الزّوجيّة – دراسة فقهيّة مقارنة–، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندريّة، 2008.

115. أنور سلطان، أحكام الالتزام، الموجز في النّظريّة العامة للالتزام –دراسة مقارنة في القانونين المصريّ واللّبنانيّ–، ط 01، دار النّهضة العربيّة، بيروت 1983.

116. باديس بوقرة، صور وآثار فكّ الرّابطة الزّوجيّة في قانون الأسرة، د. ط، دار الهدى، عين مليلة، 2013.

117. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزّواج والطّلاق في الإسلام –بحث تحليليّ ودراسة مقارنة–، ط 02، دار التّأليف، مصر، 1961.

118. تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، ط 01، المكتب العربيّ، بيروت 1390.

119. جميل فخري محمد جانم، متعة الطّلاق وعلاقتها بالتّعويض عن الطّلاق التّعسّفي في الفقه والقانون، ط 01، دار الحامد، عمّان، 1429هـ – 2009م.

120. حامد الجندلي، قانون الأحوال الشّخصيّة التّونسيّ على ضوء الشّريعة الإسلاميّة، مجمع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2011.

121. حسن تيسير شموط، المفيد في شرح قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ رقم 36 لعام 2010، ط 01، منشورات جمعيّة المحافظة على القرآن الكريم الأردن، 1437هـ – 2016م.

122. حسين عامر وعبد الرّحيم عامر، المسؤوليّة المدنيّة التّقصيريّة والعقديّة، ط 02، دار المعارف، القاهرة، 1979.

123. خالد بنمومن، المسؤوليّة المدنيّة في قضايا الأسرة، د. ط، دار نشر المعرفة الرّباط، 2016.

124. دليلة فركوس وجمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة: انعقاد الزّواج د. ط، دار الخلدونيّة، الجزائر، 1437هـ – 2016م.

125. ذياب زياد صبحي علي، متعة الطّلاق وعلاقتها بالتّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ، دار الينابيع للنّشر والتّوزيع، عمّان، 1992.

126. رأفت محمّد حماد، النّظريّة العامة للحقّ –دراسة مقارنة بالفقه الإسلاميّ– د. ط، دار النّهضة العربيّة، القاهرة، د. س. ن.

127. رضا متولي وهدان، الوجيز في المسؤوليّة المدنيّة (الضّمان) –دراسة مقارنة على ضوء الفقه الإسلاميّ–، ط 01، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2011.

128. رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر الهادي سالم الشّافعيّ، أحكام الأسرة الخاصة بالزّواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلاميّ والقانون والقضاء: دراسة لقوانين الأحوال الشّخصيّة في مصر ولبنان، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقيّة، لبنان، 2011م.

129. زكية تشوار حميدو، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلاميّ والقوانين الوضعيّة، ط 01، دار الكتب العلميّة، لبنان، 2008.

130. زهدي يكن، المسؤوليّة المدنيّة أو الأعمال غير المباحة، ط 01، منشورات المكتبة العصريّة، لبنان، د. س. ن.

131. ساسي بن حليمة، مجموعة تعاليق على قرارات في مادة الأحوال الشّخصيّة د. ط، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2012.

132. ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشّخصيّة، د. ط، مركز النّشر الجامعيّ، تونس، 2011.

133. سامي الجربي، شروط المسؤوليّة المدنيّة في القانون التّونسيّ والمقارن، ط 01، مطبعة التّسفير الفنيّ، صفاقس، 2011.

134. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدنيّ، مج 02، ج 02، ط 05، دار الكتب القانونيّة، المنشورات الحقوقيّة، د. ب. ن، د. س. ن.

135. صالح الضّاوي، تعليق على مجلّة الالتزامات والعقود –شرح وتحيّين وتعليق–، د. ط، دار إسهامات في أدبيّات المؤسّسة، تونس، 2008.

136. صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، ج 01 الزّواج وانحلاله وآثاره، النّيابة الشّرعية، د. ط، الدّيوان الوطنيّ للأشغال التّربويّة والتّمهين، الجزائر، د. س. ن.

137. صلاح محمّد أبو الحاج، أحكام الخلع واشتراط رضا الزّوج فيه، ط 01 مركز العلماء للبحوث والدّراسات وتقنيّة المعلومات، عمّان، 2004.

138. عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة –أحكام مشتركة لجميع الجهات القضائيّة–، ج 01، ط 01، كليك للنّشر، الجزائر 2012.

139. عادل فتحي عبد الله، الخلع بين الفقه والقانون، د. ط، الدّار الذّهبيّة، مصر 1999.

140. عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشّريعة الإسلاميّة، ط 01، دار ابن حزم، بيروت، 1418هـ – 1997م.

141. عبد الحكيم فودة، الجرائم الماسة بالآداب العامة والعرض، د. ط، دار الكتب القانونيّة، مصر، 2004.

142. عبد الرّحمن الحجاجي، التّعويض في مدوّنة الأسرة بين الأحكام الموضوعيّة والمسطريّة، ط 01، هيئة المحامين، سطات، 2019.

143. عبد الرّزاق السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنيّ، مصادر الالتزام ج 01، د. ط، دار النّشر للجامعات المصريّة، مصر، 1952.

144. عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلاميّ والقانون المصريّ، ط 01، دار النّهضة العربيّة، مصر، 1427هـ – 2006م.

145. عبد العزيز سعد، الزّواج والطّلاق في قانون الأسرة الجزائريّ، ط 03، دار هومة، الجزائر، 1996.

146. عبد الكبير العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدّعوة إلى التّغيّير، ط 01، مطبعة فضالة، المحمّديّة، 1999.

147. عبد الله عبد المنعم العسيليّ، الفروق الفقهيّة بين الرّجل والمرأة في الأحوال الشّخصيّة –دراسة فقهيّة–، ط 01، دار النّفائس، الأردن، 1432هـ – 2011م.

148. عبد الله مبروك النّجار، الضّرر الأدبيّ –دراسة مقارنة في الفقه الإسلاميّ والقانون–، د. ط، دار المريخ للنّشر، 1415هـ – 1995م، الرّياض.

149. عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون –النّظريّة العامة للحقّ–، د. ط دار هومة، الجزائر، 2003.

150. عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضّرر المعنويّ في قانون الأسرة الجزائريّ –دراسة مقارنة بالفقه الإسلاميّ–، ط 01، دار الخلدونيّة، الجزائر، 1428هـ – 2007م.

151. عبير ربحي شاكر القدومي، التّعسّف في استعمال الحقّ في الأحوال الشّخصيّة، ط 01، دار الفكر، عمّان، 2007.

152. عزّ الدّين الدناصوري، المسؤوليّة المدنيّة في ضوء الفقه والقضاء، ط 01 المكتبة القانونيّة، مصر، 1998.

153. علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطّلاق والظّهار، ط 01، دار الكتب العلميّة، لبنان، 1424هـ – 2003م.

154. علي حسب الله، الفرقة بين الزّوجين وما يتعلّق بها من عدّة ونسب، ط 01 دار الفكر العربيّ، مصر 1387هـ – 1968م.

155. علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحقّ للتّعويض، ط 03، موفم للنّشر الجزائر، 2014.

156. عمارة نين، سلطة القاضي التّقديريّة في تعويض الضّرر عن الطّلاق، ط 01 مكتبة الوفاء، مصر، 2020.

157. عيسى فتح الله أحمد، التّطليق بحكم القضاء في الشّريعة الإسلاميّة، د. ط دار الجامعة الجديدة، مصر، 2021.

158. غسّان عشّا، الزّواج والطّلاق وتعدّد الزّوجات في الإسلام –الأحكام الفقهيّة وتبريرات الكتّاب المسلمين المعاصرين–، ط 01، دار السّاقيّ، لبنان، 2004.

159. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشّخصيّة العراقيّ رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته –عقد الزّواج وآثاره والفرقة وآثارها وحقوق الأقارب–، د. ط، جامعة السّليمانيّة، العراق، 2004.

160. فاطمة الزّهراء بن محمود وسامية دولة، التّعليق على مجلّة الأحوال الشّخصيّة –قراءة في فقه القضاء–، ط 01، منشورات مجمّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2015.

161. فتحي الدريني، النّظريّات الفقهيّة، ط 04، منشورات جامعة دمشق، 1416–1417هـ / 1996– 1997م.

162. فتحي الدريني، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، ط 01 مؤسّسة الرّسالة، بيروت، 1387هـ – 1967م.

163. فهد عبد المحسن الحسيني، قانون الأحوال الشّخصيّة الكويتيّ –دراسة فقهية نقديّة–، راجع الكتاب: صالح أحمد العلي، ط 01، دار ركائز، الكويت 1440هـ – 2019م.

164. فوزي أكريم، شرح مدوّنة الأسرة: الزّواج– الطّلاق– البنوّة والنّسب– الحضانة والنّفقة– الأهليّة والنّيابة الشّرعيّة، د. ط، د. د. ن، طنجة، 2019.

165. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشّخصيّة، ج 01 دار هومة، الجزائر، 2005.

166. محمّد أبو زهرة، الأحوال الشّخصيّة، ط 02، دار الفكر العربيّ، القاهرة 1950.

167. محمّد أحمد شحاتة حسين، شرح قانون الأحوال الشّخصيّة لدولة الإمارات العربيّة المتحدة –دلالة التّقنين بين النّصّ والفقه الإسلاميّ وأحكام القضاء–، ج 02، المواد من 98 إلى 239، د. ط، دار الكتب والدّراسات العربيّة الإسكندريّة، 2017.

168. محمّد أحمد شحاتة حسين، شرح قانون الأسرة لدولة قطر –دلالة التّقنين بين النّصّ والفقه الإسلاميّ وأحكام القضاء–، مج 02، المواد من 101 إلى 190 د. ط، دار الكتب والدّراسات العربيّة، الإسكندريّة، 2017.

169. محمّد الأزهر، شرح مدوّنة الأسرة: الزّواج– انحلال ميثاق الزّوجيّة وآثاره– الولادة ونتائجها، ط 07، د. د. ن، الدّار البيضاء، 2015.

170. محمّد الشّافعي، الزّواج وانحلاله في مدوّنة الأسرة، ط 03، المطبعة والوراقة الوطنيّة، مراكش، 2004.

171. محمّد خليل سلمان محسن الديسي، موسوعة الأحوال الشّخصيّة في ضوء قانون الأحوال الشّخصيّة لدولة الإمارات العربيّة المتحدة –دراسة مقارنة–، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2019.

172. محمّد رضا، حقوق المرأة في محكمة الأسرة، د. ط، الهيئة المصريّة العامة للكتاب، مصر، 2016.

173. محمّد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشّرعيّة في الأحوال الشّخصيّة، ج 01 (في الأحكام المختصّة بذات الإنسان)، كتاب في فرق النّكاح، باب في الطّلاق ط 01، مطبعة الواعظ، مصر، 1326هـ.

174. محمّد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشّرعيّة في الأحوال الشّخصيّة، ج 01 (في الأحكام المختصّة بذات الإنسان)، كتاب في النّكاح، ط 02، مطبعة علي سكر أحمد، مصر، 1330هـ – 1912م.

175.محمّد سعيد جعفور، نظريّة عيوب الإرادة في القانون المدنيّ الجزائريّ والفقه الإسلاميّ، ط 01، دار هومة، الجزائر، 2022.

176.محمّد سمارة، أحكام وآثار الزّوجيّة –شرح مقارن للأحوال الشّخصيّة–، ط 01 مطبعة جمعية عمّال المطابع التّعاونيّة، القدس، 1987.

177.محمّد طلافحة ومحمود الحياري ورائدة نصيرات، المضامين التّربويّة في معايّير نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلاميّ، مجلّة المنارة للبحوث والدّراسات، مج 21، ع 04، جامعة آل البيت، الأردن، ديسمبر 2015.

178.محمّد كامل مرسي، الوصيّة وتصرّفات المريض مرض الموت في القانون المصريّ والقوانين الأجنبيّة، د. ط، القاهرة، 1950.

179.مصطفى أحمد الزرقا، مشروع قانون الأحوال الشّخصيّة الموحّد للإقليمين المصريّ والسّوريّ في عهد الوحدة بينهما، د. ط، دار القلم، دمشق، 1996.

180.مصطفى بوبكر، المسؤوليّة التّقصيريّة بين الخطأ والضّرر في القانون المدنيّ الجزائريّ، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2015.

181.معوّض عبد التّواب، المرجع في التّعليق على نصوص القانون المدنيّ – تشتمل على نصوص القانون المدنيّ معلّقا عليه بالمذكّرة الإيضاحيّة والأعمال التّحضيريّة وأحكام النّقض من عام 1931 إلى عام 1997 بالمقارنة بالتّشريعات العربيّة–، ج 02، ط 04، منشأة المعارف، الإسكندريّة، 1998.

182.منال محمود المثني، الخلع في قانون الأحوال الشّخصيّة: أحكامه، آثاره – دراسة مقارنة بين الشّريعة والقانون–، ط 01، دار الثّقافة، الأردن، 1430هـ – 2009م.

183.ناصر أحمد إبراهيم النشوى، الخلوة والآثار المترتّبة عليها في الشّريعة الإسلاميّة، د. ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

184. ناصر عبد الرّزاق، حقّ الطّلاق بين الزّوجة والزّوج والقاضي، د. ط، دار مديولى الصّغير، مصر، 2007.

185. نور الدين لمطاعي، عدّة الطّلاق الرّجعي وآثارها على الأحكام القضائيّة، ط 02، دار فسيلة، الجزائر، 2009.

186. ياسين علال، أثر الطّلاق على التّوارث بين الزّوجين في الفقه والقانون – دراسة مقارنة–، د. ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندريّة، 2017.

ثالثا– المذكّرات الجامعيّة:

- **أطروحات الدّكتوراه:**

187. بخوش رزيق، عيوب الرّضا في عقد الزّواج، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلاميّة، تخصّص شريعة وقانون، قسم الشّريعة كلّية العلوم الإسلاميّة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1438هـ – 1439هـ / 2017م –2018.

188. جيلالي وحياني، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائريّ على ضوء الاتّفاقيّات الدّوليّة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، قسم القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018–2019.

189. دليلة آيت شاوش، إنهاء الرّابطة الزّوجيّة بطلب الزّوجة –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ وبعض تشريعات الأحوال الشّخصيّة العربيّة–، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصّص قانون، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013–2014.

190. رحاب مصطفى كامل، تعدّد الزّوجات ومدى مشروعيّة تدخّل الزّوجة لمنع التّعدّد –دراسة مقارنة–، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، قسم الشّريعة الإسلاميّة، كلّية الحقوق، جامعة القاهرة، 1430هـ – 2009م.

191. زكيّة غناي، حقوق المطلّقة بين الشّريعة الإسلاميّة وقانون الأسرة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلّية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزائر، 2010-2011.

192. عبد الباري حسن محمد الباكمة، إشكاليّات الطّلاق وإثباته في الشّريعة الإسلاميّة والقانون اللّيبيّ والمقارن، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه، قسم الشّريعة الإسلاميّة، كلّية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2014-2015.

193. عبد العزيز فخات، نطاق مبدأ سلطان الإرادة في عقود الزّواج في ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائريّ والشّريعة الإسلاميّة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصّص الحماية الجنائيّة للأسرة، قسم الحقوق، معهد الحقوق والعلوم السّياسيّة، المركز الجامعي صالحي أحمد، النّعامة، 2021-2022.

194. عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من ثنائيّة القانون والفقه في مسائل الأحوال الشّخصيّة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلّية العلوم القانونيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة، جامعة محمد الخامس، الرّباط، 1999-2000.

195. عبد الهادي لهزيل، حقّ الزّوجة في اللّجوء إلى التّفريق القضائيّ -دراسة مقارنة في التّشريع الجزائريّ والتّونسيّ والمغربيّ-، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصّص القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة الشّهيد حمّة لخضر، الواديّ، 2019 - 2020.

196. علي سنوسي، مجال التّعسّف في الحقوق الأسريّة بين التّوسيع والتّضيّيق على ضوء الاجتهاد القضائيّ وأحكام التّشريع والفقه الإسلاميّ، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصّص علوم قانونيّة، فرع قانون الأسرة، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة الجيلالي ليابس، بلعباس، 2018-2019.

197. فاطمة الزّهراء لقشيري، أحكام الالتزام الماليّ في الأحوال الشّخصيّة –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصّص شريعة وقانون، كلّية العلوم الإسلاميّة، جامعة باتنة 01، 2016–2017.

198. كاميليا حلمي محمد، المواثيق الدّوليّة وأثرها في هدم الأسرة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه، قسم الدّراسات الإسلاميّة، كلّية الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة، شعبة الدّراسات الأسريّة، جامعة طرابلس، لبنان، 2018–2019.

199. لعلى سعادي، الزّواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائريّ، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، قانون خاص، كلّية الحقوق، جامعة الجزائر 01 2014–2015.

200. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائيّ في الفقه الإسلاميّ وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائريّ، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلاميّة، تخصّص فقه وأصوله، قسم الشّريعة، كلّية العلوم الاجتماعيّة والعلوم الإسلاميّة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1429–1430هـ الموافق لـ 2008–2009م.

201. محمّد حيدرة، الضّرر في الأحوال الشّخصيّة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في الفقه والأصول، كلّية العلوم الإنسانيّة والحضارة الإسلاميّة، جامعة وهران، 2011–2012.

202. محمّد يوب، تعويض الضّرر النّاتج عن العلاقة الزّوجيّة –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ–، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإسلاميّة، تخصّص فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1433هـ – 1434هـ / 2012م – 2013م.

203. مسعودة نعيمة إلياس، التّعويض عن الضّرر في بعض مسائل الزّواج والطّلاق –دراسة مقارنة–، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون

الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.

204. ميسون علي محمد صالح، التّعسّف في استعمال حقّ الطّلاق والآثار المترتّبة عليه في الشّريعة وموقف القانون اللّيبي منه -دراسة مقارنة-، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه "الإجازة الدّقيقة"، قسم الشّريعة الإسلاميّة، كلّية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، 1437هـ - 2016م.

205. نور الدّين عماري، دور إرادة الزّوجة في فكّ الرّابطة الزّوجيّة في القوانين المغاربيّة للأسرة، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، قسم القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017-2018.

206. نور الدّين مزياني، اتّفاقيّة القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة وانعكاساتها على بعض أحكام الزّواج والطّلاق في قانون الأسرة الجزائريّ أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2020-2021.

207. هاجر عبد الدايم، الحماية القضائيّة للأسرة (الزّواج والطّلاق)، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه ل. م. د، القانون الخاص، تخصّص قانون الأسرة جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 01، 2020-2021.

208. وائل محمد علي الخليفي، القضاء بالتّعويض في مسائل الأسرة -دراسة مقارنة-، أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلّية الحقوق، قسم القانون المدنيّ، جامعة عين شمس، مصر، 2010-2011.

- **رسائل الماجستير:**

209. أندرو ميشيل يوسف حفيري، التّصرّفات القانونيّة الصّادرة في مرض الموت وفق مجلّة الأحكام العدليّة –دراسة مقارنة–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة القدس، فلسطين، 1439هـ – 2018م.

210. حسن محمد عبد الحميد الكردي، الكفاءة في الزّواج مقارنة بقانون الأحوال الشّخصيّة، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير، قسم القضاء الشّرعيّ، كلّية الشّريعة والقانون، الجامعة الإسلاميّة، غزّة، د. س.

211. حفصيّة دونة، أحكام النّفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطّلاق في قانون الأسرة الجزائريّ، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانونيّة والإداريّة، قسم الحقوق، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة الشّهيد حمّة لخضر، الواديّ، 2014 – 2015م.

212. خطاب خالد خطاب خالد، التّعويض عن الطّلاق –دراسة فقهيّة مقارنة بين القانونين اللّيبيّ والمصريّ–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق كلّية الحقوق، جامعة الإسكندريّة، 2009–2010.

213. رحاب الحميدي حميد المطيري، الإضرار بالمطلّقة والتّعويض عنه –دراسة تأصيليّة مقارنة–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في الشّريعة والقانون، قسم الشّريعة والقانون، كلّية العدالة الجنائيّة، جامعة نايف العربيّة للعلوم الأمنيّة 1435هـ – 2014م.

214. رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ في الفقه الإسلاميّ، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في الفقه وأصوله، كلّية الدّراسات العليا، الجامعة الأردنيّة، الأردن، آب 2009.

215. رشيد آسو سردار، التّفريق للضّرر –دراسة مقارنة–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، منظّمة طبع ونشر الثّقافة القانونيّة كردستان، 1431هـ – 2010م.

216. ريمة صالح عبد الرّحمن محمّد المانع، تحويل الجنس وأثره على الحالة المدنيّة –دراسة تحليليّة مقارنة–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلّية الحقوق، جامعة قطر، 2018.

217. زيدان عبد النّور، الصّلح في الطّلاق –دراسة للنّصوص القانونيّة والفقهيّة في الاجتهاد القضائيّ–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلّية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2006–2007.

218. ساجدة عفيف محمد رشدي عتيلي، الطّلاق التّعسّفيّ والتّعويض عنه بين الشّريعة الإسلاميّة والقانون الأردنيّ، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في الفقه والتّشريع، كلّية الدّراسات العليا، جامعة النّجاح الوطنيّة، نابلس، فلسطين 2011.

219. سارة خضر أرشيدات، البيع في مرض الموت، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلّية الحقوق، جامعة الشّرق الأوسط، الأردن، 2014.

220. سعاد بلحورابي، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ وتطبيقاتها في الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون فرع قانون المسؤوليّة المهنيّة، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة مولود معمريّ، تيزي وزو، 2013–2024.

221. سليم سعدي، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائيّ، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤوليّة، جامعة يوسف بن خدّة، الجزائر، 2013–2014.

222. سميرة توفيق صابر الجليس، مرض الموت وأثره على عقد البيع –دراسة مقارنة في القانون المدنيّ المصريّ والقانون المدنيّ الأردنيّ والقانون المدنيّ المطبّق في قطاع غزّة–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص كلّية الحقوق، جامعة الأزهر، غزّة، 1438هـ – 2017م.

223. سهام حسن أحمد بنية، التّعسّف في الطّلاق بين الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة والقانون القطري –مقترحات وحلول–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في الفقه وأصوله، كلّية الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة، جامعة قطر، 1440هـ – 2019م.

224. ماهر نبيل أحمد إدريس، مذهب سفيان الثّوري في الطّلاق والخلع –دراسة مقارنة–، مذكّرة مقدّمة لنيل شهادة ماجستير في القضاء الشّرعيّ، كلّية الدّراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 1435هـ – 2014م.

رابعا– المقالات العلميّة:

225. أحمد علي أبو سماقة وجهاد سالم الشرفات، حقّ الزّوجة في طلب التّفريق بسبب إعسار الزّوج بالنّفقة والمهر –دراسة فقهيّة مقارنة بقانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ رقم 36 لسنة 2010–، المجلّة الأردنيّة في الدّراسات الإسلاميّة، مج 12، ع 03، جامعة آل البيت، 1437هـ – 2016م.

226. أمجد عبد الفتاح أحمد حسان وحسن فلاح موسى فلاح، الخلع تحت عينيّ الزّوج، مجلّة القانون والعلوم السّياسيّة، مج 04، ع 02، جامعة النّجاح الوطنيّة نابلس– فلسطين، رمضان 1439هـ الموافق لـ جوان 2018م.

227. أمينة عبيشات وبراهيم عماري، إشكالية تعدّد الزّوجات بين الإباحة والتّقييّد في تشريعات الأسرة المقارنة، مجلّة الدّراسات القانونيّة المقارنة، مج 03، ع 04، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشّلف، نوفمبر 2017.

228. أنس محمد عبد الغفار سلامة، الحماية القانونيّة للعامل من تعسّف صاحب العمل في قانون العمل الإماراتيّ، مجلّة العلوم القانونيّة والاجتماعيّة، ع 11 جامعة زيان عاشور، الجلفة، سبتمبر 2018.

229. آسية بوخاتم، آثار عيوب الإرادة على عقد الزّواج –دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائريّ ومدوّنة الأسرة المغربيّة–، مجلّة القانون والعلوم السّياسيّة مج 03، ع 02، المركز الجامعيّ صالحي أحمد، النّعامة، 2014.

230. آلاء محمّد فيصل إسماعيل، تغيّير النّوع بين الفقه والقانون، مجلّة روح القوانين، كلّية الحقوق، مج 33، ع 95، جامعة طنطا، مصر، يوليو 2021.

231. إسماعيل البريشي، الخلع القضائيّ بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ، المجلّة الأردنيّة في الدّراسات الإسلاميّة، مج 05، ع 04 كلّية الشّريعة، الجامعة الأردنيّة، 1431هـ- 2009م.

232. إكرام كيحل وكمال لروي، الحماية الجنائيّة للعلاقة الزّوجيّة بين التّشريع الجزائريّ والتّشريع المصريّ -جريمة الخيانة الزّوجيّة أنموذجا-، مجلّة الحوار الفكريّ، مج 12، ع 14، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2017.

233. المبروك منصوري، زنا الزّوجين في القوانين المغاربيّة -دراسة تحليليّة مقارنة-، مجلّة دراسات قانونيّة، ع 20، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات التّعلّميّة، الجزائر، 2014.

234. بسمة سهايلية وأكلي زازون، استحقاق المطلّقة الصّداق بالدّخول والخلوة الصّحيحة -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلاميّ وقوانين الأسرة المغاربيّة-، مجلّة الدّراسات والبحوث القانونيّة، مج 08، ع 02، جامعة المسيلة، جوان 2023.

235. براءة علي اليوسف وأسامة الحمويّ، الفسخ القضائيّ لعدم الإنفاق -دراسة مقارنة-، مجلّة جامعة دمشق للعلوم الاقتصاديّة والقانونيّة، مج 28، ع 01 دمشق، 2012.

236. بلقاسم نجماوي، جريمة الخيانة الزّوجيّة في التّشريع الجزائريّ، المجلّة الجزائريّة للعلوم القانونيّة والسّياسيّة، مج 36، ع 04، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 1999.

237. توفيق شندارلي، مظاهر الاختلاف في قوانين الأحوال الشّخصيّة العربيّة - نظام تعدّد الزّوجات نموذجا-، مجلّة الباحث للدّراسات الأكاديميّة، ع 04 جامعة الحاج لخضر، باتنة 01، ديسمبر 2014.

238. حشمت محمد عبده، أحكام سقوط البكارة ورتقها في الفقه الإسلاميّ، مجلّة الدّراسات الإسلاميّة والبحوث الأكاديميّة، ع 87، مصر، د. س. ن.

239. حكيمة كحيل، عيوب الرّضا وأثرها على صحّة الزّواج، مجلّة الصّدى للدّراسات القانونيّة والسّياسيّة، مج 04، ع 01، جامعة خميس مليانة، 2022.

240. حميد عبد اللّطيف جاسم، أحكام رتق غشاء البكارة في الفقه الإسلاميّ، مجلّة الجامعة العراقيّة، مج 03، ع 60، العراق، د. س. ن.

241. خريس سارة ومناصرية حنان، قراءة في نصّ المادة 08 من قانون الأسرة حول نظام تقييّد تعّدد الزّوجات والإشكالات الّتي يطرحها، مجلّة البحث القانونيّ والسّياسيّ، مج 06، ع 02، 2021.

242. خيرة العرابي، حقّ الزّوجة في رفض أو قبول تعدّد الزّوجات وأثره على استمرار الحياة الزّوجيّة، مجلّة الدّراسات القانونيّة المقارنة، مج 07، ع 02 جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2021.

243. داليا قدري أحمد عبد العزيز ورحاب مصطفى كامل السيد، موقف الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ من إكراه الزّوج زوجته على الوطء –دراسة مقارنة–، مجلّة البحوث القانونيّة والاقتصاديّة، ع 67، جامعة المنصورة مصر، ديسمبر 2018.

244. راضية بشير ومحمود لنكار، حقّ الزّوج في التّعويض عند فكّ الرّابطة الزّوجيّة بالخلع، مجلّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة، مج 10، ع 03، جامعة الوادي، ديسمبر 2019.

245. ريم رامي العمري، الإكراه وأثره في عقود الزّواج، مجلّة العلوم الإسلامية مج 02، ع 03، العراق، يوليو 2019.

246. ريمة صالح عبد الرّحمن محمّد المانع ومحجوب علي محجوب وطارق جمعة السيد راشد، إشكاليّة تحويل الجنس في القانون القطريّ والقانون المقارن، مجلّة كيوسايس *Q science*، دار جامعة حمد بن خليفة للنّشر، 2020.

247. رويضة بوسعيد، أثر الإكراه والتّدليس على عقد الزّواج، مجلّة الباحث للدّراسات الأكاديميّة، مج 10، ع 02، الجزائر، 2023.

248. زكية تشوار حميدو، الدّور الإيجابيّ للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلّة الجزائريّة للعلوم القانونيّة والاقتصاديّة والسّياسيّة، مج 40، ع 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2003.

249. سارة بوعلي وعبد الله بن عطية، التزام الزّوجة بالإنفاق على بيت الزّوجيّة بين الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ، مجلّة البحوث في الحقوق والعلوم السّياسيّة، مج 07، ع 01، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2021.

250. سارة خريس وحنان مناصرية، قراءة في نصّ المادة 08 من قانون الأسرة حول نظام تقييّد تعّدد الزّوجات والإشكالات الّتي يطرحها، مجلّة البحث القانونيّ والسّياسيّ، مج 06، ع 02، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة 2021.

251. سعاد قصعة وعائشة لخشين، العنف الجسديّ ضدّ المرأة وموقف التّشريع الوطنيّ والاتّفاقيّات الدّوليّة منه، مجلّة الإبراهيمي للعلوم الاجتماعيّة والإنسانيّة مج 05، ع 02، جامعة برج بوعريريج، 2021.

252. سيدي محمّد أمين جدوي، موقف القانون الجزائيّ الجزائريّ من حماية الزّوجة، مجلّة القانون والعلوم السّياسيّة، ع 04، المركز الجامعيّ النّعامة، جوان 2016.

253. شذى مظفر حسين، الأساس الفقهيّ للمطالبة بالمهر –دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشّخصيّة العراقيّ رقم 118 لسنة 1959–، مجلّة الكوفة للعلوم القانونيّة والسّياسيّة، مج 10، ع 33، العراق، 2017.

254. شهرزاد بوسطلة، تعدّد الزّوجات في الشّريعة الإسلاميّة، الإباحة في ظلّ أحكام الشّريعة ومقاصدها، مجلّة الواحات للبحوث والدّراسات، مج 11، ع 02 جامعة غرداية، 2018

255. صالح بوبشيش، أحكام تعدّد الزّوجات في قانون الأسرة الجزائريّ –دراسة تحليليّة نقديّة على ضوء الشّريعة الإسلاميّة وواقع التّطبيق في المجتمع الجزائريّ–، مجلّة المعيار، مج 05، ع 01، جامعة العلوم الإسلاميّة "الأمير عبد القادر"، قسنطينة، جويلية 2004.

256. عائشة محمّد إسماعيل الأمين، إثبات تصرّفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلاميّ –دراسة مقارنة–، المجلّة القانونيّة، مج 09، ع 04، جامعة دنقلا، السّودان، 2021.

257. عبد الجبّار عبد الواحد صالح العبيدي ومحمد فائق الشماع، نشوز الزّوجة في الفقه الإسلاميّ وقانون الأحوال الشّخصية العراقيّ رقم 188 لسنة 1959 النّافذ مجلّة المنارة للدّراسات القانونيّة والإداريّة، ع 32، المغرب، 2020.

258. عبد العزيز يوسف الكندري، نشوز الزّوجة والأحكام المتعلّقة به وأثره على النّفقة في الفقه الإسلاميّ وقانون الأحوال الشّخصيّة الكويتيّ، مجلّة كلّية دار العلوم، مج 37، ع 130، مصر، 2020.

259. عبد الله عابدي، حقّ الزّوجة في التّطليق لعدم الإنفاق، مجلّة المعيار، ع 02 جامعة تيسمسيلت، ديسمبر 2010.

260. عبد المؤمن بن عبد القادر شجاع الدين، إكراه المرأة على الزّواج –دراسة مقارنة–، مجلّة الدّراسات الإسلاميّة، ع 11، اليمن، جوان 2018.

261. العربي مجيدي، دور الفقه المالكيّ في بناء وتأصيل معايير نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ –دراسة على ضوء القانون–، مجلّة الأستاذ الباحث للدّراسات القانونيّة والسّياسيّة، مج 04، ع 02، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019.

262. عروة عكرمة صبري ومحمّد سليم مصطفى، التّفريق بين الزّوجين للإعسار بالمهر –دراسة فقهيّة مقارنة مع قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ–، مجلّة الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة، مج 27، ع 09، جامعة الكويت، 2012.

263. علاء أحمد القضاة وعبد السلام عطوة الفندي، زواج المكره بين الفقه الإسلاميّ وبعض قوانين الأحوال الشّخصيّة العربيّة، مجلّة الصّراط، مج 24، ع 01، الأردن، جوان 2022.

264. علام الساجي، الزّواج التّعدديّ والعنف التّشريعيّ –مقاربة اتصاليّة وأنثروبيولوجيّة–، مجلّة الصّورة والاتصال، مج 04، ع 13، جامعة وهران – 1– أحمد بن بلّة، 2015.

265. علي حيدر، درر الحكّام –شرح مجلّة الأحكام–، مج 04، دار الكتب العلميّة لبنان، د. س. ن.

266. علي عبد الله العون، التّعسّف في الطّلاق والحقوق المترتّبة عليه والتّدابير المتّبعة للحدّ منه –مسائل فقهيّة مقارنة بقوانين الأحوال الشّخصيّة–، مجلّة دراسات، مج 43، ع 02، الجامعة الأردنيّة، 2016.

267. العيسى عبد الله علي، الخلوة الصّحيحة: شروطها – تأكيد المهر بالخلوة – وجوب العدّة بالخلوة، المجلّة العربيّة للفقه والقضاء، ع 16، مصر، 1994

268. فاطمة الزهراء بوعسلة وبراهيم عماري، تأصيل حقّ الخلع للزّوجة وتعويض الزّوج عن الضّرر النّاجم عنه، مجلّة الدّراسات القانونيّة المقارنة، مج 07، ع 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2021.

269. فاطمة الفرحاني، الخيانة الزّوجيّة في القانون الجنائيّ المغربيّ، مجلّة العلوم الجنائيّة، المركز المغربيّ للدّراسات والاستشارات القانونيّة وحلّ المنازعات مج 05، ع 06، المغرب، 2019.

270. فاطمة بن عيشوش، حقّ المطلّقة في المتعة بين الشّريعة الإسلاميّة وقانون الأسرة الجزائريّ، مجلّة صوت القانون، مج 05، ع 01، جامعة خميس مليانة 2018.

271.كريمة محروق، قيود تعدّد الزّوجات وإشكالاتها –قراءة في نصوص القانون واجتهادات المحكمة العليا–، مجلّة العلوم الإنسانيّة، مج ب، ع 48، جامعة منتوري، قسنطينة، ديسمبر 2017.

272.محمّد الحبيب الشّريف، مجلّة الأحوال الشّخصيّة –جمع وتعليق–، ط 05 دار الميزان، سوسة، 2004.

273.محمّد رايس وأحمد شامي، دور القاضي في تقدير التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ وتقدير بدل الخلع –دراسة مقارنة–، المجلّة الجزائريّة للقانون المقارن مج 01، ع 02، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة تلمسان، 2015.

274.محمد سفسيفي وعبد المنعم نعيمي، معيقات الإنجاب عند الزّوج وأثرها على الرّابطة الزّوجيّة في ظلّ تقدّم الحلول الطّبّيّة –دراسة قانونيّة مدعّمة بالاجتهاد القضائيّ–، مجلّة القانون والعلوم السّياسيّة، مج 07، ع 02، المركز الجامعي صالحي أحمد، النّعامة، 2021.

275.محمّد عبد المنعم أبو زيد، أحكام الإعسار في الفقه الإسلاميّ ووسائل حماية المؤسّسات الماليّة المقرضة من إعسار المدينين، مجلّة الثّقافة الإسلاميّة، وزارة الشّؤون الدّينيّة، مج 09، ع 02، جوان 2013.

276.محمّد محمّد عبد النّبيّ، نشوز الزّوجة: المظاهر، الأسباب، الآثار، طرق العلاج، سبل الوقاية، مجلّة الزّهراء، ع 30، مصر، 2020.

277.محمد مستوري، الكفاءة في الزّواج ودور العرف في التّوسعة من مجالاتها مجلّة الحقوق والعلوم الإنسانيّة، مج 13، ع 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة 2020.

278.محمّد مستوري، طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلاميّ والقانون الوضعيّ، مجلّة الدّراسات القانونيّة، مج 05، ع 01، كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة، جامعة المديّة، جانفي 2019.

279.محمّد نجيب سعيدي، التّغيير الجنسيّ من منظور قانونيّ وشرعيّ، المجلّة الأكاديميّة للبحوث القانونيّة والسّياسيّة، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، مج 04 ع 02، 2020.

280.معاذ محمد الديحاني، معايير التّعسّف في استعمال الحقّ –مقارنة مع القانون المدني الكويتيّ (عرض وتحليل)–، مجلّة كلّية دار العلوم، ع 140، ماي 2022.

281.مفيدة ميدون وإيمان معمري، أحكام هبة المريض مرض الموت بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائري، مجلّة طبنة، مج 02، ع 01، المركز الجامعيّ الشّهيد سي الحواس، بريكة، جوان 2019.

282.منصور عبد السّلام الصرايرة، جراحة الخنوثة وتغيير الجنس –دراسة في ضوء الشّرائع السّماويّة والتّشريع الأردنيّ–، مجلّة الحقوق، مج 35، ع 04 جامعة الكويت 2011.

283.موحى أسيدي أعمر، المسؤوليّة المدنيّة والتّعويض من خلال الزّواج وانحلال ميثاقه، مجلّة الأبحاث والدّراسات القانونيّة، ع 05، المغرب، 2015.

284.موسى بن ثغري، إثبات التّعسّف في دعوى الخلع، مجلّة الصّدى للدّراسات القانونيّة والسّياسيّة، مج 01، ع 01، جامعة خميس مليانة، 2019.

285.نظيرة عتيق، أثر الاجتهاد القضائيّ على مبدأ الرّضائيّة في التّفريق بالخلع مجلّة البحوث والدّراسات، مج 13، ع 01، جامعة الوادي، 2016.

286.نوال قحموص، انعكاسات المادة 16 من اتفاقيّة سيداو على قيام الرّابطة الزّوجيّة وانحلالها في قانون الأسرة الجزائريّ، مجلّة الأستاذ الباحث للدّراسات القانونيّة والسّياسيّة، مج 06، ع 01، جامعة المسيلة، الجزائر، جوان 2021.

287.نور الدّين كوسة، دور القيم الذّكورية في تحديد مكانة المرأة في المجتمع الجزائريّ –مقارنة نظريّة استنادا إلى المدخل الثّقافي–، مجلّة التّدوين، مج 06 ع 01، جامعة محمّد بن أحمد، وهران، جويلية 2020.

288. نورة تواتي، منازعات الصّداق في قانون الأسرة الجزائريّ والشّريعة الإسلاميّة، مجلّة الحقوق والحرّيات، مج 09، ع 02، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2021.

289. هشام ذبيح، التّطليق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائريّ، مجلّة الدّراسات والبحوث القانونيّة، مج 06، ع 02، جامعة المسيلة، 2021.

290. وليد مصطفى هجو، طلب التّفريق للإعسار مع علم الزّوجة بإعسار زوجها –دراسة فقهيّة مقارنة بقانون الأحوال الشّخصيّة للمسلمين لسنة 1991–، مجلّة دراسات إسلاميّة، ع 07، الخرطوم، 2015.

291. يوسف عبد الله محمد الشّريفين ورائدة خالد حمد نصيرات، المضامين التّربويّة في التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ في قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ، مجلّة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدّراسات، ع 44، آذار 2018.

292. يونس عثمان علي، الحماية المدنيّة للمرأة من عيوب الإرادة في عقد الزّواج –دراسة تحليليّة–، مجلّة جامعة دهوك، مج 26، ع 01، العراق، 2023.

293. نصر فريد واصل (مفتي الجمهوريّة المصريّة)، إكراه الزّوج على خلع زوجته –طلاق باطل–، جريدة الميدان، 25 شوال 1420هـ الموافق لـ 1 فبراير 2000.

خامسا– الاجتهادات القضائيّة:

294. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، د. ر. م، قرار صادر بتاريخ 1968/07/03، مجلّة الأحكام لوزارة العدل، ج 01، د. س. ن.

295. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 58، قرار صادر بتاريخ 1977/05/26، مجلّة قضاء المجلس الأعلى، ع 26.

296. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 21305، قرار صادر بتاريخ 1980/02/25 نشرة القضاة، ع 01، 1980.

297. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 33715، قرار صادر بتاريخ 1984/06/25 المجلّة القضائيّة، ع 04، 1989.

298. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 34791، قرار صادر بتاريخ: 1984/11/19 المجلّة القضائيّة، ع 03، 1989.

299. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 35912، قرار صادر بتاريخ 1985/04/08 المجلّة القضائيّة، ع 01، 1989.

300. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 36962، قرار صادر بتاريخ 1985/06/03، المجلّة القضائيّة، ع 02، 1990.

301. المجلس الأعلى، غرفة الاحوال الشّخصيّة، ملف رقم 39394، قرار صادر بتاريخ: 1986/02/10، نشرة القضاة، ع 44، 1988.

302. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 41560، قرار صادر بتاريخ 1986/04/07 المجلّة القضائيّة، ع 02، 1989.

303. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 40428، قرار صادر بتاريخ 1986/04/21 المجلّة القضائيّة، ع 04، 1993.

304. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 43860، قرار صادر بتاريخ 1986/12/29 المجلّة القضائيّة، ع 02، 1993.

305. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 45301، قرار صادر بتاريخ 1987/03/09، المجلّة القضائيّة، ع 03، 1992.

306. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، قرار رقم 75141، صادر بتاريخ 1991/06/18، المجلّة القضائيّة، عدد 01، 1993.

307. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشّخصيّة، قرار رقم 200198، صادر بتاريخ 1998/07/21، نشرة القضاة، عدد 56، 2000.

308. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 33719، قرار صادر بتاريخ 1984/07/09، المجلّة القضائيّة، ع 03، 1989.

309. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 36709، قرار صادر بتاريخ 1985/04/22، المجلّة القضائيّة، ع 01، 1989.

310. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 53017، قرار صادر بتاريخ 1989/03/27، المجلّة القضائيّة، ع 01، 1991.

311. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 72602، قرار صادر بتاريخ 1991/05/21، نشرة القضاء، ع 47، 1995.

312. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 75029، قرار صادر بتاريخ 1991/06/18، المجلّة القضائيّة، ع 02، 1994.

313. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 83603، قرار صادر بتاريخ 1992/07/21، اجتهاد قضائيّ، عدد خاص 2001.

314. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 87301، قرار صادر بتاريخ 1992/12/22، المجلّة القضائيّة، ع 02، 1995.

315. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 90468، قرار صادر بتاريخ 1993/03/30، المجلّة القضائيّة، ع 03، 1994.

316. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 101444، قرار صادر بتاريخ 1993/12/21، المجلّة القضائيّة، ع 02، 1996.

317. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 96688، قرار صادر بتاريخ 1994/01/18، نشرة القضاة، ع 50، 1997.

318. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 181648، قرار صادر بتاريخ 1997/12/23، المجلّة القضائية، ع 01، 1997.

319. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 101444، قرار صادر بتاريخ 1998/03/17، عدد خاص، 2001.

320. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 189226، قرار صادر بتاريخ 1998/04/21، اجتهاد قضائيّ، عدد خاص، 2001.

321. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 189324، قرار صادر بتاريخ 1998/05/19، اجتهاد قضائيّ، عدد خاص، 2001.

322. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 189339، قرار صادر بتاريخ 1998/05/19، اجتهاد قضائيّ، عدد خاص، 2001.

323. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 210451، قرار صادر بتاريخ 1998/11/17، اجتهاد قضائيّ، عدد خاص، 2001.

324. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 223019، قرار صادر بتاريخ 1999/06/15، عدد خاص، 2001.

325. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 235367، قرار صادر بتاريخ 2000/02/22، المجلّة القضائيّة، ع 01، 2001.

326. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 336380، قرار صادر بتاريخ 2005/07/13، نشرة القضاة، ع 61، 2006.

327. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 235357، قرار صادر بتاريخ 2000/02/22، المجلّة القضائيّة، ع 01، 2001.

328. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 243417، قرار صادر بتاريخ 2000/05/23، اجتهاد قضائيّ، 2001، عدد خاص.

329. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 252994، قرار صادر بتاريخ 2000/11/21، المجلّة القضائيّة، ع 01، 2001.

330. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 255711، قرار صادر بتاريخ 2001/09/21، المجلّة القضائيّة، ع 02، 2002.

331. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 345709، قرار صادر بتاريخ 2005/10/12، مجلّة المحكمة العليا، ع 02، 2005.

332. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 258613، قرار صادر بتاريخ 2006/06/14، مجلّة المحكمة العليا، ع 02، 2006.

333. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 356997، قرار صادر بتاريخ 2006/07/12، مجلّة المحكمة العليا، ع 02، 2006.

334. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 373707، قرار صادر بتاريخ 2006/11/15، مجلّة المحكمة العليا، ع 01، 2007.

335. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 374449، قرار صادر بتاريخ 2006/12/13، مجلّة المحكمة العليا، ع 01، 2007.

336. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 356657، قرار صادر بتاريخ 2007/06/13، غير منشور.

337. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 415123، قرار صادر بتاريخ 2008/03/12، مجلّة المحكمة العليا، ع 01، 2008.

338. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 448305، قرار صادر بتاريخ 2008/10/15 مجلّة المحكمة العليا، ع 02، 2010.

339. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 1390، قرار صادر بتاريخ 2009/12/10، غير منشور.

340. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 596191، قرار صادر بتاريخ 2011/01/13، مجلّة المحكمة العليا، ع 02، 2011.

341. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشّخصيّة، ملف رقم 656259، قرار صادر بتاريخ 2011/09/15، مجلّة المحكمة العليا، ع 01، 2012.

342. محكمة النّقض السّوريّة، قرار صادر بتاريخ 1954/05/16.

343. اجتهاد قضائيّ، محكمة القاهرة الابتدائيّة، صادر بتاريخ 1956/03/18.

344. مجلس التّمييز السّنّي، ملف رقم 539، قرار صادر بتاريخ 1962/12/12.

345. قرار تعقيبيّ جزائيّ تونسيّ، صادر بتاريخ 1980/11/14، نشريّة محكمة التّعقيب، ع 3482، 1980.

346. محكمة الاستئناف، ملف رقم 866/85، قرار صادر بتاريخ 1986/18/07 مجلّة المحامي، ع 10.

347. قرار تعقيبيّ تونسيّ، صادر بتاريخ 1987/09/22، نشريّة محكمة التّعقيب ع 17685، 1987.

348. قرار تعقيبيّ مدنيّ تونسيّ، مؤرّخ في 1988/12/13، مج 02، ع 21420 1988.

349. محكمة النّقض المصريّة، طعن رقم 0016 لسنة 57، جلسة 1989/07/18 مكتب فنّي 40.

350. محكمة الاستئناف التّونسيّة، ملف رقم 10298، قرار صادر بتاريخ 1993/12/22.

351. محكمة النّقض، ملف رقم 1795، أساس 1660، قرار صادر بتاريخ 1994/10/27.

352. محكمة النّقض، ملف رقم 1624، أساس 1859، قرار صادر بتاريخ 1995/12/3.

353. محكمة الاستئناف، قرار استئنافيّ مدنيّ تونسيّ، مؤرّخ في 30 أفريل 1997 ع 2876.

354. طعن رقم 06 لسنة 63 قضائيّة، أحوال شخصيّة، بتاريخ 1997/05/26.

355. الطّعن بالاستئناف الكويتيّ رقم 1998/24، أحوال شخصيّة، مجلّة الفتوى والتّشريع الكويتيّة، ع 11، يناير 2003.

356. طعن رقم 479 لسنة 66 قضائيّة، صادر بتاريخ 30 أفريل 2001.

357. المحكمة الابتدائية، قسم قضاء الأسرة، ملف رقم 2005/101، حكم صادر بتاريخ 2005/01/14، ع 17/2005، الرّباط.

358. محكمة الاستئناف، ملف رقم 303، قرار صادر بتاريخ 2005/06/07، ع 05/339، النّاظور، غير منشور.

359. محكمة ابتدائيّة النّاظور، ملف رقم 1234/11/11، قرار صادر بتاريخ 2012/05، ع 16222.

360. محكمة الاستئناف، غرفة الجنايات الاستئنافيّة، ملف رقم 2644، قرار صادر بتاريخ 2013/06/05، ع 36، 2013.

361. محكمة النّقض، غرفة الأحوال الشّخصيّة والميراث، ملف شرعيّ رقم 2014/1/2/179، قرار صادر بتاريخ 2014/07/08، نشرة قرارات محكمة النّقض.

362. المحكمة الابتدائيّة، قسم قضاء الأسرة، ملف رقم 3034/16، قرار صادر بتاريخ 2017/01/23، وجدة.

363. المحكمة الاتّحاديّة العليا، الأحكام المدنيّة والتّجاريّة، طعن رقم 184 لسنة 29 قضائيّة، بتاريخ 18/03/18، دولة الإمارات العربيّة المتحدة.

364. حكم 1858/05، ملف رقم 05/05/109.

سادسا- المطبوعات البيداغوجيّة:

365. أيمن الدريدي، الضّرر في العلاقة الزّوجيّة، محاضرة ختم التّمرين، الهيئة الوطنيّة للمحامين، تونس، د. س. ن.

366. محمود دودين، التّطوّرات الحاصلة على قوانين الأحوال الشّخصيّة في الدّول العربيّة، مطبوعة بيداغوجيّة، كلّية الحقوق، جامعة بيرزيت، 2015.

سابعا- المواقع الإلكترونيّة:

367. أحمد بن الحسين بن علي البيهقيّ، السّنن الكبرى، باب الوجه الذّي تحلّ به الفديّة، منشور على الرّابط الآتي: www.islamweb.net تاريخ التّصفّح: 2023/12/22، على السّاعة 10:15 سا.

368. أحمد حسن، الموسوعة القانونيّة المتخصّصة، منشور على الرّابط الآتي: https://arab.ency.com.sy/khula/divorceforconsideration-khula/séparation تاريخ التّصفّح: 2023/06/02، على السّاعة 11:10 سا.

369. أمل عبد الهادي مسعود، الخيانة الزّوجيّة في القانون السّوريّ، منشور على الرّابط الآتي: http://www.dampress.net، تاريخ التّصفّح: 2023/10/18، على السّاعة 20:40 سا.

370. إسراء عبد الباقي، أثر الطّلاق على المرأة: تعرّف على تأثيرات هذا الأمر على الأبناء والمجتمع، منشور على الرّابط الآتي: https://faharas.net، تاريخ التّصفّح: 2023/05/09، على السّاعة 16:05 سا.

371. ابن باز، نور على الدّرب، شرح حديث (أبغض الحلال إلى الله الطّلاق) منشور على الرّابط الآتي: https://binbaz.org.sa>fatwas>، تاريخ التّصفّح 2022/02/27، على السّاعة 21:00 سا.

372. ابن باز رحمه الله، من باب تحريم مطل الغنيّ بحقّ طلبه صاحبه، منشور على الرّابط الآتيّ: https://binbaz.org.sa/audios، تاريخ التّصفّح: 2024/02/03، على السّاعة 15:24 سا.

373. اتّفاقيّة القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة، منشور على الرّابط الآتي: *text<cedaw<daw<womenwatch<www.un.org*، تاريخ التّصفّح: 2024/05/06، على السّاعة 14:30 سا.

374. الطّلاق غير الموثّق في مصر –القنبلة الاجتماعيّة الّتي لا يلتفت إليها أحد– منشور على الرّابط الآتي: https://www.aljazeera-net، تاريخ التّصفّح: 2022/01/10، على السّاعة 14:30 سا.

375. القرآن الكريم، تفسير الطّبري –تفسير سورة البقرة الآية 280–، منشور على الرّابط الآتي: http://quran.ksu.edu.sa، تاريخ التّصفّح: 2023/08/26، على السّاعة 18:02 سا.

376. المحكمة الدّستوريّة العليا المصريّة، قضيّة رقم 201 لسنة 23، منشور على: http://hrlibrary.umu.edu، تاريخ التّصفّح: 2023/07/04، على السّاعة 19:05 سا.

377. الملخّص المعين في قانون الأسرة، منشور على الرّابط الآتي: www.bawabat-el9anon.com، تاريخ التّصفّح: 2022/08/15، على السّاعة 18:30 سا.

378. الموسوعة الشّاملة للتّفسير، تفسير القرآن الكريم لابن كثير، منشور على الرّابط الآتي: https://quran.tafsir.net، تاريخ التّصفّح: 2023/04/05، على السّاعة 14:45 سا.

379. بواسطة الطّاقم الطّبيّ، التهاب الكبد الفيروسيّ، مرض التهاب الكبد الوبائيّ منشور على الرّابط: http://www.tbeeb.net، تاريخ التّصفّح: 2023/11/01 على السّاعة 19:15 سا.

380. تحدّث مع طبيب، ما هي أضرار الجماع في الدّبر على الذّكر؟، منشور على الرّابط الآتي: http://altibbi.com، تاريخ التّصفّح: 2023/11/13، على السّاعة 09:48 سا.

381.ترقيع غشاء البكارة في ألمانيا، منشور على الرّابط الآتي:

http://ar.health-tourism.com، تاريخ التّصفّح 2024/04/23، على الساعة 19:39 سا.

382.تفسير ابن كثير، منشور على الرّابط: *https://quran.ksu-edu.sa>katheer* تاريخ التّصفّح: 2023/04/24، على السّاعة 11:36 سا.

383.تفسير ابن عثيمين، الباحث القرآنيّ، منشور على الرّابط: http://tafsir.app تاريخ التّصفّح: 2023/10/28، على السّاعة 17:05 سا.

384.تفسير السّعدي، القرآن للجميع، منشور على الرّابط: https://quran4all.net تاريخ التّصفّح: 2023/09/15، على السّاعة 18:00 سا.

385.تفسير السّعدي، القرآن الكريم، منشور على: https://surahquran.com تاريخ التّصفّح: 2023/09/15، على السّاعة 19:00 سا.

386.جلال الجنيدي، المرأة عبر الحضارات –هل ظلمها الإسلام أم كرّمها؟– منشور على: https://www.aljazeera.net، تاريخ التّصفّح: 2023/08/07 على السّاعة 12:15 سا.

387.جواز إتيان الزّوجة من الدّبر عند مذهب المالكيّة، إسلاميّات، منشور على: http://s.i-trnds.net، تاريخ التّصفّح: 2023/11/15، على السّاعة 11:00 سا.

388.حسين مجبل، تعدّد الزّوجات خلاف للقانون يتزايد في العراق، منشور على الرّابط الآتي: *www.alaraby.co.uk>societys*، تاريخ التّصفّح: 2024/01/15 على السّاعة 18:35 سا.

389.حيدر حسين كاظم الشمري، المعالجات التّشريعيّة للحدّ من ظاهرة الطّلاق في العراق، منشور على الرّابط الآتي: *archives<uokerbala.edu.iq*، تاريخ التّصفّح: 2024/03/01، على السّاعة 12:22.

390. رسمية سعادة، هذه أسباب الخلع حسب رأي الجزائريّين، منشور على الرّابط الآتي: https://www.echoroukonline.com، تاريخ التّصفّح: 2022/01/17 على السّاعة 16:30 سا.

391. سامح عبد السلام محمد، مشروعيّة أخذ العوض، منشور على الرّابط الآتي: www.alukah.net، تاريخ التّصفّح: 2024/03/14، على السّاعة 15:57 سا.

392. سعد بن تركي الخثلان، فقه النّوازل –ما أثر الرّموش الصّناعية على الطّهارة؟– منشور على الرّابط: ar.prayerinislam.com، تاريخ التّصفّح: 2024/04/22 على السّاعة 19:05 سا.

393. سنن أبي داود، كتاب الطّلاق، باب الخلع، رقم الحديث 2228، منشور على الرّابط الآتي: https://hadithprophet.com/hadith-1901.html، تاريخ التّصفّح: 2023/08/09، على السّاعة 16:27 سا.

394. صبحي القاعوري، المرأة قبل الإسلام وبعده، منشور على الرّابط الآتي: https://khiyam.com، تاريخ التّصفّح: 2023/05/14، على السّاعة 22:15 سا.

395. صلاح حسن بابان، تعدّد الزّوجات في العراق قيود القانون وتبريرات المصلحة المشروعة، منشور على الرّابط الآتي: www.aljazeera.net، تاريخ التّصفّح: 2024/01/15، على السّاعة 18:15 سا.

396. طه صالح خلف حميد الجبوري، حقّ الزّوجة في السّكن، منشور على: http://almerja.com، تاريخ التّصفّح: 2024/05/07، على السّاعة 21:10 سا.

397. عبد الرّحمن عبد الله السحيم، أحكام الخلع، منشور على الرّابط الآتي: www.said.net، تاريخ التّصفّح: 2024/04/04، على السّاعة 16:30 سا.

398. عبد المحسن بن عبد الله الماضي، المهر عبر التّاريخ، منشور على الرّابط الآتيّ: http://ww.al-jazira.com، تاريخ التّصفّح: 2023/07/24، على السّاعة 16:10 سا.

399. علاء رضوان، الزّنا في التّشريعات العربيّة، منشور على الرّابط الآتي: http://www.youm7.com، تاريخ التّصفّح: 2023/10/19، على السّاعة 21:00 سا.

400. علوي بن عبد القادر السقاف، الموسوعة الفقهيّة –الدّرر السّنيّة–، تعريف النّفقة، منشور على الرّابط الآتي: https://dorar.net/feqhia، تاريخ التّصفّح: 2024/02/04، على السّاعة 12:33 سا.

401. عيسى بن حيدر، إساءة استعمال الحقّ، منشور على الرّابط الآتي: https://www.albayan.ae، تاريخ التّصفّح: 2022/11/17، على السّاعة 18:30سا.

402. أبو حامد الغزالي، نداء الإيمان، الحاوي في تفسير القرآن الكريم، منشور على الرّابط: https://www.al.eman.com، تاريخ التّصفّح: 2022/05/09 على السّاعة 15:00 سا.

403. لمياء القلالي، مرض الموت في القانون التّونسيّ، منشور على الرّابط الآتي: https://www.docjuridiques.com، تاريخ التّصفّح: 2023/02/21، على السّاعة 10:20 سا.

404. مجمع الفقه الإسلاميّ الدّوليّ بشأن الجراحة التّجميلية وأحكامها، قرار رقم: 173 (18/11)، الدّورة 18، ماليزيا 24–29 جمادى الثّانية 1428هـ الموافق لـ 9–14 يوليو 2007، منشور على الرّابط الآتي: https://iifa-aifi.org.

405. مجمل أحكام رتق غشاء البكارة، فقه المسلم، منشور على الرّابط الآتي: http://fiqh.islamonline.net، تاريخ التّصفّح: 2024/04/23، على السّاعة 20:37 سا.

406. محامي مصر، الخلع في القانون المصريّ، منشور على الرّابط الآتي: https://lawyeregypt.net، تاريخ التّصفّح: 2023/05/21، على السّاعة 18:30 سا.

407.محكمة التّعقيب التّونسيّة، قرار تعقيبيّ مدنيّ، مؤرّخ في 2008/12/04، ع 27651، فقه القضاء، 2008، منشور على الرّابط الآتي: www.cassation.tn تاريخ التّصفّح 2024/06/05، على السّاعة 21:13 سا.

408.محكمة التّعقيب، قرار تعقيبيّ، مؤرّخ في 18 جوان 2018، ع 57562 منشور على: https://www.cassation.tn، تاريخ التّصفّح: 2023/01/12 على السّاعة 19:10 سا.

409.محمّد صال المنجد، هل تستحق الزّوجة تعويضا بعد فسخ النّكاح بسبب الغشّ وإخفاء العيب؟، منشور على الرّابط الآتي: islamqa.info، تاريخ التصفح: 2024/04/27، على السّاعة 20:15 سا.

410.محمّد كمال الشريف، نفسيّة الزّوج المخلوع، منشور على الرّابط الآتي: http://annafs.com، تاريخ التّصفّح: 2023/07/15، على السّاعة 20:15 سا.

411.محمود سلامة محمود الهايشة، محاكم الأسرة المصريّة: الفرق بين الطّلاق والفسخ والخلع في القانون طعن رقم 54 لسنة 54، قضائيّة أحوال شخصيّة جلسة 26 مارس 1985، منشور على الرّابط: https://www.ssrcaw.org تاريخ التّصفّح 2022/01/05، على السّاعة 17:39 سا.

412.مكتب المحامية موفي الموسى، الخلع القضائيّ، منشور على الرّابط الآتي: http://almousalawfirm.com، تاريخ التّصفّح: 2023/07/04، على السّاعة 11:39 سا.

413.منع الزّوجة من حضور جنازة أبويها –رؤية شرعيّة أخلاقيّة–، منشور على الرّابط: https://www.islamweb.net/ar/fatwa، تاريخ التّصفّح: 2024/05/16 على السّاعة 16:33 سا.

414.نادي المحامي السّوريّ، ما هو الفرق بين الخلع والمخالعة في القانون السّوريّ والمصريّ؟، منشور على الرّابط الآتي: https://www.syrian-lawyer.club، تاريخ التّصفّح: 2023/05/24، على السّاعة 18:25 سا.

415. نبيل أعرارصة، أحكام تصرّفات المريض مرض الموت على ضوء آخر قرارات محكمة النّقض –دراسة علميّة محضة–، مغرب القانون، منشور على الرّابط الآتي: https://www.maroclaw.com، تاريخ التّصفّح: 2023/02/20 على اسّاعة 22:00 سا.

416. نجود زعير، الأسباب الحقيقيّة وراء انتشار ظاهرة الخلع، منشور على الرّابط الآتي: https://www.aljazeera.net، تاريخ التّصفّح: 2023/06/10 على السّاعة 16:23 سا.

417. نصيحة قانونيّة، حالات عدم استحقاق التّعويض عن الطّلاق التّعسّفيّ، منشور على الرّابط الآتي: *scdd-sy.org*، تاريخ التّصفّح: 2024/03/01، على السّاعة 12:00 سا.

418. نقض سوريّ رقم 1388، سجلاّت محكمة النّقض، أساس 2674، بتاريخ 1980/09/29، منشور على الرّابط الآتي: https://www.bibliotdroit.com.

419. نوفل للمحاماة والتّحكيم، التّعامل مع قضايا الخلع، منشور على الرّابط الآتي: https://nofal-lawfirm.com، تاريخ التّصفّح: 2022/05/22، على السّاعة 17:11 سا.

420. ياسين أدليمي، أساس ومعيار تحديد نطاق نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ في القانون المغربيّ والفرنسيّ، منشور على الرّابط الآتي:

https://www.droitetentreprise.com، تاريخ التّصفّح: 2022/11/20، على السّاعة 17:40 سا.

421. يسرى عبد المحسن، الأثر النّفسي على الرّجل المخلوع يختلف حسب شخصيّة الزّوج وأسباب الخلع، منشور على: https://www.masress.com تاريخ التّصفّح: 2023/07/15، على السّاعة 22:10 سا.

422. *Kenneth M. Kaye*، حالات العدوى، الهربس التّناسليّ *Genital Herpes* منشور على الرّابط الآتي: *http://www.msdmanuals.com*، تاريخ التّصفّح: 2023/11/1، على السّاعة 14:30 سا.

- **المراجع الأجنبيّة:**

- Les thèses :

423. *HANIFI Louisa, La dissolution du lien conjugal du vivant des époux –ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne-, une thèse soumise pour l'obtention d'un doctorat, Université d'Alger, 2007-2008.*

- Les sites web :

424. *https://www.dorar.net/hadith/sharh/1059, Consulté le 09/08/2023 à 15:55 h.*

الفهرس

فهرس الموضوعات

العـــــنـــــوان	الصفحة
شكر وتقدير	
إهداء	
قائمة المختصرات	
مقدّمة	01
الباب الأوّل: **الضّرر النّاشئ عن فكّ الرّابطة الزّوجيّة وتعويضه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة**	
تمهيد	11
الفصل الأوّل: ضرر الطّلاق الواقع بإرادة الزّوج المنفردة والتّعويض عنه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة	
تمهيد	14
المبحث الأوّل: الطّلاق الواقع بإرادة الزّوج المنفردة	15
المطلب الأوّل: مفهوم الطّلاق الواقع بإرادة الزّوج المنفردة	16
الفرع الأوّل: تعريف الطّلاق الواقع بإرادة الزّوج المنفردة	16
أوّلا- التّعريف اللّغوي للطّلاق	16
ثانيا- التّعريف الاصطلاحي للطّلاق	17
1. تعريف الطّلاق حسب المذهب الحنفيّ	18
2. تعريف الطّلاق حسب المذهب المالكيّ	18

3. تعريف الطّلاق حسب المذهب الشّافعيّ	18
4. تعريف الطّلاق حسب المذهب الحنبليّ	18
ثالثا– التّعريف القانوني للطّلاق	20
1. تعريف الطّلاق وفق قانون الأسرة الجزائريّ	20
2. تعريف الطّلاق وفق التّشريعات العربيّة	21
الفرع الثّاني: مشروعيّة الطّلاق وحكمه والحكمة من تشريعه	26
أوّلا– أساس مشروعيّة الطّلاق	26
1. الدّليل من الكتاب الحكيم (القرآن الكريم)	26
2. الدّليل من السّنة النّبويّة الشّريفة	27
3. الدّليل بالإجماع والمعقول	28
ثانيا– حكم الطّلاق والحكمة من تشريعه	29
1. حكم الطّلاق	29
2. الحكمة من تشريع الطّلاق	35
المطلب الثّاني: القيود الواردة على الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج	38
الفرع الأوّل: القيود الدّينيّة الواردة على الطّلاق	38
أوّلا– أن يكون الطّلاق لحاجة مقبولة شرعا وعرفا	39
ثانيا– أن يكون الطّلاق في طهر لم يجامعها فيه	40
ثالثا– أن يكون الطّلاق مفرقا ليس بأكثر من واحدة	41
الفرع الثّاني: القيود القانونيّة والقضائيّة الواردة على الطّلاق	42
أوّلا– الصّلح إجراء جوهريّ قبل صدور حكم الطّلاق	42

ثانيا– أن لا يثبت الطّلاق إلاّ بموجب حكم قضائي	54
المبحث الثّاني: تعويض ضرر تعسّف الزّوج في إيقاع الطّلاق بإرادته المنفردة	60
المطلب الأوّل: ضرر التّعسّف في الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج	61
الفرع الأوّل: مفهوم التّعسّف في استعمال الحقّ ومعاييره	61
أوّلا– تعريف التّعسّف في استعمال الحقّ وأدلّته	62
1. تعريف التّعسّف	62
أ) التّعريف اللّغويّ للتّعسّف	62
ب) التّعريف الاصطلاحيّ للتّعسّف	62
ج) التّعريف القانونيّ للتّعسّف	64
2. أدلّة التّعسّف في استعمال الحقّ	69
أ) الدّليل من القرآن الكريم	69
ب) الدّليل من السّنة النّبويّة الشّريفة	71
ثانيا– معايير التّعسّف في استعمال الحقّ	72
1. معايير التّعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلاميّ	73
أ) المعيار الذّاتيّ أو الشّخصيّ	73
ب) المعيار الماديّ أو الموضوعيّ	80
2. معايير التّعسّف في القانون الجزائريّ والتّشريعات العربيّة	84
أ) معايير التّعسّف في القانون الجزائريّ	85
ب) معايير التّعسّف في التّشريعات العربيّة	89

الفرع الثّاني: صور التّعسّف في الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج	96
أوّلا- تعريف التّعسّف في الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج	97
1. تعريف التّعسّف في الطّلاق وفق قانون الأسرة الجزائريّ	98
2. تعريف التّعسّف في الطّلاق وفق التّشريعات العربيّة	101
ثانيا- صور التّعسّف في الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج	106
1. طلاق المريض مرض الموت (طلاق الفارّ)	107
أ) تعريف مرض الموت	107
ب) حكم طلاق المريض مرض الموت في الفقه الإسلاميّ والتّشريعات العربيّة	118
2. الطّلاق بسبب عدم تكافؤ الزّوجين	126
أ) تعريف الكفاءة في الزّواج	127
ب) دليل مشروعيّة الكفاءة في الزّواج والحكمة منها	133
ج) صور الطّلاق التّعسّفي بحجّة عدم التّكافؤ بين الزّوجين	137
3. طلاق الزّوج زوجته بضغط من الغير	138
الفرع الثّالث: أضرار الطّلاق التّعسّفيّ الواقع بإرادة الزّوج المنفردة	140
أوّلا- الأضرار النّفسيّة للطّلاق التّعسّفيّ	140
ثانيا- الأضرار الاجتماعيّة والاقتصاديّة للطّلاق التّعسّفيّ	142
1. الأضرار الاجتماعية للطّلاق التّعسّفيّ	142
2. الأضرار الاقتصاديّة للطّلاق التّعسّفيّ	143
المطلب الثّاني: التّعويض عن ضرر التّعسّف في الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج	144

الفرع الأوّل: رأي الفقه والقانون في مسألة التّعويض عن ضرر الطّلاق التّعسّفيّ	145
أوّلا- رأي الفقهاء المعاصرين في تعويض ضرر الطّلاق التّعسّفيّ	145
1. المجيزون للتّعويض عن ضرر الطّلاق التّعسّفيّ	146
2. المانعون للتّعويض عن ضرر الطّلاق التّعسّفيّ	147
ثانيا- رأي القانون في تعويض ضرر الطّلاق التّعسّفيّ	147
1. موقف قانون الأسرة الجزائريّ من مسألة التّعويض عن ضرر الطّلاق التّعسّفيّ	148
2. موقف التّشريعات العربيّة من مسألة تعويض ضرر الطّلاق التّعسّفيّ	149
الفرع الثّاني: المتعة وعلاقتها بالتّعويض	154
أوّلا- تعريف المتعة ودليل مشروعيّتها	154
1. تعريف المتعة	154
أ) التّعريف اللّغويّ للمتعة	155
ب) التّعريف الاصطلاحيّ للمتعة	155
ج) التّعريف القانونيّ للمتعة	156
2. مشروعيّة المتعة	160
أ) دليل مشروعية المتعة من القرآن الكريم	160
ب) دليل مشروعيّة المتعة من السّنة النّبويّة الشّريفة	161
ثانيا- علاقة المتعة بالتّعويض	161
1. أوجه الشّبه بين المتعة والتّعويض	161

2. أوجه الاختلاف بين المتعة والتّعويض	162
3. موقف القضاء من المتعة والتّعويض	162
خلاصة	168
الفصل الثّاني: ضرر الطّلاق الواقع بالإرادة المنفردة للزّوجة (الخلع) والتّعويض عنه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة	
تمهيد	172
المبحث الأوّل: الطّلاق الواقع بالإرادة المنفردة للزّوجة (الخلع)	173
المطلب الأوّل: مفهوم الخلع	175
الفرع الأوّل: تعريف الخلع	175
أوّلا- التّعريف اللّغويّ للخلع	176
ثانيا- التّعريف الاصطلاحيّ للخلع	176
1. الخلع عند الحنفيّة	176
2. الخلع عند المالكيّة	177
3. الخلع عند الشّافعيّة	177
4. الخلع عند الحنابلة	177
ثالثا- التّعريف القانونيّ للخلع	178
1. تعريف الخلع وفق قانون الأسرة الجزائريّ	178
2. تعريف الخلع وفق التّشريعات العربيّة	180
الفرع الثّانيّ: مشروعيّة الخلع وحكمه والحكمة من تشريعه	186
أوّلا- مشروعيّة الخلع	186

1. دليل مشروعيّة الخلع من القرآن الكريم	187
2. دليل مشروعيّة الخلع من السّنة النّبويّة الشّريفة	188
3. دليل مشروعيّة الخلع بالإجماع	189
4. دليل مشروعيّة الخلع بالمعقول	190
ثانيا- حكم الخلع والحكمة من تشريعه	190
1. حكم الخلع	190
2. الحكمة من تشريع الخلع	192
الفرع الثّالث: أسباب الخلع والقيود الواردة عليه	192
أوّلا- أسباب الخلع	193
ثانيا- القيود الواردة على الخلع	195
المطلب الثّاني: ضرر تعسّف الزّوجة في طلب الخلع	196
الفرع الأوّل: تكييف الخلع من حيث كونه عقدا رضائيّا أم تصرّفا انفراديّا	197
أوّلا- الموقف الفقهيّ	197
ثانيا- الموقف القانونيّ	200
1. تكييف الخلع من حيث كونه عقدا رضائيا أم انفراديّا وفق قانون الأسرة الجزائريّ	200
أ) مرحلة ما قبل تعديل قانون الأسرة رقم 84-11	200
ب) مرحلة ما بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02	203
2. تكييف الخلع من حيث كونه عقدا رضائيّا أو انفراديّا وفق التّشريعات العربيّة	205

الفرع الثّاني: مظاهر تعسّف الزّوجة عند استعمال الخلع وضرره على الزّوج	211
أوّلا– مظاهر تعسّف الزّوجة في الخلع	211
ثانيا– ضرر الخلع التّعسّفيّ على الزّوج	213
المبحث الثّاني: بدل الخلع ومدى اعتباره تعويضا عن الضّرر	216
المطلب الأوّل: بدل الخلع في الفقه والقانون	217
الفرع الأوّل: بدل الخلع في الفقه الإسلاميّ	217
أوّلا– معنى بدل الخلع ومشروعيّته	217
1. معنى بدل الخلع	217
2. مشروعيّة بدل الخلع	218
ثانيا– ما يصحّ أن يكون بدلا للخلع	219
ثالثا– مقدار بدل الخلع	221
رابعا– أنواع بدل الخلع	222
1. الخلع على نفقة الزّوجة	223
2. الخلع مقابل إرضاع الصّغير	223
3. الخلع مقابل إسقاط الحضانة	224
الفرع الثّاني: بدل الخلع وفق قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة ..	225
أوّلا– بدل الخلع في قانون الأسرة الجزائريّ	225
ثانيا– بدل الخلع في التّشريعات العربيّة	227
المطلب الثّاني: تأثير اتّفاقيّة سيداو على مسألة الخلع وبدله ومدى اعتباره تعويضا عن الضّرر	234

الفرع الأوّل: تأثير اتّفاقيّة سيداو على مسألة الخلع وبدله	235
الفرع الثّاني: مدى اعتبار بدل الخلع تعويضا عن الضّرر	238
خلاصة	242
الباب الثّاني: **الضّرر الموجب لفكّ الرّابطة الزّوجيّة وتعويضه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة**	
تمهيد	245
الفصل الأوّل: الضّرر الموجب للتّفريق عند الإخلال بالالتزامات الزّوجيّة والتّعويض عنه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة	
تمهيد	248
المبحث الأوّل: ضرر الإخلال بالالتزامات الماليّة	249
المطلب الأوّل: ضرر عدم دفع الصّداق	249
الفرع الأوّل: تعريف الصّداق وموجباته	250
أوّلا- تعريف الصّداق	250
1. التّعريف اللّغويّ للصّداق	250
2. التّعريف الاصطلاحيّ للصّداق	251
أ) تعريف فقهاء المذهب الشّافعيّ للصّداق	251
ب) تعريف فقهاء المذهب الحنبليّ للصّداق	251
ج) تعريف فقهاء المذهب الحنفيّ للصّداق	251
د) تعريف فقهاء المذهب المالكيّ للصّداق	251
3. التّعريف القانونيّ للصّداق	252

أ) تعريف الصّداق وفق قانون الأسرة الجزائريّ	252
ب) تعريف الصّداق وفق التّشريعات العربيّة	253
ثانيا– موجبات الصّداق	255
1. موجبات الصّداق في الفقه الإسلاميّ	255
أ) الدّخول الحقيقيّ	255
ب) الخلوة الصّحيحة	256
ج) موت أحد الزّوجين قبل الدّخول والخلوة	257
2. موجبات الصّداق وفق قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة ..	260
أ) موجبات الصّداق وفق قانون الأسرة الجزائريّ	260
ب) موجبات الصّداق وفق التّشريعات العربيّة	263
الفرع الثّاني: المطالبة بالصّداق ومشروعيّة التّفريق بين الزّوجين عن ضرر عدم أدائه	267
أوّلا– شروط المطالبة بالصّداق	268
1. شرط عند الاستطاعة	268
2. شرط عند المطالبة	270
ثانيا– مشروعيّة التّفريق بين الزّوجين عن ضرر عدم أداء الصّداق	271
1. آراء الفقهاء في جواز التّفريق بين الزّوجين عند عدم أداء الصّداق	271
أ) رأي الحنفيّة	271
ب) رأي الشّافعيّة	272
ج) رأي المالكيّة	273

2. موقف قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة من مدى جواز التّفريق بين الزّوجين لضرر عدم دفع الصّداق	274
المطلب الثّاني: ضرر عدم الإنفاق	279
الفرع الأوّل: مفهوم النّفقة وأدلّه وجوبها وشروطها	279
أوّلا- تعريف النّفقة	279
1. التّعريف اللّغويّ للنّفقة	280
2. التّعريف الاصطلاحيّ للنّفقة	280
أ) تعريف المالكيّة	280
ب) تعريف الحنفيّة	280
ج) تعريف الشّافعيّة	281
د) تعريف الحنابلة	281
3. التّعريف القانونيّ للنّفقة	281
ثانيا- أدلّة وجوب النّفقة	281
1. أدلّة وجوب النّفقة من القرآن الكريم	282
2. أدلّة وجوب النّفقة من السّنة النّبويّة الشّريفة	282
3. أدلّة وجوب النّفقة من الإجماع والمعقول	284
ثالثا- شروط وجوب نفقة الزّوجة في الفقه الإسلاميّ والتّشريعات العربيّة	284
1. شروط وجوب نفقة الزّوجة في الفقه الإسلاميّ	284
أ) أن يكون عقد الزّواج صحيحا	284
ب) أن تكون الزّوجة صالحة لمتعة الزّوج	284

ج) ألاّ يُفوّت حقّ الزّوج في احتباس الزّوجة بغير مبرّر شرعيّ أو بسبب ليس من جهته	285
2. شروط وجوب نفقة الزّوجة في التّشريعات العربيّة	287
الفرع الثّاني: مشروعيّة التّفريق بين الزّوجين لضرر عدم الإنفاق في الفقه الإسلاميّ والتّشريعات العربيّة	291
أوّلا- التّفريق بين الزّوجين لضرر عدم الإنفاق في الفقه الإسلاميّ	291
1. جواز التّفريق لعدم الإنفاق	291
2. عدم جواز التّفريق لعدم الإنفاق	294
ثانيا- التّفريق بين الزّوجين لضرر عدم الإنفاق وفق قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة	296
1. جواز التّفريق بين الزّوجين لضرر عدم الإنفاق وفق قانون الأسرة الجزائريّ	296
2. جواز التّفريق بين الزّوجين لضرر عدم الإنفاق وفق التّشريعات العربيّة	299
المبحث الثّاني: ضرر الإخلال بالالتزامات الشّخصيّة	306
المطلب الأوّل: ضرر الإخلال بواجب الإخلاص والممارسات الجنسيّة الضّارة بين الزّوجين	306
الفرع الأوّل: ضرر الإخلال بواجب الإخلاص (الخيانة الزّوجيّة)	307
أوّلا- تعريف جريمة الخيانة الزّوجيّة	307
1. التّعريف الشّرعيّ لجريمة الخيانة الزّوجيّة	308
أ) تعريف المالكيّة	308

ب) تعريف الحنفيّة	308
ج) تعريف الحنابلة	308
د) تعريف الشّافعيّة	308
2. التّعريف القانونيّ لجريمة الخيانة الزّوجيّة	309
ثانيا- طلب التّفريق لضرر جريمة الخيانة الزّوجيّة	313
الفرع الثّاني: الممارسات الجنسيّة الضّارّة بين الزّوجين	317
أوّلا- فعل اللّواط	317
1. أضرار اللّواط النّفسيّة	319
2. أضرار اللّواط الصّحيّة	319
ثانيا- الجماع في الدّبر	321
1. أضرار الجماع في الدّبر	323
2. حقّ الزّوجة في طلب التّفريق لضرر الجماع في الدّبر	324
ثالثا- تغيير الجنس	328
1. موقف الجهات العلميّة الإسلاميّة من مسألة تغيير الجنس	329
2. موقف القانون الجزائريّ والتّشريعات العربيّة من مسألة تغيير الجنس	331
المطلب الثّاني: ضرر تعدّد الزّوجات	334
الفرع الأوّل: ضوابط تعدّد الزّوجات في قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة	334
أوّلا- موقف قانون الأسرة الجزائريّ من مسألة التّعدّد وضوابطه	335
ثانيا- موقف التّشريعات العربيّة من مسألة التّعدّد وضوابطه	338

1. موقف قانون الأحوال الشّخصية العراقيّ	339
2. موقف مدوّنة الأسرة المغربيّة	340
3. موقف قانون الأحوال الشّخصيّة السّوريّ	341
4. موقف قانون الأحوال الشّخصيّة الأردنيّ	342
5. موقف قانون الأحوال الشّخصيّة المصريّ	342
6. موقف مجلّة الأحوال الشّخصيّة التّونسيّة	343
الفرع الثاني: التّفريق لضرر تخلّف ضوابط تعدّد الزّوجات في قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة	344
أوّلا- حقّ الزّوجة في طلب التّفريق لضرر تخلّف ضوابط التّعدّد وفق قانون الأسرة الجزائريّ	344
ثانيا- حقّ الزّوجة في طلب التّفريق لضرر تخلّف شروط التّعدّد وفق التّشريعات العربيّة	345
خلاصة	350
الفصل الثّاني: ضرر تعيّب إرادة أحد الزّوجين ونشوزه والتّعويض عنه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة	
تمهيد	354
المبحث الأوّل: تعويض الزّوجين عن ضرر تعيب الإرادة بالإكراه والتّدليس	355
المطلب الأوّل: التّعويض عن ضرر تعيّب إرادة أحد الزّوجين بالإكراه	356
الفرع الأوّل: تعويض ضرر عيب الإكراه على عقد الزّواج في الفقه الإسلاميّ	356
أوّلا- مفهوم عيب الإكراه في الفقه الإسلاميّ	356

ثانيا– أثر عيب الإكراه على عقد الزّواج وتعويض ضرره في الفقه الإسلاميّ	359
الفرع الثّاني: تعويض ضرر عيب الإكراه على عقد الزّواج في قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة	360
أوّلا– أثر عيب الإكراه على عقد الزّواج وتعويض ضرره في قانون الأسرة الجزائريّ	360
ثانيا– أثر عيب الإكراه على عقد الزّواج وتعويض ضرره في التّشريعات العربيّة	362
المطلب الثّاني: التّعويض عن ضرر تعيّب إرادة أحد الزّوجين بالتّدليس	370
الفرع الأوّل: تعويض ضرر عيب التّدليس في الفقه الإسلاميّ	370
أوّلا– مفهوم عيب التّدليس في الفقه الإسلاميّ	371
1. تعريف التّدليس في الفقه الإسلاميّ	371
أ) تعريف المالكيّة	371
ب) تعريف الحنفيّة	371
ج) تعريف الشّافعيّة	371
د) تعريف الحنابلة	371
2. أنواع التّدليس في الفقه الإسلاميّ	372
أ) التّدليس بالفعل	372
ب) التّدليس بكتمان الحقيقة	378
ج) التّدليس بالقول	379
3. شروط التّدليس في الفقه الإسلاميّ	380

ثانيا– أثر عيب التّدليس على عقد الزّواج وتعويض ضرره في الفقه الإسلاميّ	381
1. أثر التّدليس في العيوب الزّوجيّة والتّدليس في الصّفات المشترطة على عقد الزّواج	382
أ) أثر عيب التّدليس في العيوب الزّوجيّة على عقد الزّواج	382
ب) أثر عيب التّدليس في الصّفات المشترطة على عقد الزّواج	384
2. تعويض ضرر عيب التّدليس على عقد الزّواج في الفقه الإسلاميّ	385
الفرع الثّاني: تعويض ضرر عيب التّدليس في قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة	387
أوّلا– تعويض ضرر عيب التّدليس على عقد الزّواج في قانون الأسرة الجزائريّ	387
1. تعويض ضرر التّدليس للعيوب الزّوجيّة	388
2. تعويض ضرر التّدليس لبكارة الزّوجة	391
3. تعويض ضرر التّدليس في تعدّد الزّوجات	393
ثانيا– تعويض ضرر عيب التّدليس على عقد الزّواج في التّشريعات العربيّة	394
المبحث الثّاني: تعويض ضرر نشوز أحد الزّوجين	397
المطلب الأوّل: مفهوم النّشوز	398
الفرع الأوّل: تعريف النّشوز	398
أوّلا– التّعريف اللّغويّ للنّشوز	398
ثانيا– التّعريف الاصطلاحيّ للنّشوز	398
1. تعريف المذهب الحنفيّ للنّشوز	398

2. تعريف المذهب المالكيّ للنّشوز	399
3. تعريف المذهب الحنبليّ للنّشوز	399
4. تعريف المذهب الشّافعيّ للنّشوز	399
ثالثا- التّعريف القانونيّ للنّشوز	400
1. التّعريف القانونيّ للنّشوز وفق قانون الأسرة الجزائريّ	400
2. التّعريف القانونيّ للنّشوز وفق التّشريعات العربيّة	400
الفرع الثّاني: مظاهر النّشوز	405
أوّلا- مظاهر نشوز الزّوجة	405
1. امتناع الزّوجة عن طاعة الزّوج إذا دعاها للفراش	405
2. خروج الزّوجة من بيت زوجها	406
3. امتناع الزّوجة من السّفر مع زوجها أو الانتقال معه إلى مسكن آخر بغير وجه حقّ	408
ثانيا- مظاهر نشوز الزّوج	409
1. عدم توفير المسكن الزّوجيّ	409
2. تماطل الزّوج في إرجاع الزّوجة إلى البيت الزّوجيّ	411
3. العنف اللّفظيّ والجسديّ ضدّ الزّوجة	411
المطلب الثّاني: التّكييف القانونيّ والقضائيّ للنّشوز وتقدير تعويضه في قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة	413
الفرع الأوّل: التّكيّيف القانونيّ والقضائيّ للنّشوز وتقدير تعويضه في قانون الأسرة الجزائريّ	413
أوّلا- التّكيّيف القانونيّ للنّشوز	414

ثانيا– التّكيّيف القضائيّ للنّشوز	416
ثالثا– تقدير القاضي للتّعويض عن النّشوز	418
الفرع الثّاني: التّكيّيف القانونيّ والقضائيّ للنّشوز وتعويضه في التّشريعات العربيّة	419
أوّلا– التّكيّيف القانونيّ للنّشوز وتعويض ضرره	419
ثانيا– التّكيّيف القضائيّ للنّشوز وتعويض ضرره	421
خلاصة	425
الخاتمة	428
قائمة المصادر والمراجع	434
الفهرس	485
الملخّص	504

الملخّص

إنّ الزّواج ضرورة إنسانيّة وامتثال لأمر الله سبحانه وتعالى، وفيه تحقيق للعفّة والطّهارة؛ سمّاه المولى عزّ وجلّ بالميثاق الغليظ، شُرِّع لبناء علاقة مستقرّة بين المرء وزوجه، قوامها المودّة والرّحمة والمعاشرة بالمعروف.

فاستقرار المجتمع مرهون باستقرار الرّابطة الزّوجيّة، غير أنّه قد يتعكّر صفوها ويتضرّر أحد طرفيها؛ سواء أثناء قيامها أو حتى بعد فكّها، وهذا ما يستلزم إزالة الضّرر وجبره، وتعويض الطّرف المتضرّر زوجا كان أم زوجة.

وهو ما عالجته هذه الدّراسة تحت عنوان حقّ الزّوجين في التّعويض عن الضّرر على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة.

وفيها تمّ عرض الضّرر النّاشئ عن فكّ الرّابطة الزّوجيّة، الّذي قد يصيب الزّوجة نتيجة طلاقها، فيصعب عليها مواصلة حياتها العاديّة، كما يمنعها ذلك الضّرر من الارتباط من جديد؛ فتجد نفسها في عزلة وانفراد، وبالأخصّ إن تعسّف الزّوج في طلاقها.

وأحيانا أخرى يكون الزّوج هو المتضرّر، والطرف الضّعيف في العلاقة فتتعسّف الزّوجة في طلبها للخلع، ملحقة به عدّة أضرار لا يجبرها ذلك البدل الزّهيد الّذي لا يرتقي لمرتبة التّعويض.

وبعدها عرض الضّرر الموجب لفكّ الرّابطة الزّوجيّة، الّذي يكون في حالة الإخلال بالالتزامات الزّوجيّة؛ الماليّة منها والشّخصيّة، وهو الضّرر الّذي تستحيل معه الحياة الزّوجيّة.

وأخيرا عالجت الدّراسة ضرر تعيّب إرادة أحد الزّوجين ونشوزه، مع توضيح موقف قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة في كلّ مسألة، ومقارنتها بأحكام الفقه الإسلاميّ، وعرض مختلف الاجتهادات القضائيّة المفسّرة للعديد من النّصوص القانونيّة.

فقانون الأسرة الجزائريّ، قد ساير الشّريعة الإسلاميّة في إزالة الضّرر عن الزّوجين، بإقراره للطّلاق وحقّ التّفريق، كما أنّه نصّ على عدّة تعويضات متأثّرا بالقوانين الوضعيّة الأخرى، وما أملته الاتفاقيّات الدّوليّة.

فموضوع البحث مقسّم إلى بابين، وقد خصّص الباب الأوّل للضّرر النّاشئ عن فكّ الرّابطة الزّوجيّة وتعويضه، على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة، وفيه فصلين؛ الأوّل ضرر الطّلاق الواقع بإرادة الزّوج المنفردة، والتّعويض عنه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة.

والفصل الثّاني، عولج فيه ضرر الطّلاق الواقع بالإرادة المنفردة للزّوجة (الخلع)، والتّعويض عنه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة، أمّا الباب الثّاني فكان تحت عنوان الضّرر الموجب لفكّ الرّابطة الزّوجيّة وتعويضه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة.

وفيه فصلين؛ الأوّل الضّرر الموجب للتّفريق عند الإخلال بالالتزامات الزّوجيّة والتّعويض عنه، على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة.

والفصل الثّاني بعنوان ضرر تعيّب إرادة أحد الزّوجين ونشوزه، والتّعويض عنه على ضوء قانون الأسرة الجزائريّ والتّشريعات العربيّة.

وفي الأخير خاتمة ملخّصة لأهمّ النّتائج والتّوصيات، إضافة إلى قائمة المصادر والمراجع والفهرس.

الكلمات المفتاحيّة:

الضّرر، التّعويض، التّعسّف، الرّابطة الزّوجيّة.

Résumé :

Le mariage est une nécessité humaine et le respect du commandement du Dieu tout puissant, et en cela est l'accomplissement de la chaceteté et de la pureté. Cette alliance solennelle entrepris pour construire une relation continue entre un homme et sa femme. Basée sur la réciprocité, la miséricorde et la cohabitation.

Ainsi, la stabilité de la société dépend de la stabilité du lien conjugal, mais la turbidité peut s'installer est l'un des époux peut être lésé, que ce soit durant le lien ou même après sa dissolution. C'est ce qui nécessite de réparer le préjudice et ses conséquences, et de le compenser pour la partie affectée homme ou femme.

Et c'est dont cette étude traite sous le titre du droit des époux à l'indemnisation du préjudice à la lumière du droit du mariage Algérien et de la législation arabe.

Le préjudice résultant de la rupture du lien conjugal impacte la vie de la femme divorcée, lui rendre compliqué la sociabilité, et peut lui créer un isolement, surtout dans le cas d'un divorce arbitraire.

Parfois, le mari est la partie la plus faible dans la relation, l'épouse est arbitraire dans sa demande de séparation Khul', et les endommagements causés et compensés par le rachat de l'épouse ne s'élèvent pas au niveau d'une indemnisation équitable.

Il sera présenté aussi le préjudice que nécessite la dissolution du lien conjugal, qui survient en cas de manquement aux obligations conjugales tant financières que personnelles, et dans la mesure la vie conjugale devient impossible.

Cette étude portera les dommages de la volonté arbitraire de l'un des époux et de son désobéissance, avec une explication à la lumière de la loi algérienne et de la législation arabe sur chaque question, en le comparant aux dispositions de la jurisprudence islamique ; et en présentant diverses jurisprudences contemporaines de nombreux textes juridiques.

Le droit de la famille algérien est en accord avec loi islamique en supprimant les accords préjudices causés aux époux en approuvant le divorce et le droit à la séparation, et abordant plusieurs compensations inspirées par les autres lois et accords internationaux.

Notre sujet est divisé en deux chapitres, dans le premier chapitre nous abordons le préjudice résultant de la dissolution du lien matrimonial et l'indemnisation à la lumière de la loi algérienne et arabe.

Ce Chapitre est constitué de deux articles, le premier article traite le sujet du préjudice volontaire causé par l'époux ainsi que l'indemnisation à la lumière de la foi islamique et les accords arabes, le deuxième article abordera l'impact du préjudice de la séparation demandée par l'épouse et son indemnisation à la lumière de la loi islamique et les accords arabes.

Le deuxième chapitre est intitulé le préjudice causé pour dissoudre le lien patrimonial et l'indemniser à la lumière de la loi islamique et les accords arabes.

Ce dernier contient deux articles, le premier est présenté à la lumière de la loi algérienne sur le mariage et de la législation arabe, et concerne les lignes exigeant la séparation en cas de violation des obligations matrimoniales et l'indemnisation de celle-ci sur la base de la loi algérienne et arabe sur le mariage et législation arabe.

Le deuxième chapitre : intitulé : dommage qui altèrent la volonté de l'un des époux, ou son désobéissance et son indemnisation au regard de la loi algérienne et de la législation arabe.

Enfin, j'ai fourni une annexe des conclusions et des recommandations les plus importantes, ainsi la liste de mes références et sources.

Les mots clés :

Préjudice, compensation, arbitraire, le lien conjugal.

Abstract:

Marriage is a human necessity and respect for the commandment of Almighty God, and in it lies the fulfillment of chastity and purity. A man and a woman enter into this solemn covenant to establish a permanent relationship. It is based on mutuality, mercy and cohabitation.

The stability of society depends on the stability of the marital bond. However, the bond can be disturbed and one of the spouses can be harmed, either during the bond or after its dissolution. There is a need for repair of the damage and its consequences, and for compensation to be paid to the party concerned, whether man or woman.

And this is what this study, entitled "The Right of Spouses to Compensate Damages in the Light of Algerian Marriage Law and Arab Legislation", seeks to address.

The damage caused by the breakdown of the marital bond affects the life of the divorced woman. It makes it difficult for her to socialise and can lead to isolation, especially in the case of an arbitrary divorce.

Sometimes the husband is the weaker party in the relationship, the wife is arbitrary in her demand for separation, and the damage caused and compensated by the wife's redemption does not rise to the level of fair compensation.

It will also present the damage caused by dissolving the marital bond, which occurs when marital obligations, both financial and personal, are not fulfilled, and to the extent that married life becomes impossible.

This study examines the damages resulting from the arbitrariness and disobedience of a husband or wife, explaining each point in the light of Algerian law and Arab legislation, and comparing it to the provisions of Islamic law; it also presents various contemporary jurisprudence from numerous legal texts.

Algerian family law is in line with Islamic law in that it eliminates agreements that harm spouses by recognising divorce and the right to separation. It also deals with various compensations inspired by other laws and international conventions.

Our subject is divided into two chapters. The first chapter deals with the damage resulting from the dissolution of the matrimonial bond and compensation in the light of Algerian and Arab law.

This chapter is divided into two articles, the first article deals with the subject of the voluntary damage caused by the spouse and its compensation in the light of the Islamic faith and the Arab conventions, the second article will deal with the effects of the damage of the separation requested by the wife and its compensation in the light of the Islamic law and the Arab conventions.

The second chapter, in the light of Islamic law and Arab treaties, is entitled "The damage caused by the dissolution of the patrimonial bond and its compensation".

The latter contains two articles, the first is presented in the light of Algerian marriage law and Arab legislation and concerns the lines requiring separation in case of violation of marital obligations and compensation for them based on Algerian and Arab marriage law and Arab legislation.

The second chapter: entitled "Damage that alters the will of one of the spouses or their disobedience and the compensation for it according to Algerian law and Arab legislation".

Finally, I have included an annex with the main conclusions and recommendations. It also contains a list of my references and sources.

Key words:

Prejudice, compensation, arbitrariness, the bond of marriage.