الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران 1 أحمد بن بله
كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية
قسم العلوم الإسلامية

الإجتهاد القضائي في الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي المقارن

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل م د في العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون

إعداد الطالب:
صلوح المكي

إشراف الأستاذ:
أ. د/ راجع عكاشة

نوقشت بتاريخ: 05 أكتوبر 2021

أمام أعضاء لجنة المناقشة

أ. د/ يوسي هواري	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران 1	رئيساً
أ. د/ راجع عكاشة	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران 1	مشرفا ومقررا
د/ طاهري بلخير	أستاذ محاضر (أ)	جامعة وهران 1	عضوا مناقشا
أ. د/ قوادري مختار	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة	عضوا مناقشا
أ. د/ حيدرة محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة مستغانم	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2020 – 2021

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران 1 أحمد بن بله
كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية
قسم العلوم الإسلامية

الإجتهاد القضائي في الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي المقارن

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل م د في العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون

إعداد الطالب:
صلوح المكي

إشراف الأستاذ:
أ. د/ راجع عكاشة

أعضاء لجنة المناقشة

أ. د/ يوسي هواري	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران 1	رئيسا
أ. د/ راجع عكاشة	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران 1	مشرفا ومقررا
د/ طاهري بلخير	أستاذ محاضر (أ)	جامعة وهران 1	عضوا مناقشا
أ. د/ قوادري مختار	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة	عضوا مناقشا
أ. د/ حيدرة محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة مستغانم	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2020 – 2021

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ البقرة الآية 227.

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّۚ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۖ وَأۡتَمِرُواْ بَيۡنَكُم بِمَعۡرُوفٖۖ ﴾ الطلاق الآية 6.

* الإهـــداء *

إلى والدتي العزيزة رمز التسامح والمحبة والصفاء فببركة دعائها
وفقت لبلوغ هذه المرتبة اللهم احفظها وعافها واعفوا عنها
وأمد في عمرها ومتعها بالصحة
إلى روح والدي الطاهرة رحمه الله وأسكنه فسيح جناته
إلى إخوتي وأخواتي الأفاضل أحمد ومختار وليلى وسميرة
إلى التي أقاسمها الحياة فكانت خير معين أدام الله عشرتها..زوجتي الكريمة
إلى من يتشوقون لنيلي أعلى المراتب علما..ابني وبناتي الأعزاء
الذين ساعدوني في كتابة هذه الأطروحة
إلى كل أصدقائي وزملائي بجامعة وهران والوادي وورقلة
إلى كل من علمني حرفا أساتذتي الكرام من الابتدائي إلى الجامعة
إلى كل من ساعدني على إنجاز هذا العمل ...
إلى كل هؤلاء أهـــــــدي ثمرة مجهودي المتواضع رمزا وعرفانا...

صلوح المكي

* شكروعرفان *

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد

عليه أفضل الصلوات وأزكى التسليم

الشكر لله تعالى أولا الذي أكرمني ونعمني بسلوك طريق العلم على ما منحني من قوة وعزيمة وصبر وإرادة لإتمام هذا العمل المتواضع فلله الحمد من قبل ومن بعد.

أتقدم بأسمى عبارات الشكر والعرفان للذي رافقني في انجاز هذا العمل وعلى ما أبداه من تعاون وقبول للإشراف على هذه الرسالة ولم يبخل علي بعلمه ووقته وجهده وتوجيهاته، وكان خير معين وخير مرشد وخير مشجع الأستاذ الدكتور/ **راجع عكاشة**

كما أشكر رئيس وأعضاء لجنة المناقشة المحترمين على تفضلهم بقبول مناقشة هذا العمل وتجشمهم عناء قراءته ومناقشة الآراء الواردة فيه.

وختاما أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير إلى كل من أعانني وساعدني في انجاز هذا العمل وقدم لي يد العون ماديا أو معنويا وأسأل الله أن يجازيهم خير الجزاء ويجعل ذلك في ميزان حسناتهم.

صلوح المكي

قائمة المختصرات

إج.ق: إجتهاد قضائي

ج.ر: جريدة رسمية

ج: جزء

د.ب.ن: دون بلد النشر

د.س.ن: دون سنة النشر

د.م.ج: ديوان مطبوعات جامعية

ش.و.ن.ت: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع

ص: صفحة

ط: طبعة

ع: عدد

غ.أ.ش: غرفة أحوال شخصية

غ.إ:الغرفة الاجتماعية

غ.م: الغرفة المدنية

ق.أس.ج: قانون أسرة جزائري

ق.أ.ش: قانون أحوال شخصية

ق.إ.م.إ: قانون إجراءات مدنية وإدارية

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري

ق.م.ج: قانون مدني جزائري

م.أع: المجلس الأعلى

م.ت.ق:المجلة التونسية للقانون.

م.ج.ع.ق.س: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية

م.ع.إ.إ: مجلة علوم إجتماعية وإنسانية

م.ع: المحكمة العليا

م.ق: المجلة القضائية

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا

مج: مجلد

ن.ق: نشرة القضاء

مقـــدمـــة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا اله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله، صل الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا، أما بعد:

*** التعريف بموضوع الدراسة:**

من جميل نعم الله سبحانه وتعالى على عباده لاستمرار الحياة وبقاء النوع الإنساني أن شرع لهم عقد الزواج، فكان بذلك هذا العقد رباطا مقدسا يجمع بين المرأة والرجل يجعل اتصالهما ببعض مبنيا على إيجاب وقبول وإشهاد، وكل ذلك صونا للنسل من الضياع والهلاك، وحماية لهذه العلاقة الشرعية التي ترضاها النفس وترغبها الفطرة الإنسانية.

ومن أجل الحفاظ على هذه العلاقة، كان من اللازم وجود تكامل بين الرجل والمرأة وتعاون لبناء أسرة سليمة ومستقرة باعتبارها النواة الأساسية للمجتمع، تعتمد في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبد الآفات الاجتماعية.

كما أن الزواج يعتبر رباطا مقدسا مبنيا على الانسجام والتآلف والاندماج، فبواسطته تستمر الحياة وتصان الأعراض ويقضى على الفساد، وهو ضرورة بيولوجية كذلك، ووسيلة لبقاء الجنس البشري، وتقوية لأواصر المحبة بين العائلات، وتوكيد للصلات الاجتماعية، علاوة على صيانة الأنساب من الاختلاط، وتكوين مجتمع طاهر عفيف تنتشر فيه الفضائل وتضمحل فيه الرذائل.

وبفضله ينبعث الود والطمأنينة والألفة، وهذا ما أكده الله سبحانه وتعالى في قوله:

﴿وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1].

[1] - سورة الروم، الآية 20.

لذلك ينبغي على الزوجين أن يكون كل منهما على اطلاع بواجباته وحقوقه وملتزما بضوابط ومقاصد الزواج حتى يستطيع المحافظة عليها، فإن عدم تحقق تلك المقاصد يجعل مصير الأسرة التفكك والانحلال مما يؤدي إلى الإضرار بالمجتمع.

إن مكانة الأسرة في النظام الإسلامي دفعته بأن يحيطها برعاية وعناية خاصة، وتوثيق عرى الرابطة الزوجية وصيانة بنيانها، وحمايتها من جميع المؤثرات لأنها أساس وحدة تماسك المجتمع الإسلامي، فتنظيم الأسرة واستقرارها يعد من أهم مبادئ الدين الإسلامي الحنيف.

فالإسلام نظر إلى الزواج نظرة تقدير وعناية، فأقامه على قواعد ثابتة من العدل والإنصاف والرحمة، فوصفه الله عز وجل بالميثاق الغليظ، وحماه بسياج من الضوابط وجعل عقده يتوفر على أحكام لم تتوفر عليها بقية العقود، فهو ليس عقد تمليك لعين أو منفعة، إنما هو أسمى من ذلك وأَجَلْ فهو رباط المودة والرحمة، لذلك جعلته الشريعة الإسلامية عقدا دائما.

كما حظيت الأسرة في الإسلام بعناية شديدة ومتكاملة، أساسها القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، وهذا ما انتهجته أيضا كل من القوانين الوضعية التي جعلت الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادرها، وكذا أعراف وعادات المجتمعات.

لكن بيت الزوجية في كثير من الأحيان قد لا يخلو من المشاكل والنزاعات بين الزوجين يمكن تفاديها أو حلها، إلا أن بعضا منها قد يستمر ويدوم، وربما تجد من يغذيها من أهل السوء، ولا يجد الزوجين لها حلا فتتحول هذه الحياة الزوجية من نعمة إلى نقمة، ومن نعيم إلى جحيم، مما يؤدي إلى استحالة استمرار حياتهما مع بعضهما في ظل هذه الظروف.

على الرغم من اعتبار المولى عز وجل الزواج ميثاقا غليظ، لقوله تعالى:﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا ﴾[1].

[1] - سورة النساء، الآية 21.

وقد راعى الإسلام كل الظروف والاحتمالات التي يتعرض لها الإنسان من مشاكل زوجية وغيرها، فوضع لهذه الحالات حلولا وعلاجات مناسبة، وشرّع للزوجين وسيلة يمكن إنهاء المشاكل المستعصية بواسطتها، وهي الطلاق، وهو آخر حل للزوجين اللجوء إليه لتلافي ما هو أخطر، فكان بذلك نعمة لهما للتخلص من حياة البغض والكراهية، مع كون الشريعة الإسلامية تنفر منه وتبغضه، فعن ابن عمر رضي الله عنه، أن النبيﷺ قال:" **أبغض الحلال إلى الله الطلاق**"[1]، وأخبرنا أبو عبد الله الحافظ، عن محارب قال: قال رسول اللهﷺ:" **ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق**"[2].

وعلى خطى الشريعة الإسلامية سار المشرع الجزائري في اعتبار الطلاق وسيلة وعلاجا لزوجين استحال استمرار الحياة بينهما، فخص الباب الثاني من قانون الأسرة لانحلال الزواج معتبرا الطلاق الوسيلة القانونية لفك الرابطة الزوجية من خلال نص المادة(47) منه بنصها:" **تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق والوفاة**"، وخص الفصل الأول منه للطلاق من المادة(48) حتى المادة(57) منه، وخص الفصل الثاني منه لآثار الطلاق من المادة(58) حتى المادة(73)، محاولا منه تنظيم الطلاق تنظيما دقيقا وشاملا لكل جوانبه، حيث حظي الطلاق بمجموعة من الشروط والآثار التي تجعل ممارسته على نحو مشروع، بحيث على الإنسان المطلق أن لا يأخذ الأمر بشكل مزاجي، لأن ذلك يناقض مقصد الشريعة، فهو علاج ووقاية لأفراد الأسرة من واقع مليء بالمشاكل المستعصية وليس بعقوبة.

[1] - البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، السنن الكبرى، (7/322)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا،ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، (باب ما جاء في كراهة الطلاق)، حديث رقم 14894، ص527.

[2] - **المرجع نفسه**، حديث رقم:13895، ص527.

لقد شُرِع الطلاق لرفع الضرر عن الزوجين، بحيث يصبح الفراق بينهما لازما وضروريا مع مراعاة المصلحة في إيقاعه قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا﴾[1].

فالطلاق كما أشار إليه الشارع الحكيم والمشرع الجزائري في قانون الأسرة وبعض القوانين الوضعية، يتم بإرادة الزوج المنفردة التي أساسها العصمة الزوجية الممنوحة شرعا للزوج، دون اشتراط لموافقة الزوجة ووفقا لما أذن له به، خلافا لما تقتضيه طبيعة إنهاء العقود، لحكمة أرادها الله سبحانه وتعالى مراعاة لمصلحة النكاح، ووضع الإسلام مجموعة من الإجراءات تسبقه قبل وقوعه، ولم يجعله طلقة واحدة، بل فتح الطريق أمام الطرفين لمواجهة النفس وإصلاح الخطأ، فجاءت الآيات القرآنية تقضي بذلك قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ۗ﴾[2].

وبالرغم من ذلك فقد أعطاها الشارع الحكيم وكذا القوانين الوضعية ومنها القانون الجزائري الحق في طلب فك الرابطة الزوجية استثناء في حالات خاصة قيدتها نصوص الكتاب الكريم والسنة النبوية بإسناد طلاقها في ذلك إلى القاضي وهو ما اصطلح عليه قانونا بالتطليق أو التفريق القضائي نظرا لضرر أصابها أو عن طريق طلب الخلع لكره أَلَمّ بها.

وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية وعلماؤها منذ أيام الرسولﷺ إلى يومنا هذا على أن للرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذه الإباحة، إلا إذا كانت بدون عذر وقد دل القياس على الطلاق أيضا، لأن العشرة إذا فسدت بين الزوجين، ولم يكن في الاستطاعة دوامها، يكون بقاء الزواج بإمساك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها تفويتا لمقاصد الزواج وتضيِعا لمصالحه التي شُرع من أجلها، لذلك شرع الإسلام الطلاق رفعا للضرر اللاحق بأحد الزوجين، لذلك فإن جُلّ العلماء والفقهاء يقرون بإباحة الطلاق، إذا دعت إليه الحاجة أو اقتضاه سبب.

[1] - سورة النساء، الآية 129.

[2] - سورة البقرة، الآية 227.

غير أنه وفي غياب معيار ثابت لقياس الأسباب التي تكون تبريرا للطلاق، فقد يُقدم الزوج أسباب واهية وضعيفة لطلب الطلاق، فمن الحكمة التوقف عند التناسب ما بين الحجج المقدمة من الزوج وطلبه الطلاق، وإذا لم نجد أي تناسب ما بين مبررات الزوج وطلبه في فك الرابطة الزوجية، فإننا لا نستطيع أن نحرمه من حقه الذي أعطاه له الله ﷻ وهو حل العصمة، وحرصا على عدم تجاوز ما أحل الله، فإن الإسلام عندما أقر الطلاق كحق مملوك للزوج وضع له من الآداب والتعاليم ما يكون بعيدا عن التعسف والظلم للزوجة، ورتب لذلك شروطا، وأقام حدودا تضمن لها الأمان اللازم والدائم، وتحقق لها المصلحة المرجوة، حيث أن استعمال هذا الحق في غير ما شرع له، قد يلحق الضرر والأذى بالطرف الآخر، والضرر ممنوع في الفقه الإسلامي لقوله ﷺ:" **لا ضرر ولا ضرار**"[1].

والتعسف في استعمال الطلاق، هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضتها الشريعة الإسلامية، أي بمعنى مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص، فلفظ الطلاق التعسفي مصطلح جديد، لم يرد في كتب الفقه القديمة، تطرق الفقهاء المعاصرون للحديث عنه في كتب الأحوال الشخصية، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم، هل هناك تعسف في الطلاق أم لا؟.

ويرجع ذلك الاختلاف إلى الحكم في أصل الطلاق، هل هو الحظر أم الإباحة، فاستعمال حق العصمة بشكل تعسفي، قد يسبب للزوجة أضرار من هذا الطلاق التعسفي سواء من الناحية المادية أو المعنوية، مما يوجب على الزوج المطلق طلاقا تعسفيا تعويض الزوجة المطلقة عن الأذى اللاحق بها، وهو ما أقرته الشريعة الإسلامية بحق المتعة، فهل حق المتعة تعويض عن الطلاق التعسفي؟، فالتعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي بما يتناسب وحجم الضرر وحال الزوج يسرا أو عسرا، مع تحميله

[1] - ابن ماجه، أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (373ه/983م)، **السنن**، خفقه وضبط نصه وخرج أحاديثه، وعلق عليه شعيب الأرناؤوط ومحمد كامل قره بللي وأحمد برهوم، ج3، ط1، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009، (باب من بنى في حقه ما يضر جاره)، حديث رقم 2340، ص432.

تبعات طلاقه، وإذا أثمرت العلاقة الزوجية أولاد يسند للمطلقة الحضانة مع توفير مسكن لممارستها أو دفع بدل إيجار لذلك.

ولحماية الزوجين من هذا الطلاق الذي يشكل ظلما، خص المشرع الجزائري هذه الحماية بنص خاص تناولته المادة(52) من قانون الأسرة، مع إعطاء القاضي سلطة تقديرية لتحديد مدى تعسف الزوج في استعمال حقه في إيقاع الطلاق من عدمه، ورتبت آثار قانونية على ثبوت الطلاق التعسفي، حتى لا تحس الزوجة المطلقة أن هناك إجحافا في حقها، وأن مصيرها لعبة في يد الرجل يتصرف فيه كما يشاء، كما نصت المادة (124 مكرر) من القانون المدني على معايير التعسف.

فقانون الأسرة الجزائري ومعظم التشريعات العربية المستمدة أحكامها من الشريعة الإسلامية، يلاحظ في تطبيقها أو في بعض المواد في جزئيتها مخالفة أحكام الشريعة إن لم تكن مخالفة لنصوصها ففي مقاصدها في تشريع الطلاق بصفة عامة، كما أنها كرست نظام التعويض المالي عن الطلاق التعسفي، حيث تم الخلط بين مسألة متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي، نظرا للتقارب والترابط الحاصل بينهما، وهو ما كان محل نقاش على مستوى القضاء الجزائري ولا يزال، مع الإشارة إلى أن التشريع الجزائري لم ينص على حق المطلقة في المتعة التي كرستها لها الشريعة الإسلامية.

وقد حرص الاجتهاد القضائي على سد الفراغ التشريعي في كثير من القضايا، فقد فتحت المادة(222) من قانون الأسرة الجزائري بابا واسعا أمام القضاء لمعالجة نقاط كثيرة لم ينص عليها قانون الأسرة، كما جاءت بمبدأ التعميم في تطبيق الشريعة وأحكامها دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التطبيق، بخلاف بعض التشريعات العربية الأخرى.

ومن هذا المنطلق جاءت دراستي موسومة بعنوان:" **الاجتهاد القضائي في الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي المقارن**".

*** إشكالية موضوع الدراسة:**

من أجل تبيان أهمية هذا الموضوع والوصول إلى الأهداف المتوخاة، ارتأيت طرح ومعالجة الإشكالية التالية:

كيف ساهم الاجتهاد القضائي في المسائل المرتبطة بالطلاق التعسفي في تقديم حلول له في إطار الفقه الإسلامي وفي إطار القوانين الدولية المقارنة؟.

وعليه تثير هذه الإشكالية عددا من التساؤلات، يتطلب الإجابة عليها بالدراسة والبحث لإيضاح أبعاد وجوانب وجزئيات الموضوع من خلال الأسئلة الفرعية التي نوجزها فيما يلي :

- هل وفقت التشريعات الوضعية في ضبط أحكام الطلاق التعسفي من خلال الاجتهادات القضائية مقارنة بالفقه الإسلامي؟
- ما هي المناهج والآليات التي من خلالها يمكن للقاضي إيجاد الحلول المثارة في الطلاق التعسفي؟
- ما هي حدود حرية القاضي في ممارسة العملية الاجتهادية؟ وهل للاجتهاد القضائي ضوابط يلزم بها القاضي المجتهد أم له الحرية المطلقة في ذلك؟
- ما هي الطبيعة القانونية للطلاق التعسفي؟ وما هو الأساس الذي يعتمد في تحديد الضرر وتقدير التعويض عنه وفقا لمبادئ الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية المقارنة؟
- ما مدى التوافق بين النصوص الشرعية والتطبيقات القضائية في الطلاق التعسفي؟
- ما هي معايير وصور الطلاق التعسفي؟ والآثار المترتبة عنه شرعا وقانونا؟

*** أسباب اختيار الموضوع:**

تعود أسباب اختيار هذا الموضوع إلى سببين هما:

أولاهما موضوعي يتجلى في كونه موضوع يهم الكثير من الأسر، وما ينشأ من خلافات قد تنتهي بالصلح أحيانا وبالتفريق أحيانا أخرى، كما تبدوا في الأهمية التي أولاها

المشرع الجزائري ومختلف القوانين المقارنة بالإضافة إلى الشريعة الإسلامية لموضوع الطلاق الذي هو حق مكفول للزوج يوقعه متى شاء باعتباره صاحب العصمة، كما أن كثرة ملفات الطلاق في المحاكم ينذر بالخطر المحدق بالأسرة، مما يدفع إلى مزيد من الاهتمام بهذا الموضوع وتقديم معالجات لمختلف الجزئيات، ومتابعة ما وصل إليه الاجتهاد القضائي في موضوع فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج خاصة باعتباره المرجع في تفسير القانون، والمأمول منه التوصل إلى قرارات موحدة تؤدي إلى إرساء قواعد قانونية، كما أن هذه الدراسة وما صاحبها من إشكالات تثير التساؤل ومدى إسهام القضاء في هذا المجال لفك أي لبس حول هذا الموضوع وما يثيره، من تحديد مدى تعسف الزوج في طلاقه، ومدى تقدير الضرر اللاحق بالزوجة والآثار المترتبة عليه، وكيفية التعويض عنه، ومن هنا أصبح لهذا الموضوع أهمية موضوعية كبيرة.

وعلى الصعيد الاجتماعي تظهر أهمية الموضوع في تزايد نسبة الطلاق في المجتمع مما يستدعي تفعيل النصوص المتعلقة به، وقيام المشرع بدوره للحد من هذه الظاهرة ومجابهة التحديات الأسرية المعاصرة حتى يتم حماية الأسرة من التفكك، وفقا لمسلك اجتهادي منضبط، وذلك بصياغة قانونية للأحكام الشرعية حتى يسهل تطبيقها من قبل القضاة والعودة إليها من قبل رجال الشريعة والقانون على حد سواء.

لهذا من الضروري العمل على ضبط سلطة القضاة في الاجتهاد وإيجاد قواعد وضوابط يسترشدون بها في العملية الاجتهادية، لأن أي قصور على إدراك تلك القواعد والمحددات الاجتهادية يؤدي إلى نتاج أحكام مضطربة ومتناقضة أحيانا.

وثانيها سبب ذاتي والمتمثل في الرغبة الأكيدة من جانبي لمعالجة وتناول المواضيع التي تخص الأسرة بصفة عامة والعلاقات الزوجية بصفة خاصة، من أجل معرفة أهم المشاكل المؤدية إلى استفحال ظاهرة الطلاق، والوقوف على الأسباب الحقيقية له، وأهم الأحكام والقرارات القضائية المرتبطة بفك الرابطة الزوجية خاصة الطلاق التعسفي،

والاطلاع على ما ذهب إليه الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة مقارنة ببعض التشريعات العربية والاجتهادات القضائية ذات الصلة على المستوى الدولي.

فعدم انسجام الواقع المعيش مع مسألة الطلاق وبقية النصوص القانونية أدى إلى كثرة المنازعات في ساحات القضاء، وهذا راجع إلى تراجع دور المجتمع في حل الخلافات الناتجة بين الأزواج قبل وصول تلك النزاعات إلى أروقة المحاكم.

كما أنه من خلال دراستنا للموضوع وجدنا الكثير من الغموض بخصوص التكييف القانوني للطلاق التعسفي، مما يستدعي البحث في هذا الغموض وتدخل السلطة التقديرية للقاضي في هذا الشأن للحد من إيقاعه بشكل تعسفي ومحاولة لإرساء مبادئ العدالة والمساواة، وتقدير المسؤولية على الطرف الضار وإلحاق الحق بالتعويض للطرف المتضرر متى تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق.

*** أهمية الموضوع والهدف منه:**

تبدوا الأهمية في وجود نقص على مستوى الدراسات التي تهتم بهذا المجال، وحتى وإن وجدت فإنها لا تواكب الكثرة الرهيبة في انتشار هذا النوع من الطلاق.

كما نهدف من خلال هذا الموضوع إلى تبيان وإبراز ماهية الطلاق بصفة عامة والطلاق التعسفي بصفة خاصة وأهم الإشكالات التي يطرحها أثناء تطبيق النصوص القانونية، وتبيان أيضا إرادة المشرع تجاهه والقيود التي أقرها والحماية التي ضمنها ومنحها للطرف المتضرر، مع محاولة التوفيق بين أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية.

بحيث يستمد هذا الموضوع أهميته من خلال الدراسة المقارنة بين القوانين الوضعية التي تفتح المجال للموازنة بين الاتجاهات التشريعية المختلفة لكل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دون تجاهل الجانب القضائي والتطبيق العملي له ودور الاجتهاد القضائي في أحكام الطلاق، بالخصوص قضاء المحكمة العليا في هذا الشأن باعتبارها المرجع في تفسير القانون، وتوحيد الرأي وإرساء قواعد قانونية وتحديثها من خلال

التطور المستمر للاجتهاد، تماشيا مع التطورات الحاصلة في المجتمع في مختلف المجالات، ومراقبة مدى تطبيق القانون على أكمل وجه، والتطرق لموضوع الطلاق التعسفي مع بيان معاييره وصوره والآثار المترتبة عليه، وتوضيح مكانة الزوج ومركزه في فك الرابطة الزوجية، وإعطاء أهمية كبرى للموضوع من خلال تحسس القارئ بجوانبه الاجتماعية والإنسانية وهي أهداف عملية.

كما تتجلى أهداف الدراسة أساسا في إثراء المكتبة الوطنية التي لا تزال بحاجة ماسة إلى الدراسات المتخصصة، وهي أهداف علمية.

*** الدراســـات السابقـــــة:**

بالنسبة للدراسات التي تناولت هذا الموضوع، فهي قليلة جدا بالنسبة لموضوع الاجتهاد القضائي في الطلاق التعسفي في مجال الأحوال الشخصية، فقد جاءت في مجملها عامة لعدم تطرقها بالبحث والدراسة والتحليل لتأصيل القواعد الاجتهادية القضائية المنظمة لشؤون الأسرة، واقتصر أغلبها على الجانب الفقهي فقط دون الجانب القضائي، وعلى جزئيات من موضوع الدراسة.

فحسب اطلاعي لم أعثر على دراسة جمعت بين الدراسة الشرعية والقانونية، فهي دراسات غير جامعة وغير شاملة لكل ما يتعلق بموضوع الطلاق التعسفي، حتى وإن وجدت فهي متناثرة في عدة بحوث، حيث يتضح من كل دراسة أنها تطرقت الى جزيئية من موضوع بحثي هذا، كما أن المقارنة التي تناولتها ركزت على ما تضمنه الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، فقد تم دراستها من عدة جوانب وأغفلت جوانب أخرى، ومن جملة هذه الدراسات السابقة والمتعلقة بموضوع هذه الدراسة ما يلي:

– دراسة للباحث محفوظ بن صغير، بعنوان الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ركز الباحث في هذه الدراسة على الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، ثم تطرق إلى تطبيقات الاجتهاد

القضائي في مسائل انحلال الزواج وآثاره، متناولا في ذلك أحكام الطلاق التعسفي والتعويض عنه، خاتما تلك الدراسة بالآثار الناجمة عنه من خلال دراسة مقارنة، تناول فيها مسألة الحضانة، وجاءت هذه الدراسة شاملة نوعا ما لجميع صور فك الرابطة الزوجية، كما تناول هذا الموضوع من الناحية الفقهية والقانونية، وقد كشف الباحث عن مدى الارتباط الوثيق بين أحكام التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وبيان مدى مساهمة قرارات المحكمة العليا في حل المشاكل الأسرية.

– أطروحة دكتوراه للباحثة مسعودة نعيمة إلياس بعنوان التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، تناولت الباحثة مسألة الضرر بصفة عامة في كل ما يتعلق بانعقاد الزواج وانحلاله من خلال ما تضمنه قانون الأسرة الجزائري ابتداء من العدول عن الخطبة مرورا بالطلاق كمسألة موجبة للتعويض عن الضرر، فقد جاءت هذه الدراسة مقتصرة على السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة فيما يتعلق بالضرر الناتج عن فك الرابطة الزوجية بصفة عامة والآثار المترتبة عنه.

– أطروحة دكتوراه للباحث شامي أحمد، بعنوان السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014، اقتصرت على معالجة دور القاضي في مسائل الزواج والطلاق في كل من قانون الأسرة الجزائري والقانون المغربي والمصري حيث ركز الباحث على إبراز السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عند انعقاد الرابطة الزوجية وكذا انحلالها، وعلى دور القاضي في الصلح والتحكيم وفي تقدير قيمة التعويض الناتج عن الضرر في الطلاق التعسفي ثم بين آثار ذلك ، فقد أحاطت هذه الدراسة ببعض الجوانب المتعلقة بموضوع بحثنا هذا، وقد استفدت مما جاء فيها على غرار باقي الدراسات السابقة الأخرى.

– رسالة دكتوراه للباحث عبد الفتاح تقية بعنوان الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007، تطرق الباحث إلى الموقف التشريعي والقضائي من الطلاق بصفة عامة وإلى إجراءات التقاضي في الطلاق مركزا دراسته على آثاره، فقد جاءت هذه الدراسة مقتضبة تناول من خلالها الباحث بعض الجزئيات الخاصة بموضوع الدراسة.

– مذكرة ماجستير للباحث زهير بالحشاني بعنوان النفقة الزوجية في قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011، تناول الباحث فيها حق من حقوق الزوجة سواء أثناء قيام الزوجية أو في حالة فك الرابطة الزوجية والمتمثلة في النفقة الزوجية دراسة مقارنة بين قوانين الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي.

– مذكرة ماجستير للباحثة الفلسطينية ساجدة عفيف عتيلي بعنوان الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011، تطرقت الباحثة إلى مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الأردني مقارنة بالفقه الإسلامي، نظرا لما أثارته هذه المسألة من خلاف بين مؤيد ومعارض.

في حين أن موضوع دراستي ركزت فيها على الاجتهاد القضائي الداخلي والدولي الخاص بالطلاق التعسفي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، فقد جمعت بين الجانب النظري والتطبيقي من خلال ربط الجانب الفقهي الشرعي بالجانب القضائي الأسري، وذلك من خلال توظيف بعض الأحكام والاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، كما حاولت الوقوف على مدى احتكام المشرع الجزائري خاصة في قضايا شؤون الأسرة لمبادئ الشريعة الإسلامية وبما يتماشى ومتطلبات العصر وتطور المجتمع، وتطرقت إلى جمع العديد من المسائل المتعلقة بموضوع الدراسة بالتفصيل والتحليل من كافة الجوانب.

واعتمدت على بعض الدراسات التي تناولت من جهة الطلاق التعسفي بصفة خاصة وموجزة، ومن جهة أخرى إلى آثاره كالتعويض عنه من خلال الضرر الذي أصاب المضرور منه، وربط ذلك بالسلطة التقديرية للقاضي، كما يظهر لنا التشابه بين موضوع دراستنا وموضوع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

* **الصعــوبات والعــوائق:**

من العوائق والصعوبات التي واجهتني أثناء انجاز هذه الدراسة، والتي برزت بشكل أساسي من خلال قلة المراجع، وقلة النصوص القانونية المتعلقة بها مقارنة بالقوانين الوضعية الأخرى، خاصة في مجال اجتهاد المحاكم القضائية، وعدم الحصول على شروحات كافية لقوانين الأحوال الشخصية لبعض التشريعات العربية خاصة، مع غزارة المادة العلمية من جانب الفقه الإسلامي.

وقد حاولت الربط بين الجانب النظري والجانب التطبيقي من خلال توظيف بعض الأحكام والاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، ومحاكم النقض لبعض التشريعات المقارنة.

* **المناهج المعتمدة في الدراسة:**

بناء على ما تم طرحه من تساؤلات رئيسية وفرعية، اقتضت طبيعة البحث ضرورة التركيب بين عــدة مناهج، حيث اعتمدت المنهج الاستقرائي في تتبع جزئيات البحث والعناصر الهامة المتعلقة بالموضوع، سواء كان ذلك من خلال النصوص الشرعية أو أقوال الفقهاء أو من خلال القوانين الوضعية بالإضافة إلى اجتهادات المحاكم القضائية.

كما اعتمدت أيضا على المنهج الاستدلالي من خلال مقابلة كل قول على ضوء ما يخالفه من أدلة الأقوال الأخرى، سواء من الناحية الشرعية أو القانونية أو القضائية وكيفية معالجة ذلك.

إضافة إلى اعتماد آليات المنهج التحليلي من خلال تحليل الآراء والأحكام الاجتهادية القضائية، بالإضافة أيضا إلى المنهج المقارن الذي تناولت فيه مختلف النصوص

التشريعية في القوانين المقارنة وآراء فقهاء الشريعة الإسلامية، وهذا يتطلب بذل جهد من الباحث لدراسة موضوع الاجتهاد القضائي في الطلاق التعسفي من كافة جوانبه.

*** خطـــة البحـــث:**

بغرض الإجابة والإلمام بموضوع الدراسة في حدود الإشكالية الرئيسية المطروحة والأسئلة الفرعية المرتبطة بها، تناولت الموضوع في ثلاث فصول بحيث اتبعت مقدمة الموضوع بفصل تمهيدي تعرضت فيه لأحكام الاجتهاد القضائي بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، فقسمته إلى مبحثين تناولت في المبحث الأول مفهوم الاجتهاد القضائي، كما تطرقت في المبحث الثاني إلى التمييز بين الاجتهاد القضائي والاجتهاد الفقهي.

أما في الفصل الأول فتناولت أحكام الطلاق التعسفي من خلال مبحث أول بعنوان مفهوم الطلاق بصفة عامة ومبحث ثان لمفهوم الطلاق التعسفي.

في حين الفصل الثاني والأخير خصصته لآثار الطلاق التعسفي، وقسمته إلى مبحث أول بعنوان سلطات القاضي في الطلاق التعسفي، ومبحث ثان بعنوان تقدير القاضي للطلاق التعسفي.

وأنهيت هذه الدراسة بخاتمة جمعت فيها خلاصة ما توصلت إليه من إجابة على الإشكالية المطروحة والنتائج والاقتراحات المستخلصة منها.

الفصل التمهيدي

أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الدولي المقارن

المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي ومشروعيته

المطلب الثاني: حكم الاجتهاد القضائي وضوابطه

المطلب الثالث: مصادر الاجتهاد القضائي وشروطه

المبحث الثاني: التمييز بين الاجتهاد القضائي والاجتهاد الفقهي

المطلب الأول: مجالات الاجتهاد القضائي

المطلب الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي

المطلب الثالث: آثار الاجتهاد القضائي

الفصـــل التمهيدي

أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الدولي المقارن

تمهيد:

بما أن مصدر قضاء الأحوال الشخصية في الجزائر خاصة هو قانون الأسرة وطبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تجعل من أحكام الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا تفسيريا، التي كثيرا ما تكون أساسا لبعض المواد القانونية مما يفتح الباب واسعا لتأويل النصوص الشرعية والخروج بها من مرادها الحقيقي، لأن مصدر القضاء الشرعي النصوص القطعية التي لا مجال للاجتهاد فيها، والنصوص الظنية التي تكون مجالا خصبا للاجتهاد فيها، ويسمى هذا بالقضاء الاجتهادي (الاجتهاد القضائي) الذي يكون للقاضي مجال واسع للبحث فيه باستفراغ الوسع لاستنباط الحكم الشرعي المناسب للواقعة عند عدم وجود النص أو إذا كان النص ناقصا أو غامضا.

فالاجتهاد دوره في القانون يعد من المصادر التفسيرية، وهو عملية ضرورية في كل نظام قانوني، وفي كل عصر قصد التماشي مع المستجدات الطارئة لسد الثغرات وتحقيق ملائمة النصوص التشريعية للظروف الاجتماعية.

فالقاضي ملزم بتفسير النص وتطبيقه على الوقائع على نحو يحقق قصد المشرع فالقاضي لا يخلق قاعدة قانونية جديدة وإنما يمكن لحكمه أن يساهم في إنشاء قواعد قانونية بواسطة الاجتهاد القضائي، إذا ما أخذت به جهات قضائية أخرى بنفس الحل في المسائل المتشابهة، فاستقرار اجتهاد المحكمة العليا على اتجاهات معينة يؤدي إلى تبني المحاكم والمجالس القضائية لهذا الاجتهاد.

وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول مفهوم الاجتهاد القضائي، وفي المبحث الثاني التمييز بين الاجتهاد القضائي والاجتهاد الفقهي.

المبحـــث الأول

مفـــــــــهوم الاجتهاد القضائي

إذا كان التشريع يعبر عن اختيارات المشرع لتحقيق مصالح المجتمع، فإن الاجتهاد القضائي يضمن استمرارية القواعد التشريعية من خلال ملائمتها مع الوقائع، لما تتميز به هذه الأخيرة من عمومية وتجريد.

فمفهوم الاجتهاد القضائي كان يقصد به في القانون الروماني المعرفة الواقعية للقانون وفي وقتنا الحالي فإن هذا المفهوم أصبح مقترنا بوظيفة القاضي، ففي هذا المبحث سوف نتطرق لتعريف الاجتهاد والقضاء بصفة عامة والاجتهاد القضائي بصفة خاصة، ونبين مشروعيته(مطلب أول)، ثم حكمه وضوابطه(مطلب ثان)، ومصادره وشروطه(مطلب ثالث) من خلال الآتي.

المطـــــــلب الأول

تعـــريف الاجتهاد القضائي ومشروعيته

الاجتهاد القضائي مركب من كلمتين، لدى وجب التطرق في هذا المطلب لتعريف الاجتهاد(فرع أول) ثم القضاء(فرع ثان) ثم الاجتهاد القضائي(فرع ثالث) وكذا مشروعية الاجتهاد القضائي(فرع رابع) من خلال الآتي.

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد: تعددت تعريفات الاجتهاد كل يتناوله من وجهة نظر خاصة يمكن ذكر بعضها.

أولا:تعريف الاجتهاد لغـــة:الاجتهاد لغة من مصدر جهد اجتهادا، فالجهد بفتح الجيم وبضمها: الطاقة، وبهما قرئ قوله تعالى:﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهۡدَهُمۡ﴾[1]، والجَهد بالفتح:المشقة، يقال: جهد دابته وأجهدها: إذا حمل عليها في السير فوق طاقتها، وجهد الرجل في كذا أي: جد فيه وجاهد في سبيل الله مجاهدة وجهادا، والاجتهاد والتجاهد بذل

[1] - سورة التوبة، الآية 80.

الوسع والمجهود[1].

وهو في اللغة عبارة عن بدل المجهود واستفراغ الوسع في أي فعل كان، وهو المشقة والطاقة فيختص بما فيه مشقة ليخرج عنه مالا مشقة فيه، وفي هذا المعنى يقول الرسولﷺ:"**إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر**"[2].

فقد دل الحديث على اجتهاد الحاكم العالم بالأمور الشرعية وليس من يجهلها، وأن المقصود هو بدل الوسع واستفراغ الطاقة في الوصول إلى الصواب، ورتب على ذلك استحقاق الأجر حتى في حالة الخطأ مادام صاحبه قد استفرغ جهده.

فالاجتهاد إذن في اللغة له استعمالات كثيرة، فيطلق على الحزم في الأمور الحسية كالاجتهاد في الطاعات، وكذا الحزم في الأمور النظرية كاستخراج نظرية عقلية أو شرعية أو لغوية[3]، وهو بذل الجهد والوسع والطاقة في أمر من الأمور التي فيها مشقة وتعب ولا ينصرف إلى الأمور الهينة.

ثانيا:تعريف الاجتهاد اصطلاحا: تطرق العديد من الفقهاء والعلماء إلى تعريف الاجتهاد وحتى القضاة، ومن هذه التعاريف ما يلي:

1- في الاصطلاح الفقهي:اشتمل على الاجتهاد الفقهي وغيره، وكذا القطعي والظني من الأحكام.

---

[1]- مرتضى الزبيدي، **تاج العروس**، ج2، دار صادر، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص329.

[2]- البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد، رقم 6805، ومسلم، **صحيح مسلم**، كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد، رقم 3240.

[3]- عبد الرحمان زايدي، **الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانه**، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، 2005، ص24.

- عرفه الرازي[1]:"**هو استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه**"[2].

- عرفه أبو حامد الغزالي[3]:" **صار اللفظ في عرف العلماء مخصوصا ببذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة، والاجتهاد التام أن يبذل الوسع في الطلب بحيث يحس من نفسه بالعجز عن مزيد لطلب**"[4].

- عرفه الآمدي[5] بأنه:" **استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه**"[6].

هذا التعريف يخرج الأحكام القطعية ويجعل الظن قيدا، إذ لا اجتهاد في القطعيات.

- عرفه الشوكاني[7]:" **بأنه بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط**"[8].

- عرفه الأستاذ فتحي الدريني:" **بدل الجهد العقلي من ملكة راسخة متخصصة لاستنباط الحكم الشرعي العملي من الشريعة نصا وروحا، والتبصر بما عسى أن يسفر تطبيقه**

---

[1]- الرازي فخر الدين، أبو عبدالله بن محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي البكري، الفقيه الشافعي، المعروف بابن الخطيب الطبرستاني الأصل، الرازي المولد، ولد سنة 544هـ - 1150م، وتوفي في هراة سنة 606هـ - 1210م، فقيه في علم الكلام والمعقولات، وعلم الأوائل، من مؤلفاته: مفاتيح الغيب، وكتاب البيان والبرهان في الرد على أهل الزيغ والطغيان، وكتاب تحصيل الحق، الذهبي، العبر في خبر من غبر، تح: أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن، ص142.

[2]- فخر الدين الرازي، **المحصول في علم أصول الفقه**، تح: طه جابر فياض العلواني، ج6، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996، ص06.

[3]- أبوحامد الغزالي، محمد بن محمد الغزالي الطوسي أبو حامد، فقيه شافعي، توفي سنة 505 هـ، من مؤلفاته: المنخول، شفاء العليل، ابن خلكان، وفيان الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تح: إحسان عباس، ج1، دار صادر، بيروت، 1977، ص98.

[4]- أبو حامد الغزالي، **المستصفى من علم الأصول**، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، ج4، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص4.

[5]- سيف الدين الآمدي، علي بن محمد بن سالم التغلبي، أبي الحسن، ولد في أمد(ديار بكر بتركيا حاليا)سنة 551هـ - 1156م وتوفي في دمشق سنة 631هـ - 1233م، وله عشرون مصنفا، ابن كثير، البداية والنهاية، دار الفكر بيروت، د.س.ن، ص140.

[6]- سيف الدين الآمدي، **الإحكام في أصول الأحكام**، ج4، ط1، تح: سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، 1404هـ، ص169.

[7]- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد عبدالله الشوكاني، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، ولد بجولان سنة 1172هـ وتوفي سنة 1250هـ، نشأ بصنعاء باليمن، وولي القضاء بها سنة 1229 هـ، من مؤلفاته نيل الأوطار من أسرار ملتقى الأخبار، وكتاب البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع وكتاب فتح القدير وغيرها، خير الدين بن محمود الزركلي، **الأعلام**، ج6، ط15، دار العلم للملايين، بيروت، 2002، ص298.

[8]- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، ج2، ط1، دار الكتاب العربي، تح: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق، 1999، ص205.

من نتائج على ضوء من مناهج أصولية مشتقة من خصائص اللغة وقواعد الشرع أو روحه العامة في التشريع"[1]

ومنه التعريف الاصطلاحي المختار:" **هو بدل المجتهد وسعه في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط"**[2]

2- في الاصطلاح القضائي: الاجتهاد في الاصطلاح القضائي يطلق على المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء ما تعلق منها بنصوص القانون أو باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص[3].

ففي انجلترا لا يوجد قانون مدون لذلك فإن الاجتهاد له أهمية كبرى، فتعد الأحكام القضائية مرجعا للقاضي الانجليزي يتقيد باجتهاد المحكمة العليا، ولذلك قد يأخذ الاجتهاد شكل التفسير في حالة غموض النص لأي سبب كان سواء من الناحية اللفظية، أو من حيث الصياغة، أو خلط وتضارب في بعض العبارات، فالاجتهاد يكون في الأمور الظنية وليس في الأحكام القطعية.

الفرع الثاني: تعريف القضاء: وله تعريف لغوي واصطلاحي.

أولا:تعريف القضاء لغة: القضاء له معان عديدة في معاجم اللغة العربية، فهو مصدر من الفعل قضى يقضي قضاء، بمعنى الحكم وأصله قضاي لأنه من قضية وجمعه أقضية، والقضايا هي الأحكام، وأصله القطع والفصل، يقال قضى يقضي قضاء، فهو قاض إذا حكم وفصل[4].

- جاء القضاء بمعنى الصنع والتقدير، **قَالَ تَعَالَىٰ:﴿إِذَا قَضَىٰٓ أَمۡرٗا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُۥ كُن فَيَكُونُ﴾**[5].

---

[1]- فتحي الدريني، **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**، مؤسسة الرسالة، ط3، بيروت، لبنان، 2013، ص22.

[2]- عبد الكريم زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994، ص 401-402.

[3]- محمد سلام مذكور، **المدخل للفقه الإسلامي**، ط2، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1996، ص289.

[4] - ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، **لسان العرب**، ج15، دار صادر، بيروت، 1990، ص186.

[5] - سورة آل عمران، الآية 47.

وقال أيضا ﷻ: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾[1].

- جاء القضاء بمعنى العمل **قَالَ تَعَالَى:** ﴿فَاقْضِ مَا أَنتَ قَاضٍ﴾[2]، بمعنى اعمل ما أنت عامل، وجاء القضاء أيضا بمعنى الحكم والإلزام والفصل، **قَالَ تَعَالَى:** ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾[3].

- كما جاء القضاء بمعنى الأداء والانتهاء في قوله **تَعَالَى:** ﴿فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ فَاذْكُرُوا اللَّهَ كَذِكْرِكُمْ آبَاءَكُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِكْرًا﴾[4]، وقوله **تَعَالَى:** ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾[5] أي بمعنى إذا انتهيتم من أداء صلاة الجمعة.

ثانيا:تعريف القضاء اصطلاحا: تعددت تعريفات علماء الشريعة وفقهاؤها لمصطلح القضاء، ولكنها لا تخرج عن معنى واحد ومن هذه التعريفات.

1- تعريف المالكية[6]: عرفه ابن رشد[7] وابن فرحون[8] بأنه:" **الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام**"[9]، وهو ما يشترك فيه هذا التعريف القضاء مع الإفتاء إلا أن الفتوى لا تكون على سبيل الإلزام.

---

[1] - سورة فصلت، الآية 11.
[2] - سورة طه، الآية 71.
[3] - سورة النساء، الآية 64.
[4] - سورة البقرة، الآية 199.
[5] - سورة الجمعة، الآية 10.
[6] - نسبة إلى مالك بن انس بن أبي عامر الأصبحي، إمام دار الهجرة فقها وحديثا بعد التابعين، مؤسس المذهب المالكي، ولد سنة 93هـ بالمدينة المنورة وتوفي سنة 179هـ بها، كان إماما في الحديث والفقه، قال الشافعي عنه:**" مالك أستاذي وعنه أخذت العلم، وهو الحجة بيني وبين الله تعالى، وما أحد أمن علي من مالك، وإذا ذكر العلماء فمالك النجم الثاقب"**، ألف الموطأ وهو كتاب جليل في الحديث والفقه، انظر وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج9، ط8، دار الفكر، دمشق، 2005، ص45-46.
[7] - ابن رشد القرطبي، هو محمد بن أحمد ابن رشد المالكي الأندلسي أبو الوليد الشهير بالحفيد ولد سنة 520هـ وتوفي سنة 595هـ من مؤلفاته: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجامع لأحكام القرآن، الزركلي، **مرجع سابق**، ج5، ص322.
[8] - ابن فرحون، هو إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون برهان الدين اليعمري، مالكي المذهب، أصله من تونس، ولد ونشأ بالمدينة المنورة سنة 693هـ وبها تولى القضاء توفي سنة 769هـ، من مؤلفاته: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الزركلي، **المرجع نفسه**، ج4، ص8.
[9] - الحطاب، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ج6، ط3، دار الفكر، بيروت، 1992، ص 86.

- كما عرفه ابن عرفة[1] بقوله:" **القضاء صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي**"[2].

2- تعريف الحنفية[3]: عرفه الكاساني[4] بأنه:" **الحكم بين الناس بالحق**"[5]، وهو تعريف مستمد من المعنى اللغوي للقضاء، وعرفه العيني[6] بأنه:" **الإلزام وفصل الخصومات وقطع المنازعات وسمي حكما لما فيه من منع الظالم عن المظلوم**"[7].

3- تعريف الشافعية[8]: عرفه الخطيب[9]من تعريفات فقهاء الشافعية:"**القضاء شرعا فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى**"[10]، مما يستدل من هذا التعريف أن الحكم بغير حكم الله لا يعد قضاء بالمعنى الشرعي.

---

[1] - ابن عرفه، هو محمد بن عرفة الورغمي التونسي أبو عبد الله، اقتصر على الإمامة والخطابة بجامع الزيتونة ولد سنة 716هـ توفي سنة 803هـ، الديباج المذهب، ج1، ص237،كشف الظنون، ج2، ص1867.

[2] - الحطاب، **مرجع سابق**، ص 86.

[3] - نسبة إلى الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، بن ثابت بن زوطي الكوفي، من أبناء فارس الأحرار، ولد سنة 80هـ وتوفي سنة 150هـ، عاصر أوج الدولتين الأموية والعباسية، وهو من أتباع التابعين، وقيل: من التابعين، لقي أنس بن مالك، وهو إمام أهل الرأي، وفقيه أهل العراق، صاحب المذهب الحنفي، قال الشافعي عنه:**" الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة"**، له في علم الكلام كتاب الفقه الأكبر، كما له مسند في الحديث، انظر وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج9، ص43-44.

[4] - الكساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني أو الكاشاني، فقيه حنفي من أهل حلب ولد بكاسان جنوب شرق أوزبكستان، توفي بحلب ودفن بها سنة 587هـ، من مؤلفاته: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، السلطان المبين في أصول الدين، الزركلي، **مرجع سابق**، ج2، ص70.

[5] - الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج7، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص3.

[6] - العيني، هو محمود بن أحمد بن موسى، المعروف ببدر الدين العيني ولد بحلب سنة 762هـ، ونشأ في بيت علم ودين، فقيه حنفي، توفي سنة 855 هـ ودفن بالقاهرة، من مؤلفاته: منحة السلوك في شرح تحفة الملوك ورمز الحقائق في شرح كنز الدقائق، الزركلي، **المرجع نفسه**، ج7، ص163.

[7] - العيني، **البناية في شرح الهداية**، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1990، ص8.

[8] - نسبة إلى الإمام الشافعي، أبي عبد الله محمد بن إدريس القرشي الهاشمي المطلبي بن العباس بن عثمان بن شافع، ولد سنة 150هـ بغزة بفلسطين وهو عام وفاة أبي حنيفة، وتوفي في مصر سنة 204هـ، يلتقي نسبه مع الرسولﷺ في جده عبد مناف، تفقه على مالك بن أنس وسمع منه الموطأ وروى الحديث، ولقيه أحمد بن حنبل في مكة وكذلك في بغداد وأخذ عنه فقهه وأصوله، من مؤلفاته: الرسالة والأم، انظر وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج9، ص49-50.

[9] - الخطيب، محمد بن أحمد الشربيني شمس الدين، فقيه شافعي مفسر، من أهالي القاهرة توفي سنة 977هـ، من مؤلفاته:الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع وشرح منهاج الدين في شعب الإيمان، مغنى المحتاج، الزركلي، **المرجع نفسه**، ج6، ص6.

[10] - محمد الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ج4، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص372.

4- تعريف الحنابلة[1]: من تعريفات فقهاء الحنابلة للقضاء أنه:" **النظر بين المترافعين له للإلزام، وفصل الخصومات**"[2].

وعرفه البهوتي[3] أنه:" **تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الحكومات**"[4]، وهذا التعريف قريب مما عرفه الشافعية.

فمن خلال هذه التعريفات نستنتج أن دور القضاء هو فض النزاعات والفصل في الخصومات بأحكام ملزمة وينتهي النزاع ويأخذ كل ذي حق حقه.

التعريف المختار: من خلال جملة التعاريف السابقة للقضاء بمعناه الاصطلاحي، فإن التعريف المختار هو تعريف ابن خلدون[5] للقضاء حيث جمع بين معيار الشكل والموضوع فعرفه بأنه:" **منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعا للتنازع بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة**"[6].

من خلال هذا التعريف المختار والذي يشمل أغلب أنواع القضاء، كالقضاء العادي أو قضاء المظالم وقضاء الحسبة، سار بعض الفقهاء المعاصرين في تعريفهم للقضاء.

---

[1] - نسبة إلى الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل، بن أسد الذهلي الشيباني، ولد سنة 164هـ وتوفي سنة 241هـ، ولد ببغداد ونشأ بها، تفقه على الشافعي حين قدم بغداد، ثم أصبح مجتهدا مستقلا، كان إماما في الحديث والسنة والفقه، قال الشافعي عنه:" خرجت من بغداد، وما خلفت بها أتقى ولا أفقه من ابن حنبل"، ولم يؤلف الإمام أحمد في الفقه كتابا، وإنما أخذ أصحابه مذهبه من أقواله وأفعاله وأجوبته، وله كتاب**"المسند"** في الحديث، انظر وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج9، ص52-53.

[2] - ابن مفلح الحنبلي، **المبدع في شرح المقنع**، ج10، المكتب الإسلامي، بيروت، 1978، ص3.

[3]- البهوتي (1000 - 1051 هـ = 1591 - 1641 م) منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، شيخ الحنابلة بمصر في عصره، نسبته إلى (بهوت) في مصر، له كتب، منها (الروض المربع شرح زاد المستقنع، وكشاف القناع عن متن الإقناع، ودقائق أولي النهى لشرح المنتهى، الزركلي، **المرجع نفسه**، ج7، ص307.

[4] - البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، **الروض المربع شرح زاد المستنقع**، ج3، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، 1390، ص382.

[5] - عبد الرحمان ابن خلدون، ولد في تونس سنة 1332م في أسرة ذات علم وأدب، قضى أغلب مراحل حياته في تونس والمغرب الأقصى، وكتب الجزء الأول من المقدمة بقلعة أولاد سلامة بالجزائر، عمل بالتدريس في جامع الزيتونة بتونس وفي المغرب بجامع القرويين في فاس وبعدها في الجامع الأزهر بالقاهرة بمصر، وفي آخر حياته تولى القضاء المالكي بمصر وتوفي في القاهرة سنة 1406م، الزركلي، **مرجع سابق**، ج3، ص330.

[6] - عبد الرحمان ابن خلدون، **المقدمة**، تح:عبدالله محمد الدرويش، ج1، ط1، دار يعرب، دمشق، 2004، ص402.

ومن بين هذه التعريفات تعريف الأستاذ محمد مصطفى الزحيلي بأنه:" **سلطة الفصل بين المتخاصمين، وحماية الحقوق العامة بالأحكام الشرعية**"[1].

الفرع الثالث: تعريف الاجتهاد القضائي: مفهوم الاجتهاد القضائي كان يقصد به بالدرجة الأولى في القانون الروماني المعرفة الواقعية للقانون.

وفي وقتنا الحال فإن هذا المفهوم أصبح مقترنا بوظيفة القاضي، ويطلق عليه القضاء التونسي مصطلح فقه القضاء[2].

بينما في اللغة الفرنسية مصطلح الاجتهاد القضائي يعني La jurisprudence، وهي كلمة تعود إلى أصل لاتيني jurisprudencia وتعني علم القانون، أما الفقه الفرنسي فقد عرف الاجتهاد القضائي بأنه:" **علم تطبيق القانون، فهو عملية توحيد التفسير في القانون المقدم من قبل المحاكم**"[3] وعرفه CORNU بأنه:" **مجموعة الحلول التي تقدمها القرارات الصادرة عن المحاكم عند تطبيق القانون أو عند تفسير القانون عندما يعتريه الغموض**"[4].

بعد تعريف اللفظين اللذين يتكون منهما مصطلح الاجتهاد القضائي، يمكن أن نصل إلى تعريف الاجتهاد القضائي بأنه:" **استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلا محكما يقضي إلى الفصل بين المتنازعين وصيانة الحقوق العامة**"[5].

---

[1] - محمد الزحيلي، **التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي**، ط2، دار الفكر، دمشق، سورية، 2002، ص63.

[2] - قرار محكمة التعقيب التونسية، مدني ع21011، مؤرخ في 1991/04/18.

[3]-"La jurisprudence comme une science pratique du droit, Processus d'unification de l'interprétation du droit donnée par tribunaux ".Voir: Evelyne Serverin, **Les divergences de jurisprudence**, Sous direction: Pascal Ancel, Marie-Claire Rivier ,Publication d'université de Saint-Etienne, France, 2003, p73.

[4]-"Ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du droit, (not dans l'interprétation de la loi quand celle-ci est obscure).Voir: Cornu Gérard, (dir), **Vocabulaire juridique**, Association H.Capitant, PUF, 8éme1éred, 2008, p16.

[5] - قطب الريسوني، **الاجتهاد القضائي المعاصر(ضرورته ووسائل النهوض به)**، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2007، ص11.

من هنا يتضح أن الاجتهاد القضائي هو مساهمة القضاء، أو بتعبير آخر إضافات القضاة ونتائج جهود هم في تفسير القانون سواء لسد النقص الموجود فيه أو تكملته، أو لرفع التناقضات الموجودة بين قاعدتين قانونيتين، أو لتحديد معاني القواعد القانونية التي شابها غموض، فنميز في المفهوم القانوني لمصطلح الاجتهاد القضائي بين معنى عام ومعنى خاص.

أ- المعنى العام للاجتهاد القضائي: ويشمل كل جهد يبذله القضاة لأجل التوصل إلى الأحكام القضائية، بغض النظر عن رتبهم والجهة القضائية التي يمثلونها، ومنه فإن تعريف الاجتهاد القضائي بأنه:" **بدل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية**"[1].

ولهذا يطلق بعضهم مصطلح الاجتهاد القضائي في القانون على:" **مجموع الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم في مسألة معينة**"[2]، أي أنه يشمل على كل ما تصدره الجهات القضائية من أحكام وقرارات وآراء واجتهادات فيما يعرض عليها من قضايا قانونية، وقد يطال عمل القاضي إلى مجال ما سكت عنه النص أو لم يكن واضحا فيه، فيكون الاجتهاد القضائي بهذا المعنى متمثلا في:" **مجموع الحلول القانونية التي تستنبطها المحاكم...فهي تفسر القانون متى كان غامضا وتكمله متى كان ناقصا**"[3]، فبهذا المعنى يشمل الآراء التي يتوصل إليها القضاة عند النظر في مسألة قانونية معينة، ثم يقضوا بذلك، سواء أكان ذلك بمناسبة النظر في مسألة أو بمناسبة الرقابة على أعمال القضاة من طرف الجهات المخولة بذلك.

[1] - أحمد أبو الزين، **الاجتهاد القضائي**، مقال نشر بالموقع الالكتروني، www.justice-lawhome.com تاريخ 2010/09/14.

[2] - عبد المنعم البدراوي، **مبادئ القانون**، مكتبة السيد عبد الله وهبه، القاهرة، مصر، 1972، ص244.

[3] - موسى عبود، **الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي**، مجلة المحاماة، المملكة المغربية، ع3، يوليو 1969، ص15.

ب- المعنى الخاص للاجتهاد القضائي: يشمل الجهد الذي يبذله قضاة جهة قضائية عليا معينة للتوصل إلى قرارات في المسائل المعروضة عليها، ففي الدستور الجزائري:" **تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون**"[1].

إذن هو تلك الآراء والقرارات التي تصدرها المحكمة العليا بمناسبة النظر في القضايا المعروضة عليها، سواء فيما يتعلق بكيفية تطبيق القانون أو ما يجب تطبيقه عند وجود فراغ تشريعي، أو تكون محل خلاف، وهذا ما أكدته المادة 17و18 من القانون العضوي بقولها:" **تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي**"[2].

وبهذا المعنى فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه:" **الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة أمامها في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته**"[3]، وبذلك يكون الاجتهاد القضائي مصدرا تفسيريا من مصادر القانون.

ففي بريطانيا والدول الانجلوسكسونية تجعل من القضاء مصدرا رسميا لوضع القواعد القانونية، وبذلك تكون هذه القواعد عامة وملزمة، ويطلق عليها اسم **السوابق القضائية،** Judicial Précédents، بخلاف معظم الدول التي تجعل منه مصدرا تفسيريا ومنها الجزائر، ويختلف الاجتهاد القضائي حسب النظام القانوني لكل دولة، الذي يجعل من اجتهاد القاضي عملا يستأنس به، ومن ثم لا يمكنه إصدار قواعد عامة وملزمة، علما بأن القاضي لا يخلق القانون من اجتهاده بل يكشف عنه من خلال التشريع والاجتهادات التي يتوصل إليها، لذلك لا يمكن اعتبارها من قبيل القواعد القانونية[4].

---

[1]- المادة 3/171 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري الجزائري.

[2]- القانون العضوي رقم 12/11 المؤرخ في 2011/07/26، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها، ج.ر، ع42 بتاريخ 2011/07/31، ص9.

[3]- محمد أمقران بوبشير، **تحول الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق**، مجلة المحاماة، ع2، تيزي وزو، 2004، ص53.

[4]- عادل الطبطبائي، **الحدود الدستورية بين السلطة التشريعية والقضائية- دراسة مقارنة-**، جامعة الكويت، 2000، ص320.

الفرع الرابع: مشروعية الاجتهاد القضائي: لقد أجازت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الاجتهاد والأخذ بالرأي وشرعته لإيجاد الحلول المناسبة، وهذا دليل على مواكبة ركب الحضارة الإنسانية عبر العصور والأجيال وذلك باختلاف المجتمعات الإنسانية في مشارق الأرض ومغاربها، وكل ذلك في ضوء الأحكام والأصول الثابتة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول وكذا القانون.

أولا- مشروعية الاجتهاد من الكتاب: قوله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ لِتَحۡكُمَ بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُۚ وَلَا تَكُن لِّلۡخَآئِنِينَ خَصِيمٗا﴾[1].

وقال تعالى أيضا: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ وَكُنَّا لِحُكۡمِهِمۡ شَٰهِدِينَ ٧٨ فَفَهَّمۡنَٰهَا سُلَيۡمَٰنَۚ وَكُلًّا ءَاتَيۡنَا حُكۡمٗا وَعِلۡمٗا﴾[2].

وجه الدلالة: في الآية الأولى دلالة واضحة على إقرار القرآن الكريم للاجتهاد وجوازه بطريق القياس وفي الآيات الموالية فقد أصاب سليمان عليه السلام واستحق الشكر والثناء من الله عز وجل، في حين لم يصب داوود عليه السلام في اجتهاده، ومع ذلك نال هو الآخر الثناء والشكر من الله عز وجل، حيث يستدل من الآية الكريمة:" **فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ**" على أن حكم سليمان عليه السلام كان باجتهاده وليس وحيا من الله عز وجل، وإنما هو عن علم اختصه الله به فأرشده إلى الحكم الصحيح[3]، وعلق ابن عاشور[4] عن ذلك بقوله:" هذه الآية أصل في اختلاف الاجتهاد وفي العمل بالراجح وفي مراتب الترجيح، وفي عذر المجتهد إذا أخطأ الاجتهاد، أو لم يهتد إلى المعارض.

---

[1] - سورة النساء، الآية 104.

[2] - سورة الأنبياء، الآيتين 77،78.

[3] - الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكني الشنقيطي، فقيه مالكي، من علماء شنقيط (موريتانيا)، ولد سنة 1907، استقر مدرسا في المدينة المنورة، وتوفي بمكة سنة 1973 من مؤلفاته: آداب البحث والمناظرة، والرحلة إلى إفريقيا، وألفية في المنطق، الزركلي، مرجع سابق، ج6، ص45، **أضواء البيان في تفسير القرآن**،746/4، سيف الدين الآمدي ، **مرجع سابق**، ص202.

[4] - ابن عاشور، محمد الطاهر بن عاشور، ولد سنة 1879 بتونس، مفتي وفقيه مالكي وشيخ جامع الزيتونة، عين عام 1932 شيخا للإسلام، وهو من أعضاء المجمعين العربيين في دمشق والقاهرة توفي بتونس ودفن بها سنة 1973، الزركلي، **المرجع نفسه**، ج6، ص174،

هناك آيات كثيرة في القرآن الكريم تدعوا إلى النظر والاعتبار والمشورة وإقرار الاجتهاد **قَالَ تَعَالَى:** ﴿وَإِذَا جَآءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ ٱلْأَمْنِ أَوِ ٱلْخَوْفِ أَذَاعُوا۟ بِهِۦ ۖ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسْتَنۢبِطُونَهُۥ مِنْهُمْ ۗ وَلَوْلَا فَضْلُ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُۥ لَٱتَّبَعْتُمُ ٱلشَّيْطَٰنَ إِلَّا قَلِيلًا﴾[1].

وجه الدلالة: فالاستنباط في الآية الكريمة المقصود به الاجتهاد، فيستدل من ذلك على مشروعية الاجتهاد، لأنه استنباط للأحكام الشرعية من مظانها.[2]، فمن الآيات السابقة نستنتج أنها أدلة عامة في مشروعية الاجتهاد سواء كان في الأحكام الشرعية أم في غيرها من الأحكام الأخرى.

ثانيا– مشروعية الاجتهاد من السنة النبوية: هناك العديد من الأحاديث النبوية الواردة والدالة على مشروعية وجواز الاجتهاد، ومنها على سبيل المثال: حديث معاذ بن جبل[3] عندما أرسله النبيﷺ إلى اليمن قاضيا ويسأله:" **كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟" قال:" اقضي بما في كتاب الله، قال: فإن لم يكن في كتاب الله؟" قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال:" فإن لم يكن في سنة رسول الله؟"، قال:" أجتهد رأيي ولا آلو"، قال: فضرب رسول الله ﷺ صدري، ثم قال:" الحمد لله الذي وفق رسولَ رسول الله لما يرضى رسول الله"**[4].

---

[1] - سورة النساء، الآية 82.

[2] - القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ط6، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، ص479، أبو حبان، **تفسير البحر المحيط**، 319/3.

[3] - معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي أبو عبد الرحمان، ولد سنة 603م، وهو أحد الستة الذين جمعوا القرآن الكريم في عهد النبي صل الله عليه وسلم، أسلم وهو فتى، وشهد بدرا وأحد والخندق مع رسول الله، توفي سنة 639م ببيسان بالأردن له 157 حديثا، ومن كلام عمر(لولا معاذ لهلك عمر) ينوه بعلمه، الزركلي، **مرجع سابق**، ج7، ص258.

[4] - أبو داود، سنن أبي داود، **كتاب الأقضية**، باب اجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم3592.

وجه الدلالة: في هذا الحديث أقر الرسولﷺ لمعاذ بن جبل على وجوب الاجتهاد إن لم يوجد في الكتاب والسنة، وذلك برد القضية إلى القياس فهو دليل صريح على مشروعية الاجتهاد.

كذلك ما روي عن عمر بن العاص[1]، أنه سمع رسول الله ﷺ يقول:" **إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر**"[2].

وجه الدلالة: في هذا الحديث أمران، أحدهما يدل على مشروعية الاجتهاد، والآخر هو الترغيب فيه، بل إثبات الأجر للمجتهد حتى في حالة وقوعه بعد الاجتهاد في الخطأ، حتى لا يكون الخطأ سبب مانع للمجتهد، والمجتهد مأجور في كلا الحالتين.

روي عن أبي سعيد الخدري أن رجلين خرجا في سفر، فحضرت الصلاة وليس معهما ماء، فتيمما صعيدا طيبا، فصليا ثم وجد الماء في الوقت، فأعاد أحدهما الصلاة بعد الوضوء، ولم يعد الآخر، ثم آتيا رسول الله ﷺ، فذكرا ذلك له، **فقال للذي لم يعد:**" **أصبت السنة، وأجزتك صلاتك وقال للذي توضأ وأعاد: لك الأجر مرتين**"[3].

وجه الدلالة: في هذا الحديث يتبين اعتراف النبيﷺ باجتهاد كلا الرجلين، والثناء عليهما، بعد ذلك يشير إلى مشروعية وجواز الاجتهاد.

ثالثا- مشروعية الاجتهاد من الإجماع: أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على مشروعية الاجتهاد عند عدم وجود نص في القرآن الكريم أو السنة، فاجتهدوا في مسائل كثيرة كاجتهادهم في تولي أبي بكر الصديقﷺ للخلافة وجمع القرآن الكريم وقتال مانعي الزكاة، يقول الغزالي:" **يستدل بإجماع الصحابة على الحكم بالرأي، الاجتهاد في كل واقعة وقعت لهم ولم يجدوا فيها نصا، وهذا ما تواتر إلينا تواترا لا شك فيه**"[4].

---

1 - عمرو بن العاص بن وائل السهمي القرشي أبو عبد الله(50ق هـ - 43هـ/574-664 م)، فاتح مصر اسلم في هدنة صلح الحديبية ولاه رسول الله إمرة جيش "ذات السلاسل"، ولاه الخليفة عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- فلسطين ثم مصر، وعزله الخليفة عثمان بن عفان-رضي الله عنه- توفي بالقاهرة، له 39 حديثا، الزركلي، **المرجع نفسه**، ج5، ص79.

2 - البخاري، **كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة**، باب أجر الحاكم، حديث رقم 7352.

3 - أبو داود، سنن أبي داود، **كتاب الطهارة**، باب المتيمم يجد الماء بعدما يصلي في الوقت، حديث رقم338.

4 - أبو حامد الغزالي، **مرجع سابق**، ج3، ص507.

ومن اجتهادات الصحابة رضوان الله عليهم ما كان يفعله أبو بكر الصديقﷺ[1] في كثير من المسائل فيجتهد برأيه ويقول:" هذا رأيي، فإن يكن صوابا فمن الله، وإن يكن خطأ فمني، واستغفر الله"[2]، وكذلك ما ورد في وصية عمر بن الخطاب ﷺ[3] لشريح القاضي[4]، حين ولاه قضاء الكوفة، قال له:" **إذا جاءك أمر في كتاب الله ﷻ فاقض به ولا يلفتنك عنه الرجال، فإن أتاك ما ليس في كتاب الله، فانظر سنة رسول الله ﷺ فاقض بها، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله، ولم يكن فيه سنة من رسول الله ﷺ فانظر ما اجتمع عليه الناس فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه سنة من رسول الله ﷺ ولم يتكلم فيه أحد قبلك، فاختر أي الأمرين شئت، إن شئت أن تجتهد برأيك ثم تقدم فتقدم، وإن شئت أن تؤخر فتأخر ولا أرى التأخر إلا خيرا لك**"[5].

وجه الدلالة: من خلال ما سبق نجد أن الصحابة وعموم الأمة بكل مذاهبها قد أجمعوا على مشروعية الاجتهاد، واتفق علماء السلف والخلف على ذلك، وهذا في حال عدم وجود نص سواء في الكتاب أو السنة.

رابعا- مشروعية الاجتهاد من المعقول(العقل والنظر): دلت الأدلة العقلية على مشروعية الاجتهاد، ولما كانت الشريعة الإسلامية آخر الشرائع، فهي صالحة لكل زمان ومكان

---

1 - أبوبكر الصديق ﷺ، هو عبدالله بن أبي قحافة (51 ق هـ - 13هـ/573- 634م)، أول الخلفاء الراشدين، وأول من آمن وصدق رسول اللهﷺ من الرجال، ولد بمكة ونشأ بها حارب مانعي الزكاة عندما تولى الخلافة التي دامت سنتان وثلاثة أشهر ونصف توفي في المدينة المنورة ودفن إلى جوار رسول اللهﷺ، له 142حديثا، الزركلي، **مرجع سابق**، ج4، ص102.

2 - خالد حسين الخالد، **الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي**، رسالة دكتوراه، ط1، مركز جمعة الماجد للثقافة والثرات، دبي، الإمارات، 2009، ص40.

3 - عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي، أبو حفصﷺ، (40 ق هـ - 23هـ/584- 644م)، ثاني الخلفاء الراشدين، وأول من لقب بأمير المؤمنين، صحابي جليل شجاع، صاحب الفتوحات، ولد بمكة ونشأ، أسلم قبل الهجرة بخمس سنين، بويع بالخلافة يوم وفاة أبي بكر الصديقﷺ، استشهد مقتولا عن عمر 63سنة، ودفن إلى جوار رسول اللهﷺ بالمدينة المنورة، الزركلي، **المرجع نفسه**، ج5، ص45.

4 - شريح بن الحارث بن قيس الكندي أبو أمية، يمني الأصل، من أشهر القضاة وفقهاء الإسلام، ولي قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي- رضي الله عنهم، عمر طويلا توفي سنة 78هـ -697م بالكوفة، الزركلي، **مرجع سابق**، ج3، ص161.

5 - البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، السنن الكبرى، آداب القاضي، باب موضع المشاورة، حديث رقم 20100، ج10، ص110، وأبو عمر يوسف بن عبد البر القرطبي الأندلسي(ت 463هـ)، جامع بيان العلم وفضله وما ينبغي في روايته وحمله، تح: أبو عبد الرحمان فواز أحمد زمرلي، دار ابن حزم مؤسسة الريان، بيروت،2003، ج2، ص123، باب اجتهاد الرأي على الأصول عند عدم النصوص في حين نزول النازلة، حديث رقم 843.

ولكن نصوص الشريعة من الكتاب والسنة محدودة ولا يمكن أن تفي هذه النصوص بأحكام الحوادث والمستجدات، وكل حاجات ومطالب الناس عبر العصور فهي تحتاج إلى بيان حكم الشرع فيها، لأن نصوص الشريعة وقواعدها جاءت معظمها كلية من غير تفصيل ومحدودة، فالمحدود لا يفي باللامحدود، وبالتالي كان لا بد من الاجتهاد في الحوادث التي فيها نص وقياسها على نظائرها من الوقائع التي فيها نصوص من الكتاب والسنة، حتى لا تفقد الشريعة صلاحيتها ومرونتها لكل زمان ومكان[1].

خامسا- مشروعية الاجتهاد في القانون: نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري بقولها:" **يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة**"[2].

من خلال نص المادة المذكورة نجد أن القاضي يستطيع الاجتهاد برأيه كلما احتاج في تطبيق القانون إلى تفسير نصوصه وتعذر عليه فهم معناها من خلال ألفاظها أو صياغتها، وذلك بالبحث عن معناها الحقيقي باستفراغ وسعه في النظر فيما يمكن الوصول إلى هذا المعنى، حتى يضع حلا للنزاع المعروض أمامه، فلا يجوز له أن يدعي جهله بنص من نصوص القانون، وذلك لأن من واجب القاضي العلم بالقانون وأحكامه في النزاع المطروح عليه، وإلا كان منكرا للعدالة[3]، ولن يتأتى له ذلك إلا بالاجتهاد.

ففي كل الأحوال ينبغي على القاضي في نطاق المبادئ والغايات التي يقوم عليها النظام القانوني عند ملائمة الحلول للحالة المعروضة عليه، ألا يأتي بحلول شاده أو غريبة عن مجتمعه مخالفة للنظام العام والآداب العامة السائدة في المجتمع، دون الاستناد إلى

---

[1] - حسين الشرنباصي وآخرون، **أصول الفقه الإسلامي**، دار الجامعة، الإسكندرية، 2004، ص470.

[2] - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر، ع78، الصادرة في 1975/09/30.

[3] - محمد سعيد عبد الرحمان، **القوة القاهرة في قانون المرافعات**، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2011، ص 105.

أفكاره ومعتقداته الشخصية[1]، نستنتج مما تقدم أن المشرع أجاز للقاضي الاجتهاد.

المطلب الثاني

حكم الاجتهاد القضائي وضوابطه

في هذا المطلب سوف نتطرق لحكم الاجتهاد القضائي وضوابطه ضمن الفرعيين التاليين:

الفرع الأول: حكم الاجتهاد: يقصد بالحكم هو وصف الشارع لأمر الاجتهاد من حيث الوجوب والحرمة والندب والكراهة والإباحة، فالاجتهاد تعتريه الأحكام الخمسة، فقد يكون فرضا أي واجبا وقد يكون حراما أو مندوبا أو مكروها.

ويقصد به أيضا هل يجب وجود مجتهدين في كل زمان ومكان وفي كل عصر من العصور، فقد اختلفت آراء وأقوال العلماء في هذه المسألة بين مؤيد ومعارض إلى قولين:

القول الأول– رأي الجمهور: يرى بأنه يجوز خلو العصر من المجتهدين واستدلوا على ذلك بقولهﷺ:" **إن الله لا يقبض العلم انتزاعا ننتزعه من العباد ولكن يقبض العلم بقبض العلماء حتى إذا لم يبق عالما اتخذ الناس رؤوسا جهالا فسألوا فأفتوا بغير علم فظلوا وأضلوا**"[2].

وقوله ﷺ أيضا:" **بين يدي الساعة أيام الهرج، يزول فيها العلم، ويظهر فيها الجهل**"[3].

وجه الدلالة: في الحديثين السابقين يتبين أن النبيﷺ قد أخبر بقدوم زمان على الناس يكون الكل فيه جهالا، يقصد عدم وجود مجتهدين في ذلك الزمان.

القول الثاني– رأي الحنابلة: يرى بأنه لا يخلو عصر من المجتهدين واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ﴾[4].

---

[1] - إبراهيم شحاته، **اجتهاد القاضي**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مصر، 1962، ص425.

[2] - أخرجه مسلم، صحيح مسلم، **كتاب العلم**، باب رفع العلم وقبضه وظهور الجهل، 1072، حديث رقم 2673.

[3] - أخرجه البخاري، صحيح البخاري، **كتاب الفتن**، باب ظهور الفتن، 49/48/9، حديث رقم 7066.

[4] - سورة النساء، الآية 58.

وجه الدلالة: يستنبط من الآية الكريمة على أن الاجتهاد فرض كفاية، بحيث ترد المسألة المختلف فيها إلى الله ورسوله، وهي تخاطب كل مؤمن في كل زمان ومكان، ومن خلالها يستنتج وجود مجتهدين في كل زمن وعصر من العصور للاستنباط والنظر في كتاب الله وسنة رسوله ورد المتنازع فيه إليهما، وهذه مهمة المجتهدين و**قَالَ تَعَالَىٰ:** ﴿وَمَا كَانَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا۟ كَآفَّةً ۚ فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ وَلِيُنذِرُوا۟ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴿١٢٢﴾﴾[1].

وجه الدلالة: من خلال هذه الآية يستنبط منها الحث على طلب العلم وتعليمه للناس والتفقه في الدين، وهذه الفئة معينة من الناس، فالله ﷻ لم يسقط الاجتهاد عن جميعهم، ولم يأمر به كافتهم[2].

وقال الشوكاني:" **لا بد أن يكون في كل قطر من يقوم بالاجتهاد على الكفاية، لأن الاجتهاد من فروض الكفايات**"[3].

ونقل الزركشي[4] قول الشهرستائي في حكم الاجتهاد:" **الاجتهاد فرض كفاية حتى لو استقل بتحصيله واحد لسقط الفرض عن الجميع**..."[5]

وجه الدلالة: يستدل مما سبق أنه إذا عرضت مسألة على عدد من المجتهدين وامتنعوا عن الاجتهاد فيها، فقد أثموا جميعا، وإذا تقدم أحدهم واجتهد سقط الفرض عن البقية دلالة على

---

[1] - سورة التوبة، الآية 123.

[2] - السيوطي، عبد الرحمان بن أبي بكر بن محمد ابن سابق الدين الخضيري السيوطي(849هـ-911هـ/1445م-1505م)، ولد في أسيوط بمصر ونشأ يتيما بالقاهرة وتوفي بها، إمام حافظ مؤرخ وأديب، له نحو 600 مصنف منها الكتاب الكبير، والإتقان في علوم القرآن، والأرج في الفرج، والرد على من أخلد إلى الأرض، الزركلي، **مرجع سابق**، ج3، ص301، الرد على من أخلد إلى الأرض، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، د.س.ن، ص4.

[3] - الشوكاني، **مرجع سابق**، ص1035.

[4] - الزركشي، محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي، أبو عبدالله، عالم بفقه الشافعية والأصول، تركي الأصل، ولد بمصر وتوفي بها(745هـ - 1344م/794هـ - 1392م)، درس على الشيخ جمال الدين الأسنوي وتخرج في الفقه، رحل إلى دمشق وتفقه بها، ثم إلى حلب فأخذ العلم عن الأذرعي وغيره، وله عدة مؤلفات منها: البرهان في علوم القرآن، وإعلام الساجد بأحكام المساجد، البحر المحيط في أصول الفقه، تشنيف السامع بجمع الجوامع، الزركلي، **مرجع سابق**، ج6، ص60.

[5] - الزركشي، **البحر المحيط في أصول الفقه**، تح:محمد محمد تامر، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص198.

أن الاجتهاد فرض كفاية، أما اجتهاد المجتهد في حق نفسه فيما تعلق به من حوادث، فلا يجوز له تقليد غيره أو إذا سئل عن حادثة وقعت ولم يوجد غيره والوقت غير كاف إذ يتعين عليه الاجتهاد فورا، وبذلك يصبح هنا الاجتهاد فرض عين[1]، واستدلوا أيضا بقوله ﷺ:" **إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مئة سنة من يجدد لها دينها**"[2]

وجه الدلالة: يستدل من هذا الحديث أن نصوص الكتاب والسنة محدودة والحوادث غير محدودة ولا يمكن أن يفي المحدود بالغير محدود إلا من خلال الاجتهاد والتجديد، وذلك باستحداث حلول جديدة تتناسب وظروف كل عصر من العصور وتتلاءم مع الواقع ومتطلباته[3].

وقد يكون الاجتهاد مندوبا في حق المجتهد إذا استفتى، واجتهد المجتهد في حكم مسألة قبل وقوعها ولكنها ممكنة الوقوع مستقبلا أو لم يسأل عنها أحد[4].

ويكون الاجتهاد مكروها في حق المجتهد إذا اجتهد في مسألة غير متوقع حصولها، أو اجتهد في مسألة من مسائل الفقه الافتراضي غير العملي، فهذه مسائل غير مجدية فهي من الترف العقلي العقيم.

ويكون الاجتهاد حراما ومحرما في حق المجتهد إذا اجتهد في مسألة وجد فيها نص قاطع من الكتاب أو السنة أو تم الإجماع عليها، لأن في اجتهاده مخالفة لحكم الله ﷻ، كالمساواة بين الذكر والأنثى في الميراث، حينها يكون الاجتهاد حراما[5].

كما أن الاجتهاد يكون محرما على عوام الناس وغير المتخصصين لأنهم ليسوا أهلا للنظر في كتاب الله وسنة نبيه، وليس لهم دراية في فهم الأحكام الشرعية، وذلك لعدم تحقق شروط المجتهد فيهم، فيكون اجتهادهم قاصرا عن الصواب **قَالَ تَعَالَى:** ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ

[1] - محمد الخضري بك، **أصول الفقه**، ط6، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، 1969، ص367.
[2] - أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، **كتاب الملاحم**، باب ما يذكر من قرن المائة، حديث رقم 4291، ص602، وقال الألباني عنه حديث صحيح.
[3] - آمنة محمد نصير، **الجمود والتقليد**، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، ع4، الكويت، 1985، ص8-9.
[4] - وهبه الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**، ج1، ط1، دار الفكر، دمشق، 1986، ص 1056.
[5] - أبو المكارم إسماعيل، **الاجتهاد وأثره في الفقه الإسلامي**، دار الهدى للطباعة، القاهرة، 1978، ص87.

﴿ٱلذِّكۡرِ إِن كُنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ﴾[1]، ولكن هذا لا يمنعهم من البحث والتقصي في كتب العلم والفقه والتفسير وغيرها من العلوم الأخرى، وهذا من قبيل المعرفة والوصول إلى الحقيقة، لأن فاقد الشيء لا يعطيه[2].

الترجيح: من خلال القولين السابقين في مسألة وجوب وجود مجتهدين في كل زمان ومكان وفي كل عصر من العصور، تبين رجحان أدلة القول الثاني بأنه لا يخلو عصر من المجتهدين ويرجع ذلك إلى قوة الأدلة التي استدلوا بها، كما أن القول الأول يغلق باب الاجتهاد، مما يؤدي بالناس إلى التقليد، وهذا مخالف لمقاصد الشريعة الإسلامية، فالاجتهاد إذا قام به البعض سقط عن الآخرين.

الفرع الثاني: ضوابط الاجتهاد: لقد وضع الفقهاء عدة أسس وضوابط لما يجوز الاجتهاد فيه، سواء فيما يخص العملية الاجتهادية أو فيما يخص المجتهد فيها، لتحقيق الغرض المقصود من الاجتهاد، وذلك بالبحث عن الحلول المناسبة للوقائع والقضايا المعروضة على المحاكم والمجالس القضائية، وخاصة في مجال شؤون الأسرة، ومن بين هذه الضوابط[3] ما يلي:

– أن يصدر الاجتهاد من أهل الاختصاص، ممن تتوفر فيهم الشروط اللازمة للاجتهاد وخاصة من لهم دراية بالشؤون الأسرية، كالمهتمين بعلوم الشريعة، وهذا لا يمنع الأخذ ببقية العلوم الأخرى التي لها صلة بالموضوع.

– أن يكون الاجتهاد فيما لا نص فيه، أو إذا كان النص ظني الثبوت أو الدلالة، مع مراعاة تحقيق المصلحة من ذلك، فلا يكون هناك تعارض بين النص المحكم والنص القطعي الثبوت والدلالة، مع ملائمة ذلك لمقاصد الشريعة، وأن الهدف من تحقيق هذه المصلحة هو التيسير ورفع للحرج والمشقة عن العباد، كلما دعت الحاجة إلى إتباع رأي

[1] - سورة النحل، الآية43.

[2] - نادية شريف العمري، **الاجتهاد في الإسلام**، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985، ص123.

[3] - فؤاد غجاتي، **محاضرات في الاجتهاد القضائي**، (محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر قانون الأسرة)، كلية الحقوق جامعة البويرة ، سنة ة 2013 – 2014، ص17.

فقهي ما بديل عن الرأي المتبع، بشرط عدم مخالفته للنصوص الشرعية، بالترجيح بين الأدلة المتعارضة لمعرفة الحكم فيها واختيار ما هو أنسب لظروف هذا العصر.

– الحاجة الملحة التي تقتضيها حياة الناس تبعا لعاداتهم وأعرافهم وتقاليدهم، فكلما دعت الحاجة لإجراء تعديل على نص، معتمدا على أسس شرعية لتحقيق الغاية من أحكامه، لأن أحكام الشريعة متناهية والوقائع غير متناهية، بسبب تغير أحوال الناس، فإن ذلك يوجب ضرورة العملية الاجتهادية لما تتطلبه المصلحة ومستجدات كل عصر.

– ضرورة تنزيل الأحكام المناسبة على الوقائع المعروضة وفقا لأحكام الشريعة، ولا يتأتى ذلك إلا بالاجتهاد الذي تمليه ضرورات الواقع المعاش، وما يستجد من قضايا تتطلب حلولا مناسبة تتماشى ومقتضيات المجتمع، وتواكب تطور الحياة وتحقيق للمصلحة ودرء للمفسدة.

– الالتزام بالنصوص الشرعية الواردة في ميدان شؤون الأسرة، والأخذ بها في كل أمر أو تشريع، والاستفادة من التراث الفقهي واستيعابه والتمكن من فهمه وفهم القواعد التي قام عليها، والأخذ بالرأي الراجح منها، أي الأخذ بحكم المسألة كاملا.

– مراعاة قيم وثوابت الأمة وهويتها وأعرافها وتقاليدها، لأن غاية القوانين إصلاح المجتمع وتطويره حسب ما تقتضيه هويته.

– يكفل الاجتهاد الجماعي في المسائل المستجدة حال المكلفين وظروفهم وفق ضوابط السياسة الشرعية، وهذا لا يمنع من استمرار الاجتهاد الفردي الذي هو ركيزة الاجتهاد الجماعي.

– على القاضي الرجوع في اجتهاده إلى مصدر من المصادر المنصوص عليها قانونا بحسب ترتيبها، بعد التحقق من أنه لم يجد الحكم في إحدى المصادر السابقة، وهي قيود ألزم المشرع القاضي بإتباعها في حالة عدم وجود النص، فالرجوع إلى الشريعة الإسلامية يعد كمصدر احتياطي بالنسبة للقانون المدني الجزائري، في حين يعد الرجوع

إليها كمصدر أساسي بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري[1]، حسب ما نصت عليه المادة 222 منه بقولها:" **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**".

المطـــلب الثـــالـــث

مصادر الاجتهاد القضائي وشروطـــه

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا مهما للقوانين وخاصة في مجال الأحوال الشخصية لذلك حرصت الدول على إثبات المرجعية التشريعية لها، من خلال النص عليها في دساتيرها المختلفة، والنص على رجوع القاضي لمبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها عند انعدام النص القانوني أو شابه نوع من الغموض أو التناقض، فالقاضي المجتهد لابد أن تتوفر فيه شروط الاجتهاد، وتتوفر أيضا في العملية الاجتهادية، لدى وجب التطرق في هذا المطلب لمصادر الاجتهاد القضائي(فرع أول) ثم شروطه(فرع ثان) من خلال الآتي:

الفرع الأول: مصادر الاجتهاد القضائي: في مجال الأحوال الشخصية، يكمن الفرق بين الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية في مصدر العملية الاجتهادية، ففي التشريع الأسري الجزائري يكون القاضي فيه مقلد هدفه تصحيح الحكم بنقضـــه أو تأكيده، وذلك بالرجوع إلى آراء وأقوال الفقهاء في القضية محل النزاع، والترجيح بينهمـــا للأخذ بما يراه مناسبا لها، أما الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي يكون القاضي فيه هو الفقيه المجتهد على رأي الجمهور.

فمصادر الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي تتمثل فيما يلي:

أولا- مصادر أصلية متفق عليها بين الفقهاء: وهي كالتالي:

1- **القرآن الكريم:** وهو كلام الله تعالى المنزل على سيدنا محمد ﷺ عن طريـــق جبريـــل بلسان عربي مبين[1].

[1] - قانون رقم: 84/ 11 مؤرخ في 29 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27 /2005/02، ج.ر، ع15 بتاريخ 2005/02/27.

فطريقة القرآن في بيان الأحكام تتمثل في ذكر القواعد العامة والمبادئ التي تكون أساسا لها، كمبدأ الشورى والعدل والمساواة، وتشمل أيضا بيان إجمالي بذكر الأحكام بصورة مجملة، مع بيان تفصيلي يتتبع الجزئيات دون الاكتفاء بالإجمال، ويبدوا ذلك من خلال مثلا: المحرمات من النساء والطلاق والميراث والوصية...الخ.

فالقرآن الكريم يتميز بتنوع أحكامه، ولديه أساليب مختلفة في بيان هذه الأحكام، وهي متفرقة في عدد من السور، من كل ذلك نستنتج أن أحكامه صالحة لكل زمان وعصر.

2- **السنة النبوية:** وهي مجموع أوامر ونواهي النبيﷺ، فهي تتضمن كل ما صدر عنه ﷺ من غير القرآن قولا كان أم فعلا أم تقريرا[2].

فالعقل البشري مهما أوتي من قوة الإدراك، فإنه لا يتمكن من فهم أحكام الشريعة وتفاصيلها من خلال النصوص القرآنية وحدها، فلا بد من الأخذ بالسنة التي نزل بها الوحي أو استنبطها النبي ﷺ من القرآن الكريم، وأقره الله تعالى على ذلك، فلا يمكن القيام بفريضة الصلاة أو الزكاة أو الصيام أو الحج مثلا، إلا بالاعتماد على ما ورد في السنة النبوية بشأن تفاصيلها وكيفياتها، فبغير السنة لا يمكن أن نقوم بتلك التكاليف[3].

لقد قسم جمهور الفقهاء السنة من حيث السند أو من حيث درجة القوة والضعف إلى سنة متواترة، وهي ما كان السند فيها متصلا إلى الرسولﷺ على وجه الكمال، وتأخذ حكم الثبوت القطعي، فيجب العمل بها باتفاق العلماء، وكذلك إلى سنة آحاد وهي ما كان السند فيها غير متواتر، وتأخذ حكم الظن، ولا تفيد اليقين لوجود الاحتمال في صحة ثبوت سندها، إلا أن العلماء اتفقوا على وجوب العمل بسندها إن توفرت فيه شروط الصحة[4].

---

[1] - محمد سعيد رمضان البوطي، **أصول الفقه: مباحث الكتاب والسنة**، مطبعة دار الكتاب، دمشق، 1990، ص13 وما بعدها.

[2] - محمد مصطفى الزحيلي، **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**، ط1، دار الخير، دمشق، 2003، ص185، محمد سعيد رمضان البوطي، **مرجع سابق**، ص25.

[3] - مصطفى السباعي، **السنة ومكانتها في التشريع الإسلامي**، ط4، المكتب الإسلامي، بيروت، 1985، ص386 وما بعدها.

[4] - محمد سعيد رمضان البوطي، **مرجع سابق**، ص 31 وما بعدها.

3- **الإجماع:** وهو اتفاق جميع المجتهدين من أمة محمدﷺ في عصر من العصور بعد وفاته على حكم شرعي اجتهادي[1].

فإذا انعقد الإجماع على حكم شرعي كالوجوب أو الحرمة أو الصحة أو الفساد أي اتفقت آراء المجتهدين جميعا على حكم واحد في واقعة، صار ذلك الحكم ملزما واجب الإتباع ولا تجوز مخالفته، وليس لأهل أي عصر أن ينقضوه، لأنه أصبح حكما قطعيا لا مجال لمخالفته ولا لنسخه، فالآية الكريمة في قوله تعالى:﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصۡلِهِۦ جَهَنَّمَۖ وَسَآءَتۡ مَصِيرًا﴾[2]

فالآية تدل على حجية إجماع الأمة الإسلامية وعصمتها من الخطأ، قالﷺ:" **لا تجتمع أمتي على ضلالة، ويد الله مع الجماعة، ومن شد شد في النار**"[3].

والإجماع نوعان، الأول إجماع صريح يتمثل في اتفاق آراء المجتهدين بأقوالهم وأفعالهم على حكم في مسألة معينة، والثاني إجماع سكوتي والمتمثل في قول بعض المجتهدين في العصر الواحد قولا في مسألة، وسكت الباقون بعد اطلاعهم على هذا القول من غير إنكار، ولكن الفقهاء اختلفوا في ذلك إلى اتجاهين:

- اتجاه المالكية والشافعية: الإجماع السكوتي لا يكون إجماعا ولا حجة، لأنه لا ينسب إلى الساكت قول.

- اتجاه الحنفية والحنابلة: يعد الإجماع السكوتي إجماعا وحجة قطعية، لأن سماع رأي كل مجتهد متعذر عادة، وأنه من العادة انتشار فتوى من بعض العلماء وسكوت الباقين يعد موافقة ضمنية، ومن أمثلة الإجماع، الإجماع على توريث الجدات السدس، وتقديم الأخ الشقيق على بقية الإخوة في الميراث، وعلى حجب ابن الابن من الإرث بالابن، والإجماع

[1] - الآمدي، **مرجع سابق**، ج1، ص262.
[2] - سورة النساء، الآية114.
[3] - أخرجه الترمذي، 2167، 4/ 466.

على جمع القرآن الكريم في مصحف ثم نسخه ونشره، وكذا الإجماع على عدم قسمة الأراضي المفتوحة في العراق على الفاتحين[1].

4- **القياس:** هو إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد النص بحكمها، في الحكم الذي ورد به النص، لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم[2].

وهناك أمثلة كثيرة عن القياس من بينها، شرب الخمر المحرم بالنص القرآني وقيس عليه شرب أي نبيذ آخر تخمر، فصارت خاصية الإسكار في الخمر متساوية في علة التحريم، ولكن الفقهاء اختلفوا في حجية القياس، فجمهور الفقهاء يرى أنه حجة شرعية، بينما يرى الظاهرية والشيعة الامامية أنه ليس حجة شرعية ولا يصح الاستدلال به على حكم شرعي، مما سبق نستنتج أنه ثبتت حجية القياس بالكتاب والسنة والإجماع[3].

ثانيا- مصادر تبعية مختلف فيها بين الفقهاء: وهي كالتالي:

1- **الاستحسان:** هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى خلافه لدليل أقوى يقتضي هذا العدول[4]، ويكون الاستحسان في مسألة جزئية- ولو نسبيا- في مقابل قاعدة كلية، فيلجأ إليه الفقيه المجتهد في هذه الجزئية.

وقد اختلف الفقهاء على حجية الاستحسان، فيرى جمهور الفقهاء من مالكية وحنفية وحنابلة أنه دليل شرعي ثبتت به الأحكام في مقابلة ما يوجبه القياس أو عموم النص، حجتهم في ذلك أنه ثبت من استقراء الوقائع وأحكامها أن اضطراد القياس أو إثبات الحكم الكلي قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصالح الناس، فكان من العدل والرحمة بهم أن يفتح للمجتهد باب العدول في هذه الوقائع عن حكم القياس أو عن الحكم الكلي إلى حكم

---

[1] - مصطفى شلبي، **أصول الفقه الإسلامي**، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص183 وما بعدها.
- محمد محده، **مختصر علم أصول الفقه الإسلامي**، ط5، دار الشهاب، باتنة، 1994، ص139 وما بعدها .

[2] - مصطفى شلبي، **مرجع سابق**، ص202، ومحمد محده، **مرجع سابق**، ص170.

[3] - عبد الوهاب خلاف، **مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه**، ط6، دار القلم، الكويت، 1993، ص30،
- عبد الكريم زيدان، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، ط13، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996، ص199.

[4] - أنظر الآمدي، **مرجع سابق**، ج4، ص137، ومحمد محدة، **مرجع سابق**، ص201، وعبد الوهاب خلاف، **مرجع سابق**، ص71،

آخر يحقق المصلحة ويدفع المفسدة، وهذا العدول الذي قصد بـــه درء المفاســـد وجلـــب المصالح هو ما يسمى بالاستحسان[1].

في حين يرى الشافعية أنه ليس دليلا شرعيا، وإنما هو تشريع بالرأي والهوى فـــي مقابلة ما يوجبه الدليل الشرعي، وحجتهم في ذلك أنه لو جاز للمجتهد القول بما يستحسنه عقله لجاز لغيره من العوام أن يقول ذلك أيضا، وهذا لا يجوز بالاتفاق، فكذلك لا يجـــوز للمجتهد أن يستحسن بعقله[2].

وللاستحسان أنواع متعددة: منها الاستحسان بالإجماع، وهو أن يترك موجب القياس في مسألة لانعقاد الإجماع على حكم آخر غير ما يؤدي إليه القياس، كبقـــاء الـــزواج إذا ارتدا الزوجان معا، ثم أسلما معا هذا ما قال به الحنفية، والقياس يقتضي البطلان بمجـــرد الردة، والاستحسان يعتمد على ما روي من أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولـــم يـــأمرهم الصحابة بتجديد عقود الزواج، ولا يعلم مخالف في المسألة[3].

2- **الاستصحاب:** هو الحكم بثبوت أمر في الزمن الحاضر بناء على أنه كان ثابتـــا فـــي الزمن الماضي إلى أن يوجد الدليل المغير[4].

فاستصحاب الحكم الشرعي الذي ثبت بدليل، ولم يقم دليل على تغييره، كأن تـــزوج شخص بامرأة وثبت ذلك، فإنه يحكم ببقاء الزوجية بينهما، ويكون لمن علم ذلك أن يشـــهد بالزوجية ما لم يقم عنده دليل على الفرقة.

وقد اختلف الفقهاء في حجية الاستصحاب، فيرى جمهور الفقهاء من مالكية وحنابلة وأكثر الشافعية والظاهرية وبعض الحنفية أنه حجة شرعية، فما ثبت باليقين لا يـــزول إلا باليقين دون الشك أو التوهم، ما دام لم يقم الدليل على ما ينافيه، في حين يرى كثير مـــن

---

[1]- عبد الوهاب خلاف، **مرجع سابق**، ص78 وما بعدها.
- بدران أبو العينين بدران، **أصول الفقه الإسلامي**، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1985، ص205 وما بعدها.
[2]- مصطفى ديب البغا، **أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي**، ط3، دار القلم، دمشق، 1999، ص137.
[3]- مصطفى ديب البغا، **المرجع نفسه**، ص142-143.
[4]- الغزالي، **مرجع سابق**، ج1، ص128، خلاف، **مرجع سابق**، ص151، البغا، **مرجع سابق**، ص187، بدران، **مرجع سابق**، ص217.

الحنفية وبعض الشافعية أنه ليس حجة شرعية، فهو لا يثبت حكما جديدا، وإنما يستمر به الحكم الثابت، إلا بعد البحث عن دليل خاص بالمسألة من الأصول الأخرى[1].

3- **الاستصلاح:** هو استنباط الحكم في واقعة لا نص فيها ولا إجماع، بناء على مراعاة مصلحة مرسلة، لا دليل من الشارع على اعتبارها ولا إلغائها[2].

مجال العمل بالاستصلاح يكون في المعاملات ونحوها، ومراعاة المصالح التي بنيت عليها الأحكام، كاشتراط سن معينة لأهلية الزواج، وإبرام عقد الزواج.

وقد اختلف الفقهاء في حجية الاستصلاح، فقد اتفق المالكية والحنابلة على أنه حجية شرعية لاستنباط الحكم، فيما اتفق الشافعية والظاهرية على أنه ليس حجية شرعية ولا تبنى الأحكام عليه، في حين لم يقل الحنفية بالاستصلاح.

فالاستصلاح يجوز للمجتهد إيجاد الحكم المناسب لتحقيق مصالح الناس، ما لم تخالف هذه المصالح القواعد الكلية للشريعة الإسلامية[3].

واشترطوا أن تكون المصلحة المرسلة حقيقية وعامة وشرعية لا وهمية ولا شخصية ولا يعارضها نص أو إجماع[4].

4- **العرف:** هو ما اعتاده الناس وساروا عليه في أمور حياتهم ومعاملاتهم من قول أو فعل أو ترك، ويسمى أيضا بالعادة الاتفاقية على رأي كثير من الفقهاء[5].

والعرف إما أن يكون عرفا فاسدا أو صحيحا، وقد اشترط الفقهاء للأخذ به حتى تبنى الأحكام الشرعية عليه، أن يكون مطردا أي غالبا مستمرا في أكثر الحوادث، وأن يكون العرف سابقا عن حدوث التصرف، وأن لا يكون مخالفا لأدلة الشرع، كما يشترط فيه أن يكون عاما[6].

---

[1]- خلاف، **مرجع سابق**، ص152، البغا، **مرجع سابق**، ص189، بدران، **مرجع سابق**، ص221.

[2] - خلاف، **مرجع سابق**، ص86، البغا، **مرجع سابق**، ص41، بدران، **مرجع سابق**، ص209.

[3] - عبد الكريم زيدان، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، **مرجع سابق**، ص203.

[4] - خلاف، **مرجع سابق**، ص99، البغا، **مرجع سابق**، ص58، بدران، **مرجع سابق**، ص214.

[5] - عبد الكريم زيدان، **مرجع سابق**،ص206.

[6] - البغا، **مرجع سابق**، ص280 وما بعدها، بدران، **مرجع سابق**، ص229 وما بعدها.

فقد بنى الكثير من الفقهاء أحكامهم على العرف، فالإمام مالك أخذ به واشترط أن يكون المجتهد عالما بعرف الناس وعاداتهم المتجددة، ماعدا العرف الفاسد المخالف للشرع كشرب الخمر أو ملابس النساء الفاضحة، فقد اعتمد الإمام مالك منهجا اجتهاديا خاصا يتناسب مع البيئة التي كان يعيش فيها، وهذا من أجل تحقيق مصالح العباد، تماشيا مع الأصول العامة للشريعة الإسلامية.

أما الإمام الشافعي فقد بنى كثير من أحكام مذهبه الجديد على عرف أهل مصر، وترك منها ما بناه على عرف أهل العراق والحجاز من قبل، كما أن الحنفية في كثير من المسائل بنيت على العرف، فمن عباراتهم المألوفة" **المعروف عرفا كالمشروط شرطا** "، كما أن الأحكام المبنية أو المستنبطة من الأعراف تتغير بتغيره زمانا ومكانا[1].

5- **سد الذرائع:** هي الوسيلة والطريق إلى الشيء، سواء كان هذا الشيء مفسدة أو مصلحة، قولا أو فعلا، فهي طريق لمحرم أو لمحلل، فإنه يأخذ حكمه، فالطريق إلى الحرام حرام، والطريق إلى المباح مباح[2].

وقد غلب إطلاق اسم الذرائع على الوسائل المفضية إلى المفاسد، وهو ثابت بالكتاب والسنة، وهو دليل من أدلة الأحكام، وهو أصل ثابت في أغلب المذاهب الإسلامية، فقد أخذ به الإمام مالك، حيث يرى بأن وسيلة الأمر المحرم محرمة، ووسيلة الواجب واجبة.

ومن تطبيقات مبدأ سد الذرائع عند المالكية، النهي عن بيع السلاح وقت الفتنة، وعدم جواز أخذ الموظف العام الهدية، ومنع شهادة العدو على عدوه، والنهي على الزواج المحلل، وجوازه لإرث المطلقة بسبب الفرار من الإرث أي في مرض مريض الموت[3].

6- **شرع من قبلنا:** هي الأحكام التي شرعها الله تعالى لمن سبقنا من الأمم، والتي أنزلها على أنبيائه ورسله لتبليغها لتلك الأمم[4].

---

[1] - خلاف، **مرجع سابق**، ص146 وما بعدها، بدران، **مرجع سابق**، ص227 وما بعدها، محمد محده، **مرجع سابق**، ص289 وما بعدها.

[2] - محمد أبو زهرة، **أصول الفقه**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1958، ص268 .

[3] - محمد أبو زهرة، **المرجع نفسه**، ص246، بدران، **مرجع سابق**، ص245.

[4] - مصطفى شلبي، **مرجع سابق**، ص359، بدران، **مرجع سابق**، ص234.

فالشرائع السابقة كانت مؤقتة بزمن محدد وبأمم معينة، والشريعة الإسلامية نسخت كل ما سبقها من الشرائع، لأنها جاءت عامة وشاملة، حيث ذهب المحققون إلى أن الشرائع المنقولة إلينا نقلا صحيحا، هي التي يعتد بها إذا لم يوجد تناقض بينها وبين دليل معتد به في شريعتنا، فقد ثبت في الصحيح أن الرسولﷺ صام يوم عاشوراء.

عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قدم النبيﷺ المدينة، فرأى اليهود تصوم عاشوراء، فقال:" **ما هذا؟** "، فقالوا: يوم صالح، نجى الله فيه موسى، وبني إسرائيل من عدوهم، فصامه موسى، فقالﷺ :" **أنا أحق بموسى منكم، فصامه وأمر بصيامه**"، وهذا دليل على أن شرع من قبلنا شرع لنا، ما لم يرد ناسخ، على أنه شرع نبينا محمدﷺ لا على أنه شرع نبي آخر[1].

7- **قول الصحابي:** وهو من لقي النبيﷺ مؤمنا، وطالت مرافقته له حتى أصبح يطلق عليه اسم الصاحب في عرف الناس[2].

فقد اختلف الفقهاء على الأخذ بقول الصحابي، فمنهم من يعتبره حجة شرعية وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والحنابلة، وحجتهم في ذلك أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا أقرب إلى فهم روح الشريعة ومقاصدها، فإدراكهم لأحكامها أكثر من إدراك من جاء بعدهم، فيكون كلامهم أحق بالإتباع[3]، ومنهم من لا يعتبره حجة شرعية وهو مذهب الشافعية، وحجتهم أنهم يرون بأن الصحابي في المسائل الاجتهادية ليس معصوما، فهو كغيره من المجتهدين يمكن له أن يخطئ أو يصيب، فكونه أفضل من غيره من حيث العلم والتقوى لا يستلزم كون قوله حجة على غيره.

---

[1] - وهبة الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق**، ص844 وما بعدها، شعبان محمد إسماعيل، **مصادر التشريع الإسلامي وموقف العلماء منها**، دار المريخ، الرياض، 1985، ص265 وما بعدها.

[2] - وهبة الزحيلي، **مرجع سابق**، ص850، بدران، **مرجع سابق**، ص237، شعبان محمد إسماعيل، **مرجع سابق**، ص269 البغا، **مرجع سابق**، ص251.

[3] - البغا، **المرجع نفسه**، ص244، شعبان محمد إسماعيل، **مرجع سابق**، ص271.

وقد رجح الكثير من الفقهاء والعلماء، على أن مذهب الصحابي لا يكون دليلا شرعيا مستقلا، لأنه يجوز عليه الخطأ، ولم يثبت أن الصحابة رضوان الله عليهم ألزموا غيرهم بأقوالهم، فمرتبتهم لا تجعلهم معصومين عن الخطأ[1].

8- **عمل أهل المدينة:** هي التصرفات التي ألفها واعتادها أهل المدينة المنورة وشاعت بينهم منذ عهد النبيﷺ، يقول بعض الشافعية أنه يرجح اجتهاد أهل المدينة عن اجتهاد غيرهم، ولو أن عمل أهل المدينة ليس حجة ملزمة لجميع الأمة، فما نقل عنهﷺ يعد حجة بالاتفاق حسب ما ذكره الشيخ ابن تيمية في رسالته" **صحة مذهب أهل المدينة** ".

كما أن قول الخلفاء الراشدين قبل مقتل عثمان بن عفانﷺ يعد حجة في نظر جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة وحنفية، أما إذا تعارض في المسألة دليلان كحديثين وقياسين جهل أيهما أرجح، وأحدهما يعمل به أهل المدينة ففيه نزاع، فالمالكية والشافعية يرجحون بعمل أهل المدينة، أما الحنفية لا يرجحون بعمل أهل المدينة، في حين أن الحنابلة انقسموا إلى فريقين، أحدهما يرجح بعمل أهل المدينة، والآخر لا يرجح[2].

الفرع الثاني: شروط الاجتهاد القضائي: إن طبيعة الاجتهاد هي التي تحدد شروط المجتهد، وتختلف هذه الشروط باختلاف المجتهد فيه، فلابد من التحقق من توفر هذه الشروط في المجتهد ليكون أهلا لهذا المنصب، فقد وضع العلماء مجموعة منها، تباينت من عصر لآخر، لأن المجتهد خليفة رسول الله ﷺ في تبليغ وبيان أحكام الشريعة للناس، واتفق الفقهاء على مجموعة من الشروط واختلفوا في بعض منها، حيث يتوقف اجتهاد المجتهد على الإحاطة بجملة من العلوم حتى يكتسب ملكة استنباط الأحكام الشرعية والقضائية من الأدلة التفصيلية.

---

[1] - وهبة الزحيلي، **مرجع سابق**، ص857.

[2] - شعبان محمد إسماعيل، **مرجع سابق**، ص296 وما بعدها، مصطفى سعيد الخن، **أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء**، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985، ص459 وما بعدها.

لذلك قمت بتقسيم هذه الشروط إلى قسمين، وهي على النحو الآتي:

أولا: شروط الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي:

1- الشروط المتفق عليها: وتتمثل في:

أ- الإسلام: يشترط أن يكون المجتهد مؤمنا بالله ورسوله، مصدقا بكل ما جاء به رسول الله، ولا يشترط أن يكون عالما بكل المعارف والعلوم، بل يكفيه منها ما تصح معه عقيدته[1].

وعليه لا يجوز للكافر أن يكون مجتهدا في الشريعة الإسلامية، ولو كانت له القدرة على ذلك، لما يلزم عليه من التضليل في اجتهاده، كما أنه لا يجوز للمسلم تقليد الكافر لعدم الثقة فيه وعدم إيمانه بما يستنبطه، لذلك لا يكون الكافر مجتهدا في الشريعة الإسلامية[2].

ب- البلوغ والعقل:لا يصح الاجتهاد من الصغير أو المجنون أو من أصابه عارض من عوارض الأهلية، لعدم قدرتهم على الاستنباط وإدراك الأمور، بل يشترط النضج العقلي والقدرة على النظر في الأمور، فبالعقل يكون اجتهاد المجتهد سليما[3].

ت- العـــدالة: لا يصح اجتهاد الفاسق، ولا يلزم الناس باجتهاده لانتفاء شروط العدالة فيه واجتهاده يأخذ به لنفسه، لأن الاستفتاء ثقة بين المستفتى والمفتى، وهذا الشرط أمر باطني، لأن أمرنا أن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر[4].

د- العلم بأحكام القرآن الكريم: يشترط في المجتهد معرفة آيات القرآن الكريم وأحكامها ومعانيها اللغوية والشرعية والعلل التي أنيطت بها هذه الأحكام، والغايات المقصودة منها ومعرفة أقسام اللفظ من عام وخاص ومشترك وغيرها.

فلا يشترط معرفته وحفظه لجميع آيات القرآن الكريم، بل من الواجب عليه أن يعرف من الآيات المتعلقة بالأحكام، بحيث إذا عرضت له واقعة أو وجدت حادثة كان من

---

[1] - الآمدي، **مرجع سابق**، ص 198.

[2] - محفوظ بن صغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، أطروحة دكتوراه، في العلوم الإسلامية شعبة الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية قسم الشريعة، جامعة باتنة، 2009، ص91.

[3] - الشوكاني، **مرجع سابق**، ص1027.

[4] - الزركشي، **مرجع سابق**، ص204.

الميسور عليه استحضار ما ورد في هذه الواقعة أو ما نزل في هذه الحادثة من آيات في الأحكام في القرآن وكل ما يتعلق بها من نزول، وما جاء فيها من تفسير، وما ورد فيها من تأويل، حتى يستنبط حكم الواقعة المعروضة أمامه، وقد قدرها البعض من العلماء بخمس مائة آية[1].

ث- العلم بالسنة النبوية: أن يكون المجتهد ملما بأحاديث الأحكام ومعرفة السنة القولية والفعلية والتقريرية الواردة في الأحكام الشرعية، ومعرفة طريقة وصولها إلينا من تواتر أو شهرة أو آحاد، أي معرفة سند الحديث كسنن أبي داوود وصحيح البخاري ومسلم وغيرهم من أئمة الحديث، وما يتعلق بذلك من معرفة حال الرواة، وله القدرة على التمييز بين الصحيح منها والحسن والضعيف، ولا يشترط الإحاطة بجميع السنن، بل يجب عليه أن يكون لديه أصل يجمع كافة أحاديث الأحكام يرجع إليها عند الحاجة[2].

ج- معرفة الناسخ والمنسوخ من القرآن والسنة: أي يشترط في المجتهد أن يعرف أن هذا ناسخ فيقدمه وهذا منسوخ فيهمله ويبعده، مخافة من أن يقع في الحكم بالمنسوخ المتروك، ولا يشترط حفظ جميع الأحاديث المنسوخة، وإنما عليه أن يكتفي بمعرفة كل واقعة يفتى فيها بآية أو حديث وأنها ليست من جملة المنسوخ، ويستعين في ذلك لمعرفة الناسخ من المنسوخ بما كتب في ذلك الموضوع ككتاب ابن خزيمة وأبي جعفر النحاس وابن حزم وابن الجوزي وغيرهم[3].

ح- العلم باللغة العربية: لأنها لغة القرآن الكريم، وذالك من خلال تفسير ما ورد فيه من ألفاظ ومعرفة دلالتها، فقد يحتمل اللفظ أكثر من معنى، لدا يجب معرفة النحو والصرف وأغلب علوم اللغة العربية، كمباحث المفهوم والمنطوق والأمر والنهي والمجاز والعموم والمخصوص وغيرها من القواعد، مما يجعله قادر على فهم النصوص واستنباط الأحكام منها، ولا يشترط أن يكون حافظا لها عن ظهر قلب، بل يكفيه أن يكون متمكنا وله القدرة

[1] - محمد زكريا البرديسي، **أصول الفقه**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، د.س.ن، ص468.
[2] - **المرجع نفسه**، ص469.
[3] - الزركشي، **مرجع سابق**، ص203.

على استخراجها من مظانها ومؤلفاتها، مثل كتاب(مفردات القرآن للراغب الأصفهاني) و(النهاية في غريب الحديث والأثر) لابن الأثير[1].

وذهب أغلب الفقهاء إلى أن المراد بهذا الشرط ليس إتقان اللغة، وإنما القدر الكافي الذي يفهم به خطاب العرب وعاداتهم في الاستعمال[2].

خ- العلم بمواضع الإجماع: يشترط في المجتهد معرفة الأحكام التي وقع عليها الإجماع حتى لا يفتى بخلاف ذلك، وليس من الملزم حفظ جميع مواضع الإجماع والخلاف، بل يكفيه أن يعلم أن كل مسألة يفتى فيها ليست مخالفة للإجماع حتى لا يحكم بخلافها، أو يعلم بأن الإجماع موافق لمذهب من مذاهب العلماء أيهم كان، أو أن واقعة هذه المسألة وليدة العصر الذي يعيش فيه ولم يكن لأهل الإجماع خوض فيها، فهذا القدر فيه كفاية[3].

د- العلم بالقياس وشرائطه: بما أن القياس يعتبر قاعدة الاجتهاد، والذي تبنى عليه أحكام كثيرة تفصيلية، لدا يشترط في المجتهد معرفة الأصول من النصوص التي تبنى عليها العلل والتي قامت عليها أحكام هذه النصوص أي ما يجوز تعليلها، وما لا يجوز تعليلها.

وكذا العلم بقوانين القياس وضوابطه، ومعرفة أوصافه التي يجوز التعليل بها وما لا يجوز التعليل بها، ومعرفة المناهج التي سلكها السلف الصالح في التعرف على علل الأحكام والأوصاف التي اعتبروها أساسا لبناء الأحكام عليها، وترتيب الأدلة بعضها على بعض، وقواعد الترجيح فيما بينها[4].

فالعلم بالقياس وشرائطه يعني العلم بأصول الفقه الذي يعتبر من أعظم العلوم، وهو القاعدة التي يمكن من خلالها الوصول إلى الأحكام الشرعية، والعلم به أساس الاجتهاد[5].

ذ- العلم بمقاصد الشريعة الإسلامية: يشترط في المجتهد حتى يكون على دراية بفهم النصوص وتطبيقها على الوقائع، معرفة هذه المقاصد لاستنباط الأحكام الشرعية، وأن

---

[1] - الشوكاني، **مرجع سابق**، ص1031.

[2] - الغزالي، **مرجع سابق**، ص12.

[3] - **المرجع نفسه**، ص9، الرازي، **مرجع سابق**، ص24.

[4] - وهبة الزحيلي، **مرجع سابق**، ص1047، محمد أبو زهرة، **مرجع سابق**، ص385.

[5] - الشوكاني، **مرجع سابق**، ص222.

يكون خبيرا بمصالح الناس وأحوالهم وأعرافهم وعاداتهم، حتى يستطيع إصدار حكمه على الوقائع التي لا نص فيها بالقياس أو الاستحسان أو المصالح المرسلة أو العرف ونحوها بواسطة مقاصد الشريعة العامة من التشريع.

لأن الهدف من هذه المقاصد حفظ مصالح الناس بمراتبها الثلاث الضروريات ثم الحاجيات ثم التحسينات[1]، وذلك بجلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم، ليس كما يراه الناس بل كما يراه الشارع الحكيم، فقد يرى الإنسان ما هو ضار نافع، فيستحل السرقة أو شرب الخمر مثلا، وقد يرى ما هو نافع ضار، فيجد في الزكاة مثلا نقصا لماله، مع أنها تطهيرا له، كما اقتضت هذه المقاصد رفع الحرج ومنع الضيق وتحيز اليسر لا العسر، لذلك بنى الشاطبي[2] الاجتهاد على فهم مقاصد الشريعة على كمالها والتمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها، لمعرفة الشروط السابق ذكرها لأنها أداة للاستنباط[3].

فمعرفة المقاصد يمكن المجتهد من إدراك الغايات والمعاني التي يرمي إليها الشارع أثناء تشريعه للأحكام، ولأجل ذلك أنزل الله الكتاب وبعث الرسل وفصل الأحكام، ولعل أكبر مجتهد مقاصدي عرفه التشريع الإسلامي هو عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي توقف عن توزيع سواد العراق على الفاتحين، رغم وجود نص في الموضوع **قَالَ تَعَالَىٰ:** ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ إِن كُنتُمْ ءَامَنتُم بِٱللَّهِ﴾[4]، وإن دل ذلك فإنما يدل على التكافل الاجتماعي للأجيال الإسلامية القادمة.

---

[1] - محمد أبو زهرة، **مرجع سابق**، ص386.

[2] - الشاطبي، هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، أصولي من أئمة المالكية، ولد بغرناطة بالأندلس، من مؤلفاته: الموافقات في أصول الفقه، والإفادات والإنشادات، والاتفاق في علم الاشتقاق، والمقاصد الشافية في شرح خلاصة الكافية، توفي سنة 790هـ - 1388م، الزركلي، **مرجع سابق**، ج1، ص75.

[3] - أبي إسحاق الشاطبي، **الموافقات في أصول الشريعة**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004، ص 784.

[4] - سورة الأنفال، الآية 41.

2- الشروط المختلف فيها: اختلف الفقهاء على وجوب توفر بعض الشروط من عدمها ومن هذه الشروط ما يلي:

أ- العلم بالدليل العقلي: أي أن يعرف المجتهد بأنه لا حكم إلا بالشرع، وأن الإنسان عليه التمسك بما جاء به الشرع، وقد عبر عنه الغزالي بدليل العقل فقال:" **إن العقل قد دل على نفي الحرج في الأقوال والأفعال وعلى نفي الأحكام**"[1].

وعبر عنه البعض الآخر بالبراءة الأصلية والاستصحاب ودليلهم في ذلك أن الجميع مكلف بالتمسك بالدليل العقلي إلا إذا جاء ما يصرفهم عنه كنص أو قياس[2].

في حين يرى البعض من الفقهاء أن لا يشترط على المجتهد العلم بالدليل العقلي، وهذا ما قال به الشوكاني[3]، ودليلهم على ذلك أن الاجتهاد في المقام الأول يعتمد على الأدلة الشرعية الواردة في الكتاب والسنة، فلا مجال للعقل أن يكون حكما في أمور الدين.

الترجيح: بالنظر لأدلة كل فريق، فإني أرجح مذهب القائلين باشتراط العلم بالدليل العقلي عند المجتهد، وإن كان مختلفا فيه ولكن الكثير من العلماء أجازوا الأخذ به، إضافة إلى أنه ينير بصيرة المجتهد ويجعله محيطا أكثر بمقاصد الشريعة.

ب- العلم بواقع العصر: إن التشريع الإسلامي تشريع سماوي التنزيل، دنيوي التطبيق يسعى لتحقيق المصلحة والعدل من خلال مقاصد الشريعة الإسلامية التي تساير الحياة البشرية مهما تطورت، وإعطائها الحلول السليمة بالأحكام الشرعية المناسبة والملائمة لكل عصر من العصور.

فيشترط في المجتهد أن يكون على علم بواقع عصره، ومواكبا لكل الظروف والتغيرات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، فالمجتهد هو ابن بيئته، عالم بفقه واقع أمته مدرك لمشاكلها وطرق علاجها، ففهم أحكام الشريعة لا يكفي وحده لإيجاد الحكم للمسألة

[1]- الغزالي، **مرجع سابق**، ص09.
[2] - الرازي، **مرجع سابق**، ص24.
[3]- الشوكاني، **مرجع سابق**، ص1033.

المجتهد فيها، ما لم يكن موصولا بفهم لواقع المسألة والظروف المحيطة بهـا ولأوضـاع العصر[1].

ثانيا: شروط الاجتهاد القضائي في القانون:

يشترط في القاضي المجتهد أن يكون متمكنا من استنباط الأحكام القانونية، وذلك من خلال استقراء بعض الاجتهادات القضائية التي يمكن من خلالها استنتاج بعض شروط الاجتهاد القضائي في القانون ومنها[2]:

1- ضرورة إحاطة القاضي بمختلف القواعد القانونية ومعرفة أهدافها وغاياتها، أي أن يكون على اطلاع واسع للقوانين حتى يكتسب معارف نظرية وعملية تمكنه من إيجاد الحلول القانونية للمسائل المعروضة عليه.

2- على القاضي المجتهد عدم مخالفة أحكامه الاجتهادية لمضمون القواعد القانونية، وإنما واجبه إيجاد حل يراعي فيه روح التشريع ويتماشى مع الواقع المعاش.

3- على القاضي المجتهد الاسترشاد بما جرت عليه سوابق العمل القضائي في الجزائر أو الدول الأخرى، بحيث لا يتعارض اجتهاده مع النظام العام والآداب العامة وعادات وتقاليد المجتمع الجزائري.

4- في حالة عدم وجود نص صريح يمكن للقاضي المجتهد الحكم من خلال الوقائع والقضايا ومراعاة الأعراف والمعاملات ومبادئ العدالة، ومقارنة ذلك بالقضايا المماثلة، والمشابهة وبإمكانه اللجوء إلى آراء الفقهاء للاستعانة بها دون أن يكون ملزما بها.

5- عدم صدور اجتهادات قضائية تناقض القضايا المشابهة التي تم الاجتهاد فيها، والتي من شأنها تأمين الاجتهاد القضائي من الانحراف عن تحقيق الهدف المقصود منه، متوخيا في ذلك الإنصاف والعدل.

---

[1] - وهبه الزحيلي، **الاجتهـاد في الشريعة الإسلامية**، ط4، إدارة الثقافة والنشر، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1984، ص184- 185.

[2] - مليكة خشمون، **الاجتهاد القضائي في القانون**، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، عدد تجريبي، 2013، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2013، ص79.

- حسين فريجة، **الاجتهـاد القضـائي مفهومـه وشروطه**، مجلـة الاجتهـاد القضـائي، العدد الأول، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، 2004، ص13-14.

المبحث الثاني

التمييز بين الاجتهاد القضائي والاجتهاد الفقهي

إن الاجتهاد القضائي من الناحية العملية، له دور كبير من خلال المساهمة الفعالة في حل العديد من الإشكالات للقضايا التي تخص نظام الأسرة والمجتمع، بما تصدره المحاكم من أحكام وقرارات قضائية مؤيدة من قبل المحكمة العليا، والتي تسهر على الأخذ بها والمسماة بالمبادئ القضائية، لما لها من أهمية كبيرة في العمل القضائي، خاصة في مجال الأحوال الشخصية، فدور الاجتهاد القضائي لا يقل أهميته عن دور التشريع نفسه.

وتبرز أهمية الاجتهاد الفقهي والقضائي من خلال وضع المبادئ الفقهية واستمرار العملية الاجتهادية التي يتم تجددها لتلائم كل عصر، بوضع الحلول المناسبة للقضايا المعروضة أمام القضاء، وإعمال باب القياس خاصة في حل القضايا المعاصرة، مع مراعاة مجال الاجتهاد من قبل القاضي المجتهد.

من خلال هذا المبحث سوف نتطرق إلى مجالات الاجتهاد القضائي(مطلب أول)، ونبرز أهمية الاجتهاد(مطلب ثان) ونبين آثاره(مطلب ثالث) من خلال الآتي:

المطـــــــلب الأول

مجـــــالات الاجتهاد القضائي

إن مجال الأحكام الشرعية بالنسبة للاجتهاد نوعان: أولها مالا يجوز الاجتهاد فيه وهي الأحكام من الدين أو التي ثبتت بدليل قطعي الثبوت وقطعي الدلالة كوجوب الصلوات الخمسة والصيام والزكاة والحج وبيان أنصبة المواريث وسائر المحرمات، وتحريم جرائم السرقة والزنا وشرب الخمر والقتل والعقوبة المقدرة لها، مما دلت عليه آيات الذكر الحكيم والسنة النبوية.

وثانيها ما يجوز الاجتهاد فيه واختلاف الرأي، وفيه أمران ما ورد فيه نص غير قطعي أي ظني الثبوت والدلالة أو ظني أحدهما، أو ما لا نص فيه أصلا ولا إجماع.

وبيان حكمه كالتالي:

1- حكم نص قطعي الثبوت والدلالة: فلا يصح الاجتهاد في المسائل القطعية، كنصيب الزوج من زوجته المتوفاة من غير ولد في قوله تعالى:﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾[1]، فلفظ النصف لا يحتمل إلا مدلولا واحدا، لأنه قطعي الثبوت، وهكذا الأمر في كل آيات الأحكام التي لا تحتمل إلا معنى واحد وورد بشأنها نصوص قرآنية بينت بقاطع في ثبوته ودلالته، أو جاءت بها السنة المتواترة البينة الدلالة كتوريث الجدات السدس، أو بالإجماع المنقول إلينا بالتواتر كبطلان زواج المسلمة من غير المسلم، فلا اجتهاد فيها لأنها واجبة الإتباع على كل مسلم[2].

2- حكم نص قطعي الثبوت ظني الدلالة: يكون مجال الاجتهاد فيه التعرف على المعنى المراد من النص، قد يحتمل النص عدة معان، وقد يكون النص عاما أو مطلقا أو أمرا أو نهيا، كعدة المطلقة، قال تعالى:﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوَءٍ﴾[3]، فلفظ القرء مشترك بين معنيين فيطلق لغة على الطهر والحيض، لذلك كانت دلالته ظنية غير قاطعة، وعلى المجتهد بدل ما في وسعه لترجيح أحد المعنيين بما يتوافر لديه من أدلة.

فالحنفية رجحوا معنى الحيض واعتبروا عدة المطلقة ثلاث حيضات، بينما رجح جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية معنى الطهر واعتبروا عدة المطلقة ثلاثة أطهار[4].

3- حكم نص قطعي الدلالة ظني الثبوت: يكون مجال الاجتهاد فيه البحث عن مدى صحة الحديث، وفي سند الدليل الظني الذي بين يديه وطريق وصوله إلينا ودرجة رواته من العدالة أي الاستقامة والثقة، والضبط من خلال حفظ الكلام في ذاكرة الراوي بحيث يكاد لا يخطئ، فإذا اطمأن لذلك وأيده بأدلة أخرى، أخذ بما دل عليه دلالة قطعية ورد ما

[1] - سورة النساء، الآية 12.
[2] - محمد هشام البرهاني، **سد الذرائع في الشريعة الإسلامية**، مطبعة الريحاني، بيروت، 1985، ص31.
[3] - سورة البقرة، الآية 226.
[4] - كمال الدين ابن الهمام الاسكندري الحنفي، **فتح القدير**، ج4، دار الفكر، بيروت، دت، ص307.

يخالفه، أو قدم عليه السند الأقوى أو الثابت، كقوله ﷺ:" **ليس فيما دون خمس ذود من الإبل صدقة**"[1].

فالحديث قطعي الدلالة على أن الزكاة لا تكون في أقل من خمس الإبل، ولكنه ظني الثبوت فهو حديث آحاد لم يصل إلينا بالتواتر[2].

4- حكم نص ظني الثبوت والدلالة: يكون مجال الاجتهاد فيه معرفة المعنى المراد منه ومدى قوة دلالته على المعنى بحسب دلالة ألفاظه، كما يرجح معنى على آخر حسب القواعد اللغوية ومقاصد الشريعة الإسلامية، فجميع المسائل والوقائع التي وردت فيها نصوص ظنية في دلالتها وثبوتها، يتوجب الاجتهاد فيها من الناحيتين معا الثبوت والدلالة، كقوله ﷺ:" **لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب**"[3].

فقد ذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية إلى فرضية قراءة الفاتحة عينا، في حين ذهب الحنفية إلى عدم فرضية قراءة الفاتحة، ولكنها واجبة لأن الفرض عندهم لا يثبت إلا بدليل قطعي[4]، مستدلين بقوله تعالى:﴿ ۖ فَٱقۡرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنَ ٱلۡقُرۡءَانِۚ عَلِمَ أَن سَيَكُونُ مِنكُم مَّرۡضَىٰ وَءَاخَرُونَ يَضۡرِبُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِ يَبۡتَغُونَ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ وَءَاخَرُونَ يُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِۖ فَٱقۡرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنۡهُۚ وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ...﴾[5].

5- حكم المسائل أو الوقائع التي لم يرد فيها نصوص قطعية ولا ظنية، ولم يقع بشأنها إجماع أي اتفاق المجتهدين من أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي، وهي كثيرة ومستجدة ومتنوعة، ربما تفوق المسائل التي ورد بشأنها نص أو إجماع، فهي مجال خصب للاجتهاد.

---

[1] - أخرجه البخاري، صحيح البخاري، **كتاب الزكاة**، باب ليس فيما دون خمس ذود صدقة(119/2)، حديث رقم 1459.
[2] - محمد هشام البرهاني، **مرجع سابق**، ص23.
[3] - أخرجه مسلم، صحيح مسلم، **كتاب الصلاة**، باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة 69، حديث رقم 394.
[4] - الكاساني، **مرجع سابق**، ص160.
[5] - سورة المزمل، الآية 18.

فيكون البحث عن حكمها بأدلة عقلية كالقياس أو الاستحسان أو المصلحة المرسلة أو العرف أو الاستصحاب، وهي غير محصورة في مجال معين، بل تتسع لكل المجالات كالمجال الأسري التلقيح الصناعي مثلا، والطبي المتمثل في زراعة ونقل الأعضاء، والمالي كظهور البنوك بشتى أنواعها والتأمين، والمجال الاقتصادي كإنشاء الشركات التجارية وغيرها من الأمور التي تحتاج إلى الاجتهاد لبيان حكم الشرع فيها[1].

أما في مجال القوانين الوضعية فإن الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري تتولاه المحكمة العليا التي تتربع على جهة القضاء العادي، حسب نص المادة 3/171 من الدستور الجزائري بقولها:" **تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون**"[2].

ففي مجال الأسرة يختلف مفهومه عن الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، كون أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية، فالقاضي في التشريع الوضعي هو مقلد غايته تصحيح الحكم بنقضه أو تأكيده، فيتحدد مجال الاجتهاد تبعا للوقائع التي تعرض على القاضي، فقد تكون هذه الوقائع فيها نص تشريعي، يلجأ القاضي إلى إسقاطه على الواقعة المعروضة أمامه، كما لا يعدوا أن يكون القاضي مفسرا لبعض الأحكام والقرارات القضائية في حالة وجود غموض يحتمل أكثر من معنى واحد، أو في حالة كون النص ناقصا أو هناك تعارض فيه، وذلك بالرجوع إلى أقوال الفقهاء في القضية محل النزاع[3]،

ويتحدد مجاله أيضا عند عدم وجود النص فيلجا القاضي إلى المصادر الرسمية أولا ثم المصادر التفسيرية، حتى لا يكون منكرا للعدالة.

يتضح مما سبق أن قضاة المحكمة العليا كونهم ناقلين للفتوى وليس من قبيل الاجتهاد الفقهي المعروف، فيتم ذلك عن طريق التوفيق بين النصوص القانونية والنصوص الفقهية، فمتى كانت القاعدة القانونية صريحة فلا اجتهاد فيها، ولو كانت مغايرة لروح العدل،

[1] - وهبة الزحيلي، **الوجيز في أصول الفقه**، دار الفكر المعاصر، دمشق، 1999، ص233.
[2] - قانون رقم 01/16 مؤرخ في 6مارس سنة 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر، ع14 بتاريخ 07 مارس 2016.
[3] - عمار بوضياف، **المدخل إلى العلوم القانونية**، ط3، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص181.

فالقضاة ملزمون بتنفيذ أحكامها حسب ما وردت، لأن التمييز يرجع إلى المشرع، طبقا لقاعدة لا اجتهاد في مورد النص[1]، وبيان هذه القاعدة ليس على إطلاقها، وإنما لا مجال للبحث عن حكمها خارج النص في أمر ورد فيه نص، ومنه فالاجتهاد القضائي في مجال القانون لا يعدو أن يكون مصدرا تفسيريا للقواعد القانونية[2].

المطـــلب الثـــاني

أهميـــــــة الاجتهاد القضائي

تبرز أهمية الاجتهاد سواء في التشريع الإسلامي أو القوانين الوضعية في معرفة الحكم الشرعي وبيان الرأي الراجح في مسألة من المسائل أو واقعة من الوقائع المتنازع فيها من خلال:

– الاجتهاد الجزئي والمتمثل في تصـــحيح كثيـــر مـــن اجتهـــادات الفقهـــاء المجتهـــدين المعاصرين خاصة ما تعلق بفقه الأسرة والأحوال الشخصية، ففي هذا المجال ميسور لهم بلا منازع، فهم مجتهدون فيما تخصصوا فيه[3].

– إثبات كمال الشريعة وصلاحياتها لكل زمان ومكان تماشيا مع المســـتجدات فـــي كـــل عصر من العصور وخلودها واستمرارها إلى يوم القيامة[4].

– الحفاظ على مقاصد الاجتهاد من خلال وضع شروط خاصة بالمجتهد وبعملية الاجتهاد حتى لا يكون هناك تقليد[5].

– تيسير الاجتهاد للفقهاء ولطلبة العلم وفتح الباب لهم، مـــن خـــلال اســـتغلال الطاقـــات والقدرات المتاحة وعدم إهدارها، فلا يخلوا عصر من العصور مـــن مجتهـــد أو مجتهـــد متخصص في علم بعينه من العلوم أو باب من أبواب العلم.

---

[1] - الشوكاني، **مرجع سابق**، ص222.

[2] - مليكة خشمون، **مرجع سابق**، ص81.

[3] - يوسف القرضاوي، **الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط**، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1998، ص22.

[4] - وهبه الزحيلي، **أصول الفقه الإسلامي**،ج2، **مرجع سابق**، ص 1116.

[5] - **المرجع نفسه**، ص 1161.

– الاجتهاد في القضاء سنة من سنن الأنبياء عليهم السلام، وهو على درجة كبيرة من الأهمية يسعى لتحقيق العدل الذي يعتبر مقصدا هاما من مقاصد الشريعة الإسلامية.

– لولا القضاء لضاعت الحقوق ولما حصل المظلوم على حقه، فالاجتهاد القضائي يرجع فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي، حيث يجتهد للوصول إلى الحكم، فهو لا يقل أهمية على التشريع نفسه لأنه يضفي على القانون طابعه العملي، لذلك اعتبر الاجتهاد في الدول الانجلوسكسونية من المصادر الرسمية للقواعد القانونية، وهذا تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات، لأن مهمة السلطة التشريعية وضع القواعد القانونية، في حين مهمة السلطة القضائية تطبيق هذه القواعد، فلكل سلطة حدود، فإذا وجد غموض عند التطبيق لجأت إلى تفسيرها وتوضيحها[1].

– الاجتهاد القضائي من الناحية العملية يتمتع بقوة الإلزام التي لا تكاد تقل أهمية عن القوة التي تتمتع بها المصادر الرسمية للقانون، بينما لا يعتبر من الناحية النظرية إلا بالنسبة للقضايا التي يفصل فيها، وهذا ما أكدته المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 141/90 المؤرخ في 19 ماي 1990 المتضمن تنظيم مجلة المحكمة العليا بقولها:" **إن موضوع مجلة المحكمة هو التعريف بتطبيق القانون بهدف توحيد الاجتهاد القضائي للمجالس القضائية والمحاكم**"، ولذلك تستعمل القرارات عبارة:" **ما استقر عليه قرار المحكمة**" كما جرى به العمل القضائي، أو عبارة:" **من المبادئ المستقر عليها قضاء**"[2].

– الاجتهاد القضائي إذا صدر عن غرف المحكمة العليا مجتمعة في موضوع ما من المواضيع فإنه يكون ملزما عمليا تطبيقه في كافة المجالس القضائية والمحاكم على جميع القضايا التي تعرض عليها، وليس معنى ذلك أن هذا الاجتهاد لا يمكن تعديله، بل من الممكن أن تعدل المحاكم من اجتهادها إذا وجدت أن هناك ضرورة تدعوها لذلك، فإذا

[1] - هشام القاسم، **المدخل إلى علم القانون**، ط6، جامعة دمشق، سورية، 2005، ص 241.
[2] - عمار بوضياف، **مرجع سابق**، ص225.

صدر هذا التعديل عن المحكمة العليا يصبح اجتهادا جديدا، وعلى سائر المحاكم التقيد به، لأنه يمثل الاتجاه الأخير لتلك المحكمة[1].

– كما يعد أيضا عامل استقرار من حيث التزام المحاكم بتطبيقه في القضايا المماثلة، ويعد عامل مرونة لأنه يمكن تعديله وتطويره كلما دعت الحاجة لذلك تبعا لتطور المجتمع وظروفه الحالية، وفي الغالب تتقيد المجالس القضائية والمحاكم باجتهادات المحكمة العليا ولا تخالفها لأنها أعلى منها درجة وحتى لا تكون أحكامها عرضة للنقض، لوجود رقابة من المحكمة العليا على أحكامها.

ومنه تتضح هذه الأهمية عمليا من خلال المساهمة في حل الإشكالات التي تعترض بعض القضايا خاصة المتعلقة بنظام الأسرة والمجتمع، فالقاضي حين قيامه بتفسير النصوص الغامضة وسد النقص التشريعي والفصل في مسائل القضايا المعروضة أمامه، فهو في الحقيقة يوسع من مضمون القاعدة القانونية ولا يخلق القانون باجتهاده، بل يكشف عنه من خلال ثنايا التشريع والاجتهادات التي يتوصل إليها لا تتعدى المسائل التي صدرت بشأنها، وبالتالي لا يمكن اعتبارها من قبيل القواعد القانونية، فالقضاء لا ينشئ القاعدة القانونية بل يكتفي بتفسيرها وإزالة الغموض عنها[2].

ومنه نستنتج أن أهمية الاجتهاد القضائي تظهر في تفعيل دور ووظيفة القاضي الذي يعد مجتهدا لا جامدا مستخدما لخبرته وتجربته في ممارسة القضاء، وتبرز عملية الاجتهاد من الناحية العملية بسبب تغير أحوال وأعراف المجتمعات وما تستدعيه المصلحة العامة والخاصة مراعاة لمستجدات العصر وضرورة إيجاد حلول للمشاكل التي تفرزها.

[1] - هشام القاسم، **مرجع سابق**، ص243.

[2] - عادل الطبطبائي، **مرجع سابق**، ص319.

المطـــلب الثـــالث

آثـــار الاجتهاد القضائي

إن للاجتهاد القضائي عدة آثار منها الايجابية والسلبية، سواء من الناحيـــة العمليـــة أو من الناحية النظرية، ومن أهم هذه الآثار ما يلي:

1- الاجتهاد القضائي يمثل أحد الحلول القانونية المتاحة للقاضي لتلافي مشكلة القصـــور التشريعي، المتمثل في غياب النصوص القانونية أو غموضها أو ما شابه من نقص فيهـــا على الرغم من دوره التفسيري في الأنظمة القانونية المتأثرة بالنظام اللاتينـــي، وإلا عـــد منكرا للعدالة.

2- إذا كان الاجتهاد مخالفا لنص صريح سواء من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو قيـــاس جلي، أي مخالفة دليل قطعي، فإنه ينقض باتفاق العلماء والأئمة وكافة المذاهب، سواء من نفس المجتهد أو من غيره، لأن هذا الاجتهاد باطل وما بني على باطل فهو باطل، وتنعدم الآثار التي بنيت على ذلك الحكم لمخالفته النص والإجماع، فلا يعمل به في الحياة العملية ولا يجوز الإفتاء به ولا القضاء به[1].

3- إذا كان اجتهاد القاضي في المسائل الظنية التي لم يرد فيها دليل قاطع ولا إجمـــاع أو في المسائل المستجدة، فإن الاجتهاد فيها لا ينقض بالاجتهاد مثله باتفـــاق، وذلـــك تطبيقـــا للقاعدة الفقهية " **الاجتهاد لا ينقض بمثله** "، لأن ذلك يؤدي إلى اضطراب القضاء وعـــدم استقرار الأحكام، وبالتالي عدم الوثوق بحكم الحاكم، لكن تغير الرأي، فإن الأثر العملـــي يختلف حسب حالة المجتهد نفسه، أما إذا رأى المجتهد حكما معينا ثم تغير ظنه فـــإن لـــم يعمل بالاجتهاد الأول فلا شيء عليه في ذلك، ويجب عليه العمل بالاجتهـــاد الثـــاني، وإن عمل بالأول لازمه أن ينقض اجتهاده وما يترتب عليه، وهـــذا لـــيس نقضـــا للاجتهـــاد بالاجتهاد، بل هو ترك العمل بالاجتهاد الأول، ومثال ذلك تغير اجتهاد عمرﷺ في المسألة المشتركة في الميراث، وقرر القاعدة المشهورة " **تلك على ما قضينا، وهـــذه علـــى مـــا**

[1] - محمد مصطفى الزحيلي، **مرجع سابق**، ج2، ص343.

نقضي "[1]، وكذلك الأمر لو كان بين قاضيين، بأن قضى قاض شافعي مثلا ببطلان الزواج بغير ولي، ثم رفعت نفس القضية أمام قاض حنفي، يرى صحة النكاح بغير ولي، فلا يجوز نقض الاجتهاد الأول للقاضي الشافعي، وهذا مبدأ قانوني مقرر في محاكم النقض والتمييز، إذا تغير اجتهادها فإنه لا يسرى ذلك على الأحكام السابقة ويسمى في اصطلاحهم " **بعدم رجعية القوانين والقرارات** "[2].

4- الاجتهاد القضائي متى صدر صحيحا في حكم قضائي، فإنه يتصف بصفة الإلزام، ويكون للحكم حجية في مواجهة الغير، بخلاف الاجتهاد الفقهي الذي يصدر في شكل فتوى لا تأخذ صفة الإلزام ولا تتمتع بالحجية، طالما يجوز للمجتهد نقض اجتهاده الأول، فالاجتهاد يتغير بتغير ظروف الحياة المختلفة من مجتمع لآخر، ويواكب التطورات الحاصلة فيه ومستجداتها.

5- الاجتهاد القضائي يكون فقط في القضية محل النزاع والمعروضة أمام القضاء، عكس الاجتهاد الفقهي الذي يكون في جميع القضايا النازلة والمتوقعة، فالشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، فهي عالمية وشمولية تصلح لحكم الإنسانية في جميع مجالات الحياة المختلفة، لما تتميز به من مرونة في احتواء الحكم والواقعة، بحيث لا توجد قضية إلا ولها حكم في شرع الله تعالى.

6- يعد الاجتهاد القضائي مصدر غير مباشر للقانون، فالقاعدة القانونية التي يتولى الاجتهاد القضائي خلقها، هي ليست تلك القاعدة القانونية بمعناها القانوني المعروف، لأنها لا تحمل صفة التجريد والعموم التي تتمتع بها القاعدة القانونية، فالقاضي عند فصله في نزاع معين لا يخلق قاعدة قانونية بل يخلق فقط حلا للنزاع، لدا لا يكون لحكمه حجية إلا بالنسبة إلى النزاع المعروض أمامه والذي صدر بشأنه حكم قضائي، كما أن صفة الإلزام مفقودة في الاجتهاد القضائي، إلا إذا تم تحويل القاعدة الاجتهادية إلى قاعدة قانونية، وهو ما سيشكل مظهرا من مظاهر الرقي القانوني[3].

---

[1] - محمد الزحيلي، **مرجع سابق**، ج2، ص482.

[2] - وهبة الزحيلي، **مرجع سابق**، ص1114، خلاف، **مرجع سابق**، ص 221، الغزالي، **مرجع سابق**، ص 382.

[3] - محمد سعيد جعفور، **مدخل إلى العلوم القانونية**، ج1، ط18، دار هومه، الجزائر، 2011، ص213-214.

خلاصـــــة الفـــصـــل التمهيدي

من خلال ما تقدم في هذا الفصل، نخلص إلى أن مصدر قضاء الأحوال الشخصية في الجزائر خاصة، وطبقا لنص المادة 222 من ق.أس.ج هي أحكام الشريعة الإسلامية، التي كثيرا ما تكون أساسا لبعض المواد القانونية مما يفتح الباب واسعا لتأويل النصوص الشرعية والخروج بها من مرادها الحقيقي، لأن مصدر القضاء الشرعي النصوص القطعية التي لا مجال للاجتهاد فيها، والنصوص الظنية التي تكون مجالا خصبا للاجتهاد فيها، ويسمى هذا بالقضاء الاجتهادي (الاجتهاد القضائي) الذي يكون للقاضي مجال واسع للبحث فيه باستفراغ الوسع لاستنباط الحكم الشرعي المناسب للواقعة عند عدم وجود النص أو إذا كان النص ناقصا أو غامضا.

فالاجتهاد دوره في القانون يعد من المصادر التفسيرية، وهو عملية ضرورية في كل نظام قانوني، وفي كل عصر قصد التماشي مع المستجدات الطارئة لسد الثغرات وتحقيق ملائمة النصوص التشريعية للظروف الاجتماعية.

فالقاضي ملزم بتفسير النص وتطبيقه على الوقائع على نحو يحقق قصد المشرع فالقاضي لا يخلق قاعدة قانونية جديدة، وإنما يمكن لحكمه أن يساهم في إنشاء قواعد قانونية بواسطة الاجتهاد القضائي، إذا ما أخذت به جهات قضائية أخرى بنفس الحل في المسائل المتشابهة، فاستقرار اجتهاد المحكمة العليا على اتجاهات معينة يؤدي إلى تبني المحاكم والمجالس القضائية لهذا الاجتهاد.

الفصل الأول

أحكام الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون الدولي المقارن

المبحث الأول: مفهوم الطلاق

المطلب الأول: تعريف الطلاق ودليل مشروعيته

المطلب الثاني: حكم الطلاق وأقسامه

المطلب الثالث: أركان وشروط الطلاق

المبحث الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي

المطلب الأول: تعريف الطلاق التعسفي ونطاقه

المطلب الثاني: معايير الطلاق التعسفي

المطلب الثالث: صور الطلاق التعسفي

الفصـــل الأول

أحكام الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون الدولي المقارن

تمهيد:

تعتبر علاقة الزواج من أهم وأنبل الروابط التي تجمع بين الرجل والمرأة، لأنها السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1]، لأن قوام الحياة الزوجية هو التماسك والمودة والرحمة والتسامح والتفاهم بين الزوجين لبعضهما والإحصان لكل منهما.

لكن بيت الزوجية في كثير من الأحيان قد لا يخلوا من المشاكل والنزاعات بين الزوجين، ولا يجد الزوجان لها حلا، فتتحول الحياة الزوجية من نعمة إلى نقمة، ومن نعيم إلى جحيم، مما يؤدي إلى استحالة استمرار الحياة مع بعضهما في ظل هذه الظروف.

فالحكمة تقتضي إجراء صلح بين الطرفين، بإرسال حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة إن يريدا الإصلاح يوفق الله بينهما، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[2]، فالله سبحانه وتعالى شرع للزوجين وسيلة يمكن إنهاء المشاكل المستعصية بواسطتها وهي الطلاق، فقد جعله الله أبغض الحلال، وشرعه للزوج وأعطاه الحق في إيقاعه بإرادته المنفردة متى دعت الضرورة إليه، ودون الحاجة إلى إرادة الزوجة أو موافقتها في ذلك، لكونه صاحب العصمة الزوجية، غير أن الزوج الذي يقبل على ذلك من غير سبب أو مسوغ شرعي قد يسئ ممارسة هذا الحق فيكون متعسفا في طلاقه.

وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول مفهوم الطلاق بصفة عامة، وفي المبحث الثاني مفهوم الطلاق التعسفي بصورة خاصة.

---

[1] - سورة الروم، الآية 20.

[2] - سورة النساء، الآية 35.

المبحث الأول

مفـــــــهوم الطـــــلاق

أباحت الشريعة الإسلامية والقانون الطلاق للزوج رغم أن الزواج رابطة أبديـــة، فقـــد يكون راجعا إلى أسباب شخصية أو اجتماعية أو اقتصادية، وجعلته في أضيق نطاق بنـــاء على مبررات ومسوغات شرعية ومشروعة قانونا، وإلا اعتبر الزوج متعسفا في اســـتعمال حقه في الطلاق متى دعت الضرورة لذلك.

وقد نظمت الشريعة الإسلامية والقانون الطلاق، ووضعت له أحكاما في أهم مصادرها، وجعلته بيد الزوج، ولكن لم تجعل هذا الحق مطلقا، وإنما قيدته بمجموعـــة مـــن الشـــروط، وسمحت للزوج أن يفوض زوجته أو يوكلها في طلاق نفسها[1].

ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون اختلفوا فيه من حيـــث المفهـــوم ومـــن حيـــث المشروعية، مما يتوجب علينا في هذا المبحث التطرق إلى مفهوم الطلاق، سواء من ناحيـــة التعريف اللغوي أو الاصطلاحي وبيان مشروعيته (مطلب أول) مع التطرق أيضا إلى حكـــم الطلاق وأقسامه (مطلب ثان)، وبيان أركانه وشروط كل ركن منها (مطلب ثالث) من خلال الآتي.

المطـــــــلب الأول

تعـــريف الطلاق ودليل مشروعيته

من أجل تحديد مفهوم الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون، يتعين علينـــا تعريفـــه مـــن الناحيتين اللغوية والاصطلاحية(فرع أول)، وكذا بيان مشروعيته(فرع ثان) من خلال الآتي.

الفرع الأول- تعريف الطلاق: تعددت تعريفات الطلاق كل يتناوله من وجهة نظر خاصة يمكن ذكر بعضها.

[1] - مسعودي يوسف، **تنـازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق-دراسة مقارنـة-**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011، ص196.

أولا: تعريف الطلاق لغـــة: تعددت تعاريف الطلاق من الناحية اللغوية، فله عدة معان[1]منها: الطلاق في اللغة من: طلق يطلق طلاقا وتطليقا وتطليقة، يقال: امرأة طالق وطالقة، إذا أطلق سراحها زوجها وفارقها وتركها.

ويقال طلقت المرأة إذ أبانت، فالطلاق مصدر طلّق بتشديد اللام، لكن العرف نص على الطلاق بحل القيد المعنوي وهو طلاق المرأة، فيقال: طلّق الرجل زوجته فهي طالق.

والإطلاق في القيد الحسي في غير المرأة، وطلقت المرأة من زوجها طلاقا، أي تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته[1].

وطلاق النساء يأتي بمعنيين: أحدهما حل عقدة النكاح، والآخر بمعنى التخلية والإرسال، ففي اللغة الطلاق والإطلاق يعني رفع القيد مطلقا سواء كان حسيا أو معنويا، وهو الإرسال والترك، فيكون حسيا كقيد الفرس وقيد الأسير، ويكون معنويا كقيد النكاح وهو الارتباط الحاصل بين الزوجين، وطلاق الرجل من قومه يعني تركهم ومفارقتهم، ومنه أطلقت الأسير أي خليته وحللت قيوده وأرسلته[2].

أي أن الطلاق هو التحلل من قيد الزواج والخروج من عصمته، ورفـــع القيـــد مطلقـــا وسمي بالفراق، يقال طلق البلاد أي فارقها.

وعليه فكل هذه الكلمات والألفاظ تصب في مجرى واحد، وهو التخلص من أي نوع من الروابط والقيود التي تحد من الحرية، وقد كثر استعمال هذا اللفظ في طلاق الزوج لزوجته، من رفع للقيود التي كانت عليها في بيت الزوجية ومن ترك لها وتخل عنها[3].

ثانيا: تعريف الطلاق اصطلاحا: تطرق العديد من الفقهاء والعلمـــاء إلـــى تعريفـــات فقهيـــة وقانونية للطلاق، ولكنها لا تخرج عن معنى واحد، ومن هذه التعاريف ما يلي:

---

[1] - ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، **لسان العرب**، مرجع سابق، ص226.
[2] - شوقي ضيف، **معجم الوسيط**، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2003، ص563.
[3] - نصر سلمان، سعاد سطحي، **أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2003 ، ص6.

1- تعريف الطلاق في الفقه الإسلامي: لقد عرف مصطلح الطلاق عند الفقهاء بعدة تعريفات متقاربة تتفق فيما بينها على المقصود منه شرعا، ولكنها اختلفت إلى حد ما في ألفاظها، نذكر منها على سبيل المثال:

- عرفه **المالكية** بقولهم بأنه:" **صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج**"[1].

فقد جعل المالكية الطلاق صفة حكمية ترفع حلية المتعة الزوجية، باعتبار المتعة أهم آثار عقد النكاح، إلا أن هذا التعريف يبقى قاصرا على استيعاب أنواع الطلاق المختلفة، لأنه ليس كل طلاق يرفع حلية المتعة الزوجية، كما هو الحال في الطلاق الرجعي.

- عرفه فقهاء **الحنفية والحنابلة** بقولهم:" **بأنه رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مشتق من طلق، أو ما في معناه، مما يفيد ذلك صراحة أو دلالة، صادر من الزوج أو ممن يقوم مقامه، فيرتفع قيد النكاح بالطلاق في الحال إذا كان بائنا، أو في المآل إذا كان الطلاق رجعيا**"[2].

- كما عرفه **فقهاء الحنابلة** أيضا بأنه:" **حل قيد النكاح أو بعضه**"[3].

- كما عرفه **فقهاء الحنفية** أيضا بأنه:" **رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص**"[4].

يتضح من هذه التعاريف أن المراد برفع قيد النكاح في الحال هو الطلاق البائن، فبمجرد صدوره يرفع النكاح في الحال لأنه طلاق منجز، فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين سواء انتهت عدتها أو لم تنته، وأما المقصود برفعه في المآل هو الطلاق الرجعي، فبمجرد صدوره لا يرتفع النكاح إلا بانتهاء عدة المطلقة، ولكنه يحسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته وهي ثلاث.

---

[1] - الحطاب، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ج6، **مرجع سابق**، ص 18.
[2] - الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص172.
[3] - البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، **مرجع سابق**، ص 232.
[4] - ابن الهمام كمال الدين، **مرجع سابق**، ص447.

كما أن الإمام أبو زهرة اختار هذا التعريف بعد ما هذبه فقال:" **الطلاق في اصطلاح الفقهاء رفع قيد النكاح في الحال والمآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق نفسها أو ما في معناها**"[1]

يتضح من هذا التعريف أن الإمام أبو زهرة قد أضاف الألفاظ التي يقع بها الطلاق، وهو ما اشتق من كلمة الطلاق نفسها أو ما في معناها، وأضاف غيره قيدا آخر على الزواج المرفوع بأن يكون صحيحا، وقد عبر عنه بقوله:" **رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كناية، أو بما يقوم مقام اللفظ**"، وهو تعريف أكثر تفصيلا من سابقه[2].

– عرفه فقهاء الشافعية بأنه:" **حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه**"[3]

يتضح من هذا التعريف أن الطلاق هو رفع النكاح الثابت بالزواج الصحيح في الحال أو المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كتابة أو بما يقوم مقام ذلك الزواج من الكتابة أو الإشارة ومما يلاحظ أن التعريفين السابقين للحنفية والحنابلة والشافعية لا يوجد خلاف بينهم للطلاق.

– **عرفه فقهاء الإباضية** بأنه:"**رفع قيد الزواج في الحال أو المآل، وله مراجعة الزوجة ما دامت في العدة كرهت أم رضيت**"[4]، وهم كالحنفية والحنابلة في ذلك.

– الترجيح: يلاحظ من خلال التعريفات السابقة أنها متفقة جميعها على أن الطلاق هو رفع قيد النكاح وحله، ولكن نجد أن أدق هذه التعاريف، هو تعريف الحنفية القائل بأن الطلاق هو:" **رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص**"، لأنه تعريف جامع لجميع أنواع الطلاق ومانع فلا يدخل فيه الفسخ لاشتراطه ألفاظا مخصوصة، في حين أن الفسخ لا يحتاج إلى لفظ مخصوص، ويشمل القيد الحسي والمعنوي، فقيد النكاح قيد خرج به القيد الحسي والقيد المعنوي بغير النكاح، كرفع قيد الملك بالعتاق، والمقصود ب"**حالا**" الطلاق البائن، لأنه يرفع قيد النكاح في الحال، بينما المقصود ب"**المآل**" الطلاق الرجعي لأنه يرفع قيد النكاح في المآل

[1] - عبد القادر داودي، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية**، دار البصائر، 2007، ص 238.
[2] - **المرجع نفسه**، ص 238.
[3] - محمد الخطيب الشربيني، **مرجع سابق**، ص368.
[4] - أحمد الغندور، **الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون**، ط1، دار المعارف، مصر، 1967، ص34.

أي بعد انتهاء العدة، أما المقصود **بلفظ مخصوص** هو اللفظ الذي يقع به الطلاق ويكون صريحا أو كناية كلفظ الإطلاق والتحريم[1].

2- تعريف الطلاق في القانون: المشرع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا للطلاق واكتفى فقط بذكر الطلاق كصورة من صور انحلال الرابطة الزوجية، حسب ما نصت عليه المادة 48 المعدلة من ق.أس.ج[2] بقولها:" **يحل عقد الزواج بالطلاق،الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادة 53 و54 من هذا القانون**".

يتضح من المادة المذكورة أن المشرع استعمل لفظ "**حـــل**" التي تشمل طـــرق انحـــلال الزواج بإحدى صور الطلاق، سواء الإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الـــزوجين أو عـــن طريق الحكم القضائي، فالطلاق في نظره وسيلة يحل بها عقد الزواج، وهو قريب إلى حد ما لتعريف الفقه الحنبلي الذي عرف الطلاق بأنه:"**حل قيد النكاح**".

في حين أن المادة 48 قبل التعديل نصت بقولها:" **الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادة 53 و54 من هذا القانون**"[3]

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أعطى تعريفا للطلاق، فـــي حـــين أن التعديل الصادر سنة 2005 وفي نفس المادة قد تراجع المشرع، وعزف عن تبنـــي تعريـــف قانوني للطلاق ولم يتطرق حقيقة إلى تعريفه، وفي ذلك محاولة منه للتملص من أي التـــزام يقع عليه لتبنيه لإحدى التعاريف القائل بها الفقه، وترك ذلك لهذا الأخير بموجب المادة 222 من ق.أس.ج[4]، وهذا بخلاف ما جرت عليه بعض قـــوانين الأحـــوال الشخصـــية العربيـــة الأخرى، فهل يملك القاضي في نظر المشرع الجزائري الاجتهـــاد المطلـــق الـــذي يؤهلـــه

[1] - جميل فخري محمد جانم، **متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون**، ط1، دار الحامد للنشر، عمان، 2008، ص19.

[2] - الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 يعدل ويتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع15 بتاريخ 2005/02/27.

[3] - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج.ر، ع24 بتاريخ12/06/ 1984.

[4] - باديس ديابي، **صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص11-12.

للترجيح بين الأقوال الفقهية المختلفة لكل مذهب لمعرفة الراجح منها، لاسيما مع عدم تقييده بمذهب معين.

وفي هذا ذهبت المحكمة العليا في إحدى قرارتها بتاريخ 1984/05/14بأنه: " **من المقرر شرعا أن الطلاق هو حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح، ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره، ولا يتم ذلك إلا بصيغة صريحة وواضحة**"[1].

يتضح من خلال تعريف المحكمة العليا للطلاق أنه تطرق لإحدى الصور التي يتم بها فك الرابطة الزوجية، وكذا الألفاظ التي يقع بها الطلاق.

- المشرع المغربي عرف الطلاق في المادة 78 بقولها:" **الطلاق حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء، وطبقا لأحكام هذه المدونة**"[2]

يتضح من نص المادة أن المشرع المغربي جعل الطلاق بيد الزوجين وربطه بالقضاء، تحقيقا للمساواة بينهما في مباشرة دعوى الطلاق، وأصبح يمارسه الزوج والزوجة كل حسب شروطه تحت مراقبة القضاء.

فالطلاق لم يعد مقتصرا على الزوج وحده، وإنما أصبحت الزوجة بدورها تمارسه في بعض الحالات مع التطليق لأسباب معينة، وجعل تحت رقابة القضاء هو استجابة لمواقف العديد من المحاكم في أوروبا التي تعتبر الطلاق الصادر عن المحاكم المغربية مخالفا للنظام العام في هذه القارة، مما أدى إلى حدوث اضطراب في فرنسا على صعيد الاجتهاد القضائي سواء لدى المحاكم الدنيا أو على مستوى محكمة النقض، عندما يتعلق الأمر بالاعتراف بالطلاق الذي كان يوقعه الزوج في المغرب ويمهر بالصيغة التنفيذية بفرنسا، ومنه لم تعد إرادة الزوج في إيقاع الطلاق مطلقة[3].

---

[1] - قرار رقم 32786 بتاريخ 1984/05/14، م.ع، غ.أ.ش، غير منشور، نقلا عن العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص251.

[2] - القانون رقم 70/03 المؤرخ في 2004/02/03 المتضمن مدونة الأسرة المغربية المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/09 المؤرخ في 2010/07/16، ج.ر، ع5859 بتاريخ 2010/07/26.

[3] - محمد الشافعي، **الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة**، سلسلة البحوث القانونية، ع24، مراكش، المغرب، 2009، ص180.

– المشرع التونسي عرف الطلاق في الفصل 29 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بقولها:" **الطلاق هو حل عقدة الزواج** "، والفصل 30 بقولها:" **لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة**"[1].

لقد تبنّى المشرّع التونسي موقف الفقه الإسلامي في اعتبار الزواج عقدا يجوز فسخه متى دعت الحاجة إلى ذلك، إذ يقول ابن القيم:" **النكاح والطلاق يلحقان بالبيع والإجارة ...**".

وتجدر الإشارة إلى أنّ مجلة الأحوال الشخصية لم تتقيد بأحكام الشريعة الإسلامية في باب الطلاق إلاّ جزئيا إذ أنّها لا تتضمن مثلا الإشارة إلى الطلاق الرّجعي والطلاق المكمل ثلاثا.

يتضح أن تعريف المشرع التونسي للطلاق هو في الواقع غامض وغير دقيق، فهو يشمل كل أوجه انحلال الزواج، فعقدة الزواج قد تنحلّ بالموت أو بالبطلان أو بالفسخ وسواء كان زواجا صحيحا أو فاسدا، كما أنه لا يقع إلا أمام المحكمة سواء بتراضي الزوجين معا أو بناء على طلب أحدهما بسبب ما حصل له من ضرر أو عند رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو عند مطالبة الزوجة به، بحيث لا يمكن إنهاء العلاقة الزوجية إلا بموجب حكم قضائي[2]، واللجوء الى القضاء لايقاع الطلاق في تونس مفروض باعتباره قاعدة إجرائية[3].

– المشرع الموريتاني عرف الطلاق في المادة 1/83 من مدونة الأحوال الشخصية بقولها: " **الطلاق هو حل العصمة بواسطة الإرادة المنفردة للزوج**"[4]

المشرع الموريتاني جعل العصمة في الطلاق بيد الزوج، بحيث راعى الجانب الأصلي في إيقاعه، واعترف بإرادة الزوج في حل الرابطة الزوجية، لأنه مالك للعصمة، ولم يتطرق لبقية صور انحلال الرابطة الزوجية وأهمل حق الزوجة في طلب الطلاق.

---

[1] - الأمر المؤرخ في 1956/08/13 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية المعدلة بالقانون رقم20/08 المؤرخ في 2008/03/04، الصادر بالرائد الرسمي التونسي، ع66 بتاريخ 1956/08/17.

[2] - قرار تعقيبي مدني ع7065 مؤرخ في 1982/12/07، م.ت.ق، لسنة1983، ص85.

[3] - قرار تعقيبي مدني ع5682 مؤرخ في 1981/06/16، م.ت.ق، ج2، ص197.

[4] - قانون رقم 052/2001 بتاريخ 19 يوليو 2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية،ج.ر، رقم 1004 بتاريخ 2001/08/15.

– المشرع الفرنسي عرف الطلاق في القانون المدني الفرنسي بأنه:"**حل الزواج لزوجين على قيد الحياة بواسطة إقرار قضائي، تبعا لعريضة أحد الزوجين، أو من طرفهما لسبب من الأسباب المقررة قانونا**"[1].

كما عرف التشريع الفرنسي ما يطلق عليه بالفرقة الجسدية أو الانفصال الجسماني وهو "**حالة زوجين رخص لهما بقرار قضائي لعدم العيش معا لسبب من الأسباب التي قد تبرر الطلاق**"، كما يعرف الانفصال الجسماني أيضا:" **بأنه مباعدة مادية وتحلل الزوجين من الالتزام بالمعيشة المشتركة بين الزوجين، مع بقاء رابطة الزوجية قائمة**"[2].

ويختلف مفهومه عن الطلاق والتطليق من حيث أنه لا يحل الرابطة الزوجية[3]، فالمشرع الجزائري قبل تعديل 2005 لم يدرج موضوع الانفصال الجسماني، لكن بعد التعديل لسنة 2005 أدرجه في القانون المدني، حيث نص عليه في المادة 2/12 من القانون المدني[4].

ليس في التشريع الإسلامي مصطلح التفريق الجسماني، لأن فيه أشد الضرر على الزوجين، فلا هما متزوجان متعاشران يقوم كل منهما بواجباته الزوجية، ولا هما متفرقان حران يفعلان ما يريدان، فما أقسى هذا التشريع الذي يعطل حركة الدورة والوجود البشري بلا فائدة منتظرة، وما أوسعه بابا للفساد الأخلاقي.

من خلال ما أوردناه على سبيل المثال لبعض التعاريف القانونية المختلفة للطلاق يتضح أن هناك من ركز في تعريفه للطلاق بربطه بمذهب معين من المذاهب الفقهية، في حين أن البعض منها لم يعط تعريفا دقيقا للطلاق وإنما اكتفى ببيان صوره وأرجعت ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية كالمشرع الجزائري.

---

[1] - عبد الفتاح تقية، **الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007/2006، ص3.

[2] - فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، **الوجيز في القانون الدولي الخاص**، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص11.

[3] - عبد الفتاح تقية، **مرجع سابق**، ص3.

[4] - القانون المدني الجزائري، **مصدر سابق**.

الفرع الثاني– دليل مشروعية الطلاق: الطلاق فيه حل للرابطة الزوجية التي أحلها الله وشرعها، ولذلك لم يترك الإسلام تشريع الطلاق لإرادة البشر يتولاه الناس بقوانين وضعوها بأنفسهم وإنما تولى الشارع الحكيم تشريع الطلاق ووضع أحكامه، لذلك لا خلاف بين الفقهاء في مشروعيته، إذ الأصل في هذه المشروعية ثابت بالكتاب والسنة والإجماع وحتى القياس والعقل والقانون.

– **أولا– من القرآن الكريم:** هناك العديد من الآيات التي تدل دلالة قطعية على مشروعية الطلاق منها قوله تَعَالَى:﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾[1].

يتضح من مدلول الآية بيان عدد الطلقات، وتقديره ثلاث طلقات، وتجوز الرجعة في اثنين ولا تجوز في الثالثة، قال ابن مسعود أن المراد بالآية التعريف بسنة الطلاق أي من طلق مرتين، فليتق الله في الثالثة، والآية جاءت لتنظيم الطلاق، ففي الجاهلية لم يكن للطلاق حد معين، فكان الزوج يطلق زوجته ما شاء من الطلقات ويراجعها متى شاء.

وقَالَ تَعَالَى:﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ﴾[2]

ودلالة هذه الآية أن لا إثم عليكم أيها الرجال إذا طلقتم النساء قبل المسيس(الجماع) وقبل أن تفرضوا لهن مهرا، فالطلاق في هذه الحالة غير محضور، إذا كان لمصلحة أو ضرورة، فالله سبحانه وتعالى أباح طلاق النساء سواء بعد العقد عليهن أو قبل الدخول بهن[3]

– **ثانيا– من السنة النبوية:** هناك أحاديث كثيرة وردت عن الرسولﷺ بخصوص مشروعية الطلاق منها أنه ثبت أن الرسولﷺ طلق حفصة بنت عمر ثم راجعها، ذلك دلالة واضحة على مشروعية الطلاق، وفيما رواه مالك عن نافع أن عبد الله ابن عمر– رضي الله عنهما – طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطابﷺ رسول الله ﷺ

1 - سورة البقرة، الآية 227.
2 - سورة البقرة، الآية 234.
3 - محمد علي الصابوني، **صفوت التفاسير**، ج1، المكتبة العصرية، بيروت، 2010، ص128.

عن ذلك فقالﷺ :" **مره فليراجعها، ثم يمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء**"[1].

وجه الدلالة في هذا الحديث أن تحريم الطلاق كان لأجل الحيض، فإن زال موجب التحريم جاز طلاقها في هذا الطهر، كما جاز في الذي بعده، وكما يجوز في الطهر الذي لم يتقدمه طلاق في حيضة، كما أن الحديث له دلالة صريحة في بيان العدة التي تكون بعد الطلاق، ومنه فالرسول ﷺ بين مشروعية الطلاق[2].

عن عائشة أم المؤمنين– رضي الله عنها– قالت:" **كان الرجل يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهي امرأته إذا راجعها وهي في العدة، وإن طلقها مائة مرة أو أكثر**"، حتى قال رجل لامرأته: " والله لا أطلقك فتبيني مني ولا آويك أبدا"، قالت: وكيف ذلك؟ قال: " أطلقك، فكلما همت عدتك أن تنقضي راجعتك، فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها فسكتت، فلما جاء النبي ﷺ أخبرته فسكت، حتى نزل قوله تَعَالَىٰ:﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾، قالت عائشة:" **فاستأنف الناس الطلاق مستقبلا، من كان طلق ومن لم يكن طلق**"[3].

– **ثالثا– من الإجماع:** لقد أجمع فقهاء الأمة الإسلامية على مشروعية الطلاق منذ عهد الرسول ﷺ حتى يومنا هذا على أنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته، ولم ينكر أحد هذا الأمر إلا إذا كان بدون عذر أو سبب شرعي[4]، فقد طلق عدد من الصحابة رضوان الله عليهم زوجاتهم ولم ينكر أحد عليهم، ولو كان الأمر عكس ذلك لأنكروا عليهم هذا الفعل، لما عرف عن الصحابة الأبرار من الجرأة في قول الحق[5].

---

[1] - البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الطلاق، حديث رقم 5251، دار ابن حزم، ط1، القاهرة، 2011، ص651.
[2] - جميل فخري محمد جانم، **مرجع سابق**، ص22.
[3] - باديس ديابي، **مرجع سابق**، ص12.
[4] - أحمد الغندور، **مرجع سابق**، ص36.
[5] - جميل فخري محمد جانم، **مرجع سابق**، ص23.

- **رابعا- من القياس:** لقد دل القياس على مشروعية الطلاق، لأن العشرة الزوجية إذا فسدت بين الزوجين ولم يكن في الاستطاعة دوامها، يكون بقاء الزواج بإمساك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها تفويت لمقاصد الزواج وتضييع لمصالحه التي شرع من أجلها، لذلك شرع الطلاق في الإسلام رفعا للضرر اللاحق بأحد الزوجين، فيلتمس كلاهما من هو خير له وأحسن معاملة وأكرم عشرة، لقوله تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا﴾[1].

- **خامسا- من المعقول:** قد تفسد الحياة الزوجية وتسوء العشرة بين الزوجين ويتعذر الإصلاح بينهما، وفي هذه الحالة لابد من بقاء الحياة الزوجية مع البغض والنفور والضغينة أو مع التفريق بين الزوجين جسديا، فتصبح المرأة كالمعلقة، فيصبح بقاء النكاح مفسدة محضة، فالأصلح والأنسب التفريق بينهما بالطلاق، لأن شرع الله اقتضى ذلك فما يزيل النكاح يزيل المفسدة الحاصلة منه[2].

لذلك فإن الرأي الراجح عند الفقهاء هو حظر الطلاق، وبالأصح تقييده حتى لا يسيء استعماله من طرف الناس إلا أن تدعو إليه حاجة أو يقتضيه سبب، رغم أنه قد أحله الله تعالى، إلا أنه قد أبغضه[3].

- **سادسا- من القانون:** الطلاق هو طريقة من طرق انحلال الرابطة الزوجية، تظهر في رغبة الزوج في طلاق زوجته لسبب من الأسباب الشخصية أو الشرعية أو الاجتماعية.

فالمشرع الجزائري عرفه في المادة 48 من ق.أس.ج، وعمل على وضع نصوص خاصة لتنظيمه، ومن هنا يتضح لنا أن للطلاق مشروعية قانونية، وهناك أسباب عامة وقانونية للطلاق[4].

---

1 - سورة النساء، الآية 129.

[2] - جميل فخري محمد جانم، **مرجع سابق**، ص24.

[3] - عبد القادر بن حرزالله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 214.

[4] - العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج1، **مرجع سابق**، ص207.

فمن أسباب الطلاق العامة نذكر انحلال عقد الزواج بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع.

أما الأسباب القانونية فإنه يمكن حصرها في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج (المادة 48 من ق.أس.ج) والطلاق بالتراضي والطلاق بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من ق.أس.ج، وكذلك المخالعة والطلاق بالتراضي بين الزوجين على مال تدفعه الزوجة لقاء خسارته بالطلاق (المادة 54).

فالزواج كأي تصرف قانوني آخر ينتهي وفق طرق معينة تختلف من قانون لآخر، فنجد بعض قوانين دول أمريكا اللاتينية لا ينتهي فيها الزواج إلا بالوفاة، بينما الدول التي استمدت قوانينها من الشريعة الإسلامية يجوز انتهاؤه بالطلاق وغيره من طرق حل الرابطة الزوجية. وهناك طريقة الانفصال الجسماني الذي يؤدي إلى انحلال الزواج إذا استمر لمدة معينة يحددها القانون، وهو شائع ومنتشر في أغلب تشريعات الدول الغربية، فمنها من أباح الطلاق والتفريق الجسماني كفرنسا سواء بسبب الخيانة الزوجية أو زنا أحد الزوجين أو إذا حكم على أحدهما بإدانة مشينة أو إخلاله بالالتزامات الناشئة عن عقد الزواج والذي يجعل من غير الممكن بقاء العلاقة الزوجية قائمة[1]، فقد نصت المادة 306 من القانون المدني الفرنسي أنه:" **إذا استمر الانفصال الجسماني لمدة سنتين يحق لأحد الزوجين طلب الطلاق**"[2]، وانجلترا وبلجيكا والولايات المتحدة الأمريكية.

كما يطبق في المجر الطلاق على غير الكاثوليك والتفريق الجسماني على الكاثوليك، ومنها من يقبل تطبيق الطلاق فقط دون التفريق الجسماني، كروسيا وألمانيا وسويسرا والسويد والنرويج والدانمارك ورومانيا وصربيا والبرتغال، وهناك من يطبق التفريق الجسماني دون الطلاق كالقانون الإيطالي قبل تعديله سنة 1970 والإسباني قبل تعديله سنة

[1] - Corinne Renault-Brahinsky, Droit des personnes et de la famille, G.E, Paris, 2007, p195.

[2] - Code civil Français, voir le site internet: www.legifrance.gouv.fr

1982[1] اللذين أباحا الطلاق في حالة الحكم بالسجن على أحد الزوجين أو في حالة ارتكاب جريمة الخيانة الزوجية[2].

الفرع الثالث–التمييز بين الفسخ والطلاق: اختلف الفقهاء في تعريف الفسخ، فقد عرفه محمد محي الدين عبد الحميد بقوله:" **الفسخ هو نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده أو سبب طرأ عليه يمنع بقائه واستمراره**"[3]، في حين عرفه محمد سمارة بقوله:" **الفسخ هو نقض عقد الزواج بسبب وقع عند العقد أو بسبب خلل أصاب العقد بعد انعقاده ولكنه خلل يمنع من بقاء العقد واستمراره**"[4].

وهما التعريفان الأنسب للفسخ باعتباره تعريفا جامعا ومانعا لأحكام الفسخ[5].

يعتبر كل من الطلاق والفسخ نوع من أنواع الفرقة، إلا أن لكل منهما خصائص تميزه عن الآخر، ففسخ عقد الزواج يقطع الرابطة الزوجية في الحال فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها، أما الطلاق، فقد يكون كذلك كما في البائن وقد لا يقطع هذه الرابطة في الحال بل بعد مضي مدة كما في الرجعي، حيث لا تنقطع الرابطة الزوجية إلا بعد مضي أشهر العدة، كما يثبت النسب بهما الاثنين.

كما أن الفسخ لا يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته سواء كان هذا الطلاق بائنا أو رجعيا، فلو وقعت فرقة الفسخ بين الزوج وزوجته ثم عاد إلى الزواج

---

[1] - سيد عبد الله علي حسين، **المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي**، مج1، ط1، دار السلام، القاهرة، 2001، ص246-247.

[2] - مسعودي يوسف، **المرجع السابق**، ص202.

[3] - محمد محي الدين عبد الحميد، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، المكتبة العلمية، لبنان، 2003، ص242.

[4] - محمد سمارة، **أحكام وآثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص269.

[5] - شرح تعريف الفسخ:

نقض عقد الزواج: أي إنهاء وإزالة عقد الزواج.

بسبب خلل وقع فيه وقت العقد: أي ظهر بعد العقد أن شرطا من شروط صحة العقد لم يتحقق كأن تكون الزوجة محرمة على الزوج، وتبين بأنها أخته من الرضاعة مثلا.

أو سبب طرأ عليه يمنع من بقاء العقد واستمراره: أي طرأ على حال الزوجين تغير كردة أحدهما عن الإسلام.

أنظر ماجد توفيق حمادة سمور، **التفريق بين الزوجين للردة أو إباءة الإسلام**، مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 2010، ص14.

من جديد ملك عليها ثلاث طلقات، أما الطلاق فإنه يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا[1].

غير أنه هناك اختلاف في تحديد حالات الفسخ والطلاق في كل مذهب من المذاهب الأربعة، فقد وضع الفقهاء فيصلا أو ضابطا للتفريق بينهما ولما يترتب على ذلك من آثار وهم على خلاف في ذلك، وكذا في القوانين المقارنة، وهذا ما سنتطرق إليه.

- **أولا: حالات الفسخ والطلاق في الفقه الإسلامي:** الطلاق والفسخ طريقان يحصل خلالهما التفريق بين الزوجين، رغم وجود اختلافات وفروق جوهرية بينهما من حيث طبيعة الفرقة المترتبة عليهما والآثار الناجمة عنهما، وهذا ما سنبينه من خلال آراء كل مذهب من المذاهب الفقهية التالية:

1- رأي المالكية[2]: يرى صاحب بداية المجتهد عن الإمام مالك- رحمه الله- أن تحديد الضابط الذي يقوم عليه التمييز بين الطلاق والفسخ يتوقف عن السبب الموجب للتفريق، فإن كان خارج عن إرادة الزوجين عد فسخا.

كما أن الفرقة تكون إما من زواج صحيح أو فاسد، فإذا كانت من زواج صحيح فإنها تكون طلاقا، إلا إذا كانت بسبب أمر طارئ يوجب التحريم المؤبد.

أما إذا كانت من زواج فاسد، فإن كان أجمع على فساده، فإن الفرقة فيه تكون فسخا لا طلاقا كالفرقة من زواج المتعة والزواج بأحد المحارم والزواج بالمعتدة ونحوها.

أما إذا كان مختلف في فساده وهو ما يكون فاسدا عند المالكية، صحيحا عند غيرهم كزواج امرأة بدون ولي فهو فاسد عندهم، صحيح عند الحنفية فإن الفرقة فيه تكون طلاقا لا فسخا ومنه زواج السر(الذي يوصي به الزوج الشهود بكتمان العقد عن الناس أو عن بعضهم) فهو فاسد عندهم صحيح عند باقي الأئمة.

---

[1] - العربي بلحاج، **مرجع سابق**، ص206 وما بعدها.

[2] - محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، **مرجع سابق**، ص70-71.

فعلى هذا النحو تكون الفرقة فسخا فيما يأتي[1]:

- إذا وقع العقد غير صحيح، كالزواج بالأخت من الرضاعة أو إحدى المحارم...الخ.

- إذا طرأ على الزواج ما يوجب الحرمة المؤبدة، كالاتصال الجنسي بشبهة من أحد الزوجين بأصول الآخر أو فروعه، مما يوجب حرمة المصاهرة.

- الفرقة بسبب اللعان لأنه تترتب عليه الحرمة المؤبدة لحديث الرسولﷺ:"**المتلاعنان لا يجتمعان أبدا**"، واللعان أن يحلف الرجل إذا رمى زوجته بالزنا أربع مرات، أنه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وأن تحلف الزوجة عند تكذيبه أربع مرات إنه من الكاذبين، والخامسة أن لعنة الله عليها إن كان من الصادقين[2]

- الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام بعد أن أسلمت زوجته أو إباء الزوجة غير الكتابية الإسلام بعد إسلام زوجها.

وتكون الفرقة طلاقا فيما يأتي:

- إذا اشتمل لفظ الطلاق في الزواج الصحيح أو المختلف في فساده.

- إذا حدثت الفرقة بالخلع في الزواج الصحيح أو المختلف في فساده.

- الفرقة بسبب الإبلاء.

- الفرقة لعدم كفاءة الزوج سواء أكانت من الزوجة أو من وليها .

- الفرقة لعدم الإنفاق أو للغيبة أو للضرر .

2- رأي الحنفية[3]: ذهب الحنفية إلى أن كل فرقة جاءت من قبل الزوج لا مثيل لها من قبل الزوجة، تعد طلاقا كالتلفظ بالطلاق أو توكيل أحد بالطلاق والمخالعة والإيلاء واللعان أو بسبب العيوب القائمة بالزوج.

---

[1] - أبو عبد الله بن جزي الكلبي، **القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية**، راجعه واخرج أحاديثه محمد عبد السلام محمد سالم، دار ابن الهيثم، القاهرة، 2009، ص140.

[2] - السيد سابق، **فقه السنة**، مج2، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 2001، ص213.

[3] - سعيد عبد المالك أبو الجبين، **التفريق بين الزوجين للعيوب**، مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية، الأردن، 1993، ص11.

وكل فرقة جاءت من قبل الزوج لها مثيل من قبل الزوجة تعد فسخا بصفة عامة، وخالف أبو حنيفة ومحمد بن الحسن ذلك في صورة إباء الزوج الإسلام فعدوها طلاقا وعدها أبي يوسف فسخا، كما عد محمد بن الحسن ردة الزوج طلاقا في حين خالفه أبو حنيفة وأبو يوسف فعداها فسخا.

والتعليل لكل منهما أن أبا حنيفة يرى بأنه لا يمكن أن نجعل الردة طلاقا لأنها بمنزلة الموت وأن إباء الزوج الإسلام يفوت مقاصد النكاح وثمراته وذلك مضاف إليه فيلزمه إمساك الزوجة بالمعروف أو تسريحها بإحسان.

وأما تعليل أبي يوسف فيرى أن الأحكام الشرعية لا تختلف باختلاف الأشخاص سواء كانوا ذكورا أو إناثا، في حين علل محمد بن الحسن أن الفرقة إذا حصلت من الزوج فإنه يعد طلاقا لأن الأصل في الفرقة هو فرقة الطلاق.

والرأي الراجح والأصوب هو ما ذهب إليه أبو يوسف فالتمثيل بالموت عند أبي حنيفة غير دقيق تماما لأن الفرقة بالموت لا تعد طلاقا ولا فسخا للعقد بل هي إنهاء له بسبب طبيعي لا دخل للزوج أو الزوجة فيه، كما أن ما ذهب إليه محمد بن الحسن في تعليله لذلك غير مسلم به وغير دقيق وغير منضبط.

وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة لا مثيل لها من قبل الزوج، تعد فسخا كالتفريق لعدم الكفاءة ونقصان المهر أي إذا تزوجت المرأة بأقل من مهر مثيلاتها.

وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة لها مثيل من قبل الزوج، تعد فسخا أيضا كردة الزوجة وإباء الزوجة الإسلام، فتفريق القاضي بين الزوجين بسبب إباء الزوجة الإسلام بعدما أسلم زوجها المشرك، لأن المشركة لا تصلح لنكاح المسلم والفرقة جاءت من قبلها، والفرقة من قبل المرأة لا تصح طلاقا بل هي فسخ، أما إذا كان الإباء من الزوج فتكون الفرقة طلاقا في قول أبي حنيفة، وفسخا في قول محمد أبو يوسف كما سبق.

وخيار بلوغ الصغيرة حيث لا تقع إلا بتفريق القاضي، فإذا كانت الفرقة بسبب اختيار الزوجة نفسها لعيب فهي فرقة بطلان من القاضي، وحرمة المصاهرة كالرضاع وغيره.

يرى الحنفية أن الفرقة تكون فسخا فيما يأتي[1]:

– تباين الدارين حقيقة وحكما بأن خرج أحد الزوجين إلى دار الإسلام مسلما أو ذميا وترك الآخر كافرا في دار الحرب قياسا على الردة لعدم التمكن من الانتفاع عادة، أما إذا خرج أحدهما مستأمنا، وبقي الآخر كافرا في دار الحرب فلا تقع الفرقة، قال غير الحنفية باختلاف الدارين.

– خيار العتق وذلك بأن تعتق الأمة ويبقى زوجها عبدا، فلها الخيار بالبقاء أو إنهاء الزواج وتثبت الفرقة الاختيار لأن الفرقة وقعت بسبب وجد منها وهو اختيارها لنفسها، وهذا لا يمكن أن يكون طلاقا لأن المرأة لا تملك الطلاق إلا إذا ملكت كالمخيرة.

3– رأي الشافعية: يرى الشافعية أن فرقة النكاح طلاق وفسخ[2]: يرى الإمام الشافعي أن تحديد الضابط الذي يقوم عليه التمييز بين الطلاق والفسخ يتوقف على أن كل فرقة بين الزوجين تعد طلاقا إذا أوقعها الزوج أو نائبه أو فوض الطلاق إلى زوجته، أي جعل أمرها بيدها فطلقت نفسها أو إلى غيرها فطلقها فهو كطلاقه لأنه وقع بأمره، وأن كل فرقة لم ينطق بها الزوج ولم يردها أن تقع فأوقعت تعد فسخا[3].

فالطلاق أنواع، الطلاق المعهود صراحة أو كناية والخلع وفرقة الإيلاء والحكمين والفسخ له سبع عشرة نوعا، فرقة إعسار مهر وإعسار نفقة أو كسوة أو مسكن بعد إمهال الزوج ثلاثة أيام، وفرقة لعان وفرقة خيار عتيقة وفرقة عيوب بعد رفع الأمر إلى الحاكم

---

[1] - بدران أبو العينين بدران، **أحكام الزواج والطلاق في الإسلام**، ط2، مكتبة دار التأليف، القاهرة، 1961، ص289وما بعدها.

[2] - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق**، ص352.

[3] - الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس،**الأم**، ج5، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1983، ص119.

وثبوت العيب والفسخ فوري إلا اللعنة فتؤجل لسنة من يوم ثبوتها وفرقة غرور[1] ووطء شبهة، كوطء أم زوجته أو ابنتها وسبي للزوجين أو أحدهما قبل الدخول أو بعده، لأن الرق إذا حدث أزال الملك عن النفس، وفرقة إسلام أحد الزوجين أو ردته وإسلام الزوج على أختين أو أكثر من أربع أو أمتين، وملك أحد الزوجين الآخر، وعدم الكفاءة بأن أطلقت المرأة الإذن فبات الرجل غير كفء وانتقاله من دين لآخر، وفرقة رضاع بشرط كونه خمس رضعات متفرقات قبل مضي حولين.

4- رأي الحنابلة: يرى صاحب المحلى[2] أن تحديد الضابط الذي يقوم عليه التمييز بين الطلاق والفسخ أنه لا يجوز قياس الفسخ على الطلاق، لأنهما مختلفان، فلفظ الطلاق يكون بلفظ المطلق وباختياره، والفسخ يقع بغير لفظ الزوج أحب أم كره، ويرى فقهاء الحنابلة بأنه تكون الفرقة فسخا في الحالات التالي ذكرها:

- الخلع إذا كان بغير لفظ الطلاق أو بغير نية الطلاق.
- ردة أحد الزوجين.
- الفرقة لعيب مشترك وهو الجنون والصرع أو مختص بالمرأة أو مختص بالرجل.
- إسلام أحد الزوجين.
- الفرقة بسبب الإيلاء بواسطة القاضي أن انقضت المدة وهي أربعة أشهر ولم يطأ الرجل زوجته ولم يطلق بعد أن يأمره الحاكم بالطلاق.
- الفرقة بسبب اللعان.

وأما الفرقة بسبب الطلاق فهي ما كانت بألفاظ الطلاق صريحا أو كناية.

من خلال ما سبق يمكننا أن ندرك بأن الفقهاء اتفقوا فيما بينهم على وضع ضابط يتم بموجبه التمييز بين كل من الطلاق والفسخ، وإن اختلفوا فيما بينهم على هذا الضابط، وأن

[1] - من الأنكحة المكروهة: نكاح المغرورة بحرية امرأة أو نسبها أو إسلامها وهو يجيز الفسخ والرجوع بالغرامة على من غرم لا بالمهر لأنه الموقع له في الغرامة فلو شرط رجل حرية امرأة في العقد فبان رقها وهو ممن لا يحمل له نكاح الأمة فهو باطل.

[2] - علي بن أحمد بن حزم، **المحلى**، ج10، تح: أحمد شاكر، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، د.س.ن، ص142.

أيسر الضوابط وأقربها دقة من غيرها هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة ومن وافقهم، لأنه يتفق وسياسة التشريع الإسلامي[1].

– **ثانيا: حالات الفسخ والطلاق في القانون:** إن أوجه التشابه والاختلاف عند جمهور الفقهاء لم تخرج أغلب القوانين المقارنة عنها، ويرجع ذلك كون كل قانون عند صياغته له مرجعية تتمثل في الأخذ برأي من الآراء التي جاء بها مذهب من المذاهب وسنفسر ذلك كالأتي:

1– رأي المشرع الجزائري: نصت المادة 32 من ق.أس.ج قبل تعديله على أنه:"**يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه واشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبت ردة الزوج**"، وبالتالي نستطيع القول أن المشرع الجزائري في هذه المادة قد أخذ برأي المالكية حيث اعتبروا وجود مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد بمثابة إخلال يستوجب الفسخ وكذلك الحال في ثبوت ردة الزوج.

وقد يفسخ عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا، فالإيجاب والقبول هما أساس عقد الزواج لربط الطرفين، ولما فيه من دلالة على إراداتهما في إنشاء العقد والرضا به، فقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 9 من ق.أس.ج، وعليه يشترط لصحة عقد الزواج رضا الطرفين، فلا يجوز للولي أن يجبر من في ولايته على الزواج أو يزوجها بدون موافقتها.

فالزواج قبل اكتمال الأهلية يعد باطلا بطلانا مطلقا، ويمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف أحد الزوجين، فخيار الصغيرة عند بلوغها سن الرشد، لها الحق في أن تطلب فسخ عقد الزواج قبل البناء إذا لم تكن راضية بذلك، ولا يقع إلا بتفريق القاضي، وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا، والذي جاء فيه:" **إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون**"[2]

2– رأي المشرع التونسي: لا يفرق بين مصطلحي البطلان والفساد ويستعملهما للدّلالة على معنى واحد إذ جاء بالفصل 22 من مجلّة الأحوال الشخصية:" **أن الزواج الفاسد يبطل**

[1] - سعيد عبد المالك أبو الجبين، **مرجع سابق**، ص15.

[2] - قرار رقم 255711 بتاريخ 2001/02/21، م.ع، م.ق، ع2، 2002، ص424.

وجوبا "، وذلك إقتداء بالفقه المالكي والشافعي الذي لا يفرّق بينهما، في حين أن الفقه الحنفي يستعمل المصطلحين ولكن للدّلالة على معنيين مختلفين.

3- رأي المشرع الفرنسي: بالرجوع للقانون الفرنسي يلاحظ أنّه ولئن استعمل مصطلحا واحدا هو "الزواج الباطل: le mariage nul إلا أنه ميز بين حالات يكون فيها البطلان نسبيا وأخرى يكون فيها مطلقا.

المطلب الثاني

حكـــم الطـــلاق وأقـــسامـــه

إن للطلاق أحكام عديدة تختلف باختلاف آراء الفقهاء وكذا الحالات التي يستعمل فيها، فقد شرع الطلاق لأحكام كثيرة، وأن الأصل فيه الإباحة، غير أن هناك من الفقهاء من يقررون أن الأصل في الطلاق الحظر إلا لحاجة تدعو إليه أو وجود مقتض أو سبب .

والطلاق يتنوع إلى عدة أقسام بحسب المعيار الذي يعتمد على أساسه، لدا وجب التطرق في هذا المطلب لحكم الطلاق وبيان أقسامه من خلال الفرعيين التاليين:

الفرع الأول- حكم الطلاق: يقصد بالحكم شرعا كونه مطلوب فعله أو مطلوب تركه أو ما يكون على سبيل الإلزام، لأن الطلاق تصرف إرادي يوقعه الزوج متى شاء ومتى دعت إليه الضرورة والحاجة، وهذا التصرف الذي يصدر من الشخص له حكمه الشرعي، وذلك لأن هذا الحكم هو خطاب الله ﷻ المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الاقتضاء أو التغيير أو الوضع، فمما لا خلاف فيه بين الفقهاء بأن الطلاق قد تعتريه الأحكام الخمسة من حيث الوجوب أو الندب أو الحرمة أو الإباحة أو الكراهة.

أولا-الطلاق يكون واجبا: ويستمد مدلوله من تعبيره، فهو فك الرابطة الزوجية التي لا مناص منها، لأن هناك سبب قوي يستدعي ذلك، فإذا احتدم الخلاف وعجز الحكمان عن الإصلاح، كان الطلاق واجبا كحالة العجز الجنسي الكلي بالنسبة للزوج ولا أمل في شفائه، لعدم تحقيق هدف التحصين[1].

[1] - باديس ديابي، **المرجع السابق**، ص14.

أو أن تكون المرأة غير عفيفة سيئة السمعة والسلوك، قال الإمام أحمد:" لا ينبغي إمساكها لأن في ذلك نقص لدينه، ولا يأمن من إفسادها لفراشه، وإلحاقها به ولدا ليس هو منه، ولا بأس بالتضييق عليها في هذه الحالة لتفتدي منه[1].

وقد يكون أيضا واجبا من قبل الحاكم أو القاضي عند انتهاء مدة الإيلاء[2]، وهي أربعة أشهر– مدة التربص– إن أبى الزوج المولي الفيئة – أي العودة – إلى زوجته.

ثانيا–الزواج يكون مندوبا: يكون الزواج مندوبا أو مستحبا، إذا كانت الزوجة بذيئة اللسان سيئة الخلق تؤدي زوجها أو الأهل والجيران بالقول أو الفعل، أو عند تفريطها في حق من حقوق الله كتركها الصلاة أو الصيام، أو انحرفت في سلوكها ولم تستجب لنصح الزوج، لكونها غير عفيفة، أو تفريطها في تربية الأولاد.

كما يندب إذا طلبته المرأة مخالعة لترفع الضرر عن نفسها، ويندب أيضا إذا قصر الزوج في حقوقها وبلغ حدا كبيرا أو جلب المشقة لها، فيصبح المندوب واجبا، خاصة إذا تمادى الزوج في تقصيره وإيذائه لها، فأصابت الزوجة مشقة كبيرة[3].

قال لقيط بن صبره لرسول الله ﷺ: إن لي امرأة وفي لسانها شيء– يعني البداء– قال:" **طلقها إذا**"، فقال: إن لها صحبة، ولي منها ولد، قالﷺ:" **فمرها بقول فعظها لعلها أن تعقل**"، **ولا تضرب ظعينتك كضربك إبلك**"[4].

وكذلك الطلاق في حالة الشقاق وكثرة الخلاف بين الزوجين لمدة طويلة، دفعا للضرر عن أحدهما أو كليهما أو إن كان فيه نفع لهما.

---

[1] - المطهر محمد بن يحي، **أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية**، ج2، ط 2، دار الفكر، صنعاء، 1989، ص30.

[2] - **الإيلاء:** هو حلف الرجل بالله تعالى أن لا يطأ زوجته مدة لا تزيد على أربعة أشهر لغرض التأديب لا الإضرار، فإن فاء قبل المدة التي حلف أن لا يطأ فيها، وجبت عليه كفارة يمين(صيام ثلاثة أيام)، وإذا انقطعت مدة الإيلاء – أي الأربعة أشهر– ولم يجامع ويرجع إلى زوجته، طالبته الزوجة لدى الحاكم إما أن يفي أو يطلق.

[3] - محمود علي السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ط3، دار الفكر، عمان، 2010، ص 173.

[4] - ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد أبو الحاتم التميمي(ت 354هـ)، **صحيح ابن حبان**، ج16، تح: شعيب الأرناؤوط، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1414هـ.

ثالثا-الطلاق يكون مكروها: يكون الطلاق مكروها إذا كان بدون مبرر ولا سبب جدي يستدعي ذلك ولا حاجة تدعو إليه، وقال القاضي من الحنابلة: يحرم في هذه الحالة لأنه ألحق الضرر بنفسية زوجته، كما أن فيه تفويتا للمصلحة الحاصلة بالزواج من غير حاجة داعية إليه، فكان حراما كإتلاف المال لقوله ﷺ:" **لا ضرر ولا ضرار**"[1]، ويبدو أن من قال بالكراهة من الفقهاء أراد الكراهة التحريمية لا الكراهة التنزيهية[2].

قالﷺ:" **ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق**"[3]، أي يكون مبغوضا حيث لا حاجة إليه، وقد سماه الرسولﷺ حلالا لأنه يزيل النكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها فيكون مكروها[4].

رابعا-الطلاق يكون محرما: إذا كان الطلاق بدعيا ويترتب عليه تطويل أجل العدة[5]، وذلك بأن يطلقها ثلاثا بلفظ واحد أو مفرقات في طهر واحد أو يطلقها في حيض أو نفاس، وذلك كما روى عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال عليه الصلاة والسلام:" **مره فليرجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء**[6].

وسؤال المرأة زوجها الطلاق بلا سبب ولا داع ولا مقتض، لقولهﷺ:" **أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة**"[7].

فقد اتفق الفقهاء على أن هذا الطلاق يقع حراما وأن فاعله آثم.

---

[1] - راوه ابن ماجة في الأحكام، **باب من بنى في حقه ما يضر بجاره**، الحديث رقم 2341.

[2] - محمود علي السرطاوي، **المرجع السابق**، ص173.

[3] - رواه أبو داود في الطلاق، **باب في كراهة الطلاق**، الحديث رقم 1862.

[4] - عبد القادر داودي، **المرجع السابق**، ص 241.

[5] - أحمد نصر الجندي، **الطلاق والتطليق وآثارهما**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص130.

[6] - حديث صحيح، **سبق تخريجه**، ص 651.

[7] - أبو داود، **سنن أبي داود**، حديث 2225، تعليق عزت عبيد الدفاس، كتاب الطلاق، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1997، ص647.

خامسا-الطلاق يكون مباحا:اتفق الفقهاء أن الطلاق شرع لتيسير الخلاص من الحياة الزوجية إذا أصبحت مثارة للفتن ومحلا للأحقاد ومضيعة للتآلف والتواد بين الزوجين، فلا يؤثم فاعله.

قال السرخسي:" **وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغض في الأصل عند عامة العلماء**"[1].

ويكون عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها أو كان الرجل لا يريدها ولا تطيب نفسه أن يتحمل مؤنتها، والتضرر بها من غير حصول الغرض منها[2].

الفرع الثاني- أقسام الطلاق: للطلاق عدة أنواع وتقسيمات، فهناك الكثير ممن يخلطون بين هذه الأنواع والتقسيمات، ولتفادي هذا الخلط وجب إيجاد معيار يتم بموجبه التمييز بين أنواع الطلاق وأقسامه، فهو يقسم إلى عدة أقسام متعددة ومتنوعة ولكل قسم شروطه وآثاره، فقد يقسم الطلاق حسب طبيعته أي باعتبار موافقته للسنة أو مخالفته لها إلى طلاق سني وطلاق بدعي، وقد يقسم حسب الصحة أي الطلاق من حيث إمكانية الرجعة بعده إلى طلاق رجعي وطلاق بائن، ويقسم أيضا الطلاق من حيث وقوعه أي من حيث الطبيعة واشتمالها على التعليق سواء باعتبار زمنه أو من حيث اللفظ، وهذا ما سنشرحه من خلال الآتي:

أولا: الطلاق من حيث طبيعته: أجمع الفقهاء على تقسيم الطلاق من حيث وصفه الشرعي، أي مدى موافقته للسنة أو مخالفته لها إلى طلاق سني وطلاق بدعي.

1- الطلاق السني: وهو الطلاق الموافق أو المطابق للسنة الشريفة، الواقع على الوجه الذي ندب إليه الشارع، وجاء على النحو الذي أمرت به الأحكام الشرعية، وهو ألا يزيد على الطلقة الواحدة بكلمة واحدة في طهر لم يمسها فيه أي في غير حيض ولا نفاس، ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والحامل والآيسة لقوله تَعَالَىٰ:﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾[3].

---

[1] - شمس الدين السرخسي، **كتاب المسبوط**، ج6، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن، ص2.

[2] - نور الدين عتر، **أبغض الحلال**، ط4، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1985، ص44.

[3] - سورة البقرة، **الآية** 227.

وقد اتفق جمهور الفقهاء من مالكية وحنفية وشافعية على أن من شروط الطلاق السني هو أن يوقعه الزوج في طهر طلقة واحدة رجعية لم يجامعها فيه، ولم يجامعها أيضا في حالة حيض قبله، وأن لا يتبعها الزوج طلاقا آخر حتى تنقضي عدتها فإن اتبعها كان بدعة.

وأما غير المدخول بها فيطلقها في حال الطهر أو الحيض أو النفاس على حد سواء، ومتى شاء، فعن عكرمة أنه سمع بن عباس يقول:" **الطلاق على أربعة وجوه: وجهان حلال ووجهان حرام، فأما الحلال فإن يطلقها طاهرا جماع أو يطلقها حاملا مستبينا حملها، وأما الحرام فإن يطلقها حائضا أو يطلقها حين يجامعها لا يدري اشتمل الرحم على ولد أم لا**"[1].

واستثنى الحنفية من البدعي عامة، الخلع والطلاق على مال والتفريق للعلة، فإنه لا يكون بدعيا ولو كان في الحيض لما فيه من الضرورة، وقسموا الطلاق السني إلى طلاق حسن وطلاق أحسن بينما جمهور الفقهاء عندهم قسم واحد.

2- الطلاق البدعي: سمي كذلك نسبة إلى البدعة عكس السنة، وهو ما خالف فيه المطلق الطريقة التي أمر الله ورسوله ﷺ بإتباعها في إيقاع الطلاق، كطلاق الزوج زوجته ثلاثا بلفظ واحد أو يطلقها ثلاثا متفرقات في مجلس واحد كأن يقول لها:" **أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق**"، أو يطلقها في حيض أو نفاس أو في طهر جامعها فيه، وهذا النوع من الطلاق باتفاق جمهور الفقهاء يؤثم فاعله، ولكنهم اجمعوا على وقوعه.

والراجح عند فقهاء المالكية[2] أن الطلاق البدعي مكروه ومحرم، والغالب عند الفقهاء أنه إذا طلق الرجل امرأته طلاقا بدعيا، فإنه يسن له إرجاعها لأنه وقع في معصية، وهذا يتم باختياره إذا كان الطلاق رجعيا، فلم يترك الإسلام الطلاق إلا ووضع له حدودا وضوابط.

[1] - البيهقي، **مرجع سابق**، ج7، ص325.

[2] - فقهاء المالكية: هم تلاميذ الإمام مالك بن انس، عالم وفقيه المدينة المنورة المشهور، تلقى العلم على علمائها، ولقي أبا حنيفة والليث بن سعد وجعفر الصادق، وتتلمذ على يديه الإمام الشافعي، وكان أول فقيه دوّن فقهه بنفسه في كتاب الموطأ الذي يعتبر كتاب فقه وإن كان يحوي أحاديث الرسول ﷺ وآثارا عن الصحابة والتابعين، نقلا عن العربي بختي، **أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي**، ط1، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص17.

الحكمة من النهي عن إيقاع الطلاق البدعي ترجع إلى عدة أسباب، لأنه يلحق الضرر بالزوجة بإطالة فترة العدة بالنسبة لها، ولعدم حساب الحيضة التي طلقها فيها، وإن حملت في طهر جامعها فيه، فربما حملت فتطول بذلك عدتها، وللتمكين من إجراء الصلح بين المطلق ومطلقته، والخوف من الإسراع إلى إيقاع الطلاق والتساهل فيه خاصة في وقت الاضطراب النفسي الذي يصيب المرأة الحائض وحالة الغضب.

في حين قال الظاهرية والجعفرية وابن حزم وابن تيمية، وابن القيم وإبراهيم بن علية وطاووس:"**لا يقع الطلاق البدعي شيئا ولا يحتسب**"، واستدلوا على أنهم لو صححوا الطلاق البدعي، فالنتيجة لا فرق بين الطلاق المنهي عنه والمأذون فيه من جهة الصحة والفساد، ولأن الشارع نهى عنه لأنه مكروه ويبغضه ولا يحب وقوعه فحرمه، كما أن النكاح المنهى عنه لا يصح لأجل النهي فقياسا على ذلك الطلاق أيضا[1].

والراجح أن هذه المسألة من المسائل الفقهية الخلافية، وأن الطلاق البدعي مخالف لظاهر القرآن الكريم وصحيح السنة.

أما من الناحية القانونية فإن الطلاق هو ما أوقعه الزوج بإرادته المنفردة متى توافرت أسبابه وشروطه الشرعية، وأن إيقاعه يثبت بمجرد التلفظ به إذا كان المطلق قاصدا غير مكره فتترتب عليه آثاره الشرعية والقانونية.

والمشرع الجزائري لم يعرف الطلاق السني ولا البدعي، ولم يتعرض لهاتين الحالتين وحكمهما، وهو بذلك ترك الأمر للقضاء للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب ما نصت عليه المادة 222 من ق.أس.ج.

وبالرجوع إلى القوانين المقارنة، نجد أن الطلاق المقترن بعدد أو بتكرار اللفظ وهو ما يطلق عليه بالطلاق المتتابع أو المتكرر، فقد اختلفت آراء الفقهاء فيه، وقد أخذت جل القوانين العربية برأي ابن تيمية ومن وافقه، والذي مفاده بأن الزوج يملك على زوجته ثلاث طلقات وأن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدا، وهو ما أشارت إليه المادة 92 من

[1] - عبد القادر داودي، **مرجع سابق**، ص284.

مدونة الأسرة المغربية بقولها:" **الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدا**"[1]، كما نصت عليه المادة 109 من القانون الكويتي[2] والمادة 3 من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929[3]، والمادة 89 من قانون الأحوال الشخصية الأردني[4]، والمادة 86 الفقرة ب من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان[5]، والمادة 130 الفقرة ج من قانون الأحوال الشخصية السوداني[6]، والمادة 37 من قانون الأحوال الشخصية العراقي[7]، وكذا نص المادة 92 الفقرة الأولى والثانية والثالثة من قانون الأحوال الشخصية السوري[8] بقولها:" **الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدا، ويقع الطلاق المكرر في مجلس واحد بعدده إلا إذا قصد به التأكيد فيقع واحدا ويصدق المطلق بيمينه، ويقع الطلاق المكرر في مجالس متعددة بعدده مادامت الزوجة معتدة**".

وهو ما يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية في جعل الطلاق على دفعات متعددة أي ثلاث مرات، وهو الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدا، وهو رأي عبد الرحمان بن عوف ومحمد ابن إسحاق وابن مسعود أيضا، وقال ابن القيم:" **أنه رأي أكثر الصحابة من الحنفية والمالكية والحنابلة**"، ولم يورد القانون الجزائري أي نص في هذا الشأن.

واعتبرت المادة 51 من ق.أس.ج أن الطلاق يعد باتا ويحرم الزوجة المطلقة على زوجها بعد ثلاث طلقات متتالية ومتفرقة[9]، وقد استقرت اجتهادات القضاء العربي في كل من

---

[1] - مدونة الأسرة المغربية، **مصدر سابق.**

[2] - القانون رقم 51/84 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل والمتمم، ج.ر، ع1570 بتاريخ 1984/07/23.

[3] - قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100لسنة 1985.

[4] - قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010 المؤرخ في 2010/09/26.

[5] - قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان الصادر بتاريخ 2014/09/28.

[6] - قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991 المؤرخ في 24 جويلية 1991.

[7] - قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 الصادر بتاريخ 1959/12/19 جريدة الوقائع العراقية، ع280 بتاريخ 1959/12/30، ج1، ص989.

[8] - قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07 المعدل والمتمم بالقانون رقم 20 لسنة 2019، ج.ر، بتاريخ 2019/06/27.

[9] - يبدوا أن المشرع الجزائري اعتبره بدعة، وهو ما يستفاد من إجابة ممثل الحكومة للنواب أثناء مناقشة مشروع قانون الأسرة بقوله:" إن الطلاق الثلاث بدعة، لا يقع لا شرعا ولا فقها ولا قضاء"، انظر الجريدة الرسمية للمجلس الشعبي الوطني، ع48 لسنة 1984، نقلا عن العربي بلحاج، **مرجع سابق**، ص252.

مصر وسوريا[1] والجزائر[2] على اعتبار الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة طلاقا واحدا، ومثله الطلاق المكرر والمتتابع في مجلس واحد وهو رأي الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة من أن الطلاق المتكرر والمتتابع كالطلاق المقترن بعدد لا يقع إلا واحدا[3].

وقد ذهبت محكمة التمييز العراقية في عدة قرارات لها إلى عدم إيقاع طلاق زوجة وهي في حالة حيض، فقد جاء في قرار لها ما يأتي:" **يشترط أن تكون المطلقة طاهرا حال الطلاق ولا يصح طلاق الحائض إلا إذا غاب الزوج عنها حال طهر لم يواقعها فيه وطلق دون علمه بحيضها فطلاقه واقع وإن صادف زمان حيض**"[4].

في حين يرى المشرع المغربي أن حكم طلاق المرأة في حالة حيض لا يقع وهذا ما نصت عليه المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية بقولها:" **إذا وقع الطلاق والمرأة حائض أجبر القاضي الزوج على الرجعة**".

ومن الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من وقوع طلاق الحائض لأن الطلاق متعلق بإرادة الزوج ونيته وهذه صفة قائمة به ولا صلة لها بالحالة النفسية والخلقية للمرأة.

ثانيا: الطلاق من حيث صحته: يقسم الطلاق من حيث الصحة أي باعتبار الرجعة من عدمها إلى قسمين، طلاق رجعي وطلاق بائن هذا الأخير يقسم إلى طلاق بائن ببينونة صغرى وطلاق بائن ببينونة كبرى.

1- الطلاق الرجعي: ويعبر عنه البعض بلفظ الرجعة تارة وبلفظ المراجعة أحيانا والمعنى عندهم واحد ويكون بطلقة واحدة أو طلقتين، فالطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج بعد إيقاعه مراجعة زوجته ما دامت في العدة من غير عقد ولا مهر جديدين، سواء

---

[1]- نقض سوري، رقم 141، 14 افريل 1958.

[2]- قرار رقم 39463 بتاريخ 10 فيفري 1986، م.ع، غ.أ.ش، غير منشور، نقلا عن العربي بلحاج، **مرجع سابق**، ص253.

[3] - محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص308.

[4]- قرار رقم 267 بتاريخ 1993/09/17، وجاء في قرارها المرقم 66 بتاريخ 1979/02/4" لا يقع طلاق الزوجة إذا لم يكن في حالة طهر، " انظر مجموعة الأحكام العدلية"، ع2 السنة العاشرة، نقلا عن فاروق عبد الله كرم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، كلية القانون، جامعة السليمانية، إقليم كردستان، العراق، 2004، ص176.

كانت راضية بذلك أم لا، وسواء علمت بالرجعة مسبقا أم لم تعلم[1]، وهو الأصل في الطلاق لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾[2]، فللزوج الحق في مراجعة زوجته في أي لحظة دون قيد أو شرط، لأن الزوجية ما زالت قائمة قبل انتهاء فترة العدة، فإذا انتهت فترة العدة أصبح الطلاق بائنا ولا يملك الزوج حق مراجعة مطلقته إلا بعقد جديد.

والطلاق الرجعي هو ما كان دون الثلاث في المدخول بها وبدون عوض، أي أن يكون دخولا حقيقيا، وأن لا يكون الطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة أي بلا عوض، لأن هذه الحالات من الطلاق الرجعي ثابتة بالقرآن الكريم، والسنة وبإجماع العلماء وفقهاء القانون.

فلو كان الطلاق مكمل للثلاث، فإنه يكون بائنا ويحرم المرأة على الزوج ولا تحل له مراجعتها حتى تنكح زوجا آخر غيره نكاحا لا يقصد به التحليل، وإنما تتزوج غيره زواجا صحيحا، قال تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾[3].

كما أن الطلاق قبل الدخول يكون بائنا، لأن المطلقة في هذه الحالة لا عدة عليها، والرجعة تكون في العدة وحيث انتهت العدة تنتهي الرجعة، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[4].

---

[1] - بن شويخ الرشيد، **مرجع سابق**، ص177.

[2] - سورة البقرة، **الآية** 226.

[3] - سورة البقرة، **الآية** 228.

[4] - سورة الأحزاب، **الآية**49.

أما الطلاق على مال من أجل أن تخلع المرأة نفسها من زوجها الكارهة له، فإن ذلك يعد طلاقا بائنا، لأنها افتدت نفسها بمال نظير عوض وهو خلاص عصمتها، ولا يكون الخلاص إلا إ ذا كان الطلاق بائنا، **قَالَ تَعَالَى:** ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـٔٗا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[1].

فالطلاق الرجعي لا يترتب عليه اثر التفريق في الحال ولا فك عصمة النكاح من الزوج إلا بعد قضاء العدة لأن الزوجية ما تزال قائمة وهدا ما يسمى بالرجعة.

فالرجعة هي رخصة منحها الشارع الحكيم للزوج لاستعمالها في إصلاح الطلاق الذي أوقعه بإرادته، فقد عرف المالكية الرجعة على أنها عودة الزوجة المطلقة طلاقا رجعيا إلى العصمة من غير تجديد عقد، في حين عرف الحنفية الرجعة على أنها استدامة النكاح في أثناء عدة الطلاق[2]، أي أن النكاح لا ينتهي بمجرد توقيع الطلاق الرجعي وإنما يستمر حتى نهاية عدة الزوجة، لعل الزوج يتراجع عن قراره، فيراجع زوجته غير مكره، وعرف الشافعية الرجعة على أنها إعادة لأحكام الزواج في أثناء العدة بعد الطلاق، لأن النكاح قد زال بطلاق والرجعة أعادته.

والملاحظ أن جل هذه التعاريف وغيرها متقاربة المعاني ومتفقون على العموم في إمكان الزوج إعادة العلاقة الزوجية كما كانت قبل إيقاعه الطلاق الرجعي.

أما بخصوص صيغ انعقاد الرجعة فهي متعددة ومختلف فيها، سواء كانت صيغ لفظية ويسميها البعض الدلالة القولية على الرجعة، وسواء كانت ألفاظا صريحة أو كنائية أو كانت صيغ فعلية أو الدلالة الفعلية على الرجعة كالمعاشرة الجنسية بغرض الرجعة أو مقدماتها.

---

[1] - سورة البقرة، **الآية** 227.

[2] - محمد أبو زهرة، **مرجع سابق**، ص313.

فقد اتفق الجمهور أن الرجعة تصح بالفعل والقول إلا أنهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة آراء واختلفوا على الاستمتاع بالمطلقة رجعيا وهي في عدتها.

فالمالكية يرون أن النكاح ومقدماته تصح بهما الرجعة لكن بشرط النية أي نية مراجعة الزوجة سواء بالفعل أو القول، بينما يرى الحنفية أن الرجعة تصح ولو بدون نية قولا أو فعلا، في حين فرق الحنابلة في صحة الرجعة بين الوطء ومقدماته، فإن الرجعة عندهم تصح بالوطء ولا تصح بمقدماته، أما الشافعية وابن حزم فيرون بأن الرجعة لا تصح بالفعل مطلقا سواء كان الفعل مصحوبا بنية الزوج في الرجعة أو بدون نية وأن تكون الرجعة إلا بالقول الصحيح للقادر عليه ولا تصح بالوطء أو بمقدماته من القبلة والمباشرة بشهوة وحجته في ذلك أن الطلاق يزيل النكاح[1].

في حين قال الشوكاني:" **والظاهر ما ذهب إليه الأولون لأن العدة مدة خيار، والاختيار يصح بالقول والفعل**"، لقوله تَعَالَىٰ:﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾، وقوله ﷺ:" **مُرْه فليراجعها** "، **أي أنها تجوز المراجعة بالفعل لأنه لم يخص قولا من فعل ومن ادعى الاختصاص فعليه الدليل**"[2].

والرأي الراجح: هو ما ذهب إليه المالكية في أن العبرة بالوطء ومقدماته تكون بنية الرجعة أو بأي شيء آخر يدل عليها، وقد رجح ابن تيمية هذا الرأي بقوله: " **ومالك يجعله رجعة مع النية**"، وهو رواية أيضا عن أحمد بن حنبل:" **الذي يبيح وطء الرجعة إذا قصد به الرجعة وهذا أعدل الأقوال وأشبهها بالأصول**"[3]

اختلف الفقهاء على اشتراط الإشهاد على الرجعة، فهناك من يرى وجوب الإشهاد لأنه شرط لصحة الرجعة، وهناك من يرى بأن الإشهاد مستحب لتوثيق الحقوق، ولكي تصح

---

[1] - محمد علي الصابوني، **روائع البيان تفسير آيات الأحكام**، ج1، ط3، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، 1980، ص322.
- طارق بن أنور آل سالم، **الواضح في أحكام الطلاق**، دار الإيمان، الإسكندرية، 2004، ص80.

[2] - **المرجع نفسه**، ص80.

[3] - عز الدين عبد الدايم، **صيغ انعقاد الرجعة في الطلاق بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، ع12، المركز الجامعي تامنغست، 2017، ص258- 259.

الرجعة وجب إثبات النكاح بشاهدين والخلوة ولو بامرأتين مع عدم إنكار الزوجة الوطء وهو قول جمهور الفقهاء.

إذا كانت الرجعة محل خلاف بين الرجل والمرأة سواء من حيث وقوعها أو صحتها من عدمه، فإذا كان الاختلاف في وقوعها فيدعي الزوج وقوعها وتنكر المطلقة ذلك والعدة لم تنقض، فالقول للزوج لأنه يخبر عن أمر يملك إنشاؤه في الحال، أما لو ادعى الزوج ذلك بعد انقضاء العدة أنه راجع زوجته فيها وأقام بينة بعد العدة تشهد أنه أقر بالوطء أو بمقدماته أو بأي شيء آخر وأنه نوى به الرجعة، فإنه يصدق في دعواه وتصح رجعته، أما إذا لم يذكر أنه راجعها قبل انقضاء العدة ثم توفي بعد العدة فلا تثبت بذلك الرجعة ولا ترثه ولا يلزمها عدة وفاة.

تُصدق المعتدة في انقضاء العدة بلا يمين إذا انقضت عدتها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ طلاقها إن كانت يائسة من المحيض، أو بانقضاء عدتها بثلاث حيضات إن كانت من ذوات الحيض أو بوضع حملها أو سقوطه، لأن الله تعالى ائتمنها على ذلك، فالعدة متعلقة بالحيض والطهر ولا يمكن الاطلاع عليهما إلا من جهتها فجعل القول قولها، **قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾**[1]. وأقل مدة للعدة ستون(60) يوما فأكثر في الفقه الحنفي وثلاثين(30) يوما أي شهر في الفقه المالكي.

إذا كذَبت المعتدة نفسها في انقضاء العدة فلا يلتفت لتكذيب نفسها ولا تحل لمطلقها إلا بعقد جديد ولا توارث بينهما[2]

والملاحظ أنه ما إذا لم تعلم الزوجة بالرجعة حتى تزوجت رغم أن الزوج طلقها وراجعها قبل انقضاء عدتها، فحكمها حكم ذات الوليين، فعن إبراهيم أن أبا كنف طلق امرأته ثم خرج مسافرا واشهد على رجعتها قبل انقضاء العدة، ولا علم لها بذلك حتى تزوجت فسأل

[1] - سورة البقرة، الآية226.

[2] - الحبيب بن طاهر، **الفقه المالكي وأدلته**، ج4، ط2، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2005، ص96-98.

عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن ذلك فقال عمر:" إن كان دخل بها فهي امرأته، وإلا فهي امرأتك"[1]، قَالَ تَعَالَى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ﴾[2]، وذلك صيانة للحقوق والأعراض.

والرجعة تعتريها أحكام النكاح فالأصل فيها الجواز والإباحة، لما جاءت به الآيات الكريمة من إعطاء الحق للزوج في إرجاع زوجته لعصمته إن شاء ذلك.

كما أن المراجعة تعتريها أحكام الندب والحرمة، فالزوج مخير بين الإمساك أي المراجعة على المفارقة بشرط الحث على إرادة الإصلاح وليس التقييد، وقوله تَعَالَى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾[3]، أي لا تكون نية الزوج في المراجعة الانتقام من الزوجة أو إساءة معاملتها، وتكون الرجعة واجبة إذا تم طلاق الزوجة وهي حائض فليراجعها[4].

ويشترط لإيقاع الطلاق الرجعي أن يكون بطلقة واحدة وبلفظ صحيح بعد الدخول الحقيقي سواء كان واحدا أو اثنين أو كان بألفاظ الكناية التي لا تفيد معنى الشدة، كلفظ (اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة)، وهذا حسب ما ذهب إليه بعض المالكية والأحناف في كون الطلاق رجعي إلا في هاتين الحالتين[5].

ومن الآثار المترتبة على الطلاق الرجعي أن المطلقة طلاقا رجعيا تعتبر زوجة لأن الزوجية ما زالت قائمة حكما، وللزوج حق المراجعة إذا شاء ما دامت العدة لم تنقض، وتبقى الحقوق الزوجية ثابتة لكل واحد منهما على الآخر كالنفقة وغيرها، ولا يمنع التوارث بينهما إذا مات أحدهما في العدة فالحي منهما يرث الميت.

---

[1]- الحبيب بن طاهر، **مرجع سابق**، ص99.

[2] - سورة الطلاق، **الآية**2.

[3] - سورة البقرة، **الآية**229.

[4] - الحبيب بن طاهر، **مرجع سابق**، ص88.

[5] - عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما جرى عليه العمل بالمحاكم** ، ط2، دار القلم، الكويت، 1990، ص141.

كما أن الأصل في الطلاق الرجعي جواز الخلوة بأن تمكث المرأة المطلقة في بيت الزوجية ولا تغادره لأنه محل العدة وحق للزوج على مطلقته، فإذا باشر الزوج زوجته عد ذلك رجعة منه وانتهت العدة وكذا الطلاق وراجعها بدون عقد ولا مهر.

في الطلاق الرجعي للزوج الحق في مراجعة زوجته برضاها أو من غير رضاها، فإذا لم تعد لبيت الزوجية عدت ناشزا، ولا تبين منه ولو طالت مدة النشوز أو مدة بقائها في بيت أهلها[1].

الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، فبانتهاء العدة يصبح الطلاق بائنا وتسقط الحقوق، وله إن شاء الزواج بها من جديد أن يتزوجها بعقد ومهر جديدين وبرضاها.

كما أن نفقتها تكون واجبة على الزوج المطلق أثناء فترة العدة، وأن مؤخر الصداق المؤجل لأحد الأجلين(يقصد بهما الموت أو الطلاق).

وإنما يحل مؤخر الصداق بانقضاء العدة، وتصح الرجعة بالقول كأن يقول لها راجعتك، حسب رأي جمهور الفقهاء.

أما من الناحية القانونية، فقد نص القانون الجزائري في المادة 50 من ق.أس.ج على الطلاق الرجعي بقوله:" **من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد**"، إلا أنه لم يتطرق إلى صيغ الرجعة وترك ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية وما جرى عليه العرف، كما أن نص المادة 49 من ق.أس.ج أكدت أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر، وهي المدة التي تتفق مع المدة اللازمة لكي تعتد فيها الزوجة المطلقة.

[1] - عبد القادر داودي، **مرجع سابق**، ص288.

من خلال المواد السابقة يتبين لنا أن صاحب الحق في الرجعة هو الزوج وحده أثناء محاولة الصلح وقبل انقضاء العدة، فبانتهاء محاولة الصلح وصدور الحكم بالطلاق يسقط حق الزوج في الرجعة، لان الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، لدى على الزوج مراجعة زوجته بعقد ومهر جديدين، فأثر الطلاق يبدأ من يوم النطق والتصريح به حسب نص المادة 58 و60 من ق.أس.ج، وبذلك يكون القاضي قد شهد على ذلك وهي رجعة شرعية وقانونية[1]

فقد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1983/03/14 بقولها:" **أن الطلاق الرجعي هو الذي يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته وإعادتها إلى الزوجية من غير حاجة إلى رضاها ما دامت في العدة والتي تحتسب من يوم صدور الحكم**"[2].

فإذا طلق الزوج زوجته فله حق مراجعتها إلى عصمته ما دامت في العدة لأنها لا تزال زوجته[3]، فقد قررت المحكمة العليا:" **أن تلفظ الزوج بطلاق يلزمه وأن الرجعة لا تعتبر شرعا إلا أثناء قيام العدة، وعليه فإن تراجع الزوج المطلق في طلاقه بعد انتهاء مدة العدة لا يشفع له شرعا وقانونيا في عدم احتساب الطلاق الذي تلفظ به، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية**"[4].

كما أن القضاء في العديد من قراراته فرق وميز بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، فمن خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بقولها:" **من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن هو الذي يقع ما قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر.**

---

[1] - العربي بلحاج، **مرجع سابق**، ص324.

[2] - **المرجع نفسه**، ص314.

[3] - قرار صادر عن مجلس مستغانم بتاريخ 1966/12/15، م.ج، 1968، ع4، ص1233 نقلا عن العربي بلحاج، **المرجع نفسه**، ص318.

[4] - قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1983/03/19، ن.ق، ع3، ص83.

إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية وبذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقا بائنا"[1]

وبالرجوع إلى القوانين المقارنة فقد نصت المادة 110 من القانون الكويتي:" **بأن كل طلاق يقع رجعيا إلا الطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل والطلاق المكمل لثلاث وما نص على كونه بائنا في هذا القانون**"، كما نصت المادة 91 من قانون الأحوال الشخصية الأردني بقولها:" **كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول ولو بعد الخلوة والطلاق على مال والطلاق الذي نص على أنه بائن في هذا القانون**".

كما نصت المادة 98 منه على صيغ الرجعة بقولها:" **للزوج حق إرجاع مطلقته رجعيا أثناء العدة قولا أو فعلا، وهذا الحق لا يسقط بالإسقاط ولا تتوقف الرجعة على رضا الزوجة ولا يلزم بها مهر جديد**".

أما فيما يخص الإشهاد فقد نصت المادة 97 منه بقولها:" **يجب على الزوج أن يسجل طلاقه ورجعته أمام القاضي، وإذا طلق زوجته خارج المحكمة ولم يسجله، فعليه أن يراجع المحكمة لتسجيل الطلاق خلال شهر، وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات، وعلى المحكمة أن تقوم بتبليغ الطلاق الغيابي والرجعة للزوجة خلال أسبوع من تسجيله**".

كما نصت المادة 140 من قانون الأحوال الشخصية السوداني بقولها:" **تقع الرجعة بالفعل أو القول أو الكتابة وعند العجز عنها بالإشارة المفهومة**".

وقد نصت المادة 123 من مدونة الأسرة المغربية بقولها:" **كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك**".

[1] - قرار صادر عن المحكمة العليا ملف رقم 39463 بتاريخ 1986/02/10، م.ق، ع1، 1989، ص115 نقلا عن نبيل صقر وقمراوي عز الدين، **قانون الأسرة نصا وتطبيقا**، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص60، وسايس جمال، **الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية**، ج1، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص256.

وكذا ما نصت عليه أيضا المادة 88 و89 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، والمادة 137 من قانون الأحوال الشخصية السوداني والمادة 138 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

ومنه نخلص إلى أن هناك قوانين نصت على وجوب الصيغة بالفعل أو القول وحتى بالكتابة وأخذت برأي كل من المالكية والحنفية.

الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل، فللزوج الحق في أن يراجع زوجته المطلقة متى شاء وبإرادته المنفردة برضاها أو بدون رضاها بدون عقد ولا مهر ما دامت لم تنته عدتها، فيزول كل أثر للطلاق ما عدا الإنقاص من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها لإيقاعها على زوجته، وعليه نتساءل هل يجوز للزوج أن يوقع عليها طلقة أخرى ما دامت في العدة؟

ذهب جمهور الفقهاء[1] إلى أن المعتدة من طلاق رجعي يقع عليها الطلاق وما دامت في العدة، لأن الزوجية ما تزال قائمة حكما، قال ابن قدامة:" **الزوجة الرجعية زوجة يلحقها طلاقة وظهاره وايلاؤه ولعانه، ويرث أحدهما صاحبه بالإجماع**"[2]

وجاء في قرار للمحكمة العليا:" **مراجعة الزوج زوجته خلال فترة العدة، جائز شرعا وقانونا ما دامت العصمة بيده**"[3].

فماذا لو طلق الزوج زوجته ثم راجعها دون أن يعرض الأمر على القاضي، فلقانون لم يتطرق لهذه المسألة، فإنه وجب عليه الإشهاد على الرجعة لزيادة الاحتياط، ويكون ذلك بإعلام الأهل والأقارب بالمراجعة[4].

فقد نصت المادة 124 من مدونة الأسرة المغربية بقولها:" **للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة، وإذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة طلاقا رجعيا أشهد على ذلك عدلين**

---

[1] - الكاساني، بدائع الصنائع، ج3، **مرجع سابق**، ص134.

[2] - ابن قدامة، أبو عبد الله بن أحمد، **المغنى على مختصر الخرقي**، ج10، ط1، تح: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997، ص554.

[3] - قرار رقم 395552 بتاريخ 2007/05/09، م.م.ع، ع02، 2008، ص 299. نقلا عن جمال سايس، **مرجع سابق**، ص1456.

[4] - عز الدين عبد الدايم، **مرجع سابق**، ص261 .

ويقومان بإخبار القاضي فورا"، يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة، استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإذا امتنعت ورفضت الرجوع، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 أعلاه"، كما نصت المادة 140 من قانون الأحوال الشخصية السوداني بقولها:" **يشترط لصحة الرجعة إعلام المطلقة بها أثناء عدتها**".

2- الطلاق البائن: هو الطلاق الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقة إلا بعقد جديد، وكأنه يتزوجها لأول مرة، بحيث يضع هذا النوع من الطلاق حدا للزوجية بمجرد صدوره وهو نوعـــــــــــــــــان.

أ- الطلاق البائن بينونة صغرى: وهو الذي يستطيع فيه الزوج أن يراجع زوجته بعد انقضاء العدة بمهر وعقد جديدين وبرضاها، ويمكن فيه استئناف الحياة الزوجية بينهما، ويكون عدد الطلقات طلقتين[1].

اتفق جمهور الفقهاء على أن الطلاق البائن بينونة صغرى هو ما كان قبـــل الـــدخول بالزوجة ولا عدة عليها، وكذلك الطلاق بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول الحقيقي.

غير أن الأحناف قالوا بوجوب العدة عليها بسبب الخلوة للاحتياط[2].

والطلاق على مال أي الخلع فيقع بائنا متى اشترط الزوج فيه عوضا تدفعه إليه الزوجة، ولكن يشترط قبولها، فالأحناف يرون بأنه طلاق معاوضة المال بالنفس، وقد ملك الزوج المطلق أحد العوضين بنفس القبول، فتملك المطلقة العوض الآخر وهي افتداء نفسها تحقيقا للمعاوضة المطلقة، ولا تملك نفسها إلا بالطلاق البائن[3]

وكذلك في الطلاق الرجعي الذي انقضت فيه العدة ولم يراجع الزوج زوجته ما لم يكن مكملا للثلاث وبلفظ صريح أو كنائي وهذا عند الحنفية، كما أن الفرقة بسبب اللعان تعد طلاقا بائنا عند أبي حنيفة وأحمد في رواية عند تفريق القاضي بين المتلاعنين.

---

[1] - محمود علي السرطاوي، **مرجع سابق**، ص173 .

[2] - أحمد نصر الجندي، **مرجع سابق**، ص154.

[3] - الكاساني،ج3، **مرجع سابق**، ص100.

في حين أن الشافعية يرون بأن الفرقة تحصل بمجرد لعان الزوج، وتعد الفرقة عند جمهور الفقهاء فسخا لا طلاقا.

إن التفريق للعيوب من قبل القاضي يعد طلاقا بائنا عند المالكية والحنفية الذين يرون أن العيوب التي يفرق القاضي بسببها، هي العيوب القائمة بالزوج وليست بالزوجة، كما أن كل تفريق يتم عن طريق القاضي ويوقعه يقع بائنا بينونة صغرى كالتفريق للغيبة والحبس والهجر وهذا رأي المالكية إلا التفريق بسبب الايلاء وعدم الإنفاق فإنه يقع بها طلاقا رجعيا، والتفريق بسبب إباء الزوج الإسلام عندما تسلم زوجته يعد طلاقا بائنا بينونة صغرى عند أبي حنيفة[1].

وتترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى عدة آثار منها انقطاع الحياة الزوجية في الحال بين المطلقين وزوال الملك ويمنع الاستمتاع بالمرأة أو بالخلوة، وتكون فيه بمنزلة الأجنبية ولا يرث أحدهما الآخر إذا توفي، ويحل بهذا النوع من الطلاق مؤخر الصداق المؤجل إلى أبعد الأجلين، كما ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته، كما أن للمطلق أن يعيد المطلقة طلاقا بائنا بينونة صغرى إلى عصمته بعقد ومهر جديدين بشرط أن لا تكون تزوجت زوجا آخر، ويحرم التزوج من معتدة الغير، سواء كانت العدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ۚ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ ۚ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾[2].

ب- الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو الطلاق المكمل للثلاث وهو يزيل الملك والحل معا، فلا يحل للرجل أن يعيد من أبانها بينونة كبرى أن يعقد عليها ويرجعها إلى عصمته إلا بعد أن تنكح زوجا آخر غيره نكاحا صحيحا، ويدخل بها دون نية التحليل، لأن هذا النكاح حرام باتفاق فقهاء المسلمين، قال رسول الله ﷺ في حديث عقبة ابن عامر:" **آلا أخبركم بالتيس المستعار، قالوا بلى يا رسول الله، قال:" هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له**"[3].

---

[1] - محمد علي السرطاوي، **مرجع سابق**، ص175.

[2] - سورة البقرة، الآية 233.

[3] - أخرجه محمد يزيد بن ماجة، **سنن ابن ماجة**، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، ج1، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، د.س.ن، ص623.

وقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾[1]

وتترتب على الطلاق البائن بينونة كبرى نفس الآثار المترتبة على الطلاق البائن بينونة صغرى إلا على ما ذكر سابقا، يزيل الملك والحل معا فتصبح المرأة محرمة عليه تحريما مؤقتا، فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره زواجا صحيحا لا يقصد به التحليل، فإن طلقها الزوج الثاني أو توفي عنها وتنتهي عدتها في الحالتين، ويقع الطلاق البائن بينونة كبرى بلفظ واحد أو بلفظ الثلاث وقد سبق التطرق إليه[2]، ولا يبقى أثر سوى العدة وما يتبعها ويثبت النسب كما يهدم الطلقات الثلاث من الزواج الثاني، ويجوز للمطلق أن يتزوج ممن هي محرم من مطلقته كعمتها أو خالتها أو أختها من الرضاع أو من النسب، لأن تحريم هذا الزواج كان بالفعل مؤقتا ولكن بالطلاق البائن زالت علته.

إذا كان الطلاق الذي وقع على المرأة هو الثالث بانت المطلقة من مطلقها بينونة كبرى وبذلك تصبح أجنبية عنه، ولا محل لإيقاع مزيد من الطلقات عليها لأن عددها انقضى.

أما فيما يخص إزالة الطلقات أو هدمها فيقصد به الأثر الذي يترتب على زواج المرأة المطلقة بزوج آخر، ثم العودة إلى زوجها الأول بعقد جديد، فهل يهدم الزواج الجديد عدد الطلقات الثلاث؟.

اتفق جمهور الفقهاء على أن المطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا بينونة صغرى إذا عادت إلى زوجها تعود إليه بما بقي له من الطلقات الثلاث واحدة أو اثنين، ما لم تتزوج.

واختلفوا فيما إذا الزواج الثاني يهدم ما دون ثلاث تطليقات إلى رأيين:

فالرأي الأول: وهو رأي جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة يرون بأن الزوج الثاني لا يهدم ما صدر من الزوج الأول من طلقة واحدة أو طلقتين، بمعنى أن المطلقة إذا تزوجت بزوج آخر قبل الطلقة الثالثة من زوجها الأول، ثم عادت إليه بعقد جديد فإنها تعود

[1] - سورة البقرة، الآية 228.

[2] - محمد علي السرطاوي، **مرجع سابق**، ص178 .

إليه ببقية الطلقات الثلاث وقد رجح شيخ الإسلام ابن تيمية هذا الرأي، كما روي عن عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة- رضي الله عنهم- أ الزواج الثاني يهدم الثلاث ولا يهدم ما دونها.

واتفق جمهور الفقهاء على أن عودة المطلقة بعد الطلاق الثالث إلى طليقها الأول فإن الزوج الثاني يهدم طلاق الزوج السابق (الأول) ويثبت له حل جديد ويزول الحل الأول ويملك فيه ثلاث تطليقات جديدة، وأن الطلقات الثلاث التي كان قد أوقعها عليها من قبل فقد هدمها النكاح الثاني واعتبرت كأن لم تكن[1].

أما الرأي الثاني: وهو رأي أبي حنيفة وأبو يوسف يرون أن الزوج الثاني يهدم الطلقة الواحدة أو الطلقتين الصادرتين من الزوج الأول، فإذا عادت إليه بعد الزواج الثاني فإنها تعود إليه بحل كامل وبثلاث طلقات[2].

وروي عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر- رضي الله عنهم- أن الزواج الثاني يهدم مادون الثلاث وحجتهم أن ما يهدم الثلاث يهدم ما دونها من باب أولى.

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في كل الأحوال، ففي الحالة الأولى الزوج الثاني لا يهدم ما صدر من الزوج الأول من طلقة أو طلقتين، في حين يهدم ما صدر منه من الطلقة الثالثة، لأن الطلقات انقضت ولا وجود لطلقة رابعة.

أما من الناحية القانونية فقد نص ق.أس.ج في المادة 50 الفقرة الثانية منه على الطلاق البائن بينونة صغرى، ونصت المادة 51 منه على الطلاق البائن بينونة كبرى بقولها:"**لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء**"، وهذا بلفظ كنائي، فلم ينص صراحة عليهما.

فكل طلاق من قبل الزوج فهو رجعي وكل طلاق من قبل القاضي فهو بائن، فنص المادة 51 وما جاءت به من حكم فهو في مجمله موافق للشريعة الإسلامية، في حين أنها لم تنص على مسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد، والطلاق المتتابع في مجلس واحد.

[1] - العربي بلحاج، **مرجع سابق**، ص337.
[2] - محمود نصر الجندي، **مرجع سابق**، ص163.

أما قضاء فقد ذهبت بعض الاجتهادات القضائية إلى تلفظ الزوج بالطلاق ثلاثا في مجلس واحد يعد طلاقا بائنا، جاء قرار صادر عن المحكمة العليا بقولها:" **من المقرر شرعا أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء، والثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من قانون الأسرة أو طبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن**"[1].

وهنا يكون القضاء قد أخذ برأي الجمهور في ذلك، عكس ما شاب المادتين50 و51 من غموض للألفاظ.

نص المشرع المغربي في مدونة الأسرة وفي المادة 122 منه:" **على أن كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائنا لا في حالتي التطليق للأبد وعدم الاتفاق**"، كما نصت المادة 123 منه على أن الطلاق الذي توقعه الزوجة بناء على التمليك، فإذا أملكها الزوج حق إيقاع الطلاق وطلقت نفسها، يكون هذا الطلاق بائنا ببينونة صغرى، بمعنى يسمح للزوج بالعقد من جديد على زوجته المطلقة ما لم يكن مكملا للثلاث.

فحدود الطلاق بين الزوجين ثلاث مرات متتالية يعتبر مانعا مؤقتا للزواج بينهما لأن المطلقة تكون في هذه الحالة بائنة ببينونة كبرى، وبالتالي لا يحق للزوج أن يعقد عليها من جديد إلا إذا تزوجت من غيره ودخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا يعتد به شرعا ثم طلقها أو مات عنها وانقضت عدتها حسب ما نصت عليه المادة 127 من المدونة.

كما اعتبر المشرع المغربي أن كل علاقة جنسية بين المطلق ومطلقته طلاقا بائنا تعتبر فسادا ويعاقب عليها طبقا للفصل 490 من القانون الجنائي المغربي بالحبس من شهر إلى

[1] - قرار رقم 176551 بتاريخ 1998/02/17، م.ع، م.ق، ع1، 2000، ص171، نقلا عن جمال سايس، **مرجع سابق**، ص952.

سنة، بما فيها الزواج بقصد التحليل يعد زواجا فاسدا إذا قصد به الزوج الثاني تحليل المطلقة لمن طلقها ثلاثا حسب نص المادة 61 من نفس المدونة.

في حين المشرع الفرنسي اعتبر أي فرقة بين الزوجين هي طلاق بائن، وقد نصت أغلب القوانين العربية على الطلاق البائن ببينونة صغرى أو كبرى، وهو ما جاءت به المادة 38 من قانون الأحوال الشخصية العراقي، كما أن الزوج الثاني يهدم طلقات الزوج الأول وهذا حسب ما نصت عليه المادة 176 من القانون السوري بقولها:" **إذا تزوج الزوج الأول مطلقته بعد انقضاء عدتها من زوجها الثاني الحقيقي الصحيح انهدمت طلقاته السابقة بالدخول الحقيقي من الثاني**".

من خلال نص المادة نجد أن المشرع السوري لم يفرق بين طلاق البائن ببينونة صغرى أو كبرى، واعتبر كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائنا إلا في الايلاء وعدم الإنفاق والتطليق للغياب.

في حين فرق القانون الموريتاني بين الطلاق البائن ببينونة صغرى والطلاق البائن ببينونة كبرى من خلال نص المادة 91 الفقرة الأولى من مدونة الأحوال الشخصية بقولها:" **الطلاق البائن دون الثلاث ينهي الزوجية غير أنه لا يمنع من إعادتها بعقد جديد**"، ونصت المادة 92 الفقرة الثانية منها بقولها:" **طلاق الثلاث يرفع حكم الزوجية ويمنع من استعادته بعقد جديد إلا بعد انقضاء عدة المطلقة من زوج آخر دخل بها فعلا**".

وقد نص المشرع الأردني على الطلاق البائن وفرق بين الطلاق البائن ببينونة صغرى والطلاق البائن ببينونة كبرى من خلال المواد 93 و94 و95 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، ونصت المادة 96 منه بقولها:" **زواج المطلقة بآخر يهدم بدخوله بها طلاقات الزوج السابق ولو كانت ثلاث أو دونها**".

من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الأردني قد أخذ برأي أبوحنيفة وأبويوسف، كما نص على الطلاق البائن من خلال المادة 139 من قانون الأحوال الشخصية السوداني.

وتبرز أهمية تقسيم الطلاق إلى طلاق رجعي وطلاق بائن في الإبقاء على الحياة الزوجية وإعطائها فرصة للاستمرار، حيث وقف الإسلام في هذا المجال موقفا وسطا، بحيث أعطى للزوج الذي يطلق زوجته في حالة غضب وعدم تروٍ الفرصة لتدارك الخلل، وإعطاء الفرصة أيضا للزوجة لتدارك أخطائها فتتحسن علاقتها بزوجها وتستأنف الحياة الزوجية من جديد.

والخلاصة أن الطلاق الرجعي لا يؤثر في ملك الرجل إذا راجع مطلقته، إلا أنه ينقص عدد الطلقات، وإذا انقضت العدة من غير رجعة كان بائنا من كافة الأوجه، والمشرع الجزائري ميز بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، كما فرق بين الطلاق البائن بينونة صغرى والطلاق البائن بينونة كبرى من خلال نص المادة 51 من ق.أس.ج، وما جسدته قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن وهذا بالمقارنة مع بقية القوانين.

ثالثا: الطلاق من حيث وقوعه: أي من حيث الطبيعة واشتمالها على التعليق سواء من حيث اللفظ إلى لفظ صريح ولفظ بالكناية، أو من حيث زمنه أي الصيغة إلى الطلاق المنجز والطلاق المعلق والطلاق المضاف إلى المستقبل، وهذا ما سنشرحه من خلال الآتي:

1- الطلاق الصريح: وهو ما صدر بلفظ لا يحتمل غير الطلاق لغة أو عرفا أو مشتق منه كلفظ طلقتك، أنت طالق، أو أنت مطلقة وغيرها من الألفاظ التي تدل على حل الرابطة الزوجية، وألحقوا بها لفظ أنت حرام أو أنت علي حرام ونحو ذلك مما هو صريح في قطع العلاقة الزوجية.

وقال بعض الفقهاء يكون الطلاق صريحا باللفظ الذي وضع في اللغة للدلالة على الطلاق، ويكون بكل لفظ ورد استعماله في الطلاق شرعا كلفظ الفراق والسراح[1].

فالصريح عند جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والحنابلة في رواية وكذلك عند الجعفرية والزيدية هو لفظ الطلاق وحده وما اشتق منه مما لا يستعمل عرفا إلا في حل الرابطة الزوجية، لأن الصريح في الشيء ما كان نصا فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالا بعيدا[2].

[1] - الشوكاني، **فتح القدير**، ج3، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1983، ص351. ابن قدامة، المغني، ج7، **مرجع سابق**، ص318.

[2] - سليمان ولد خسال، **الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط2، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص143.

والصريح عند الشافعية والظاهرية ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق، وألفاظ الصريح عندهم ثلاثة: الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن وهو رواية عن أحمد وبه قال ابن حزم لأن الطلاق ثبت بعُرف الشرع واللغة، والسراح والفراق ثبت لهما عرف الشرع، وهذه الألفاظ واردة في القرآن الكريم لقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾[1]. وقال تعالى أيضا: ﴿فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ٢٨﴾[2]، قال تعالى: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ﴾[3].

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء،لأن اللفظ الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعني عند السامع، وأظهر ما في نفسه تصريحا، لأن لفظتا السراح والفراق في القرآن الكريم جاءت بعدة معان لا يقصد منها الفرقة بين الزوجين، لذلك لا داع لتخصيص معناهما للفرقة بالطلاق كقوله تعالى: ﴿وَٱعۡتَصِمُواْ بِحَبۡلِ ٱللَّهِ جَمِيعٗا وَلَا تَفَرَّقُواْۚ﴾[4].

والطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية لإيقاعه وهذا رأي جمهور الفقهاء من مالكية وحنفية وحنابلة، أما عند الشافعية فيقع الطلاق باللفظ الصريح من غير نية، فلو تلفظ باللفظ الصريح وادعى أنه لم يرد به الطلاق، ولا يدري معنى ما تلفظ به ولا المراد منه، فلا يقع عليه شيء لا في الديانة ولا في القضاء لأنه خلاف ظاهر اللفظ، فهو مذهب الشافعية وأحمد في رواية أخرى لا يقبل قوله قضاء إذا كانت قرينة تدل على إرادته الطلاق كالتلفظ في حالة غضب، أما إذا لم تكن قرينة فيقبل قوله قضاء[5].

ويقع لفظ الطلاق باللغة العربية وغيرها من اللغات الأعجمية التي يفهمها الزوجان معا إن كانت دلالتها اللفظية على الطلاق ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء.

---

[1] - سورة البقرة، الآية 227.

[2] - سورة الأحزاب، الآية 28.

[3] - سورة الطلاق، الآية2.

[4] - سورة آل عمران، الآية103.

[5] - بدران أبو العينين بدران، **أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق**، ص223. ابن قدامة، المغني، ج7، **مرجع سابق**، ص32.

وحكم الطلاق الصريح أنه يقع وتنحل به الرابطة الزوجية اتفاقا ولو بدون نية متى كان يقصد باللفظ الطلاق، ويلزم في تصريحه طلقة واحدة رجعية إلا إذا نوى أكثر من ذلك فيلزمه ما نواه، وحجة الشافعية ما رواه أبو داود بإسناده أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته البتة فأخبر رسول الله ﷺ بذلك وقال:" والله ما أردت إلا واحدة " فقال رسول الله ﷺ:" **والله ما أردت إلا واحدة؟**" فقال ركانة:" والله ما أردت إلا واحدة "، فردها إليه رسول اللهﷺ فطلقها الثانية في عهد عمر بن الخطاب والثالثة في زمن الخليفة عثمان بن عفان رضي الله عنهم[1].

كما أن النبيﷺ قال لإبنة الجون ألحقي بأهلك ولم يكن النبيﷺ ليطلق ثلاثا وقد نهى عن ذلك لأن في الكناية مع النية كالصريح فلم يقع به عند الإطلاق أكثر من واحدة[2]

وإن كان فاهما معناها ولكنه لم يقصد إيقاع الطلاق، فيقع قضاء لا ديانة إلا إذا كان في حالة غضب أو قصد الهزل فيقع ديانة وقضاء.

ولا يقع الطلاق بالأفعال كمن غضب على زوجته فأخذها إلى بيت أهلها أو بعث إليها بجهازها ومؤخر صداقها دون أن يتلفظ بالطلاق، فلا يقع طلاقه[3].

كما اتفق جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة على وقوع الطلاق بالكتابة بإرسال رسول بخطاب للمرأة بنية الانفصال عنها بالطلاق حتى ولو لم يصلها الإرسال بشرط خروج الكتاب من يده.

في حين يشترط الحنفية في الكتابة المرسومة كالصريح ولو من غير نية وتكتب مصدرة باسم الزوجة وتوجه إليها كالرسائل المعهودة[4]، كأن يكتب الزوج للزوجة كتابا بعنوانها وبإسمها ويرسله إليها، وفيه قوله:" إذا وصلك كتابي هذا فأنت طالق"، فالكتابة هنا مرسومة ويصح بها الطلاق كأنها لفظ صريح دون الحاجة إلى نية، بشرط أن تكون الكتابة ثابتة كأن يكتب على ورقة أو لوح أو حائط كتابة يمكن قراءتها وفهمها فهما صحيحا لأن

[1] - عبد القادر بن حرزالله، **مرجع سابق**، ص 224.
[2] - محمد علي السرطاوي، **مرجع سابق**، ص248.
[3] - عبد القادر داودي، **مرجع سابق**، ص261.
[4] - وهبة الزحيلي، **الفقه الميسر المالكي**، ج3، دار الكلم الطيب، بيروت، 2010، ص161.

ذلك يعد إقرارا منه بالطلاق، أما إذا كتب على الماء أو رسم الحروف في الهواء فلا يقع بها الطلاق وإن نوى ذلك لأنه كالعدم.

كما تعد الإشارة المعروفة أداة تقوم مقام اللفظ في إيقاع الطلاق من الأخرس أو معقود اللسان سواء كان قادرا على الكتابة أو غير قادر عليها، إذا دلت على قصده في إنهاء العلاقة الزوجية[1].

واتفق جمهور الفقهاء والجعفرية على وقوع الطلاق بالإشارة المفهمة سواء بالرأس أو باليد ويقع بها الطلاق صريحا، فالمالكية يرون أن الطلاق يقع بالإشارة المفهمة ولو من غير الأخرس وأن القادر على الكلام كالكتابة تحتاج إلى نية ويصح بها الطلاق.

في حين يرى بعض الحنفية والشافعية أنه يتوجب أن لا يكون الأخرس يعرف الكتابة، وإلا طلاقه لا يقع بالإشارة[2].

2- الطلاق الكنائي: ألفاظه تدل عليه بطريق المجاز ويسمى في عرف الفقهاء بالكناية، فهو كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره ولم يتعارفه الناس بالطلاق، فهو اللفظ غير الدال صراحة على إرادة الطلاق ولكن يدل عليه عن طريق الكناية.

والكناية لفظ لم يوضع بالخصوص للطلاق بل وضع لمعنى يتعلق بالطلاق ويعد أحد القرائن التي تدل على معنى الطلاق، ومن ألفاظ الطلاق الكنائي قول الزوج لزوجته: أنت بائن، أو ألحقي بأهلك أو أمرك بيدك ...وغيرها من الألفاظ، لأنها تحتمل الطلاق وغيره.

وقد اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق بهذه الصيغة، فذهب الحنفية وبعض الحنابلة إلى أن الكناية يقع بها الطلاق في حالتين، أن يكون لفظ الزوج بنية الطلاق وأن تدل القرينة في دلالة الحال على إرادة صاحب اللفظ في إيقاع الطلاق.

أما المالكية والشافعية فإن الطلاق الكنائي لا يقع إلا بالنية ولا عبرة بدلالة الحال أو القرينة، وقسّم المالكية كنايات الطلاق إلى كناية ظاهرة وكناية خفية أو محتملة.

---

[1] - السيد سابق، **مرجع سابق**، ج2، ص219.

[2] - وهبة الزحيلي، **مرجع سابق**، ج16، ص161.

فالكناية الظاهرة هي التي من شأنها أن تستعمل في الطلاق وحل العصمة، مثل قوله: أنت بتة وحبلك على غاربك، وأنت بائنة واعتدي، ولا عصمة لي عليك، ويقع الطلاق بهذه الألفاظ في المدخول بها ثلاثا أي البائنة بينونة كبرى، وغير المدخول بها، إذا ادعى ما دون الثلاث فيصدق الزوج في الكنايات الظاهرة سواء كان ينوي ذلك أم لا، لأن العرف اللغوي والشرعي شاهد على ذلك.

في حين اشترط جمهور الفقهاء النية في الكنايات الظاهرة سواء من حيث عدد الطلقات أو ما تعارف عليه الناس[1].

أما الكناية الخفية هي التي من شأنها أن تستعمل في غيره مثل اعتدي أو اذهبي إلى اهلك أو أخرجي من داري، فهذه الألفاظ يرجع فيها إلى نية الزوج حين نطق بها فإن نوى الطلاق وقع طلاق، وإن لم ينوي بها الطلاق فلن يقع وهو قول المالكية.

في حين ذهب جمهور الفقهاء إلى أن النية لا مجال لها لأن هذه الألفاظ لم توضع أصلا للطلاق، كما أن هذه الألفاظ ليست ثابتة فهي تختلف من مجتمع لآخر، فما يكون ظاهرا عند قوم نجده خفيا عند الآخرين أو العكس لأن حكمها مبني على عرف سائد يتغير بتغيره، فلو أحدث المجتمع ألفاظا جديدة واستعملوها في الطلاق لكانت أولى بالدلالة عليه صراحة أو كناية[2]، وذهب الجعفرية الظاهرية إلى عدم وقوع الطلاق بلفظ الكناية أو بالكتابة[3].

والراجح ما ذهب إليه كل من المالكية والشافعية إلى أن الطلاق يقع بلفظ الكناية إذا نوى الزوج الطلاق، كما أن ألفاظ الطلاق صراحة أو كناية تخضع لأعراف الناس.

أما من الناحية القانونية فإن موقف المشرع الجزائري من ألفاظ الطلاق، أن الطلاق يقع بنفس الأسلوب الذي ينعقد به الزواج سواء كانت ألفاظا صريحة أو بالكتابة المفهمة أو كناية لأن الطلاق هو تعبير عن الإرادة حسب نص المادة 48 من ق.أس.ج سواء باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا حسب نص المادة 10 من ق.أس.ج أيضا.

---

[1] - وهبة الزحيلي، **مرجع سابق**، ص159. عبد القادر داودي، **مرجع سابق**، ص271-272.

[2] - **المرجع نفسه**، ص273

[3] - سليمان ولد خسال، **مرجع سابق**، ص143.

كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، وهذا حسب نص المادة 1/60 من القانون المدني الجزائري، وقد ذهبت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بتاريخ 1984/05/14 بقولها:" **من المقرر شرعا أن الطلاق هو حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح، ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره ولا يتم ذلك إلا بصيغة صريحة وواضحة**"[1].

يتضح مما سبق أن كل لفظ يدل على الطلاق في العرف الجزائري أو العادة أو ما جاء به الشرع فهو طلاق.

كما أن القانون المغربي أخذ بالمذهب المالكي في نص المادة 73 من مدونة الأسرة المغربية على:" **أن الطلاق يقع باللفظ المفهم له والكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته الدالة على قصده**"، وعليه فإنه لا يقع الطلاق إلا بالألفاظ الصريحة بوضع اللغة أو الموضوعة عرفا للدلالة على الطلاق.

كما أن المشرع المصري كان يعمل بمذهب أبي حنيفة إلى أن صدر القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل والمتمم، فأخذ بمذهب الإمام مالك والشافعي في اعتبار أن كنايات الطلاق لا يقع الطلاق بها إلا بالنية فقد نصت المادة 4 منه بقولها:" **كنايات الطلاق وهي ما تحتمل الطلاق وغيره ولا يقع بها الطلاق إلا بالنية** ".

أما المشرع الأردني فأخذ تارة بما ذهب إليه كل من المالكية والشافعية وتارة بما ذهب إليه جمهور الفقهاء وكذا الحنفية والحنابلة من خلال نص المواد التالية، فقد نصت المادة 83 من قانون الأحوال الشخصية الأردنية بقولها:" **يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة** "، ونصت المادة 84 منه بقولها:" **ولا يقع الطلاق بالكتابة إلا بالنية، ويقع الطلاق بالألفاظ الصريحة دون الحاجة إلى نية وبالألفاظ الكنائية وهي التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية**".

[1] - العربي بلحاج، **مرجع سابق**، ص251.

أما المشرع السوري فقد نص في المادة 177 من قانون الأحوال الشخصية:" **يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفا دون الحاجة إلى نية ويقع بالألفاظ الكنائية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية أو بدلالة الحال**".

كما نصت مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية في المادة 3/85 بقولها:"...**أن يقع الطلاق باللفظ المفهم له أو الكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة**".

في حين نص المشرع السوداني في نص المادة 129 من قانون الأحوال الشخصية بقولها:" **يقع الطلاق باللفظ الصريح أو الكتابة وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة، ويقع بالكناية إذا نوى الزوج إيقاع الطلاق**".

من خلال ما سبق يتضح أن المشرع الجزائري وبقية القوانين المقارنة أخذت بما ذهبت إليه جل المذاهب الفقهية وخاصة المذهب المالكي.

3- الطلاق المنجز أو الطلاق المعجل: هو الطلاق الذي يقصد به المطلق وقوع الطلاق في الحال، كقوله: أنت طالق أو اذهبي إلى بيت أهلك ويسمى طلاقا مرسلا أو طلاقا مطلقا،وهذا هو الأصل في الطلاق، لأنه شرع للحاجة والحاجة تقتضي التنجيز، ولا خلاف بين الفقهاء في وقوع الطلاق بالصيغة المنجزة فورا بمجرد التلفظ بعبارته، وتترتب عليه جميع آثاره المقررة شرعا بشرط أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والزوجة محلا لوقوعه، كما يكون الطلاق المعلق على أمر متحقق الوجود يكون منجزا ويقع فور صدوره، كقوله لزوجته إن كانت السماء فوقنا فأنت طالق[1].

4- الطلاق المعلق: ويسمى يمينا مجازا، وهو الذي ربط وقوعه بحصول أمر في المستقبل بواسطة أداة من أدوات الشرط مثل: مِن، إذا، متى، لو ونحوها كأن يقول الزوج لزوجته، إن دخلت بيت فلان فأنتٍ طالق أو إذا دخلت السوق فأنت طالق[2].

---

[1] - محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية، مرجع سابق**، ص227، وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، مرجع سابق**، ص442، أحمد محمود الشافعي، **الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب (دراسة مقارنة)**، دار الجامعة، بيروت، 1987، ص48. بدران أبو العينين بدران، **أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مرجع سابق**، ص576.

[2] - عبد القادر بن حرزالله، **مرجع سابق**، ص239، أحمد محمود الشافعي، **مرجع سابق**، ص49.

ويشترط أن يكون الشرط الذي علق عليه الطلاق غير موجود ويحتمل وجوده في المستقبل وإن كان موجود في وقت التلفظ بالعبارة كان منجزا، وأن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق وأن تكون المرأة محلا لوقوع الطلاق عليها[1].

والتعليق إما لفظي وهو الذي تذكر فيه أداة الشرط صراحة، وإما معنوي وهو الذي لا تذكر فيه أداة الشرط صراحة، بل تشتق من المعنى كقول الزوج: علي الطلاق لأفعلن كذا، أولا أفعل كذا، فالمقصود منها بحسب العرف لزوم الطلاق إن حصل المحلوف عليه أم لم يحصل.

فإذا علق على أمر مستحيل الوقوع كأن يقول لزوجته أنت طالق إن دخل الجمل في سم الخياط، فلا يقع به الطلاق، وكذلك إذا علق على مشيئة الله تعالى، كأن يقول: أنت طالق إن شاء الله تعالى، فلا يقع عند الحنفية لأن التعليق لا يصح واليمين لغو ووافقهم في ذلك المالكية والشافعية والظاهرية، أما الحنابلة فيرون أن الطلاق يقع، قال ابن عباس:" إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله، فهي طالق"، أما لو قال الرجل لامرأته المطلقة طلاقا رجعيا في أثناء العدة: إن كلمت فلانا، فأنت طالق فكلمته في العدة، وقع الطلاق عليها باتفاق الفقهاء وتطلق في عدة طلاق بائن بينونة صغرى عند الحنفية ولا تطلق حينئذ في المذاهب الأخرى.

ولا يشترط عند حصول المعلق عليه أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق، فلو طلق طلاقا معلقا ثم أصابه جنون أوعته، ووجد المعلق عليه، فإن الطلاق يقع، لأن الصيغة صدرت منه مستوفية شروطها، فيترتب عليها آثرها[2].

ويقع الطلاق المعلق بمجرد حصول الشرط الذي علق عليه الزوج الطلاق، دون حاجة إلى النطق بالطلاق، إذا قصد به الطلاق، أما إذا قصد به المنع أو الحث لا يقع ويجب عليه كفارة يمين فهو حالف، والكفارة إما تحرير رقبة أو إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام.

---

[1] - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق**، ص444.

[2] - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ج29، ط1، دار الصفوة للطباعة والنشر، مصر، 1993، ص37-38.

وقد اختلف الفقهاء فيه، فجمهور الفقهاء يرى أن هذا النوع من الطلاق المعلق متى وجد المعلق عليه يقع سواء كان من أفعال الزوج أو الزوجة وسواء قصد الزوج به التخويف قصد الزوج به التخويف والحمل على فعل شيء أو تركه أو لم يقصد بذلك.

في حين يرى الظاهرية والجعفرية أن الطلاق المعلق لا يقع مطلقا سواء كان على وجه اليمين وهو ما قصد به الحث على فعل شيء أو تركه أو لم يكن على وجه اليمين وهو ما قصد به وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه.

في حين يرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم أن الطلاق المعلق يرجع فيه إلى مقصد الزوج ونيته، فإن قصد من كلامه وقوع الطلاق بحصول الشرط وقع طلاقا، أما إذا قصد من الحلف وهو يكره وقوع الطلاق حتى لو تحقق الشرط فلا يقع، فهو حالف ويترتب عليه أحكام الحنث باليمين من الكفارة وبه قال كل من أمير المؤمنين علي- كرم الله وجهه- وشريح وطاووس[1].

والراجح ما ذهب إليه كل من ابن تيمية وابن القيم، لأن النية عندهم معتبرة في الطلاق المعلق على شرط، وقد أخذ بهذا الرأي بعض الفقهاء المعاصرين كالشيخ عبد العزيز ابن باز، وإبراهيم بن محمد آل الشيخ ومحمد بن جبير وصالح بن لحيان وأفتوا بضرورة مراعاة قصد من يعلق الطلاق على شرط، لقول الرسولﷺ:" **إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى**" لهذا يأخذ أحكام اليمين فهو يمين على سبيل المجاز[2]، روي عن ابن عباس قوله:" **لا طلاق إلا عن وطر**" بمعنى غرض أي أن الطلاق يقع ممن غرضه أن يوقعه، لا ممن يكره وقوعه كالحالف به والمكره عليه[3].

---

[1] - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق،** ص447، أحمد محمود الشافعي، **مرجع سابق،** ص51.

[2] - ابن القيم الجوزية، **أعلام الموقعين عن رب العالمين،** ج3، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1973.

- ص52، وهبة الزحيلي، **مرجع سابق،** ص424.

[3] - ساجدة طه محمود، **الطلاق المعلق،** مجلة كلية التربية للبنات، مج25، ع2، العراق، 2014، ص342.

5- الطلاق المضاف: وهو ما قصد به وقوع الطلاق في زمن المستقبل، ويقع فورا ويعتبر طلاقا منجزا إذا توافرت شروطه، وهي أن يكون الزوج أهلا للطلاق حين صدوره وأن تكون الزوجة محلا له، وذلك كأن يقول أنت طالق ابتداء من الشهر القادم أو أنت طالق بعد غـــد.

وقد اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق بهذا اللفظ، فذهب جمهور الفقهاء من شافعية وحنفية وحنابلة وكذا الزيدية إلى أن الطلاق لا يقع في الحال، وإنما يقع عند حلول الزمن الذي أضيف إليه[1].

فلو قال لأجنبية أنت طالق بعد سنة ثم تزوجها قبل مضي السنة، ثم مضت السنة لا يقع الطلاق عندهم، أما المالكية وبعض التابعين فإن الطلاق المضاف يقع في الحال، لأن النكاح لا يكون مؤقت بزمان ولا يجوز له أن يتزوجها شهرا أو سنة وفي الطلاق المضاف لزمن استباحة للزوجة إلى أجل محدود وهذا توقيت للنكاح وهو باطل، أما بخصوص طلاق الأجنبية عند التزوج بها فيقع الطلاق بوجود الملك لأنه يعتبر إنشاء للطلاق في الحال، وقال ابن حزم الظاهري أن الطلاق المضاف لم يرد في كتاب ولا سنة فهو باطل مردود وهو لغو من القول ولا يقع لا في الحال ولا عند مجيء الزمن المستقبل.

ومجمل القول عندهم أن الطلاق لا يقع إلا بالصيغة المنجزة، ولا يقع بالصيغة التي تفيذ إضافة الطلاق إلى زمن ماض أو مستقبل ولا بصيغة التعليق[2] .

والراجح ما ذهب إليه المالكية إلى أن الطلاق يقع في الحال إذا قصد به الزوج الطلاق قياسا على أن النكاح لا يكون بزمن مؤقت وهو زواج المتعة، لأن الزوجة تكون في استباحة لزوجها إلى غاية الأجل المحدود وهذا باطل ولم يرد في كتاب الله أو سنة رسولهﷺ.

أما من الناحية القانونية فقد تطرقت بعض التشريعات العربية إلى موضوع الطلاق المعلق والمضاف إلى زمن والطلاق باليمين، وشرعت بخصوصه النصوص القانونية التي تراوحت بين إيقاع هذا النوع من الطلاق وعدم وقوعه وبين مراعاة قصد الزوج ونيته عند

---

[1] - السرخسي، **مرجع سابق**، ص34، الشربيني، **مرجع سابق**، ص262، وابن قدامة، **مرجع سابق**، ص268.

[2] - أحمد محمد المؤمني، **الأحوال الشخصية(فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)**، ط1، دار المسيرة، الأردن، 2009، ص37، علي محمود السرطاوي، **مرجع سابق**، ص167، ابن رشد،ج1، **مرجع سابق**، ص35.

التعليق أو الإضافة والتمييز بين قصده إيقاع الطلاق بحدوث الشرط وبين قصده ردع الزوجة عن فعل شيء أو حثها على تركه.

قانون الأسرة الجزائري لم ينص على الطلاق المعلق ولا المضاف إلى زمن ولا إلى الطلاق باليمين، وبالتالي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، غير أن سكوت المشرع لا يعني توقف سير العدالة وعلى القاضي ضرورة الاجتهاد والبحث والعمل بما أخذت به القوانين العربية المعاصرة.

لقد اختلفت آراء قوانين الأحوال الشخصية العربية في مسألة الطلاق سواء المعلق أو المضاف إلى زمن، فأخذ القانون الأردني والسوري والمصري والسوداني والإماراتي برأي ابن تيمية وابن القيم الجوزية، وهو ما نصت عليه المادة 87 من قانون الأحوال الشخصية الأردني بقولها:" **لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه، لا يقع الطلاق المضاف إلى المستقبل**"، وقد أخذ بما ذهب إليه المالكية بالنسبة للطلاق المضاف إلى المستقبل، في حين نصت المادة 88/أ بقولها:" **تعليق الطلاق بالشرط صحيح ورجوع الزوج عنه غير مقبول**"، والمقصود من ذلك أن الزوج إذا قصد طلاق زوجته بالطلاق المعلق إذا تحقق يقع ولا يجوز الرجوع عن هذا الطلاق، أما إذا لم يقصد الزوج طلاق زوجته كأن يقصد حملها على فعل شيء أو تركه فإنه لا يقع.

أما إذا كان الشرط الذي علق عليه الطلاق مستحيلا عقلا أو عادة أو نادر الوقوع أو مشكوك في تحققه عند التلفظ به كان الطلاق لغوا حسب نص المادة 88/ب من نفس القانون.

ونصت المادة 2 من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 على أنه:" **لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير**"، وهو ما أشارت إليه أيضا المذكرة الإيضاحية للقانون المصري.

ونصت المادة 130 من قانون الأحوال الشخصية السوداني بقولها:" **لا يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه إلا بالنية**".

كما اخذ القانون اللبناني بالراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة وهو وقوع الطلاق المعلق على شرط إذا تحقق حسب نص المادة 106 من قانون حقوق العائلة اللبناني التي نصت على أن:" **تعليق الطلاق بالشرط صحيح**"، فالقانون اللبناني يوقع الطلاق عند تحقق ما علق عليه سواء قصد الزوج وقوع الطلاق أم لم يقصد، وهذا ما يميز به القانون اللبناني عن القانون الأردني ومن وافقه من بقية القوانين في أنه لا يوقع الطلاق إلا إذا قصد الزوج وقوعه.

أما قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان فإنه يوقع الطلاق المعلق على شرط تبعا للمذهب الاباضي[1] ورأي جمهور الفقهاء، فقد نصت المادة 85 منه بقولها:" **يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه**".

ونصت المادة 90 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:" **لا يقع الطلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحث على فعل شيء أو المنع منه أو استعمل استعمال القسم لتأكيد الأخبار لا غير**"، فيما قررت محكمة النقض السورية في حكمها الصادر في 1956/11/21 بأنه يشترط لوقوع الطلاق غير المنجز أن يدعي المطلق قصد الطلاق وأن يثبت ادعاؤه بيمين[2].

وقد خالف المشرع المغربي رأي جمهور الفقهاء وأخذ برأي الظاهرية والجعفرية في المادة 93 منه بقولها:" **الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع**"، ويهدف من ذلك إلى التضييق من دائرة الطلاق الذي يهدد المرأة على الدوام وبالتالي تلافي الاضطراب الذي يسود الأسرة بسبب هذا الطلاق[3]

وقد أخذ كل من القانون الليبي والتونسي والكويتي والعراقي والجزائري بمذهب الظاهرية والجعفرية، فالقانون التونسي لم يتعرض لمسألة تعليق الطلاق وإضافته لأنه في الأصل لا يجيز ولا يعترف بأي طلاق يقع خارج المحكمة حسب نص المادة 30 من مجلة

[1] - محمد بن يوسف أطفيش، **شرح كتاب النيل وشفاء العليل**، ج4، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1986، ص49.

[2] - محكمة النقض السورية، الغرفة الشرعية، حكم رقم 327 الصادر بتاريخ 21 نوفمبر1956، نقلا عن العربي بالحاج، **مرجع سابق**، ص 256.

[3] - محمد الشافعي، **مرجع سابق**، ص 187 .

الأحوال الشخصية التونسية، ونص قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة 36 منه بقولها:" **لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين**"، وتشترط المادة 105 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي في الطلاق أن يكون منجزا.

في حين أن المادة 49 من ق.أس.ج نصت على أن الطلاق يتحقق أمام القاضي بعد محاولات الصلح ويكون منجزا.

ومنه نخلص إلى أن صيغ الطلاق التي لم يرد بها نص قطعي تكون محل الاجتهاد في كل زمان ومكان، وعليه فإن الأصل في الطلاق أن يكون منجزا وجديا نظرا للخطورة والآثار السلبية التي تعود على الأسرة المسلمة والعربية، مما يقتضي إلغاء الطلاق المعلق وكذا اليمين بالطلاق والمضاف باعتبارها صيغ تهدد الأسرة في تماسكها وسببا في تلمس الحيل الفقهية والقانونية[1].

المطلب الثالث

أركـــان وشـــروط الطـــلاق

للطلاق أركان ولكل ركن شروط يجب توافرها جميعا، يرجع بعضها إلى من يقع منه الطلاق وهو الزوج المطلق، وبعضها يرجع إلى من يقع عليه الطلاق وهو الزوجة المطلقة والبعض الآخر يرجع إلى ما يقع به الطلاق وهو الصيغة، وقد تطرقنا إليها سابقا ونتناول كل ركن من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: ركن المطلق: يثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح سواء كان الطلاق من الزوج الذي هو صاحب الحق الأصيل في إيقاع الطلاق مصداقا لقوله **تعالى**:﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾[2]، وقوله ﷺ:" **إنما الطلاق لمن أخذ بالساق**"[3]، أي أنه يفيد

[1] - العربي بلحاج، **مرجع سابق**، ص255.

[2] - سورة البقرة، الآية 234.

[3] - البيهقي، **كتاب الطلاق**، باب الاستثناء في الطلاق والعتق والنذور، حديث رقم 15116، السنن الكبرى 7/590-591، ابن ماجه، **كتاب الطلاق**، باب طلاق العبد، حديث رقم2081، الدار قطني، الإمام الحافظ علي بن عمر، **سنن الدار قطني**، **كتاب الطلاق**، ج5، حديث رقم 3991، المكتبة العصرية، صيدا بيروت، لبنان، 2006، ص67.

جعل الطلاق بيد الزوج متى كان أهلا لإيقاعه بمجرد التلفظ به أو من نائبه أي ممن يوقعه نيابة عنه كالقاضي أو وكيله، كما يقع من الزوجة إذا جعل الزوج الطلاق بيدها أو ولي الصغير إذا كان زوجا، لأن طلاق الصغير موقوف على إجازة الولي فلا يقع بدونه.

وبالرغم من أن الشرع جعل الطلاق والعصمة بيد الزوج، إلا أنه لم يمنحه ذلك الحق مطلقا، بل راعى أيضا جانب الزوجة وجعل لها الحق في طلب التطليق أمام القضاء عند وقوع ضرر لها فيطلقها القاضي متى توفرت أسبابه.

كما لها أن تفتدي نفسها بمال كعوض تدفعه للزوج مقابل تركها وهو ما يسمى خلعا[1].

ونظرا لخطورة الطلاق على الأسرة والمجتمع، اشترط الفقهاء شروطا لابد من توافرها في المطلق حتى يتمكن من إيقاع الطلاق وهي:

أولا: أن يكون زوجا أو رسولا: أي أنه بينه وبين من يريد إيقاع الطلاق عليها عقد زواج صحيح، وزاد المالكية شرط الإسلام، لأن الطلاق حق شخصي للزوج لا يملكه غيره إلا بتفويض منه أو إنابة صريحة منه[2].

كما أن له الحق في تفويض الزوجة بتطليق نفسها، ويقع به طلاق واحد رجعي مهما اقترن به من عدد إلا المكمل للثلاث، فإنه يجب عليه توكيل شخص بتطليق زوجته، وبما أن الزوج صاحب الحق في الطلاق فمتى تلفظ به في أي وقت وفي أي مكان يترتب عليه أثره مادام مستوفيا لأركانه وشروطه[3].

فلو قال لامرأة قبل أن يتزوجها، إذا تزوجت فلانة فهي طالق فلا عبرة بما يقوله ولا يعتد به لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال، قال رسول الله ﷺ :" **لا ندر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك**"[4].

---

[1] - أحمد الغندور، **مرجع سابق**، ص84.

[2] - العربي بلحاج، **مرجع سابق**، ص226.

[3] - أحمد فرج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام**، دار الجامعة الجديدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص19.

[4] - الترمذي، سنن الترمذي، **الجامع الصحيح**، نصق أصوله وخرج أحاديثه على كتب السنة ورقمه الشيخ خليل مأمون، ط 1، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2002، رقم الحديث 1181، ص499.

ثانيا: أن يكون بالغا عاقلا: يشترط في المطلق حتى يقع طلاقه أن يكون بالغا وعاقلا، لأن العقل هو أداة التفكير وشرط أهلية التصرف ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوع طلاق الصغير سواء كان مميزا أو غير مميز، لأن الطلاق ضار ضررا محضا، فلا يملكه الصغير وكذلك لا يملكه وليه، لحديث عائشة أن رسول الله ﷺ **قال:**" **رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يفيق**"[1].

في حين يفرق الحنابلة بين الصبي الذي يعقل معنى الطلاق والصبي الذي لا يعقله، فباتفاق الجمهور بعدم طلاق الصبي الذي لا يعقل معنى الطلاق، أما الذي يعقل معناه ويدرك أنه لسبب حرم زوجته عليه، فإنه يقع طلاقه[2].

ولما كان الطلاق أمرا خطيرا تترتب عليه بعض الالتزامات، فقد اختلف الفقهاء في مدى وقوعه من قبل بعض الأشخاص وفيما يلي بيان ذلك بالتفصيل:

1- طلاق المجنون والمدهوش: لا يقع طلاق المجنون ومن في حكمه[3] كالمعتوه والمدهوش أو مختل العقل بسبب ما، لفقدان الأهلية وانعدام الإرادة، فالمجنون ولو كان جنونه متقطعا فلا يقع طلاقه ولا يحتسب إلا بعد الإفاقة، ومثله المغمى عليه وكذلك المعتوه الذي ضعف عقله وإدراكه مع تخليط الكلام، وكل من اختل عقله لكبر أو مرض أو لمصيبة فاجأته أو غضب شديد لحقه.

أما المدهوش وهو الذي أصيب بخلل في أقواله وأفعاله فينعدم عنده الإدراك الصحيح كالشخص الذي يصاب بصدمة عصبية نتيجة الحزن الشديد أو الغضب الشديد أو الفرح الشديد فإن طلاقه لا يقع لقولهﷺ:" **لا طلاق ولا عتاق في إغلاق**"[4]

---

[1] - سنن ابن ماجه، ج 1، **مرجع سابق**، ص 322، ابن حجر العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، ج9، ط1، مكتبة دار الفيحاء، دمشق، 1997، ص 223. الترمذي، **مرجع سابق**، رقم الحديث 1423، ص 597.

[2] - ابن قدامة، المغني، **مرجع سابق**، ص 74، وهبة الزحيلي، **مرجع سابق**، ص 364.

[3] - العربي بلحاج، **مرجع سابق**، ص227.

[4] - النيسابوري، **المستدرك على الصحيحين**، تح: حمدي الدمرداش محمد،ج3، ط1، المكتبة العصرية، صيدا،بيروت، لبنان، 2000، رقم الحديث 2802، ص1058.

والإغلاق أن الشخص لا يدري ما يقول وما يفعل[1]، وكل ما يسد باب الإدراك والقصد والوعي لجنون أو شدة غضب أو شدة حزن ونحوها[2].

2- طلاق الغضبان: الغضب الشديد الذي يؤدي إلى الإغلاق وفقدان العقل وانتفاء القصد والإرادة ولا يعلم ما يتفوه به الشخص فلا يقع طلاقه في هذه الحالة، حسب رأي جمهور الفقهاء.

أما إذا كان الغضب خفيفا ويدرك ما يقوله وما يفعله من تصرفات، يقع طلاقه لأن الغضبان مكلف في حال غضبه بما يصدر منه من كفر وقتل وأخذ مال بغير حق وطلاق وغيرها[3]

وذهب بعض فقهاء الشافعية إلى وقوع طلاق الغضبان مستندين إلى قاعدة سد الذرائع من جهة والى عدم اشتراطهم النية مع الطلاق الواقع بصيغة صريحة[4].

وقد قسم ابن تيمية وابن القيم- رحمهما الله- الغضب إلى ثلاثة أقسام:

- الغضب الشديد: وهو ما يزيل العقل وهذا لا يقع طلاقه بالاتفاق.
- الغضب المتوسط: وهو الذي يستحكم ويشتد فلا يزيل العقل ولكن يمنع صاحبه من الترتيب والتروي بخروجه من حالة الاعتدال ويورثه الندم الشديد على ما فرط منه وهذا محل خلاف ولكن الراجح فيه عدم وقوع الطلاق.
- الغضب الخفيف: وهو الذي يكون في بدايته وهو ما لا يمنعه من تصور ما يقول ويقصد فهذا الطلاق يقع بالاتفاق[5].

---

[1] - سنن الدار قطني، **مرجع سابق**، ص884.

[2] - عبد القادر بن حرز الله، **مرجع سابق**، ص218.

[3] - عبد القادر داودي، **مرجع سابق**، ص253، ابن القيم، أعلام الموقعين، ج4، **مرجع سابق**، ص67، الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، ج2، **مرجع سابق**، ص366.

[4] - فاروق عبد الله كرم، **مرجع سابق**، ص183.

[5] - حسين طاهري، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص94.

3- طلاق السكران: يفرق الفقهاء بين السكر نتيجة تناول مسكر أو مخدر لضرورة كالعلاج أو جهل أو إكراه، فغاب عقل الرجل نتيجة لذلك فهذا طلاقه لا يقع، أما السكر نتيجة تناول الخمر أو نبيذ وهو متعمد ارتكاب المحظور، فاختلف الفقهاء في وقوع طلاقه.

ذهب الحنفية إلى إن كان سبب السكر محظورا وقع الطلاق فيه، وإن كان السكر من سبب مباح فلا يقع طلاقه، أما جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة فيرون بأن طلاق السكران لا يقع ولو كان سكره لمعصية، واختاره من فقهاء الحنفية أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي وحجتهم أن السكران لا قصد له، ولا طلاق من غير قصد وأن السكران لا يعي ما يقول والسكران كالمعتوه المغلوط وإن كان هذا لا يقع طلاقه فكذلك لا يقع طلاق السكران **قَالَ تَعَالَىٰ:** ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعۡلَمُواْ مَا تَقُولُونَ﴾[1]، ولقوله ﷺ:" **ليس لمجنون ولا لسكران طلاق**"[2]، ومثل ذلك الغلطان والمريض والمخطئ والساهي والناسي[3].

وهناك من يرى بوقوعه جزرا له على ارتكاب المعصية، وهذا مذهب الإباضية في المسألة أن السكران الذي فقد عقله بتناول خمر أو ما يشبهها مما يزيل العقل متعمدا يقع طلاقه صحيحا ويكون معتبرا شرعا، وتترتب عليه جميع أحكام الطلاق كالصاحي، ويرى الشيخ أطفيش من الإباضية أن طلاق السكران واقع ومحكوم عليه به لأن عقله موجود فيه فالسكران لدواء شربه لا يلزمه طلاق والسكران لشراب نحو الخمر يلزمه[4].

4- طلاق الهازل: وهو من يقصد التلفظ بلفظ الطلاق ولكن لا يريد حكم هذا اللفظ بالطلاق حتى وإن لم يرد معناه، يرى جمهور الفقهاء إلى أن طلاق الهازل واقع لأنه لفظ صريح ولا يحتاج إلى نية وإن لم يقصد إيقاع الطلاق لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال:" **ثلاثة جدهن جد، وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة**"[5].

---

[1] - سورة النساء، الآية43.

[2] - ابن القيم، **مرجع سابق**، ص40.

[3] - عبد القادر داودي، **مرجع سابق**، ص253-254.

[4] - بكير محمد الشيخ بلحاج، **فتاوى الإمام الشيخ بيوض إبراهيم بن عمر**، ج2،ط1، المطبعة العربية، غرداية، الجزائر، 1988، ص433، محمد بن يوسف أطفيش، **شرح كتاب النيل وشفاء العليل**، ج7، **مرجع سابق**، ص504.

[5] - أخرجه أبو داود في النكاح، حديث 2194، ابن ماجه، **مرجع سابق**، ص658، ابن قدامة، ج8، **مرجع سابق**، ص265، العربي بلحاج، **مرجع سابق**، ص229.

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا﴾[1]

بعض فقهاء المالكية والظاهرية لا يقع طلاق الهازل، يقول الأستاذ عبد الرحمن الصابوني:" والذي أراه أنه يجب التفريق بين حالتين من حالات الهزل: فالحالة الأولى إذا كان المجلس مجلس لعب ولهو بحيث لا يعرف كل من حضر أنه من تكلم بطلاق أو غيره فإنما لا يقصد أثره وإنما يلهو ويلعب فهذا لم يقصد الطلاق، أما الحالة الثانية فمتى ادعى الرجل عدم وقوع الطلاق وأنه كان هازلا كما لو طلق الزوج زوجته ثم قال بعد مضي فترة من الزمن كنت هازلا، ولم تقم الدلالة على ذلك فهذا طلاقه واقع"[2]، وذلك سد لذريعة الاحتيال والتهرب من تبعات الطلاق، وحتى يصان عقد الزواج على أن لا يكون مجالا للهو واللعب.

وقال جمهور الفقهاء أنه لا يقع طلاق المخطئ والناسي لأنه لم يقصد اللفظ ولا المعنى على خلاف الهازل الذي قصد اللفظ ولم يقصد الأثر، بخلاف الحنفية الذين يرون بأن طلاق المخطئ والناسي واقع قضاء لا ديانة، فإذا أراد أن يقول سبحان الله فقال:" أنت طالق"، فإنه تطلق عندهم، لأنه صريح لا يحتاج إلى نية كطلاق الهازل واللاعب عندهم، فإن طلاقه لا يقع بينه وبين الله تعالى، أما في القضاء فإنه يقع لأن القاضي لم يطلع على ما في نفسه، لأن القضاء ينبني على الظواهر لا على السرائر[3].

5- طلاق المُكرَه والسفيه: الاختيار شرط من الشروط الواجب توافرها في المطلق، والمُكرَه هو الشخص الذي تلقى من جهة أجنبية عليه تهديدا يلحق به ضررا في ماله أو في نفسه فيقع تحت ضغط يحمله على قول أو فعل ما ليس فيه رغبة فيكون قوله أو فعله صادر عن إرادة غير سليمة[4].

---

[1] - سورة البقرة، الآية 229.

[2] - عبد الرحمن الصابوني، **مرجع سابق**، ص316-318.

[3] - عبد الرحمن الجزيري، **الفقه على المذاهب الأربعة**، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990، ص142، عبد القادر داودي، **مرجع سابق**، ص257، بلحاج العربي، **مرجع سابق**، ص229.

[4] - عبد الفتاح تقية، **مرجع سابق**، ص206.

ذلك أن الزوج المكره وهو يتلفظ بالطلاق لا يقصد به الطلاق ذاته وإنما يقصد به دفع الأذى الذي يلحقه من الشخص المكره، ونظرا لغياب القصد، عملا بقولهﷺ:" **رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه**"[1]، فالزوج سواء كان راشدا أو قاصرا وأكره إكراها ماديا أو معنويا على الطلاق وطلق لا يقع طلاقه، وهذا قول جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة وكذا الظاهرية والجعفرية، لأن الاعتبار في التصرفات الشرعية الرضا بآثارها.

في حين يرى الحنفية أن طلاق المكره يقاس على طلاق الهازل، لأن الشخصين كلاهما لهما الاختيار عند النطق بالطلاق لذلك فإن طلاقه يقع، أما عدم رضاه عنه فإنه لا يؤثر في وقوعه ووافقهم في ذلك إبراهيم النخعي[2] والزهري[3] والثوري[4]، حيث قالوا أن العلة في وقوع طلاق المكره هي حاجته إلى التخلص مما توعد به[5].

ويشترط في الإكراه أن يكون المكره ذو قوة بحيث لا يستطيع المكره دفعه، وأن يكون الأمر الذي هدد به ضررا بالغا يلحق به كالقتل والتعذيب الشديد، وأن يغلب على ظنه تنفيذ المكره وعيده إن لم ينفذ ما طلب منه، وأن يكون المكره عاجزا عن الدفع سواء بفرار أو مقاومة أو الاستعانة بالغير.

أما طلاق السفيه فقد أجمع الفقه على أنه يصح لأنه يملك الزواج فيملك إنهاؤه وأن الحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ماله، والسفه هو خفة في العقل تبعث الإنسان

---

[1] - ابن ماجة، **كتاب الطلاق**، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم 2043، ص523، وصححه علاء الدين الكاساني، **مرجع سابق**، ص146، ابن رشد، **مرجع سابق**، ص538، ابن حبان ورواه البيهقي، وأخرجه الطبراني والدار قطني، والحاكم في المستدرك، 198/2.

[2] - النخعي، إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود، أبو عمران من مذحج باليمن، ومن أهل الكوفة، ومن كبار التابعين، أدرك بعض متأخري الصحابة ومن كبار الفقهاء، مات مختفيا من الحجاج(ت:96هـ /816م)، الزركلي، **مرجع سابق**، ج1، ص80.

[3] - الزهري، هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزُهري، يرجع نسبه إلى بني زُهرة بن كلاب، وهو تابعي من أهل المدينة المنورة، وأحد علماء الحجاز والشام، وهو من الأئمة الكبار، بالإضافة إلى أنه من أكبر الفقهاء والحفاظ، وهو أوّل من قام بتدوين الحديث النبوي الشريف، حيث إنّ كتب الحديث الستة تزخر بالكثير من أحاديثه المسندة(ت:124هـ/742م).

[4] - الثوري، سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري، كان سيد أهل زمانه في علوم الدين والتقوى، ولد ونشأ في الكوفة، وراوده المنصور العباسي على أن يلي الحكم، فأبى، وخرج من الكوفة (سنة 144 هـ) فسكن مكة والمدينة، ثم طلبه المهدي فتوارى، وانتقل إلى البصرة فمات فيها مختفيا، له من الكتب (الجامع الكبير) و(الجامع الصغير) كلاهما في الحديث، وكتاب في الفرائض(ت:161هـ/778م).

[5] - العيني، البداية في شرح الهداية، ج5، **مرجع سابق**، ص25، محمد أبو زهرة، **مرجع سابق**، ص290، الكاساني، **مرجع سابق**، 1792/4، ابن الهمام، شرح فتح القدير، **مرجع سابق**، 39/3.

على العمل بخلاف مقتضى الشرع والعقل، فذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاقه سواء كان محجورا عليه أو غير محجور عليه[1].

أما الشيعة الإمامية يرون بعدم وقوع طلاق السفيه لما ينتج عنه من آثار مالية ضارة به وأن طلاقه يتوقف على إذن وليه ولبطلان تصرفات السفيه[2].

6- طلاق الفضولي والغائب: وهو من يوقع الطلاق عن غيره بدون إذنه، فإن حكمه يتوقف على إجازة الزوج له، فإن أجازه لزم وتبدآ العدة من يوم إجازة الزوج وليس من يوم إيقاع الفضولي للطلاق[3].

أما إذا طلق الزوج زوجته وهو غائب عنها فإنه يقع، والدليل على ذلك ما جاء في قصة فاطمة بنت قيس، أن زوجها طلقها وهو غائب باليمن وأرسل إليها بخطاب يتضمن طلاقها مع عباس ابن أبي ربيعة، وعلم رسول الله ﷺ بذلك فلم ينكر عليه ولا رد طلاقه، فدل ذلك على جواز طلاق الغائب وأنه يقع طلاقه[4].

الفرع الثاني: ركن المطلقة: لا خلاف بين الفقهاء أن المطلقة هي الزوجة التي يقع عليها الطلاق من زواج صحيح شرعي، سواء كان الزواج قائما حقيقة أو حكما، أي دخل بهذه المرأة أو في حال المرأة المعقود عليها عقدا صحيحا قبل الدخول بها، وفي حال المرأة التي تكون في العدة من طلاق رجعي[5].

ولا يقع الطلاق على المرأة إذا كانت معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى، فلا يلحقها طلاق آخر إذا انقضت عدتها لانتهاء الرابطة الزوجية بانقضاء العدة وهذا رأي الجمهور، أما عند الحنفية فيلحقها طلاق آخر في أثناء العدة، لبقاء بعض أحكام الزواج من وجوب كالنفقة والسكنى في بيت الزوجية وعدم حل زواجها برجل آخر في العدة، فتكون محلا للطلاق[6].

---

[1] - ابن قدامه، **مرجع سابق**، 259/8، الشربيني، **مرجع سابق**، 275/3.

[2] - فاروق عبد الله كرم، **مرجع سابق**، ص185.

[3] - عبد القادر داودي، **مرجع سابق**، ص257، الحبيب بن طاهر، **مرجع سابق**، ص43.

[4] - الحبيب بن طاهر، **المرجع نفسه**، ص43، عبد القادر بن حرز الله، **مرجع سابق**، ص219.

[5] - عبد العزيز عامر، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء**، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1984، ص270.

[6] - عبد القادر بن حرز الله، **مرجع سابق**، ص222.

كما لا يقع على المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى، لاستنفاد الزوج حقه في عدد الطلقات وكذلك لا طلاق في عقد الزواج الفاسد، بل يجب التفريق في الحال بين الزوجين وفسخ العقد، فمجرد الفسخ تصير المرأة أجنبية بالنسبة للزوج.

كما يشترط في الزوجة المطلقة أن تكون معنية لغرض معرفة الزوجة المقصودة بالطلاق في حالة تعدد الزوجات[1].

والطلاق الواقع منه على المرأة الأجنبية يعتبر لغوا من القول لأنه لا ينتج أثرا شرعيا بالنسبة لها[2].

وذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوع طلاق الأجنبية مطلقا، سواء عمم كأن يقول كل امرأة أتزوجها فهي طالق، أم عين واحدة بعينها، وهو قول مالك والشافعي وأحمد، واستدلوا بما روي عن جابر رضي الله عنه قال: قال ﷺ:" **لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك** " وما أحسن ما قال ابن عباس، **قَالَ تَعَالَى:** ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾[3]، ولم يقل إذا طلقتموهن ثم نكحتموهن، فلو قال المطلق إذا تزوجت فلانة فهي طالق وهي أجنبية ولو تزوجها فيما بعد لم تطلق إجماعا، في حين يرى أبو حنيفة أن طلاق الأجنبية يقع[4].

ثالثا–أن يكون قاصدا مختارا: يشترط بالاتفاق القصد في الطلاق وهو إرادة التلفظ به ولو لم ينوه، أي إرادة لفظ الطلاق ولمعناه، فالطلاق إنما يكون بلفظ وليه أو بلفظ فقط أو بنية فقط، فإن نوى الزوج تطليق زوجته أو طلقها في نفسه دون أن يتلفظ بلفظ الطلاق، فإن طلاقه لا يقع، وعليه لا يقع طلاق الملقن الذي لقن عبارة الطلاق دون أن يفهمها كالأعجمي، فلا يقع الطلاق لعدم قصده إيقاع الطلاق أو طلاق الحاكي كالفقيه أو للتعليم لا يقع به الطلاق، وهذا قول جمهور الفقهاء[5]، في حين يرى الزهري وابن سيرين أنه إذا عزم الزوج على الطلاق

---

[1] - عبد الفتاح تقية، **مرجع سابق**، ص38.
[2] - أحمد نصر الجندي، **مرجع سابق**، ص165.
[3] - سورة الأحزاب، الآية 49.
[4] - محمد أبو زهرة، **مرجع سابق**، ص292.
[5] - عبد الكريم زيدان، **مرجع سابق**، 387/07.

طلقت زوجته، وسئل ابن سيرين عمن طلق في نفسه، فقال: أليس قد علمه الله؟ قال السائل: بلى، قال ابن سيرين: فلا أقول فيها شيئا[1].

وردّ عليه جمهور الفقهاء بصريح قولهﷺ:" **إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به نفسها ما لم تعمل أو تتكلم**"[2]، لذلك يشترط في الطلاق أن يتم بلفظ وقصد يدلان عليه.

إلا أن الحنفية لم يشترطوا في من يقع طلاقه أن يكون مختارا، بل يقع عندهم طلاق المختار والمكره[3]، فالمختار الذي يكون إقدامه على الطلاق بحرية كاملة وإرادة واعية، مقدرا كافة العواقب وما يترتب على قراره هذا من نتائج وآثار.

أما من الناحية القانونية فإن المشرع الجزائري لم يورد أي نص صراحة يتعلق بشروط المطلق مما استوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من ق.أس.ج، مما يوجب الأخذ بالمذهب المالكي الذي لا يوقع طلاق الصبي والمجنون والمعتوه ومن في حكمه ولا السكران الطافح ولا المكره ولا الغضبان ولا المخطئ ولا الساهي ولا الناسي إذا قامت قرينة تدل على ذلك[4].

وقد أجاز المذهب المالكي طلاق الولي نيابة عن الصغير أو المجنون إذا دعت المصلحة أو الضرورة إلى ذلك[5].

ورغم سكوت المشرع الجزائري على الشروط اللازمة لإيقاع طلاق الزوج، إلا أنه قد نص في المادة 85 من ق.أس.ج على أنه تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه، وعليه فالأهلية المطلوبة في القانون الجزائري لإيقاع الطلاق هي أن يكون الزوج المطلق قد بلغ سن الرشد ومتمتعا بقواه العقلية

[1] - ابن قدامة، المغني، **مرجع سابق**، 355/10.
[2] - البخاري، **مرجع سابق**، حديث رقم 5269، 405/3، مسلم، كتاب الإيمان، باب تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب إذا لم تستقر، حديث رقم 127، 69/01.
[3] - ابن الهمام، **مرجع سابق**، ج3، ص469.
[4] - العربي بلحاج، **مرجع سابق**، ص230.
[5] - الحطاب، مواهب الجليل، ج4، **مرجع سابق**، ص26.

ولم يحجر عليه، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة حسب نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري والمادة 07 من ق.أس.ج.

كما يكتسب الزوج القاصر الأهلية إذا تحصل على ترخيص من القاضي، وفي حالة أصابه أي مانع أو عارض من عوارض الأهلية يتولى وليه نيابة عنه إيقاع الطلاق قياسا على الزواج، وبما نصت عليه المادة 11 من ق.أس.ج.

وبالمقارنة مع نص المادة 85 من ق.أس.ج التي تعتبر السفيه عديم الأهلية والمادة 43 من القانون المدني التي تعتبر السفيه ناقص الأهلية وليس عديمها، نجد أن هناك تعارض بين المادتين، إذا ما قورن ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي التي تجيز إيقاعه للطلاق.

كما أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما جعل الطلاق يخضع لإشراف القضاء وتحت مراقبته مما يخول له التأكد من توافر الشروط اللازمة في المطلق فقد ذهبت المحكمة العليا إلى أنه:" **إذا صرح الزوج بالطلاق يلزمه شرعا، والقاضي يثبته بحكم قضائي**"[1]

وعليه كان على المشرع التفريق بين التصرفات المالية للسفيه والتصرفات الشخصية.

في حين نصت المادة 437 من ق.إ.م.إ[2] على أنه:" **عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم عريضة بدعوى الطلاق باسمه من قبل وليه**"، عكس القانون السوري الذي منع الطلاق القاصر صراحة، إلا إذا كان بالغا، ولم يحدد سنا معينة لذلك حسب نص المادة 85 منه.

في حين نصت المادة 90 من مدونة الأسرة المغربية على أنه:" **لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح والمكره وكذا الغضبان إذا كان مطبقا**"، ونصت المادة 89 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:" **لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره، والمدهوش هو الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره، فلا يدري ما يقول**"، ويوافق هذا التصنيف إلى الذي ذهب إليه كل من ابن تيمية وابن القيم.

[1] - ملف رقم 35322 بتاريخ 1984/12/17، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا.

[2] - القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع21، الصادرة في 2008/04/23.

بما أن فترة الصلح في القانون الجزائري تمتد إلى غاية ثلاثة أشهر والطلاق لا يعتبر نافذا إلا إذا صدر حكم، فإن الزوج قد يتراجع عن قراره بعد زوال الغضب ليراجع زوجته من جديد، وهنا نلاحظ تعارض مع الفقه الإسلامي الذي يعتبر الطلاق نافذا من وقت التلفظ به، فكان على المشرع الجزائري مسايرة الفقه الإسلامي وبعض القوانين.

فالمشرع السوري نص في المادة 125 منه على أن:" **الطلاق يقع باللفظ أو الكتابة وأن العدة تبدأ من تاريخ الطلاق أو الوفاة أو الفسخ أو التفريق القضائي أو المفارقة في النكاح الفاسد**"، ومنه نستنتج أنه لم يذكر الحكم بالطلاق بل اعتد بتلفظ الزوج بالطلاق، أما قانون الأحوال الشخصية السوداني فنجده قد أخذ بتلفظ الزوج بالطلاق وفي حالة تعذر ذلك أرجع الأمر إلى وقت افتراق الزوجين أو من تاريخ الإقرار به أمام المحكمة، فقد نصت المادة 133 منه:" **يسند الطلاق إلى وقت وقوعه فإن تعذر إثبات ذلك فإلى وقت ثبوت الافتراق وإلا فمن تاريخ الإقرار به أمام المحكمة**".

جاء في قرار للمحكمة العليا قولها:" **من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة التي ترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية**"[1].

من خلال هذا القرار نجد أن القضاء أخذ بتلفظ الزوج بالطلاق وليس بحكم القاضي.

نصت المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية المصري على أنه:" **لا يقع طلاق السكران والمكره**"، وهذا يتوافق مع رأي جمهور الفقهاء الذين يعتبرونه لغوا، بعد أن كان المشرع المصري يأخذ برأي الحنفية الذين يرون بأن طلاق السكران والمكره يقع، كما أن القضاء المصري عمل وفق نص المادة 03 من القانون رقم 01 من سنة 2000، والذي يقضي بأن

[1] - قرار رقم 35026 بتاريخ 1984/12/03، م.ع، م.ق، ع4 لسنة 1989، ص86، جمال سايس، **مرجع سابق**، ص311.

طلاق الغضبان لا يقع إذا بلغ مبلغا لا يدري منه ما يقول أو يفعل، وذلك لافتقاره الإدراك والإرادة[1].

ونصت المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه:" **لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم وهم: السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقدا لتمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض**".

ولقد وضعت بعض قوانين الدول العربية شروطا للمطلق لإيقاع الطلاق، فقد نصت المادة 80 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه:" **يكون الزوج أهلا للطلاق إذا كان مكلفا واعيا ومختارا، واستثنى البعض من إيقاع الطلاق كالسكران والمدهوش والمكره والمعتوه والمغمى عليه والنائم، وأن المدهوش هو الذي غلب الخلل في أقواله وأفعاله نتيجة غضب أو غيره بحيث يخرجه من عادته**".

كما نصت المادة 101 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 على أنه:" **يشترط في المطلق العقل والاختيار، ويقع طلاق فاقد العقل بمحرم اختيارا**".

أما قانون الأحوال الشخصية السوداني فيشترط في أهلية المطلق العقل والبلوغ والاختيار وأن فاقد التمييز بسبب الجنون أو العته أو السكر المطبق أو الإكراه الملجئ أو غير ذلك من الأسباب المذهبة للعقل لا يقع طلاقه حسب نص المادة 134 منه.

في حين نصت المادة 85 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية على أنه:" **يشترط في المطلق أن يكون مسلما بالغا عاقلا غير مكره**".

أما بخصوص شروط المطلقة فلم يورد المشرع الجزائري أي نص قانوني يتعلق بمحل الطلاق، مما يوجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وخاصة الفقه المالكي المعمول به في الجزائر طبقا لنص المادة 222 من ق.أس.ج.

في حين قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1969/02/05 بأنه:" **لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح**"[1].

[1] - العربي بختي، **مرجع سابق**، ص80.

أما بالنسبة للمرأة التي تصير أجنبية على الزوج بمجرد فسخ عقد الزواج، فيعد فسخا لا طلاقا، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف الشرعية بعمان في قرار لها تحت رقم 16162 سنة 1969، بقولها:" **لا طلاق في عقد النكاح الفاسد** ".

ونصت مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية في المادة 2/85 على أنه:" **يشترط في المطلقة أن تكون في عصمة المطلق أو في عدته من طلاق رجعي**"، ونصت المادة 81 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه:" **لا يقع الطلاق على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح وغير معتدة**".

في حين نصت المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية السوداني على أنه:" **لا يقع الطلاق مع الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح قائما حقيقة أو حكما**"، ونص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 167 منه:" **بأن محل الطلاق المرأة التي في نكاح صحيح أو المعتدة من طلاق رجعي لا يصح على غيرهما الطلاق ولو معلقا**"، ونفس الشيء اشترطه قانون الأحوال الشخصية لكل من سلطنة عمان ودولة الإمارات العربية المتحدة والكويت ومصر.

وقد أجمعت أغلب القوانين على أن الشروط المتعلقة بالمطلقة يشترط فيها لإيقاع الطلاق صحيحا، أن تكون المراد طلاقها في عصمة رجل بناء على زواج صحيح وشرعي سواء كان الطلاق عليها قبل الدخول أو بعده، ولا تكون محلا للطلاق المرأة التي تزوجها الرجل بعقد فاسد لأن الطلاق أثر من آثار الزواج الصحيح.

والرأي الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة في الشروط المتعلقة بالمطلقة لإيقاع الطلاق عليها.

[1] - سعاد لعلى، **الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري**، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015/2014، ص269.

المبحـــث الثاني

مفـــهوم الطلاق التعسفي

يعد الطلاق أحد صور فك الرابطة الزوجية، وهو من حقوق الزوج التي يمكن أن يمارسها متى شاء بدواع شرعية وضوابط قانونية، غير أن الزوج المطلق إذا كان قاصدا من هذا الطلاق الإضرار بالمطلقة لحاجة في نفسه، فيلجأ إلى استعمال هذا الحق، فيكون متعسفا في استعماله، وهو ما يعرف بالطلاق التعسفي الذي لا وجود لهذا المصطلح في مفردات كتب الفقه الإسلامي، لأن هذا النوع من الطلاق سواء عند الفقهاء القدامى أو المحدثين تطرقوا إليه ضمن مضمون نظرية التعسف دون تسميتها، لسبب بسيط أن الزوج عند كثير من الفقهاء يمارس بطلاقه حقا مشروعا، لا يوصف عند استخدامه له بالتعسف لأن الأصل في الطلاق هو الإباحة وإن كان أبغض الحلال عند الله، فما المقصود بالطلاق التعسفي؟

للإجابة عن هذا التساؤل تم التطرق إلى مفهوم الطلاق التعسفي سواء من ناحية التعريف اللغوي أو الاصطلاحي وبيان نطاقه أو أساسه(مطلب أول)، وبيان معاييره (مطلب ثان)، وأشرنا إلى صوره (مطلب ثالث) من خلال الأتي:

المطـــــــلب الأول

تعــريف الطلاق التعسفي ونطاقه

من أجل تحديد مفهوم الطلاق التعسفي، يتعين علينا تعريفه من الناحية اللغوية والاصطلاحية (فرع أول)، وكذا بيان نطاقه أو أساسه (فرع ثان) من خلال الآتي:

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي: لقد تطرقنا سابقا إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي للطلاق حيث تعددت تعريفاته، فكل يتناوله من وجهة نظر خاصة، أما التعسف فيه فسوف نبينه من خلال الأتي:

أولا: تعريف التعسف لغة: للتعسف معان كثيرة وعديدة ومتنوعة، التعسف مأخوذ من الفعل الثلاثي "عَسَفَ"، والعسفُ هو السير على غير هدى وركوب الأمر من غير تدبير، يقال

عسف فلان فلانا أي إذا ركبه الظلم ولم ينصفه، ورجل عسوف: إذا كان ظلوما ولم يقصد به الحق، وعسف بمعنى مال عن الطريق وعدل عنه، وتعسفه بمعنى ظلمه، والعسف في الأصل أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة وعلم[1].

ويقال عسف الطريق أي مال وسار بغير هداية ولا توخي الصواب، ومنها الحيرة وقلة البصيرة، ومنه أيضا الإشراف على الموت، فيقال عسف البعير عسفا إذا أشرف على الهلاك والموت[2].

يظهر من خلال هذه التعريفات أن التعسف عند اللغويين يعني الظلم مما يحمل معنى الإساءة والإضرار الذي يتأتى من السير دون هداية بعيدا عن الصواب والتدبير.

ثانيا: تعريف التعسف اصطلاحا: يظهر أن مصطلح التعسف من المصطلحات الحديثة التي لم يتناولها الفقهاء والأصوليون المتقدمون في مصنفاتهم، ولم يتطرقوا إلى نظرية التعسف كنظرية متحققة ذات أركان وأسس، وإنما تطرقوا لها بمسميات أخرى، فتعددت التسميات لمصطلح التعسف، سواء عند الفقهاء وبعدة تعريفات متقاربة يتفق فيما بينها على المقصود منه شرعا أو قانونا، ولكن اختلفت في ألفاظها، ولكنها لا تخرج عن معنى واحد ومن هذه التعاريف ما يلي:

1- تعريف التعسف في الفقه الإسلامي: الثابت في الشريعة الإسلامية أن الحق هبة الله سبحانه وتعالى لعباده، حيث منّ عليهم بهذه النعمة، لكن استعمال الحق دون مصلحة شرعية ترجى منه يعد من الممنوعات.

فقد ورد مصطلح التعسف عند الفقهاء القدامى بمعنى التعنت والإساءة في المغنى لابن قدامة وبدائع الصنائع للكاساني، وبمعنى المضارة في الحقوق في كتب الطرق الحكمية لابن القيم الجوزية، والإضرار والعمل غير المشروع[3].

---

[1] - مجد الدين الفيروز آبادي، **القاموس المحيط**، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993، ص 1082.
- ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، **مرجع سابق**، ص245.

[2] - مرتضى الزبيدي، تاج العروس، **مرجع سابق**، ص157.

[3] - السرخسي، **مرجع سابق**، 70/2، الشاطبي، **مرجع سابق**، 141/3.

وقد تطرقوا إلى مضمون نظرية التعسف دون تسميتها، ويتفق معنى التعنت والتعسف والإساءة في أن معنى الظلم الناشئ عن إساءة استعمال الحق والتصرف فيه تصرفا مخالفا لمقصود الشارع، وبالرغم من اقتراب هذه المصطلحات في الحقوق إلا أن مصطلح التعسف يبقى هو الأكثر تداولا[1].

فقد استعمل مصطلح التعسف عند الإمام الشافعي في الرسالة بقوله:" **لأنه إذا أقامه على غير مثال بدلالة على قيمته كان متعسفا**"[2]، وذكره ابن حزم بقوله:" **أو لتعلم أن التعسف وسوء الملكة لمن خولك الله أمره من رفيق أو رعية يدلان عن خساسة النفس**"[3]. ويقصد به الظلم.

والفقهاء القدامى لم يعرفوا التعسف، وإنما تطرقوا لجزئياته أثناء تناولهم للموضوعات المختلفة ذات الصلة به في مصنفاتهم كمنع عمر ابن الخطاب– رضي الله عنه– التزوج من الكتابيات، وفي المناكحات تزويج الفتاة من الكف بغير إذن الولي إن عضلها[4].

ووضع الشاطبي قاعدة عامة في العمل بالأحكام، وهي الأساس العام لنظرية التعسف في قوله:" **كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، لأن المشروعات وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد**"، وأكد هذا المعنى الإمام العز بن عبد السلام بقوله:" **كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل، وما يؤول إليه بالضرورة فهو باطل**"[5].

كما تناول الفقهاء القدامى التعسف في باب الضمانات تحت عدة مسميات مختلفة كالاستعمال المذموم للحق عند الإمام الشاطبي، وهو تناول المباح على غير الجهة المشروعة

---

[1] - محمد أحمد سراج، **نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص24.

[2] - الشافعي، **الرسالة**، باب الاستحسان، تح: أحمد شاكر، ط1، مكتبة مصطفى الحلبي، مصر، 1940، ص503.

[3] - ابن حزم الأندلسي القرطبي، **رسائل ابن حزم الأندلسي**، تح: إحسان عباس، ج2، ط2، المؤسسة العربية، بيروت، 1987، ص65،

[4] - جميل فخري محمد جانم، **مرجع سابق**، ص144.

[5] - عبير ربحي شاكر القدومي، **التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية**، ط1، دار الفكر، عمان، الأردن، 2007، ص19/18.

واستعمال النعمة على غير الوجه المقصود منها، والمضار في الحقوق عند ابن القيم الجوزية، وذكرها في كتابه الطرق الحكمية، روى أبو داود في سننه من حديث أبي جعفر محمد بن علي أنه:" حدث سمرة بن جندب أنه كان له غدق من نخل في حائط رجل من الأنصار ومع الرجل أهله، وكان سمرة يدخل إلى بستان الأنصاري دون استئذان، مما ألحق الضرر به وشق عليه، فأتى النبيﷺ فذكر له، فطلب إليه ﷺ أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: فهبه له ولك كذا وكذا أمرا رغبة فيه فأبى، فقال: أنت مضار، وقال النبيﷺ للأنصاري:" **اذهب فأقلع نخله**"[1].

فالحديث بيّن جزاء التعسف في استعمال الحق، وأن قضاءه ﷺ بقطع النخل جاء بعد محاولته التوفيق بين مصلحة الأنصاري ومصلحة سمرة، ولما لم تجد هذه الوسيلة نفعا أمر بقطع الملك.

جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة يرون بأن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لحاجة مشروعة، لمنع الزوج المطلق من التعسف في استعمال هذا الحق، وذلك بقولهم:" **تقييد الطلاق بالسبب الذي يدعوا إليه**"[2].

وعلى هذا يكون الطلاق من غير سبب عند الجمهور بغي وظلم، فيكون محظورا، ووجه الحرمة ظاهر في رواية طلاقهﷺ لحفصة رضي الله عنها، فالنبيﷺ طلقها من غير ريبة، وقد أمره الله تعالى أن يراجعها لأنها صوامة قوامة ما لم تدع إلى ذلك حاجة أو ضرورة ملحة[3].

والتعسف مصطلح حديث، عرّفه فقهاء الشريعة والقانون المعاصرون تعريفات عديدة ومتنوعة[4]، فقد عرفه مصطفى السباعي ووهبه الزحيلي بأنه:" **إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى الضرر بالغير**"، وعرفه الشيخ محمد أبو زهرة بأنه:" **استعمال الحق بشكل يؤدي**

---

[1] - عبير ربحي شاكر القدومي، **مرجع سابق**، ص19.

[2] - عبد الفتاح تقية، **مرجع سابق**، ص50.

[3] - ابن الهمام، **مرجع سابق**، ص465.

[4] - ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، **الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة والقانون الأردني**، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011، ص46.

إلى الإضرار بالغير، إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة أو لترتيب ضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق"، وقال أيضا بأنه:" **تصرف الإنسان في حقه تصرفا غير معتاد شرعا**" وزاد ابن رجب الحنبلي عن قول الإمام أبو زهرة بأن منع التصرف لا يقتصر على الاستعمال غير المعتاد للحق، بل يشمل أيضا الاستعمال المعتاد إذا ترتب عليه ضرر بالغير مستدلا بقولهﷺ:" **لا ضرر ولا ضرار**"[1].

وعرفه فتحي الدريني بقوله:" **يقصد بالتعسف أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل، بمقتضى حق شرعي يثبت له، بعوض أو بغير عوض، أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا، على وجه يلحق بغيره الإضرار أو يخالف حكمة المشروعية**"، وقال أيضا هو:" **مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل**"[2].

يتبين من خلال التعريف أن مناقضة قصد الشارع، أي مخالفة لما أراده الله تعالى من حق منحنا إياه، هذا الحق ليس صفة طبيعية في الإنسان، فهو مقيد بقيود شرعية يجب الالتزام بها، لأن من أهداف الحق تحقيق المصالح المشروعة، فإذا استعملت في غير ما شرعت له، كان ذلك الاستعمال تعسفا ومناقضا لقصد الشارع فيما شرعه من تلك الحقوق.

فإذا كانت المناقضة مقصودة وهي التي يستعمل فيها المكلف حقه لمجرد الإضرار ولتحقيق مصلحة غير مشروعة، كمن يهب ماله صوريا عند اقتراب الحول هروبا من أداء حق الزكاة فيها، فالهبة هنا مشروعة في أصلها، أما الامتناع عن أداء الزكاة فهو محرم في أصله، ولكن المكلف هنا كانت الغاية من الهبة عمل غير مشروع بهدف منع أداء الزكاة، فيكون الشخص المكلف هنا قد استخدم حقه في الهبة تعسفا لأجل عدم إخراج نصيب الزكاة وفي هذا يقول الدريني:" **فكلا الأمرين واضح في المفسدة أو المصلحة، فإذا جُمع بينهما على هذا القصد، صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة وهو مفسدة**"[3].

---

[1] - سنن ابن ماجه، **كتاب الأحكام**، باب من بنى في حقه ما يضر جاره، ج2، حديث رقم2340، ص784.
[2] - فتحي الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق**، ط2، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1977، ص46.
[3] - **المرجع نفسه**، ص88.

أما إذا كانت المناقضة غير مقصودة، أي أن تأتي نتائج الأفعال وثمرتها على نحو يخالف الأصل من تشريع الأصل، كاحتكار البائع للسلع التي يكون الناس في حاجة إليها، فالبائع هنا حقق لنفسه مصلحة وهي زيادة أرباحه، ولكنه ألحق ضررا بالآخرين.

أما قصده في تصرف مأذون به شرعا، فقد يكون التصرف إما بالقول كإبرام العقود وما يترتب عنها من حقوق والتزامات كالبيع والوصية وغيرها، وإما بالفعل كاستعمال المالك لعقاره على وجه يضر به غيره كحق الملكية أو الحضانة أو غيرها، وهي التي يكون مصدرها المشروع لأن إتيانها يعتبر اعتداءً لا تعسفا، فالتعسف منحصر في التصرفات داخل حدود الحق.

من خلال ما سبق يتضح أن التعسف في استعمال الحق يتأتى من تصرف أصله مشروع، ولكن يستعمل في غاية وهدف غير مشروع أو مناقض للمصلحة أو بهدف الإضرار بالغير ويعد تجاوزا وتعديا، ومنه فإن هذا التعريف غير جامع لكل صور التعسف.

يتبين من خلال هذه التعاريف أنها قاصرة لم تحدد معنى التعسف، كما أنها خلطت بين التعسف والمجاوزة في استعمال الحق، مما يترتب عليه المسؤولية التقصيرية، لأن أصحاب هذا القول يرون أن التعسف صورة من صور مجاوزة حدود الحق، ولأن الأساس في التعسف استعمال حق مشروع في ذاته لكن شابه عيب.

أما مجاوزة الفعل غير مشروع، فالجزاء في التعسف قد يكون ماديا بالتعويض أو بإزالة عين الضرر أو بمنع الشخص من التصرف بحقه ابتداء، أما المسؤولية في حال مجاوزة الحق لا تظهر إلا بعد التصرف لا قبله[1].

فالتعسف يفترض وجود فعل يدخل في حدود الحق ومضمونه كأن يكون للشخص أرض فيقيم بها بناء، فيبني جدارا عاليا قاصدا ببنائه حجب النور أو الهواء عن ملك جاره، فإنه بذلك يكون متعسفا في استعمال ملكيته، رغم أنه يستعمل سلطة من السلطات التي يخولها حق الملكية، أما لو تعدى البناء إلى جزء من أرض جاره، فبهذا الاعتداء على أرض جاره تجاوزا المعتدي نطاق حقه وتكون هناك حالة خروج عن الحق فإنه بذلك يكون متجاوزا لحقه.

[1] - عبير ربحي شاكر القدومي، **مرجع سابق**، ص22 .

والراجح والأدق ما ذهب إليه الأستاذ فتحي الدريني في تعريفه للتعسف بأن وضع معيارا دقيقا لضبط كون الفعل تعسفا أو لا من خلال مناقضته لقصد الشارع.

2- تعريف التعسف في القانون: باستقراء القوانين، نجد أن فكرة التعسف تمتد أصولها التاريخية إلى النظم القانونية القديمة، ففي قانون جوستنيان في العصر الروماني عرف فكرة التعسف في صورتها البدائية الضيقة، وعارض استعمال الحق إذا قصد صاحبه إلحاق الضرر بالغير وأن يقسم الخصوم على حسن نيتهم على أن الدعوة المرفوعة بينهم ليست كيدية، كما تأثر القانون الروماني بفكرة التعسف في استعمال الحق من خلال ما تضمنه من تطبيقات لهذه الفكرة تتمثل في الدعوة البولصية والدفع بالغش، غير أنه عرفها في صورتها البدائية كما سبق.

كما عرف القانون الفرنسي القديم فكرة تقييد الحقوق منعا من إساءة استعمالها، فقضت المحاكم في بعض الحالات بمجازات من استعمل حقه بخبث، فذهب بوتييه Potier إلى أنه لا يجوز للمالك أن يعمل عملا مضرا بالجار ومناقضا لالتزامات الجوار، وقرر دوما Domat وتوليير Tollier أنه لا يسوغ للمالك أن يأتي عمل في عقاره من شأنه مضايقة العقار المجاور أو الإضرار به كإحداث دخان كثيف من فرن أو كور[1].

أواخر القرن 19 تطورت نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي على يد الفقهاء لا سيما سالي Salli وجوسران Josserand ومؤداها أنه، إذا كان صاحب الحق يعمل في دائرة حقه إلا أنه قد ينشأ عن نشاطه إضرار بالغير مما يوجب المسؤولية المدنية نحو هذا الغير، كما اعتنقها القضاء الفرنسي من خلال حكم محكمة استئناف كولمار Colmar سنة 1855 بأن المالك الذي يقيم مدخنة مصطنعة بدون فائدة له وإنما بغرض سد النور عن جاره يجوز للمحكمة أن تقضي بإزالتها مع إلزام المالك الذي أساء استعمال حقه

[1] - سليمان مرقس، **الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات**، القسم الأول، ط5، مصر، 1992، ص333.
- أنور سلطان، **نظرية التعسف في استعمال حق الملكية**، مجلة القانون والاقتصاد، مارس 1947، ص78.

بالتعويضات وهذا مطابق لما جاءت به الشريعة الإسلامية الغراء[1].

وهناك حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية سنة 1915 في القضية المسماة بقضية Bayard clement وتتلخص وقائعها في أن شخصا كان يملك قطعة أرض بجوار مطار الطائرات التي تنقل مواد مصنوعة، فقام كليمون في أرضه المجاورة للمطار بإقامة أعمدة بأسلاك شائكة دون منفعة، وكان غرضه عرقلة هبوط الطائرات، وحمل شركة المطار على شراء أرضه التي سبق أن رفض بيعها، فقضت المحكمة بأن كليمون بيار يعد متعسفا في استعمال حقه.

ورغم أنه لم يورد تعريف التعسف في استعمال الحق في التشريعات سواء العربية أو الغربية وإنما تطرقت إلى حالته وطبيعته القانونية فقط، فقد تأثر المشرع الفرنسي بنظرية التعسف في استعمال الحق وجسدها في بعض القوانين الخاصة كالقانون الصادر في 1890/12/27 والذي عدل المادة 1780 وجعل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بإرادة منفردة من قبيل التعسف الموجب للتعويض، وقد عدل هذا الحكم في قانون العمل بالمادة 23 من الكتاب الأول في 1910/12/26، كما أصدر قانون بتاريخ 1956/04/27 يقضي بالتعسف لرفض تشغيل عامل أو لإنهاء عقده بسبب انتمائه أو عدم انتمائه إلى نقابة[2]، والقانون الصادر في 1957/03/11 الخاص بحق المؤلف والذي ينص في مادته 20 على أن:" **ممثلي المؤلف المتوفي يعتبرون متعسفين إذا أساؤوا الحق في إذاعة المؤلف أو في عدم إذاعته**".

كما تضمنت المادة 74 من التقنين المدني الفرنسي فكرة التعسف حيث نصت على أنه:" **يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه في أثناء استعمال حقه حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق**"، من خلال هذه المادة يتبين أن النص يتعلق بالتجاوز وليس التعسف في استعمال الحق وثمة اختلاف بينهما لأن القانون الفرنسي يستعمل عبارة" **Abus de droit**" مع أن مصطلح **(Abus)** يعني الإساءة وليس التعسف.

[1] - استئناف كولمار بتاريخ 02 ماي 1855، داللوز، فرنسا، 1856.

[2] - علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص221.

أما القوانين العربية فقد تناولت التعسف منفصلا عن النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية، فقد انتقلت نظرية التعسف في استعمال الحق من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى الفقه والقضاء المصري في ظل القانون المدني المصري لسنة 1984 الذي أخذ بهذه النظرية واستعان في ذلك بما استقر عليه الفقه الإسلامي، إلى جانب الاستعانة أيضا بالمذاهب الفقهية الحديثة والتشريعات الوضعية حيث نص في المادة 04 منه على أنه:" **من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر**". ونصت المادة 05 منه على أنه:" **يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية:**

أ – إذا لم يقصد به سواء الإضرار بالغير.

ب– إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج– إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

والظاهر أن المشرع المصري عندما أخذ بنظرية التعسف اعتمد على عدة معايير مختلفة في ذلك واكتفى بذكر معاييره من خلال نص المادة.

في حين القانون الجزائري اهتم بنظرية التعسف في استعمال الحق وجعلها نظرية مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية رغم أنه لم يعرف التعسف وخص نص المادة 124 مكرر من القانون المدني[1] بقولها:" **يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية: – إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.**

– إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

– إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

[1] - القانون المدني المعدل والمتمم، **مصدر سابق.**

والظاهر أن المشرع الجزائري قد تأثر بالمشرع المصري، فلم يعرف التعسف بل حدد حالاته على سبيل المثال لا الحصر، وهذا ما نستنتجه من عبارة " **لاسيما في الحالات التالية**" حيث ربط التعسف بفكرة الخطأ التقصيري الذي تقوم عليه المسؤولية عن الفعل الضار.

كما أخذ هو الآخر بعدة معايير مختلفة للتعسف فأورد بصددها عدة تطبيقات خاصة نذكر منها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة 690 من القانون المدني على أنه:" **يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل، والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة** "، وأضافت المادة 691 مدني بقولها:" **يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار**"، ونصت المادة 52 من ق.أس.ج على عدم التعسف في الطلاق.

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق وتوسع في تطبيقاتها، حيث سار في ذلك على نهج أحكام الفقه الإسلامي، ولكنه لم يبين كل الحالات التي تدخل في نطاق التعسف.

غير أن نظرية الحق في إيقاع الطلاق تختلف اختلافا جذريا عن نظرية الحق في القانون المدني، فالزوج إذا ما أقدم على فك الرابطة الزوجية، فإنه مطالب بتقديم التبرير الشرعي الذي جعله يلجأ إلى هذا الإجراء، ذلك أن الزوج حتى ولو كان له الحق في إيقاع الطلاق فاستعماله له يجب أن يرفق بتحمله لتبعة إرادته ومسؤولياتها، فالأصل أن يكون الزوج متعسفا وعليه أن يثبت خلاف ذلك[1].

ونفس الشيء ذهب إليه كل من المشرع الكويتي في المادة 30 من التقنين المدني الكويتي والمشرع العراقي في المادة 07 من التقنين المدني والسوري في المادتين 4 و5 من القانون المدني والأردني في المادة 61 و66 من التقنين المدني الأردني.

في حين نص القانون اللبناني في المادة 124 من قانون الموجبات والعقود على أنه:" **يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوز أثناء استعمال حقه حدود حسن النية أو**

[1] - باديس ديابي، **مرجع سابق**، ص85.

الغرض الذي من أجله وضع الحق"، يظهر من خلال نص هذه المادة أن القانون اللبناني قد وضع مبدأ عاما للتعسف وهو الانحراف عن غاية الحق وإساءة استعماله، مما يوسع دائرة التعسف عند التطبيق إلى مجال أوسع ويجعل هذا المبدأ أكثر مرونة يتماشى مع صور التعسف، مما يعطي مجالا للسلطة التقديرية للقاضي في تكييف التعسف عند استعمال الحقوق من خلال سوء القصد بالحق أو خروجه عن الغرض أو المصلحة التي شرع من أجلها[1].

أما المشرع التونسي فإنه يلخص نظرية التعسف في استعمال الحق في أن حقوق الأشخاص لا تعلو على القانون ويجب أن تمارس داخل نطاقه، وهذا مبدأ اجتماعي واقتصادي يرمي إلى الحد من الحريات الشخصية، إذ لا طلاق للحقوق بل هي نسبية يقيد بعضها البعض الآخر عدا المستثنيات منها، لأن المصالح الاجتماعية تتقدم على سواها وهذا ما نص عليه الفصل 103 من القانون المدني التونسي، ويظهر كذلك أن القوانين العربية بدورها لم تعرف التعسف في استعمال الحق، وإنما ذكرت حالاته وتطرقت إلى ذلك في نصوص منفصلة عن النصوص المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية[2].

3- تعريف الطلاق التعسفي: أما فيما يخص الطلاق التعسفي، فقد عرفه الأستاذ جميل فخري محمد جانم بقوله:" **مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص**" وأيضا بأنه:" **إساءة استخدام الرجل حقه في إيقاع الطلاق الموكل له شرعا**"[3].

يتبين من خلال التعريفين أن المقصود بالطلاق التعسفي هو أن يطلق الزوج زوجته من دون سبب، فيناقض حكم الشارع في إيقاع الطلاق.

وعرفه عروة صبري بأنه:" **إيقاع الطلاق بدون سبب أو بقصد إيذاء الزوجة**".

---

[1] - صبحي المحمصاني، **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية**، ج1، ط3، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1983، ص54.

[2] - محمد المالقي، **محاضرات في شرح القانون المدني التونسي**، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003، ص106.

[3] - – جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون**، دار الحامد للنشر، الأردن، 2009، ص123.

وعرفه مجيد لعبيدي بأنه:" **الطلاق الذي يقع من الزوج بالمفهوم العام للطلاق ولكن إيقاعه بدون سبب معقول أو مبرر، وبدون سوء تصرف من الزوجة وبدون طلبها أو رضاها، وإنما يقع لمجرد قصد الإضرار بالزوجة**".

يتبين من خلال التعريفين ذكر لحالات التعسف في الطلاق وليس تعريفا لحقيقة التعسف في الطلاق وماهيته وحصر التعسف في الطلاق في القصد بالإضرار بالزوجة.

إذا رجعنا إلى الطلاق التعسفي، فإن أول نشأة له كانت مرتبطة بما قضت به محكمة مصر الكلية بتاريخ 1926/01/20، وتتلخص وقائع موضوع الدعوى في أن سيدة تقدمت لمحكمة مصر، مدعية أنها كانت تشتغل بمهنة التدريس وتتقاضى مرتبا قدره 11 جنيه مصري، فعرض عليها المدعي عليه الزواج، فترددت في قبول عرضه، ولعلمها أنه يجب عليها قانونا سابقا عند قبولها تقديم استعفائها من مهنتها التي تزاولها.

وأخيرا قبلت الزواج وقدمت استقالتها من التدريس، وفي أكتوبر 1924 تم العقد بينهما ودخل بها، ولم يمض على هذا الزواج إلا مدة قصيرة، حيث طلقها المدعي عليه في ديسمبر1924، فرفعت المدعية دعواها مطالبة المدعي عليه بأن يدفع لها خمسة آلاف جنيه مصري بصفة تعويض، لأن هذا الطلاق أضر بها ماديا وأدبيا، وأنه ليس للزوج بمقتضى الشريعة الغراء أن يوقع هذا الطلاق إلا لضرورة ملحة، فإذا انتهت الضرورة كان الزوج في إيقاعه هذا الطلاق مخطئا بل آثما، وما دام هناك ضرر وخطأ كان التعويض واجبا.

وأنه وإن كان الطلاق حقا مشروعا إلا أنه من المبادئ المقررة قانونا، أنه لا يجوز للشخص أن يسيء استعمال حقه بحسب نظرية التعسف وإن كان ملزما بالتعويض، لا سيما إذا لوحظ أن المدعي عليه غرر بالمدعية وأوهمها أنها ستستعيض عن حياتها المدرسية بحياة زوجية دائمة الرباط، وكان دفاع الزوج أن الطلاق حق مشروع في الشريعة الإسلامية وأنه ليس للزوجة المطلقة إلا مؤخر صداقها ونفقة عدتها، ولكن محكمة مصر الكلية رفضت هذا الدفاع وقضت بإلزام المدعي عليه بأن يدفع للمدعية مبلغ ألف جنيه مصري بصفة التعويض[1].

[1] - ساجدة عفيف محمد رشيد عقيلي، **مرجع سابق**، ص40.

فأغلب القوانين العربية تكاد تخلو نصوصها من وضع تعريف للطلاق التعسفي، وسمي الطلاق تعسفيا كون الزوج صاحب العصمة في إيقاع الطلاق، إلا أنه استخدم حقه على خلاف مقصد الشارع، وهو إنهاء الرابطة الزوجية عند وجود سبب يبرر إنهاؤها، فلا يجوز استخدام الطلاق وسيلة للإضرار بالزوجة.

كما أنه ضياع لمستقبل الزوجة وتفويت لفرص لها قد لا تعود، وحتى لم يصب الزوج ضرر مادي كونها غنية أو عاملة، فإنها بلا ريب ستتعرض لأضرار معنوية جراء هذا الطلاق، لأن له آثار على نفسية الزوجة المطلقة خاصة إذا كان من غير سبب أو مبرر معقول ومقبول.

والمشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية لم يضع تعريفا للطلاق التعسفي وإنما نص على الحالات التي يكون فيها الزوج متعسفا في طلاقه، وهو ما نصت عليه المادة 52 من ق.أس.ج بقولها:" **إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**".

فمن خلال نص المادة يتبن لنا الآثار الناجمة عن الطلاق التعسفي كتعويض المطلقة عن الضرر اللاحق بها، وحتى يكون الطلاق تعسفيا يستوجب أن يكون مناقضا لحكم الشارع ومؤديا إلى مآل ممنوع شرعا كالضرر، وأن لا يكون بناء على طلب من الزوجة أو برضاها، وبدون سبب يوجب إيقاعه[1].

في حين نص المشرع المصري في المادة 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1929 على أنه:" **الزوجة المدخول بها في زواج صحيح، إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة...**".

والطلاق التعسفي يخضع لإشراف القضاء وتقديره لمدى تعسف المطلق أو عدم تعسفه فإذا اعتبره متعسفا وجب عليه التعويض للزوجة المطلقة.

فقد ثبت عن المحكمة العليا قولها:" **من المقرر شرعا وقانونا إن كان طلاق الزوج غير مبرر فللمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة، وأن الطلاق غير**

[1] - جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق**، ص196.

المبرر صورة من صور الطلاق التعسفي"، كما جاء في القرار رقم:233707 بتاريخ 2000/01/18 صادر عن المحكمة العليا قولها:" **حيث بمقتضى نص المادة 52 من قانون الأسرة قد حددت شرطين متلازمين لإمكانية القضاء بالتعويض المذكور الأول إيقاع الزوج الطلاق دون مبرر معقول، وثانيهما تعرض الزوجة للضرر اللاحق بها بسببه، وحيث أنه لما توافر هذان السببان معا، فإن المطعون ضدها تستحق التعويض**" فيكون الطلاق تعسفيا إن كان بدون مبرر أو بغير سبب جدي، فقد ورد في القرار رقم 219736 المؤرخ في 1999/03/16 الصادر عن المحكمة العليا قولها:" **حيث أن القرار المطعون فيه قد نوه في أسبابه من كون أن الزوج تمسك بالطلاق ولو بإرادته المنفردة علاوة على أن قضاة الموضوع قد أجابوا الطاعن بأن الأسباب التي استند عليها في طلبه للطلاق لم تكن جدية أو في مستوى الأدلة، الأمر الذي جعلهم يعتبرون الطلاق تعسفي ومسؤوليته تكون على عاتق المطلق**".

ومنه نخلص إلى أن الطلاق التعسفي ما هو إلا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق، وأن التعسف هو انحراف على سبيل استخدام الحق الاستخدام الشرعي والقانوني.

جاء في المادة 1/180 من قانون الأحوال الشخصية السوري:" إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة ومتعة الطلاق التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال.

حيث اشترط القانون السوري لكي يكون الزوج متعسفا في طلاقه توفر شرطين هما الطلاق بدون سبب معقول وإصابة الزوجة بؤس وفاقه.

في حين ذهب قانون الأحوال الشخصية المصري في المادة 15 مكرر1 وقانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 155 منه بقوله: " **إذا طلق الزوج زوجته تعسفا، كأن**

طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسبا"

فالقضاء الأردني يحكم للمرأة المطلقة تعسفا بالتعويض بغض النظر عن وضع المرأة المادي، عكس ما ذهب إليه المشرع السوري الذي قيد التعويض بالبؤس والفاقة للمطلقة، وقد انتقد موقف المشرع السوري، ويرون بأن الزوج قد تعسف في طلاقه بإساءة استعمال حق منحه الشارع له دون أن تدعو الحاجة إليه[1].

أما الطلاق التعسفي في القانون التونسي والذي يطلق عليه الطلاق إنشاء، فقد نصت عليه المادة 03/31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بقولها:" **يحكم بالطلاق بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به، ويقضي بمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق**".

في حين يفرق القضاء التونسي بين إنشاء الطلاق من قبل الزوج والمطالبة به من طرف الزوجة، حيث جاء في قرار تعقيبي مدني رقم 7065 بتاريخ 1982/12/07 صادر عن محكمة التعقيب التونسية بقولها:" **طلب الطلاق إنشاء من الزوج أو المطالبة به من الزوجة حسب الفقرة الثالثة من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية ناشئ عن إرادة منفردة صادرة عن أحد الزوجين ونافذة الأثر وجوبا بحكم القانون**".

ولكن التطبيق القضائي السائد يعتبر الطلاق على معنى الفقرة الثالثة من الفصل 31 هو:" **حق لكل من الزوج والزوجة دون تفريق ودون تقيد بأي شرط من الشروط الواقعية** "

فقد جاء في القرار التعقيبي المدني عدد 10851 المؤرخ في 1974/05/02 أنه:" **إذا أنشأ أحد الزوجين الطلاق وجب الحكم عليه بالغرامة المنصوص عليها بالفقرة الثالثة من الفصل 37 من مجلة الأحوال الشخصية، ولو كان الباعث على إنشاء الطلاق دوافع تنسب للطرف الآخر، أهمل المنشأ الاعتماد عليها في طلبه للطلاق**".

[1] - محمد الصابوني، **مرجع سابق**، ص55.

كما جاء في القرار التعقيبي المدني عدد 630 بتاريخ 1976/10/16 أنه:" **وما يميز الطلاق إنشاء هو أنه لا يجبر طالبه على تبرير طلبه وبيان الأسباب التي جعلته يرغب في فك الرابطة الزوجية، كما أن الطرف الآخر لا يمكن أن يمنعه من تحقيق ما عزم عليه، بل إن المحكمة نفسها لا تملك إلا أن تدعن لرغبة طالب الطلاق**".

وقد اعتبرت محكمة التعقيب في قرار لها رقم 11897 بتاريخ 1984/10/30 أنه:" **الطلاق إنشاء من الزوج أو مطالبة الزوجة به هو الناشئ عن إرادة منفردة صادرة عن أحد الزوجين ونافدة الأثر وجوبا بحكم القانون، وبناء على ذلك فإن الطرف المقابل لا يملك أي حق للتصدي، كما أن محكمة الموضوع ومحكمة الدرجة الثانية لا تملكان أي سلطة في تقدير وجاهة المطلب من عدمها** ".

والواقع أن هذا الحل الذي تبناه القضاء التونسي يختلف عما ذهب إليه الفقه الإسلامي وتبنته العديد من التشريعات العربية والإسلامية والتي تجعل الطلاق بيد الزوج أمرا مبدئيا وتجعل الطلاق الحكمي التي تطلبه الزوجة من القاضي أمرا استثنائيا، حيث يجعل المشرع التونسي الزوجة على قدم المساواة هي والزوج بالنسبة لإمكانية المطالبة بالطلاق[1].

الفرع الثاني: نطاق التعسف في استعمال الحق: إن تحديد نطاق التعسف يقتضي تحديد المحل أو الأساس الذي يرد عليه التعسف، وفي هذا الشأن ظهر اتجاهان، أحدهما يذهب إلى أن نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق يشمل محلها الحريات أو الرخص العامة، والآخر يذهب إلى استبعاد بعض الحقوق ونبين ذلك من خلال الآتي:

أولا:التعسف يرد على استعمال الحقوق: الفقه القديم خلط بين الحقوق بالمعنى الدقيق وبين الحريات أو الرخص العامة، كما أسند ذلك إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، فأدى إلى توسيع نطاق تطبيقها ليشمل الحقوق أو الرخص العامة، فالتعسف يقتصر على استعمال الحق بالمعنى القانوني الدقيق، أما فكرة الخطأ فيقتصر على ممارسة الحريات أو الرخص، مما يبين أهمية محل التعسف ونطاق نظريته.

[1] - ساسي بن حليمة، **محاضرات في قانون الأحوال الشخصية**، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011، ص105.

فالشريعة الإسلامية هي أساس الحق، لأنه كما سبق هو منحة من الله تعالى لتحقيق المصلحة التي شرع من أجلها وليس صفة من الصفات الطبيعية في الإنسان، وبالتالي فالقاعدة العامة فيه تقييده دون إطلاقه، يقول الإمام الشاطبي في هذا المجال:" **إن وضع الشرائع هو لصالح العباد في العاجل والآجل معا**"[1].

وعليه فإن استعمال الحق بما يناقض قصد الله تعالى يؤدي إلى إبطاله بالإجماع، لأن الإنسان يعد خليفة الله في الأرض، والخلافة تقتضي التقيد بما جاءت به الشريعة الإسلامية السمحاء، مما يضفي على الإنسان صفة التوسط والاعتدال أثناء استعماله لهذا الحق حتى ينفي عليه صفة الغلو والتطرف أو الإهمال والتفريط أثناء ممارسته له.

ومنه يتبين لنا أن التشريع الإسلامي يهدف إلى تحقيق غايتين أساسيتين في تنظيم شؤون الحياة في المجتمع وهما تحقيق مصلحة الفرد والجماعة معا، وأن نظرية التعسف مستمدة من الشريعة الإسلامية، وهي وسيلة هدفها تحقيق غايات الشارع الحكيم، فالحق في الشريعة الإسلامية يبنى على أساس ديني وأخلاقي يتماشى مع الفطرة البشرية[2].

وبالرجوع إلى نص المادة 124مكرر1 من القانون المدني الجزائري نلاحظ أن نظرية التعسف في استعمال الحق اقتصرت على الحقوق دون الحريات أو الرخص، ونفس الشيء تبناه المشرع المصري في المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي، حيث تضمن نصا متعلقا بالتعسف في استعمال الحق، اقتصر على الحقوق دون الحريات أو الرخص العامة.

ثانيا:التعسف يرد على استعمال كافة الحقوق: هذا الاتجاه رغم أنه يقر بأن التعسف لا يرد إلا على استعمال الحق دون ممارسة الحريات أو الرخص العامة، إلا أن السؤال المطروح هل التعسف يرد على استعمال كافة الحقوق أو بعضها؟.

نجد أن الفقه الفرنسي يخرِج بعض الحقوق من نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، كحق الموصى له في رد الوصية، وحق المشترط في نقض الاشتراط،

[1] - الشاطبي، الموافقات، **مرجع سابق**، ص08.

[2] - بلحورابي سعاد، **نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص20.

فالزوج الذي يتزوج على زوجته، وتشترط عليه الزوجة الثانية أن يطلق زوجته الأولى، وقام بطلاقها تنفيذا للشرط، فهذا السبب معقول خاصة إذا لم تشترط زوجته الأولى في العقد على أنه لا يتزوج عليها، إلا أنه يناقض حكم الشرع الذي نهى أن تشترط المرأة طلاق أختها أما إذا كان الطلاق بطلب من الزوجة أو برضاها فلا يعتبر طلاقه تعسفي وتنتفي عنه المسؤولية لقولهﷺ:" **لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ صحفتها ولتنكح، فإنما لها ما قدر لها**"[1]، وحق الشريك على الشيوع في طلب قسمة المال الشائع، كل هذه الحقوق يستقل صاحبها بتقديرها دون أن يناقش القاضي هذا التقدير[2]، ويعتبرها حقوقا مطلقة يترك تقديرها لأصحابها دون رقابة أو تعقيب القضاء عليها وهو ما يحمي أصحابها من أي مسؤولية.

في حين يرى اتجاه آخر يجعل بعض الحقوق مطلقة، لأن استعمالها يخضع لدوافع شخصية خالصة تستعصي على تقدير القاضي، وتكون من شأن صاحب الحق وحده، ومنه يتبين أن هناك تباينا بين مختلف القوانين والشرائع في تحديد نطاق التعسف في استعمال الحق، فالمشرع الجزائري يرد التعسف على استعمال كافة الحقوق، وبالتالي يقر بوجود حقوق تقديرية يتمتع أصحابها بالصفة المطلقة لأنها تخضع لرقابة القضاء، ونفس الشيء ذهب إليه المشرع المصري، وما توصل إليه القضاء في مجال رقابة الحقوق، ومن الأحكام القضائية:" **أنه إذا كانت الدعوى غير جدية أو إذا استعمل حق التقاضي استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الخصم أو كانت الدعوى منطوية على روح الانتقام أو لمجرد إطالة في الخصومة، فإن مستعمل هذه الوسائل يعد متعسفا**"[3].

وانقسم الفقه والقضاء بخصوص حق الطلاق، فيرى اتجاه من الفقه أن الطلاق حق مطلق للزوج، له أن يستعمله كما يشاء ودون إبداء مبررات أو أسباب حتى ولو أضر

---

[1] - مصطفى شلبي، **مرجع سابق**، ص501.

[2] - العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص137.

[3] - نقض مدني مصري بتاريخ 1959/10/15، مجلة المحاماة، نقلا عن إبراهيم سيد أحمد، **التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء**، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص94.

بمطلقته ضررا فاحشا، وبالتالي لا يجوز الحكم عليه بأي تعويض، طالما استعمل حقا منحه إياه الشرع والقانون[1].

بينما يرى القضاء بأن الطلاق ليس حق مطلق للزوج كما رجح ذلك الفقهاء، لأن الأصل فيه الحظر، فيكون مقيدا لمشروعيته أو لحكمة تشريعه[2].

ويرى اتجاه آخر بأن الطلاق حق مقيد بعدم التعسف أي عدم تجاوز حدود الحق، وبالتالي فهو خاضع لإشراف ورقابة القضاء، ويوجب التعويض في حالة إساءته وإصابة المطلقة ضرر من جرائه وهو ما نصت عليه المادة 52 من ق.أس.ج.

المطـــلب الثاني

معايير الطلاق التعسفي

المقصود بالمعايير: هي تلك الضوابط التي يعرف بواسطتها توفر الوصـــف التعســـفي عند استعمال الحق، والتي تفصح في مجموعها عن حقيقة النظريـــة، فتظهـــر أهميـــة هـــذه المعايير في ضبط وتحديد الفعل التعسفي، ذلك أن صاحب الحق قد يتصرف ويُقبل على فعل لغاية مشروعة أو نحو ذلك، ومن الصعب الكشف عن نيتـــه، إلا أن القـــرائن والملابســـات وظروف الحال، وتحديد معايير تضبط الفعل تجعل السلطة التقديرية للقاضي في محلها مـــن خلال وصف الفعل بالتعسف أم لا عند الحكم في المسألة المتنازع عنها[3].

فنظرية التعسف في استعمال الحق بشكل عام، تتمثل في الإتيان بفعل يخـــالف مقصـــد الشرع والقانون وهي المعيار الأصلي والعام المعتمد في تحديد التعسف، وبالتالي حق الزوج في إيقاع الطلاق مثله مثل بقية الحقوق مقيد بعدم التعسف في استعماله، لدا كان الأصل فيـــه الحظر، وإذا لم يكن هناك ما يدعو إليه عُدّ المطلق آثما عند جمهور الفقهاء.

---

[1] - عبد الرحمان الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية**، ج1، ط2، دار الفكر، بيروت، 1968، ص100.

[2] - **المرجع نفسه**، ص102.

[3] - جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق**، ص162.

فحتى نحكم على المطلق بأنه تعسف في استعمال حق الطلاق الذي جعله الله تعالى بيده، لا بد من دراسة معايير التعسف على واقعة الطلاق، فإذا انطبقت هذه المعايير على ذلك الفعل كان الرجل متعسفا في طلاقه ويحكم عليه بالتعويض وإلا فلا، وسنبين ذلك من خلال الفقه الإسلامي والقانون ضمن الفرعين التاليين:

الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي: وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط وقواعد عامة لضبط استعمال الحق حتى لا يخرج عن مقصده الشرعي وتسري على جميع الحقوق، فيظهر من خلالها ما إذا كان تعسفي أو غير تعسفي، فقد سبق التشريع الإسلامي التشريع الوضعي في فكرة التعسف في استعمال الحق والأخذ بها وإن لم يسمها باسمها.

ولكن الفقهاء اختلفوا في وضع ضابط واحد عام يحكم به على الفعل ما إذا كان تعسفيا، فقد تم تقسيم هذه المعايير بوجه عام إلى قسمين يتمثلان في المعايير الذاتية أو الشخصية والمعايير المادية أو الموضوعية .

أولا: المعايير الذاتية أو الشخصية: وتعتبر من أقدم معايير التعسف ظهورا، بدليل ظهورها في الشرائع القديمة وهذا لمخالفتها مبادئ الأخلاق والعدالة، وقد نهت الشريعة الإسلامية عن القصد بالإضرار، وهو الثابت بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وتتمثل هذه المعايير في العوامل النفسية التي أدت بالرجل المطَلّق للقيام بإيقاع الطلاق بقصد الإضرار بالزوجة، فقد يكون الدافع الانتقام والكراهية، فالطلاق شُرع لِيكون حلا للخلافات الزوجية المحكمة والتي وصلت إلى طريق لا يمكن استمرارها بين الزوجين، وفق المقاصد التي شرع من أجلها الزواج، فاستعمال الحق في إيقاع الطلاق لغير هذا السبب يكون تعسفا.

واستعمال الأفراد لحقوقهم في الشريعة الإسلامية ليس مطلقا، بل هو مقيد بعدم الإضرار بالمصلحة العامة التي يعود نفعها على كافة الناس، أو المصلحة الخاصة التي يعود نفعها على بعض الأفراد، وأن لا يستعمل الحق في غير غايته التي شرع من أجلها، وأن

يوازن بين المنافع والأضرار التي تنجم عن استعمال الحق، فقد ذهب الإمام الشاطبي إلى بطلان تصرف صاحب الحق إن هو قصد منه مجرد العبث ولم يهدف إلى تحقيق أية مصلحة، ولا خلاف بين الفقهاء في استعمال الحق ولكن الخلاف في التطبيق وهي الوسيلة التي يتوصل بها إلى كشف القصد أو الباعث.

فقد جاء في الفقه المالكي بخصوص المهر أنه لا يجوز للأب أن يضع من صداق ابنته البكر شيئا لأن الحط من مهرها ليس فيه مصلحة لها، فالحق الممنوح للأب كولي أن يزوج ابنته القاصر دون رضاها أو أن يحط من مهرها لا يمكن إلا في حدود مصلحتها، لأن الحقوق التي تتضمنها الولاية على النفس والمال إنما منحت لتحقيق المصلحة[1].

وذهب الشافعية إلى أنه لا يجوز للأب تزويج ابنته البكر القاصر عبدا له أو زوجا غير كفء، أو كفء ولكنه أبرص أو مجنون، فلو كانت بالغا كان لها الخيار إذا علمت هي بدءً من الأدواء[2].

والخلاصة أن الشريعة الإسلامية لا تجيز اتخاذ الحق وسيلة لتحقيق أغراض غير مشروعة ،لأن ذلك يعتبر تعسفا في استعمال الحق.

ثانيا: المعايير المادية أو الموضوعية: لم تقتصر الشريعة الإسلامية على المعايير الذاتية بل وسعت من نطاق معايير نظرية التعسف إلى المعايير المادية أو الشخصية التي تعتمد على ضابط التناسب بين ما يحصل عليه صاحب الحق من منافع وما ينتج عنه من مفاسد، والوسيلة في ذلك الموازنة، فقد يكون لدى الرجل سبب لإيقاع الطلاق ولكنه لا يعتبر مبررا كافيا، لأنه ألحق بالزوجة أضرار أو مفاسد، فالزوج في هذه الحالة يكون قد حقق مصلحة إلا أنها لا تتناسب مع مقدار الضرر الذي ألحقه بالزوجة، بالموازنة بين المصلحة والمفسدة يعد الزوج المطلق متعسفا في استعمال حقه[3].

---

[1] - بلحورابي سعاد، **مرجع سابق**، ص26.

[2] - الإمام إدريس الشافعي، **مرجع سابق**، ص20.

[3] - فتحي الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق**، ص85.

فهذا المعيار يؤدي إلى اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين تتعارض إحداهما مع مصلحة الشخص الآخر، بحيث يترتب على تصرف إحدهما ضرر يلحق بالشخص الآخر مما يتطلب الموازنة بين المصلحتين وتغليب المصلحة على المفسدة، فالاختلال البين الذي ترجح فيه المفسدة رجحانا كبيرا يتناقض وهذا الضابط المعهود في الشرع ومن ثم يتحقق التعسف[1].

كما أنه يتولد على هذا المعيار ضرر فاحش وهو الذي يتجاوز الحد الذي تحصل به المصلحة المقصودة من استعمال للحق، ويتمثل الضرر الفاحش في المضار غير المألوفة مما يؤدي بالإخلال بالمصلحة العامة لحساب المصلحة الخاصة، وهذا يعتبر انحرافا عن غاية الحق.

فنظرية التعسف ترتبط بالنتائج المترتبة عن استعمال الحق لا بمضمونه، ويؤيد هذا المعيار العديد من القواعد الشرعية مثل الضرر الأشد يزال بالأخف، وكذلك القاعدة الشرعية درء المفاسد أولى من جلب المنافع، فإذا تعارضت مفسدة مع مصلحة قدم دفع المفسدة غالبا، أما إذا كانت المفسدة التي تلحق بالغير من جراء استعمال الحق تافهة بحيث لا تتناسب مع المصلحة التي يراد جلبها قدم جلب المصلحة[2]، فالزوج الذي يطلق امرأته خاصة إذا مضت فترة طويلة عن زواجها، واعتمدت عليه كلية في النفقة، فإن الزوج بطلاقه يكون قد أضربها ضررا فاحشا.

هذه المعايير التي وضعها فقهاء الإسلام لضبط الفعل التعسفي، وتحكم عملية استخدام الحق بحيث يمنع صاحبه من أي إساءة بالآخرين أثناء استعماله، مما يؤدي إلى تحقيق العدل والمساواة، وهي مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، وقد اعتمدت أغلب القوانين العربية على هذه المعايير الشرعية، وهذا ما سنوضحه من خلال الفرع الآتي:

الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون: إذا كان الأصل في الطلاق الحظر، فإنما يترتب على هذا الأصل في كل طلاق يقع على الزوجة أنه طلاق تعسفي وعليه فإن المطلقة ليست بحاجة لإثبات أن زوجها متعسف باستعمال حقه في إيقاع الطلاق، فإذا ادعى الزوج المطلق أنه طلقها بسبب كان عليه عبء الإثبات، فإذا أثبت ذلك وكان

[1] - جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق**، ص171.
[2] - عبير ربحي شاكر القدومي، **مرجع سابق**، ص42.

لسبب معقول، فلا وجه للزوجة بالمطالبة بالتعويض، أما إذا عجز عن إثبات ذلك، فإن طلاقه يكون تعسفيا[1].

وبناء عليه، فإن الوصف التعسفي على حالة الطلاق بلا سبب يتم تقريره بإعمال معيارين رئيسيين هما المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، واللذان تندرج تحتهما بعض المعايير الفرعية، فقد سارت معظم التشريعات العربية وتبنت هذان المعياران، رغم تفاوت مواقف الأحكام القضائية وقوانين الأحوال الشخصية في العالم العربي من مسألة الطلاق التعسفي، فالمشرع الجزائري أشار في المادة 124 مكرر من القانون المدني إلى المعايير التي يشكل بها الاستعمال التعسفي للحق خطأً، ويتبين من صياغة هذه المادة بشكل عام أن هذه المعايير تتسع لكل الحقوق سواء كانت عينية أو شخصية، بل وجميع نواحي القانون[2].

ومن هذه المعايير ما يلي:

أولا: المعيار الذاتي أو الشخصي: فالمشرع اتفق مع الفقه في أن القصد الإضرار بالمطلقة وهو معيار ذاتي المعتمد على نية الإضرار، التي هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله، ويكون في الغالب خفيا لأنه أمر نفسي يتعذر التدليل عليه، ويمكن للقاضي استخلاصه من انعدام الفائدة الكلية للزوج في إيقاع الطلاق، وقد تدل عليه قرائن أشار إليها المشرع في الحالة الثانية والثالثة من نفس المادة[3].

ثانيا: المعيار الموضوعي: وهذا المعيار يعتمد على ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من منافع وما ينجم عن ذلك من مفاسد ووسيلته في ذلك الموازنة، وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري بقوله:" **إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير أو الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة، فينظر القاضي إلى التوازن بين المصلحة التي تعود على صاحب الحق والضرر الذي يصيب المطلقة من جراء إيقاعه الطلاق**".

---

[1] - محفوظ بن صغير، **مرجع سابق**، ص568.

[2] - بلحاج العربي ، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، **مرجع سابق**، ص125.

[3] - بن زيطة عبد الهادي، **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2007، ص169-170.

ولكن ليس المقصود تحقيق توازن كامل، فقد تتساوى المصلحة مع الضرر النـــاجم أو زادت المصلحة بنسبة معقولة، فهنا قد لا يكون الشخص متعسفا، أمـــا إذا رجـــح الضـــرر رجحانا كبيرا على المصلحة كان هذا تعسفا، أما إذا كانت المصلحة التي يسعى إليها تافهـــة الأهمية إذا ما قورنت بما يصيب المطلقة من ضرر، فاستعمال الحق إذا كـــان يرمـــي إلـــى تحقيق مصلحة غير مشروعة، وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف حكمـــا مـــن أحكام الشرع أو القانون أو كانت تتعارض مع النظام العام والآداب العامة وكـــذلك طـــلاق الزوج لزوجته طلاقا باتا في مرض موته بغرض حرمانها من الميراث، يعتبر غير مشروع.

كما أن المشرع الجزائري طبق الضرر غير المألوف أو الضرر الفاحش كمعيار رابع موضوعي على حق الملكية في المادة691 من القانون المدني بقولها:" **يجب على المالـــك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وليس للجار أن يرجع على جاره فـــي مضار الجوار المألوفة، غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجـــاوزت الحـــد المألوف، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقـــارات وموقـــع كـــل منهـــا بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له**".

أما القضاء الجزائري فقد طبق بعض هذه المعايير في عدد من قراراته واعتبر طلاق الزوج بدون مسوغ قانوني أو مبرر شرعي مقبول طلاقا تعسفيا يستوجب التعويض[1].

وقضت محكمة سعيدة من خلال حكمها الصادر في 2009/07/01 إلى اعتبار الطلاق الواقع بين الطرفين تعسفيا، نظرا لتصميم الزوج على الطلاق في محاولتي الصلح التي سعت مـــن خلالها المحكمة إلى إصلاح ذات البين، إلا أن محاولاتها باءت بالفشل لإصرار الزوج على الطلاق دون سبب جدي ومعارضة الزوجة له بطلب الرجوع إلى بيت الزوجية، مما يجعـــل طلبها مؤسسا لجبر الضرر اللاحق بها[2].

---

[1] - مجلس قضاء تلمسان بتاريخ 1967/07/18، نقلا عن العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق**، ص123.

[2] - مسعودة نعيمة إلياس، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق**، أطروحة دكتوراه، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص167.

أخذ المشرع العراقي بالمعايير الثلاث المذكورة سابقا في المادة07 من القانون المدني العراقي، كما ذهب المشرع المصري في المادة05 من القانون رقم131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني إلى ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة124مكرر من القانون المدني[1]، وهذه المعايير الثلاثة ليست واردة على سبيل الحصر، وإنما على سبيل المثال مما يسمح للقاضي أن يمارس السلطة التقديرية التي خولها له القانون ويمارس رقابة واسعة على الاستعمال التعسفي للحقوق.

وقد أخذ المشرع الأردني بالمعيار الذاتي أو الشخصي من خلال نص المادة 2/66 من القانون المدني الأردني بقولها:" **يكون استعمال الحق غير مشروع إذا توافر قصد التعدي**"، ويعني بذلك قصد صاحب الحق الإضرار بالغير، وهذا المعيار هو أكثر المعايير شيوعا، وجاء في المادة6 من القانون المدني السوري قولها:" **استعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير**". من خلال نص هذه المادة يتبين أن صاحب الحق لا يبغي من استعمال حقه تحقيق أية منفعة خاصة به، وإنما يرمي الإضرار بالغير فقط، وهذا يبدوا من إيراده لكلمة " **التعدي**"، وقد جرى القضاء المصري على اعتبار انعدام المصلحة أو تفاهتها عند استعمال الحق على نحو يضر بالغير قرينة على توفر نية الإضرار، كما أن القانون المدني المصري أضاف معيارا رابعا في المادة 807 منه والمتمثل في معيار الضرر الفاحش[2].

ويعيب بعض الفقه على المشرع الجزائري أن نص المادة 124مكرر من القانون المدني جاء خاليا من المبدأ العام أو الأصل كما فعلت القوانين العربية، ومنها القانون المدني المصري، وهو أن استعمال الحق استعمالا مشروعا لا يعد تعسفا ولا يرتب المسؤولية، إن هو ألحق ضررا بالغير ولكنه اكتفى بذكر الاستثناءات فحسب، والمنطق يوجب بأن يرد الاستثناء على الأصل[3].

---

[1] - القانون المدني الجزائري المعدل، **مصدر سابق.**

[2] - حسن كيرة، **المدخل إلى القانون**، منشاة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن، ص772.

[3] - علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام ومصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص222.

المطـــلب الثالث

صور الطلاق التعسفي

للطلاق التعسفي عدة صور تناولها الفقه والقانون تدل على ما إذا كان الزوج متعسفا في طلاقه أم لا ؟ ونظرا لاختلاف الفقهاء في وضع ضابط واحد عام للتعسف، وكذا اختلاف مفهوم التعسف من شخص لآخر ومن بلد لآخر، فإنه لا يمكن حصر هذه الصور والحالات للطلاق التعسفي، وبناء على المعايير السابق ذكرها والواقع العملي للمحاكم في الأحوال الشخصية، يمكن اعتبار الأسباب التالية صورا للتعسف في الغالب وهي على سبيل المثال لا الحصر، وهذه الصور تتمثل في صورتين أساسيتين بارزتين في الطلاق التعسفي، وهما الطلاق من غير سبب مشروع وطلاق المريض مرض الموت كتحايل على مقصد الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: الطلاق من غير سبب مشروع: هذه الصورة قائمة على أساس عدم وجود مبرر أو سبب معقول لإنهاء الرابطة الزوجية.

والفقهاء القدامى لم يتطرقوا لبيان حكم التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي خلافا للفقهاء المحدثون، لأن الطلاق حق وضعه الشارع في يد الرجل، وقد يتعسف صاحبه في استعماله، مما يعد في هذه الحالة طلاقا تعسفيا حينما يناقض قصد الشارع، لأن الطلاق في الأصل حق مأذون فيه شرعا وهو حل واقعي للحياة الزوجية التي يستحيل استمرارها، وهو الحل الأخير الذي لا يجوز اللجوء إليه إلا في حالات وبمسوغات معقولة.

فهناك من يرى بأن من طلق زوجته من غير حاجة أو سبب مشروع لا يعتبر متعسفا في استعمال حق الطلاق، مع أن الطلاق مكروه بناء على أن الأصل فيه الإباحة وأنه حق للزوج له حرية التصرف فيه.

فالطلاق وإن كان حق للزوج يوقعه ويستعمله بإرادته المنفردة، إلا أنه ليس حقا مطلقا وإنما هو حق مقيد له حق استعماله إذا ما دعت الحاجة إليه، فإساءة استعمال هذا الحق يلزم الزوج بتعويض الضرر الناتج عنه، سواء كان ضررا ماديا أو معنويا، فالمادي كما لو كانت

المطلقة تمارس عملا كمدرسة مثلا تكتسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزواج، أو معنوي يضر بسمعتها ويثير الظنون حولها[1].

وأحيانا تكون للزوج المطلق أسباب تدفعه لإيقاع الطلاق، ولكنه يكتم هذه الأسباب ولا يبوح بها للقضاء مخافة وحفاظا على سمعته وسمعة المطلقة، ويرجع ذلك في غالب الأحيان إلى الأعراف السائدة في المجتمع، فعدم ذكر تلك الأسباب تجعل القاضي يكيف طلاقه على أنه تعسفي لما لحق بالمطلقة من ضرر، فيحكم عليه بحسب نسبة التعسف ودرجته[2].

حيث قضت المحكمة العليا بخصوص سكوت الزوج المطلق عن ذكر الأسباب التي دفعته للطلاق في قرار لها صادر في 1999/06/15 والذي جاء فيه:" **من المقرر قانونا أن يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النهي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوج يتحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى الطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات، خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون**"[3].

فسكوت المطلق عن ذكر الأسباب اعتبرا كأصل متعسفا في طلاقه ويتحمل التعويض لأنه من غير المعقول وجود طلاق دون سبب معقول، وهو ما يجعل مسألة التحقق من هذه الأسباب وتقدير التعسف في إيقاع الطلاق مسألة موضوع متروكة للقضاء، الأمر الذي يؤدي إلى الاسترشاد بالمعايير العامة للتعسف في استعمال الحق على الأقل بالمعيار العام والمتعلق باستعمال الحق في غير الغرض الذي شرع من أجله[4].

فالمشرع الجزائري في نص المادة 52 من ق.أس.ج لم يذكر أو يحدد حالة من حالات الطلاق التعسفي، رغم أن طلاق الزوج غير المبرر هو صورة من صور الطلاق التعسفي،

---

[1] - أحمد الغندور، **مرجع سابق**، ص 78.

[2] - محفوظ بن صغير، **مرجع سابق**، ص102.

[3] - قرار رقم 223019 بتاريخ 1999/06/15، م.ع، غ.أ.ش، اج.ق، عدد خاص، 1999، ص103.

[4] - العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، **مرجع سابق**، ص234.

وترك ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي، ولم يتطرق كل من مشروع قانون الأحوال الشخصية الإماراتي والسوداني ومدونة الأسرة المغربية إلى الطلاق بدون سبب ولم تنص على وجود تعسف في هذه الصورة من صور الطلاق[1].

أما مشروع قانون الأحوال الشخصية الأردني والسوري فأخذوا بما ذهب إليه عامة الفقهاء المحدثين القائلين بوجود تعسف في الطلاق إذا كان بدون سبب مشروع، وهذا ما نصت عليه المادة177 المعدلة سنة 1985 من قانون الأحوال الشخصية السوري، فالمبرر المعقول هو السبب المعقول شرعا الذي يبرر طلاق الزوج، أما التعسف فيكون لسبب غير معقول كقصد الانتقام من الزوجة وتعريضها للفاقة والبؤس أي بهدف الإضرار بالزوجة[2].

وقد جاء في إحدى القرارات الإستئنافية الأردنية قولها:" إن طلاق الزوج لزوجته في أصله مكروه شرعا، ويعتبر طلاقا تعسفيا ما لم يكن الطلاق لسبب مشروع، ولا تكلف المطلقة بإثبات التعسف في الطلاق، وإنما الذي يكلف للإثبات هو المطلق، إلا إذا أدعى بطلاقه سببا مشروعا وأنكرت الزوجة ذلك[3].

وقد تطرق قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة 39 منه إلى الطلاق دون سبب معقول، فقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها بقولها:" **وُجد بأن القرار غير صحيح ومخالف للقانون، وذلك لأن المدعي عليه هو الذي أقام الدعوى للتفريق قبل الدخول، ثم طلب إيقاع الطلاق أمام المحكمة، وفعلا أوقع الطلاق رغم نصح المحكمة بالعدول عنه، مما يجعله متعسفا في إيقاعه دون سبب، لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير وفق ما تقدم**"[4].

---

[1] - جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق**، ص 235.

[2] - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق**، ص7065.

[3] - أحمد محمد علي داود، **القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية**، ج1، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص 210.

[4] - قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 3183، شخصية أولى2007 في 2010/07/22 منشور في مجلة المحامي دريد سلمان الجنابي، ص145.

كما نصت المادة 167 من مشروع قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد على الطلاق التعسفي بقولها:" **للمطلقة حق طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق ويقدره القاضي بما لا يزيد على نفقة ثلاث سنين**".

والمتفق عليه هو أن القانون العراقي والسوري والأردني جاءت نصوصها مطابقة شروع بالنسبة لمعايير الطلاق التعسفي، سواء كانت قبل الدخول أم بعده، وهذا مذهب الظاهرية، بينما قانون الأحوال الشخصية المصري سنة 1956 ومشروع قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد ومدونة الأسرة المغربية نص على حالة طلاق الزوجة المدخول بها فقط حيث يعتبر الطلاق تعسفي، أما غير المدخول بها فلا يعتبر مطلقها متعسفا وإن توافرت الشروط اللازمة له، فقد ورد فيه أنه:" **إذا كان الطلاق بعد الدخول بغير رضاها تكون لها متعة، هي نفقة سنة بعد انتهاء العدة وتقطع إذا تزوجت**"[1].

ونصت المادة 52 من مدونة الأسرة المغربية بقولها:" **يلزم كل مطلق بتمتيع مطلقته إذا كان الطلاق من جانبه، بقدر يسره وحالها، إلا التي سمي لها الصداق وطلقت قبل الدخول**"، وقد جاء في قضاء محكمة النقض السورية قرار نصه:" **يشترط لاعتبار الطلاق تعسفيا أن يقع بلا سبب ويؤدي بالمطلقة إلى الفاقة والاحتياج**"[2]، وجاء في قرار آخر لمحكمة النقض السورية نصه:" **إن التعسف في الطلاق ينتفي إذا تبين سببه، يصلح اعتباره من الأسباب المؤدية إليه شرعا أو عرفا**"، والمقصود بذلك أنه إذا كان سبب الطلاق مشروعا ومقبولا، فلا مجال للقول بطلاق التعسف، وإذا ثبت أن للطلاق سبب غير مشروع، فعلى الزوج المطلق أن يثبت أن لطلاقه سببا مشروعا وإلا ثبت تعسفه.

والراجح ما ذهب إليه القانون الأردني والقوانين العربية المشابهة، لأنه قد تصاب الزوجة المطلقة غير المدخول بها بالضرر نفسه الذي يصاب المطلقة المدخول بها، مما يؤثر على تشويه سمعتها وشرفها، بل قد يكون أشد منه في بعض الأحيان مما يصيب المطلقة

[1] - محمد أبو زهرة، **مرجع سابق**، ص286.

[2] - قرار الغرفة الشرعية 195 رقم 294 بتاريخ 1960/05/28 نقلا عن عبد الرحمن الصابوني،**مرجع سابق**، ص60.

المدخول بها إذا كان بدون سبب، في حين المشرع الجزائري لم يفرق بين الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا سواء قبل الدخول أم بعده، وجاء النص عاما.

الفرع الثاني: الطلاق في مرض الموت أو طلاق الفار: فالمرض ضد الصحة وهو السقم، والموت ضد الحياة، فمرض الموت هو الحالة التي يصاب بها المرء من فقدان لصحته تدريجيا ويعقبها الموت وهو الفناء، وهو ذلك المرض الذي يغلب على الظن هلاك الشخص فيه وتصبح تصرفاته باطلة وغير نافذة.

فإذا طلق الرجل امرأته فإن طلاقه لها حق، إلا أن استعمال هذا الحق في مرض الموت يعد قرينة على أن القصد منه إبعاد المرأة من الإرث، فيكون بذلك متعسفا في استعمال حق الطلاق لحرمانها من الميراث[1].

واختلفت تعريفات الفقهاء لمرض الموت باختلاف مفهومه لديهم والحالات المشابهة التي تتدرج تحت هذا المفهوم، فعرفه المالكية بأن:" **مرض الموت هو كل مرض يحكم أهل بأنه يكثر من مثله كالسل حيث يحجر على المريض**"، وعرفوه أيضا بأنه:" **المرض المخوف الذي يتصل بالموت**"[2]، وعرفه الشافعية بأنه:" **كل ما يستعد بسببه للموت من الأمراض**".

وعرفه الحنفية بأنه:" **المرض الذي أضني الشخص وأعجزه من القيام بحوائجه**"، **فأما من يجيء ويذهب بحوائجه فلا** "، في حين عرفه الحنابلة بقولهم:" **مرض مريض الموت هو كل ما كان سببا صالحا للموت من الأعراض**"[3].

فمرض الموت هو ذلك المرض الذي يعجز المريض عن القيام بمصالحه خارج أو داخل البيت ويغلب منه الهلاك ويتصل به الموت، فإن برئ المريض منه لا يعتبر مرض موت وتكون تصرفاته في أثنائه صحيحة[4].

---

[1] - جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق**، ص 165.

[2] - **المرجع نفسه**، ص200.

[3] - البهوتي، **كشف القِناع عن متن الإقناع**، دار الفكر، بيروت، 1988، ص232.

[4] - عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما جرى عليه العمل بالمحاكم ، مرجع سابق**، ص147.

فحكم تصرفات المريض في الأصل نافذة كالصحيح مادام واعيا مدركا لما يجري حوله ويقدر الآثار، وتترتب النتائج على تصرفاته ولو كانت مضرة بالغير عن قصد أو بدون قصد كتبرعه بماله كله أو تطليقه لزوجته أو غيرها من التصرفات التي يقوم بها أثناء مرضه، لأن الطلاق حق للزوج الصحيح أو المريض يوقعه في أي وقت شاء ومتى شاء مادامت أهليته للتصرف لم يشبها أي عارض أو مانع.

وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن طلاق المريض مرض الموت يقع مثله مثل الشخص الصحيح تماما سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا، وذلك كون صحة الطلاق ونفاذه لا يشترط فيها صحة المطلق، وفي ذلك يقول الدكتور وهبه الزحيلي:" مرض الموت لا يناف أهلية وجوب الأحكام الشرعية في حقه سواء حقوق العباد أو أهلية العبادة. لأنه لا تأثير على الخدمة والعقل والنطق ولا يناف أيضا أهلية الأداء لأنه لا يخل بالعقل، فتجب للمصاب به حقوق غيره كما تجب على الصحيح وتظل عباراته وأقواله معتبرة كالبيع والهبة والزواج والطلاق وسائر التصرفات"[1].

كما أنهم اتفقوا على أن المطلقة ترث من زوجها إن كان طلاقها رجعيا ومات في عدتها من مرضه الذي طلقها فيه، ويرثها هو إن ماتت هي أثناء عدتها أيضا، لكنهم اختلفوا في ميراثها إن طلقها في مرض موته طلاقا بائنا ومات منه، فالمالكية والحنفية والحنابلة اتفقوا على أن المبتوتة في مرض الموت، زوجها المتوفى الذي طلقها فيه ترثه ولكنهم اختلفوا في الأجل الذي ترث فيه.

فقد ذهب المالكية أن الزوجة ترث زوجها المتوفى إذا طلقها في مرض موته ولو انقطعت العدة وتزوجت زوجا غيره أو أزواجا ولو طلقوها جميعا في مرض موتهم لحُقّ لها أن ترثهم جميعا، ولو كان الطلاق برضاها، أما إذا ماتت هي وهو في ذلك المرض فإنه لا يرثها إذا كان موتها بعد انقضاء عدتها، وإلا ورثها لأنها طلقة رجعية[2].

[1] - وهبه الزحيلي، **مرجع سابق**، ص134.
[2] - عبد القادر داودي، **مرجع سابق**، ص303.

وذهب الحنفية إلى أنها ترثه إذا مات مادامت في العدة، بشرط أن تكون أهل لإرثه من وقت إبانتها إلى وقت فرق موته، فإذا انقضت عدتها فلا ميراث لها، لأن حقوق الزوجية تنتهي بانتهاء العدة، وتحل المرأة بعدها للأزواج.

أما الحنابلة فذهبوا إلى أن المبتوتة في المرض، إذا مات زوجها المطلق سواء انقضت عدتها أم لم تنقض، فإنها ترثه ما لم تتزوج، فإن تزوجت سقط حقها في الميراث وهو المشهور عن الإمام أحمد في المطلقة المدخول بها.

أما الشافعية والظاهرية يرون أن المبتوتة إن توفي زوجها من مرض موته لا ترث، فلا ميراث في الطلاق البائن مطلقا ولا فرق بين صحيح ومريض عندهم، فقالوا أنها لا ترث كالمطلقة طلاقا بائنا في الصحة، لأن البائن ليست زوجة وقد زال سبب الميراث، فلا يثبت ولا عبرة بمظنة الفرار، لأن أحكام الشريعة الإسلامية لا تناط بالنيات الخفية بل تناط بالأسباب الظاهرة، والسبب الظاهر للميراث قد زال فلا عبرة بالنية.

وقد اختلف جمهور الفقهاء في غير المدخول بها والمطلقة في مرض الموت، فذهب الشافعية والحنفية إلى أنها لا ترث، لأنه لا عدة لها فلا ميراث لها ولها نصف الصداق، أما المالكية والحنابلة فيرون بأنها ترث لأنه فار في طلاقها ومضار بها.

ونخلص إلى أن اختلاف الفقهاء في ميراث المبتوتة في مرض الموت راجع إلى مدى أخذهم وعملهم بمبدأ سد الذرائع، حيث أن المطلق اتخذ الطلاق الثابت له حقا شرعيا كذريعة إلى أمر ممنوع شرعا، وهو حرمان الزوجة من الإرث قصدا.

لدا فإن الحكم بتوريث المطلقة في مرض الموت هو للحيلولة دون تحقيق القصد غير المشروع أو المصلحة غير المشروعة التي توخاها المريض مرض الموت وهو حرمانها من الإرث، فقام الدليل على وجوب إبطاله لمناقضة قصد الشارع، وهذا أقصى ما يمكن أن يتصور في إعمال نظرية التعسف[1].

[1] - فتحي الدريني، **مرجع سابق**، ص149.

كما يظهر تعسف الزوج مريض مرض الموت في قصده الإضرار بزوجته، وهذا بلا شك عدوان لا يرضاه الله وتأباه المروءة، إذ كيف يطلق هذه المرأة في آخر أيامه بعد أن قطعت معه أشواطا من العمر وبما تحملته وصبرت عليه من أذية ليفاجئها بهذه النهاية المحزنة، فإن إيقاعه الطلاق في هذه الحالة كان قصده الإضرار بزوجته بمنعها من الميراث بعد موته.

والراجح ما ذهب إليه المالكية كون المطلق في مرض الموت كان يهدف من وراء طلاقه الإضرار بزوجته أو الانتقام منها بمنعها من حقها في الميراث الذي فرضه الله لها وأن الشريعة الإسلامية تمنع الضرر والتعسف في استعمال الحق، وتعويض المضرور عما وقع له من ضرر جراء تعسف الطرف الآخر.

أما من الناحية القانونية، فإن المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف مرض الموت لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني، ولكنه اعتبر الهبة وجميع التصرفات التي يقصد منها التبرع، والتي تصدر في حالة مرض الموت وصية، فنص في المادة 204 من ق.أس.ج على أن:" **الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية**"، كما نص في المادة 776 من القانون المدني على أن:" **كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف**".

وبالرغم من ذلك، فقد استقر اجتهاد المحكمة العليا من خلال قرار لها:" **تعتبر الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة وصية لأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وقت إبرام أو تحرير الهبة، فإن إبطال الهبة المحررة بواسطة الوكيل في مرض الموت هو تطبيق سليم للقانون لعدم تحقيق ما تقتضيه أحكام المادتين 203 و204 من قانون الأسرة**"[1].

وذهبت المحكمة العليا إلى إبطال عقد هبة أبرم في مرض الموت واعتبرته وصية، حيث جاء قولها:" **متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف**

[1] - قرار رقم 256869 بتاريخ 2001/02/21، م.ق، ع2 لسنة2002، ص428، جمال سايس، **مرجع سابق**، ص 1191 .

والذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة204 من قانون الأسرة، كان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور ويعتبرونه عقد وصية"[1].

إن طلاق المريض مرض الموت طلاق واقع وأن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع هذا الطلاق، فقد جاء في قرار المحكمة العليا نصه:" **إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"**[2].

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا من خلال قرارها على أنه:" **متى كان من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص"**[3].

ومنه يتبين أن المشرع الجزائري وبما قضت به المادة 132 من ق.أس.ج، أن يميل إلى الأخذ بقول الأحناف الذين قضوا بميراث المبتوتة خلال العدة فقط خلافا لبعض التشريعات العربية، فقد ورد في الاجتهادات القضائية لمحكمة التمييز السورية في إحدى قراراتها:" **إذا كان الزوج الذي طلق زوجته طلاقا بائنا صحيح حين إيقاعه الطلاق، فإن امرأته لا ترث، ولو مات وهي في العدة بخلاف ما لو كان مريضا مرض الموت، لكنه يعتبر بهذا الطلاق فارا وترثه زوجته إن مات وهي في عدة الطلاق"**[4].

وجاء في حكم لمحكمة استئناف المنصورة بمصر بـــ:" **أن المنصوص شرعا أن مرض الموت هو المرض الذي اتصل به الموت وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك**

---

[1] - قرار رقم 318410 بتاريخ 2005/06/15، ن.ق، ع59 لسنة 2006، ص231، جمال سايس، **مرجع سابق**، ص1322.

[2] - قرار رقم 179696 بتاريخ 1998/02/17، إج.ق، عدد خاص لسنة2001، ص98 نقلا عن جمال سايس، **مرجع سابق**، ص1032.

[3] - قرار رقم 33719 بتاريخ 1984/07/09، م.ق، ع3 لسنة1989، ص51، نقلا عن جمال سايس، **مرجع سابق**، ص285.

[4] - قرار محكمة التمييز السورية بتاريخ 1954/05/31 نقلا عن عبد الرحمان الصابوني، **مرجع سابق**، ص114.

وأن من أبان امرأته طائعا مختارا بلا رضاها ومات والمرأة في عدتها، فإنها ترث منه لأنه يعتبر فارا من إرثها، فيعامل بنقيض قصده"[1].

اعتبر المشرع المصري طلاق المريض مرض الموت واقعا، فقد نصت المادة 03/11 من قانون المواريث المصري رقم77 لسنة 1943 بقولها:" **وتعتبر المطلقة بائنا في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق في ذلك المرض وهي في عدتها**".

بالرغم من أن المطلقة طلاقا بائنا لا ترث لانقطاع العلاقة الزوجية بمجرد الطلاق، ولكن استنادا إلى أن المطلق أبانها حالة مرضه مرض الموت، عُد احتياطا فارا هاربا، فعوقب بقصده لها فثبت لها الإرث[2].

وقد أخذ المشرع المصري بمذهب الإمام أحمد بن حنبل في توريث المطلقة طلاقا بائنا في مرض الموت من مطلقها مخالفا المذهب الحنفي، وقد نص القضاء المصري في إحدى قراراته على أن:" **المريض مرض الموت إذا طلق زوجته ثم مات، مطلقته في العدة يعتبر متى توافرت الشروط بطلاقه فارا من الميراث، وتقدم المطلقة على أنه طلق زوجته طلاقا بائنا في مرض الموت قاصدا حرمانها من حقها الذي تعلق بماله منذ حلول المرض به، معنى أن الطلاق البائن يبنى بذاته من غير دليل آخر على القصد، فرد المشرع عليه قصده، وذلك دون الحاجة للبحث في خبايا نفس المريض واستكناء ما يضمره**"[3].

أما المشرع الأردني فحدا حدوا المشرع الجزائري، فلم ينص على طلاق مريض مرض الموت على أساس القول الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة ووفقا لما جاء في المادة 325 من قانون الأحوال الشخصية الأردني حيث نصت بقولها:" **مالا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون**"[4].

---

[1] - محكمة استئناف المنصورة، دائرة الأحوال الشخصية بالزقازيق بتاريخ 1958/01/02 نقلا عن عبد الرحمان الصابوني، **مرجع سابق**، ص115.

[2] - وهبة الزحيلي، **مرجع سابق**، ص263.

[3] - قرار محكمة النقض المصرية رقم 27 الصادر بتاريخ 1976/01/07.

[4] - قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010، ج.ر، رقم 5061 الصادرة بتاريخ 16/ 10/ 2010، ص5809.

في حين ذهب المشرع العراقي إلى القول بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت وأن الزوجة ترثه إذا مات من مرضه، حيث نصت المادة 2/35 من قانون الأحوال الشخصية العراقي بقولها:" **لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم: المريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الطلاق إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه زوجته ".**

وقد انتقد المشرع العراقي على خلطه بين عدم وقوع الطلاق وبين توريث الزوجة، إلا أنه حفِظ لها حقها في الميراث منه، فقد جاء مخالفا لما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية وما اتفقت عليه القوانين العربية[1].

وقد جاء في قرار محكمة التمييز العراقية نصه:" **التأكد من مرض الموت في دعوى التفريق أن الثابت في آراء الفقهاء أن الزوج إذا طلق زوجته في مرض الموت ثم توفي فإن طلاقه يقع شرعا ولكن زوجته ترثه، إذ يعتبر الزوج فارا من توريثها فيرد عليها قصده**"[2]

ولكن القانون المدني الأردني عرف مرض مريض الموت في المادة 543 منه بقولها:" **مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، كما يغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحالة قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حاله دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح**". فقد قضت محكمة النقض الأردنية في إحدى قراراتها على أنه:" **من الثابت فقها وقضاء أن أهم شروط اعتبار المرض مرض الموت هو أن يكون هذا المرض مخوفا أي أن يكون من الأمراض الخطيرة التي لا يرجى منها أي شفاء من الناحية الطبية، وتؤدي بصاحبها غالبا إلى الوفاة**"[3].

فلكي يعتد بالمرض ويعتبر مرض موت موجبا لإبطال التصرفات يجب أن يكون متصلا بالوفاة خلال سنة وأن يحدث تخوف لدى المريض منه ويكون ذلك المرض مميتا فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 1595 منها:" **مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز المريض عن رؤية مصالحه خارج داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحة داخل داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك داخل أجل سنة، سواء كان**

[1] - قانون الأحوال الشخصية العراقي، **مصدر سابق.**

[2] - محكمة التمييز العراقية، قرار رقم 86/شرعية /66 في 1967/03/15 نقلا عن فاروق عبد الله كرم، **مرجع سابق**، ص183.

[3] - قرار محكمة النقض الأردنية ع6742 بتاريخ 1997/10/29، ملف مدني رقم 29/4725.

صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنين وهو على حال واحدة كـــان في حكم الصحيح".

أما المشرع المغربي فلم يعرف مرض الموت، ولكن القضاء المغربي ساير القضاء الأردني في هذا التوجه مع استبعاد شرط كون المريض عاجز عن قضاء حوائجه، كما أنه لا يشترط في مريض مرض الموت أن يكون معدما للإرادة أو الإدراك بل يكفي أن يثبت للمحكمة تحقق واقعة المرض، جاء في قرار لمحكمة النقض نصه:" **أنه لا يشترط في مرض الموت المعدم للإرادة أن يكون مقعد صاحبه عن قضاء حوائجه وملزما إياه الفراش، بل يكفي فقط أن يجمع الطب على أن تحقق الشفاء مستبعد وأن المرض ينتهي عادة بالوفاة، وأنه يمكن إبطال العقد بسبب مرض الموت إذا وقعت الوفاة قبل انتهاء سنة من إبرام العقد بسبب المرض**"[1].

أما المشرع الفرنسي فإنه وعلى خلاف التشريعات العربية التي تستند على أحكام الشريعة الإسلامية، فقد أخذ بنظام الطلاق المقيد ونظمه بالمواد 229–232 من التقنين المدني الفرنسي وقصر أسبابه على ثلاثة هي زنا الزوجة أو زنا الزوج أو الحكم على الزوج بعقوبة جنائية أو القسوة وسوء المعاملة والإساءة.

فقد عد المشرع الفرنسي الطلاق عقابا للطرف الآخر المسبب في فك الرابطة الزوجية أي لا يتقرر الطلاق إلا إذا أخل أحد الزوجين أو كلاهما بالتزاماته الزوجية، وبناء على ذلك لم يبح القانون الفرنسي الطلاق إلا إذا توفر سبب من هذه الأسباب.

ومن هنا فإن القانون الفرنسي لم يعرف مرض الموت ولم ينص عليه في قانونه، أما الشراح الفرنسيون فقد عرفوا مرض الموت بأنه:" **المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه ويكون الغالب فيه موت المريض**"[2].

[1] - قرار محكمة النقض المغربية رقم 5431 المؤرخ في 2012/12/04، ملف مدني ع403 بتاريخ 2012/02/01.

[2] - Preadel jean, **la condition civil du malade(thèse de doctorat)**, Paris, 1963, p31.

وخلاصة القول أن الحكم بالطلاق لمريض مرض الموت ومن في حكمه يعتبر طلاقا صحيحا شرعا وقانونا، ولا يجوز الطعن فيه ولا الادعاء ببطلانه، وأن حق التوارث يبقى قائما لصالح الزوجين إن مات أحدهما أثناء عدة الطلاق البائن أو بعدها، إذا ثبت أن الزوج طلقها في مرض الموت بقصد حرمانها من حقها في التركة فيستوجب معاملته بنقيض قصده جزاء على تعسفه في إيقاع الطلاق، وهو ما يطلق عليه الفقهاء بطلاق الفار من الميراث ولكن بشرط أن تكون للمطلقة أهلية من وقت الإبانة إلى موت الفار من الميراث بمعنى أن تكون مستحقة للإرث.

خلاصـــــة الفــصــل الأول

من خلال ما تقدم في هذا الفصل، نخلص إلى أن الشريعة الإسلامية والقانون، رغم إقرارهما لحق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، إلا أن هذا الحق مقيد بعدم جواز التعسف فيه، وبما أن العصمة بيد الرجل يمارسها وقت ما يشاء، فقد يوقع الزوج الطلاق بدون سبب جدي متعسفا فيه، رغم أن الأصل في الطلاق الحظر، فقد استعمل حقا ممنوحا له استعمالا مناقضا لما شرع له.

ولقد حاولنا في هذا الفصل تبيان مفهوم الطلاق ومشروعيته وحكمه وأقسامه، كما تطرقنا إلى أركانه وشروط كل ركن بشكل عام وإلى الطلاق التعسفي بشكل خاص من خلال تبيان مفهومه ونطاقه والمعايير التي يستند عليها القاضي من خلال صوره لمعرفة ما إذا كان الزوج متعسفا في طلاقه أم لا ؟

وكان على الزوج المطلق أن يبرر طلاقه تبريرا شرعيا ويثبت ذلك قانونا، فإن عجز عن ذلك عُد متعسفا في استعمال حقه بالشكل الذي يلحق الضرر بالزوجة عند القصد والتعمد وبالتالي تستحق التعويض المناسب في هذه الحالة، لأن الضرر الذي يلحق بالزوجة المطلقة أكبر من المصلحة الخاصة التي يجنيها الزوج منه.

ومن هنا يظهر دور القضاء في الحد من الطلاق التعسفي سواء من حيث إيقاعه والآثار المترتبة عليه، فيحكم القاضي للزوجة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها وفق سلطته التقديرية، لأن التعويض عن الطلاق التعسفي هو من باب رفع الحرج والمشقة على الزوجة، والفقه الإسلامي أخذ بالتعويض عنه لقوله ﷺ:" **لا ضرر ولا ضرار**".

من الناحية الشرعية تعد أحكام فقه الأسرة كفيلة بأن تحفظ للأسرة دوامها واستقرارها وتحفظ لكل فرد فيها حقوقه عبر الزمان والمكان، باعتبارها أحكام مقاصدية تبنى على أساس دفع الضرر وحفظ المصلحة.

الفصل الثاني

آثـــــار الطلاق التعسفي

المبحث الأول: سلطات القاضي في الطلاق التعسفي

المطلب الأول: سلطات القاضي في محاولة الصلح

المطلب الثاني: سلطات القاضي في إجراءات التحكيم

المطلب الثالث: حجية الحكم القضائي فقها وقانونا

المبحث الثاني: تقدير القاضي للطلاق التعسفي

المطلب الأول: الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي

المطلب الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الثالث: المتعة ونفقة العدة للمطلقة تعسفا

الفصـــل الـــثاني

آثـــار الطـــلاق التعسفي

تمهيد: آثار الطلاق التعسفي هي تلك النتائج القانونية التي تترتب عن انحلال عقد الزواج أو إنهاء الرابطة الزوجية، وتختلف هذه الآثار بحسب نوع الطلاق الحاصل.

فمن الطرق التي تنحل بها الرابطة الزوجية الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، التي حرصت الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة بما فيها القانون الجزائري على الحفاظ على تماسك الأسرة وترابطها وحماية للعلاقة الأسرية من الانحلال والتفكك.

وحتى يتسنى للقاضي إحقاق الحق وإنصاف المظلوم، منحت له سلطات كبيرة في مجال الأحوال الشخصية لإعمال سلطته التقديرية، ومن بينها سلطته في محاولة الصلح أو التحكيم بين الزوجين في فك الرابطة الزوجية، لأن المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق من المسائل بالغة الأهمية عند تقنين الأحكام المتعلقة بهما، وأن هذه المسائل بطبيعتها لا تقبل الحسم القانوني كونها عرضة للتغيير تبعا لاختلاف الأشخاص من حيث الزمان والمكان والأعراف خاصة في الطلاق التعسفي، والنص القانوني لا يستوعب جميع ما يتعلق بهذه المسائل وما يطرأ عليها من مستجدات فقهية.

فالسلطة التقديرية المخولة للقاضي، والتي يتصرف بموجبها في الأحوال التي لم ينص عليها القانون أو كان النص غامضا أو غير قطعي الدلالة، فيقدر القاضي ذلك ويقيس الأمور بأشباهها لتحقيق مقصد المشرع من جهة ومصلحة المظلوم من جهة أخرى، أصبحت من المسلمات في مجال العمل القضائي، فهي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أياً كان موضوع النزاع المعروض أمامه، لأن ذلك من صميم عمله يهدف إلى تحقيق الغاية الموضوعية من القانون.

وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول سلطات القاضي في الطلاق التعسفي، وفي المبحث الثاني تقدير القاضي للطلاق التعسفي من خلال الآثار المترتبة عليه.

المبحث الأول

سلطات القاضي في الطلاق التعسفي

تعتبر مسائل الأحوال الشخصية من المواضيع الحساسة والتي تثير نزاعات يتطلب البعض منها القيام بإجراء محاولة للصلح أو التحكيم، خاصة عند قيام الزوج بإيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة وبدون سبب جدي تنتج عنه نتائج وخيمة من شأنها المساس بالعلاقة الزوجية.

فالصلح والتحكيم يكتسيان أهمية بالغة في الشريعة الإسلامية وبقية القوانين المقارنة بما فيها المشرع الجزائري عامة والنظام القضائي خاصة، لأنهما ينهيان النزاع بين أطرافه بحلول ودية وفي أسرع الآجال وبأقل التكاليف، ويحافظان على العلاقات الأسرية.

لذلك تم إعطاء سلطات كبيرة لقاضي شؤون الأسرة لإعمال سلطته التقديرية والتدخل في القضايا المتعلقة بفك الرابطة الزوجية من خلال إجراءات الصلح والتحكيم.

وحتى نتمكن من الإلمام بكل جوانب الصلح والتحكيم الأسري كإجراء أساسي يبرز دور القضاء في تسوية المنازعات الأسرية، وجب التطرق في هذا المبحث لسلطة القاضي في محاولة الصلح(مطلب أول) وسلطة القاضي في إجراءات التحكيم(مطلب ثان) وإلى حجية الحكم القضائي فقها وقانونا(مطلب ثالث) من خلال الآتي:

المطـــــــلب الأول

سلطة القاضي في محاولة الصلح

للصلح بين الزوجين أهمية بالغة تهدف إلى المحافظة على العلاقة والرابطة الزوجية بصفة خاصة والأسرة بصفة عامة، لدى وجب التطرق في هذا المطلب لتعريف الصلح ودليل مشروعيته (فرع أول) ثم إلى أركان الصلح وشروطه (فرع ثان) ثم إجراءات الصلح وآثاره (فرع ثالث) من خلال الآتي:

الفرع الأول- تعريف الصلح ودليل مشروعيته: تعددت تعريفات الصلح كل تناوله من وجهة نظر خاصة يمكن ذكر بعضها، سوف نتطرق إلى تعريف الصلح (أولا)، ثم دليل مشروعيته (ثانيا).

أولا- تعريف الصلح: سنتطرق إلى التعريف اللغوي للصلح، ثم إلى التعريف الاصطلاحي.

1- تعريف الصلح لغة: الصّلح من فعل صلُح، والصلح من الصلاح ضد الفساد، يقال أصلح الشيء بعد فساده أي أقامه، والصلح من المصالحة وهي المسالمة بعد المنازعة، والصالح هو الخالص من كل فساد و هو سلوك طريق الهدى وهو استقامة الحال على ما يدعو إليه العقل والشرع[1].

ويقصد بالصلح في لغة العرب قطع المنازعة وأيضا من تصالح القوم بينهم، ويقال قوم صلُوحْ أي متصالحون، وأيضا بمعنى السِلَم سواء بكسر السين أو فتحها، ويقال في الأمر مصلحة أي خير، ويقال صلح الشيء فهو صالح ونافع[2]، ويقال أصلح إليه أي أحسن إليه وأصلح دابته إذا أحسن إليها، وأصلح إلى فلان في ذريته أي جعلها صالحة[3].

فالصلح له عدة معان تدور حول إنهاء الخصومات والنزاعات والإحسان، وإزالة الفساد وإفشاء السلام ونشر الصلاح[4].

2- تعريف الصلح اصطلاحا: تطرق العديد من الفقهاء إلى تعريفات فقهية وقانونية للصلح ولكنها لا تخرج عن معنى واحد، حيث ترمي جميعها إلى رفع الخلاف وإزالة النزاع ومن هذه التعاريف ما يلي:

أ- تعريف الصلح في الفقه الإسلامي: لقد عرف مصطلح الصلح عند الفقهاء بعدة تعريفات متقاربة تتفق فيما بينها على المقصود منه شرعا، إلا أنهم لم يعرفوا الصلح بين الزوجين وأن ما قاموا به هو تعريفه بصفة عامة بعدة تعريفات نذكر منها:

---

[1] - ابن منظور لسان العرب، **مرجع سابق**، ص426.

[2] - بلقاسم شتوان، **الصلح في الشريعة والقانون**، رسالة دكتوراه، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2001، ص19.

[3] - الفيروز آبادي، **مرجع سابق**، ص229.

[4] - بطرس البستاني، **محيط المحيط**، قاموس مطول اللغة العربية، لبنان، 1987، ص515.

– عرفه ابن عرفه من المالكية بأنه:" **انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه**"[1]

– عرفه فقهاء الشافعية بأنه:" **الصلح لغة قطع النزاع وشرعا يكون العقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين**"، ويعتبرون الصلح سيد الأحكام لأنه يجري في سائر العقود[2].

– عرف فقهاء الحنفية الصلح بأنه:" **عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة**"[3]، وعرفوه أيضا بأنه:" **عقد يرفع التشاجر والنزاع بين الخصوم وهي منشأ الفساد ومثار الفتن**"[4].

– وعرفه فقهاء الحنابلة بأنه:" **الصلح معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين**"[5].

يتبين من تعريفات الفقهاء لمصطلح الصلح، أنه العقد الذي ينهي الخلافات والخصومات الواقعة بين متخاصمين بغض النظر عن نوعية تلك الخلافات وأسبابها.

– <u>الترجيح:</u> يلاحظ من خلال التعريفات السابقة أنها متفقة جميعها على أن الصلح هو عقد، ولكن نجد أن أدق هذه التعاريف هو تعريف المالكية، لأن تعريف الصلح عندهم يرفع النزاع الذي يكون بعوض أي التنازل عن بعض الحقوق، كما أن تعريفهم فيه إشارة إلى جواز الصلح لتوقي منازعة غير قائمة، لكنها محتملة الوقوع في المستقبل أي أعطوا للصلح دور وقائي، خلافا لجمهور الفقهاء الذين اعتبروا الصلح هدفه رفع النزاع فقط، حيث لم يفرقوا بينه وبين الحكم والقضاء، فالحكم أيضا يرفع النزاع[6]، مما يجعل تعريف المالكية أحسن التعاريف مقارنة بالتعاريف الأخرى.

ب– <u>تعريف الصلح في القانون</u>: المشرع الجزائري لم يعرف الصلح سواء في ق.أس.ج أو ق.إ.م.إ تعريفا صريحا بل اعتبره إجراء قضائي، يتخذه القاضي قبل الفصل في دعوى الطلاق المرفوعة أمامه، ويتم عبر عدة محاولات يجريها خلال فترة معينة بقدر المستطاع

---

[1] - الحبيب بن طاهر، **مرجع سابق**، ص441.

[2] - الخطيب الشربيني محمد، **مرجع سابق**، ص177.

[3] - ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص405.

[4] - عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، **الاختيار لتعليل المختار**،ج3، دار المعرفة، بيروت، 1975، ص5.

[5] - إبن قدامة، المغني، **مرجع سابق**، ص412، - إبن عابدين، **مرجع سابق**، ص288.

[6] - يسري عبد العليم، **الصلح في ضوء الكتاب والسنة**، ط1، مؤسسة العلياء، القاهرة، 2012، ص33.

سعيا لإقناع الطرفين بالمصالحة، فقد عرفه في القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة لجميع القوانين، وذلك ضمن المادة 456 منه بقولها: " **الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه**"، فالقانون المدني اعتبر الصلح بين الزوجين عقدا، والعقد حسب نص المادة 54 مدني" **هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما**".

ومنه يتبين أن المشرع الجزائري في القانون المدني اعتبر الصلح عقدا، بينما في ق.أس.ج وق.إ.م.إ اعتبره كإجراء قضائي لا عقدا.

وقد عرفه فقهاء القانون ومن بينهم الأستاذ إبراهيم النجار الذي عرفه كمصطلح قانوني بأنه:" **اتفاق المتنازعين على فض النزاعات الناشبة بينهم وديا**"[1]، وجاء في تعريف آخر أنه:" **الصلح إجراء تفرضه بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم بالحضور أمام هيئة مختصة كمكتب المصالحة في قضايا العمل، أو أمام قاضي شؤون الأسرة حتى يحاولوا أن يصطلحوا قبل مواصلة إجراءات الخصومة**"[2].

وعرفه الأستاذ أحسن بوسقيعة على أنه:" **الصلح تسوية النزاع بطريقة ودية**"[3].

نستنتج من خلال كل التعريفات السالف ذكرها وإن كانت تختلف عن بعضها البعض سواء من حيث اللفظ أو الصياغة، إلا أنها تتفق في مجملها على اعتبار الصلح عقد كسائر العقود، كما أن المشرع الجزائري أخذ بتعريف المالكية للصلح.

وجاء في قرار للمحكمة العليا نصه:" **من المقرر قانونا أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا،وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه، ومن المقرر أيضا أنه:" ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها ويترتب عليه**

---

[1] - قوادري الأخضر، **الوجيز الكافي في إجراءات التقاضي في الأحكام العامة للطرق البديلة في حل النزاعات- الصلح القضائي والوساطة القضائية**، دار هومه، الجزائر، 2013، ص18.

[2] - **المرجع نفسه**، ص18.

[3] - أحمد شامي، **قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص266.

إسقاط الحقوق والإدعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية"، ومتى تبين- في قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قبلوا استئناف الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين والذي شهدت عليه المحكمة، أخطئوا في تطبيق القانون لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدا للنزاع، وأن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح، لأن الصلح عقد ينهي به الأطراف نزاعا قائما طبقا لأحكام المادتين 459-462 من القانون المدني، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "[1].

- المشرع التونسي بالنظر إلى مواد مجلة الأحوال الشخصية التونسية لم يعرف الصلح وإنما نص عليه كإجراء قضائي، وهذا ما نص عليه في الفصل32 من المجلة بقولها:" **يختار رئيس المحكمة قاضي الأسرة من بين وكلائه ولا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك**".

في حين عرفته المادة 1458 من مجلة الالتزامات والعقود[2] بقولها:" **الصلح عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة ويكون ذلك بتنازل كل من المتصالحين عن البعض من مطالبه أو بتسليم شيء من المال أو الحق**"، وعرفت محكمة التعقيب التونسية الصلح في مادة شؤون الأسرة في قرارها التعقيبي بأنه:" **الصلح وليد رغبة الطرفين المشتركة في وضع حد نهائي للنزاع واستئناف المعاشرة على الأسس التي ضبطها الصلح الذي يعتبر ماضيا في حقها**"[3].

- المشرع المغربي لم يعرف الصلح سواء من خلال مدونة الأسرة أو من خلال المسطرة المدنية التي نصت عليه كإجراء قضائي باسم الإصلاح أو التصالح فقد نص الفصل 180 من المسطرة المدنية بقوله:" **إذا أحيلت القضية على القاضي استدعى حالا الأطراف إلى الجلسة**

---

[1] - ملف رقم 103637 بتاريخ 1994/04/18،ع خاص لسنة 2001، ص94، نقلا عن يوسف دلانده، **قانون الأسرة**، دار هومه،الجزائر،2007، ص46.

[2] - قانون ع87 لسنة 2005 مؤرخ في 2005/08/15، ينظم أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي، ع68 بتاريخ 2005/08/15.

[3] - قرار تعقيبي ع17646 بتاريخ 1988/02/12 نقلا عن بن هبري عبد الحكيم، **أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015، ص15.

ويجب على الأطراف أن يحضروا في هذه الجلسة الأولى شخصيا أو بواسطة ممثلهم القانوني وتجري دائما محاولة التصالح، إذا تم التصالح أصدر القاضي حالا حكما يثبت الإتفاق وينهي النزاع وينفذ بقوة القانون ولا يقبل طعن "[1].

كما نصت المادة 94 من مدونة الأسرة قولها:" **إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين**"، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 400 من هذه المدونة فإنها تنص على أن كل ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي وبذلك حدا حدوا المشرع الجزائري.

– بالنظر إلى مواد قانون الأحوال الشخصية الأردني، فإنه لا أثر لتعريف الصلح فيه رغم أن المادة 114 و126 نصت عليه كإجراء للتقاضي،إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 325 منه والتي تنص على:" **ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإن لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون**". مما يستنتج من نص المادة أنها أحالتنا إلى المذهب الحنفي والذي عرف بدوره الصلح على أنه:" **ذلك العقد الذي يرفع النزاع ويقطع الخصومة**".

– تعرض التقنين المدني المصري للصلح في المواد 549 إلى 557، فقد عرفته المادة 549 منه بقولها:" **الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه**"[2].

إن هذا التعريف وإن اختلفت ألفاظه هو نفسه من ناحية المحتوى الذي نجده في المادة 548 من القانون المدني الليبي والمادة 517 من القانون المدني السوري، كما نصت المادة 3 من قانون الأحوال الشخصية رقم 01 لسنة 2000 على أنه في غياب النص يتم الرجوع إلى المذهب الحنفي كمرجع.

---

[1] - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 1974/09/28 بالمصادقة على نص المسطرة المدنية،ج.ر،ع3230 مكرر بتاريخ 1974/09/30.

[2] - القانون رقم 131 بتاريخ 1948/07/16 المتضمن القانون المدني المصري، الوقائع المصرية، ع108مكرر(أ) بتاريخ 1948/07/29.

– تناول المشرع الفرنسي الصلح في المواد 2044 إلى 2058 من التقنين المدني الفرنسي فقد عرفته المادة 2044 منه بقولها:" **الصلح عقد يحسم به المتعاقدان نزاعا قائما، أو يتوقيان به نزاعا محتملا**"[1].

نلاحظ أن المشرع الفرنسي أغفل في تعريفه لعقد الصلح عنصرا جوهريا يتمثل في ضرورة وجود تنازع متبادل بين طرفي العقد، حيث انتقد هذا التعريف من طرف الفقيهان (كولان وكابتن) اللذين لاحظا بأنه يؤدي إلى اللبس بين الصلح وبعض التصرفات والمنازعات كالإبراء وترك الخصومة والتحكيم وغيرها[2].

ونخلص إلى أن الصلح لا يتضمن التنازل عن الحق كله، وإنما كل من الطرفين يتنازل عن جزء مما يدعيه في مقابل التصالح، في حين الشريعة الإسلامية لا تشترط في الصلح تنازل كل واحد من الطرفين المتصالحين عن جزء من ادعائه بل يجوز الصلح سواء كان بعوض أو بغير عوض.

ثانيا– دليل مشروعية الصلح: لدراسة مشروعية الصلح، سوف نبين مشروعيته شرعا وقانونا من خلال ما يلي:

1– دليل مشروعية الصلح في الفقه الإسلامي: يعتبر الصلح وسيلة لحفظ العلاقات الأسرية واستقرارها فهو يقطع دابر المنازعة ويضع حدا للخصومة، ويقضي على العداوة والبغضاء بين المتنازعين، والدليل على مشروعيته ثابت في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع وحتى العقل والقانون.

أ– من القرآن الكريم: هناك العديد من الآيات التي تدل دلالة قطعية على مشروعية الصلح منها قوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ وَأُحۡضِرَتِ ٱلۡأَنفُسُ ٱلشُّحَّۚ وَإِن تُحۡسِنُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ

[1] - Charles Jarrosson, **La notion d'arbitrage**, Bibliothèque de droit prive, Paris, 1987, p395.
Philippe Malaurie et Laurent anyés, **Droit civil, Les contrats spéciaux**, 5ème édition, L'extenso édition, France, 2011, p605.
[2] - Colin et Capitant, **Cours élémentaire de droit civil**, 10ème édition, tome2, Paris, 1948, p882.

﴿بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾[1]، يتضح من مدلول الآية الكريمة على التأكيد على مشروعية الصلح، فالصلح خير، حيث حثت الآية على إصلاح ذات البين، وذلك للفائدة والثواب الذي يجنيه المصلح من هذا الفعل.

وقال تعالى: ﴿لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾[2]. يتضح من مدلول الآية أن أفضل الأعمال الخيرية وأحبها إلى الله سبحانه وتعالى الإصلاح بين الناس، وذلك بإزالة الخلاف والخصام ورفع النزاع والشقاق.

وقال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنفَالِ ۖ قُلِ الْأَنفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ ۖ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ ۖ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾[3].

من خلال الآيات الكريمات يتضح أن الله عز وجل أمر بالصلح وبين أهميته في تسيير حياة الناس، وأنه السبيل لحل الأزمات والخلافات، ومنه دلت على مشروعية الصلح بصفة عامة في شتى المجالات وبين الزوجين بصفة خاصة.

ب- من السنة النبوية: يعتبر الصلح من الأمور الجائزة والمرغوب فيها بين الناس جميعا وخاصة بين الزوجين، فقد وردت العديد من الأحاديث تحث عليه، فعن كثير بن عبد الله بن عمر بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ **قال:**" **الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما**"[4].

---

[1] - سورة النساء، الآيـــة127.

[2] - سورة النساء، الآيـــة113.

[3] - سورة الأنفال، الآيـــة1.

[4] - أخرجه الترمذي، **الجامع الكبير**، تح: أحمد فؤاد عبد الباقي، ج3، مطبعة مصطفى الباي الحلبي وأولاده، بيروت، 1968، كتاب الأحكام والوصايا، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، حديث حسن صحيح، 626/1352.

فهذا الحديث دل على مشروعية الصلح بين الناس، وفي حديث آخر عن أبي الدرداء أن رسول الله ﷺ **قال:**" **ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟ قالوا: بلى، قال: صلاح ذات البين، فإن فساد ذات البين هي الحالقة**" حديث صحيح[1].

عن أم كلثوم بنت عقبة رضي الله عنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول:" **ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس فينمي خيرا ويقول خيرا**"[2].

يتضح من خلال هذه الأحاديث الشريفة أنها تدل دلالة قطعية على مشروعية الصلح حتى أنه فُضل على أهم العبادات كالصلاة والصوم والصدقة، وأن الشريعة الإسلامية أجازت الكذب في بعض الحالات والأحيان، من أجل الإصلاح بين الناس إذا انعدمت كافة السبل، وإن دل ذلك فإنما يدل على مشروعية الصلح ومكانته.

ج- من الإجماع: أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الصلح بين الناس في كل المجالات وخاصة الصلح بين الزوجين، فقد روي عن الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لأبي موسى الأشعري:" **واحرص على الصلح ما لم يتبين لك فصل القضاء**"، وقال أيضا:" **ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن**"[3]

يتبين من حديث عمر- رضي الله عنه- أنه أمر برد الخصوم إلى الصلح مطلقا وذلك بحضور الصحابة رضوان الله عليهم ولم ينكروا عليه ذلك، فكان إجماعا من الصحابة ويكون حجة قطعية، لأن الصلح شرع للحاجة وهي قطع الخصومة والمنازعة[4].

د- من المعقول: إن الصلح رافع للفساد والخلاف والنزاع بين الناس، فالنزاع هو سبب الفساد والصلح يهدمه ويرفعه، لذلك شرع الصلح وهو ضروري بين الناس.

لدى نخلص إلى أن مشروعية الصلح ثابتة في القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الصحابة والفقهاء.

---

[1] - أخرجه الترمذي، **المرجع نفسه**، كتاب صفة القيامة، حديث 664/2509، العسقلاني، **مرجع سابق**، ص405.

[2] - أخرجه البخاري، الجامع الصحيح، تح: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج3، دار طوق النجاة، د.ب.ن، 2001، كتاب الصلح، باب ليس الكاذب الذي يصلح بين الناس، 183/2692.

[3] - الكساني، **مرجع سابق**، ص40.

[4] - بلقاسم شتوان، **مرجع سابق**، ص126.

2- دليل مشروعية الصلح في القانون: حث المشرع الجزائري على الصلح من خلال نص المادة 49 من ق.أس.ج قبل إصدار الحكم بالطلاق، وهو ما أكدته المادة 439 من ق.إ.م.إ بقولها:" **محاولات الصلح وجوبية**"[1]، يتضح من خلال المادتين أن إجراء الصلح وجوبي مما يدل على مشروعيته.

وبالرجوع إلى مواد قانون الأحوال الشخصية المصري، من خلال نص المادة 2/18 التي نصت على:" **وفي دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك**"، ونصت المادة 2/20 من نفس القانون على:" **لا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين**".

يتضح من خلال نص المادتين أن المحكمة ألزمت على ضرورة القيام بالصلح قبل إصدار الحكم بالطلاق أو التطليق وإلا كان باطلا[2].

أما القانون الأردني وبالرجوع غالى نص المادة 114/أ وب من قانون الأحوال الشخصية بقولها:" **إذا طلبت الزوجة التفريق قبل الدخول...بدلت المحكمة جهدها في الصلح بينهما..إذا أقامت الزوجة بعد الدخول أو الخلوة دعوى تطلب فيها التفريق بينهما...حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين**".

أما المشرع المصري فقد حث على بدل جهد المحكمة في الصلح بين الزوجين سواء كان التفريق قبل الدخول أو بعده، بالإضافة إلى مضمون المادة 126/أ منه والتي تضمنت أيضا ضرورة القيام بإجراء الصلح وهذا دليل على مشروعية الصلح وجوازه.

وتظهر أهمية وجوب القيام بمحاولات الصلح من خلال المواد 81 و94 من مدونة الأسرة المغربية حيث جاء في نص المادة 81 قولها:" **تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح**"، أما المادة94 فقد نصت على:" **إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين**".

---

[1] - قانون رقم 09/08 بتاريخ 2008/02/25، المتضمن ق.إ.م.إ، ج.ر، ع21 بتاريخ 2008/04/23.

[2] - عبد الفتاح مراد، **قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها طبقا لأحدث التعديلات**، ط 2، د.ب.ن، د.س.ن، ص14.

كما أشارت المواد1/113 و114 الفقرة الأخيرة و1/120 في مضامينها على أن تحاول المحكمة الإصلاح بين الزوجين في حالة قيام نزاع بينهما.

ونخلص إلى أن مشروعية الصلح ثابتة شرعا وقانونا.

الفرع الثاني- أركـــان الصلح وشروطه: بما أن الصلح عبارة عن عقد، فإنه كغيره من العقود لابد له من أركان تتوافر على شروط كاملة حتى يصبح العقد صحيحا و تترتب عليـــه آثـــاره، ومن خلال ذلك سوف نتطرق إلى أركان الصلح وشروطه في الفقه الإسلامي والقانون.

أولا- أركان الصلح وشروطه في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء في أركان عقد الصلح على قولين، فقول الحنفية يرون بأن عقد الصلح يقوم على ركن واحد وهو الصيغة المتمثلة فـــي الإيجاب والقبول الدالة على التراضي من الأطراف المتصالحة، كأن يقول أحدهما: صالحتك على كذا وكذا ويرد عليه الآخر قبلت أو رضيت بذلك أو صالحتك، فإذا تم الإيجاب والقبول فينعقد عقد الصلح[1].

في حين يقوم عقد الصلح عند جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة على أربعـــة أركان تتمثل في الصيغة والعاقدان ومحل عقد الصلح وبدل الصلح.

يشترط في الصيغة المتمثلة في الإيجاب والقبول في كل صلح حصـــول الإيجـــاب مـــن المدعي والقبول من المدعي عليه ويجوز أن يكون العكس[2].

فالمصالح هو الذي يعقد الصلح سواء أعقده لنفسه أو لغيره كالوكيل والوصي والولي، ويشترط فيه أن يكون أهلا للصلح وعاقلا، وهذا شرط عام في جميع التصرفات، فلا يصـــح صلح المجنون أو الصبي الذي لا يعقل، لانعدام أهلية التصرف ولانعدام العقل، أو الصـــبي المأذون له إذا كان له فيه نفع أو لا يكون فيه ضرر ظاهر، فلا يصح صـــلحه، وأن يكـــون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله كالأب والجد والوصي.

كما يشترط في المصالح أن لا يكون مرتدا، في حين المرتدة صلحها جائز بلا خلاف[3].

---

[1] - الكاساني، **مرجع سابق**، ص468.

[2] - علي حيدر، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، ج4، دار عالم الكتب، بيروت، 2003، ص09.

[3] - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق**، ص300.

ويشترط في المصالح عليه، وهو بدل الصلح سواء كان مالا أو منفعة أو حقا وأن يكون متقوما ومملوكا للمصالح وأن يكون معلوما[1].

كما يشترط في المصالح عنه، وهو الشيء المدعى به أن يكون حقا للعبد وليس حقا لله عز وجل، لأن حق الله لا يصح فيه إسقاط أو إبدال، أما حق الآدمي فيقبل الصلح والإسقاط والمعاوضة، وأن يكون حق للمصالح، كما يكون حقا ثابتا له في المحل.

ثانيا- أركان وشروط الصلح في القانون: بالنظر إلى صياغة المواد القانونية لتشريعات الأحوال الشخصية العربية، التي تنص على ضرورة القيام بإجراء محاولة الصلح قبل الحكم بالطلاق، فإنها لم تتطرق لشروط الصلح لا بصفة ضمنية ولا صريحة، شأنها في ذلك شأن المشرع الجزائري، وإنما اكتفت بجعله إجراء وجوبيا يستوجب على المحكمة القيام به قبل الحكم بإنهاء الرابطة الزوجية، وإلا أصبحت قراراتها عرضة للطعن والإبطال، باعتبار الصلح إجراء جوهري خاصة في الخلافات والمنازعات الزوجية والأسرية.

بما أن الصلح عقد كغيره من العقود، فإنه يقوم على ثلاثة أركان تتمثل في الرضا والمحل والسبب، فيشترط في الرضا في عقد الصلح تطابق الإيجاب مع القبول، أي تطابق إرادتين لانعقاده، ويمكن للمعنى أن يوكل غيره لإبرام الصلح بوكالة خاصة، حتى يكون الرضا صحيح يجب أن يصدر عن شخص تتوفر فيه الأهلية اللازمة لإبرام العقود، وأن لا يشوب إرادته عيب من عيوب الرضا، فقد نصت المادة 460 من القانون المدني الجزائري على أنه:" **يشترط فيمن يصالح أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح**".

ونخلص إلى أن الفقه الإسلامي والقانون يشترطان تطابق الإيجاب والقبول لوجود التراضي في عقد الصلح، دون اشتراط شكل معين للانعقاد.

والمحل هو الركن الأساسي الثاني لقيام العقود كلها، وأن محل الصلح في القانون هو الحق محل التنازع بين الأطراف الذي يشترط فيه أن يكون موجودا أو معينا أو قابل للتعيين وأن يكون مشروعا وله قابلية التعامل فيه، فمحل عقد الصلح بين الزوجين يتمثل في الحقوق

[1] - **المرجع نفسه**، ص309. الكاساني، **مرجع سابق**، ص482.

والواجبات المخولة لكل منهما حسب ما نصت عليه المادتين 36 و37 من ق.أس.ج، لأن الصلح ينهي الخلاف بتنازل كل من المتخاصمين على وجه التبادل عن حقه أو جزء منه.

إلا أن مشروعية محل عقد الصلح لا تخضع فقط للقواعد العامة، وإنما تحكمها أيضا قاعدة خاصة نصت عليها المادة 461 من القانون المدني بقولها:" **لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية**"، من خلال نص المادة يلاحظ أنها تطرقت إلى مسائل لا يجوز الصلح فيها ومسائل أخرى يجوز الصلح فيها.

إن السبب في عقد الصلح هو الباعث أو الدافع للزوجين لإبرام الصلح، كالإبقاء على صلة الرحم[1]، ويشترط فيه أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب، وإلا عُد باطلا، وهذا ما نصت عليه المادة 97 من القانون المدني بقولها:" **إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا**"، كما يشترط في السبب أن لا يكون غير صحيح أو صوريا أي غير حقيقي، وهذا ما نصت عليه المادة 98 مدني بقولها:" **كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا أقام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه**".

ونخلص إلى أن الصلح كغيره من العقود يقوم على أركان وأي تخلف منها يؤدي إلى بطلان عقد الصلح، أما الشروط فيؤدي تخلفها إلى الإبطال، ويلاحظ أن قوانين الأحوال الشخصية لم تنص أو تشير إلى أركان عقد الصلح، مما يؤدي بنا إلى الرجوع إلى القاعدة العامة في القانون المدني الذي هو الشريعة العامة للقوانين.

الفرع الثالث- إجراءات الصلح وآثاره: تعتبر إجراءات الصلح في قضايا شؤون الأسرة وجوبيا عكسه في المواد المدنية، التي يعد فيها الإجراء جوازيا، كما أعطي للقاضي سلطة

[1] - عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، ج5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن، ص560.

تقديرية لإجرائه وعرضه على الأطراف المتنازعة، وجعل المشرع الصلح إجراء شكلي من خلال تحرير محضر الصلح.

يعد إجراء الصلح جزء من إجراءات الخصومة، ولا يدخل ضمن إجراءات الطلاق لأن المشرع لم يعلق الطلاق على إجراء معين عكس دعوى الطلاق بالتراضي أو التطليق أو الخلع التي قيدها المشرع بتقديم طلب للقاضي، والذي يعتبر فيها الحكم منشئا للرابطة الزوجية، ونتطرق في هذا الفرع إلى إجراءات الصلح والآثار الناجمة عنه من خلال ما يلي:

أولا- إجراءات الصلح: نتطرق لإجراءات الصلح في القانون الجزائري ثم في القانون المقارن.

1- إجراءات الصلح في التشريع الجزائري: للقاضي دور مهم في إجراء الصلح بين الزوجين، فإذا تقدم الزوج بعريضة الطلاق لفك الرابطة الزوجية، سواء كان هذا الطلاق بسبب أو بغير سبب جدي، فإن القاضي يبذل جهده ويستعمل سلطته التقديرية من أجل الصلح بين الزوجين ليتراجع الزوج المطلق عن قراره، ومن أجل تحقيق ذلك من طرف القاضي ألزمه المشرع بإجراء عدة محاولات لتقريب وجهات النظر بين الزوجين من خلال ما يلي:

أ- القيام بمحاولات الصلح: بعد تعديل 2005 لقانون الأسرة أصبح القاضي ملزما بإجراء عدة محاولات للصلح، فقد عد إجباري وعلى القاضي القيام به قبل النطق بحكم الطلاق وهذا ما نصت عليه المادة 439 من ق.إ.م.إ بقولها:" **محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية**" وكذا المادة 01/49 من ق.أس.ج بقولها:" **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى**"، كما أنه يلاحظ من خلال نص المادة 51 من ق.أس.ج:" **من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد**".

من خلال المواد السابقة الذكر نلاحظ أن المشرع الجزائري قد خلط بين محاولة الصلح والعدة التي تعتبر حقا مشروعا للزوج، فقد يستعمل الزوج حقه في إرجاع زوجته

أثناء فترة العدة في حالة الطلاق الرجعي، والتي يجب أن تتطابق مع الفترة التي خصصها المشرع لإجراء محاولات الصلح، فإن حصل الرجوع ولو بدون رضا الزوجة يكون الزوج قد مارس حق الرجعة.

لذا يجب على المشرع أن لا يعتبر إرجاع الزوج زوجته في فترة العدة صلحا طالما رضا الزوجة لا يغير من الأمر شيئا، فوجب التمييز بين أحكام الرجعة وأحكام الصلح.

وبالتالي كان من الأصح صياغة المادة 50 أسرة بالقول:" **من راجع زوجته أثناء فترة العدة لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد انتهاء العدة يحتاج إلى عقد جديد**".

والمحكمة العليا جاءت مدعمة لهذا الإجراء في إحدى قراراتها بقولها:" **محاولات الصلح في دعوى الطلاق تتم وجوبا أمام المحكمة فقط**"[1].

كما تعد محاولات الصلح من النظام العام، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا قولها:" **...بالرجوع إلى القرار موضوع الطعن يتجلى بأنه جاء مخالفا للقانون، خصوصا المادة 49 من قانون الأسرة التي أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك، فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام، وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيق القانون ومخالفا له الأمر الذي يستوجب نقضه**"[2].

ب- استدعاء الزوجين والاستماع إليهما: يجب على قاضي شؤون الأسرة المختص في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة أن يستدعي الزوجين إلى مكتبه بواسطة كتابة الضبط أو بواسطة المحضر القضائي أو بأي وسيلة قانونية يراها مناسبة، وذلك بمجرد تسجيل الدعوى التي تقام بموجب عريضة افتتاح الدعوى مرفقة بالوثائق اللازمة كعقد الزواج والشهادة العائلية كل وثيقة يراها المدعي ضرورية لدعم أوجه دفاعه وطلباته ولإثبات صفته.

[1] - قرار رقم 372130 بتاريخ 2006/11/15، م.ع، غ.أ.ش، م.م.ع، ع2، 2007، ص463.
[2] - قرار رقم 6887997 بتاريخ 2012/06/14، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، غير منشور.

ويكون حضور الزوجين إلى مكتب القاضي دون محاميهما، حتى لا يكون عليهما أي تأثير خارجي فقد نصت المادة 440 من ق.إ.م.إ بقولها:" **في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا، ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح**".

في حالة عدم حضور أحد الزوجين أو حدث له مانع جاز للقاضي تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاضي آخر لسماعه بواسطة إنابة قضائية، أما إذا كان تخلف أحد الزوجين الصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يحرر القاضي محضرا بذلك.

كما يمكن للقاضي تبعا لسلطته التقديرية منح فرصة للزوجين لإجراء محاولة صلح جديدة قبل انتهاء المدة حسب ما نصت عليه المادة441 من ق.إ.م.إ ، ويجب حضور الزوجين شخصيا ولا يقبل حضور الوكيل أو من ينوبهم لجلسات الصلح، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها بقولها:" **استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية شخصيا جلسات محاولة الصلح**"[1].

مما يتبين أنه بالرجوع إلى محتوى القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، أنها منعت فكرة الإنابة بالنسبة للزوجين في إجراءات محاولة الصلح وذلك في جميع دعاوى الطلاق حيث جاء في قرار لها:" **يعد مخالفة لقاعدة جوهرية في الإجراءات، القضاء بالخلع بالرغم من عدم حضور الزوجة جلسة الصلح واكتفائها بإنابة محاميها الوكيل عنها بوكالة رسمية**"[2]، يتضح أن المشرع الجزائري أجاز الإنابة القضائية بالنسبة للقاضي دون الاعتراف بها بالنسبة للزوجين.

[1] - قرار رقم 798882 بتاريخ 2013/05/09، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المجلة القضائية، ع1، 2013، ص286.

[2] - قرار رقم 950026 بتاريخ 2014/07/10، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المجلة القضائية، ع2، 2014، ص278.

ج- عدد ومدة جلسات محاولات الصلح: بالرجوع إلى نص المادة 49 من ق.أس.ج، فإن المشرع قد قيد إجراء الصلح بمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق[1].

كما أن القاضي ملزم بأن يعقد عدة محاولات صلح دون تحديد لعددها، مما يعني أنه لا يجوز أن تقل عن محاولتين اثنين على الأقل، حتى يتسنى له السير في إجراءات الدعوى، ورغبة من المشرع في إعطاء مزيد من الوقت سواء للقاضي أو للزوجين المتخاصمين حتى يراجع كل طرف موقفه ويعدل عن تمسكه بفك الرابطة الزوجية[2].

فقد نصت المادة 442 من ق.إ.م.إ بقولها:" **يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن، في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق**".

بينما يرى القضاء أن عدد محاولات الصلح تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع فقد جاء في قرار للمحكمة العليا نصه:" **المبدأ استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على خضوع عدد محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه، ولا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة إذا افتتح القاضي بعدم جدوى عقد جلسات تصلح أخرى**"[3].

ويعاب على مدة الصلح عدم تقيدها بمدة العدة الشرعية، كالمرأة الحامل وأنواع الطلاق كالطلاق البائن بينونة كبرى[4].

فوفقا لنص المادة 49 أسرة فإن القاضي يباشر محاولة الصلح في مدة ثلاثة أشهر، يبدأ حسابها من تاريخ رفع الدعوى، وكان المشرع يفترض أن هذه المحاولات يتم مباشرتها فور

---

[1] - عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**، ط4، دار هومه، الجزائر، 2013، ص120.

[2] - بن داود عبد القادر، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد**، دار الهلال للخدمات الإعلامية، د.ب،ن، 2004، ص115.

[3] - قرار رقم /870291 بتاريخ 2014/03/13، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المجلة القضائية، ع2، 2014، ص268، نقلا عن جمال نجيمي، **قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي**، دار هومه، الجزائر، 2016، ص124.

[4] - سليمان ولد خسال، **مرجع سابق**، ص124.

وقوع الطلاق وبتلفظ الزوج به، فماذا لو تراخى الزوج في رفع الدعوى بعد تلفظه بالطلاق بمدة تفوق شهرا مثلا وهو الغالب، ففي أحسن الأحوال يكون القاضي قد باشر إجراء الصلح بعد مرور شهرين من دعوى الطلاق، باعتبار أن أقل مدة يجب أن يفصل بين تكليف الخصوم بالحضور وأول جلسة للسير في الدعوى هي عشرون يوما وفقا لنص المادة 03/16 من ق.إ.م.إ.

وعلى فرض نجاح القاضي في محاولة الصلح خلال شهرين من رفع الدعوى، تصبح المدة الزمنية بين وقوع الطلاق بتلفظ الزوج والصلح أربعة أشهر، فتكون الزوجة قد بانت من زوجها شرعا، بينما لا تزال في عصمته قانونا، وللخروج من هذا الإشكال يتوجب النص على أن مدة الصلح ثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ نطق أو تلفظ الزوج بالطلاق، حيث أن الطلاق يرتب آثاره ديانة فور التلفظ به، وإن كان لا يثبت قضاء إلا بحكم[1].

د- تحرير محضر الصلح: من خلال مضمون المادة 2/49 أسرة التي تنص على:" **يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين**".

كما نصت المادة 443 من ق.إ.م.إ بقولها:" **يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي، يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط، ويعد محضر الصلح سندا تنفيذيا**"[2].

بعد القيام بإجراءات الصلح يتعين على القاضي إعداد محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، سواء كانت هذه النتائج ايجابية أو سلبية، يحرره كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي وكاتب الضبط والزوجين[3].

---

[1] - العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق**، ص358.

[2] - بربارة عبد الرحمان، **شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، ط2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص437.

[3] - عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق**، ص120.

ت- آثار تخلف محاولات الصلح: نص المشرع الجزائري على وجوبية محاولة الصلح من طرف قاضي الموضوع، لأنها مسألة ضرورية تتعلق بقاعدة آمرة من قواعد النظام العام التي يجب أن لا نتجاوزها[1].

إلا أنه يلاحظ غياب صفة الالتزام في نص المادة 49 من ق.أس.ج والمادة 439 من ق.إ.م.إ، لكن المشرع لم يرتب جزاء على عدم القيام به، فالمادتان رغم أنهما تضمنتا قاعدتان آمرتان إلا أنهما لم يقرنهما المشرع بجزاء مادي عند مخالفة مقتضياتهما.

أما بالنسبة لأثر تخلف إجراء محاولات الصلح على الحكم القضائي، فإن الطلاق يثبت بحكم قضائي وأن محاولة الصلح إجراء إجباري يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق، وإذا لم يتم هذا الإجراء فإن الحكم الصادر يكون باطلا، ويكون حكمه معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه[2].

إن الصلح أمر ايجابي لما يجريه القاضي، فهو يتعلق بمرحلة ما بعد وقوع الطلاق أي تلفظ الزوج به وقد أوقعه بقوة الشرع والقانون ولا يحتاج إلى إجراء الصلح لإيقاع الطلاق فنص المادة 48 أسرة لم يعلق الطلاق على أي قيد أو شرط، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا نصه:" **إن عدم قيام قضاة الموضوع بإجراءات الصلح بين الطرفين يعد خرقا للقانون يبرر نقض الحكم المطعون فيه**"[3].

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا قولها:" **حيث أنه وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة 49 من قانون الأسرة التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار الحكم بفك الرابطة الزوجية الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه وإحالته على نفس المحكمة**"[4].

---

[1] - عبد الحكيم بن هبري، **مرجع سابق**، ص125.

[2] - العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، **مرجع سابق**، ص357.

[3] - قرار رقم 75141 بتاريخ 1991/06/18، م.ع، غ.أ.ش، م.ق،ع1، 1993، ص65.

[4] - قرار رقم 96688 بتاريخ 1994/01/18، م.ع، غ.أ.ش، ن.ق، ع50، 1997، ص80.

2- إجراءات الصلح في القانون المقارن: لم ينظم المشرع المصري الإجراءات الواجب على المحكمة إتباعها في عرض الصلح في قانون الأحوال الشخصية، وإنما ألزمها بألا تحكم بفك الرابطة الزوجية إلا بعد عرض الصلح على الخصوم بموجب المادة 2/18 من القانون رقم 01 لسنة 2000[1]، وعلى المحكمة أن تترك للزوجين مدة معقولة تقدر بثلاثين يوما على الأقل كحد أدنى وستين يوما كحد أقصى للتوصل إلى الصلح.

ولكن المشرع المصري نص على إجراءات الصلح في قانون المرافعات المدنية والتجارية[2] ضمن المادة 891 منه والمعنونة بالإجراءات الخاصة بنظام الأسرة كإستدعاء الزوجين للحضور وتحرير محضر الصلح أو عدم الصلح[3].

أما المشرع الأردني فَصّل في موضوع الصلح، وذلك بإلزامية إجرائه قبل وبعد الدخول، إلا أنه لم يبين آثار الصلح سواء باءت بالنجاح أو بالفشل، حيث جاء في مضمون المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية أنه في حالة ما إذا لم يتم الصلح بين الزوجين تحيل المحكمة الأمر إلى الحكمين للقيام بمساعي الصلح، وإذا لم يتم الصلح تقوم المحكمة بفسخ العقد بين الزوجين.

كما نصت المادة 126 منه على أن طلب التفريق من طرف الزوج وبذلت المحكمة جهدها للإصلاح بينهما وذلك في أجل لا يقل عن شهر، وبعد انتهاء الأجل إذا لم يتم الصلح وأصر الزوج على دعواه أحال القاضي الأمر إلى الحكمين.

مما سبق نلاحظ أن المشرع الأردني لم يبين كيفية استدعاء الزوجين والاستماع إليهما وكذا تحرير محضر الصلح من عدمه، وأن ما قام به فقط هو أنه تم تقييد الصلح بمدة زمنية محددة لا تقل عن شهر، ولم يبين آثار الصلح وإنما أحال الأمر إلى الحكمين في حالة ما إذا لم يجدي الصلح نفعا.

---

[1] - عبد الفتاح مراد، **مرجع سابق**، ص27.

[2] - قانون رقم 13 لسنة 1986 المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

[3] - أحمد خليل، **خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص129.

أما المشرع المغربي فلا يمكن له القيام بإجراء الصلح إلا بعد أن يتقدم الزوجان أو أحدهما بطلب الطلاق وفقا للشكل الذي يحدده القانون، وبعد تقديم الطلب تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الصلح، حسب ما نصت عليه المادة 89 من مدونة الأسرة المغربية، وعند حضورهما لجلسة الصلح تقوم بالمناقشات في غرفة المشورة وتستمع إليهما بحضور الشهود وكذا كل من ترى فيه فائدة في الاستماع إليه حسب ما نصت عليه المادة 82 منها.

وفي حالة وجود أبناء بينهما تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة زمنية لا تقل عن ثلاثين يوما، وفي الأخير تقوم المحكمة بتحرير محضر والإشهاد به من طرف المحكمة في حالة نجاح الصلح بين الزوجين.

أما في حالة فشل محاولة الصلح حسب ما نصت عليه المادة 83 من المدونة تقوم المحكمة بتحديد مبلغ مالي يودعه الزوج بكتابة الضبط بالمحكمة في أجل أقصاه ثلاثون يوما لأداء مستحقات الزوجة والأطفال الملزم بالإنفاق عليهم، وإذا لم يودع الزوج المبلغ في الأجل المحدد اعتبر متراجعا عن رغبته في الطلاق ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة حسب مضمون المادة 86 من المدونة.

أما في حالة إيداع الزوج المبلغ المطلوب منه، فإن المحكمة تأذن له بتوثيق الطلاق حسب ما نصت عليه المادة 87 من المدونة.

من الملاحظ أن المشرع المغربي لم يغفل النص على آثار الصلح سواء بالنجاح أو بالفشل، ولم يكتفِ بذكرها بصفة عامة كما فعل غيره بل جعل لكل فرقة من فرق فك الرابطة الزوجية الإجراء الواجب إتباعه، على عكس المشرع الجزائري الذي نص على آثار الصلح في ق.إ.م.إ، ولكن بصفة عامة دون التفصيل في ذلك.

أما المشرع التونسي طبقا لمضمون الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية أنه لا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين، ويتم استدعاء الزوجين وفي حالة تخلف أحدهما عن الحضور أو لم يبلغ له الاستدعاء شخصيا،

فإن القاضي يؤجل النظر في القضية، وعند وجود ابن قاصر أو أكثر بين الزوجين تتكرر جلسات الصلح ثلاث مرات على أن تعقد الواحدة منها ثلاثون يوما بعد سابقتها على الأقل ويبذل القاضي خلالها مزيدا من الجهد للتوصل إلى الصلح ويستعين بمن يراه أهلا لذلك.

وإذا لم يتم التصالح بين الزوجين تقضي المحكمة ابتدائيا في الطلاق بعد فترة تأمل تدوم شهرين قبل طور المرافعة، كما تقضي في جميع الأحوال بما يتعلق بآثار الطلاق، وتحدد مبلغ الجراية(الغرامة) التي تستحقها المفارقة بعد انقضاء العدة.

فالملاحظ أن المشرع التونسي لم يغفل عن آثار الصلح خاصة إذا فشلت محاولات الصلح، كما أنه راعى حالات الأطفال القصر عند فك الرابطة الزوجية.

ثانيا- آثار محاولات الصلح: عند قيام قاضي شؤون الأسرة بإجراء محاولات الصلح، فقد يوفق في إقناع الزوج للعدول عن الطلاق الذي أوقعه بإرادته المنفردة وتكلل جلسات الصلح بالنجاح ويتفادى حل عقدة النكاح، كما قد يفشل القاضي في أداء مهمته في الصلح بين الزوجين.

1- نجاح محاولة الصلح: بعد انتهاء القاضي من إجراءات محاولات الصلح وطبقا لنص المادتين 49 أسرة والمادة 443 من ق.إ.م.إ، يقوم بتحرير محضر الصلح بين الزوجين ويدون فيه النتائج التي توصل إليها بعد محاولات الصلح بين الزوجين، فإذا ما تم إقناع الزوج بالتراجع عن فكرة الطلاق تكون النتيجة التراجع عن طلب فك الرابطة الزوجية، وهو الطلب الأساسي في دعوى الطلاق، وبذلك تصبح هذه الدعوى بغير موضوع لتصالح الزوجين، وما يتبقى على القاضي في هذه الحالة سوى إثبات الصلح الواقع بين الزوجين في المحضر وفقا للشكل الذي يحدده القانون.

كما يقوم القاضي باستدعاء الزوجين المتصالحين إلى جلسة رسمية ليؤكد لهما علانية ما سبق أن تصالحا عليه، وليصدر حكمه في الموضوع، لأن الصلح ينهي النزاع ويضع حدا للدعوى، وبهذا تنقضي الخصومة طبقا لما نصت عليه المادة 1/220 من ق.إ.م.إ، بقولها:"

تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى، بالصلح أو بالقبول بالحكم أو بالتنازل عن الدعوى"[1].

فالطلاق شرعا يقع عند نطق الزوج به، وإثباته يكون بموجب حكم قضائي، ونجاح محاولات الصلح تسمح للزوج بمراجعة زوجته إذا لم تنته فترة العدة[2].

2- فشل محاولات الصلح: قد لا تكلل مساعي الصلح التي يبذلها القاضي بالنجاح لسبب أو لآخر، فقد يرجع سبب فشل هذه المساعي للقاضي نفسه الذي لم يبذل جهدا كافيا في ذلك نظرا لاعتبارها مجرد إجراء شكلي فقط، أو ترجع إلى كثرة القضايا المطروحة أمامه خصوصا قضايا الطلاق، مما يترتب عليه ضيق وقته بسبب انشغاله في دراسة ملفات هذه القضايا والبحث لها عن حلول قانونية.

كما يكون القاضي قد بذل جهدا للصلح بين الزوجين، إلا أنه لم تكلل مساعيه في إقناع الزوج عن التراجع عن فكرة الطلاق وبقي مصرا على فك الرابطة الزوجية، وهذا ما يبرر عجز المحكمة في الإصلاح بين الزوجين، وهذا ما نصت عليه المادة 443 الفقرة الأخيرة من ق.إ.م.إ، بقولها:" **في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى**".

وعند فشل محاولات الصلح يقوم القاضي بتحرير محضر عدم الصلح يبين فيه مساعي الصلح ونتائجه والاستجابة لرغبة الزوج في فك الرابطة الزوجية، وإلحاق هذا المحضر بملف الدعوى ثم يحيل الطرفين إلى مناقشة الموضوع.

ونخلص إلى أن موضوع الصلح سواء في الفقه الإسلامي أو القانون، على أنه عقد إجرائي قضائي وجوبي يقوم به القاضي من أجل الإصلاح بين الزوجين، وأنه وسيلة لفض النزاعات الأسرية، وثابت بالقرآن الكريم والسنة النبوية وبإجماع الصحابة والفقهاء، وأنه

[1] - عبد الحكيم بن هبري، **مرجع سابق**، ص260.

[2] - عبد النور زيدان، **الصلح في الطلاق**، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، السنة الجامعية 2007/2006، ص128.

يقوم على أركان وشروط، ويتم عن طريق إتباع إجراءات ومحاولات الصلح للتوفيق بين الزوجين والعدول عن فك الرابطة الزوجية.

يقوم القاضي بعدة محاولات للصلح في مدة زمنية محددة، وفي الأخير قد يفشل هذا الإجراء أو ينجح، فإذا ما فشل يلجأ القاضي إلى تسوية النزاع بين الزوجين وخاصة في حالة أن اشتد الشقاق بينهما إلى التحكيم.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في إجراءات التحكيم

إذا ما فشل القاضي في التوفيق بين الزوجين والإصلاح بينهما، يلجأ إلى المرحلة التالية وهي إتباع إجراءات التحكيم، حيث يقوم بإرسال حكمين، فما لم يستطع القاضي التوفيق فيه، لعل الحكمين ينجحان في ذلك.

فالتحكيم نظام رباني يظهر معرفة واضحة بالنفس البشرية وخباياها ومعرفته بالإنسان خاصة عندما يتعلق الأمر بالعلاقة الزوجية، فكثير ما تنقضي النزاعات الأسرية في جلسة حميمية يقوم بها حكم التحكيم، ومنه فالتحكيم هو نظام ذو بعد اجتماعي وإنساني أقره الشرع الإسلامي وكذا القوانين الوضعية من أجل فض النزاعات التي تنشأ بين الأفراد.

فإجراءات التحكيم وحكمه يؤدي إلى التخفيف عن القضاء والإصلاح بين الزوجين المتخاصمين، فهو وسيلة لفض نزاع قائم أو مستقبلي وإنهاء الخلافات بالتراضي بواسطة المحكمين.

التحكيم نظام قديم قدم البشرية، ساير المراحل التاريخية حتى العصر الحاضر، فقد توسع توسعا كبيرا في شتى المجالات الاجتماعية والأسرية وبين الأفراد والمؤسسات الرسمية والشركات المحلية والدولية، وحتى في مجال المنازعات بين الدول، وما يهمنا في دراستنا هذه التحكيم في النزاعات الأسرية، فقد بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية أحكام التحكيم وأهميته وأسسه وآثاره.

لدى وجب التطرق في هذا المطلب لتعريف التحكيم ودليل مشروعيته وطبيعته القانونية (فرع أول) ثم إلى أركان التحكيم وشروطه (فرع ثان) ثم إلى إجراءات التحكيم وآثاره (فرع ثالث)، من خلال الآتي:

الفرع الأول- تعريف التحكيم ودليل مشروعيته: تعددت تعريفات التحكيم كل تناوله من وجهة نظر خاصة يمكن ذكر بعضها، سوف نتطرق إلى تعريف التحكيم (أولا)، ثم دليل مشروعيته (ثانيا) ثم إلى طبيعته القانونية (ثالثا).

أولا- تعريف التحكيم: سنتطرق إلى التعريف اللغوي للتحكيم، ثم إلى تعريفه الاصطلاحي.

1- تعريف التحكيم لغة: الحكم القضاء وجمعه أحكام، والحكم مصدر قولك حكم بينهم: أي قضي بينهم، وحكم له وحكم عليه، قال الأزهري[1]:" **الحكم القضاء بالعدل، وحكمه في الأمر جعله حكما، والحكم من أسماء الله تعالى والحاكم**"، التحكيم مصدر حكم، وأصله المنع، يقال: حكمت عليه بكذا إذا منعته من خلافه، وحكّموه بينهم: أمروه أن يحكم بينهم، حيث جعلوه حاكما ورضوا بحكمه[2].

ويطلق الحكم على من يختار للفصل بين المتنازعين، ومنه احتكام الخصمان إلى الحاكم: أي رفعا خصومتهما إليه، وحكّمت الرجل: أي فوضت الحكم إليه، ويأتي الحكم والقضاء بمعنى واحد لأن فيهما المنع من الظلم أو المنع من التصرف[3].

يتضح مما تقدم أن التحكيم في المعنى اللغوي، يفيد إطلاق اليد في الشيء أو تفويض الأمر للغير للعمل على فض النزاع أو الخلاف بين الخصمين، أو رفع الأمر للحاكم للفصل في المنازعات بين المتخاصمين كما يفيد المنع.

---

[1] - هو محمد بن محمد بن الأزهر بن طلحة الأزهري الهروي اللغوي الشافعي، أبو منصور، أحد الأئمة في اللغة والأدب، أشتهر بالفقه، ولد بهراة بخراسان توفي سنة 370هـ/981 م، من مؤلفاته: تهذيب اللغة، تفسير القرآن الكريم، والروح، الزركلي، **مرجع سابق**، ص311.

[2] - ابن منظور، لسان العرب، **مرجع سابق**، ص952.

[3] - شوقي ضيف، **معجم الوسيط، مرجع سابق**، ص190.

2- تعريف التحكيم اصطلاحا: عرف الفقهاء التحكيم بتعاريف متعددة فقهية وقانونية وهي في جملتها لا تخرج عن المعنى اللغوي، حيث ترمي جميعها إلى إزالة النزاع بين المتخاصمين ومن هذه التعاريف ما يلي:

أ- تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي: عرف الفقهاء التحكيم بعدة تعاريف مختلفة ومتقاربة تتفق فيما بينها على معنى واحد مقصود به شرعا، فقد عرفوه بصفة عامة نذكر منها:

- عرفه ابن فرحون من المالكية بقوله:" **أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما فإن ذلك جائز**"[1].

- عرفه الماوردي[2] من الشافعية بقوله:" **التحكيم أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه**"[3].

- عرف فقهاء الحنابلة التحكيم بأنه:" **إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما، جاز ذلك**"[4].

- عرف الحصكفي[5] من فقهاء الحنفية التحكيم بأنه:" **توليه الخصمين حاكما يحكم بينهما، وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر**"[6].

- وعرفه الدكتور مصطفى الزرقا من المعاصرين بأنه:" **التحكيم عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر حكما بينهما للفصل في خصوماتهما بدلا من القاضي**"[7]

---

[1] - ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ص43.

[2] - الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، ولد بالبصرة بالعراق سنة 364هـ ثم انتقل إلى بغداد، كان أقضى قضاة عصره، ومن العلماء الباحثين ، من مؤلفاته: أدب الدنيا والدين، الأحكام السلطانية، النكت والعيون، توفي ببغداد سنة 450هـ، الزركلي، **الأعلام، مرجع سابق**، ص327.

[3] - الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، **أدب القاضي**، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص320.

[4] - ابن قدامة، **المغنى على مختصر الخرقي، مرجع سابق**، ص484.

[5] - علاء الدين الحصكفي الحنفي، محمد بن علي بن محمد الحصني، ولد بدمشق وتوفي بها(1025-1088هـ/1616-1677م)، ينسب إلى حصن كيفا في ديار بكر، مفتي الحنفية في دمشق، كان فاضلا عالي الهمة، عاكفا على التدريس والإفادة، من مؤلفاته: الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، وإفاضة الأنوار على أصول المنار، وشرح قطر الندى في النحو، الزركلي، **الأعلام، مرجع سابق**، ج6، ص269.

[6] - الحصكفي، **الدر المختار بحاشية رد المحتار**،ج3، ط2، دار الفكر، بيروت، 1386هـ، ص428، ابن نعيم، محمد بن حسين بن علي الطوزي القادري، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص41.

[7] - مصطفى أحمد الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، ج1، ط2، دار القلم، دمشق، 2004، ص619.

– وعرفه القرطبي بقوله:" **التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما يرضاهما للفصل في خصوماتهما ودعواهما، وقد يكون الحاكمان اثنين كما هو الشأن بالنسبة لمعالجة شقاق الزوجين، وسواء اختارهما الزوجان أو القاضي ليبحثا عن سبب الشقاق الواقع بين الزوجين، والفصل فيه على حسب ما يقتضيه حال الزوجين، والأصلح لهما جمعا أو تفريق**"[1].

– الترجيح: يلاحظ من خلال جملة هذه التعاريف أن التحكيم هو أن يختار أطراف الخصومة طرفا ثالثا يرتضيانه ليفصل في النزاع القائم بينهما طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، والراجح ما ذهب إليه فقهاء الحنابلة في تعريفهم للتحكيم لأنه أشمل وأوضح التعريفات، حيث بين شرط رضا الطرفين للمحكم بينهما، كما وضح كذلك شروط المحكم.

ب– تعريف التحكيم في القانون: المشرع الجزائري لم يعرف التحكيم ولم يتطرق له في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقوانين، ولا في ق.إ.م.إ كونه قانون إجرائي وحتى في ق.أس.ج الذي اكتفى بالنص على ضرورة تعيين حكمين عند اشتداد الخصام بين الزوجين للتوفيق بينهما في نص المادة 56 منه، كما نصت المادة 1011 من ق.إ.م.إ بقولها:" **اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم**".

يتبين من خلال نص المادة أن التحكيم هو وسيلة أو آلية يلجأ إليه القاضي في حالة إذا لم يتمكن من إيجاد الحل بالصلح بين الزوجين مخولا لأحد الأقارب من الزوجين أي واحد من أهل الزوج وآخر من أهل الزوجة للقيام بذلك، وعليه يمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب ما نصت عليه المادة 222 من ق.أس.ج.

المشرع المغربي على غرار المشرع الجزائري لم يعرف التحكيم في مدونة الأسرة المغربية، ولكنه بين مهمة الحكمين في نص المادة 95 منها، وكذا المجالات التي يلجأ فيها إلى التحكيم، إلا أنه وبالرجوع إلى نص الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية، فقد عرف التحكيم بصفة عامة على أنه:" **يراد بالتحكيم حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق التحكيم**".

[1] - القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق**، ص419.

يتبين من خلال هذا النص أن التحكيم هو اتفاق ينشأ عن علاقة قانونية معينة سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية ولعل هذا التعريف ينصرف للعلاقات الدولية.

أما المشرع السوري كبقية القوانين العربية لم يعرف التحكيم في قانون الأحوال الشخصية السوري وإنما نص على مهام وشروط الحكمين، في حين عرفته المادة 1790 من مجلة الأحكام العدلية بقولها:" **التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما**".

أما قانون الأحوال الشخصية المصري لم يعرف التحكيم بين الزوجين المتخاصمين هو أيضا، واكتفى ببيان الشروط الواجب توفرها في الحكمين، وكذا المهمة الملقاة على عاتقهم للقيام بها والمدة التي يستغرقها هذا الإجراء من خلال نصوص المواد 7 حتى 11 منها، بينما عرف قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 في مادته الرابعة التحكيم بقولها:" **ينصرف لفظ " التحكيم " في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك**".

أما بالنسبة لأحكام القضاء المصري، فقد جاء في أحكام المحكمة الدستورية العليا التحكيم بأنه:" **عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الغير، يعين باختيارهما أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار نهائي وقاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية**"[1].

كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه: " **طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية**"[2].

[1] - حكم المحكمة الدستورية العليا، 1994/12/17، القضية رقم 13 لسنة 15 قضائية دستورية، ج.ر، ع12 لسنة 1994، نقلا عن حفيظة السيد الحداد، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص41.

[2] - طعن 51 لسنة 1992 مشار إليه المستشار محمد هاني إسماعيل، قضاء تمييز دبي التجاري.

أما المشرع الفرنسي فقد عرف التحكيم في نص المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية[1]، كما عرفه الفقيه Goldman[2] بأنه:" **الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على أن يخضعوا للتحكيم سواء النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما والمتعلقة بالعقد أو النزاعات التي نشأت والمتعلقة في كلتا الحالتين بالتجارة الدولية**"[3].

أما الأستاذين:"جان روبير" و" رينيه دافيد"، فقد عرفوا التحكيم بأنه:" **نظام القضاء الخاص، أو تقنية ترمي لحل قضية بين شخصين أو أكثر بواسطة محكمين يختارون للفصل فيها ويستمدون سلطانهم من اتفاقية المحتكمين الخاصة، ويحكمون على أساس هذه الاتفاقية دون أن يكونوا متولين القيام بهذه المهمة من قبل دولة ما**"[4].

من خلال التعاريف السابقة يتضح أن التحكيم سواء كان في شكل شرط أو مشارطة أو تحكيما بالإحالة أو اتفاقا، فهو إجراء قانوني يهدف إلى حل النزاعات التي تنشأ بين متخاصمين، يوكل بموجبه المتخاصمون هذه المهمة إلى أشخاص لا ينتمون للقضاء، وتكون لهم صفة المحكمين، وبالتالي فإن فعالية التحكيم تكمن في سرعة إجراءاته بالقياس إلى محاكم القضاء.

ثانيا- دليل مشروعية التحكيم: أصبح اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاعات الناشئة في العلاقة الأسرية بين الزوجين يلقى قبولا واسعا نتيجة التطور الحاصل في العلاقات الأسرية والاجتماعية، فما هو دليل مشروعيته سواء من خلال الفقه الإسلامي أو القوانين الوضعية.

1- دليل مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي: التحكيم ثابت بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وإجماع الصحابة والفقهاء والمعقول وكذا القانون.

أ- من القرآن الكريم: لقد وردت عدة آيات تدل على مشروعية التحكيم، وهي متنوعة في عدة مجالات بصفة عامة، وفي التحكيم بين الزوجين بصفة خاصة ومنها **قوله تعالى:﴿وَإِنْ خِفْتُمْ**

---

[1]- Philippe Malaurie et Lurent Anyés**, Op.cit**, p651.

[2]- Berthold Goldman, **L'arbitrage Commercial International**, 1ére édition, JCL, Paris, 1989, p586.

[3] - أحمد السيد الصاوي، **التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم العربية**، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص12، حفيظة السيد الحداد، **الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص13.

[4]- Robert Jean, **,L'arbitrage**, **Droit Interne et Droit International Privé**, 5éme édition, Dalloz, Paris, 1983, p3.
David René, **L'arbitrage dans les Commerces International**, Economica, Paris, 1982, p9.

﴿شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[1].

وجه الدلالة في هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى أمر في حالة الشقاق بين الزوجين ببعث حكمين، حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة من أجل إصلاح ذات البين بينهما وإزالة ما وقع بينهما من خلاف وشقاق، وفي هذا دليل على مشروعية التحكيم بين الزوجين عند وقوع التنازع بينهما، أو إذا خيف وقوع الشقاق بينهما، وإذا ما جاز التحكيم بين الزوجين جاز في سائر الحقوق والدعاوى، كما أن صيغة الأمر الواردة في الآية الكريمة "**فابعثوا**" تفيد الوجوب ما لم ترد قرينة تصرفه على حقيقته إلى الندب، ولا توجد قرينة هنا وبالتالي يكون بعث الحكمين واجبا[2].

وقال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا۟ فِىٓ أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا﴾[3].

وجه الدلالة من هذه الآية أنها أرشدت الحاكم إلى الإصلاح بين الخصوم، فقوة الدلالة على التحكيم تأتي من اشتراط الرضا من الطرفين بما يحكم به الرسولﷺ، لأن حكم الحاكم لا يلزمه هذا الرضا من المتخاصمين، فتبين أن المقصود به هو حكم الحكم[4].

وقال تعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ۖ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْـًٔا ۖ وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ﴾[5].

ووجه الدلالة في الآية أن الله سبحانه وتعالى خبر نبيهﷺ إذا جاءه أهل الكتاب محتكمين إليه، بين الحكم والإعراض عنهم، فإذا ما قبل الحكم بينهم أن يكون حكمه عدلا.

---

[1] - سورة النساء، الآية35.

[2] - محفوظ بن صغير، **مرجع سابق**، ص656، عبد الوهاب خلاف، **مرجع سابق**، ص195.

[3] - سورة النساء، الآية64.

[4] - وائل طلال سكيك، **التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2007، ص20.

[5] - سورة المائدة، الآية44.

ب- من السنة النبوية: ثبت مشروعية التحكيم من السنة بأحاديث كثيرة حثت عليه لما فيه من إصلاح ذات البين، فقد عرف العرب التحكيم قبل الإسلام وأجازه النبي ﷺ واحترم هذا العرف، وأصبح هو يوما حكما في قضية رفع الحجر الأسود، وتطرق القرآن الكريم إليه.

فقد عرف الإسلام مبدأ التحكيم سواء في الأمور العائلية أو القضايا الدينية أو الحياة السياسية من أجل التوصل إلى تسوية النزاع بتوسط طرف ثالث، لأن التحكيم وسيلة من الوسائل السلمية لحل النزاعات، وذلك بما ينسجم وروح الإسلام ومبادئه وأهدافه السياسية.

ولعل أهم حادثة في التحكيم في عهد الرسولﷺ هي التحكيم في قضية يهود بني قريظة وكيفية تعامل الرسول ﷺ معهم، فقد أعطى يهود بني قريظة ميثاقهم للرسول ﷺ ولكنهم نكثوا عهدهم في معركة الخندق، إذ عرضوا مساعدتهم على قريش لمحاصرة المسلمين، فلما هرب المشركون توجه الرسولﷺ إليهم فحاصرهم خمسة عشر يوما وهم في حصونهم ثم استسلموا فقبل الرسولﷺ أن يكون سعد بن معاذ حكما ليحكم في خيانتهم وغدرهم، فرضي اليهود بذلك فحكم سعد- رضي الله عنه- بقتل الرجال وسبي النساء والأطفال وتقسيم الأموال، فقد حكم سعد بن معاذ بالقانون اليهودي الذي يقضي عند احتلال مدينة غير يهودية بقتل الرجال وسبي النساء والذرية، فقد استند حكم سعد على دستور المدينة الذي ينص:" **على أنه لليهود دينهم وللمسلمين دينهم ومواليهم وأنفسهم إلا من ظلم وآثم فإنه لا يوبخ (يهلك) إلا نفسه وأهل بيته، والدين يشمل أحكام شريعة كل طرف على إتباعه**".

فهذه الحادثة رواية من حديث أبي سعيد الخذري- رضي الله عنه-، ووجه الدلالة منها أن الرسولﷺ قبل تحكيم بني قريظة لما نزلت على حكمه، ثم جعل الحكم فيهم إلى سعد بن معاذ برضاهم وهذا يدل على جواز ومشروعية التحكيم[1].

وعن شريح بن هانئ عن أبيه- رضي الله عنه- أنه لما وفد رسول الله ﷺ مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم فدعاه رسول الله ﷺ فقال:" **إن الله هو الحكم وإليه الحكم، فلم تكنى أبا الحكم؟**" قال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين

[1] - وائل طلال سكيك، **مرجع سابق**، ص21.

بحكمي، فقال رسول الله ﷺ:" **ما أحسن هذا، فمالك من الولد؟**"، قال: لي شريح ومسلم وعبد الله، **قال:**" **فمن أكبرهم؟**"، قال قلت: شريح، **قال:**" **فأنت أبو شريح**"[1].

يتبين من خلال ما سبق أن هذه الأحاديث تدل دلالة قطعية على مشروعية التحكيم.

ج- من الإجماع: أجمع الصحابة على جواز التحكيم ومشروعية العمل به منذ عصر الرسول ﷺ إلى يومنا هذا، قال السرخسي:" **والصحابة مجتمعون على جواز التحكيم**"، وقال الشربيني :" **ولو حكم خصمان رجلا غير قاض في غير حد الله من مال أو غيره جاز مطلقا على التفاصيل الآتية بشرط أهلية القضاء، ولا يشترط عدم القاضي لأنه وقع لجمع من كبار الصحابة ولم ينكره أحد**"، قال الماوردي:" **فكان إجماعا**"[2].

د- من المعقول: في التحكيم سعة للناس في فصل الخصومات بواسطة محكميهم من غير رفعها للقضاء أو طول أمدها، لأن الحكم متفرغ لهذه القضية بخلاف القاضي الذي شغله العديد من القضايا، كما أنه مرتبط بزمن معين للحكم فيها بخلاف الحكم، كما فيه التخفيف عن القضاء، وأن التحكيم يتم به فض النزاعات وإصلاح ذات البين، وأن إجراءاته بسيطة وقليلة وقصر مدته، ومن ثم فالعقل لا يمنع جوازه.

ونخلص إلى أن التحكيم يستمد مشروعيته من الكتاب والسنة النبوية وإجماع الأمة، كما جرى به عمل الصحابة- رضوان الله عليهم- ورضوا به في حكمهم.

2- دليل مشروعية التحكيم في القانون: لا خلاف بين فقهاء القانون على مشروعية إرسال الحكمين بين الزوجين ونصوا على ذلك وبينوا أهمية التحكيم، فقد يلجا القاضي إلى التحكيم لإصلاح ذات البين بين الزوجين، فهذا النوع من الصلح مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام المادة 56 من ق.أس.ج، كما أكدته المادة 446 من ق.إ.م.إ بقولها :" **إذا لم يثبت أي**

[1] - أبو داود، سنن أبي داود، كتاب آداب القضاة، باب في تغيير الاسم الصحيح، 289/4955، قال الألباني: صحيح وأخرجه سليمان بن الأشعث، ت: محمد محي الدين عبد الحميد، ج4، المكتبة العصرية، بيروت، د.س.ن.
السنن الصغرى للنسائي، حديث 226/5387، أخرجه احمد بن شعيب بن علي الخراساني، ت: عبد الفتاح أبو عدة، ج8، ط2، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، 1986.

[2] - محفوظ بن صغير، **مرجع سابق**، ص657.

ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

فالتحكيم على هذا الأساس هو وسيلة يلجأ إليه القاضي في حالة إذا لم يتمكن من إيجاد الحل بالصلح بين الزوجين.

إن الملاحظ من خلال نص المادتين السابقتين يجد تباينا في حكم اللجوء إلى التحكيم، حيث جاء في نص المادة 56 من ق.أس.ج عبارة:" **وجب تعيين حكمين**"، وهذا يدل على وجوب لجوء القاضي إلى التحكيم في حالة تواصل الخصام بين الزوجين، أما إذا نظرنا إلى نص المادة 446 من ق.إ.م.إ، فقد أشارت إلى عبارة:" **جاز للقاضي أن يعين حكمين**"، وهذا يعني عدم الوجوب مما ينفي السلطة التقديرية للقاضي، كما أنه عمليا القضاة يلجؤون في الميدان إلى التحكيم اختياريا، أي أن الأمر يخضع لسلطتهم التقديرية، كذلك معظم القوانين العربية نصت على مسألة بعث أو تعيين الحكمين في دعاوى الشقاق والضرر لعل في ذلك رجاء الإصلاح بين الزوجين المتخاصمين، مما يدل ذلك على مشروعية التحكيم.

وبالرجوع إلى مواد مدونة الأسرة المغربية فقد نصت في المادة 2/82 بقولها:" **للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات بما فيها انتداب حكمين**"، وهذا ما أكدته المادة 94 منها أيضا بقولها:" **إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه**".

تبين من خلال المادتين السابقتين أن المشرع المغربي دل على مشروعية التحكيم قبل إصدار القاضي للحكم.

أما المشرع المصري فقد عالج موضوع التحكيم في عدة مواد متفرقة، ومنها نص المادة 6 من القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 بقولها:" **إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة، إذا أثبت الضرر وعجز عن**

الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد7، 8، 9، 10، 11".

المشرع التونسي في الفصل 25 من مجلة الأحوال الشخصية نص على التنازع بين الزوجين **بقوله:" إذا شكا أحد الزوجين من الإضرار به ولا بينة له وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه، يعين حكمين وعلى الحكمين أن ينظرا فإن قدرا على الإصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كل الأحوال".**

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد نص في المادة 126/ب بقولها:" **إذا كان المدعى هو الزوج وأثبت وجود الشقاق والنزاع، بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما فإذا لم يمكن الإصلاح أجل القاضي الدعوى مدة لا تقل عن شهر أملا بالمصالحة، وبعد انتهاء الأجل إذا لم يتم الصلح وأصر الزوج على دعواه أحال القاضي الأمر إلى حكمين".**

في حين نص قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان في المادة 102 منه بقولها:" **إذا لم يثبت الضرر واستمر الشقاق بين الزوجين وتعذر الإصلاح، يعين القاضي حكمين من أهليهما إن أمكن، وإلا فمن يتوسم فيهما القدرة على الإصلاح ويحدد لهما مدة التحكيم".**

من خلال ما سبق يتبين أن تعيين الحكمين يأتي بعد فشل محاولات الصلح بين الزوجين من قبل القاضي، لدا يلجا القاضي إلى بعث حكمين من أهل الزوجين، في حين المشرع العماني نص على أن يكونا الحكمين ممن يتوسم فيهم القدرة على الإصلاح بين الزوجين المتخاصمين، وهذا يدل على أن جُلّ القوانين سواء العربية أو الغربية نصت على مشروعية التحكيم شرعا وقانونا.

ثالثا- طبيعة التحكيم القانونية: يثير التحكيم سواء كان وطنيا أو دوليا جدلا كبيرا، خلق آراء بين الفقهاء متباينة حول طبيعته القانونية، فظهرت أربعة آراء في هذا الشأن نتطرق إليها كالآتي:

1- طبيعة التحكيم التعاقدية: يرى أصحاب هذا الرأي بأن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية حيث يستمد المحكم فيه ولايته من إرادة الخصوم في فض النزاع القائم بينهم، حيث يعتبر طريقا استثنائيا لفض النزاعات، وخروج عن الأصل في عرض النزاعات على القضاء، فمركز الثقل فيه هو اتفاق الأطراف، ومنه يستمد حكم التحكيم قوته التنفيذية، لأنه جعل منه حكما نهائيا وملزما وغير قابل للطعن بالاستئناف.

ويرى بأن المحكمون ليسوا قضاة بل أشخاص موكل لهم بمهمة الإصلاح بين الطرفين مما جعل من طبيعة التحكيم طبيعة تعاقدية لا قضائية، بالرغم من أن التنفيذ يتم بواسطة القضاء أو بإشرافه، كما أن التحكيم يمتاز بالسرعة والسرية خاصة في النزاعات الأسرية.

ويؤخذ على أصحاب هذا الرأي أنهم ابرزوا دور مبدأ سلطان الإرادة في الاتفاق على التحكيم وأهملوا حقيقة دور ووظيفة المحكم.

2- طبيعة التحكيم القضائية: يرى أصحاب هذا الرأي من الفقهاء أن التحكيم نوع من القضاء أو من أشكال القضاء، ينشئه وينظمه المشرع، وعليه لا يجوز القيام به أو مباشرته إلا بإذن من السلطة القضائية، حيث تأذن أو تستعين بأشخاص طبيعيين لحل المنازعات بين أطراف الخصومة، فيكون ذلك التحكيم عملا قضائيا، يحق للمحكمين طلب الشهود بواسطة السلطة القضائية، فيكون لحكم المحكمين آثار الحكم نفسه.

فالتحكيم يعد عملا استثنائيا يسمح لأشخاص من خارج السلطة القضائية بممارسته لكن إجراءاته تخضع لسلطة القاضي التقديرية[1]، كما استدل أصحاب هذا الرأي بأن التحكيم ذو طبيعة قضائية يبدأ بعقد ثم ينتهي بحكم، فالمحكم باعتباره قاضيا اختاره الخصوم أو القضاء للفصل وإصلاح ذات البين، فقد أيد هذه الطبيعة وقررها قانون المرافعات الفرنسي ابتداء من 1949/10/22، ونص عليه في المادتين 1471 و1472 قبل التعديل[2].

[1] - رضوان أبو زيد، **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي**، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص25.
- محمود مختار بربري، **التحكيم التجاري الدولي**، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 1999، ص07.

[2] - حسني المصري، **التحكيم التجاري الدولي**، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص14.

ويأخذ على أصحاب هذا الرأي أن المحكم لا يملك سلطات القاضي المتمثلة في جبر الشهود بالحضور، وكذلك تنفيذ الحكم، كما أن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يتولاها إلا القاضي الذي يمثل الدولة فيما يصدره من أحكام، عكس المحكم الذي لا يشترط فيه ما يشترط في القاضي، والمحكم لا يتقيد دائما بالقانون فوظيفته وظيفة اجتماعية هدفها تقريب وجهات نظر الخصوم وحل النزاع بينهم سواء بالقانون أو بغيره على نحو يضمن استقرار العلاقات الأسرية أو الزوجية.

أما القاضي فوظيفته قانونية بحتة تتمثل في حماية الحقوق المراكز القانونية، كما أن الطبيعة القضائية للتحكيم تعتبر كأنها نوع من أنواع التفويض صادر للمحكم من المحكمة لتحقيق العدل بين المتنازعين[1].

3- طبيعة التحكيم المختلطة: يرى أصحاب هذا الرأي أن التحكيم له صفتان، الصفة التعاقدية والصفة القضائية، فيعد في أوله اتفاق ثم يصبح إجراؤه قضائيا والمتمثل في حكم التحكيم، وبذلك يخلق نوع من التوازن بين الرأيين مؤكدا أن التحكيم ذو طبيعة مزدوجة.

بالرغم من أن أساس التحكيم ينشأ بإرادة الأطراف إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، فإنه عند بدء الإجراءات وعرض النزاع أمام هيئة التحكيم تختفي إرادة الأطراف، فوظيفة المحكم قضائية في طبيعتها وموضوعها.

كما أن القرار الذي يصدره المحكم يعطي قوة إلزامية تختلف عن القوة الإلزامية للعقد[2].

فأنصار هذا الرأي يقفون موقفا وسطا بين الرأيين السابقين، حيث يوازنون بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية للتحكيم.

ويأخذ على أصحاب هذا الرأي أن جوهر المشكلة والمتمثل في تحديد طبيعة عمل المحكم وتكييف مركزه القانوني، لم يتصدّ له هذا الرأي وإنما اختار أيسر الحلول، وذلك بجمع الرأيين والربط بينهما، كما أن الأخذ بهذا الرأي يتنافى مع قصد المشرع في إهدار

[1] - لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي**، دار هومه، الجزائر، 2014، ص21.
[2] - رضوان أبو زيد، **مرجع سابق**، ص32.

القيمة القانونية لحكم التحكيم الذي لا يصدر الأمر بتنفيذه، وعليه يجب تحديد طبيعة عمل المحكم تحديدا دقيقا ليتمكن من أداء دوره من أجل تسريع إجراءات التحكيم وفض النزاع القائم[1].

4- طبيعة التحكيم المستقلة: يرى أصحاب هذا الرأي أن التحكيم ذو طبيعة خاصة ومستقلة غرضه حل المنازعات والقضاء على الخصومات، فهو يختلف عن القضاء سواء من حيث بنائه الداخلي أو من حيث صلاحيات القاضي، فحكم المحكم لا يتمتع بخاصية التنفيذ لأن حجيته تختلف عن حجية الحكم القضائي، فوظيفة المحكم وظيفة إصلاحية أخلاقية اجتماعية.

فأصحاب هذا الرأي يرون بأن التحكيم وسيلة مستقلة لفض النزاعات هدفها تحقيق الغرض الذي يسعى إليه الخصوم، وفي هذا الشأن يقول الدكتور أحمد أبو الوفا:" **إن التحكيم لا يعتبر بمثابة وكالة أو صلح أو خبرة، وإنما هو عقد له ذاتية المستقلة تماما عن سائر العقود المقدمة، ويختلف عنها من ناحية أركانه وانعقاده وآثاره على الخصوم جميعا، وهم لا يملكون التدخل في عمله وقد يحكم على أحد طرفي الخصومة بكل ما طلبه الآخر، ولهذا يختلف تمام الاختلاف عن الوكيل والخبير والمصالح**"[2].

وفي الأخير نخلص أن جل الآراء التي تطرقت إلى الطبيعة القانونية للتحكيم رغم اختلافهم في تحديد هذه الطبيعة، إلا أنها تتفق في مجملها على أن نظام التحكيم يمر بثلاث مراحل أولها اتفاق وأوسطها إجراء وآخرها حكم ملزم للأطراف.

كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق صراحة كغيره من القوانين المقارنة إلى طبيعة التحكيم، مع ذلك يمكن استخلاص الطبيعة التي تبناها من خلال نصوص ق.أس.ج وق.إ.م.إ، حيث أن المحكمة هي التي تعمل على اختيار المحكمين وليس أطراف النزاع وعليه يكون التحكيم قد جمع بين الطبيعة القضائية والطبيعة المستقلة[3].

---

[1] - لزهر بن سعيد، **مرجع سابق**، ص24.
[2] - أحمد أبو الوفا، **عقد التحكيم وإجراءاته**، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص218.
[3] - محمود البنا، **العقود الإدارية**، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص348.

الفرع الثاني- أركـــان وشروط التحكيم: إن التحكيم كما عرفه البعض بأنه عقـد، ومـا دام كذلك فلابد من أن تتوافر فيه أركان ومقومات أساسية، ولكل واحد منها شروط خاصة، حتى تترتب عليه آثاره، ومن خلال ذلك سنتطرق إلى أركان التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون.

أولا- أركان وشروط التحكيم في الفقه الإسلامي: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في أركان عقد التحكيم على قولين: فعند فقهاء الحنفية يقوم عقد التحكيم على ركن واحد وهـو صـيغة العقد التي تتكون من إيجاب وقبول فالعقد عندهم هو ما كان جزء من ماهية الشيء فقط[1].

في حين يقوم عقد التحكيم عند جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة على ثلاثة أركان تتمثل في أطراف التحكيم أي العاقدان ومحل العقد وصيغة العقد.

1- أطراف التحكيم أو العاقدان: يقوم التحكيم على اتفاق بين الأطراف المتنازعة، حيث يتراضيان على شخص يفصل في النزاع القائم بينهما، أو يكلف القاضي شخصين من أهل الزوج والزوجة لفض النزاع، حيث يبدلان غاية جهدهما في جمع الشتات وإصلاح ذات البين، لهذا اتفق فقهاء الإسلام على أن الحاكم الشرعي أو القاضي هما الجهة المكلفة باختيار الحكمين في حالة نشوب نزاع بين الزوجين، فيبعث القاضي حكما من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوج ليصلحا بينهما ويساهمان في حل الخلاف وإعادة المودة والوفاق بينهما[2].

فقد اتفق جمهور الفقهاء على أن التحكيم واجب وجوبا حتميا لا يصح التفريط فيه حسب ما نص عليه القرآن الكريم والسنة النبوية، ولنجاح الحكمين في مهمتهما يشترط فيهما ما يلي:

- يرى المالكية أنه يشترط وجوبا أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، فإن لم يكونا لهما أو لأحدهما أهل أو وجد أهل لا تنطبق شروط الحكمين عليهم، يختار الحكمان من المسلمين ويستحب أن يكونا من جيرانهما، فإن لم يوجد فمن غيرهم.

[1] - ابن الهمام، **فتح القدير، مرجع سابق**، ص340.
[2] - ابن قدامة، **مرجع سابق**، ص166.

أما جمهور الفقهاء من شافعية وحنفية وحنابلة فيرون بأنه يستحب أن يكونا الحكمان من أهلهما، وإن كانا من غيرهما جاز، لأن القرابة ليست شرطا في الحكم ولا الوكالة، فكان الأمر بذلك إرشادا واستحبابا[1].

والراجح: أنه يجب أن يكونا الحكمان من أهل الزوجين، وإن كان ذلك ممكنا عملا بظاهر الآية الكريمة، وتحقيقا لحكمه كونهما من أهلهما، فقد قال ابن الهمام رحمه الله:" **لأنهما أخبر بباطن أمرهما وأشفق عليهما**"، أي يقصد الحكمان من أهل الزوجين.

كما اتفق جمهور الفقهاء على أنه يشترط في الحكمين الإسلام، فلا يحكم غير المسلم في المسلم **لقوله تعالى:** ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾[2]، أي أن يكونا متحدين في الذين مع الزوجين، لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم، ومن هنا فلا يجوز أن يكون أحد الحكمين كافرا إذا كان الزوجان مسلمين أو إذا كان الزوج مسلما والزوجة كتابية فلا يجوز أن يكون الحكم الذي من أهلها كتابيا، لأن حكم الحكمين ينفد على الزوجين معا، ولا يجوز أن يحكم الكافر على المسلم[3].

كما اشترط جمهور الفقهاء أن يكون الحكمين بالغين، عاقلين لأن مهمتهما تحتاج إلى الرأي وإعمال النظر، أي يجب أن يكونا كاملي الأهلية، راشدين لأن غير الراشد ليس من أهل الرأي في المشورة خاصة في المسائل الزوجية.

كما اشترط العدل في الحكمان فيكونا عادلين فيما يقومان به من حيث البحث في الأسباب، وكذا في التعامل مع الزوجين حتى يطمئنان إليهما ويبوحا بأسباب الخلاف الواقع بينهما، وأن يكون قصدهما إحقاق الحق بصرف النظر عن صاحبه، سواء كانت الزوجة أو الزوج، وهذا الشرط ثابت عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وقد علل الماوردي- رحمه الله- اشتراط العدالة على كلا القولين بقوله:" **والثالث أن يكونا عدلين فإن كانا أو أحدهما غير عدل لم يجزه، وإنما اعتبرنا هذه الشروط الثلاثة على القولين معا، لأنهما إن كان حكمين،**

---

[1] - **المرجع نفسه**، ص171.

[2] - سورة النساء، الآية140.

[3] - العيني، **البناية في شرح الهداية، مرجع سابق**، ص67، ابن عابدين، **مرجع سابق**، ص126.

فلابد من اعتبار هذه الشروط في الحكم، وإن كان وكيلين فقد اقترن بوكالتهما ولاية اختيار الحاكم لهما، ولا يصح فيمن رد الحاكم إليه نظر إلا أن يكون بهذه الصفات، ألا ترى أن الحاكم لو أراد أن يرد النظر في مال يتيم إلى عبد أو فاسق لم يجز وإن جاز أن يكون وكيلا".

في حين يرى الحنفية إلى أن ما يشترط في القاضي يشترط في الحكم، وأن العدالة ليست شرط لتوليهما بل هي شرط كمال[1].

والراجح: هو اشتراط العدالة في الحكمين طبقا لرأي جمهور الفقهاء، لأن ذلك أدعى للثقة فيهما من قبل الزوجين، وكل ذلك مما يساعد في نجاح مهمتهما، فغير العادل لا يؤمن جانبه وهو ليس أهلا للثقة حتى تسند له مهمة الإصلاح خاصة بين الزوجين[2].

كما ذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة وكذا فقهاء الإباضية إلى أنه يشترط في الحكمين أن يكون عالمين وعارفين بما يقومان به من حيث الشرع وبطرق حل الخلافات وخطواتها وعالمين بطبائع الناس ولديهما معلومات كافية عن الزوجين، وخبرة بفنون الإصلاح.

في حين يذهب الحنفية إلى أنه لا يشترط في الحكمين العلم بالحلال والحرام وسائر الأحكام، بل ذلك من باب الندب والاستحباب[3].

كما ذهب المالكية والحنابلة إلى اشتراط الذكورة في الحكمين وتبعهم في ذلك فقهاء الزيدية والظاهرية، أما الحنفية فقالوا أن الحكم لا تشترط فيه الذكورة فيجوز تحكيم المرأة لأنهما من أهل الشهادة، إلا أنهما لا يقضيان بالحدود والقصاص لأن لا شهادة لهم في ذلك وقال بهذا الرأي فقهاء الشافعية، فالرجال يمتازون بحس التأني والتدبير عكس المرأة التي تمتاز بغلبة العاطفة والتأثر السريع.

2- محل التحكيم: وهو موضوع النزاع القائم بين الزوجين، والمتمثل في فك الرابطة الزوجية عن طريق الإرادة المنفردة للزوج، فقد اختلف الفقهاء فيما يصلح أن يكون محلا

[1] - الزركشي، **مرجع سابق**، ص354.
[2] - ابن قدامة، **مرجع سابق**، ص265.
[3] - ابن رشد القرطبي، **البيان والتحصيل**، ط2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988، ص278.

للتحكيم، فتوسع فقهاء الحنابلة وبعض الشافعية في جواز التحكيم في كل شيء حتى في الحدود والقصاص، بينما جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية حنفية ضيقوا من ذلك ومنعوا التحكيم في الحدود باتفاق، ومنعه في القصاص غالبا، وأجازوا فيما عدا ذلك مع بعض الاستثناءات[1].

3- صيغة التحكيم: وهو الاختلاف الذي يتم بين طرفي الخصومة والمحكم، وهو اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر، كما لو قال المتنازعان: حكمناك بيننا، أو قال لهما: احكم بينكما فقبلا، فلا بد من ورود إيجاب وقبول بين الحكمين والزوجين المتنازعين، فإذا حكم المحكم بينهما جاز ذلك، كما يمكن للخصمين أن يقيد التحكيم بشرط، كأن يحكم بينهما في يومه أو في مجلسه وجب ذلك، أو حكماه على أن يستفتي فلان ثم يقضي بينهما جاز ذلك[2].

ثانيا- أركان وشروط التحكيم في القانون: كما هو معروف لدى فقهاء القانون أن للعقد ثلاثة أركان وهي الرضا والمحل والسبب، وبما أن البعض يرى بأن التحكيم عقد فلا بد من توافر هذه الأركان، إلا أنه بالنظر لنصوص القوانين المقارنة نرى تباينا في ذلك.

فالرضا في عقد التحكيم تقابله إرادة طرفي النزاع على اتخاذ التحكيم كوسيلة سلمية لفض النزاع القائم بينهما، فهو تعبير عن الإرادة، وغالبا ما يكون صريحا فيبرم الطرفان اتفاقا خاصا على اللجوء إلى التحكيم، وينصان في العقد على اللجوء إليه عند قيام النزاع مستقبلا كما في سائر العقود، ويشترط في الرضا أن يكون خاليا من العيوب المتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، كما يجب توفر شرط الأهلية في كل شخص يريد إبرام عقد التحكيم ببلوغه سن الرشد 19 سنة كاملة ولم يحجر عليه[3].

فهذا الرضا تثبت فيه ولاية المحكم للنظر في الخلاف إلا في التحكيم القضائي فيتم الاختيار غالبا من القاضي، والمشرع الجزائري لم يتطرق لشروط التحكيم، فاللجوء إلى الحكمين خطوة مكملة لما قام به القاضي من محاولات صلح وفشله في ذلك.

---

[1] - محمد الزحيلي، **التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر**، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الشريعة ، جامعة الشارقة، ع3، 2011، ص377، ابن فرحون، **مرجع سابق**، ص41، الشوكاني، **فتح القدير**، **مرجع سابق**، ص560.

[2] - الموسوعة الفقهية الكويتية، **مرجع سابق**، ص241.

[3] - زهية زيري، **الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري**، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2015، ص99.

فقد أشار المشرع الجزائري إلى التحكيم في مادة واحدة في ق.أس.ج وهي المادة 56 منه ونص على وجوب اللجوء إليه، واشترط في الحكمين أن يكون أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة، وأن مهمتهما محاولة الإصلاح بين الزوجين فقط، في حين يشترط في الحكمين حسب نص المادة 1/1014 من ق.إ.م.إ على أنه:" **لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية**"، فقد جاء المشرع الجزائري بنفس النص القانوني الفرنسي مع حذفه لعبارة كامل الأهلية، ومنه يتضح أن المشرع الجزائري يرى متى تمتع الشخص بكامل حقوقه المدنية، جاز له أن يعين محكما لتوفر فيه هذا الشرط، الذي نص عليه القانونين الجزائري والفرنسي صراحة[1].

فقد حدد المشرع الفرنسي الشروط الواجب توفرها في المحكم بنص المادة 1/1450 بقولها:" **لا يمكن أن تعهد مهمة المحكم إلا للشخص الطبيعي، ويجب أن تكون له القدرة الكاملة على ممارسة حقوقه المدنية**"، فقد اشترط القانون الفرنسي شرطا واحدا فقط من خلاله يستطيع الشخص إذا توفر فيه أن يكون محكما وهي الأهلية الكاملة للشخص الطبيعي المختار[2]، بالإضافة إلى تشريعات أخرى حددت شروط المحكم الواجب توفرها فيه حتى يتم تعيينه واختياره للقيام بعملية التحكيم.

نجد أن التشريع المصري حصر هذه الشروط في نص المادة 7 من قانون الأحوال الشخصية بقولها:" **يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالها وقدرة على الإصلاح بينهما**"، لكن المادة 16 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري قد حصرت هذه الشروط بقولها:" **لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره، كما لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك**".

[1] - فوزي محمد سامي، **التحكيم التجاري الدولي**، دار الثقافة، الأردن، 2006، ص151.

[2] - المرسوم رقم 48/2011 المتعلق بالإجراءات المدنية الفرنسي مترجم على الموقع الالكتروني: www.egyiac.org

كما نصت المادة 2/44 من القانون المدني المصري على أنه:" **يشترط في المحكم أن يصل سن الرشد المحدد قانونا بـــ 21 سنة حتى يستطيع ممارسة مهامه**"، ومنه يتضح أن المشرع المصري يرى بأن الشخص الذي توكل إليه هذه المهمة أن يكون كامل الأهلية حتى يستطيع أن يمارسها، كما أنه يحق لكل من الجنسين سواء كان ذكرا أو أنثى أن يمارس التحكيم[1].

فقد قررت محكمة النقض المصرية بطلان الحكم المطعون فيه الذي كان سنده تقرير الحكمين أحدهما امرأة والذي جاء فيه:" **ولعل ما استند إليه قرار محكمة النقض كان فيه من الوجاهة، لأن المشرع المصري لم يكن صريحا وفاصلا في عدم اشتراطه الذكورة**"[2].

أما المشرع اللبناني فقد نص في المادة 130 من قانون الأحوال الشخصية على أنه:" **إذا ظهر نزاع بين الزوجين وراجع أحدهما الحاكم، فالحاكم يعين من عائلة الطرفين حكما وإذا لم يوجد شخص لتعيينه حكما من عائلة الطرفين أو أحدهما أو وجد لكن غير حائز أوصاف الحكم يعين من يناسبهم من الخارج**".

ولئن كان يجوز التحكيم من شخص واحد في بعض القضايا المدنية، التي لا يتعلق بها حق من حقوق الله، فإنه بالنظر لخصوصية النزاع في دعاوى فك الرابطة الزوجية يتعين احترام شرط العدد الذي نص عليه الشرع والقانون.

المشرع المغربي نص من خلال مواد مدونة الأسرة المغربية على أنه لا يجوز التحكيم في دعاوى الشقاق إلا من طرف شخصين أحدهما يمثل الزوج والثاني يمثل الزوجة، ولا يشترط فيهما الذكورة، بل يمكن للمرأة أن تتولى تلك المهمة، حيث جاء في الحكم القضائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بصفرو ما يلي:"...**وقررت المحكمة انتداب حكمين لتقصي أسباب الشقاق وأن يكون ذلك بتقرير مكتوب، وكلفت المحكمة أم الزوجة بإعداد تقرير مع أخ الزوج، أعلم لها الحاضرين**"[3].

---

[1] - نبيل إسماعيل عمر، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص96.

[2] - طعن رقم13 لسنة55 قضائية جلسة 1986/03/11.

[3] - حكم رقم53، ملف رقم2004/867 صادر بتاريخ2005/01/26 (غير منشور).

يظهر أن المشرع المغربي لم يقتصر التحكيم على الحكمان فقط، بل لجأ إلى وسيلة أخرى لفض النزاع وإصلاح ذات البين بين الزوجين، تتمثل في مجلس العائلة الذي نصت عليه المادة2/82 بقولها:" **للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين**".

فهذا المجلس يدعم أواصر القرابة التي تجمع بين أفراد العائلة باعتباره إطارا عائليا غايته إيجاد حلولا للخلافات التي تنشأ داخل مؤسسة الأسرة[1].

فمجلس العائلة يتكون من القاضي بصفته رئيسا والأب أو الأم أو الوصي أو المقدم وأربعة أعضاء، يعينهم رئيس المجلس من بين الأقارب أو الأصهار بالتساوي بين جهة الأب وجهة الأم أو جهة واحدة، ويشترط في جميع أعضاء هذا المجلس أن يكونوا كاملي الأهلية، درجة القرابة ومكان إقامتهم وسلطاتهم ومؤهلاتهم وعلاقتهم بالأسرة، أما مهامه فرغم أهميتها المنبثقة من تكوينه فإنها تبقى استشارية، تتمثل في قيامه بالتحكيم لإصلاح ذات البين بين الزوجين المتخاصمين وإبداء رأيه في كل ما له علاقة بشؤون الأسرة.

ونخلص إلى أن الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية تتفق على أنه يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين وذو قرابة كشروط أساسية لاختيارهما، وأن بعض القوانين نصت على ذلك صراحة، ومنها من أشار إلى وسائل أخرى لفض النزاع على غرار بعث الحكمين وإنشاء مجلس للعائلة لفض المنازعات الأسرية كما نص عليه المشرع المغربي، والتشريع الإماراتي هو أيضا أنشأ لجنة التوجيه الأسري هدفها الإصلاح بين الزوجين، حسب ما نصت عليه المادة 118 من قانون الأحوال الشخصية.

أما محل التحكيم فهو النزاع الناشئ بين المتخاصمين ويشترط فيه أن يكون من المسائل التي يجوز التحكيم فيها، ويشترط فيه وفقا للقواعد العامة أن يكون موجودا أو قابلا للوجود أو يكون معينا أو قابلا للتعيين، وأن يكون ممكنا غير مستحيل، وأن يكون مشروعا

[1] - المرسوم الوزاري رقم 02/04/88 الصادر بتاريخ 14 جوان 2004 المتضمن تنظيم مجلس العائلة وتحديد مهامه.

غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، والتحكيم جائز في جميع المنازعات التي يجوز فيها الصلح والعكس صحيح[1].

أما سبب التحكيم فهو رغبة الأطراف في تسوية النزاع بالتحكيم، وذلك بعرضه على القضاء الذي يختار حكمين لطرح النزاع عليهما، بغرض إصلاح ذات البين وفض النزاع القائم بينهما وهو سبب مشروع دائما[2].

الفرع الثالث– إجراءات التحكيم وآثاره: الأصل أن الجهات القضائية هي التي تقوم بالفصل في المنازعات التي تنشب بين الزوجين، إلا أن القانون والشرع سمح للأطراف أن يسلكوا طريق الصلح بين الطرفين، كما سمح للقاضي حسب سلطة التقديرية أن يلتجئ إلى التحكيم في حالة فشل محاولات الصلح، وعند اشتداد الشقاق بين الزوجين ونتج عن ذلك ضرر بالزوجة أو لم ينتج.

فالفقه الإسلامي لم يتوسع في بيان إجراءات التحكيم وترك ذلك للقاضي أو لاتفاق الأطراف حسب تغير الأعراف والأحوال، مستندين على ما ورد في الآية 34 من سورة النساء السابقة الذكر، وذلك بعرض النزاع على محكمين.

ساير المشرع الجزائري وبقية القوانين الوضعية منهج الشريعة الإسلامية فيما يخص التحكيم، حسب ما نستخلصه من نص المادة 56 من ق.أس.ج السابق ذكرها.

لكن أغلب القوانين أغفلت ولم تنص على كيفية تعيين الحكمين هل يكون كتابيا أم شفويا، وموقف القضاء في حالة رفض أحد الطرفين التحكيم، وهل يتم التحكيم قبل وبعد محاولات الصلح، سوف نتطرق في هذا الفرع إلى إجراءات التحكيم والآثار الناجمة عنه من خلال ما يلي:

[1] - نبيل صقر، **الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص563، زهية زيري، **مرجع سابق**، ص98.

[2] - زهية زيري، **المرجع نفسه**، ص98.

أولا – إجراءات التحكيم: إن إجراءات الصلح والتحكيم في قضايا الأحوال الشخصية هي من الإجراءات الهامة والأولية التي يجب على القاضي القيام بها قبل النطق بحكم الطلاق، فقد عرف الفقه الإسلامي هذه الإجراءات قبل ظهور القوانين الوضعية الحديثة[1].

بالرجوع إلى نص المادة 56 من ق.أس.ج، فإنه يتوجب على القاضي تعيين حكمين، ليقوما بمهمة الصلح بين الزوجين، سوف نوضح ذلك من خلال ما يلي:

1- الإصلاح بين الزوجين: يعين القاضي المختص الحكمين، حكما من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوج، بشرط أن تتوفر فيهما شروط المحكم، وهذا بعد فشل محاولات الصلح التي تسبق إجراءات التحكيم حسب نص المادة 49 من ق.أس.ج وقبل الفصل في الموضوع محاولين الإصلاح بين الزوجين ومراعاة صلة القرابة بينهما وبين الزوجين.

وتتمثل مهمة الحكمين في البحث عن أسباب النزاع بين الطرفين ودراستها، وبدل جهدهما في الإصلاح، والجمع بين الزوجين بإتباع كافة الوسائل التي تضمن عودة المودة والوفاق بينهما، كما يجب عليهما أن يخلصا في ذلك النية لوجه الله تعالى للتوفيق بينهما.

الملاحظ أن محاولة الحكمين الإصلاح بين الزوجين يدل على عظيم أمر الأسرة ووجوب المحافظة عليها بقدر الإمكان، حتى ولو قدر الله فشل التحكيم بين الزوجين فلا يعد عيبا في الحكمين، وعليهما أن يستمرا في ذلك حتى ولو كانت النتيجة التفريق بينهما[2].

يُمكن للحكمين معرفة أسباب الشقاق بين الزوجين عن طريق إجراء الخلوة بكل طرف على حدا، فيختلي المحكم من أهل الزوجة بالزوجة والمحكم من أهل الزوج بالزوج لتدليل العقبات والتوصل إلى الإصلاح وهي الخطوة الأولى في حل النزاع، ويتحريان عن سبب النزاع والخلاف حتى يتسنى لهما تسويته، وذلك بالرفق واللين وتهوين أسباب الشقاق، وتبيان المصلحة الحقيقية في استمرار الحياة الزوجية وآثارها خاصة إذا كانا لهما أطفال.

[1] - العربي بلحاج، **مرجع سابق**، ص356.

[2] - وائل طلال سكيك، **مرجع سابق**، ص76.

بعد ذلك يجتمع الحكمان ويتدارسان أسباب النزاع والشقاق في نظر وتقدير كل من الزوجين ويقدران قيمة هذه الأسباب والادعاءات[1]، ويقرران فيما بينهما ما يجب اتخاذه لتسوية النزاع بين الزوجين، فإن وجدا أن الزوج مذنب حملاه المسؤولية وزجراه، وما إلى ذلك من طرق ووسائل مشروعة لحمله على الرجوع عن معاملته السيئة وعن طلاقه التعسفي لزوجته، وإن كانت الإساءة من الزوجة نصحاها وعضاها من استمرار هذه الإساءة وأن يراعيا ما فرضه الله على كل منهما تجاه الآخر[2].

فإذا استحكم الخلاف واتسعت هوة الشقاق ولم يُجدِ النصح ولا الوعظ أو الإرشاد، وأصر الزوج على موقفه في إيقاع الطلاق، ورأى الحكمان أن التفريق هو الحل الأنسب لهما، فهل تكون لهما سلطة التفريق بين الزوجين أو يقتصر دورهما في توجيه القاضي لهذا الحل ليعمل سلطته التقديرية في ذلك؟.

2- التفريق بين الزوجين: لقد اختلف الفقهاء بين نفاذ حكم الحكمين، فمنهم من قال بعدم نفاذ حكمهما في التفريق بين الزوجين على قولين:

- القول الأول: وهو قول فقهاء المالكية وفي رواية عن الشافعية وفي رواية عن أحمد بن حنبل أنه إذا اعتبر الحكمين مبعوثين من قبل القاضي فإن حكمهما ينفذ حتى وإن لم يرضَ به الزوجين أو أحدهما، إلا أنه يشترط لنفاذ هذا الحكم حضور الزوجين جلسة النطق بالحكم وذلك لعدم صحة الحكم على الغائب[3]، فقد بعث الخليفة عثمان بن عفان- **رضي الله عنه** - عبد الله بن عباس ومعاوية بن أبي سفيان حكمين للنظر فيما بين عقيل بن أبي طالب وزوجته فاطمة بنت عتبة بن ربيعة من شقاق، فقال لهما:" **إن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما**"[4]، كما صح عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب- **كرم الله**

---

[1] - عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، ج8، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص425.

[2] - عبد الرحمان الصابوني، **مرجع سابق**، ص757.

[3] - ابن قدامة، **المغني، مرجع سابق**، ص266، ابن رشد القرطبي، **مرجع سابق**، ص99، الماوردي، **مرجع سابق**، ص602.

[4] - البيهقي، **السنن الكبرى، مرجع سابق**، ص499.

وجهه– أنه قال للحكمين:" **أتدريان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا**"[1].

فالحكمان يستمدان سلطتهما من القاضي الذي أرسلهما لأنه يملك التفريق، فإذا ما فرقا كان ذلك نيابة عن القاضي، يقول ابن القيم:" **والعجب كل العجب ممن يقول: هما وكيلان لا حاكمان، والله تعالى قد نصبهما حكمين، وجعل نصبهما إلى غير الزوجين، ولو كانا وكيلين لقال: فليبعث وكيلا من أهله ولتبعث وكيلا من أهلها، وأيضا فلو كانا وكيلين، لم يختصا بأن يكونا من الأهل، وأيضا فإنه جعل الحكم إليهما، فقال: إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما، والوكيلان لا إرادة لهما، إنما يتصرفان بإرادة موكليهما**"[2].

ويعتبر تفريق الحكمين طلقة واحدة بائنة ببينونة صغرى ويلغى ما زاد عنها، وأضاف المالكية مسألة المتسبب في هذا الفراق فإن كان الزوج هو المسيء طلقت عليه بلا مقابل، وإن كانت الزوجة هي المسيئة طلقت عليه بعوض تدفعه له وهو الخلع[3].

– القول الثاني: وهو قول الحنفية والشافعية وفي رواية عن أحمد بن حنبل والظاهرية أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين لكون الحكمين وكيلين عنهما، ولا يجوز التفريق بينهما إلا بوكالة من الزوجين أو برضائهما، لكون إيقاع الطلاق من حق الزوج وبدل المال بعوض للخلع من حق الزوجة، وبالتالي لا يجوز التفريق إلا بإذنهما، وأن مهمة الحكمين متعلقة بالتوفيق والجمع والإصلاح بينهما فقط، ولا سلطة لهما في التفريق[4].

والراجح قول المالكية ومن وافقهم وهو إعطاء الحكمين سلطة الحكم بالتفريق إذا لم يتوصلا إلى الإصلاح فيما بين الزوجين، وأنهما حكمان ينفذ حكمهما كما ينفذ الحاكم أو القاضي في القضية وليس وكيلين، ولأن الأصل في الشرع رفع الحرج وإزالة الضرر

---

[1] - محمد بن إدريس الشافعي، **الأم، مرجع سابق**، ص498.

[2] - ابن القيم الجوزية، **زاد المعاد، مرجع سابق**، ص190.

[3] - الدسوقي، **مرجع سابق**، ص345، ابن قدامة، **مرجع سابق**، ص266.

[4] - الرازي، **أحكام القرآن، مرجع سابق**، ص151، الشربيني، **مغني المحتاج، مرجع سابق**، ص346، ابن قدامة، **مرجع سابق**، ص264، ابن حزم، **مرجع سابق**، ص87.

اللاحق بهما أو بأحدهما، كما أن الله تعالى ذكر الإصلاح ولم يذكر التفريق ومن قال بخلاف ذلك فقد خالف الشرع والقانون.

أما من الناحية القانونية فقد أعطى المشرع للحكمين سلطة واحدة محددة وهي محاولة الإصلاح فقط بين الزوجين، فإن فشلا يحيلان القضية من جديد إلى القاضي أو في حالة اعترضتهما إشكالات أثناء تنفيذ مهمتهما، فعليهما أن يطلعا القاضي على ما يعترضهما حسب ما نصت عليه المادة 447 من ق.إ.م.إ، وكذلك في حالة نجاح مهمتهما في الإصلاح أن يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي، وفي كلتا الحالتين تقديم تقرير للقاضي عن مهمتهما.

3- سلطة القاضي في تعيين وإنهاء مهام الحكمين: لم يتعرض المشرع الجزائري في ق.أس.ج إلى التحكيم وإجراءاته، إلا في نص المادة 56 منه، كما أن ق.إ.م.إ لم يتضمن الإجراءات المتعلقة ببعث الحكمين وعملهما والشروط الواجب توفرها فيهما وكذا حجية المحضر الذي يعدانه.

وهذا عكس ما ذهب إليه الفقه الإسلامي والفقهاء باختلاف مذاهبهم، وما ذهبت إليه قوانين الأحوال الشخصية لكل من مصر وسوريا والعراق والمغرب وغيرهم، حيث فصّلوا في حالات اللجوء إلى التحكيم وإجراءاته، وفي شروط الحكمين ومهمتهما، ومن له صلاحية الحكم بالتفريق أو الطلاق بعد فشل محاولات الصلح، والآثار المادية له والتي تختلف باختلاف المتسبب في التفريق.

أما ما جاء في المواد 446 إلى449 من ق.إ.م.إ من أن الحكمين يتم تعيينهما من طرف القاضي كتابيا حسب نص المادة 1/1012 ق.إ.م.إ، وذلك من تلقاء نفسه وتبعا لسلطته التقديرية، بشرط أن يتمتعان بشروط وأهلية التحكيم وأن يكونا من أقرباء الزوجين، وأن يقبلا هذه المهمة، إضافة إلى قدرة تأثيرهما عليهما، والقدرة على حل النزاع القائم بينهما، لأن التحكيم وجوبي في دعاوى الطلاق وإلزامي.

وأغلب القوانين لم تضع شروطا لكيفية تعيين الحكمين سواء نجحا في الإصلاح بينهما أو لم ينجحا، رغم أنها أشارت إلى تاريخ بدء وانتهاء مهمة الحكمين.

المشرع الجزائري حصر مهمة الحكمين في مدة شهرين، فإذا توفقا إلى الإصلاح بين الزوجين، يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن، أما في حالة فشلهما في أداء مهمتهما يجوز للقاضي إنهاء مهامهما، ويجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين في حالة ما إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة التي أوكلت لهما، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة.

ومن الأسباب التي تصعب من مهمة الحكمين أيضا في إجراء التحكيم بين الزوجين، نجد الرفض من قبل أحد الزوجين أو كليهما لإجراء التحكيم بينهما، أو تعمد أحدهما أو كليهما عدم الحضور إلى المكان المخصص لإجراء التحكيم بينهما، أو بوفاة أحدهما، أو تعصب كل زوج لرأيه أو أحدهما والإصرار على عدم التنازل عن رأيه، أو فرض أحدهما أو كليهما لشروط تعجيزية، مما قد يزيد من توتر العلاقة واشتداد الشقاق بينهما، كما أن تصميم الزوج وإصراره على فك الرابطة الزوجية يعيق عمل الحكمين، فكل هذه الأسباب والعوامل تعرقل خطواتهما مما يجعل الوصول إلى حل يرضي الطرفين مستحيلا[1].

وقد يكون تنحي أحد الحكمين من تلقاء نفسه نتيجة ظرف منعه من ممارسة مهمة التحكيم كمرض أو سفر طارئ، أو رأى بأنه سيخلى بشرطي الحياد والاستقلال المفترض توفرها في المحكم، أو رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه.

فالتنحي والرفض يرجع فيهما إلى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة ولا تدخل فيه أية إرادة أخرى، بل تعود لقناعة المحكم الذاتية عكس العزل الذي تدخل فيه إرادة القاضي أو الأطراف المحتكمة[2].

كما قد تنتهي مهمة المحكم لأسباب أخرى كوفاة أحد الحكمين أو رد المحكم في حالة عدم توفر الشروط المطلوبة توافرها فيه، وعندها تتخذ الإجراءات اللازمة وذلك باستبدال

[1] - سائ سنقوقه، **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص614.
[2] - فتحي والي، **قانون التحكيم في النظرية والتطبيق**، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص253.

المحكم المتوفى أو المتنحي أو المعزول أو المردود أو الذي رفض المهمة بمحكم آخر من طرف رئيس المحكمة المختصة، ويعين بنفس الطريقة التي عين بها المحكم السابق[1].

فقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالات في نص المادة 1024 من ق.إ.م.إ، بقولها:" **ينتهي التحكيم:**

- بوفاة أحد الحكمين أو رفضه القيام بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين، وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه.

- بانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة فبانتهاء مدة أربعة أشهر.

- بوفاة أحد أطراف العقد".

يتبين مما سبق أن مهمة المحكمين قد تنتهي بانتهاء المدة المقررة للتحكيم وهي مدة شهرين الممنوحة لتقديم تقرير عن مهمتهما أو بوفاة أحد الطرفين المتنازعين، أو بسقوط أهلية المحكم، أو بمجرد الفصل في النزاع عن طريق التحكيم، فقد نصت المادة 1030 من ق.إ.م.إ بقولها:" **يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه، غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون**".

ونخلص إلى أن حكم التحكيم بمثابة حكم قضائي، ينتج كامل الآثار المترتبة عنه باستثناء القوة التنفيذية بصدور حكم التحكيم، تخرج الخصومة من ولاية المحكمين، فلا يمكنهم تعديل حكمهم، ولكن يمكن للمحكم تفسير الحكم الذي أصدره أو توصل إليه، وقد تضمنه التقرير الذي سلم لقاضي الموضوع، فيحوز حكم التحكيم حجية الشيء المقضي فيه.

كما أن المحضر الذي يعده الحكمين حسب نص المـــادة 448 ق.إ.م.إ لا يعـــد ســـندا تنفيذيا، لأنه لا يحتاج إلى مصادقة القاضي تلقائيا[2]، في حين يعد محضر محاولات الصـــلح التي يشرف ويجريها القاضي بنفسه سندا تنفيذيا حسب ما نصت المـــادة 993 مـــن ق.إ.م.إ

[1] - **المرجع نفسه**، ص272.

[2] - عبد الرحمان بربارة، **مرجع سابق**، ص339.

بقولها:" **يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط**"، لأنه يخضع لمصادقة القاضي بموجب أمر مثله مثل المحضر الذي يحرره الوسيط والذي نصت عليه المادة 1004 من ق.إ.م.إ.

أما في حالة فشل الحكمين في الإصلاح فيحيلان القضية من جديد إلى القاضي، وليس من اختصاصهما الحكم بالطلاق، لأن ذلك من اختصاصات قاضي الموضوع، ولأنه أيضا يتماشى والمصلحة العامة ومصلحة الأسرة، وتفاديا لوقوع تلاعب في أمر خطير كالطلاق[1].

وبناء على ما جاء في تقرير الحكمين الذي لا يشترط فيه أن يكون معللا، ويجوز للقاضي رفض ذلك التقرير وتعيين حكمين آخرين، فيفصل القاضي في الدعوى المعروضة أمامه[2].

بينما المشرع المصري نص على المدة التي تمنح للحكمين بألا تتجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك، كما تقوم بتوجيه اليمين بالحلف لكل من الحكمين عند أداء مهمتهما بعدل وأمانة، وإذا فشل الحكمين في الإصلاح يجوز للمحكمة أن تعطيهما مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر حتى يقدمان تقريرهما، فإن لم يقدم في خلال هذه الفترة اعتبرتهم غير متفقين في الحكم حسب ما نصت عليه المادة 08 من قانون الأحوال الشخصية المصري.

في حين نصت المادة 10 منه أيضا، على أنه يمكن للحكمين أن يقترحا على المحكمة الحكم بالتطليق وليس أن يحكما بالتطليق، وذلك من خلال التقرير الذي يرفعانه إلى القاضي.

فيرى بعض فقهاء القانون أن رأي الحكمين ملزم للقاضي في حالة تم الاتفاق بينهم، فقد قضت محكمة النقض المصرية في جلسة 1990/06/26 عكس الظاهر من نص المادة 10 من قانون الأحوال الشخصية، واعتبرت رأي الحكمين ملزما للقاضي.

أما في حالة اختلاف رأي الحكمين ولم يقدما تقريرا مشتركا للقاضي أو قدما كل منهما تقريرا مختلفا عن الآخر، في هذه الحالة يرسل القاضي حكما ثالثا، وفي حالة عدم الاتفاق

[1] - عبد القادر داودي، **مرجع سابق**، ص 232.

[2] - بلحاج العربي، **مرجع سابق**، ص359.

في الرأي تأخذ المحكمة بأقوال أحدهما أو لا تأخذ بأي رأي منهم، وهذا ما جاء في نص المادة 19 من القانون رقم 01 لسنة 2000[1]، وتنتهي مهمة المحكم حسب ما نصت عليه المادتين 20 و21 من قانون التحكيم المصري، ومهما يكن المتسبب في الشقاق سواء كان الزوج أو الزوجة فإن القاضي في الأخير يحكم بطلقة بائنة.

ونفس الشيء ذهب إليه المشرع السوري حيث نص على مهمة الحكمين في المواد 112،113،114 من قانون الأحوال الشخصية، فبفشل محاولة الإصلاح يلجأ القاضي إلى تعيين حكمين من أهل الزوجين أو ممن يرى فيهما القدرة على الإصلاح بينهما وحلفهما يمينا على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة، وأن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين ويجمعانهما في مجلس للمحكمة الشرعية تحت إشراف القاضي، وأن غياب أو امتناع أحد الزوجين عن حضور هذا المجلس بعد تبليغه لا يؤثر في التحكيم.

كما أنه يحق للحكمين أن يقررا التفريق وليس أن يقترحا التفريق، وفي حالة اختلف الحكمان حكّم القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكما ثالثا مرجحا، وعند انتهاء مهمتهم عليهم أن يرفعوا تقرير إلى القاضي، إلا أن المشرع السوري أعطى للقاضي سلطة تقديرية للحكم بمقتضى ما جاء في التقرير أو رفضه، ومعنى ذلك أنه في حالة الرفض لا يمكن للقاضي أن يحكم بنفسه وإنما عليه أن يعين حكمين آخرين وللمرة الأخيرة ليقررا التفريق إذا عجز عن الإصلاح.

فقد قررت محكمة النقض السورية:" **بأنه يحكم القاضي طبقا لسلطته التقديرية في ضوء تقرير الحكمين**[2]**، وأن محكمة النقض قاصرة على الشروط الشكلية للتحكيم، ولتقرير الحكمين، ولا رقابة لها على قناعتهما**"[3].

[1] - القانون رقم 01 لسنة 2000، قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ج.ر، ع4 مكرر، بتاريخ 2000/01/29.

[2] - محكمة النقض السورية حكم رقم 324 ق بتاريخ 1966/09/14، نقلا عن العربي بلحاج، **المرجع نفسه**، ص360.

[3] - محكمة النقض السورية حكم رقم 317 ق بتاريخ 1963/08/10، نقلا عن العربي بلحاج، **المرجع نفسه**، ص360.

يتضح مما سبق أن المشرع السوري أخذ في كيفية التفريق للشقاق بعد التحكيم بما جاء به فقهاء المالكية ومن وافقهم.

أما المشرع العراقي وفي نص المادة 41 من قانون الأحوال الشخصية، نصت على أن المحكمة تقوم بإجراء التحقيق في أسباب الخلاف، فإذا ثبت لها وجوده تعين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة إن وجدا للنظر في إصلاح ذات البين، فإن تعذر وجودهما كلفت الزوجين بانتخاب حكمين، فإن لم يتفقا انتخبتهما المحكمة، مهمتهما الإصلاح بين الزوجين، فإذا ما قصّرا أو اختلفا ضمت المحكمة لهما حكما ثالثا، فإذا ثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين وثم عجزها عن الإصلاح فرقت المحكمة بينهما.

أما المشرع المغربي فقد نص على أنه إذا توصلا الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة، فإذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما، فتقوم المحكمة بإجراء بحث إضافي بالوسيلة التي تراها ملائمة.

وقد أشار المشرع المغربي إلى أنه يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب، ففي حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق حسب ما نصت عليه المادة 97 من مدونة الأسرة المغربية.

ثانيا- آثار حكم التحكيم: تنتهي إجراءات التحكيم وتنتهي معها مهمة المحكم بصدور الحكم التحكيمي في موضوع النزاع وتقديم تقرير مهمتهما إلى قاضي الموضوع، وعندها يرتب حكم التحكيم بعد صدوره آثاره القانونية بالنسبة لهيئة التحكيم المتمثلة في الحكمين وبالنسبة لأطراف النزاع وذلك من تاريخ إيداع المحكمين لتقريرهما لدى المحكمة المختصة.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في آثار حكم التحكيم، فيرى ابن فرحون وهو من فقهاء المالكية[1] أن حكم التحكيم إذا صدر أصبح ملزما لطرفي النزاع ولا يجوز للقاضي نقضه بأي صورة كانت حتى لو كان مخالفا لاجتهاد القاضي، أما لو كان مخالفا للقرآن الكريم أو السنة النبوية أو الإجماع أو اتصف بالجور البين الواضح فإنه يجوز نقضه.

في حين يرى فقهاء المذهب الحنفي[2] أن القاضي المعين من الحاكم صاحب ولاية على حكم التحكيم، فإذا كان هذا الحكم مخالفا لمذهبه كان له الحق والصلاحية في نقضه، أما إذا لم يكن مخالفا لمذهبه أمضاه، ويكون إمضاؤه بصفة الحكم.

ولفقهاء المذهب الشافعي في هذه المسألة قولان[3]:

- القول الأول: يشترط للزوم حكم التحكيم تراضي طرفي الخصومة.

- القول الثاني: ليس من صلاحية القاضي أن ينقض حكم التحكيم إذا ما صدر، لأنه يصل إلى مصاف الأحكام القضائية، فلا ينقضه إلا ما ينقض الحكم القضائي.

أما فقهاء المذهب الحنبلي[4] فيرون بأن حكم التحكيم إذا ما صدر أصبح ملزما للقاضي ولا يجوز نقضه إلا بما ينقض الحكم القضائي.

أما قانونا فإن يترتب على حكم التحكيم أثر هام يعرف بالأثر السلبي الذي بموجبه يتخلى القاضي عن اختصاصه لهيئة المحكمين، ويبقى القاضي على صلة بهما ويمد لهما يد المساعدة في عملهما، كما يبسط سلطته الرقابية على الحكم التحكيمي عند صدوره والتحقق ما إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة أم لا[5].

المشرع الجزائري نص على أن حكم المحكمين لا يكون نافذا إلا إذا تم المصادقة عليه من قبل المحكمة المختصة ولا يكون قابلا للطعن، إلا انه لم ينص على تسليم أطراف النزاع

---

[1] - ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مرجع سابق**، ص44.

[2] - ابن عابدين، **مرجع سابق**، ص429.

[3] - الماوردي، **مرجع سابق**، ص381.

[4] - ابن قدامة، **مرجع سابق**، ص193.

[5] - محمد بن حسين بن علي الطوزي القادري الحنفي، **مرجع سابق**، ص45.

نسخة من حكم التحكيم.

في حين المشرع الفلسطيني ألزم هيئة المحكمين بتسليم أطراف النزاع الحكم الفاصل في الموضوع، كما أن لهم حق الطعن في حكم التحكيم طبقا لنص المادة 44 من قانون التحكيم الفلسطيني[1]، ولكنها لم تشر إلى تسليم أطراف النزاع لنسخة الحكم الأصلية أو صور موقعة عنها.

ونصت المادة 42/أ من قانون التحكيم الأردني[2] صراحة على أن تسلم هيئة التحكيم لكل من الطرفين صورة عن حكم التحكيم خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره، وأن هذا الحكم قابل للطعن بالاستئناف بعد المصادقة عليه من قبل المحكمة طبقا لنص المادة 138 من قانون أصول المحاكمات الشرعية الأردني رغم إكتسابه لحجية الشيء المقضي به.

والمشرع المصري نص على هذا الالتزام في المادة 1/44 من قانون التحكيم المصري بقولها:" **تسلم هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه، خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره**".

المشرع المغربي نص في المادة 2/95 من مدونة الأسرة المغربية على تسليم الزوجين المتنازعين نسخة من مضمون التقرير الذي رفعه الحكمان بعد توقيعه إلى المحكمة، والذي حرر في ثلاث نسخ بعد توصلهما إلى الإصلاح بين الزوجين، وتحفظ النسخة الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة.

أما المشرع السوري فقد جاء في المادة 1849 من مجلة الأحكام العدلية السورية نصه:" **إذا عرض حكم المحكم على القاضي المنصوب من قبل السلطان فإذا كان موافقا للأصول صدقه وإلا نقض**"[1] .

يتضح أن هيئة المحكمين بعد إصدارها الحكم تفقد صفتها كهيئة تحكيم، لأن هذه الصفة تنتهي بانقضاء مهمتها المتمثلة في إصدار الحكم الفاصل في النزاع وتقديم تقريرها للقاضي

[1] - قانون التحكيم الفلسطيني، رقم3 لسنة 2000، منشور في الوقائع الفلسطينية، ج.ر، ع33 بتاريخ 2000/06/30، ص5.
[2] - قانون التحكيم الأردني، رقم 31 لسنة 2001، ج.ر، ع4496 بتاريخ 2001/07/16، ص2821.

المعين خلال المدة الممنوحة لهما، يذكران فيه نتيجة مساعيهما سواء بالتوصل إلى الإصلاح أو عدم التوصل إليه[1].

والراجح: ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي من أن حكم التحكيم إذا صدر ولم يكن مخالفا للشرع أو القانون أصبح ملزما لطرفي النزاع، ولا يجوز للقاضي نقضه بأي صورة كانت ومن ثم لزم المصادقة عليه من قبل القاضي حتى يكون قابلا للتنفيذ، ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما نص على أن حكم التحكيم لا يكون قابلا للطعن.

ونخلص إلى أن الصلح والتحكيم يعدان وسيلتين لفض النزاع ويؤديان إلى تسوية الخصومة بين المتنازعين وإزالة الخلاف بينهما، وغالبا ما يؤدي التحكيم دور الصلح في تسوية النزاع وذلك في التصالح بين المتخاصمين وعودة المودة والوئام بينهما، فهما يعدان محاولات سابقة لدعوة الطلاق يقوم بها القاضي بقدر المستطاع سعيا إلى تسوية النزاع بالتراضي، فالتحكيم يأتي بعد استنفاد محاولة القاضي في إجراءات الصلح مخولا لأقارب كل من الزوجين القيام بإجراءات التحكيم.

إلا أنهما يختلفان في كون القائم بالصلح يتم من قبل القاضي وهو إجراء إجباري ووجوبي حسب نص المادة 49 من ق.أس.ج والمادة 439 من ق.إ.م.إ، في حين إجراءات التحكيم تتم من قبل الحكمين اللذين يعينهما القاضي المعروض أمامه النزاع وهو إجراء اختياري حسب نص المادة 1006 من ق.إ.م.إ الجزائري والمادة 56 من ق.أس.ج، وأن الصلح يتنازل فيه أحد الطرفين أو كلاهما عن حقه أو عن جزء من حقه بخلاف التحكيم الذي ليس فيه تنازل عن الحق.

كما أن المدة المحددة لإجراء محاولات الصلح تتم خلال ثلاثة أشهر عكس إجراءات التحكيم التي يقدم فيها الحكمين تقريرهما إلى قاضي الموضوع خلال مدة شهرين، وأن محضر الصلح المحرر من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي يعد سند تنفيذيا طبقا

[1] - حسين بن الشيخ آث ملويا، **المرشد في قانون الأسرة**، دار هومه، الجزائر، 2014، ص191.

لنص المادة 443 من ق.إ.م.إ، في حين المحضر المحرر من طرف الحكمين يتوقف على مصادقة القاضي عليه بموجب أمر غير قابل لأي طعن طبقا لنص المادة 448 من ق.إ.م.إ[1].

ويظل الصلح مجرد اتفاق بين الخصوم إلا إذا صدر به حكم قضائي يجوز الطعن فيه بطرق الطعن غير العادية خاصة في دعاوى فك الرابطة الزوجية، أما التحكيم فينتهي بحكم حاسم للنزاع قابل للتنفيذ[2].

المطلب الثالث

حجية الحكم القضائي فقها وقانونا

للقضاء وظيفتان الأولى ولائية والأخرى قضائية، إلا أن الوظيفة القضائية تتمتع بأهمية كبيرة في حياة الأفراد، فالمتنازعين عند لجوئهم إلى القضاء يهدفون من وراء ذلك إلى استصدار أحكام قضائية تكون حجة لهم أمام الكافة، وخاصة الخصم الذي من أجله رفعت الدعوى.

فالدعوى تمر بصفة عامة بعدة مراحل من أول رفعها أمام القضاء ثم تسجيلها بأمانة ضبط المحكمة ثم تبليغها لأطراف الخصومة، مع توفر جميع شروطها من صفة ومصلحة وأن تكون لهم أهلية التقاضي، ثم النظر فيها مع إجراء الصلح بين المتخاصمين وربما اللجوء إلى التحكيم، وصولا إلى منطوق الحكم، وقد يطعن في ذلك الحكم إذا لم يرقَ لأحد الخصوم سواء بالطرق العادية أو غير العادية.

عندما يكون الحكم نهائي، يكتسب قوة الشيء المقضي به، يكون قابلا للتنفيذ الذي هو ترجمة لمنطوق الحكم من صورته النظرية إلى صورته العملية، بحيث يتمكن صاحب الحق من حقه أيا كان ذلك الحق لأن الحكم لا معنى له إذا بقي مجرد أسطر على ورق دون دخوله حيز التنفيذ.

---

[1] - هبة أحمد محمد منصور، **التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي**، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2014، ص10.

[2] - محمود مختاري بربري، **مرجع سابق**، ص17.

ولما كانت الأحكام القضائية لا تصدر إلا من القاضي المختص، فإنه من الأهمية أن نبين مفهوم الحكم القضائي (فرع أول)، ثم بيان أنواع الأحكام القضائية (فرع ثان) والتطرق إلى آثار الأحكام القضائية (فرع ثالث) من خلال الآتي:

الفرع الأول: مفهوم الحكم القضائي: تعددت تعاريف الحكم القضائي، كل تناوله من وجهة نظر خاصة، لذا سوف نتطرق إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي للحكم القضائي من خلال ما يلي:

أولا- تعريف الحكم القضائي لغة: الحكم القضائي مركب من كلمتين الحكم والقضاء، فيأتي الحكم بمعنى المنع والرد، الحكم مصدر من فعل حَكَمَ ، تقول العرب: حكم يحكم حُكما، وجمعه أحكام، وحكم يحكمه تحكيما: إذا جعل الحكم إليه، لهذا سمي الحاكم حاكما لأنه يمنع الظالم عن ظلمه، ولفظ الحكم ورد بمعان مختلفة مردها جميعا إلى المنع كما صرح بذلك أهل اللغة.

ويأتي الحكم بمعنى القضاء والفصل بين الناس، فيكون الحكم مصدر قولنا: حكم بينهم أي قضى، ونقول: احتكموا وتحاكموا محاكمة: أي مخاصمة، ومنه قوله تعالى:﴿ إِذْ دَخَلُوا۟ عَلَىٰ دَاوُۥدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ ۖ قَالُوا۟ لَا تَخَفْ ۖ خَصْمَانِ بَغَىٰ بَعْضُنَا عَلَىٰ بَعْضٍ فَٱحْكُم بَيْنَنَا بِٱلْحَقِّ وَلَا تُشْطِطْ وَٱهْدِنَآ إِلَىٰ سَوَآءِ ٱلصِّرَٰطِ ﴾[1]، وقوله تعالى أيضا:﴿ يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌۢ بِمَا نَسُوا۟ يَوْمَ ٱلْحِسَابِ ﴾[2]، قال الزمخشري في تفسيره لهذه الآية:" **أحكم بحكم الله تعالى إذا كنت خليفته ولا تتبع هوى النفس في قضائك وغيره**".

[1] - سورة ص، الآية21.

[2] - سورة ص، الآية25.

ويأتي الحكم بمعنى العلم والفقه، وبه فسر قوله تعالى: ﴿ يَٰيَحۡيَىٰ خُذِ ٱلۡكِتَٰبَ بِقُوَّةٖۖ وَءَاتَيۡنَٰهُ ٱلۡحُكۡمَ صَبِيّٗا ﴾[1]، أي آتاه الله علما وفقها وفهما للأحكام وهذا ليحي بن زكريا، وبهذا المعنى اشتقت الحكمة من الحكم بمعنى العلم والبصيرة[2].

قال الراغب الأصفهاني[3]:" **والحكم أعم من الحكمة فكل حكمة حكم وليس كل حكم حكمة، أي ليس كل حكم مؤسس على العلم والبصيرة**".

ثانيا- تعريف الحكم القضائي وحجيته اصطلاحا: بالنسبة للقضاء، فقد سبق تعريفه لغة في الفصل التمهيدي، لدى سوف نتطرق إلى تعريف الحكم ككلمة منفردة اصطلاحا، ثم إلى الحكم القضائي كمصطلح مركب من كلمتين، فقد تطرق العديد من الفقهاء إليه بعدة تعريفات فقهية وقانونية ومن هذه التعاريف ما يلي:

1- تعريف الحكم القضائي في الفقه الإسلامي: لم يحظَ تعريف الحكم القضائي باهتمام غالبية الفقهاء بوجه عام كاهتمامهم بتعريف القضاء نفسه، ويرجع ذلك كونهم اقتصروا على تعريف القضاء للدلالة على الحكم، لأن القضاء في حقيقته يدور حول معنى الفصل بين المتخاصمين، إلا أن اللغويين يطلقون لفظ الحكم على القضاء، ولفظ القضاء على الحكم[4].

فقد عرف مصطلح الحكم القضائي بعدة تعريفات عند فقهاء الفقه الإسلامي، ومن بين هذه التعاريف ما يلي:

عرف الحطاب من المالكية الحكم القضائي بأنه:" **الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام**"[5].

---

[1] - سورة مريم، الآية11.

[2] - ابن منظور، لسان العرب، **مرجع سابق**، ص141و142، الرازي، مختار الصحاح، ج1، **مرجع سابق**، ص62، الفيروز أبادي، **مرجع سابق**، ص1415.

[3] - هو الحسين بن المفضل أبو القاسم الأصفهاني أو الأصبهاني، المعروف بالراغب أديب من الحكماء العلماء، سكن بغداد واشتهر بعلمه حتى كان يُقرَن بالإمام الغزالي، من مؤلفاته: محاضرات الأدباء، والذريعة إلى مكان الشريعة، والأخلاق، وجامع التفسير، توفي سنة 502هـ، نقلا عن الزركلي، **مرجع سابق**، ص255.

[4] - عبد الناصر أبو البصل، **نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون**، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1422هـ، ص52.

[5] - الحطاب، **مواهب الجليل**، **مرجع سابق**، ص86.

عرف الإمام القرافي[1] من فقهاء المالكية الحكم القضائي بأنه:" **إنشاء إطلاق وإلزام في مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا**"[2].

يتضح من خلال هذا التعريف أن إنشاء الإلزام يكون عندما يتضمن الحكم طلبا من المحكوم عليه بفعل شيء أو أداء أمر معين أو الكف عن فعل شيء، كالحكم على الزوج بالإنفاق على زوجته أو أسرته أو الحكم بلزوم الصداق في ذمة الزوج ووجوب دفعه للزوجة

وقد انتقد هذا التعريف كونه يشمل الحكم الذي ينقض أي ما كان في مسائل الاجتهاد.

عرف الإمام ابن حجر الهيثمي من فقهاء الشافعية الحكم القضائي هو:" **ما يصدر من متول عموما وخصوصا راجعا إلى عام من الإلزامات السابقة له في القضاء على وجه مخصوص**"[3].

فقوله ما يصدر: يقصد به وسائل التعبير عن الحكم القضائي من قول أو فعل كالكتابة مثلا، وقوله من متول عموما وخصوصا: يقصد به الشخص الذي أصدر الحكم سواء كان الحاكم أو المحكم أو القاضي، وبذلك تتدرج جميع الولايات سواء كانت عامة أو خاصة وقوله راجعا إلى عام من الإلزامات السابقة له في القضاء: ويقصد به أن الحكم يكون متعلق بقضية رفعت أمام القاضي ليحكم فيها ويكون حكمه كاشفا للحق وليس منشئا له، فهو متعلق بواقعة سابقة على القضاء، وقوله على وجه مخصوص: المراد به إجراءات الدعوى ووسائل الإثبات وغيرها، أي أصول القاضي.

وقد انتقد هذا التعريف كونه يشمل معظم أعمال القضاء ولو لم تتضمن أحكاما، كما أنه يخلو من القيود التي تميز الحكم القضائي عن غيره كالفصل في الخصومات، وأن ألفاظ هذا التعريف فيها غموض يكتنف بعض فقراته.

---

[1] - هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمان ابن عبد الله بن يلين المصري المالكي الصنهاجي المشهور بالقرافي، ولد بمصر سنة 626هـ، وتوفي بها سنة 684هـ، فقيه أصولي ومفسر من مؤلفاته: شرح التهذيب، أنوار البروق في أنواع الفروق، الذخيرة في فقه المالكية، نقلا عن ابن فرحون، **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص62-67.

[2] - أحمد بن إدريس القرافي، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، ط2، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، سورية، 1995، ص33.

[3] - ابن حجر الهيثمي، **الفتاوي الكبرى الفقهية**، ج2، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا، د.س.ن، ص198.

عرف الإمام بدر الدين أبو اليسر محمد بن محمد بن الغرس من فقهاء الحنفية الحكم القضائي بأنه:" **الإلزام في الظاهر على صيغة مختصة بأمر ظن لزومه في الواقع شرعا**".

يعاب على هذا التعريف أنه لم يتعرض لحقيقة الحكم القضائي المتمثلة في الفصل في الخصومة، وعدم تعرضه للحكم الذي لا يتضمن إلزاما كالإطلاق والإباحة فيما يدخل تحت حكم القاضي.

عرف الإمام البهوتي من فقهاء الحنابلة الحكم القضائي بأنه:" **تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات**".

يتضح من هذا التعريف أنه تطرق إلى أساس وبيان ماهية الحكم، وأنه يكون فصلا في خصومة بقرار ملزم يتضمن حكما شرعيا.

ويعاب على هذا التعريف احتياجه لبعض القيود، كما أنه يكون إلزاما بالحكم الشرعي من غير خصومة وهذا غير مسلم به من الناحية الواقعية.

عرفه الدكتور وهبة الزحيلي الحكم القضائي بأنه:" **هو فصل الخصومة وحسم النزاع بقول أو فعل يصدر عن القاضي بطريق الإلزام**"[1].

وهناك من عرف الحكم القضائي بأنه: " **الحكم الصادر من حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده كدين أو ميراث أو قتل أو ترك صلاة وغيرها، ليرتب عليه مقتضاه على حسب ما يقتضيه الحال من رفعه أو إهداره**".

رغم تعرض هذه التعاريف إلى الانتقاد، إلا أنها تتفق جميعها على أن الحكم القضائي يصدر عن الحاكم أو المحكم باعتباره قاضيا، لأن وظيفة القاضي الأساسية في نظر الشريعة الإسلامية هي إصدار الحكم القضائي وهو ملزم لأصحابه.

والتعريف الراجح للحكم القضائي هو:" **ما يصدر عن القاضي ومن في حكمه، فصلا في الخصومة، متضمنا إلزام المحكوم عليه بفعل أو الامتناع عن فعل، أو إيقاع عقوبة على مستحقها، أو تقرير معنى في محل قابل له**"، فهذا التعريف يعد جامعا مانعا[1].

[1] - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق**، ص587.

2- تعريف الحكم القضائي قانونا: للحكم القضائي في القانون الوضعي معنى عام وآخر خاص.

أ- المعنى العام للحكم القضائي: يقصد به القرارات الصادرة عن المحاكم، فهو يشمل كل القرارات الصادرة عن الجهات القضائية سواء كانت متعلقة بخصومة أم لا، وبالتالي فإن قرارات الأعمال الولائية تعد في نظر هذا الاتجاه أحكاما كإثبات ما تم من صلح أو إقرار في دعوى أو إدخال خصم فيها[2].

فقد عرف المشرع الجزائري الحكم القضائي في المادة 8 الفقرة الأخيرة من ق.إ.م.إ بقولها:" **يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية**".

ب- المعنى الخاص للحكم القضائي: ويقصد به القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا، ومختصة في خصومة رفعت إليها وفق القواعد الإجرائية، سواء أكان صادرا في موضوع الخصومة أو في شق منه أم في مسألة متفرعة عنه[3].

في حين القانون التونسي يطلق مصطلح الحكم على ما تصدره المحاكم الابتدائية والإستئنافية، بينما يطلق مصطلح قرار على ما تصدره محكمة التعقيب.

أما المشرع الفرنسي فلفظ Jugement يطلق على أحكام محكمة الدرجة الأولى ومصطلح Arrêt على أحكام محكمة الدرجة الثانية ومحكمة النقض، ومصطلح Ordonanceعلى أحكام قاضي الأمور الاستعجالية والعمل الولائي، ومصطلح Sentence على أحكام التحكيم.

يتضح مما سبق أن التعبير بالحكم عما يصدر من المحاكم الابتدائية، وبالقرار عما يصدر من المجالس القضائية أو المحكمة العليا أو مجلس الدولة لا يعد وأن يكون مسألة اصطلاح[4].

---

[1] - محمد نعيم ياسين، **نظرية الدعوى في الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية التجارية**، ط2، دار النفائس، عمان، الأردن، 1420هـ، ص643.

[2] - عبد الحكيم فوده، **موسوعة الحكم القضائي في المواد المدنية والجنائية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص2324.

[3] - أحمد أبو الوفا، **نظرية الأحكام في قانون المرافعات**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص34، عبد الحكيم فوده، **مرجع سابق**، ص2324.

[4] - مولاي ملياني بغدادي، **الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص383.

كما عرفت مجلة الأحكام العدلية السورية في المادة 1786 منها الحكم القضائي على أنه:" **عبارة عن قطع القاضي المخاصمة وحسمه إياها وهو على قسمين:**

القسم الأول: هو إلزام القاضي المحكوم به على المحكوم عليه بكلام كقوله: حكمت أو إعطاء الشيء الذي عليك، ويقال له (قضاء الإلزام وقضاء الاستحقاق).

القسم الثاني: هو منع القاضي المدعى عن المنازعة بكلام كقوله: ليس لك حق، أو أنت ممنوع عن المنازعة، ويقال له (قضاء الترك)".

كما أظهرت هذه التعاريف بجلاء الطبيعة الإجرائية للحكم القضائي وإن تفاوت في ذلك فالحكم ما هو إلا إجراء من إجراءات الخصومة ثم في شكل قانوني معين حدده القانون[1].

عرف القانون اليمني الحكم في المادة 217 من قانون المرافعات بأنه:" **قرار مكتوب صادر في خصومة معينة، من ذوي ولاية قضائية شرعية وقانونية**"[2].

إلا أن هذا التعريف انتقد كونه استهل التعريف بلفظ عام يشمل الحكم وغير الحكم واقتصر على تعريف الحكم كعمل قانوني ولم يتطرق إليه كعمل مادي، ولم يبين أيضا حسمه للخصومة.

فقد عرف بعض فقهاء القانون الحكم القضائي بأنه:" **محرر ذو طبيعة مخصوصة، صادر من محكمة في خصومة أو في مسألة متفرعة عنها مما يجوز فيه الطعن استقلالا، حاسم لما صدر بشأنه**".

ونخلص إلى أن التعريف الأخير هو الراجع كونه تطرق إلى الحكم كعمل مادي وقانوني وإلى الهدف المرجو منه وهو حسم الخصومة.

[1] - مشهور محمد الدعيس، **الحكم القضائي والأمر الولائي في قانون المرافعات اليمني**، مذكرة دبلوم في القانون الخاص، الأكاديمية اليمنية للدراسات العليا، صنعاء، 2014، ص8.

[2] - قانون المرافعات اليمني، **الموسوعة التشريعية اليمنية**، ج1، 2004، ص343.

ثالثا- تعريف حجية الحكم القضائي: تعددت تعريفات الحجة أو الحجية كل يتناولها من وجهة نظر خاصة، لدى سوف نتطرق إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي لحجية الحكم القضائي من خلال ما يلي:

1- تعريف حجية الحكم القضائي لغة: الحجة في اللغة هي الدليل والبرهان، وسميت كذلك لأنها تُقصد: من حجّ الشيء يحُجه حجا أي قصده، ويقال احتج بالشيء: أي اتخذه حجة، أما المُحاجة والحِجاج والتحَاج فهي قرينة المعنى تدل على المجادلة والتخاصم، وقد أشار بعضهم إلى فرق دقيق بين الحجة والبرهان، فاعتبر الحجة وجه البرهان: أي الوجه الذي يُدفع به الخصم وتكون به الغلبة عند الخصومة، فهي دلالة البرهان على صحة الإدعاء وعليه تكون الحجية بناء على ما تقدم صفة الإدعاء الذي يسنده الدليل والبرهان[1].

2- تعريف حجية الحكم القضائي اصطلاحا: تطرق العديد من الفقهاء إلى تعريفات فقهية وقانونية لحجية الحكم القضائي ومن هذه التعريفات ما يأتي:

أ- تعريف الحجية في الفقه الإسلامي: لقد عرفت حجية الحكم القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بعدة تعريفات فاعتبرت الشريعة الإسلامية الحكم القضائي بأنه:" **قرينة على صحته وعدالته، ما لم يتبين جور هذا الحكم، وليس للقاضي أن يتعقب أحكام من قبله لأن الظاهر صحتها وصوابها**"[2].

يقول البهوتي صاحب حاشية الروض المربع:" **إن حكم الحاكم يجب إمضاؤه على كل حال**" أي أن القاضي يلتزم بما جاء في حكم القاضي الذي أصدر الحكم قبله، لأن هذا الحكم له حجية.

فحجية الحكم القضائي في الفقه الإسلامي يقصد بها كل حكم صدر وفق الشروط الشرعية فهو حكم صحيح محققا للعدالة، وبالتالي يكون نافذا إلى أن يقوم الدليل على بطلانه في حالة جانب الحق والصواب[3].

---

[1] - ابن منظور، **لسان العرب، مرجع سابق**، ص288، الرازي، **مختار الصحاح، مرجع سابق**، ص52، - الجرجاني، **معجم التعريفات**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص112.

[2] - الماوردي، **مرجع سابق**، ص176، ابن قدامة، **مرجع سابق**، ص34.

[3] - محفوظ بن صغير، **مرجع سابق**، ص189.

يتبين مما سبق أن الأحكام القضائية في الفقه الإسلامي تتمتع بالحجية مادامت صدرت وفق الشروط الشرعية المعتبرة شرعا لصحة الحكم، إلا إذا جانب حكم القاضي الصواب، فإن هذا الحكم يتعرض للنقض ويفقد حجيته المطلقة.

ب- تعريف الحجية قانونا: عرف جانب من الفقه القانوني حجية الحكم القضائي بأنها:" **فكرة قانونية مفادها أن الحكم القضائي حين يطبق إرادة القانون في الحالة المعينة، فإنه يجوز الاحترام سواء أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام المحاكم الأخرى، بحيث إذا رفع أحد الخصوم نفس الدعوى التي فصل فيها مرة أخرى، تعين عدم قبولها، وإذا أثير ما قضي به أمام القضاء، وجب التسليم به دون بحث مجدد**"[1].

كما عرفت حجية الحكم القضائي بأنها:" **قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس مؤداها أن الحكم إذا صدر صحيحا من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع فهو حجة على ما قضى به**"[2].

كما أنه يقصد بحجية الحكم ما يتصف به من قوة أو قرينة تمنع من إعادة عرض ما فصل فيه من نزاع من جديد على القضاء، إلا إذا كان ذلك بطريق طعن يقرره القانون حتى يكتسب الحكم الحجية، يجب أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وأن يكون قد تم إبلاغه للخصمين، ويصبح ملزما لطرفي النزاع، ولا يجوز للقاضي نقضه بأي صورة كانت إلا إذا كان مخالفا للشرع والقانون.

كما عرفت مجلة الأحكام العدلية العراقية في المادة 1786 منها حجية الحكم القضائي بقولها:" قطع الحاكم المخاصمة وحسمه إياها، وهو على قسمين، الأول إلزام الحاكم المحكوم به على المحكوم عليه بكلام كقوله حكمت أو أعط الشيء الذي ادعى عليك ويسمى بقضاء الإلزام والاستحقاق، والثاني هو منع الحاكم المدعي في المنازعة بكلام كقوله ليس لك حق أو أنت ممنوع من المنازعة ويسمى بقضاء الترك[3].

---

[1] - فتحي والي، **الوسيط في قانون القضاء المدني**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص160-161.

[2] - أحمد أبو الوفا، **نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق**، ص694.

[3] - القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

الفرع الثاني- أنواع الأحكام القضائية: الحكم هو ما يصدره القاضي بعد الفصل في المنازعة أو الخصومة القضائية المعروضة أمامه، حيث قبل المشرع إمكانية عرض النزاع مرة ثانية على جهة قضائية أعلى لمراجعته، إلا في حالات قانونية أوردها القانون في نصوص خاصة أو على سبيل الحصر.

في حين نجد القانون يفرق بين كافة أنواع الأحكام التي تصدرها الجهات القضائية سواء من حيث موضوع الدعوى أو من حيث استنفاذ المحكمة سلطتها فيما فصلت فيه أو من حيث القابلية للطعن، حيث عرف الفقه عدة تقسيمات للأحكام القضائية اعتمادا على معايير مختلفة تتفاوت من حيث الأهمية، وهي كثيرة يمكن التطرق لبعض أنواعها على سبيل المثال، ومن هذه الأحكام ما يلي:

أولا-الأحكام من حيث قابليتها للطعن: معيار هذا التقييم هو قابلية الحكم للطعن فيه أمام محكمة أعلى درجة، فيكون إما حكما ابتدائيا قابلا للطعن أو حكما نهائيا أو باتا غير قابل للطعن بالطرق العادية.

1- الحكم الابتدائي: وهو الحكم الذي تصدره محكمة أول درجة من درجة التقاضي ويكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف في محكمة الدرجة الثانية تطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين وطبقا لنص المادة 33 الفقرة الأخيرة من ق.إ.م.إ، التي نصت على:" **يفصل في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للاستئناف**" إضافة إلى نص المادة 34 منه التي نصت على:" **يختص المجلس القضائي بالنظر في استئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم في الدرجة الأولى وفي جميع المواد، حتى ولو كان وصفها خاطئا**"، سواء كانت هذه الأحكام حضورية أو اعتبارية حضورية كالأحكام الفاصلة في مراجعة النفقة أو التعويض عن الطلاق التعسفي[1].

[1] - شويحة زينب، **الإجراءات المدنية في ظل القانون 08-09**، ج1، دار أسامة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص207.

2-الحكم النهائي: وهو القرار الصادر عن المجالس القضائية بعد الاستئناف، أو الحكم الذي يصدر عن الدرجة الأولى ويصدر نهائيا غير قابلا للاستئناف، ولا يكون ذلك إلا بمقتضى القانون ويقع باطلا خلاف ذلك، أو الحكم الذي استنفذ طرق الطعن العادية بالرغم من قبولها الطعن بالطرق غير العادية كالطعن بالنقص أو التماس إعادة النظر كأحكام الطلاق.

كما أنه لا يجوز تنفيذ الحكم تنفيذا جبريا إلا إذا كان حكما نهائيا، في حين الحكم الابتدائي لا يجوز تنفيذه جبرا ما لم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل، فليست كل الأحكام النهائية تقبل التنفيذ الجبري، فالأحكام التي تقبل التنفيذ الجبري هي فقط أحكام الإلزام، أما غيرها من الأحكام، كالأحكام التقريرية التي تقضي بوجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني أو واقعة قانونية، فهي تزيل بذلك الشك والتجهيل الذي يدور حولها، كتقرير رابطة الزوجية أي حالة إثبات الزواج العرفي أو إثبات بنوة شرعية أو الحكم بتأكيد تصالح الأطراف.

بينما الأحكام المنشئة هي التي تُنشئ مركزا قانونيا جديدا أو تنهي مركزا قانونيا قائما كإبطال عقد الزواج إذا ما لجأ أحد طرفيه إلى القضاء وتبين أنه مكرها، أو الحكم بتطليق الزوجة بسبب من الأسباب الموجبة للتطليق وهي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

فالأحكام التقريرية والأحكام المنشئة بمجرد صدورها تتحقق لها الحماية القانونية المطلوبة دون الحاجة لاتخاذ إجراءات التنفيذ[1].

يمكن استئناف الحكم الذي أخطَأَ القاضي في وصفه نهائيا من الدرجة الأولى لورود الخطأ في الوصف تطبيقا لنص المادة 34 والمادة 315 من ق.إ.م.إ، التي نصت على أنه:" **لا يؤثر التكييف الخاطئ للحكم على حق ممارسة الطعن**".

كما عرفت المادة 2 من قانون المرافعات اليمني الحكم النهائي بأنه:" **هو الحكم الذي لا يقبل الطعن بالطرق العادية(الاستئناف)**".

[1] - أحمد هندي، **قانون المرافعات المدنية والتجارية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص909.

في حين عرفت الحكم البات بأنه:" **الحكم الذي لا يقبل الطعن بأي طريقة من طرق الطعن سواء كانت عادية كالاستئناف أو غير عادية كالطعن بالنقض أو التماس إعادة النظر**".

يتضح مما سبق أن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية طبقا لنص المادة 1/57 من ق.أس.ج، بينما تكون هذه الأحكام قابلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، كما أنه لا يوقف هذا الطعن بالنقض تنفيذ حكم الطلاق طبقا لنص المادة 452 من ق.إ.م.إ.

ثانيا- من حيث حجية الحكم القضائي: معيار تقسيم هذه الأحكام من حيث موضوعها إلى أحكام قطعية وأحكام غير قطعية .

1- الأحكام القطعية: هي الأحكام الفاصلة في الموضوع، وهي الأحكام التي تتناول صميم الموضوع دون الحاجة إلى تحقيق أو إجراء خبرة[1].

الأحكام القطعية هي التي تحسم موضوع النزاع في جملته أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه سواء تعلقت بالواقع أو بالقانون، كالتعويض عن الضرر الموجب للتعويض أو الحكم بإسناد حضانة الأبناء لأمهم أو إلزام الزوج المطلق بتوفير سكن لائق لممارسة الحضانة وكذا إلزامه بنفقة أبنائه حسب ما نصت عليه المادة 296 من ق.إ.م.إ، فهذا الحكم بمجرد النطق به يكون حائزا لحجية الشيء المقضي فيه.

إلا أن ما يعاب على نص المادة السالفة الذكر أنه من الطبيعي أن تكون كافة الأحكام الفاصلة في الموضوع هي أحكام قطعية، إلا أن النص شمل أيضا الأحكام الفاصلة في الشكل كلها، بينما هناك أحكام فاصلة في الشكل هي أحكام قطعية كالأحكام الفاصلة في فوات ميعاد الطعن، وهناك أحكام فاصلة في الشكل هي أحكام غير قطعية كالأحكام الفاصلة في عدم صحة إجراءات التقاضي[2].

[1] - نبيل صقر، **مرجع سابق**، ص246.
[2] - شويحة زينب، **مرجع سابق**، ص212.

2- الأحكام غير القطعية: هي الأحكام قبل الفصل في موضوع النزاع كالأحكام الصادرة بإجراء من إجراءات التحقيق أو الفاصلة في تدبير مؤقت، أي هي الأحكام التي لا تحسم موضوع النزاع، وإنما تتعلق بتنظيم إجراءات السير في الخصومة كالحكم بانتداب خبير، فحسب ما نصت عليه المادة 1/298 من ق.إ.م.إ، بقولها:" **الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الحكم الآمر بإجراء تحقيق أو بتدبير مؤقت**"، وهذه الأحكام لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه، ولا يترتب عليها تخلي القاضي عن النزاع.

أما الأحكام الآمرة بإجراء تحقيق أو الانتقال للمعاينة أو بتعيين خبير تتمثل في الأحكام التمهيدية والأحكام التحضيرية، كما أنه يقصد بالأحكام الفاصلة في تدبير مؤقت الأحكام الاستعجالية الصادرة عن القسم الاستعجالي كالأوامر التي يصدرها قاضي شؤون الأسرة طبقا للصلاحيات المخولة له بموجب نص المادة 425 من ق.إ.م.إ.[1].

أ- الحكم التمهيدي: عرفت المحكمة العليا الحكم التمهيدي بأنه:" **الحكم الذي ينبأ عن اتجاه المحكمة فيما فصلت فيه من الحقوق**"، **ومن أمثلته الحكم بتعيين الخبير لإعداد مشروع قسمة في حق الملكية لتبيان أحقية المطعون ضدهم في الإرث، الحكم بتعيين خبير لتصفية الشركة أوالحكم بتوجيه اليمين الحاسمة**"[2].

فقد أجمع غالبية الفقه على أن هذا الحكم لا يحوز حجية الشيء المقضي به.

ب- الحكم التحضيري: عرفت المحكمة العليا الحكم التحضيري بأنه:" **الحكم الذي تصدره المحكمة قبل الفصل في الموضوع بهدف حفظ حقوق الأطراف، وحددت خصائصه في أنه لا يفصل في النزاع ولا يمس حقوق الأطراف ولا يبدي فيه القاضي رأيه في الموضوع**"[3].

---

[1] - **المرجع نفسه**، ص213.

[2] - قرار رقم 43727 بتاريخ 1986/12/01، م.أع، م.ق، ع1 لسنة 1993، ص97.
قرار رقم 54173 بتاريخ 1989/20/19، م.أع، م.ق، ع3 لسنة 1990، ص118.
قرار رقم 48277 بتاريخ 1991/12/22، م.ع، م.ق، ع1 لسنة 1993، ص17.

[3] - قرار رقم 62369 بتاريخ 14 /1993/01، م.ع، م.ق، ع1 لسنة 1993، ص86.
- قرار رقم 47395 بتاريخ 1988/02/07، م.أع، م.ق، ع2 لسنة 1990، ص17.

بالنسبة لمدى حيازة الحكم التحضيري لحجية الشيء المقضي به، فقد اعتبر الفقه في مصر وفرنسا[1] أن مثل هذا الحكم لا يحوز الحجية، حيث أنه يجوز للمحكمة العدول عنه بعد إصداره، كما أن المحكمة لا تكون ملزمة بالتقيد بالنتائج التي أدى إليها[2].

كما أن القضاء الجزائري بدوره اعتبر أن الحكم التحضيري لا يحوز حجية الشيء المقضي به، فقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى نصه:" **... إذا كان من الثابت – في قضية الحال – أن الحكم الصادر في الدعوى كان قد قضى بتعيين موثق كخبير للقيام بإجراء حصر مخلفات الهالك وإعداد فريضة وتحرير مشروع قسمة، فإن هذا الحكم يعتبر حكما تحضيريا، وهو بذلك لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه"، خلافا لمزاعم الطاعن، ومن التزم قضاة الموضوع بتطبيق هذا المبدأ، فإنهم بقضائهم هذا، برروا قرارهم تبريرا كافيا، ومتى كان ذلك، استوجب رفض الطعن المؤسس على مخالفة هذا المبدأ**"[3].

ج– الحكم المختلط: وهناك أحكام يصطلح عليها بالأحكام المختلطة، فالحكم المختلط:" **هو كل حكم يكون في جزء منه قطعيا وفي الجزء الآخر غير قطعي، كأن يكون في شق منه تمهيديا وفي الشق الآخر قطعيا، مثل هذا الحكم قرر المجلس الأعلى أنه يحوز حجية الشيء المقضي به، لما فصل فيه بصفة قطعية فقط**"[4].

إن الحكم التمهيدي القاضي بتقسيم المسؤولية بين الأطراف وتعيين خبير لتقدير العجز الذي أصاب الضحية، بالنظر إلى ما فصل فيه، يعتبر في جزء منه موضوعيا، وعدم استئنافه يكسبه حجية الشيء المقضي فيه وتصبح بموجبه الحقوق التي حازها المستفيد منه ثابتة.

الفرع الثالث– آثار الحكم القضائي: هي الأحكام والنتائج التي تترتب على صدور الحكم، فبصدوره تخرج القضية من تحت يد المحكمة التي أصدرته، وما يحكم به يعد حقا للمحكوم له، فلا يجوز النظر في النزاع المحكوم به إمام القضاء من جديد، مما يترتب على ذلك تنفيذ

[1]-Roger Perrot et Nathalie Fricero, Jury Classeur, Procédure Civile, Autorité de la chose jugée au civil sur le civil, Tome5, Paris, 1998, p7.

[2] - عبد الرزاق السنهوري، **مرجع سابق**، ص661.

[3] - قرار رقم 35351 بتاريخ 1984/12/13، م.أع، م.ق، ع4 لسنة 1989، ص95 نقلا عن جمال سايس، **مرجع سابق**، ص316.

[4] - قرار رقم 24509 بتاريخ 1983/30/30، م.أع، م.ق، ع1 لسنة 1989، ص26.

ما حكم به، فالأحكام واجبة الاحترام ولا سبيل للمساس بها مهما شابها من العيوب إلا بالطعن فيها بالطرق المنصوص عليها قانونا.

وحتى يكون حكم الطلاق مرتبا لآثاره بعد صدوره من المحكمة يجب تسجيله في الحالة المدنية للبلدية التي تقع في الاختصاص الإقليمي للمحكمة، وذلك بسعي من النيابة العامة حسب ما نصت عليه المادة 3/49 من ق.أس.ج.

فبعد فشل محاولة الصلح بين الزوجين ومباشرة القاضي لموضوع الدعوى طبقا لنص المادة 450 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنه:" يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق ويأمر بإتحاد كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك"، ويقصد بالتدابير كل ما يتعلق بالأسرة، لاسيما حقوق الأطفال وحمايتهم من مأوى ونفقة ودراسة وغيرها ويصدر حكما نهائيا بالطلاق[1].

إن للأحكام القطعية آثارا مرتبطة بالأشخاص وبالمحكمة، بل وبالغير في بعض الأحيان وهذا ما سنتطرق إليه من خلال الآتي:

أولا- آثار الحكم بالنسبة للخصوم: من أهم الآثار المترتبة على صدور الحكم المنهي للخصومة، اكتساب الحكم لحجية الأمر المقضي به بمجرد النطق به حسب ما نصت عليه المادة 284 من ق.إ.م.إ، بقولها:" **يكون للحكم حجية العقد الرسمي**" كما نصت المادة 338 من القانون المدني بقولها:" **الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب، ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا**".

كما قرر القضاء ذلك، فهذه النصوص تحث على احترام أحكام القضاء، فوصف الحكم بأنه يحوز حجية الأمر المقضي به ووصفه بأنه يحوز قوة الشيء المقضي به، معناه أن للحكم حجية فيما بين الخصوم بالنسبة إلى ذات الحق محلا وسببا، وتبقى هذه الحجية قائمة

[1] - سائ سنقوقة، **مرجع سابق**، ص261 بتصرف.

مادام الحكم قائما، إلا إذا طعن فيه بطرق الطعن العادية كالاستئناف أوقفت هذه الحجية، فإذا ألغي هذا الحكم في الاستئناف بقت له حجية بوصف قوة الأمر المقضي به، فكل أمر يحوز قوة الأمر المقضي به تكون له الحجية وليس العكس[1].

فحجية الحكم القضائي تقضي بأنه يمنع إعادة عرض ما فصل فيه من نزاع من جديد على القضاء أي أنه لا يقبل الطعن فيه بالطرق العادية وهو ما يعبر عنه بالحكم النهائي، فيعتبر سندا تنفيذيا ويكون قابلا للتنفيذ حتى ولو كان يجوز الطعن فيه بالنقض.

فبمجرد صدور الحكم سواء كان تقريريا أو كاشفا أو منشأ يكتسب الحق موضوع النزاع القوة في مواجهة الخصم لأنه أصبح يحوز سندا رسميا، وأن ذلك الحق لا يسقط بعد أن يصدر الحكم إلا بعد أن تسقط المدة المقررة لتقادم الأحكام وهي خمسة عشر(15) سنة من تاريخ قابلية الحكم للتنفيذ طبقا لنص المادة 1/630 من ق.إ.م.إ.

فالحكم في دعوى فك الرابطة الزوجية يصدر ابتدائيا نهائيا لا يقبل الطعن بالاستئناف حسب نص المادة 57 من ق.أس.ج، فيما عدا جوانبها المادية، وهذا يعني أن الحكم الصادر في دعوى الطلاق هو حكم قطعي لأنه حسم النزاع في شقه الموضوعي، وأما شقه الثاني الذي ينصب على المسائل المادية من نفقة ومسكن وحضانة أو حق زيارة المحضون أو النزاع على متاع البيت بين الزوجين فيكون حكما ابتدائيا قابل للطعن بالطرق العادية[2].

كما يمكن الطعن في هذا الحكم بطريق المعارضة فقد ذهب الأستاذ زوده عمر إلي أنه إذا تم إعلام الزوجة بتاريخ النطق بالحكم فيعد ذلك قرينة على علمها بالفرقة وبالتالي تسري آثار الطلاق من تاريخ النطق به، في حين أنه إذا لم يتم تبليغ الزوجة بتاريخ جلسة الإعلان عن الطلاق فهي تعد غير عالمة به ولا تسري آثار الطلاق في حقها إلا ابتداء من تاريخ إعلامها، وهنا يحق للزوجة أن تطعن في الحكم الصادر بالطلاق طبقا لطرق الطعن المقررة[3].

---

[1] - أحمد أبو الوفا، **مرجع سابق**، ص780.

[2] - - الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص119- 120.

[3] - عمر زوده، **طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2003/2002، ص133.

فحكم الطلاق غير قابل للاستئناف، ولكنه قابل للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا وهو المستقر عليه فقها وقضاء.

ومن أهم الآثار الناتجة عن الطلاق التعسفي الحكم بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الزوجة، ومن هذه الآثار المترتبة عن الحكم القضائي أيضا أنه يصبح كل واحد منهما أجنبيا بالنسبة للآخر، وأن هذا الحكم كاشف على رغبة الزوج في إيقاع الطلاق، ولا حق لأحدهما في ميراث الآخر بعد الفرقة، ويحتج بهذا الحكم على الغير من تاريخ تسجيله في الحالة المدنية[1].

ثانيا-آثار الحكم بالنسبة للمحكمة: يترتب على صدور الحكم من وقت النطق به انتهاء الدعوى فيخرج النزاع من ولاية المحكمة ويكتسب حجية الأمر المقضي فيه وتقرير الحقوق ومصاريف الدعوى، فخروج النزاع من ولاية المحكمة سواء كانت إعادة النظر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، فلا يمكن للمحكمة العدول عما قضت به أو تعديله إلا وفقا للقانون، ويقتصر ذلك على المسألة التي فصلت فيها بهذا الحكم الذي يصبح جاهزا لتنفيذ مضمونه.

وقد استثنى الفقهاء عدة حالات يجوز فيها للقاضي الرجوع عن حكمه الذي يعد نقضا للحكم ومن هذه الحالات:

- الحالة الأولى: حالة ظهور للقاضي أنه أخطأ في حكمه الشرعي سواء بمخالفته للنص أو الإجماع أو القياس، فهذا النوع ينقضه القاضي بنفسه ويرجع عنه بلا خلاف بين العلماء، وكذلك في حالة أن يكون الخطأ في المسائل الاجتهادية التي اختلف الفقهاء في حكمها والمعروفة بتغير الاجتهاد فالقاضي حينها يصدر الحكم ظنا منه أنه هو عين الصواب، ولكن بعد ذلك اجتهد فرأى بأنه أخطأ فتغير اجتهاده، وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا النوع إلى قولين:

يرى جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة وسحنون من المالكية عدم جواز الرجوع عن الحكم في مثل هذه الحالة، لأن الحكم وقع صحيحا وقت صدوره، وقد ثبت عدم جواز النقض بفعل الصحابة رضوان الله عليهم، فقد روي أن الخليفة عمر بن الخطاب –

[1] - الغوثي بن ملحة، **مرجع سابق**، ص122.

رضي الله عنه – قد حكم في المسألة المشتركة بإسقاط الإخوة الأشقاء في قضية ثم شرك بينهم وبين الإخوة لأم في قضية أخرى بعدها، وسئل عن ذلك فقال:" **تلك على ما قضينا يومئذ وهذه على ما قضينا اليوم**"[1].

ويرى ابن القاسم وأبي ثور من المالكية وكذا فقهاء الظاهرية أن للقاضي أن ينقض جميع ما بان له من أخطاء في أحكامه، فإذا حكم بحكم رأى أنه أخطأ فيه فعليه أن يرجع عنه وإن كان مما يجتهد فيه، واستدل أصحاب هذا الرأي بكتاب سيدنا عمر إلى أبي موسى الأشعري والذي جاء فيه:" **ولا يمنعك قضاء قضيته بالأمس ثم راجعت نفسك فيه اليوم فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل**"[2].

أضف إلى ذلك أن هذا الحكم قد ظهر أنه خطأ فوجب الرجوع عنه، واشترط المالكية بتطبيق هذا الرأي بأن ينص القاضي على ولايته، فإن مات أو عزل أصبح الحكم حجة ولا يجوز نقضه[3].

– الحالة الثانية: حالة ما إذا كان القاضي قد استند في حكمه على علمه الشخصي فله الرجوع عنه[4].

– الحالة الثالثة: إذا حُكم في مسألة اجتهادية بخلاف مذهبه عمدا أو سهوا وكان الحاكم مقلدا فهذا يرجع على حكمه وينقضه، أما إذا كان مجتهدا فلا"[5].

– الحالة الرابعة: إذا حُكم في قضية مستند إلى بيئة معينة كشهادة الشهود مثلا ثم تبين بعد صدور الحكم أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف أو أي سبب يبطل شهادتهم، ففي هذه

[1] - البيهقي، **السنن الكبرى**، ج6، كتاب الفرائض، باب الشركة، ص255.
[2] - رواه البيهقي، **مرجع سابق**، ص119، ابن القيم، **أعلام الموقعين، مرجع سابق**، ص85، ابن قدامة، **مرجع سابق**، ص404، ابن حجر العسقلاني، **مرجع سابق**، ص196.
[3] - الحطاب، **مواهب الجليل، مرجع سابق**، ص138.
[4] - ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار، مرجع سابق**، ص423.
[5] - الحصكفي، **مرجع سابق**، ص409.

الحالة يرجع القاضي عن حكمه وإن لم يكن هذا السبب متعلقا بشخصه، وذلك لظهور بطلان سبب الحكم[1].

كما أنه لا يجوز للقاضي المخالف نقض الحكم الذي أصدره قاض سابق وحكم فيه، بل يجب عليه أن ينفذه ويمضيه، خاصة وأن هذا الحكم صدر صحيحا مستوفيا لجميع شروطه، مع الملاحظ أن الحنفية يجيزون نقض حكم أحكام القضاة دون المحكمين خلافا للمالكية الذين لا يفرقون بين القاضي والمحكم في هذا الأثر[2].

أما قانونا فإن الحكم القضائي شأنه شأن الحكم القضائي في الشريعة، فهو إنهاء للنزاع القائم وفصل للخصومة، فبمجرد صدور الحكم النهائي الفاصل في النزاع تنتهي ولاية المحكمة، ولا يجوز للقاضي إعادة فتح المحاكمة أو الرجوع عن الحكم أو تعديله أو الإضافة عليه، ويتبين من ذلك أن القانون أجاز للمحكمة تصحيح الأخطاء الكتابية والحسابية الواردة في الحكم، فقد نصت المادة 297 من ق.إ.م.إ على:" **يتخلى القاضي عن النزاع الذي فصل فيه بمجرد النطق بالحكم، غير أنه يمكن للقاضي الرجوع عن حكمه في حالة الطعن بالمعارضة أو اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أو التماس إعادة النظر، ويجوز له أيضا تفسير حكمه أو تصحيحه طبقا لنص المادتين 285، 286 من هذا القانون**".

فالمحكمة بعد صدور الحكم لا يجوز أن تمسه سواء بالتعديل أو الإلغاء إلا في حالة الطعن أو في حالة تصحيح الحكم من قبل نفس المحكمة التي أصدرت الحكم حتى ولو حاز ذلك الحكم قوة الشيء المقضى به، فبعد تصحيحه يكون الحكم المصحح حائزا لقوة الشيء المقضي به فلا يمكن الطعن فيه إلا عن طريق الطعن بالنقض.

أما تصحيح الأخطاء المادية فإن تعديل الحكم لا يؤدي إلى تعديل ما قضى به الحكم من حقوق والتزامات للأطراف، كما يجوز للمحكمة أن تفسر ما قضت به وتوضيح مدلول الحكم أو تحديد مضمونه[3].

---

[1] - ابن القيم، **البحر الرائق، مرجع سابق**، ص281، عبد الناصر موسى أبو البصل، **مرجع سابق**، ص424.

[2] - الحصكفي، **مرجع سابق**، ص208، الدردير، **الشرح الكبير، مرجع سابق**، ص136.

[3] - شويحة زينب، **مرجع سابق**، ص219-210.

ويقصد بتفسير الحكم القضائي توضيح الغموض أو اللبس أو أي إبهام يكشف ذلك الحكم، وأن الحكم الصادر بالتفسير متمما للحكم ويسري عليه ما يسري على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية، فقد نصت المادة 184 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على ذلك.

ومن آثار الحكم القضائي بالنسبة للمحكمة إلزامها بالفصل في مصاريف الدعوى، فإن إقامة الدعوى تتطلب رسوما ومصاريف ونفقات تدفع من قبل المدعى بالحق ابتداء على أن يتحملها المحكوم عليه الذي خسر الدعوى، فيتحملها انتهاء سواء أكان هو المدعى أو المدعي عليه، وتحكم بها المحكمة على المحكوم عليه من تلقاء نفسها، وتعد أجرة الخبراء واستقدام الشهود وأجور الترجمة وأتعاب المحاماة وغيرها من مصاريف الدعوى.

وهناك دعاوى يتحمل فيها المدعى مصاريف الدعوى ابتداء وانتهاء وذلك لعدم وجود محكوم عليه كدعوى الطلاق لعدم اعتبار أحد الزوجين خاسرا فيها، فالطلاق أمر بيد الزوج وقد أوقعه ولا يمكن اعتبار الزوجة خاسرة في هذه الحالة[1].

فقد نصت المادة 421 من ق.إ.م.إ بقولها:" **يتضمن القرار أو الحكم أو الأمر الفاصل في النزاع تصفية مقدار المصاريف إلا إذا تعذر تصفيتها قبل صدوره، في الحالة الأخيرة تتم تصفية المصاريف بموجب أمر يصدره القاضي ويرفق بمستندات الدعوى**".

يتضح مما سبق أن هناك إلزام قانوني للمحكمة بوجوب الفصل في مصاريف النزاع وتصفيتها في نفس الحكم الفاصل في موضوع النزاع، إلا إذا حال دون ذلك مانع، كما أن مقدار المصاريف القضائية منوط بالتشريع لا بالسلطة التقديرية للقاضي إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

في حين تعفى المساعدة القضائية من دفع هذه المصاريف حسب ما نصت عليه المادة 417 من ق.إ.م.إ، كما يجوز الاعتراض على تصفية المصاريف أمام رئيس الجهة القضائية

[1] - قرار محكمة التمييز العراقية رقم 95/شخصية/1973، ن.ق، السنة4، ع3، ص 288.

التي أصدرت الحكم في أجل عشرة(10) أيام من تاريخ التبليغ الرسمي حسب ما نصت عليه المادة 422 من ق.إ.م.إ[1].

ونخلص إلى أن الفقه الإسلامي والقانون رتب عدة آثار عن الحكم القضائي متى حاز حجية الأمر المقضي به، وأن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق لا تكون قابلة للطعن فيها بالاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، ولكن يقبل فقط الطعن فيها بالنقض أمام المحكمة العليا على الرغم من أن ق.أس.ج وق.إ.م.إ لم ينص على كون أن هذه الأحكام تصدر ابتدائية ونهائية[2].

المبحـــث الثاني

تقدير القاضي للطلاق التعسفي

إن مصطلح السلطة التقديرية من المصطلحات الحديثة التي يقابلها في الفقه الإسلامي اجتهاد القاضي والمصالح المرسلة، وقاعدة تصرف ولي الأمر منوطة بالمصلحة، مما يقتضي درء المفاسد وجلب المصالح حسب روح الشريعة ومقاصدها العامة[3].

في حين نجد جل القوانين ومن بينها القانون الجزائري لم يعرف مصطلح السلطة التقديرية بهذا اللفظ، وترك ذلك لفقهاء القانون، فقد عرفها البعض بقوله:" **هي عملية يعمل فيها القاضي فكره وعقله وتخضع لترجيحه وملائمته، فهي تختلف من قاض لآخر بالنسبة للواقعة الواحدة**"[4].

فالسلطة التقديرية للقاضي هي صلاحية ممنوحة له بموجب الشرع والقانون أساسها النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي، وهي جوهر العمل القضائي، وهي ملازمة له يمارسها القاضي في كل مراحل الدعوى.

---

[1] - شويحة زينب، **مرجع سابق**، ص222-223.

[2] - عبد العزيز سعد، **إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية**، دار هومه، الجزائر، 2013، ص94.

[3] - فتحي الدريني، **الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده**، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، د.س.ن، ص105.

[4] - عبد العزيز خليل بدوي، **الطعن بالنقض أمام المحاكم الإدارية العليا**، ط1، دار الفكر العربي، مصر، 1970، ص23.

يتضح مما سبق أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي صلاحية تمنح لمن يتولى الفصل بين جماعة من الناس يربطهم أمر مشترك، وذلك بالتروية والتفكير لتسوية ما ينشأ بينهم من خصومات، بعد البحث في ادعائهم وتحري صدقهم من كذبهم، وتخضع للرقابة القضائية[1].

يترتب عن الطلاق العديد من الآثار القانونية والشرعية، وخاصة إذا أوقعه الزوج بدون مبرر شرعي أو منطقي أو جدي أو موضوعي، فيكون قد تعسف في استعمال حقه وخرج عن الحكمة التي اقتضت بها الشريعة الإسلامية والقانون، مما يسبب أضرار للزوجة من جراء هذا الطلاق التعسفي، سواء من الناحية المادية أو المعنوية، رغم أن هذه الزوجة لم ترتكب أي خطأ من جانبها.

فالآثار يمكن أن تكون مباشرة أو غير مباشرة، مالية وغير مالية، إلا أننا نقتصر على ذكر البعض منها وبما يتماشى وموضوع الدراسة، فهذه الآثار تنحصر في الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي وكذا التعويض عن فك الرابطة الزوجية إضافة إلى العدة ونفقة المتعة، وتخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، خاصة إذا ترتب عن فك الرابطة ضرر حسب ما نصت عليه المادة 52 من ق.أس.ج.

ففي هذا المبحث سوف نتطرق إلى تقدير القاضي للضرر الناتج عن الطلاق التعسفي (مطلب أول) وكذا تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي (مطلب ثان) وإلى تقدير نفقة العدة والمتعة للمطلقة تعسفا (مطلب ثالث) من خلال ما يلي:

المطـــــــلب الأول

تقدير القاضي للضرر الناتج عن الطلاق التعسفي

إن الأضرار الموجبة للتعويض ليست على درجة واحدة فهي عديدة ومتنوعة، فهناك الضرر المادي والضرر المعنوي والضرر المرتد، والتي عادة ما تلحق الطرف الضعيف في العلاقة كالضرر الناتج عن تعسف الزوج في الطلاق، بموجبه منح القانون لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة ليحكم للمطلقة بالتعويض جبرا عن الضرر الذي لحق بها.

[1] - محمود محمد ناصر بركات ، **السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي**، دار النفائس، الأردن، 2007، ص81.

لدى وجب التطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الضرر ودليل مشروعيته وأنواعه (فرع أول) وإلى شروط الضرر وكيفية إثباته (فرع ثان) وإلى تقدير القاضي للضرر (فرع ثالث) من خلال الآتي:

الفرع الأول- مفهوم الضرر ودليل مشروعيته وأنواعه: يعد الضرر في القانون أساسا لقيام المسؤولية المدنية[1]، وفي الفقه الإسلامي يعد من موجبات الضمان[2]، حيث تعددت تعريفات الضرر كل تناوله من وجهة نظر خاصة يمكن ذكر بعضها، ومن أجل تحديد مفهومه في الفقه الإسلامي والقانون، يتعين علينا التطرق إلى تعريف الضرر(**أولا**)، ثم نبين دليل مشروعيته(**ثانيا**) ونتطرق لبيان أنواعه(**ثالثا**) من خلال الآتي:

أولا-تعريف الضرر: يتعين التطرق إلى التعريف اللغوي، ثم إلى التعريف الاصطلاحي.

1- تعريف الضرر لغة: الضرر له عدة معان في معاجم اللغة العربية، فالضَّرَر ضد النفع، والضَّرُ هو الهزال وسوء الحال، والاسم الضَّرَرُ يطلق على نقص يدخل الأعيان[3]، كالأموال والأنفس، كما ورد بمعنى الضيق والشدة[4]، وضَرَّةُ المرأة امرأة زوجها، والبأساء والضَّرَّاءُ الشدة وهما اسمان مؤنثان من غير تذكير، والمَضَرَّةُ خلاف المنفعة، والضُّر بمعنى الفاقة والفقر، ورجل ذو ضَرورَةٍ أي ذو حاجة وقد اضْطَرَّ إلى الشيء أي أُلجئ إليه، ورجل ضَرِيرٌ بيِّن الضَّرارَةِ بالفتح أي ذاهب البصر.

من أَسماء الله تعالى: النَّافِعُ الضَّارُّ، وهو الذي ينفع من يشاء من خلقه ويضرّه حيث هو خالق الأَشياء كلِّها خيرِها وشرّها ونفعها[5].

2-تعريف الضرر اصطلاحا: تطرق العديد من الفقهاء والعلماء إلى تعريفات فقهية وقانونية للضرر، فقد ورد التعبير عنه بعدة معان، منها الإتلاف ومنها الاستهلاك ومنها الإفساد

[1] - محمد صبري السعدي، **النظرية العامة للالتزامات(مصادر الالتزام)**، ج2، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص81.
[2]- عبد الهادي بن زيطة، **مرجع سابق**، ص16.
[3]- الفيومي، أحمد بن علي، **المصباح المنير**، ج2، دار الفكر للطباعة والنشر، القاهرة، د.س.ن، ص360.
[4]- مرتضى الزبيدي، **تاج العروس، مرجع سابق**، ص348.
[5]- ابن منظور جمال الدين، **لسان العرب، مرجع سابق**، ص482.

ومنها الأفعال الموجبة للضمان، والواقع أن هذه المعاني غير مقصودة لذات التعريف بل هي وصف للأفعال الموجبة للضمان[1]، ومن هذه التعاريف ما يلي:

أ- تعريف الضرر في الفقه الإسلامي: عرفه الفقهاء المتقدمون والمعاصرون عدة تعريفات:

- عرف الباجي من فقهاء المالكية الضرر بقوله:" **الضرر ما قصد الإنسان به منفعة نفسه وكان فيه ضرر على غيره، والضرار ما قصد به الإضرار لغيره**"، فقد فرق الباجي بين وقوع الضرر على الغير كنقصان حقه أو إيلامه بإصابة في جسمه أو في عضو من أعضائه أو سلب ماله أو إلحاق مفسدة بالغير وهو مناقضا للنفع، والإضرار أو الضِرار فيشمل معنى زائد عن الضرر من حيث إلحاق مفسدة بالغير دون أن تتحقق من ورائها منفعة شخصية[2].

- عرف ابن رجب من فقهاء الحنابلة الضرر بقوله:" **الضرر بأن يدخل الإنسان على غيره ضررا بما ينتفع به هو، والضرار أن يدخل على غيره ضررا بلا منفعة له به، كمن منع مالا يضره، ويتضرر به الممنوع**"[3]، يتضح من هذا التعريف الضرر إلحاق مفسدة بالغير عن طريق الترك أو ما يصطلح عليه في القانون بجرائم الامتناع.

- قال الشوكاني:"... **وقيل الضرار أن تضره من غير أن تنتفع، والضرر أن تضره وتنتفع أنت به**"[4].

- قال صاحب معين الحكام:" **وقال بعضهم الضرر ما ينفعك ويضر صاحبك**"، والضرار لا يضر صاحبك ولا ينفعك، فيكون الضرر ما قصد به الإنسان منفعة وكان فيه ضرر على غيره، والضرار ما قصد به الإضرار بغيره.

- وعرفه الإمام النووي:"**الضرر هو الأذى**".

- كما عرفه السيوطي: **بأنه إلحاق مفسدة بالغير مطلقا**".

---

[1] - الكاساني، **مرجع سابق**، 286.

[2] - الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسي، **المنتقى شرح موطأ مالك بن انس**، دار الكتب العلمية، ط1، ج5، بيروت، 1991، ص40.

[3] - ابن رجب الحنبلي، **جامع العلوم والحكم**، ط1، دار الرشيد للكتاب، الجزائر، 2007، ص299.

[4] - الشوكاني، **نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار**، ج6، دار الحديث، القاهرة، 1993، ص358.

– يعرف الضرر في الفقه الإسلامي بأنه:" **إلحاق مفسدة بالآخرين أو هو كل إيذاء يلحق بالشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته فيسبب له خسارة مالية سواء بالنقص أو التلف المادي أو بنقص المنافع أو زوال بعض الأوصاف**"[1].

– عرف الدكتور محمد وهبة الزحيلي أيضا الضرر فقال:"**بأنه إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل كالشتم والضرب والهجر من غير سبب يبيحه**"[2].

ومما يستنتج من هذه التعريفات أن هناك من استعمل الضرر في مقابل النفع، ومن استعمله بمعنى إلحاق المفسدة والأذى بالغير ومن استعمله بمعنى إنقاص الرجل أخاه شيئا من حقوقه فاقتصر بعضهم على المعنى اللغوي دون المعنى الاصطلاحي.

ومنه التعريف المختار:" **الضرر هو كل أذى يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك**"[3]، فقد شمل هذا التعريف الضرر بنوعيه.

ب– تعريف الضرر في الاصطلاح القانوني: الضرر في القانون بمفهوم المسؤولية المدنية، لأنه الركن الثاني من أركانها، فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره متى ثبت وتوفرت شروطه كوجود رابطة قانونية وشرعية.

بالرغم من ورود مصطلح الضرر في كثير من مواضع التقنين الجزائري إلا أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا له تاركا ذلك المجال للفقهاء وشراح القانون فقد نصت المادة **124** من القانون المدني على:" **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**"، وهو يختلف عن الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق، لأنه ذو طبيعة خاصة ومن مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية[4].

---

[1] - وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان**، ط2، دار الفكر، دمشق، سورية، 1998، ص23.

[2]- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق**، ص527.

[3]- فريحاوي كمال، **التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري**، دراسة مقارنة، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص14.

[4]- باديس ديابي، **مرجع سابق**، ص86.

– هناك من عرف الضرر:" **الضرر يعني الإتلاف والمقصود بالإتلاف أن يفقد الشيء منفعته كلا أو بعضا أي أن يكون الإتلاف كليا أو جزئيا**"، وعلى العموم فإن الضرر يتمثل في الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق الضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه[1].

– عرف القضاء المصري الضرر بأنه:" **الضرر إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها في العرف معاملة شاذة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها**"[2].

– وفي القانون الفرنسي للضرر مصطلحين متميزين هما Le prejudice ويعني به الضرر و Le dommage ويعني به الإيذاء أي الاعتداء على سلامة شخص سواء تعلق الأمر بسلامته البدنية أو المادية أو المعنوية، ويعتبر الفقيه J.F.Benoit أول من ميز بين المصطلحين[3].

ثانيا– حكم الضرر ودليل مشروعيته: لا يجوز الضرر شرعا وقانونا، وأساس حرمته حديث رسول اللهﷺ:" **لا ضرر ولا ضرار**".

والمقصود بلا ضرر أي لا يجوز لأحد الإضرار بغيره لا في نفسه ولا في عرضه ولا في ماله لأن إلحاق الضرر بالغير ظلم والظلم حرام في الإسلام، والضرر الممنوع إلحاقه بالغير هو الضرر الفاحش مطلقا.

والمقصود بلا ضرار أي لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر، وإنما على المتضرر أن يراجع جهة القضاء للحكم له بالتعويض عما لحقه من ضرر، فمن ألحق ضررا بزوجته من خلال الطلاق التعسفي جاز لها رفع دعوى قضائية لتعويضها عن الضرر الذي أصابها[4].

---

[1]- علي فيلالي، **الالتزامات الفعل المستحق للتعويض**، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص284.

[2]- عبد الحميد الشورابي، **مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص142.

[3]-J.F.Benoit, **Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé** (problèmes de causalité et imputabilité), J.C.P, Paris, ,1957, p1351.

[4] - عبد الكريم زيدان، **الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية**، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003، ص85،86.

فالضرر هو الأذى الذي يلحق بالزوجة المطلقة تعسفا، لذلك لا خلاف بين الفقهاء في مشروعيته، إذ الأصل في هذه المشروعية ثابت بالكتاب والسنة والإجماع ونص القانون عليه أيضا ووضع له ضوابط ومعايير.

1- من القرآن الكريم: الضرر في القرآن الكريم جاء بعدة معان تضمنتها العديد من الآيات.

- جاء الضرر بمعنى البلاء والشدة **قَالَ تَعَالَى:** ﴿وَإِذَا مَسَّ ٱلْإِنسَٰنَ ٱلضُّرُّ دَعَانَا لِجَنۢبِهِۦٓ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَآئِمًا فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُۥ مَرَّ كَأَن لَّمْ يَدْعُنَآ إِلَىٰ ضُرٍّ مَّسَّهُۥ ۚ كَذَٰلِكَ زُيِّنَ لِلْمُسْرِفِينَ مَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ﴾[1].

- وجاء الضرر بمعنى الجوع **قَالَ تَعَالَى:** ﴿فَلَمَّا دَخَلُوا۟ عَلَيْهِ قَالُوا۟ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْعَزِيزُ مَسَّنَا وَأَهْلَنَا ٱلضُّرُّ وَجِئْنَا بِبِضَٰعَةٍ مُّزْجَىٰةٍ فَأَوْفِ لَنَا ٱلْكَيْلَ وَتَصَدَّقْ عَلَيْنَآ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ يَجْزِى ٱلْمُتَصَدِّقِينَ﴾[2].

وجاء الضرر بمعنى نقص القدر والمنزلة **قَالَ تَعَالَى:** ﴿إِن تَمْسَسْكُمْ حَسَنَةٌ تَسُؤْهُمْ وَإِن تُصِبْكُمْ سَيِّئَةٌ يَفْرَحُوا۟ بِهَا ۖ وَإِن تَصْبِرُوا۟ وَتَتَّقُوا۟ لَا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ شَيْـًٔا ۗ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا يَعْمَلُونَ مُحِيطٌ﴾[3].

- وجاء الضرر بمعنى المرض والوجع والعلة **قَالَ تَعَالَى:** ﴿وَٱلصَّٰبِرِينَ فِى ٱلْبَأْسَآءِ وَٱلضَّرَّآءِ وَحِينَ ٱلْبَأْسِ ۗ أُو۟لَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ صَدَقُوا۟ ۖ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُتَّقُونَ﴾[4].

وقَالَ تَعَالَى: ﴿وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَىٰ رَبَّهُۥٓ أَنِّى مَسَّنِىَ ٱلضُّرُّ وَأَنتَ أَرْحَمُ ٱلرَّٰحِمِينَ﴾[5].

- وجاء الضرر بمعنى العاهة **قَالَ تَعَالَى:** ﴿لَّا يَسْتَوِى ٱلْقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُو۟لِى ٱلضَّرَرِ﴾[6].

2- الضرر في السنة: وردت كلمة الضرر في كثير من آثار الصحابة والتابعين وتعددت معانيها.

---

[1]- سورة يونس، الآية12.
[2]- سورة يوسف، الآية88.
[3]- سورة آل عمران، الآية120.
[4]- سورة البقرة، الآية176.
[5] - سورة الأنبياء، الآية82.
[6] - سورة النساء، الآية94.

– عن شهر ابن حوشب عن أبي هريرة عن رسول اللهﷺ:" **إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران بالوصية فتجب لهما النار**"، بمعنى بالمضارة في الوصية بالزيادة أو النقصان أو يوصي بها لغير أهلها ونحو ذلك[1]، وهو ما يلحق بالورثة من الأذى والتألم بسبب إدخال المورث النقص على حقوقهم، إذ أن الإضرار في الوصية قطع من الميراث، فعن أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان الخذري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال:**" لا ضرر ولا ضرار"**[2].

3– الضرر في إجماع الصحابة: روي مالك عن سعيد بن المسيب قال:" **أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر، فإنها تخير فإن شاءت قرت وإن شاءت فارقت**"، أي يثبت للمرأة الخيار، وإلا أصابها ضرر[3].

ويتمثل موقف الشريعة الإسلامية من الإضرار بالإنسان في مقولة الإمام الشاطبي– رحمه الله–" **أن الأصل دفع الإضرار ما أمكن الدفع لأن صيانة الإنسان غيره والامتناع عن إنزاله الضرر به وإيلامه بأي وجه من وجوه الإيلام أصل ثابت في الإسلام**".

وفي هذا المعنى يقول الشيخ أبو زهرة– رحمه الله–:" **فالأحكام الشرعية كلها قامت لتحقيق مصالح العباد وكل حق ثابت مقيد بعدم الضرر**"[4].

4– الضرر في القانون: وردت كلمة الضرر في القانون في عدة مواضع سواء في القانون المدني أو قانون الأسرة الجزائري وجاءت أغلبها مقترنة بالتعويض.

ففي حال العدول عن الخطبة نصت المادة2/5أسرة بقولها:" **إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض**".

وفي حالة الطلاق التعسفي نصت المادة 52 منه على:" **إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**".

---

[1]- أخرجه أبو داود في سننه، **كتاب الوصايا**، باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية، حديث رقم 2849.

[2]- راوه ابن ماجة في الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره رقم 2341.

[3]- مالك بن أنس، **الموطأ**(348)، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخيار، ط: دار الشعب، د.ب.ن، د.س.ن.

[4]- أحمد موافي، **الضرر في الفقه الإسلامي**، مج1، ط1، دار ابن عفان للنشر، المملكة العربية السعودية، 1997، ص 101.

وفي حالة التطليق نصت المادة 53 مكرر منه على:" **يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**".

وفي حالة النشوز نصت المادة 55 منه على:" **عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر**".

لقد جاءت مدونة الأسرة بتعريف دقيق للضرر في المادة 2/99 بقولها:" **يعتبر ضررا مبررا لطلب التطليق كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية**".

إذن فالضرر يتمثل في سوء المعاشرة الزوجية وفي إساءة الرجل إلى زوجته بالشكل الذي يجعل الحياة الزوجية مستعصية الاستمرار، وهذا الضرر إما أن يكون ضررا ماديا كاستعمال العنف أو معنويا كالسب والشتم أو إكراهها على فعل ما حرمه الله كما يتمثل في الضرر الناتج عن سلوك الزوج المشين أو المخل بالأخلاق الحميدة وبالتالي يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تؤدي إلى جعل الزوجة غير قادرة على الاستمرار في الحياة الزوجية وتحديد ما يشكل ضررا من عدمه موكول إلى السلطة التقديرية للقضاء.

كما نصت المادة 101 من مدونة الأسرة أيضا على مشروعية الضرر والتعويض عنه بقولها:" **في حالة الحكم بالتطليق للضرر للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر**"، ويكون ذلك طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود[1].

ونص الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن التعويض عن الطلاق يستحقه من تضرر من الزوجين، لقاء ضرره المعنوي وضرره المادي الناجمين عن الطلاق، وذالك في صورتي الطلاق بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر أو بناء على الطلاق إنشاء(المقصود به الطلاق التعسفي).

[1] - إدريس الفاخوري، **الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات**، ط1، منشورات المعهد العالي، الدار البيضاء، المملكة المغربية، 1994 ص77.

ثالثا- أنواع الضرر: نتطرق لأنواع الضرر الموجب للتعويض سواء كان ضررا ماديا أو معنويا أو ارتداديا وهذا ما سنبينه من خلال الآتي:

1- الضرر المادي: وهو الذي يصيب الإنسان في جسمه وماله، أو يفوت عليه مصلحة مادية مشروعة أو يلحق به خسارة[1]، ويتمثل الضرر المادي في الاعتداء على حق مالي أي كان نوعه سواء كان حقا عينيا تبعيا أو حقا شخصيا، فللضرر المادي وجهان أحدهما يصيب الإنسان في جسده وحياته ويعرف بالضرر الجسدي، والآخر يمس بحقوق أو مصالح مالية للشخص، مما ينعكس سلبا على ذمته المالية، وهو ما يعرف بالضرر المالي.

أما الضرر المادي بالنسبة للمطلقة تعسفا، فيتمثل في ترك الزوجة الموظفة أو العاملة لوظيفتها بسبب اشتراط زوجها ذلك، ومن أجل الاهتمام بزوجها وتربية أولادها، ثم يطلقها زوجها بدون سبب من الأسباب الشرعية أو القانونية مما يسبب لها ضررا ماديا[2].

فقد نصت المادة 52 من ق.أس.ج على:" **إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**".

فالضرر المادي في نظر الشريعة الإسلامية عندما يطلق الزوج زوجته طلاقا تعسفيا، قد يكون عندما يطلقها بقصد الحرمان من الميراث فينجم عنه ضرر مادي يتمثل في ضياع نصيبها من الميراث، أو إيقاع الطلاق في طهر مسها فيه ينجم عنه ضرر مادي يتمثل في تلبيس أمر حساب العدة عليها، وقد تعددت أنواع الجزاء في الشريعة الإسلامية فأقرت أربعة أنواع من الجزاءات هي: الجزاء المالي والجزاء العيني والجزاء الديني والتعزير، والقانون لا يأخذ إلا بالجزاء المالي والجزاء العيني والتعزير[3].

فقد رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاق التعسفي تعويضا تفرضه على الزوج لمطلقته وهو ما يسمى بالمتعة التي هي مندوبة في الفقه المالكي ولا يجبر المطلق عليها،

---

[1]- عبد الهادي بن زيطة، **مرجع سابق**، ص27.

[2]- عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، ط4، دار هومة، الجزائر، 1982، ص306.

[3]- يومبعي عبد اللطيف، **التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي**، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الوادي، 2014-2015، ص61.

وإنما هي تطيبا لنفس المرأة مما لحقها من آلام الطلاق، **قَالَ تَعَالَى:** ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾[1].

جاء في قرار للمجلس الأعلى:" **حيث أن الشريعة الإسلامية قررت لكل زوجة طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عما حصل لها من ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعويض، وكان على القاضي أن يحكم للمطلقة في القضية بمبلغ يفي بالمراد تحت التعبير الشرعي وهو المتعة أو يعبر عنه بالتعويض وحده ليفسر بالمتعة، لا أن يمنحها مبلغا رمزيا زهيدا باسم المتعة ويجعل لها مبلغ آخر غير شرعي تحت اسم التعويض، مما حرمها من هذا الأخير لأنه غير واجب وأجحف في حقها بالنسبة للمتعة، والمجلس إذ وافق على ذلك وهو كما ذكره فإنه حاد عن الشرع وعرض قراره للنقض الجزئي**"[2]، ففي هذا القرار اعتبر المجلس الأعلى التعويض المنصوص عليه في المادة **52** من ق.أس.ج متعة ومنعت منح تعويضين للمطلقة مما يعني أنها لا تقتضي بالتعويض عن الضرر المادي بموجب المادة السابقة الذكر.

وجاء في قرار آخر:" **من الأحكام الشرعية أن الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي...**"[3].

من خلال هذا القرار اعتبر القضاة المتعة تعويض لجبر الضرر المعنوي واعتبروا التعويض عن الطلاق التعسفي هو لجبر الضرر المادي الناتج عن التعسف، مما يقتضي حصول المطلقة على تعويضين مستقلين طبقا لنص المادة **52** أسرة.

---

[1]- سورة البقرة، الآية239.

[2]- قرار رقم 35912 بتاريخ 1985/04/08، م.ق، ع1، 1989، ص91.

[3] - قرار رقم 41560 بتاريخ 1986/04/07، م.ق، ع2، 1989، ص69.

2- الضرر المعنوي: يتعلق هذا الضرر بالجانب الأدبي المتعلق بالمشاعر، وهو المساس بمصلحة مشروعة غير مالية محمية قانونا، فالضرر المعنوي هو ما يصيب الإنسان في شعوره أو عاطفته.

لقد عرفه الشيخ مجاهد الإسلام القاسمي بأنه:" **كل مصيبة أو كربة تصيب الزوجة بصورة الآلام والأوجاع الروحية من الشتم والتحقير وترك الجماع والكلام والمبيت**"[1].

عرفه الأستاذ سليمان مرقس بأنه:" **يعتبر ضررا أدبيا كل مساس بشرف أو سمعة الشخص واعتباره كما في القذف والسب**"[2].

كما عرفه الأستاذ غني حسون طه بأنه:" **الضرر الذي لا يصيب الشخص في حق من حقوقه المالية بل في شرفه أو في شعوره أو عواطفه أو عرضه أو كرامته أو سمعته أو مركزه الاجتماعي**"[3].

عرفت محكمة التعقيب التونسية الضرر المعنوي بأنه:" **الشعور بالحسرة والألم والشعور بضيق نفسي تدل عليه جملة من العناصر ويكون خاضعا في تقديره إلى اجتهاد القضاء**"[4].

كما عرفته محكمة التمييز اللبنانية في قرار لها بأنه:" **كل ألم نفسي أو جسدي يحدثه عمل أو إهمال صادر عن الغير في شخص ما**"[5].

محكمة التمييز الأردنية عرفته بأنه:" **الضرر الذي يصيب الشخص في حريته أو عرضه أو شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي ولا يشمل الآلام النفسية والجسدية التي لحقت بالمصاب**".

---

[1] - مجاهد الإسلام القاسمي، **دراسات علمية وفقهية**، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص157.

[2] - سليمان مرقس، **شرح القانون المدني في الالتزامات**، ج2، المطبعة العالمية، القاهرة، 1964، ص315.

[3] - غني حسون طه، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام**، الكتاب الأول مصادر الالتزام، بغداد، 1971، ص463.

[4] - قرار تعقيبي ع75543في17-04-2000، ص48 نقلا عن سامي الجربي، **شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن**، مطبعة التسفير الفني، صفاقس، 2015، ص463.

[5] - قرار رقم 50 بتاريخ 26 يونيو1956، مجلة المحامي لسنة1956، ص 363، نقلا عن نزيم نعيم شلالا، **دعاوى الوعد بالزواج**، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2010، ص69.

محكمة النقض المصرية عرفته في قرار لها بتاريخ**1998/04/29** جاء فيه:" **كل ضرر يؤذي الإنسان في شرفه أو يصيب عاطفته ومشاعره**".

محكمة النقض الفرنسية عرفته في قرار لها بتاريخ**1955/10/13** جاء فيه:" **الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية**"[1].

فالطلاق بدون سبب مشروع يسبب ضرر للزوجة فقد يلقي عليها تهم زائفة لا أساس لها من الصحة تمس بشعورها وشرفها وعرضها، كما يصيب العاطفة والمعتقد الديني أحيانا، تجنبا للتعويض المستحق لها من جراء الطلاق[2].

إذا كان التعويض عن الضرر المادي يسهل تقديره بالمال فليس الأمر بالسهل عند تقدير القاضي للضرر المعنوي، فقد نصت المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه:" **يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة**"[3].

القانون المدني الفرنسي الصادر في 1975/07/11 في مادته 266 الفقرة الأولى أجاز الحكم على الزوج الذي تسبب بالتطليق بناء على خطئه الحصري بالتعويض عن الضرر المادي أو الضرر المعنوي الذي أصاب الزوج الآخر نتيجة انحلال الزواج.

كما أن الاجتهاد القضائي الفرنسي كرس مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي كقاعدة عامة في المسؤولية المدنية منذ سنة 1833 بموجب قرار صادر عن غرف محكمة النقض مجتمعة[4].

وللضرر المعنوي عدة صور تختلف من تشريع لآخر ومنها:

- ضرر معنوي متصل بضرر مادي: وهو ما يصيب الجسم من جروح وآلام وما يترتب عليه من نفقات العلاج وعدم القدرة على العمل والإنتاج وما يتولد عن ذلك من حزن وأسى أو يصيب كرامة الشخص في عرضه كالقذف وفك الرابطة الزوجية، فهو" كل ضرر

[1] - باسل محمد يوسف قبها، **التعويض عن الضرر الأدبي(دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير،كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص18.

[2] - عبد الهادي بن زيطة، **مرجع سابق**، ص29.

[3] - أضيفت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في20 يونيو2005 المعدل للأمر رقم 75-58 المؤرخ في26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع44، 2005، ص24.

[4] - صالح فواز، **التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم(دراسة مقارنة)**، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج22، ع2، 2006، ص280.

يصيب الشخص من جراء الاعتداء على حقوقه الشخصية الثابتة غير المالية مما يستوجب التعويض"[1].

- ضرر معنوي محض: يقصد به الضرر المعنوي المجرد من أي ضرر مادي الناتج عن المساس بالجانب العاطفي كالآلام النفسية أو فسخ الخطبة أو الألم الذي يصب الوالدان بسبب فقد أحد أبنائهما أو انتزاع الطفل من حضن أمه وخطفه أو الضرر الماس بالمعتقدات الدينية[2].

3- الضرر الموروث والضرر المرتد: المقصود بالضرر الموروث هو الضرر الذي ينتقل من السلف إلى الخلف، فطالما ظل السلف على قيد الحياة فله وحده المطالبة في الحق بالتعويض عما أصابه من ضرر مادي أو معنوي، أما المرتد فهو الذي يصيب الخلف شخصيا بسبب الضرر الذي أصاب السلف.

فالفعل الضار المرتد يرتب نتيجتين مترابطتين مع بعضهما الأولى تتمثل في الفعل الضار الذي أصاب الضحية مباشرة، بينما الثانية تمثل أضرار ارتدت وتعدت إلى الغير.

وعلى العموم يفترض وجود علاقة مباشرة أو رابطة تكون في أغلب الأحيان أسرية بين المضرور المباشر والمضرور بالارتداد، فلو توفي من له حق المطالبة بالتعويض جاز لورثته المطالبة به كالمطلقة تعسفا لحرمانها من الميراث التي توفيت قبل انقضاء عدتها فلخلفها الحق في المطالبة بحقها في الميراث والمتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي.

فالحق في التعويض ينشأ من وقت وقوع الضرر، وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية منذ سنة 1943 إلى يومنا هذا، حيث قررت أن الحق في التعويض عن الضرر المعنوي وكذلك المادي ينتقل إلى الورثة مادام المضرور لم يتنازل عنه قبل وفاته[3].

---

[1] - عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، ج1، مج2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص340.

[2] - باسل محمد يوسف قبها، **مرجع سابق**، ص23.

[3] - صالح فواز، **المرجع نفسه**، ص 291.

فقد حدد القانون المدني المصري في المادة 222 منه الخلف الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي وهم الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية، ولم يرد نص مماثل في القانون الجزائري، إلا أن دعوى التعويض تسقط بانقضاء 15 سنة من يوم وقوع الفعل الضار أي من يوم الحكم بالطلاق[1].

الفرع الثاني– شروط الضرر وإثباته: سنتطرق لشروط الضرر**(أولا)** وكيفية إثباته وعلى من يقع عبء الإثبات**(ثانيا)** من خلال الآتي:

أولا– شروط الضرر: الضرر سواء كان ماديا أو معنويا أو مرتدا فإنه لا يكون قابلا للتعويض عنه إلا توافرت فيه شروط معينة، فهناك شروط عامة وشروط خاصة فقط بالضرر المرتد.

فالشروط العامة، بأن يكون ضررا شخصيا مباشرا ومحققا وناشئا عن الإخلال بمصلحة مشروعة فبالرجوع إلى الكتب الفقهية المهتمة بالقانون، نجد أن هذا لا يمنع من بعض التفصيل في هذه الشروط.

الشرط الأول:أن يكون الضرر شخصيا: أي يصيب الشخص المطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة ويتحقق هذا الشرط أيضا للأضرار المرتدة عن الضرر الأصلي، جاء في قرار للمجلس الأعلى تحت رقم **24770** بتاريخ **1982/04/14**:" **إن تعويض ذوي الحقوق لا يعتبر إرثا لأن الإرث هو ما خلفه المورث من أموال كان قد جمعها حال حياته، أما التعويض عن الأضرار فهو يعطي لكل من تضرر من الحادث ولو كان غير وارث**"[2].

وهذا يعني أن المطالبة بالتعويض حق للمضرور المباشر وحده لارتباط ذلك بمصلحته إذ كما هو معلوم فإن المصلحة هي مناط الدعوى ولا يشترط في المضرور أن يكون شخصا طبيعيا فقد يكون شخصا اعتباريا أيضا كالشركات والجمعيات والمؤسسات العمومية.

[1] - علي علي سليمان، **مرجع سابق**، ص191.

[2] - خليل أحمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، ج1، الجزائر، 2005، ص240.

الشرط الثاني: أن يكون الضرر محقق الوقوع: بمعنى أن يكون قد وقع فعلا أو وقوعه مؤكدا وحتميا، فالضرر الحال هو الضرر الذي وقع فعلا، وتكونت عناصره ومظاهره التي توفر للقاضي معطيات تقويمه، فطبقا لنص المادة **131** من القانون المدني الجزائري:" **يقدر القاضي مدى التعويض الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير**".

وإذا كان الوضع المألوف في ميدان المسؤولية التقصيرية هو وقوع الضرر دفعة واحدة إلا هناك بعض الحالات الأخرى التي يحصل فيها الضرر على مراحل متباعدة فيما بينها، إلا أن سببها الحقيقي يكون قد نشأ منذ البداية.

ونلاحظ الإجماع بشأن إقرار التعويض عن الضرر المستقبلي وهو الذي يتحقق سببه، ولكن لم تكتمل مقوماته في الحاضر، فإذا ثبت لدى المحكمة ما يؤكد أن هذا الضرر كان له اتصال مباشر بفعل التعدي، ولهذا فإذا قذف الزوج زوجته ليلة الدخلة بأنها ليست بكرا وتبث عكس ذلك فإن لوالدها الحق في التعويض باعتبار أن القذف قد تعدى الزوجة إلى أبيها.

الشرط الثالث:أن يكون الضرر مباشرا: والضرر إما أن يكون مباشرا أو غير مباشر، فالضرر المباشر إما أن يكون متوقعا أو غير متوقع، والقاعدة في المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية أنه لا تعويض عن الضرر غير المباشر، بل يقتصر على الضرر المباشر فقط، مع الاختلاف أنه في المسؤولية التقصيرية يعوض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع بخلاف المسؤولية العقدية التي يقتصر التعويض فيها على الضرر المباشر المتوقع وحده ولا يمتد إلى الضرر غير المتوقع.

قد ينتج عن دعم تنفيذ الالتزام سلسلة من الأضرار يعقب بعضها البعض الآخر، فهل يسأل الشخص عنها جميعا أم يسأل عن بعضها؟ الحقيقة أن الشخص لا يسأل مبدئيا إلا عن

الضرر المباشر أما الضرر غير المباشر فإنه يمكن أن يأخذه القاضي بعين الاعتبار إذا أخل الشخص بالتزامه عن عمد أو اقترف خطأ جسيما أو غشا[1].

أما الشروط الخاصة بالضرر المرتد فتتمثل فيما يلي:

- ضرر يصيب كلا من المتضرر المباشر والمتضرر بالارتداد.
- وجود رابطة بين المتضرر المباشر والمتضرر غير المباشر.
- وجود علاقة سببية بين الضرر الأصلي والضرر المرتد.

ثانيا- إثبات الضرر: الفقهاء المعاصرين المسلمين اقروا أن الضرر المعنوي في مجال الطلاق والتطليق لا يعوض عنه في الفقه الإسلامي واستندوا إلى أن الطلاق مباح وهو حق شرعي للزوج ومن يستعمل حقه فلا ضمان عليه لقاعدة "**الجواز الشرعي ينافي الضمان**"، وأن القضاء على الزوج بالتعويض يمثل نوعا من إكراه الزوج على عدم الطلاق، وصعوبة إثبات الضرر المعنوي عند الادعاء به.

ولكن الاتجاه الحديث للاجتهاد الفقهي يأخذ صراحة بالتعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق والتطليق، حيث جاء في إحدى قرارات المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث الذي يترأسه الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي بقوله:" **لا مانع شرعا من المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب أحد الزوجين بسبب الطلاق أو التطليق إذا صاحبه ضرر أدى إلى إلحاق الأذى بنفسية الطرف الآخر أو شرفه أو مشاعره، وذلك للأدلة الدالة على حرمة الإيذاء ودفع الضرر وذلك إذا توفرت الشروط التالية:**

- **أن يكون الضرر المعنوي قد أحدث أثرا فعليا.**
- **أن يكون الضرر المعنوي محقق الوقوع تشهد عليه الأدلة والقرائن.**
- **أن لا يرفع الأمر إلى القضاء إلا بعد إعطاء مهلة للتصالح والتراضي**"[2].

[1]- علي علي سليمان، **مرجع سابق**، ص262.
[2]- عبد الهادي بن زيطة، **مرجع سابق**، ص182.

كما جاء في قرار للمحكمة العليا:" **إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق**"[1]، أي يجب إثبات الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي بمفهوم المادة **52** من ق.أس.ج في دعوى مستقلة وتطلب المطلقة التعويض مقابل ذلك، كما جاء في اجتهاد قضائي للمحكمة العليا:" **من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع ومتى تبين – من قضية الحال – أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب رفض الطعن**"[2].

ويقع عبء الإثبات على من يدعيه بجميع طرق الإثبات، وذلك وفقا لما تقضي به القاعدة العامة في الإثبات المنصوص عليها في المادة **323** من القانون المدني، من أن المدعي هو المكلف بإثبات ما يدعيه "**البينة على من ادعى**"، واثبات الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع ولا رقابة فيها للمحكمة العليا، أما تحديد الضرر وبيان عناصره وموجباته وتكييف عنه، كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها كلها من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع للرقابة .

ولا يكتفي من المدعي بإثبات الضرر الذي أصابه وخطأ المدعي عليه بل عليه أن يثبت الضرر الذي يدعيه لأنه ناشئ عن خطأ المدعي عليه مباشرة أي أن يثبت العلاقة المباشرة بين الضرر والخطأ المسبب للضرر وتلك هي العلاقة السببية.

أما بالنسبة للضرر الناتج عن الطلاق التعسفي فإنه مفترض، ولذلك فإن المطلوب من المرأة التي تدعي أنها طلقت تعسفا أن تثبت وجود التعسف في طلاق زوجها لها بكافة طرق الإثبات وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

---

[1]- قرار رقم 235367 بتاريخ 2000/02/22، م.ق، ع1، 2001، ص275.

[2]- قرار رقم 216865 بتاريخ 1999/03/16، اج.ق، عدد خاص، 2001، ص266.

الفرع الثالث– تقدير القاضي للضرر: إن التعويض عن الضرر هدفه إصلاح وجبر الزوجة عن الضرر الذي لحقها من جراء الطلاق التعسفي، وهو تعويض جزافي يتم تقديره قانونيا أو بالاتفاق أو قضائيا تبعا للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، فنجد القاضي له كامل الحرية في تقدير التعويض عن الضرر تبعا لتعسف الزوج في استعمال حقه وفقا لنص المادة 124 مكرر من القانون المدني، فيكون التعويض عن الضرر سواء كان ماديا أو معنويا.

فالضرر المادي لا يثير إشكالا في وجوب التعويض عنه بموجب النصوص الصريحة التي أوردها المشرع في القانون المدني، في حين الضرر المعنوي كعنصر مستقل من عناصر التعويض وباعتباره لا تترتب عليه خسارة مالية، فقد عارض البعض التعويض عنه لصعوبة تقويمه مما أثار جدلا حول مبدأ التعويض عنه، غير أنه بالرجوع إلى المادة السابقة الذكر فنجدها جاءت عامة في صياغتها فلم تميز بين الضرر المادي والمعنوي[1].

إلا أن المشرع الجزائري نص على التعويض عن الضرر المعنوي في المادة 128 مكرر مدني، حيث أقر القضاء التعويض عن الضرر المعنوي الذي طالب به العمال أمام القسم الاجتماعي عن التسريح التعسفي، حيث جاء في إحدى قراراته بقوله:" **حيث أنه من قضاء المحكمة العليا المستقر أن تقدير التعويض عن التسريح التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن ويكفيه أن يعاين كما هو الشأن في دعاوى الحال الطابع التعسفي للتسريح ويقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق العمال، وأن الحكم المطعون فيه يبين أن المبلغ الممنوح للمطعون ضده كان على أساس الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه جراء التسريح التعسفي، وهذا كاف لإعطائه الأساس القانوني**"[2].

[1] - علي علي سليمان، **مرجع سابق**، ص239.

[2] - قرار رقم 214574 بتاريخ 2001/01/14، م.ع، غ.إ، م.ق، ع1، 2002، ص195.

ويتحدد وقت تقدير الضرر بيوم صدور الحكم، ولكن الفقه والقضاء انقسم إلى قسمين، فقسم يرى بأن نشوء الحق في التعويض عن الضرر يتقرر من تاريخ صدور الحكم، وقسم آخر يرى بأن الحق في التعويض عن الضرر ينشأ من وقت وقوع الضرر.

غير أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى التمييز بين الالتزام بتعويض الضرر الذي ينشأ من وقت حدوث الضرر وهو حق خلف للوراثة وبين الالتزام بدفع التعويض الذي ينشأ وقت صدور الحكم، ولذلك يجب الاعتداد بهذا الوقت في تقدير مبلغ التعويض، وهذا هو الرأي الأقرب للصواب[1].

فقد جاءت المادة 52 أسرة مطلقة في صياغتها مما تفتح المجال واسعا لإعمال القاضي سلطته التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق التعسفي.

ولكي تستحق الزوجة التعويض عن الضرر الذي لحقها من جراء الطلاق وجب إثبات مسؤولية الزوج عن الطلاق، وهو الأساس الذي يعتمد عليه القاضي لتعويض الزوجة لما لحقها من ضرر من واقعة الطلاق بدون سبب مشروع، وإنما لسبب تافه أو أنه بقصد الإضرار دون أن تكون هناك مصلحة مشروعة أو فائدة مرجوة من هذا التصرف فقد جاء في قرار للمحكمة العليا نصه:" **يحق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول بها الحصول على تعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها**"[2]

حيث جاء في حيثيات هذا القرار أن قضاة المجلس حملوا المسؤولية الكاملة للزوج وإلزامه بالتعويض وقد قضت المحكمة العليا بقبول الطعن شكلا وموضوعا، ونقض القرار المطعون فيه جزئيا في مسألة الصداق، لأن قضاة المجلس اغفلوا نص المادة 16 من ق.أس.ج.

ذهبا المشرع الجزائري والمغربي إلى النص عن التعويض عن الطلاق التعسفي إلا أنهما لم يحدد قيمة هذا التعويض سواء كحد أدنى أو كحد أقصى، وذلك خلافا لما ذهب إليه المشرع المصري، حيث نصت المادة 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1920 بقولها:" **الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة**

[1] - سعيد مقدم، **التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية**، دار الحداثة، بيروت، 1985، ص 262.

[2] - قرار رقم 372290 بتاريخ 2006/11/15، م.ع، غ.أ.ش، م.م.ع، ع1، 2007، ص487.

عدتها متعة تقدير بنفقة لسنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط".

يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع المصري حدد القيمة الدنيا للتعويض بنفقة سنتين، إلا أنه ترك حده الأقصى لتقدير القاضي بحسب ما يراه طبقا لظروف الطلاق ومدة الزوجية ومدى أحقية الزوج في استعماله لحق الطلاق وإساءة استعماله.

كما أن القضاء المصري نهج نفس منهج المشرع إذ جعل للقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض عن الطلاق ولا رقابة عليه من محكمة النقض في ذلك لأنها مسألة واقع تدخل ضمن سلطته التقديرية، ولكن بشرط أن لا تقل عن الحد الأدنى المحدد قانونا بنفقة سنتين مع الأخذ باعتبارات حال الزوج.

في حين نجد المشرع الجزائري لم يحدد حدا للتعويض وتركه للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، فقد جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2006/07/12 بأنه:" **تحديد التعويض عن الطلاق والتعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم**"[1].

فالقاضي عندما يحكم بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي سواء قل مقدار التعويض أو زاد، فهو مجبر على سبب ذلك وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب[2]، وعلى القاضي مراعاة جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة وكذا ارتفاع الأسعار وتغييرها.

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر ولا شروطه في أحكامهم، فلا يبينون نوع الضرر ما إذا كان ماديا أو معنويا مباشر أو غير مباشر، فقد قضت محكمة تغنيف بمجلس قضاء معسكر بموجب القرار الصادر بتاريخ 2009/03/29 نصه:" **فك الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وذلك بتعسف منه بين المدعى والمدعى عليها وأمر ضابط الحالة المدنية لبلدية الحكم بتسجيل الطلاق بسجلات الحالة**

[1] - قرار رقم 368660 بتاريخ 2006/07/12، م.ع، غ.أ.ش، م.م.ع، ع02، 2006، ص483.

[2] - عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق**، ص282.

المدنية والتأشير به على هامش عقدي ميلادهما وعقد زواجهما، إلزام المدعى بأن يدفع لمطلقته المبالغ التالية:

- مبلغ 70000دج تعويض عن الطلاق التعسفي، ومبلغ 20000دج نفقة عدة، ومبلغ 3000دج نفقة إهمال تسري شهريا ابتداء من تاريخ 2008/11/11 إلى غاية النطق بالحكم وإلزام المدعى بأن يمكن المدعى عليها من أغراضها"[1]

يتضح من هذا القرار أن المحكمة لم تبين نوع الضرر الذي على إثره تم تعويض المطلقة عن الطلاق والتعسف، مما يجعل حكم القاضي عرضة للنقض فتمارس المحكمة العليا رقابتها عليه في هذا الشأن ليس في مقدار التعويض، وإنما في تحديد نوع الضرر المستحق للتعويض، فقد جاء في قرار للغرفة المدنية بالمحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28 قولها:" **حيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه لم يحدد نوعية التعويض المقضي به، هل هو عن الضرر المادي أو عن الضرر المعنوي، ومعلوم أنه لا يجوز جمعهما معا، الأمر الذي يشكل قصورا في التسبيب ينجر عنه النقض"**[2]

وقياسا على ذلك فإن الحكم الصادر عن قاضي شؤون الأسرة بمنح تعويض عن الطلاق التعسفي يجب أن يكون مسببا تسببا كافيا، يحدد فيه القاضي نوع الضرر هل هو مادي أو معنوي مباشر أو غير مباشر.

والسؤال المطروح في حالة كون العصمة بيد الزوجة لأن ذلك جائز شرعا وقانونا إذا ما اشترطت ذلك في عقد الزواج، هل يجوز في هذه الحالة عند تعسف الزوجة أن يتم تعويض الزوج عن الأضرار التي لحقت به.

أغلب القوانين المقارنة لم تدرج أي جواب على هذا التساؤل وباعتبار المسألة تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فالقاضي لم يمنح الزوج التعويض وإنما يجعل طلاقه مبررا، وهذا يعد إجحافا في حق الزوج، ويعتبر امتياز وحماية للمرأة على الرجل.

[1] - محكمة تغنيف، مجلس قضاء معسكر، ق.ش.أ، قرار بتاريخ 2009/03/29، رقم الجدول 09/0118، رقم الفهرس، 09/0643، ص 01-03.

[2] - قرار بتاريخ 2000/03/28، م.ع، غ.م، م.ق، عدد خاص، 2003، ص627.

في حين نجد أن قوانين دول المغرب العربي كتونس والمغرب تتشابه مع القانون الجزائري مع اختلاف بسيط، فالمشرع التونسي افترض حصول التعسف من الزوج أو الزوجة سواء، في حين سكت المشرع الجزائري والمغربي عن ذلك.

أما القانون السوري والمصري والأردني، فنجد أنهم ضيقوا من سلطة القاضي فيما يتعلق بتقدير استحقاق التعويض وهو ما أشارت إليه المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري والأردني سواء كان الطلاق قبل الدخول أو بعده.

بينما نص القانون المصري على حالة طلاق الزوجة المدخول بها فقط، حيث يقوم القاضي بتقدير مدى تعسف الزوج استنادا إلى المعيار الموضوعي والشخصي لأن الأسباب تختلف من شخص لآخر[1].

يتضح مما سبق أن المشرع التونسي قام بالنص على تقدير القاضي للتعويض(يسمى جراية) عن الضرر المادي بصفة منفردة عن الضرر المعنوي، وإلزام القاضي بضرورة تحديد ذلك في حكمه عند منح التعويض عن الطلاق التعسفي حسب ما قضت به محكمة التعقيب التونسية[2].

أما المشرع السوري والأردني فنص على بيان حالة البؤس والفاقة التي تصيب الزوجة جراء الطلاق الغير مبرر من الزوج، مما يستوجب منحها تعويض عن ذلك دون التقيد بتفصيل عناصر الضرر عند تقدير التعويض.

ومنه نستنتج أن على قاضي شؤون الأسرة دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض وبيانها لأنها تعد من مسائل القانون التي لا يجوز للقاضي إغفالها.

ونخلص إلى أن الضرر هو علة وجوب التعويض (الضمان) في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فإذا وقع الضرر وجب التعويض، وإذا انتفى الضرر انتفى معه التعويض.

---

[1] - عبد الرحمان الصابوني، **مرجع سابق**، ص24.
- محمد الزحيلي، **مرجع سابق**، ص42 وما بعدها.

[2] - محكمة التعقيب التونسية، القسم المدني، قرار رقم 49352 بتاريخ 1996/05/21، منشور بموقع وزارة العدل التونسية.

فالمشرع الجزائري جاء نصه عاما حيث أقر مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي دون تحديد لمقدار التعويض عن الضرر أو كيفية دفعه تاركا ذلك للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، في حين أغلب التشريعات العربية اتجهت إلى تحديد سقف أدنى وأعلى لقيمة التعويض عن الضرر وبينت كيفية تسديد مقداره مع مراعاة حال الزوج المطلق وتاريخ المطالبة القضائية به وهو تاريخ النطق بحكم الطلاق[1].

المطـــــلب الثاني

تقدير القاضي للتعويض عن الطلاق التعسفي

إن من نعم الله نعمة النكاح التي جعلها أساسا لديمومة النسل البشري في هذا الكون وجعلها تبنى على المودة والرحمة بين الزوجين، واستمرار للحياة الزوجية، فقد يحصل فيها خلافات من حين لآخر، منها ما يمكن حلها والبعض الآخر يستعصى على الطرفين حلها وفي هذا شرع الله الطلاق علاجا لهذه الخلافات، فإقدام الزوج على طلاق زوجته بدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه بذلك يكون قد تعسف في طلاقه لزوجته وأوقع بها الضرر بدون وجه حق مما أستوجب وضع التدابير الشرعية المناسبة لمثل هذا النوع من الطلاق.

كذلك حددت جل القوانين الوضعية وأوردت عدة معايير على أساسها يتحقق الطلاق التعسفي، مما ينتج عنه مجموعة من الآثار سواء بالنسبة للمطلقة أو بالنسبة للأولاد.

فبالنسبة للمطلقة فهي تستحق التعويض المالي عما لحقها من ضرر من جراء واقعة الطلاق التعسفي بمجرد توفر شروطه، ويسقط هذا التعويض بالرجعة ولا يمكن الإدعاء به إلا بعد بينونة الزوجة.

لدا وجب في هذا المطلب التطرق لمفهوم التعويض ودليل مشروعيته(فرع أول) وإلى حكم التعويض وشروطه(فرع ثان) وإلى أساس تقدير التعويض(فرع ثالث) من خلال الآتي:

[1] - اسمهان عفيف، **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2010-2011، ص217.

الفرع الأول- مفهوم التعويض ودليل مشروعيته: تستحق الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا تعويضا عن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة دون سبب شرعي أو قانوني.

لأن التعويض عن الطلاق التعسفي مسألة قانونية أي هو التزام مصدره القانون وفقا لنظرية إساءة استعمال الحق وليس التزاما عقديا ناتجا عن إخلال الزوج بالتزاماته الزوجية.

ووفقا لما جاء في ق.أس.ج فإن التعويض الذي تستحقه المطلقة هو تعويض مادي يتناسب مع حالة الزوج المادية ودرجة تعسفه في إيقاع الطلاق، دون أن إهمال بقية الحقوق الشرعية الأخرى للمطلقة، و يراعي تقدير التعويض سواء كان الطلاق قبل الدخول أم بعده.

حيث ينجم عن الطلاق التعسفي الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة دون سبب جدي وشرعي تعويض مادي تستحقه المطلقة جبرا لما لحقها من ضرر من جراء هذا الطلاق، فالتعويض هو الجزاء أو الحكم القانوني المترتب عنه.

عٌرف التعويض عدة تعريفات كل تناوله من وجهة نظر خاصة يمكن ذكر بعضها، ومن أجل تحديد مفهومه في الفقه الإسلامي والقانون، يتعين التطرق إلى تعريف التعويض (أولا)، ثم نبين دليل مشروعيته (ثانيا) من خلال الآتي:

أولا- تعريف التعويض: تعددت الاستعمالات اللغوية والاصطلاحية للتعويض منها.

1- تعريف التعويض لغـــة: التعويض له عدة معان في معاجم اللغة العربية، فالتعويض مأخوذ من العِوض أي البدل والخلف، والعوض اسم مفرد، والجمع أعواض، والمصدر هو العَوض، فنقول أعتضت مما أعطيت فلانا، وعِضْتٌ أصبت عِوَضا، ونقول عاض يعوض عَوَضا وعياضًا وتعوضة وعوضه وأعاضه والاسم العِوَض، والمستقبل التعويض[1].

ونقول عضة فلانا وأعضته وعوضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه فهو عائض، واعتاضه جاءه طالبا العوض والصلة، واستعاضه وتعوضه: سأله العوض، فعاوضه: أعطاه إياه[2]، وعوضني الله منه تعويضا أي بدلني خيرا[1].

[1] - ابن منظور جمال الدين، **لسان العرب، مرجع سابق**،ص928.

[2] - شوقي ضيف، **المعجم الوسيط، مرجع سابق**، ص637.

وفي حديث أبي هريرةﷺ:" **فلما أحل الله ذلك للمسلمين – يعني الجزية – عرفوا أنه قد عاضهم أفضل مما خافوا ولم تستقبل التعويض**".

وبهذا يظهر أن العوض في اللغة هو البدل والتعويض يكون بالبدل وإما بالخدمة أو بالمال والذي يهمنا المخصوص بالتعويض المالي.

يتضح من المعاني السابقة أن التعويض لغة يعني ما يعطي للشخص بدل الخسارة أو الضرر أو ما ذهب منه[2].

2- تعريف التعويض اصطلاحا: تطرق العديد من الفقهاء إلى تعريفات فقهية وقانونية للتعويض، فقد ورد التعبير عنه بعدة معان، إلا أنه لم يرد مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي في كتب الفقهاء القدامى، وإنما هو مصطلح جديد أخذت به جل القوانين العربية تبعا للنظريات الفقهية ولرأي بعض الفقهاء ومن هذه التعاريف ما يلي:

أ- تعريف التعويض في الفقه الإسلامي: لم يتطرق الفقهاء القدامى للفظ التعويض، وإنما الشائع لدى الفقه الإسلامي استعمال مصطلح الضمان أو التضمين بدل التعويض، وقد اختلفوا في استعماله، فمن الفقهاء من استعمله في المعنى نفسه الذي يقصد به لفظ التعويض، أما جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة فقد استعملوا لفظ الضمان استعمالا شاملا للتعويض وغيره كالكفالة، والبعض الآخر عرفه بما لا يدل البتة على التعويض ومن هذه التعريفات ما يلي:

عرف البعض من الفقهاء الضمان على أنه:" **رد مثل ما هلك أو قيمته، أو يعني الحكم بإلزام شخص لتعديه على حق غيره أو تقرير مسؤوليته عن الضرر الواقع على غيره وتحميله مسؤولية التعويض عما أوقعه من الضرر بجبره والعمل على التوقف عن الاستمرار فيه**[3].

---

[1] - مرتضى الزبيدي، **تاج العروس، مرجع سابق**، ص240.

[2] - جميل فخري محمد جانم، **متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق**، ص208.

[3] - محمود محمد ناصر بركان، **مرجع سابق**، ص 328.

فقد ورد الضمان بمعنى التعويض على لسان الفقهاء، ومن ذلك ما ذكره الإمام الغزالي بأنه:" **هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة**"[1].

– عرف مصطفى الزرقا الضمان بأنه:" **التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير**".

– عرف الأستاذ محمد سراج الضمان بقوله:" **هو شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أدائه جبرا لضرر لحق الغير في ماله أو بدنه أو شعوره، سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك، حرّمه الشارع ذاتا أو مآلا**"[2].

عرف بعض الفقهاء المعاصرون التعويض بأنه:" **عقوبة مالية يجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر، من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع**"[3].

– عرف الشيخ محمود شلتوت التعويض بأنه:" **هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو مال**"[4].

– عرف الدكتور وهبة الزحيلي التعويض بأنه:" **الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية**"[5].

– عرف محمد الزحيلي التعويض بأنه:" **هو المال الذي يحكم به على المعتدي نتيجة إحداثه ضررا للغير**"[6].

– عرف البعض التعويض بأنه:" **ما يجب للمطلقة جبرا وترفيها وتخفيفا لما يصيبها من أسف وحيرة ووحشة بسبب استعمال الرجل حق الطلاق الذي منحه الله إياه**"[7].

---

[1] - أبو حامد الغزالي، **مرجع سابق**، ص21.

[2] - محمد سراج، **ضمان العدوان في الفقه الإسلامي**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، 1993، ص47

[3] - جميل فخري محمد جانم، **مرجع سابق**، ص208.

[4] - محمد المدني بوساق، **التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي**، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1999، ص155.

[5] - وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان(دراسة مقارنة)**، دار الفكر، دمشق، 1982، ص15.

[6] - محمد الزحيلي، **التعويض المالي عن الطلاق**، ط1، دار المكتبي، دمشق، سورية، 2008، ص48.

[7] - مبروك المصري، **الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومه، الجزائر، 1990، ص225.

يتضح مما سبق أن التعويض في الفقه الإسلامي هو الواقعة المنشئة للحق في التعويض أي الواقعة التي كانت سببا في نشوء الحق، ويكون ذلك إما بالتعدي الذي يقع من الفاعل، وإما بإساءة استعمال الحق بوجه عام، وبذلك يعرف التعويض بأنه:" **فالتعويض هو العوض الذي يستحقه المضرور جبرا للضرر الذي لحقه، وهو ينطبق على الشيء المعوض سواء كان مالا أو فعلا جابرا للضرر**".

في حين أن الضمان شرع للجبر لا للعقوبة، وأنه ينطبق على فعل التعويض وهو الالتزام بالشيء المعوض به، ولِذا لم يفرق الفقهاء بين الهازل والجاد والعامد والمخطئ، فكل فعل ضار يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير يعد مخالفا للشرع، حتى وإن كان الضرر ممنوعا في الشرع فإنه لابد من رفعه[1].

ب- تعريف التعويض في الاصطلاح القانوني: لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للتعويض إلا أنه نص عليه في المادة 124 من القانون المدني، وأعتبره جزاء عن الفعل الضار بقولها:" **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**".

يتضح من نص المادة أنها تتحدث عن التعويض في مجال المسؤولية التقصيرية، بينما في ق.أس.ج لا نجد أي تعريف للتعويض عن الطلاق التعسفي.

وانطلاقا من المادة السابقة الذكر يستخلص تعريف التعويض في مفهوم القانون المدني الجزائري بأنه:" **الالتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداءات مالية أو عينية**"[2].

---

[1] - محفوظ بن صغير، **مرجع سابق**، ص128

- وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي**، ط4، دار الفكر، دمشق،2009، ص21.

[2] - بن زيطة عبد الهادي، **مرجع سابق**، ص35.

يقصد بالتعويض عن الطلاق التعسفي:" **هو البدل بسبب الضرر الواقع على المرأة بالطلاق، ويقصد بالضرر حرمانها من الحياة الزوجية المستقرة، وفقدانها العائل ومعاناتها من الوحدة، وألم الفراق، وما شابه ذلك**"[1].

يتضح من هذا التعريف الإحاطة بمختلف جوانب التعويض من خلال ذكر عناصر التعويض وطرق تقديره ونوع الضرر الذي يعوض عنه.

نصت المادة 163 من القانون المدني المصري على أن:" **كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض**"، ويقصد من هذه المادة الفعل المستحق للتعويض.

كما نصت المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على التعويض دون أن تعطي تعريفا له بقولها:" **إذا طلق الزوج زوجته تعسفا، كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض، حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسبا**".

كما نصت المادة 97/ب من مشروع القانون العربي الموحد على التعويض.

ثانيا- دليل مشروعية التعويض: التعويض عن الضرر أمر مقرر شرعا وعقلا وقانونا وعرفا جبرا للضرر ورعاية للحقوق وزجرا للمعتدين وتوفيرا للاستقرار وتحقيقا للعدل، لذالك لا خلاف بين الفقهاء في مشروعيته كأصل عام، إذ الأصل في هذه المشروعية ثابت بالكتاب والسنة والقانون.

1- من القرآن الكريم: لقد أرست الشريعة الإسلامية قواعد الضمان والتعويض كوسيلة لحفظ الحقوق وعدم الاعتداء عليها بغير وجه حق، فهناك العديد من الآيات تدل على مشروعية التعويض الذي جاء بعدة معان تضمنتها العديد من الآيات الكريمات منها:

- قَالَ تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ هَدۡيَۢا بَٰلِغَ ٱلۡكَعۡبَةِ أَوۡ كَفَّٰرَةٞ طَعَامُ مَسَٰكِينَ أَوۡ عَدۡلُ

[1] - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، **دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي**، ط1، دار قنديل للنشر، عمان، 2010، ص98.

ذَٰلِكَ صِيَامًا لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِۦ ۗ عَفَا ٱللَّهُ عَمَّا سَلَفَ ۚ وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ ٱللَّهُ مِنْهُ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ ذُو ٱنتِقَامٍ ﴾[1]، فهذه الآية تدل على مبدأ الضمان فيما يتعلق بحق من حقوق الله سبحانه وتعالى.

- وقال تعالى: ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ۚ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾[2].

من خلال هذه الآية يتبين أن مبدأ الضمان يتعلق بحق من حقوق العباد.

- وقال تعالى: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ۖ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّٰبِرِينَ ﴾[3].

ووجه الدلالة في الآية أمر بمعاقبة المعتدي، وهذا الأمر يفيد الوجوب ما لم تصرفه قرينة وهذه القرينة أمرها يفيد الندب، فالمضرور يندب له المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر، فحكم المطالبة بالتعويض هو للندب وليس لإلزام الواجب[4].

- وأوضح ما دل على التعويض المالي عن الضرر هو الحادثة التي جاءت في قوله تعالى: ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا ﴾[5].

فقد ورد في تفسير ابن كثير أن صاحب زرع كرم أثمرت عناقيد عنب، اشتكى صاحب غنم أفسدت الغنم عناقيده، فحكم له داوود عليه السلام بالغنم تعويضا له عن تلف محصوله من العنب، بينما رأى سليمان عليه السلام أن يدفع الغنم إلى صاحب الكرم يستفيد من حليبها وصوفها وأولادها، ويدفع الكرم إلى صاحب الغنم ليصلحه، حتى إذا رجع الكرم صالحا أخذ كل منهما

[1] - سورة المائدة، الآية97.
[2] - سورة النساء، الآية91.
[3] - سورة النحل، الآية126.
[4] - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، **مرجع سابق**، ص102.
[5] - سورة الأنبياء، الآيتين78،79.

ماله أصلا، فكان الحكم الأخير أحلم وأحكم وأرحم، وأثنى الله سبحانه وتعالى على سليمان عليه السلام ولم يذم داوود عليه السلام[1].

- وقال تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ فَمَنۡ عَفَا وَأَصۡلَحَ فَأَجۡرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾[2].

يتضح من خلال الآيات السابقة مشروعية التعويض عن الأضرار كجزاء على المعتدي وتحقيق العدالة وإنصاف المضرور من خلال المعاقبة بالمثل[3]، بعيدا عن روح الانتقام والثأر، وذلك بوجوب الرجوع للحاكم في جميع المظالم ليحكم بالعوض[4].

2- التعويض من السنة النبوية: وردت في السنة أحاديث كثيرة تثبت مشروعية التعويض حيث تعددت معانيه ومنها، ما روي عن عائشة-رضي الله عنها- **قالت:" ما رأيت صانعة طعام مثل صفية، أهدت إلى النبي ﷺ إناء فيه طعام، فما ملكت نفسي حتى كسرته، فسألت النبي ﷺ عن كفارته، فقال:" طعام بطعام وإناء بإناء"**[5].

يظهر من هذا الحديث أن النبي ﷺ قرر مسؤولية أم المؤمنين تلك على الطعام والإناء التالف بمثليهما، وهذا دليل صريح دلالة قطعية على مشروعية التعويض، صيانة لأموال الناس من كل اعتداء وجبر ما فات منها بالتعويض، فالمعتدى ملزم برد الشيء ذاته إن أمكن فإن لم يكن فقيمته أو مثله كما في الطعام والإناء.

يتضح مما سبق أن مشروعية التعويض جاءت لحكمة عظيمة تتجلى في تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية وتجسيد روحها إلى الإصلاح بين الناس، فالغاية من التعويض إصلاح الضرر وجبره وليست عقوبة للقائم بالفعل الضار.

---

[1] - ابن كثير، أبي الفداء الحافظ، **تفسير القرآن العظيم**، ط1، دار الفكر العربي، بيروت، 2000، ص270.

[2] - سورة الشورى، الآية37.

[3] - بن زيطة عبد الهادي، **مرجع سابق**، ص36.

[4] - ابن جرير الطبري، **جامع البيان في تفسير القرآن**، **مرجع سابق**، ص116.

[5] - أخرجه البخاري في نفس المعنى في كتاب المظالم، باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره،ج2، ص73، والترمذي في السنن، كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر له شيء، ما يحكم له من مال الكاسر، وسمى الضاربة عائشة واللفظ له،ج2، ص406، نقلا عن بن زيطة عبد الهادي، **مرجع سابق**، ص37.

3- التعويض في القانون: نجد أن التشريعات القديمة كانت تسودها فكرة الانتقام والأخذ بالثأر، فالتشريع الروماني أخذ بالتعويض المادي في بدايته، وفي ظل تفشي ظاهرة الانتقام وتوسع الدولة الرومانية وتطورها على مستوى الصعيد القانوني ساهم في إقرار التعويض لاحقا[1]، فقد خول القانون الروماني للمتضرر الحق في رفع دعوى قضائية للحصول على التعويض[2].

وأهم ما يلاحظ على تلك الدعاوى التعويضية هو طابع الترضية ومعاقبة المسؤول في الوقت ذاته، وطبق موضوع التعويض في كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

المشرع الجزائري أورد التعويض عن الطلاق التعسفي في نص المادة 52 من ق.أس.ج، فسبب التعويض يقوم على أساس التعسف في استعمال حق طلب الطلاق والحكم به، كما يقوم على أساس الضرر الذي يلحق بالزوجة المطلقة ماديا ومعنويا، والقاضي له السلطة التقديرية في تحديد هدا التعويض وتقديره[3].

فقد جاء في اجتهاد للمحكمة العليا نصه:" تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع بها دون غيرهم"[4].

المشرع الفرنسي أخذ بفكرة التعويض المادي لأنه يمكن تقويمه بمال عكس التعويض عن الضرر المعنوي الذي يصعب تقديره، إلا أن الفقه الفرنسي الحديث وكذا القضاء أخذ به لاحقا، فقد نصت المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي كمبدأ عام قضى بالتعويض عن كل ضرر[5]، كما قضت غرف محكمة النقض الفرنسية مجتمعة بتاريخ 1833/06/25 بقبول التعويض في المسؤوليتين[6].

---

[1] - بن زيطة عبد الهادي، **مرجع سابق**، ص43.

[2] - سعيد مقدم، **مرجع سابق**، ص57.

[3] - عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق**، ص306.

[4] - قرار رقم 368660 بتاريخ 2006/07/12، غ.أ.ش، م.ع، م .م.ع، ع2، 2006، ص483 نقلا عن جمال سايس، **مرجع سابق**، ص1373.

[5] - **المرجع نفسه**، ص112.

[6]- Philippe le Tourneau et loic Cadiet, **Droit de la Responsabilité**, Dalloz, Paris, 1998, p156.

قانون الأحوال الشخصية الأردني أخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في نص المادة 134 منه، في حين أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي أيضا في نص المادة 117 منه حيث قيد المشرع السوري الزوج بعدم الإضرار بالزوجة حين يطلقها، فهو لم يسلبه حقه في إيقاع الطلاق.

أما المشرع التونسي فقد جاء في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أنه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعو إليه، وجب على المطلق المتعسف التعويض لما لحق الزوجة المطلقة من أضرار بسبب هذا الطلاق، في حين نجد نفس الاتجاه لدى المشرع الكويتي في نص المادة 165 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

في حين تضاربت آراء الفقهاء في القضاء المصري في مسألة الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي، فقد أخذت بعض المحاكم بمبدأ التعويض ومنها محكمة مصر سنة 1926 ومحكمة النقض المصرية سنة 1996، ومحكمة استئناف القاهرة في1958/02/23 ورفضته بعض المحاكم الأخرى ومنها محكمة استئناف مصر سنة 1927 و1931[1].

فقد جاء في حكم محكمة شبين الكوم الكلية في ديسمبر 1932 قولها:" **الطلاق شأنه شأن سائر الحقوق، يخضع لإشراف القضاء، فإن تبين أن استعماله كان لغرض غير مشروع قضي بالتعويض طبقا للمادتين 4 و5 من القانون المدني**".

وقد استمد المشرع المصري هذا المبدأ القائل:" **بأن الحق يصبح غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، من الفقه الإسلامي، ومن التطبيقات القضائية التي انتهى إليها القضاء، وعن طريق الاجتهاد**".

وجاء في حكم محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 1958/02/23 قولها:" **الحقوق الشرعية المترتبة على عقد الزواج لا تدخل في التعويض الذي يقضي به عن الطلاق التعسفي**"[2].

[1] - أحمد الغندور، **مرجع سابق**، ص77، 79.
- عبد الرحمان الصابوني، **مرجع سابق**، ص99.
[2] - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، **مرجع سابق**، ص129,126.

نخلص إلا أن التعويض مبدأ أساسي في الطلاق التعسفي طبقا لأحكام القانون وما استقر عليه الاجتهاد القضائي باعتبار أن الطلاق يجب أن يستعمل للضرورة القصوى لا للإضرار، لما ينتج عنه من تشتت للأسرة وتفكك للمجتمع[1].

الفرع الثاني- حكم التعويض عن الطلاق التعسفي وشروطه: لقد اختلف الفقهاء المعاصرين في حكم التعويض عن الطلاق التعسفي على رأيين بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة، ومن ثم لا يعد الزوج متعسفا فمنهم من أجازه ومنهم من منعه.

أولا- **حكم التعويض عن الطلاق التعسفي:** نتطرق إلى رأي الموجزين لاستحقاق المطلقة التعويض ورأي المانعين لاستحقاق المطلقة التعويض وأدلتهم على النحو التالي:

1- رأي المجيزين لاستحقاق المطلقة التعويض وأدلتهم: لقد أخذ الفقهاء القدامى بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي من خلال إقرارهم لمتعة الطلاق.

أما الفقهاء المعاصرون فقد أجاز فريق منهم مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي عندما يوقعه الزوج دون سبب معقول أو مبرر شرعي، وكان تصرفه تعنتا وتعسفا محضا في استعمال حق مقيد منحه إياه الشارع الحكيم، والمرأة المطلقة أحق بتعويض مالي محدد يقرره القاضي لها مقابل إيقاع الطلاق، لأن في الطلاق ضياع لمستقبل الزوجة وتقوية لفرصة الزواج وهي لا تعود[2].

وفي مقابل الضرر اللاحق بها من جراء تعسف الزوج في استعمال حقه بالطلاق قياسا على الخلع، فكما المرأة تدفع للزوج ما يتفقان عليه مقابل بدل الخلع، فإن الزوج يلتزم بالتعويض مقابل الطلاق، كما تم قياس مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي على مشروعية متعة المطلقة حسب رأي ابن حزم[3].

ومن الفقهاء المعاصرين الذين أجازوا التعويض عن الطلاق التعسفي الدكتور وهبة الزحيلي وعبد الرحمان الصابوني وعبد الوهاب خلاف ومصطفى السباعي وغيرهم، وقد

---

[1] - عبد الفتاح تقية، **قضايا شؤون الأسرة**، منشورات تالة، الجزائر، 2011، ص68.

[2] - عبير ربحي شاكر القدومي، **مرجع سابق**، ص192.

[3] - ابن حزم، **المحلى، مرجع سابق**، ص37.

استدلوا بأن الطلاق إنما أبيح لحاجة، فمن أوقعه بغير حاجة إلى الخلاص فطلاقه واقع وهو آثم شرعا، وإثمه دليل على أنه أساء استعمال حقه، وهذه الإساءة توجب التعويض لما يسببه من ضرر للمطلقة[1].

كما استدلوا بتطبيق مبدأ السياسة الشرعية العادلة، والتي تمنع ظلم الزوجة وتعرضها للفاقة والحرمان والبؤس خاصة عند كبر سنها، كما أن التعويض زجرا لمن يطلق بغير سبب كونه عبئا ماليا يكلف به عند إيقاع الزوج الطلاق، مما يدفعه إلى التفكير مرارا أو إعادة النظر قبل إيقاعه.

كما أن قياس التعويض عن الطلاق التعسفي على طلاق الفار، فالمرأة المبتوتة تورث من الزوج لتعسفه في إيقاع الطلاق من حيث الزمن بقصد حرمانها من الميراث، وهو الباعث على الطلاق وهو غير مشروع، لأنه طلقها بدون سبب شرعي، لذلك عوقب بتوريثها فكذلك المطلق عوقب بتعويضها عن الضرر الذي لحق بالزوجة المطلقة تعسفا.

فالزوجة إذا كانت تملك حق الطلاق بناء على تفويض الزوج، وطلقت نفسها طلاقا تعسفيا دون أسباب، بل لمجرد رغبتها في الخلاص منه، والإضرار به رغم عدم موافقته على ذلك، وأصاب الزوج من جرائه ضرر، فيجب عليها التعويض إلى زوجها أي كل حالة طلقت فيها الزوجة نفسها وأساءت استعمال هذا الحق، بحيث لو طلقها زوجها ليمثل هذه الحالة وجب عليه التعويض، لذلك فلا مبرر للتفرقة بين تعسف الزوج في طلاقه وتعسف الزوجة إذ في كلا الحالتين ضرر يصيب الطرف الآخر[2].

2- رأي المانعين لاستحقاق المطلقة التعويض وأدلتهم: ذهب فريق من الفقهاء المعاصرين إلى أنه إذا كانت المتعة مشروعة في حالة الطلاق غير التعسفي على خلاف بين الفقهاء في وجوبها أم استحبابها دفعا لضرر متوقع.

---

[1] - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق**، ص499.
- عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية، مرجع سابق**، ص142.
- مصطفى السباعي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، مطبعة جامعة دمشق، ج1، ط7، دمشق، سورية، 1385هـ، ص276.
- عبد الرحمان الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الطلاق، مرجع سابق**، ص117.

[2] - عبد الرحمان الصابوني، **المرجع نفسه**، ص108.

فإن تقرير التعويض في الطلاق التعسفي مع ما يترتب عليه من أضرار وألم للفراق وتفويت لنعمة الحياة الزوجية التي ربما تحرم منها المرأة مدى الحياة وسط تزايد مشكلة العنوسة، فإن تقرير التعويض يكون من باب أولى.

فيرون بأنه لا يجب التعويض للمطلقة طلاقا تعسفيا، ومن بين هؤلاء الفقهاء المانعين للاستحقاق المطلقة التعويض الشيخ محمد أبو زهرة وعبد الكريم زيدان ومحمد الزحيلي وبدران أبو العينين بدران وغيرهم، وقد استدلوا بأن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية لا يتقيد في استعماله بوجود الحاجة التي تدعو إليه، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر، كان مستعملا حقه المخول له شرعا، ولم يوجد منه إساءة تستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق[1].

كما أن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لحاجته، ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية خفية كعدم ميل الزوج لزوجته، وقد يكون مما يجب ستره بحيث لو عرض على القضاء لكان في ذلك تشهير بكرامة الزوجين أو فضحها أمام الشأن العام، كما يؤدي إلى اختراع أسباب غير حقيقية لخلاص الواحد منهما من صاحبه أو يؤدي بالزوج إلى إجباره على الاستمرار في حياة لا يرتضيها مما يقلب تلك الحياة الزوجية بؤسا وشقاء على كلا الزوجين، كما أنه لا يوجد في القرآن الكريم أو السنة النبوية دليل يقضي بتعويض الطلاق بخلاف حقوق المطلقة الأخرى[2].

كما أن الزوجة حين زواجها كانت تعلم أن الزوج يملك في كل لحظة أمر طلاقها، فهي تعلم النتائج المترتبة على عقد الزواج، لذا ليس لها أن تطلب التعويض، وأن التبعات

---

[1] - **المرجع نفسه**، ص101.
- جميل فخري جانم، **مرجع سابق**، ص277.
- زكي الدين شعبان، **الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية**، ط6، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ليبيا، د.س.ن، ص381.

[2] - عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق**، ص358.
- محفوظ بن صغير، **مرجع سابق**، ص583.
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، **مرجع سابق**، ص285.

المالية المترتبة على الطلاق كمؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة تعتبر تعويضا كافيا للمطلقة عن الضرر الذي يلحقها بسبب الطلاق.

ويرى الفقهاء أيضا أن فرض التعويض على المطلق يؤدي إلى منع الطلاق الذي لا ظلم فيه، كما لو أراد الزوج طلاق زوجته لريبة أحاطت بها مؤثرا الستر عليها وهذا يتنافى مع الحق، كما أن وجوب التعويض عقوبة، والعقوبة لا تكون إلا على فعل محرم، لذا يؤخذ عليه تحريم الطلاق الذي لم تبدَ لَهُ أسباب أمام القضاء أو كان بدون سبب فعلا، وهذا ما لم يروَ على أحد من الصحابةﷺ ومن بعدهم.

كما تحرم المطلقة من التعويض عن الطلاق التعسفي إذا تأكد القاضي بأنها هي المتسببة فيه سواء في حالة نشوزها أو طلبها الخلع أو في حالة إثبات الزوج عدم تعسفه في إيقاع الطلاق بإبدائه الأسباب المعقولة التي اضطرته لإيقاعه[1].

ومنه يتبين أن الطلاق وضع شرعا لرفع الضرر وليس لإلحاقه بالزوجة، والتعويض الذي يحكم به القضاء ليس لكل مطلقة بل لمن تعسف زوجها في استعمال حقه في الطلاق فأصابها من جراء ذلك ضرر، فقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن في 1998/11/17 بأنه:" **من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا**"[2].

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أقر مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي بموجب المادة 52 من ق.أس.ج، وهذا أسوة بالشريعة الإسلامية وكذا التشريعات العربية التي سبقته في

[1] - قرار ملف رقم 72290 بتاريخ 2006/11/15، م.ع، غ.ش.أ، م ق، ع1، 2007، ص487.
[2] - قرار ملف رقم 210451 بتاريخ 1998/11/17، م ع، غ.ش.أ، م ق، عدد خاص، 2001، ص252.

ذلك كالمشرع المغربي والتونسي والمصري والسوري والأردني والعراقي وكذا الفرنسي[1]، كما منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال[2].

- **الترجيح:** نخلص بعد عرض آراء الفريقين إلى ترجيح رأي القائلين بجواز استحقاق المطلقة للتعويض عن الطلاق التعسفي وذلك لصحة الأدلة التي استدلوا بها وضعف الوازع الديني وغياب التقوى عن تعاملات الناس وتقصيرهم في الوفاء بالتزاماتهم، فكثيرا ما يوقع الزوج الطلاق عن غير رغبة منه، بل إرضاء لأطراف خارجية أو انتقاما من الزوجة.

كما أن كتب الفقهاء القدامى وأصحاب المذاهب الاجتهادية لا يوجد منهم من أوجب التعويض على المطلق مع متعة الطلاق، بل ذهب جميعهم إلى الأخذ بمتعة الطلاق فقط التي أقرتها الشريعة الإسلامية، ولم يتطرق أحدهم لذكر التعويض كعقوبة إضافية إلى المتعة[3].

ثانيا- شروط التعويض عن الطلاق التعسفي: لكي تستحق الزوجة التعويض عن الطلاق التعسفي لابد من توفر بعض الشروط التي حددتها نصوص قوانين الأحوال الشخصية في التشريعات التي أخذت بفكرة التعويض عن الطلاق، وبعد إقناع قاضي شؤون الأسرة بتعسف الزوج في إيقاع الطلاق.

فالمشرع الجزائري وضع شرطين أساسيين في نص المادة 52 من ق.أس.ج هما:

1- أن يتبين القاضي تعسف الزوج في الطلاق، وذلك بأن يثبت القاضي أن الزوج طالب الطلاق، قد قام بإيقاعه لنزوة شخصية أو بقصد الإضرار بالزوجة أو بدافع الانتقام منها ودون أن تكون هناك مصلحة أو فائدة من ذلك.

2- أن يصيب الزوجة من جراء ذلك ضرر لاحق بها، ففي حالة عدم توفر الشرطين المحددين للحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي يحول دون الحكم به بالتعويض، كما يمكن

---

[1] - Parquet Muriel, **Droit de la famille**, 2ème édition, 1rue Bréal, Rome, 2007, p113.

[2] - عبد الرحمان الصابوني، **مرجع سابق**، ص35.

[3] - جميل فخري جانم، **مرجع سابق**، ص225.

إضافة شرط آخر وهو ألا يكون الطلاق برضا الزوجة أو بناء على طلبها لأن ذلك يعد من الأسباب المعقولة[1].

يتضح من أنه لكي يكون الزوج ملزم بدفع التعويض عن الطلاق التعسفي لابد من توفر شروط يمكن تقديرها كالتالي:

1- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين: لكي يتم تعويض الزوجة المطلقة عن الطلاق التعسفي يجب أن تكون الزوجية قائمة فعليا بين الزوجين، فلا يمكن أن يكون عقد بدون دخول، بل يجب أن يتم الدخول والمعاشرة الزوجية، فلا تعويض عن الطلاق التعسفي إلا بتمام الدخول، وأن ما يحكم به من تعويض عن طلاق قبل الدخول، إنما هو تعويض عن ضرر معنوي فقط ليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي[2].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها الذي جاء فيه:" **من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ومتى تبين من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب رفض الطعن**"[3].

2- أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة: مادام الزوج يتمتع بامتلاكه للعصمة الزوجية شرعا، فله أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة، مما يتوجب عليه عدم الإضرار بالزوجة، فقد ألزمه الشرع والقانون بعدة واجبات اتجاهها لأنه هو الأحرس على بقاء الزوجية التي أنفق في سبيلها المال الكثير خاصة بعد الطلاق، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه:" **متى كان مقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفيا زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم**

[1] - بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق**، ص243-244.
[2] - باديس ديابي، **مرجع سابق**، ص88.
[3] - قرار رقم 216865 بتاريخ 1999/03/16،م.ع، غ.أ.ش، اجتهاد قضائي، ص256.

لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئا، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال"[1].

3- أن يكون الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق: وهذا ما اشترطته أغلب قوانين الأحوال الشخصية من أجل المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، فتوفر هذا الشرط تستحق المطلقة التعويض عن طلاق غير مبرر يخضع تقديره للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بناء على معايير التعسف، فعلى المحكمة قبل أن تصدر حكمها عليها الخوض في الأسباب الموجبة للطلاق، حيث ينبغي على المحكمة أن تجري تحقيقاتها، وبناء على ذلك تقدر حالة وجود التعسف من عدمه.

فعدم تبرير الزوج لطلاقه، يعد دليل على نيته في إلحاق الضرر بزوجته، لأن ذلك يعتبر مسألة موضوعية يقدرها قضاة الموضوع في إثباته من عدمه، والشائع لدى المحاكم الجزائرية هو أن الزوج عادة ما يبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية أو إخلالها بواجباتها اتجاهه، لاسيما الطاعة وحسن التدبير أو لارتكابها لفعل يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، ويُؤثر الزوج التستر على ذلك وعدم فضحها، غير أن الزوج مطالب بتبرير طلاقه وينبغي عليه أن يؤسسه بدليل قاطع، وإلا عُد متعسفا في إيقاعه للطلاق[2].

4- أن يترتب على الطلاق ضرر: يعد الضرر الحاصل للزوجة المطلقة عنصر أساسي وشرط ضروري ينبغي توافره لاستحقاقها التعويض، فقد تناولته معظم قوانين الأحوال الشخصية.

---

[1] - قرار رقم 53017-8 بتاريخ 1989/03/27، م.ع ،غ.أ.ش، م.ق، ع1، 1991، ص56.

[2] - باديس ديابي، **مرجع سابق**، ص187.

المشرع الجزائري نص عليه من خلال المادة 52 أسرة، والمشرع التونسي نص عليه في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية، كما نص عليه قانون الأحوال الشخصية العراقي في نص المادة 3/39، كما قضت به محكمة التمييز العراقية في إحدى قراراتها بقولها:" **وجدَتُ أن المحكمة ردت دعوى المدعية بحجة أنه لم يتضح لدى المحكمة أنه أصابها ضرر من جراء قيام المدعي عليه بطلاقها، وقد فات المحكمة أن تلاحظ بأنها لم تتحقق عن التعسف ودرجته والضرر الذي أصاب الزوجة من عدمه، كل ذلك على ضوء الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والثلاثين من قانون الأحوال الشخصية، مما أخل بصحة حكمها المميز...**"[1].

قانون الأحوال الشخصية الأردني أخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في نص المادة 134 منه، حيث يتضح من نص هذه المادة أن يكون الطلاق الذي تستحق فيه المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي طلاقا بائنا، وهذا ما أكده القرار الإستئنافي رقم 19530 بقوله:" **إذا أقامت المدعية دعواها على مطلقها وهي ما تزال في العدة من الطلاق الرجعي، ترُد دعواها، لأن المقصود والمراد من الطلاق الوارد في المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني هو الطلاق البائن**"[2].

وأن يكون الطلاق الواقع من الزوج على زوجته دون مبرر شرعي أو سبب معقول، فقد جاء في القرار الإستئنافي رقم 20245 بقوله:" **إن طلاق الزوج لزوجته في أصله مكروه شرعا ويعتبر طلاقا تعسفيا، ما لم يكن الطلاق لسبب مشروع، ولا تكلف المطلقة إثبات التعسف في الطلاق، وإنما الذي يكلف للإثبات هو المطلق إذا ادعى لطلاقه سببا مشروعا وأنكرت الزوجة**"[3]

5- استحقاق المطلقة للتعويض بناء على طلبها أو من ينوب عنها قانونا: بناء على طلب الزوجة المطلقة بالتعويض وفقا لإجراءات الدعوى سواء كانت دعوى أصلية أو مستقلة إذا لم تطلب في الدعوى الأصلية، ففي حالة صدور حكم الطلاق وفوات آجال الطعن فيما يخص

[1] - قرار محكمة التمييز المرقم 1458/ شخصية/1988 بتاريخ 1988/02/02.
[2] - أحمد الداود، **القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية**، ج1، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، 1999، ص210.
[3] - **المرجع نفسه**، ص211.

الأمور المالية، تعد المطلقة متنازلة عن حقها في التعويض سواء هي أو من ينوب عنها قانونا، فالمحكمة لا تحكم بالتعويض من تلقاء نفسها بل بناء على دعوى ترفعها المطلقة المتضررة من الطلاق التعسفي أو من ينوبها للمحكمة المختصة إقليميا.

6- أن يكون الطلاق بائنا: كما يشترط في التعويض عن الطلاق التعسفي أن يكون بائنا[1]، حيث يتضح من نص المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني أن يكون الطلاق الذي تستحق فيه المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي طلاقا بائنا، وهذا ما أكده القرار الإستئنافي رقم 19530 بقوله:" **إذا أقامت المدعية دعواها على مطلقها وهي ما تزال في العدة من الطلاق الرجعي، ترُد دعواها، لأن المقصود والمراد من الطلاق الوارد في المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني هو الطلاق البائن**"[2].

نخلص إلى أن معظم قوانين الأحوال الشخصية نصت على شروط التعويض عن الطلاق التعسفي، ومنها من لم ينص على التعويض كالمشرع السوداني، وهناك من جعل المتعة هي التعويض في حالة تعسف الزوج في طلاقه، وهذا ما يتضح من نص المادة 1/84 من مدونة الأسرة المغربية.

الفرع الثالث- أساس تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي: المشرع الجزائري لم يوضح في المادة 52 من ق.أس.ج المعيار الذي على أساسه يتم التعويض عن الطلاق التعسفي كما أن القانون لم يحدد الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض، وترك تقدير ذلك للقاضي بعد دراسة ملابسات القضية وظروف وأحوال الزوجين وما أدى إلى انفصالهما، فإن قدّر السبب وكان معقولا في نظره ردّ دعوى التعويض، وإلا حكم على الزوج بالتعويض حسب وضعه المالي، ويدفع هذا التعويض جملة أو مقسطا حسب مقتضى الحال، ويراعى في ذلك حالة الزوج يسرا وعسرا ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة[3]

[1] - طاري سعيد، **التعسف في فرق الزواج وآثاره (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران السانية، 2013/2012، ص204.
[2] - أحمد الداود، **مرجع سابق**، ص210.
[3] - العربي بالحاج، **مرجع سابق**، ص239.

فمن خلال هذا النص يمكن للقاضي أن يستخلص معايير التعسف التي على أساسها يسهل عليه التأكد من أن الزوج عند استعماله لحقه في الطلاق بإرادته المنفردة متعسف أم لا

كما يراعى القاضي في تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي عنصريين هما:

1- مراعاة ظروف الملابسة: أي الظروف الشخصية للمضرور التي على أساسها التعويض يقاس على الضرر الذي أصاب المضرور بالذات، فالتقدير يكون على أساس ذاتي شخصي وليس موضوعي، فالقاضي يأخذ بعين الاعتبار حالة الزوجة المضرورة جراء الطلاق من حيث أنها تعول أطفال، فيكون ضررها أشد من الزوجة التي لا تعول إلا نفسها مع مراعاة أيضا حالة الزوج المالية، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا نصه:" **حيث أن قضاة الموضوع قد أجابوا بما فيه الكفاية عن دعوى الطاعن من كونه موظفا بسيطا لا يستطيع دفع المبالغ المحكوم بها، إضافة إلى أن تقدير مبلغ التعويض والنفقة هي مسألة موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع ما داموا قد برروا قضائهم بما فيه الكفاية**".

وليس معناه أن الزوجة المتضررة إن كانت غنية كانت بأقل حاجة إلى التعويض، فالتعويض هو حق ثابت يعطى للزوجة بغض النظر على غناها أو فقرها، فالتعويض يتحقق حسب الضرر الذي لحق بها.

2- مراعاة سوء نية الزوج: وهي مسألة موضوعية يستخلصها القاضي طبقا للسلطة التقديرية من خلال مشتملات القضية المطروحة أمامه، وبما جاء في عريضة دعوى الطلاق وذلك من خلال استناده لمبررات وأسباب غير مشروعة ومؤسسة، مما يظهر قصده الإضرار بزوجته، كما يأخذ القاضي بعين الاعتبار ظروف الطلاق ومدة الزوجية أي عدد سنوات العشرة الزوجية، وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها:" **إن التعويض الممنوح للزوجة المطلقة بعد 36 عاما في خدمة الزوج، يعتبر زهيد لا يعوض الضرر الذي أصاب الطاعنة من جراء الطلاق التعسفي، ورغم ذلك فإن قضاة الموضوع اعتبروا هذا التعويض مناسبا، في الوقت الذي تقرر فيه الشريعة الإسلامية تعويضا عن الطلاق**

التعسفي يكون بمبلغ يناسب الضرر، وخاصة أن الزوج لم يقدم لقضاة المجلس سبب طلاق الطاعنة"[1].

وتؤكد قرارات المحكمة العليا أن لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقدير التعويض، حيث جاء في قرار رقم 93860 بتاريخ 1998/06/23:" **حيث أنه ثبت من ملف الدعوى أن الزوج قد طلب الطلاق بإرادته المنفردة ولم يثبت وجود مبرر شرعي له، وبذلك يكون متعسفا في استعمال حقه في طلب الطلاق، ويترتب عنه استحقاق المطلقة للنفقات المحكوم بها، وحيث أنه فيما يخص تقدير هذه النفقات فإنها تدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع".**

بما أن الزوجة تستحق نصف المهر عند الطلاق قبل الدخول بها، وبما أن التعويض جبر للضرر الحاصل لها، فلا يعقل أن يأخذ نفس تسمية المهر، ذلك أن المهر هو حق شرعي للزوجة، وبالرجوع إلى قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/04/23 والذي جاء فيه:" **ولما ثبت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لخمس سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها..."**[2].

وبالتالي نرى أن المطلقة قبل البناء زيادة على إعطائها نصف المهر، لها الحق في الحصول على تعويض عن الأضرار التي قد تصيبها من جراء هذا الطلاق، ما لم تكن هي المتسببة فيه بتصرفاتها، فإذا تبين له نشوزها أو قامت بطلب الخلع فإنها لا تستحق أي تعويض.

أما تاريخ المطالبة القضائية بالتعويض، فالمشرع الجزائري لم يبين ذلك في ق.أس.ج وحتى الشريعة الإسلامية لم تجبنا عن هذا الأمر، مما يقتضي الرجوع في ذلك إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة.

---

[1] - قرار رقم 244882 بتاريخ 2000/05/23، م.ع، غ.أ.ش، نقلا عن جوابي فله، **دور الاجتهاد القضائي في الحد من الطلاق التعسفي في قانون الأسرة**، جامعة البليدة2، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسة، ع12، 2017، ص620.

[2] - قرار رقم 135435 بتاريخ 1996/04/23،م.ع، غ.أ.ش، م.ق، ع1، 1998، ص129.

وعليه فإن دعوى التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي تسقط بانقضاء خمسة عشرة (15) سنة حسب نص المادة 308 مدني، من يوم وقوع الضرر وهي المدة التي تتقادم فيها دعوى التعويض عن الفعل الضار.

المشرع التونسي فصل بين التعويض عن الضرر المادي والمعنوي في الطلاق التعسفي في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية فقد جاء في حيثيات القرار التعقيبي أن:" **يراعى قاضي الموضوع في تقدير مبلغ الجراية العمرية، المستوى المادي للطرفين ومدة الزواج وسن الزوجة ومستواها الاجتماعي وما تعودت عليه من عيش في ظل الحياة الزوجية...**"[1].

أما المشرع التونسي فيقضي بإمكانية المطالبة القضائية بالتعويض في صلب دعوى الطلاق، وفي حالة عدم تقديم طلب التعويض وحكم القاضي الأسري بالطلاق فتصبح دعوى التعويض دعوى عادية يتم رفعها أمام القسم المدني، ويستند الحكم فيها إلى حكم الطلاق الصادر عن قسم الأحوال الشخصية.

في حين ذهب المشرع المغربي إلى الأخذ برأي المذهب المالكي فيما يتعلق بتقدير المتعة حسب ما نصت عليه المادة 84 من مدونة الأسرة المغربية وتخضع في تقديرها لسلطة القاضي التقديرية.

أما المشرع المصري حدّد مسبقا الحد الأدنى والأقصى لمبلغ التعويض، وهو ما يصطلح عليه بالمتعة في القانون المصري على أن لا يتجاوز حدود نفقة سنتين مع مراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية.

في حين المشرع الأردني ميز بين استحقاق المرأة المدخول بها وغير المدخول بها للتعويض عن الطلاق التعسفي، فنصت المادة 55 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على

[1] - قرار تعقيبي مدني، ع14977 بتاريخ 1999/03/11، نقلا عن بن محمود فاطمة الزهراء ودولة سامية، **اجتهادات قضائية معلق عليها**، تقديم زهير اسكندر، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 2006، ص20 وما بعدها.

أن غير المدخول بها تستحق المتعة ويتم تقديرها وفقا لسلطة القاضي التقديرية حسب العرف والعادة، بحسب حال الزوج في حدود نصف المهر.

كما نص على استحقاق المرأة المطلقة والمدخول بها للتعويض، على أن لا يقل عن نفقة سنة كحد أدنى ولا يزيد عن نفقة ثلاث سنوات كحد أعلى، ويدفع جملة واحدة إذا كان الزوج ميسورا، وعلى أقساط إذا كان معسرا، ولا يؤثر ذلك على حقوق الزوجية الأخرى حسبما نصت عليه المادة 134 من القانون الأردني[1].

في حين قدّر المشرع السوري التعويض في نص المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري بعدم تجاوز نفقة ثلاث سنوات بالإضافة إلى نفقة العدة، وللقاضي أن يحكم بها جملة أو مقسطا بحسب مقتضى الحال[2].

وأكد القضاء السوري من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض في 1982/03/20 حيث قضت بأنه:" **من شروط استحقاق تعويض الطلاق إصابة الزوجة بسببه بالبؤس والفاقة، وثبوت امتلاك الزوجة لقطعتي أرض ودار قيمتها عشرة آلاف ليرة يستبعد إصابة الزوجة بالبؤس والفاقة، وبالتالي لا تستحق تعويض الطلاق**"[3].

يظهر من خلال هذا القرار أن القضاء السوري قد كرس ما وضعه المشرع من شروط لاستحقاق المطلقة للتعويض، فحتى ولو تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، لا بد أن تثبت المطلقة بأنه قد أصابها البؤس والفاقة من جراء هذا الطلاق، وهذا ما ينتفي إذا كان لها مال أو كانت عاملة، وحتى وإن لم تكن كذلك وإنما كان لها ولي أو أقارب يعيلونها سقط حقها في المطالبة بالتعويض، وهو ما أقرته محكمة النقض السورية في قرارها الصادر بتاريخ 1981/09/28 حيث قضت بأنه:" **قول المطلقة بأن والدها فقير وله راتب تقاعدي فقط،**

[1] - عبير ربحي شاكر القدومي، **مرجع سابق**، ص204 وما بعدها.
[2] - محمد الزحيلي، **مرجع سابق**، ص63.
- عبد الرحمان الصابوني، **مرجع سابق**، ص24.
[3] - **المرجع نفسه**، ص55-56.

وكون إخوتها الستة جميعا من المكتسبين يفيد انعدام إصابتها بالبؤس والفاقة، لأن نفقتها على أبيها، فإن عجز عنها وقعت على إخوتها"[1].

وهو ما أكدته المحكمة ذاتها في قرار آخر لها بتاريخ 1985/12/07 حيث قضت بأنه:" **إذا ثبت للمحكمة من البينة المستعملة وجود معيل للمطلقة، فإن الطلاق لا يوقعها في البؤس والفاقة ولا تستحق مع وجود المعيل تعويض الطلاق"**[2].

وكان لها نفس الموقف في قرارها الصادر في 1987/12/24 حيث قضت بأنه:" **إن وجود معيل للمطلقة يقيها من الوقوع في البؤس والفاقة يحول في استحقاقها تعويض الطلاق التعسفي ولو لم يثبت المطلق السبب الذي يبرر طلاقه"**[3].

وبالتالي فإنه إذا استطاع الزوج المطلق بأن يثبت أن للمطلقة ولي يعيلها وقادر فعلا على إعالتها، يتفادى في هذه الحالة الحكم عليه بالتعويض، لأنه في وجود المعيل لا يتحقق شرط البؤس والفاقة الذي وضعه المشرع.

فقد قضت محكمة النقض السورية في قرارها الصادر في 28 /1995/08 بأنه:" **حيث أن المقرر نصا وفقها وما عليه الاجتهاد، أنه إذا توافر ما اشترطه القانون بالنسبة لتعويض الطلاق التعسفي وفقا لما نصت عليه أحكام المادة 117 أحوال شخصية، جاز للقاضي أن يحكم للمطلقة على مطلقها بحسب حاجتها ودرجة تعسفه بتعويض، وبما أن محكمة الموضوع قد راعت الشرطين اللذين يجب توافرهما للحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وهما أن يكون بغير سبب معقول، وأن يصيب الزوجة بسببه بؤس وفاقة، وقد استثبتت محكمة الموضوع من شهادة شهود الجهة المدعى عليها من أن والد الزوجة فقير الحال، وهو شيخ مسن وعاجز عن العمل، لدليل واضح على أن الزوجة قد وقعت بالبؤس والفاقة نتيجة هذا الطلاق، ولما كان تقدير البينة وترجيح بينة على أخرى من الأمور التي تدخل تحت سلطة المحكمة التقديرية، متى كان ذلك مبنيا على أساس صحيح وما عليه الاجتهاد، وبما أن أسباب الطعن لا**

[1] - محكمة النقض السورية، قرار رقم 279، بتاريخ 1983/09/28، مجلة المحامون، 1981، ص1407.
[2] - محكمة النقض السورية، قرار رقم 196، بتاريخ 1982/03/20، مجلة المحامون، 1986، ص425.
[3] - محكمة النقض السورية، قرار رقم 244، بتاريخ 1987/12/24، مجلة المحامون، 1987، ص203.

تنال من القرار المطعون فيه الذي وجد أنه محمول على أسبابه وعلله القانونية، مما يتعين تصديقه"[1].

وقد استقر قرار محكمة النقض من خلال قرارها الصادر في 1998/03/24 على أنه:" **تقدير تعويض الطلاق التعسفي متروك لقناعة القاضي ضمن الصلاحية المخولة له بمقتضى نص المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية**"[2].

فتعويض الطلاق التعسفي في ظل القانون السوري هو أمر مشابه لتعويض العمل غير المشروع، ولذلك فهو يتقادم بثلاث سنوات عملا بأحكام المادة 173 من القانون المدني السوري، وتبتدئ المدة من تاريخ علم الزوجة بالطلاق، فإن لم تعلم به فيتقادم طلب التعويض بمرور 15 سنة من تاريخ وقوعه، وتستحق المرأة التعويض بمجرد الطلاق ويسقط بالرجعة ولا يمكن الادعاء بطلبه إلا بعد البينونة، والإبراء من الحقوق الزوجية بعد الطلاق يشمله[3].

نخلص إلى أنه لا خلاف بين المشرع الجزائري وبقية القوانين العربية في اعتبار الطلاق التعسفي موجبا للتعويض، ولكن وقع الخلاف في شروط استحقاق التعويض من حالة طلاق لأخرى، إذ أخذ كل مشرع بشروط خاصة، كما وقع الخلاف في تحديد مقدار التعويض وطريقة دفعه تاركا ذلك لسلطة القاضي التقديرية، وهذا ما نجده في نص المادة 132 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه:" **يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا...ويقدر التعويض بالنقد...**".

في حين هناك من التشريعات العربية حددت مقداره وبينت طريقة تسديده وفقا لعناصر التقدير التي على أساسها يقدر القاضي قيمة التعويض مراعيا في ذلك أحكام الشريعة

[1] - محكمة النقض السورية، قرار رقم 1045، بتاريخ 1995/08/28، مجلة المحامون، 1997، ص417-418.
[2] - محكمة النقض السورية، 1998/03/24، قرار 226، مجلة القانون، وزارة العدل السورية، ع2، 1998، ص108.
[3] - مسعودة نعيمة إلياس، **مرجع سابق**، ص300.

الإسلامية وما جرى عليه العرف والعادة داخل المحاكم القضائية، والتي تقدر قيمته نقدا من وقت الحكم به طبقا لأحكام الفقه الإسلامي وكذا القانون.

كما أن المشرع السوري والأردني حددوا تاريخ المطالبة القضائية بالتعويض عن الطلاق التعسفي من تاريخ انقضاء العدة الشرعية، في حين المشرع الجزائري يعتد بتاريخ الحكم بالطلاق، فالمرأة المطلقة تستحقه قبل الدخول أو بعده، فلو تم اقترانه بانقضاء العدة لكان قرينة على عدم استحقاق غير المدخول بها للتعويض لأنها لا عدة لها.

وعليه فإن نشاط القاضي التقديري هو محل رقابة قضائية وقانونية حيث تختص المحكمة العليا بمراقبة مدى التزام القاضي بتطبيق القانون عند تقديره للتعويض باعتبار أن الحكم بالتعويض عن الضرر هو حكم منفصل عن الطلاق، لأنه يُعد من الجوانب المادية التي يحكم بها قاضي شؤون الأسرة بموجب حكم ابتدائي قابل للطعن فيه بكافة الطرق سواء العادية أو غير العادية.

المطـــــلب الثالــث

المتعة ونفقة العــدة للمطلقة تعسفا

يترتب عن فك الرابطة الزوجية عــدة آثار حسب نوع الطلاق الحاصل سواء من الناحية الشرعية أو القانونية، ومن هذه الآثار على سبيل المثال نفقة المتعة والإهمال ونفقة العدة والتي يخضع تقديرها لسلطة القاضي التقديرية، خاصة إذا ترتب عن البعض منها ضرر حسب ما نصت عليه المادة 52 من ق.أس.ج.

فبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نلاحظ عدم وجود ما يسمى بالتعويض عن الطلاق التعسفي لعدم اعترافها بهذا النوع من الطلاق، وإنما شرع للمطلقة متعة وأوجبت الزوج المطلق على تقديم مبلغ من المال يسمى نفقة متعة واجبة أو مندوبة شرعا لكل مطلقة، فقد تولى الفقه الإسلامي عامة بيان كثير من الأحكام التي تتعلق بهذا الحق الواجب.

كما تعرضت بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية لحالات استحقاق المطلقة للمتعة وكيفية تقديرها والعناصر الأساسية المحددة لها، كما أن من توابع فك الرابطة الزوجية الناتجة عن الطلاق التعسفي نفقة العدة والإهمال.

فالعدة لها زمن محدود شرعا وقانونا فبانتهائه يصبح الزوج أجنبيا عن زوجته، كما يوجب على الزوج دفع نفقة إهمال إلى زوجته قبل النطق بالطلاق، فهي ما تزال زوجته.

لدا وجب التطرق في هذا المطلب إلى أحكام نفقة المتعة للمطلقة تعسفا(فرع أول) وإلى أحكام عدة المطلقة تعسفا (فرع ثان) وإلى نفقة الإهمال للمطلقة تعسفا (فرع ثالث) من خلال الآتي:

الفرع الأول- أحكام نفقة المتعة للمطلقة تعسفا: إن نفقة المتعة في الشريعة الإسلامية ترادف التعويض في القوانين الوضعية، وهي بمثابة تعويض عما يلحق الزوجة من ضرر عن الطلاق التعسفي وجبرا لخاطرها، لدا سوف نتطرق إلى مفهوم المتعة ودليل مشروعية متعة الطلاق(أولا) ثم نبين الحِكمة من مشروعية المتعة وحُكمها(ثانيا) ونتطرق أيضا إلى أساس تقدير متعة الطلاق(ثالثا) من خلال الآتي:

أولا- مفهوم المتعة ودليل مشروعيتها: نتطرق إلى تعريف المتعة لغة واصطلاحا، ونتعرض إلى دليل مشروعيتها فقها وقانونا من خلال ما يأتي:

1- تعريف المتعة: يتعين التطرق إلى التعريف اللغوي، ثم إلى التعريف الاصطلاحي.

أ- تعريف المتعة لغة: اسم مشتق من المتاع وهو المنفعة والسلعة، وهو جميع ما ينتفع ويستمتع به كالمتاع[1].

فالمتعة هي التمتع بالشيء والانتفاع به، أو كل ما ينتفع به من عروض الدنيا قليلها وكثيرها، يقال: تمتعت به، أتمتع تمتعا، والاسم المُتعة كأنه ينتفع بها إلى أمد معلوم.

[1] - ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، **لسان العرب، مرجع سابق**، ص329.

وفيه ذكر متعة الحج، أي التمتع بالعمرة في أيام الحج، ومتعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق مما ينتفع به[1].

والمتعة بضم الميم وكسرها هي اسم للتمتيع، وجمعها مَتَعُ، والمتعة المتاع اسمان يقومان مقام المصدر الحقيقي وهو التمتيع، ومن معاني المتعة الأداة أو الوعاء والانتفاع والمنفعة[2].

ب- تعريف المتعة اصطلاحا: لقد تطرق العديد من الفقهاء إلى تعريفات فقهية وقانونية للمتعة لا تخرج عن كونها مقابل يدفعه الزوج لزوجته بعد الطلاق.

- تعريف المتعة في الفقه الإسلامي: فقد ورد التعبير عنها بعدة معان متقاربة عموما ومن هذه التعاريف ما يلي:

- عرف فقهاء المالكية المتعة بأنها:" **ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها...**".

يتضح من هذا التعريف أنه ينسجم مع الحكم الشرعي للمتعة الذي تبنوه من ناحية إطلاق واستحقاق المتعة لكل مطلقة من غير قصره عن صنف بعينه، إلا أن قولهم ما يؤمر الزوج بإعطائه ينافي قولهم أن المتعة مندوبة لسائر المطلقات لا على جهة اللزوم، فكان الأولى أن يقولوا:" ما يندب الزوج" عوضا عن قولهم:" ما يؤمر".

- وعرفها ابن جزيء من المالكية بقوله:" **الإحسان إلى المطلقات حين الطلاق بما يقدر عليه المطلق بحسب ماله في القلة أو الكثرة**"[3].

- كما عرفها الدسوقي من المالكية بقوله:" **ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق على قدر حاله**"[4].

يتضح من هذا التعريف أنه حدد صنفا واحدا مما تجب لهن متعة الطلاق مع بيان الحكمة من هذه المتعة وهو جبر خاطر المطلقة.

---

[1] - مجد الدين الفيروز آبادي، **القاموس المحيط، مرجع سابق**، ص762.

[2] - مرتضى الزبيدي، **تاج العروس، مرجع سابق**، ص705.

[3] - ابن جزي، **مرجع سابق**، ص186.

[4] - الدسوقي، **حاشية الدسوقي، مرجع سابق**، ص425.

- عرف الخطيب الشربيني من فقهاء الشافعية المتعة بأنها:" **مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق، أو مافي معناه بشروط**"[1].

- كما عرفها النووي من فقهاء الشافعية بقوله:" **المتعة اسم المال الذي يدفعه الرجل لامرأته بمفارقته إياها**"[2].

يلاحظ من تعريفات فقهاء المالكية والشافعية أنها متقاربة من حيث المعنى، إلا أن الشافعية يصرحون بحكمها الوجوب بخلاف المالكية.

- عرف ابن عابدين من فقهاء الحنفية المتعة بقوله:" **المتعة ما تعطاه المرأة، بحيث لا تزاد عن نصف مهر المثل ولا تنقص عن خمس دراهم**"[3].

- كما عرف فقهاء الحنابلة المتعة بأنها:" **ما يجب لحرة أو سيد أمة، على زوج بطلاق قبل الدخول لمن لم يُسمّ لها مهر صحيح مطلقا، أي سواء كانت مفوضة بضع أو مفوضة مهر أو مسمى لها مهر فاسد**".

- ومنهم من عرف المتعة بأنها:" **ما يجب على الزوج للزوجة المطلقة قبل الدخول**"[4].

يلاحظ أن تعريفات فقهاء الحنفية والحنابلة متقاربة من حيث المعنى وأنهم حصروا وجوب المتعة لمن طلقت قبل الدخول ولم يسم لها المهر.

- **الكثير من الفقهاء المعاصرين يعرفون المتعة بأنها:" ما تتمتع به الزوجة تعويضا لها عن إيحاشها الفرقة بينها وبين زوجها، فالمتعة هي الثياب التي تكتسي به المرأة المطلقة عند خروجها من بيت الزوجية حسب العرف، وقد تكون المتعة بقيمة ذلك أو ما يعادلها**"[5].

وإن كان الواقع العلمي يقدر المتعة بمبلغ مالي.

- عرف بدران أبو العينين بدران المتعة بقوله:" **المتعة ما يعطيه الزوج لزوجته بعد حصول الفرقة بينهما من الثياب أو ما يقوم مقامها، وسميت بذلك لأن المطلقة تتمتع بها، ويقدمها**

---

[1] - الشربيني، **مغني المحتاج، مرجع سابق**، ص241.
[2] - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، **مرجع سابق**، ص164.
[3] - ابن عابدين، **مرجع سابق**، ص111.
[4] - البهوتي، **شرح منتهى الإرادات**، ج3، ط2، عالم الكتب، بيروت، 1996، ص27.
[5] - أحمد فتحي بهنسي، **نفقة المتعة بين الشريعة والقانون**، ط1، دار الشروق، مصر، 1988، ص25.

الزوج تطييبا لنفس الزوجة وتعويضا لها عن إيحاشها بالفرقة التي حصلت بينها وبين زوجها"[1].

– عرف الشيخ محمد أبو زهرة المتعة بقوله:" **المتعة مال يدفعه الزوج للمرأة عند مغادرة بيت الزوجية لطلاق وتفريق"**[2].

ومنه نستنتج من هذه التعريفات أن المتعة تجب جبرا لما وقع من إيحاش وضرر جراء الطلاق التعسفي، لذلك رتبت الشريعة الإسلامية على هذا الطلاق أثر يرمي إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة بما تفرضه على الزوج من المتعة على مطلقته كأثر من آثار الطلاق.

ومنه التعريف المختار: إن المتعة هي المال أو مما هو متقوم بمال الذي يدفعه الزوج لزوجته التي طلقها غير المهر جبرا لخاطرها جراء ما لحقها من أذى نفسي ومادي، لأن الفرقة حصلت دون موافقتها وبدون سببها لتطيب نفسها ويعوضها عن ألم الفراق.

– تعريف المتعة في الاصطلاح القانوني: لم يشر ولم ينص المشرع الجزائري إلى مسألة المتعة كأثر من آثار الطلاق، ولعله اكتفى بمسألة التعويض عن الطلاق التعسفي في نص المادة 52 أسرة، تاركا تفصيله إلى الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من ق.أس.ج التي تنص على أن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما دفع بعض فقهاء القانون والشراح إلى اعتبار ذلك التعويض من قبيل المتعة وأنه المسمى القانوني لهذا الفرض الشرعي.

وبالمقابل فإن المتتبع لاجتهادات المحكمة العليا يطلع بوضوح على سير بعض القضاة على خطى منح المتعة للمطلقة، وإن اختلفوا في المقدار إلا أنهم اتفقوا في النوع، وهو مبلغ من المال يعطى للزوجة حسبما تقضي به السلطة التقديرية للقاضي، كما أن القضاء انتهى إلى أن المتعة إنما وجبت لتعويض ما ينجم عن الطلاق من ضرر.

---

[1] - بدران أبو العينين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1957، ص212،
- مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة**، ط4، الدار الجامعية للطباعة بيروت، 1983، ص408-409.

[2] - محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية، مرجع سابق**، ص224.

فقد عرفت المحكمة العليا المتعة في إحدى قراراتها بأنها:" **تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية**"[1].

في حين نجد أن بعض التشريعات قد تعرضت لمسألة المتعة مستقلة عن التعويض كالتشريع المغربي في نص المادة 84 من مدونة الأسرة، والتشريع المصري في نص المادة 18 مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري.

بينما بعض التشريعات الأخرى أوردت المتعة تحت مسمى التعويض دون أن تتطرق لها كالتشريع الأردني في نص المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، وكذا المشرع الكويتي في نص المادة 165/أ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، وكذا التشريع السوري في نص المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية، أما المشرع السوداني فقد أورد اسم المتعة مستقلة عن التعويض في نص المادة 138 من قانون الأحوال الشخصية.

2- دليل مشروعية متعة الطلاق: المتعة أمر مقرر شرعا وقانونا وهي جبرا للمطلقة عن ألم الفراق والإيحاش، فهناك من تعرض لها كمسألة مستقلة عن التعويض وهناك من ربطها بالتعويض دون أن يسميها، لذلك لا خلاف بين الفقهاء في مشروعيتها التي ثبتت بالأدلة الثابتة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وآثار الصحابة وكذا القانون.

أ- من القرآن الكريم: هناك العديد من الآيات تدل على مشروعية المتعة والتي جاءت بعدة معاني تضمنتها العديد من الآيات الكريمات منها:

- قَالَ تَعَالَى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾[2].

- قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[1].

---

[1] - قرار ملف رقم35912 بتاريخ 1985/4/8، م.ع، غ.أ.ش، م.ق، ع1، 1989، ص89 نقلا عن عبد الهادي بن زيطة، **مرجع سابق**، ص161.

[2] - سورة البقرة، الآية234.

-قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا﴾[2].

- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[3].

وجه الدلالة من عموم هذه الآيات الكريمات أنها تضمنت أمرا، وأن الأمر عند الأصوليين يحمل على الوجوب ما لم تقم دلالة تصرفه إلى الندب، فالمتعة من القرآن الكريم هي الأصل في مشروعيتها فلا إثم على من طلق زوجته قبل الدخول سواء سمى لها مهرا أو لم يسم، وعليه أن يعطيها شيئا يكون متاعا لها.

فالله سبحانه وتعالى أوجب المتعة لجميع المطلقات المدخول بهن المسمى لهن المهر أو غير المسمى لهن، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى قول جامع بين هذه الآيات بقوله:" **إذا تأملنا في مجموع هذه الآيات الناصة على المتعة، فإننا ننتهي إلى أن كل مطلقة دخل بها أو لم يدخل تجب لها المتعة، فهي تعويض لما فات المطلقة بشيء من زوجها بحسب حاله**"[4].

ب- من السنة النبوية: تعددت الأحاديث النبوية المروية عنهﷺ فيما يخص موضوع المتعة ومن هذه الأحاديث ما روي عن عائشة رضي الله عنها:" **أن عمرة بنت الجون تعودت من رسول الله ﷺ حيث دخلت عليه، فقال: لقد عُذتِ بمعاد فطلقها، وأمر أسامة أو أنسا فمتعها بثلاثة أثواب رازقية**".

روى البخاري في صحيحه[5] عن عباس بن سهل وأبي أسيد قالا:" **تزوج النبيﷺ أميمة بنت شراحيل، فلما أدخلت عليه بسط يده إليها، فكأنها كرهت ذلك، فأمر أسيد أن يجهزها ويكسوها ثوبين رازقيين**"[1].

---

[1] - سورة البقرة، الآية239.

[2] - سورة الأحزاب، الآية28.

[3] - سورة الأحزاب، الآية49.

[4] - بن صغير محفوظ، **مرجع سابق**، ص217.

[5] - جميل فخري محمد جانم، **مرجع سابق**، ص 65-67.

روى النسائي عن فاطمة بنت قيس قالت:" **طلقها أبو عمرو بن حفص البثة ثم خرج إلى اليمن، ووكل بها عياش بن أبي ربيعة، فأرسل إليها عياش بعض النفقة فسخطتها، فقال لها عياش مالك علينا نفقات ولا سكنى، هذا رسول الله ﷺ فسأليه، فسألت رسول الله ﷺ عما قال ؟ فقال لها:" ليس لكِي نفقة ولا سكنى ولكن متاع بالمعروف واخرجي عنهم**"[2].

وجه الدلالة بين هذه الأحاديث أنها تدل على مشروعية المتعة المقررة للمرأة المطلقـة لتطييب خاطرها وتهدئة نفسها وتعويضا عن ألم الفراق الذي لحقها من جراء طلاق زوجها.

ج- من آثار الصحابة: عن سويد بن غفلة قال: كانت عائشة الخثعمية عند الحسن بن علي بن أبي طالب-كرم الله وجهه- فلما أصيب علي وبويع الحسن بالخلافة، قالت:" لتهنك الخلافة يا أمير المؤمنين، فقال:" يقتل علي وتظهرين الشماتة، اذهبي فأنت طالق ثلاثا، قال :" فتلفعت نساجها[3]، وقعدت حتى انتهت عدتها، وبعث إليها بعشرة آلاف متعة، وبقية بقي لها من صداقها، فقالت:" **متاع قليل من حبيب مفارق**"، فلما بلغه قولها بكى، وقال:" لولا أني سمعت جدي أو حدثني أبي أنه سمع جدي يقول:" أيما رجل طلق امرأته ثلاثا مبهمة أو ثلاثا عند الإقراء، لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره" لراجعتها[4].

عن نافع أن رجلا أتى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب-رضي الله عنه- فذكر أنه فارق امرأته، فقال:" **أعطها كذا وأكسها كذا، فحسبنا ذلك، فإذا هو ثلاثين درهما**".

عن عبد الرحمان بن عوف-رضي الله عنه- أنه طلق امرأته، فمتعها بجارية سوداء حممها إياها، قال أبو عبيدة:" يعني متعها بها بعد الطلاق، وكانت العرب تسمى المتعة التحميم".

وجه الدلالة أن الآثار المروية عن الصحابةﷺ تدل على مشروعية المتعة.

د- من القانون: في المادة 52 من ق.أس.ج، لم يتطرق المشرع الجزائري إلى المتعة وإنما أورد بدلها التعويض عن الطلاق التعسفي، وهو ما دفع بعض الشراح إلى اعتبار ذلك التعويض

---

[1] - ثوبين رازقيين: ثوب من الكتان الأبيض الطويل ، يكون في داخل بياضه زرقة نقلا عن ابن حجر العسقلاني، **مرجع سابق**، ص 446.

[2] - أخرجه النسائي في سننه، **كتاب الطلاق**، ج6، ص211.

[3] - يقصد بقوله فتلفعت نساجها أي تلفعت ثيابها، يقال: تلفعت المرأة بمرطها أي تلفعت به، واللفاع: ما ينتفع به نقلا عن الدار قطني، **مرجع سابق**، ص55-56، جميل فخري جانم، **مرجع سابق**، ص67-68.

[4] - الدار قطني، سنن الدار قطني، **مرجع سابق**، ج4، ص30-31، البيهقي، السنن الكبرى، ج7، **مرجع سابق**، ص244.

من قبيل المتعة، وأنه المسمى القانوني لهذا الفرض الشرعي، كما أنه لم يجعلها لا من آثار الطلاق قبل الدخول ولا من آثار الطلاق بعد الدخول، وذلك خلافا لبعض التشريعات.

في حين لم يحسم القضاء الجزائري هذه المسألة واختلطت عليه الأمور، ولم يتبين موقفا موحدا، ولعل اجتهاده جاء تطبيقا لنص المادة 222 من ق.أس.ج، فهناك رأي من القضاة اعتبر المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي عملة واحدة، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى للقضاء نصه:" **إذا كانت أحكام الشريعة تقرر للزوجة التي طلقها متعة لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.**

لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض"[1].

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا نصه:" **من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم للزوجين معا ، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة**"[2].

وهناك رأي آخر للقضاء يعتمد الفصل بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي فكل مستقل عن الآخر، وله آثاره وأحكامه الخاصة به، وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه:" **من الأحكام الشرعية أن الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل.**

[1] - قرار ملف رقم 35912 بتاريخ 1985/04/08، م.أع، غ.أ.ش، م.ق، ع1، 1989، ص89.
[2] - قرار ملف رقم 39731 بتاريخ 1986/01/27، م.ع، غ.أ.ش، م.ق، ع4، 1993، ص61.

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح الزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي"[1].

يتضح من نص هذا القرار أن نفقة المتعة تعد أثرا من آثار الطلاق بعد الدخول وليست لها صلة بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

والرأي الراجح: هو أن تمنح للمطلقة قبل الدخول نفقة متعة إذا لم يسم لها الصداق، وهذا في إطار التسريح الجميل والتسريح بالمعروف، وتبقى مسألة تقديرها خاضعة لسلطة القاضي التقديرية وهذا لجميع المطلقات دون استثناء، ومنه يتضح من أحكام القضاء الجزائري مشروعية المتعة قضاء وشرعا.

في حين نجد أن أغلب القوانين المقارنة تعرضت للمتعة وحكمها، فالمشرع المغربي نص في المادة 1/84 من مدونة الأسرة على أن:" **تشمل مستحقات الزوجة الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه**".

فالمشرع المغربي يعتبر نفقة المتعة حقا ماليا للزوجة باعتباره أثرا من آثار الطلاق، ومن ضمن المستحقات المالية لها، فهي تمنح لكل مطلقة بدون استثناء، وبغض النظر عن طالب إنهاء الرابطة الزوجية، كما أن نطاق تطبيقها أصبح واسعا باعتبارها تعويضا عن الضرر الذي يلحق بالزوجة، فالزوجة تستحق نفقة المتعة ولو كان سبب الطلاق أو التطليق راجعا إليها[2].

كما نصت المادة 1/165 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أن للزوجة متعة الطلاق على زوجها، بقولها:" **إذا انحل الزواج الصحيح بعد الدخول تستحق الزوجة – سوى نفقة عدتها – متعة تقدر بها لا تتجاوز نفقة سنة، حسب حال الزوج تؤدى إليها على أقساط شهرية، إثر انتهاء عدتها ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك في المقدار أو الأداء**".

---

[1] - قرار ملف رقم 41560 بتاريخ 1986/04/07، م.ع، غ.أ.ش، م.ق، ع2، 1989، ص69.

[2] - محمد الشافعي، **الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، مرجع سابق**، ص206-207.

لأن الأصل في تشريع المتعة هو جبر إيحاش الزوج لمن فارقها ومواساتها من المروءة التي تتطلبها الشريعة.

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 18 مكرر من قانون الأحوال الشخصية على أن:" **الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسرا أو عسرا ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق سداد هذه المتعة على أقساط**".

فالمشرع المصري يتضح أنه أخذ بالمتعة تأثرا بالمذهب الشافعي، حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها أو بسببها.

في حين ذهب المشرع السوري في نص المادة 2/61 من قانون الأحوال الشخصية قبل التعديل أنه:" **إذا وقع الطلاق وقبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة**"، وهو قول الحنابلة، أما قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان فقد نص على مشروعية المتعة في المادة 91 منه بأنه:" **تستحق المطلقة المدخول بها المتعة حسب يسر المطلق**".

في حين أورد المشرع الأردني في المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية المتعة تحت مسمى التعويض دون أن يتطرق لها فقد نص على أنه:" **إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد على نفقة ثلاث سنوات، ويراعى في فرضها حال الزوج يسرا ويدفع جملة إذا كان الزوج موسرا وأقساطا إذا كان معسرا ولا يؤثر ذلك على حقوقها الزوجية الأخرى**".

يتضح من أن بعض التشريعات نصت صراحة على مشروعية المتعة واستقلالها عن التعويض، وهناك من ربطها وجمع بينها وبين التعويض، وهناك من سماها تعويضا مع إقرانها بعنصر التعسف وهو اتجاه غامض لا يؤكد لنا الفرق في التسمية فحسب بل في الجوهر كذلك.

فقد نهجت محكمة النقض المصرية وسارت على ما سار عليه قانون الأحوال الشخصية المصري في نص المادة 18 مكرر فقد جاء في إحدى قراراتها بأن:" **المتعة للمطلقة وفقا لنص المادة 18 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 ليس جزاء إساءة الزوج استعمال حقه في التطليق، بل إن الأساس في تقريرها على ما ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا النص أن المطلقة في حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة، وفي المتعة ما يحقق هذه المعونة ولأن الأصل في تشريعها صبر خاطر المطلقة ومواساتها**".

ثانيا- الحِكمة من مشروعية المتعة وحُكمها: سوف نتطرق إلى الحكمة من مشروعية المتعة وحكمها فقها وقانونا من خلال الأتي:

1- الحِكمة من مشروعية المتعة: لقد وهب الإسلام للمرأة الكثير من الحقوق وحفظ لها مكانتها واهتم بها، ومن بين هذه الحقوق حقها في نفقة المتعة، كما اهتم القانون أيضا بهذه المسألة، فالمتعة لا تخرج عن أمور ثلاث وهي:

الأمر الأول: أن المتعة قائمة مقام المسمى من نصف المهر وهذا أمر لا شك فيه.

الأمر الثاني: أن المتعة جبر لخاطر المرأة جراء ما لحقها من الطلاق.

الأمر الثالث: أن المتعة تعويض للمرأة عن الطلاق التعسفي من قبل الزوج، رغم أنها تجب على المطلق الذي لا يكون طلاقه تعسفيا.

- قال الشيخ محمد رشيد رضا- رحمه الله:" **إن في هذا الطلاق غضاضة وإيهاما للناس أن الزوج ما طلقها إلا وقد رابه منها شيء، فإذا هو متعها متاعا حسنا تزول هذه الغضاضة ويكون هذا المتاع الحسن بمنزلة الشهادة بنزاهتها والاعتراف بأن الطلاق كان من قبله أي لعذر يختص به، لا من قبلها أي لا لعلة فيها، لأن الله عز وجل أمرنا أن نحافظ على الأعراض بقدر الطاقة، فجعل هذا التمتيع كالمرهم لجرح القلب لكي يتسامح به الناس...**"[1].

[1] - ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، **مرجع سابق**، ص9،10.

والمتعة تعتبر تدبيرا شرعيا للحد من الطلاق، خاصة إذا أضيفت إلى التبعات المالية الأخرى من مهر ونفقة، ورادعا وزاجرا لكل زوج تجعله قبل أن يقدم على الطلاق فلا يوقعه إلا بعد ترو وأناة واستنفاذ وسائل الإصلاح الممكنة، ثم إن المتعة تعويض للمطلقة عما لحقها من ضرر تخفيفا لها[1]، وإزالة للشكوك والاتهامات التي تدور في نفوس الكثيرين بأن الزوج طلقها لسبب ما، أو لعيب في سلوكها وأخلاقها، وإنما وقع الطلاق من قبله ولسبب خارج عنها وليس لعلة فيها[2].

كما أن في المتعة مساعدة للمطلقة من الناحية المالية لسد حاجياتها في مرحلة ما بعد الطلاق، خاصة عند عدم وجود المعيل بعد الزواج الذي كانت تعتمد عليه في الإنفاق.

وقد اختلف الفقهاء في علة المتعة في الطلاق، فقد ذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة وحنفية إلى أن متعة الطلاق معللة إلا أنهم اختلفوا في العلة.

فقد ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن المتعة شرعت بدلا عن مهر المثل في الحالات التي تستحق المطلقة نصف المهر.

بينما ذهب الشافعية إلى أن علة المتعة هي الإيحاش والابتذال، في حين ذهب بعض المالكية والحنفية إلى أن علة المتعة هي الإيحاش فقط، فقد جاء في زاد المحتاج ومغني المنهاج:" **لأن المفوضة لم يحصل لها شيء فتجب لها المتعة للايحاش**"[3]، أما في حالة الخلع فلا متعة لها لأنه لا وحشة لها.

بينما ذهب المالكية إلى أن المتعة شرعت لتعويض المرأة المطلقة تطيبا لنفسها وجبرا لخاطرها من الألم الحاصل لها بالطلاق وتسلية لها عند الفراق.

---

[1] - أحمد الغندور، **مرجع سابق**، ص69.

[2] - محمد رشيد رضا، **تفسير المنار**، خرج آياته وأحاديثه وشرحه، إبراهيم شمس الدين، ج2، ط1، منشورات محمد بن علي بيضون، دار الكتب العالمية، بيروت، 1999، ص346.

[3] - الشربيني، **مرجع سابق**، ص398.

وذهب الإمام أبو يوسف من الحنفية إلى أن المتعة غير معللة بل وجبت ابتداء ولم تجب بطريق البدل، فالمتعة هي دين يبقي في ذمة الزوج المطلق، وهذا دليل على أنها لم تجب بدلا عن المهر وإنما وجبت ابتداء[1].

والرأي الراجح: هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن متعة الطلاق معللة وشرعت لتعويض المرأة وتطييبا لنفسها وجبرا لخاطرها المنكسر من ألم الفراق، وللضرر الحاصل لها من جراء واقعة الطلاق.

2- **حكم متعة الطلاق:** تعددت الآراء الفقهية حول حكم متعة الطلاق من حيث أنها واجبة أم مستحبة، فاستحقاق المطلقة للمتعة يختلف باختلاف حالها.

أ-حكم متعة الطلاق في الفقه الإسلامي: بالرغم من أن المتعة تجب لكل زوجة طلقت من زوجها وانتهت عدتها من الطلاق، إلا أن الفقهاء تعددت آرائهم في حكمها واختلفوا في استحقاقها قبل الدخول وبعده في حالة ما إذا سمي لها المهر أو لم يسم، سوف نتناول هذه الآراء كالتالي:

- حكم متعة المطلقة قبل الدخول: اختلف الفقهاء في حكم متعة الطلاق إلى قولين، فمنهم من قال بالوجوب ومنهم من قال بالندب أي الاستحباب.

ذهب المالكية إلى أن متعة الطلاق مستحبة لكل مطلقة وغير واجبة في جميع الأحوال، لأن الله سبحانه وتعالى خص المحسنين بها على سبيل الإحسان والتفضيل، والإحسان ليس بالواجب[2].

قال ابن جزي المالكي:" **متعة المطلقات هي الإحسان إليهن حين الطلاق، بما يقدر عليه المطلق يحسب ماله من القلة أو الكثرة**".

وقد استدلوا بقوله تعالى:﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ وقوله تعالى:﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾.

[1] - الكاساني، بدائع الصنائع، **مرجع سابق**، ص303.

[2] - ابن رشد القرطبي(الحفيد)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق**، ص74.

يتضح من خلال الآيتين أن المطلقة قبل الدخول وقبل تسمية الصداق لها المتعة وليس لها شيء من الصداق، أما في حالة المطلقة قبل الدخول وبعد التسمية في العقد أو بعده فأوجب لهن نصف الصداق ولا متعة لهن لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾[1] كما استدلوا بأنه لو كانت المتعة واجبة لم يختص الله سبحانه وتعالى بها المحسنين والمتقين دون غيرهم وأطلقها على الخلق أجمعين، كما أن المتعة جعلت لجبر ألم الفراق، وغير المدخول بها لم تأنس بالزوج حتى تتألم بفراقه، ولأن المتعة لم يرد تقديرها بنص شرعي والفرائض ينبغي أن تكون مقدرة معلومة[2].

كما استدل المالكية ببعض الآثار عن القاضي شريح قال: لرجل طلق امرأته" **متع، ألا تأب أن تكون من المتقين، ألا تأب أن تكون من المحسنين**"[3].

أما جمهور الفقهاء من شافعية وحنفية وحنابلة فذهبوا إلى أن متعة الطلاق واجبة للمطلقة قبل الدخول والتي لم يفرض لها صداق، واستدلوا بنفس الآية التي استدل بها المالكية فيرون بأن لفظ "**ومتعوهن**" فعل أمر، ومطلق الأمر في الآية يفيد الوجوب، قال ابن عباس: **في قوله تعالى:" ومتعوهن...حقا على المحسنين"، أن الرجل يتزوج المرأة ولم يسم لها صداقا ثم يطلقها من قبل أن ينكحها، فأمره الله سبحانه وتعالى أن يمتعها على قدر عسره ويسره**"، وقال عطاء:" **إن لم يدخل بها ولم يفرض لها، فلها المتعة ولا صداق لها**".

فالطلاق قبل الدخول وقبل التسمية هو طلاق في نكاح يقتضي العوض، فأداء الواجب من الإحسان فلا تعارض بينهما، أي أن المتعة هي العوض في النكاح.

وذهبوا إلى أن المطلقة قبل الدخول والتي سمي لها الصداق فلا متعة لها لأنها ليست واجبة ولا مستحبة أو مندوبة، وسواء سمي لها الصداق في العقد أو بعده، فإنها تستحق

---

[1] - سورة البقرة، الآية235.

[2] - ابن رشد القرطبي(الحفيد)، **الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق**، ص132.

[3] - أحمد شامي، **نفقة المتعة في التشريعين الجزائري والمصري**، جامعة الوادي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج9، ع2، جوان 2018، ص866.

نصف الصداق[1]، كما أن المتعة بدل الواجب وهو نصف مهر المثل، وبدل الواجب يأخذ حكمه فيكون واجبا، لأنه يقوم مقامه كالتيمم مع الوضوء، فالتيمم لما كان بدلا عن الوضوء، لأن الوضوء واجب كان التيمم واجبا.

– حكم متعة المطلقة بعد الدخول: اتفق جمهور الفقهاء على استحقاق المطلقة بعد الدخول للمتعة سواء سمي لها المهر أو لم يسم، إلا أنهم اختلفوا في استحقاقها على سبيل الوجوب أو الاستحباب وذلك على فريقين.

ذهب المالكية والحنفية إلى أن المتعة لا تجب للمطلقة بعد الدخول، وإنما هي مستحبة فقط لأن المطلقة بعد الدخول تستحق المهر كاملا سواء سمي لها أو لم يسم، فلو وجبت المتعة لأدى ذلك إلى الجمع بين البدل والأصل، وهذا ممتنع لأن البدل لا يجتمع مع الأصل ولا شيئا منه، لأن المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية لا تجب لها المتعة بالإجماع لأنها تستحق نصف المهر، فالمطلقة بعد الدخول أولى لأنها تستحق كل المهر.

كما تأخذ المطلقة بعد الخلوة حكم المطلقة بعد الدخول التي لا تجب لها المتعة باعتبار أنها تستحق كل مهرها، واستثنى المالكية بعض المطلقات من المتعة، ومنهن المطلقة عن مال تدفعه لزوجها، وكذا المطلقة التي فوضها زوجها في أمر طلاقها، والمرأة التي اختارت المفارقة بسبب عيب في زوجها، والمرأة التي وقع اللعان بينها وبين زوجها[2].

وقد ميز المالكية بين المطلقات بعد الدخول واللاتي فرض لهن مهرا ولم يفرض، فالمطلقة المدخول بها والمسمى لها مهر، تستحق المتعة إذا طلقت، لكن زوجها لا يجبر على ذلك، مما يعني أن الإمام مالك أوجب المتعة على الزوج المطلق ديانة لا قضاء فيكون آثما إذا لم يؤذها ولا يجبر قضاء على أدائها، أما المدخول بها والتي لم يسم لها المهر فالمتعة واجبة يجبر الزوج عليها.

[1] - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق**، ص318.

[2] - أحمد نصر الجندي، **الحضانة والنفقات في الشرع والقانون**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 172.

ذهب الشافعية والحنابلة أن المتعة واجبة لكل مطلقة بعد الدخول، فقد فرض الله المتعة لكل مطلقة بغض النظر إن كان مدخول بها أم لا، أو سمي لها المهر أو لم يسم، ويؤكد ذلك تمتيع زوجات النبيﷺ وكن مدخول بهن في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ .

يتضح من الآية الكريمة أن الله تعالى أمر رسولهﷺ أن يخير زوجاته بين الصبر معه على العيش أو الطلاق والفراق الذي يلي معه التمتيع، وقال أصحاب هذا المذهب أن المهر وجب للمرأة المطلقة في مقابل استيفاء منفعة، فوجبت لها المتعة بدلا من الإيحاش الذي لحقها بالطلاق.

كما ذكر الشافعية بعض الحالات التي تستحق فيها المطلقة المتعة، كالمرأة التي حكم القاضي بطلاقها لعيب في الزوج أو لغيبته أو الإضرار بها أو من أجل النفقة أو الايلاء أو الظهار.

واستثنى الشافعية بعض المطلقات من استحقاق المتعة، كالمرأة التي خلعت زوجها أو التي حكم القاضي بفسخ نكاحها بعد اللعان، أو الزوجة التي طلقها زوجها لعيب فيها، وكذا المرأة التي تختار الطلاق في التخبير أو التمليك[1].

ذهب الحنابلة في رواية وابن حزم الظاهري وابن جرير الطبري وكذا قول الإباضية[2] بوجوب المتعة لكل مطلقة سمي لها مهر أو لم يسم، وسواء طلقت قبل الدخول أو بعده واستدلوا ببعض الآيات السابقة من القرآن الكريم، لأن وجه الدلالة منها أنها تدل صراحة على وجوب المتعة للمطلقات.

ومن الآثار، قال ابن حزم الظاهري:" **المتعة فرض على كل مطلقة واحدة أو اثنين أو ثلاث وطئها أو لم يطأها، دخل بها أو لم يدخل، فرض لها صداقها أو لم يفرض لها شيئا، أن يمتعها، وكذلك المفتدية أيضا، ويجبره الحاكم أيضا، أحب أم كره**"[3].

[1] - عبد الكريم شهبون، **شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية**، ج1، ط2، دار النشر للمعرفة، الرباط، 1987، ص253.

[2] - محمد بن يوسف أطفيش، **شرح كتاب النيل وشفاء العليل، مرجع سابق**، ص37.

[3] - ابن حزم، **مرجع سابق**، ص245.

وروى معمر عن الزهري قال:" **متعتان، إحداهما يقضي بها السلطان، والأخرى حق على المتقين، من طلق قبل أن يفرض ولم يدخل، أخذ منه المتعة، لأنه لا صداق عليه، ومن طلق بعد ما يدخل أو يفرض فالمتعة أحق عليه**"[1].

الترجيح: يتبين لي أن الراجح في المسألة هو قول جمهور الفقهاء من شافعية وحنفية وحنابلة بوجوب المتعة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول وقد فرض لها نصف المهر، وهذا لقوة الأدلة التي استندوا عليها وتطبيقا للمقاصد الشرعية للمتعة، وذلك لأن جميعهم باستثناء المالكية قالوا أن المتعة واجبة وليست مندوبة، وأن علة المتعة هي جبر لخاطر المطلقة المنكسر من واقعة الطلاق، وتسلية لها لما أصابها من إيحاش وألم بسبب فراق زوجها والضرر الذي أصابها من جراء هذا الطلاق، لهذا استحقت المتعة لكل مطلقة.

ب- حكم متعة الطلاق في القانون: بالمقارنة مع اختلاف الفقهاء في حكم المتعة، حتى أن ذلك الاختلاف نجده في فقهاء المذهب الواحد فيما بينهم، بناء على ذلك اختلفت قوانين الأحوال الشخصية كذلك في حكمها للمتعة.

فالمشرع الجزائري لم يتطرق لأحكام المتعة إطلاقا بأي نص قانوني سواء ضمن ق.أس.ج أو أي قانون آخر، في حين أشارت إلى التعويض للمطلقة تعسفا.

غير أن موقف القضاء الجزائري كان يعمل بالمتعة قبل صدور ق.أس.ج وحتى بعدها، ويتجلى ذلك من خلال إصدار العديد من الأحكام والقرارات بهذا الشأن، فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بهذا الصدد، جاء فيه:" **إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة المطلقة متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهو في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية،**

[1] - الجصاص، أبي بكر أحمد بن علي، **أحكام القرآن**، تح: عبد السلام شاهين، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2007، ص590.

- الطبري، أبي جعفر محمد بن جرير، **جامع البيان عن تأويل القرآن**، مج2،ج2، ط3، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص549.

ولذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض"[1].

فالقرار جعل متعة الطلاق هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي المنصوص عليه في المادة 52 من ق.أس.ج، مرجحا بذلك مصطلح التعويض على مصطلح المتعة، وكان على المشرع الإبقاء على مصطلح المتعة باعتبارها الأصل والأصلح لجبر الضرر الواقع على الزوجة المطلقة جراء واقعة الطلاق عموما، وترك العمل بالتعويض في حالة التعسف فقط.

بينما نصت المادة 18 مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري لسنة 1979 على وجوب المتعة للمطلقة المدخول بها صراحة، واعتبرتها أثرا من آثار الطلاق.

فالواضح أن المشرع المصري أخذ بالمتعة تأثرا بالمذهب الشافعي الذي يوجب استحقاق الزوجة المطلقة للمتعة، كما وضع شروطا لاستحقاقها، فالمرأة المطلقة تستحق المتعة أيا كان نوع الطلاق باعتبار أن العبرة في استحقاقها هي واقعة الطلاق في حد ذاتها باعتبارها واقعة قانونية منشئة للتزام الزوج بها، فيمكن للمطلقة رجعيا المطالبة بها أثناء إقامة الدعوى وتستحقها حتى لو راجعها زوجها إلى عصمته سواء كان الطلاق من الزوج أو من القاضي نيابة عنه.

أما من طلقت قبل الدخول سواء كان مهرها مسمى أو لم يكن، فلم يتعرض المشرع المصري لذلك في قانون الأحوال الشخصية، ومن ثمة يبقى الحكم فيه جاريا على أرجح الأقوال من المذهب الحنفي في مصر[2].

في حين ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 55 منه إلى القول بوجوب المتعة لكل مطلقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة وبعد تسمية المهر، وهو ما ذهب إليه الحنفية.

---

[1] - قرار، ملف رقم 39731 بتاريخ 1985/04/08، م.ع، غ.أ.ش، م.ق، ع2، 1989، ص41.

[2] - أحمد فراج حسين، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، الدار الجامعية، مصر، 1988، ص276.

وهو نفس ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 2/61 على وجوب المتعة لكل مطلقة قبل الدخول والخلوة الصحيحة سواء سمي لها مهرا أو لم يسم، وهو ما ذهب إليه الحنابلة.

ذهب المشرع التونسي في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية إلى أن المتعة يقررها الحاكم ويلزم الزوج بتمتيع مطلقته، من دون أن يحدد على من تجب هذه المتعة والمفهوم من إطلاق النص أنها واجبة لجميع أنواع المطلقات.

أما التشريع المغربي فكان لا يفرق بين المتعة وما يترتب عن الطلاق التعسفي، وأنه لم ينص على الحكم بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة في جميع الحالات التي يثبت فيها أن الزوج قد تعسف في استعمال حقه في إيقاع الطلاق[1].

غير أن المتعة أصبحت في مدونة الأسرة المغربية حقا ماليا للزوجة باعتبارها أثرا من آثار الطلاق طبقا لمقتضيات المادة 84 من هذه المدونة.

من خلال المادة السابقة يتضح أن المتعة واجبة على الزوج، أما في حالة ما إذا كان الطلاق تعسفيا وبدون مبرر فإنها تتحول إلى تعويض يجبر الضرر الذي قد يحصل للزوجة نتيجة هذا الطلاق الجائر[2].

من الواضح أن المشرع المغربي قد أخذ بمذهب الظاهرية القائل بتمتيع المطلقات بإطلاق ما عدا غير المدخول بهن، فالقضاء المغربي يقضي بالمتعة تلقائيا ولو لم يطلب منه فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 2008/05/07 ما يلي:" **المحكوم بتطليقها للشقاق لا تحرم من حقها في المتعة التي تعتبر من الحقوق الثابتة للمطلقة بغض النظر عن نوع الطلاق أو التطليق، وبذلك يكون القرار المطعون فيه على صواب فيما قضى به من متعة للمطلقة**"[3].

---

[1] - محمد الشافعي، **الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية**، سلسلة البحوث القانونية، ع1 ، مراكش، المملكة المغربية، 2000، ص250.

[2] - محمد الأزهر، **شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج**، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2004، ص141.

[3] - منشور بالنشرة الإخبارية للمجلس الأعلى، ع21، 2009، ص14.

وفي قرار آخر ذهب المجلس الأعلى إلى القول بأحقية المطلقة بالمتعة والتعويض عن الضرر في إطار المادة 101 من مدونة الأسرة، ومما جاء فيه:" **حيث صح ما نعته الوسيلة ذلك أن الحق في المتعة والسكنى إثناء العدة من مستحقات الزوجة المترتبة عن الطلاق أو التطليق، وهي مستمدة من مقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة والتي لا يجب أن تختلط بالتعويض المحكوم به عن الضرر الناتج عن التطليق للضرر المنصوص عليه بالمادة 101 من نفس القانون، إذ أن كلا من المستحقات المذكورة مستقلة في تقديرها استنادا إلى معايير وأسس مختلفة، ولا يترتب عن الحكم بإحداها فقدان الحق في الأخرى.**

والمحكمة لما قضته برفض طلب المتعة وواجب السكنى خلال العدة بعلة امتناع الجمع بينهما وبين الحكم عن الضرر الناتج عن التطليق للضرر، تكون قد خرقت الفصلين المحتج بهما، وعرضت قرارها للنقض في هذا الشق من قضائها"[1].

إلا أن هذا التوجه تغير فيما بعد حيث صدر قرار من محكمة النقض عدد 433 في الملف عدد 2009/1/2/623 قضى بأن:" **المتعة لا يحكم بها إلا في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بناء على طلب الزوج، أما في حالة التطليق للشقاق بناء على طلب الزوجة فإنه لا يحكم لها بالمتعة، وإنما يحكم لها بالتعويض بعد أن تثبت مسؤولية الزوج عن الفراق**".

يتضح من اجتهاد محكمة النقض المغربية أنه ينسجم مع رأي فقهاء المالكية الذين استثنوا بعض المطلقات من استحقاق متعة الطلاق، وجعلوها مستحبة لا واجبة، وهو ما خلق نوعا من الانقسام على مستوى قضاء الموضوع بين اتجاه يتبناه وآخر يعارضه، مما جعل اجتهاد محكمة النقض بدل توحيد هذا الاجتهاد في العمل القضائي أدى إلى تشتته[2].

[1] - قرار صادر بتاريخ 2008/12/03، في الملف الشرعي، ع2006/1/2/398 تحت ع557 منشور بمجلة الملف، ع14 مارس 2009، ص269-271.

[2] - مليكة نايت الأشقر، **تقدير المتعة في الفقه المالكي والاجتهاد القضائي المغربي (دراسة مقارنة)**، مجلة الفقه والقانون المغربية، ع68، جوان 2018، ص61.

نخلص إلى أن حكم المتعة ثابت شرعا وقانونا رغم اختلاف الفقهاء في وجوبها أو استحبابها سواء قبل البناء أو بعده، وباعتبارها مستقلة عن التعويض عن الطلاق التعسفي أو اعتبارها تعويضا عنه.

ثالثا- أساس تقدير متعة الطلاق: نفقة المتعة مقدرة في الشريعة الإسلامية وكذا في قوانين الأحوال الشخصية، ونبين ذلك من خلال ما يلي:

1- أساس تقدير متعة الطلاق في الفقه الإسلامي: من الملاحظ أن المتعة أمر قررته الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية، إلا أن هناك اختلاف بين الفقهاء في تقديرها ومقدارها من خلال الآتي:

أ- تقدير متعة الطلاق: لم يرد في كتاب الله ولا في سنة رسوله ﷺ نص في تقدير المتعة، لذلك اختلفت آراء الفقهاء في تحديدها طبقا لاجتهاداتهم، كما أنهم اختلفوا في تحديد من يراعى حالتها عند التقدير أهو حال الزوج أم الزوجة أم هما معا إلى ثلاثة آراء:

- الرأي الأول: ذهب فقهاء المالكية في المشهور والشافعية في رواية والحنابلة في الصحيح[1] وبه قال أبو يوسف وابن الهمام من الحنفية[2]، وكذا ابن حزم من الظاهرية إلى أن المتعة معتبرة بحال الزوج إن كان ميسورا أو معسرا دون النظر إلى حال الزوجة، فإن كان غنيا لزمه متعة الأغنياء، وإن كان فقيرا لزمه متعة الفقراء بحسب العرف أيضا، لأن العرف حجة شرعية، فهو مصدر من مصادر التشريع، لقوله تعالى:﴿ خُذِ ٱلۡعَفۡوَ وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ وَأَعۡرِضۡ عَنِ ٱلۡجَٰهِلِينَ ﴾[3]، ولحديث النبيﷺ:" **ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن**"[4].

على أن يراعى عند تحكيم العرف في تحديد متعة الطلاق ألا يخالف نصا شرعيا، كما أن النص أوجب المتعة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره من غير تحديد مقدارها، ومسندهم في ذلك أن المطلقة انكسر خاطرها بالفراق، والفراق جاء من الزوج فرُوعي فيها

[1] - ابن قدامة، **المغني، مرجع سابق**، ص589.
- البهوتي، **مرجع سابق**، ص175.
[2] - ابن الهمام، **مرجع سابق**، ص316.
- الكاساني، **مرجع سابق**، ص604.
[3] - سورة الأعراف، الآية 199.
[4] - أحمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد**، تح: شعيب الأرناؤوط وآخرون، ج1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001، ص 379.

حاله، قال ابن حزم الظاهري:" **لو أن الله تعالى وكّل المتعة إلى المتمتع، لَلَزِم الوقوف عند أمره، إلا أنه تعالى ألزم الزوج بالمتعة على قدر اليسار والإعسار، فوجب بهذا الرجوع إلى ما صح عن الصحابة ﷺ، وقد كان فيهم المتناهي في اليسر، ومن هو دون ذلك، ومما يبين وجوب الرجوع إلى ما رآه الصحابةﷺ أنه متعة بالمعروف**"[1].

وقال الطبري في تفسيره لقوله تعالى:" **ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره" ، أعطوهن ما يتمتعن به من أموالكم على أقداركم ومنازلكم من الغنى والإقتار**"[2].

كما استدلوا بالمعقول، كون أن المتعة تجب بحسب حال الزوج قياسا عن النفقة[3].

قَالَ تَعَالَى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾[4].

– <u>الرأي الثاني</u>: ذهب الشافعية في قول، والحنابلة في قول آخر، كما ذهب إليه بعض الحنفية كالكرخي[5]، والدردير من المالكية في قول ثان[6]، إلى أن المتعة معتبرة بحال الزوجة إن كانت ميسورة أو معسرة، واستدلوا في ذلك على أن المهر معتبر بحال الزوجة.

فالمتعة وجبت للمطلقة بدل المهر، وبمعنى أن المتعة لما كانت تقوم مقام مهر المثل، وجب أن يعتبر فيها حال المرأة كما يعتبر في مهر المثل الذي هو مهر مثيلاتها[7].

– <u>الرأي الثالث</u>: ذهب بعض الحنفية في القول الراجح عندهم والشافعية في قول إلى أن المتعة معتبرة بحال الزوجين معا إن كانا ميسوران أو معسران، ودليلهم أنه تعالى علّق الحكم في تقدير المتعة على أمرين، أحدهما اعتبارها بحال الزوج في يساره وإعساره لقوله تَعَالَى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾.

---

[1] - ابن حزم، المحلى، **مرجع سابق**، ص248.
[2] - الطبري، **جامع البيان في تأويل القرآن، مرجع سابق**، ص544.
[3] - الشربيني، **مرجع سابق**، ص399.
[4] - سورة الطلاق، الآية7.
[5] - ابن عابدين، **مرجع سابق**، ص245.
- السرخسي ، **مرجع سابق**، ص63 .
[6] - الدردير، **مرجع سابق**، ص452.
[7] - القدومي عبير ربحي شاكر، **مرجع سابق**، ص203.

والثاني أن يكون مع ذلك بالمعروف لقوله تعالى:﴿مَتَٰعَۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾، لأنه من غير أن نسوي بين المطلقات في المتعة.

كما لو تزوج رجل بامرأتين من حالين متفاوتين، ثم طلقهما، وكانت إحداهما قبل الدخول ولم يسم لها المهر أن تكون متساويتين في المتعة، فهذا منكر في عادات الناس وأعرافهم وأخلاقهم، وإن لم يكن العرف ليعطيهما نفس المقدار نظرا إلى حاله، فدل على أن المعتبر حالهما معا[1].

– والراجح: مما سبق يتبين لي بعد عرض آراء الفقهاء في مقدار المتعة أن تحدد بحال الزوجين معا، لا أن تحدد بحسب حال الزوج وحده أو حال الزوجة وحدها، وهذا ما وضحته الآية الكريمة في قوله تعالى:﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعَۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾، فقد راعت حال الزوج على قدر يساره وإعساره، كما بينت أن المتعة تكون بالمعروف وفي ذلك مراعاة لحال الزوجة أيضا.

ب– مقدار متعة الطلاق: لم يبين شرعنا الحنيف ولا سنة رسولهﷺ مقدار لمتعة الطلاق، مما كان محل اختلاف بين الفقهاء في تحديد مقدارها، وفي ما يلي بيان لمختلف آرائهم:

– ذهب فقهاء المالكية إلى أنه ليس للمتعة حد معروف لا في قليلها ولا في كثيرها، وهي موكولة إلى الزوج يعطي فيها ما تطيب به نفسه من غير حكم يلزمه، **قال الإمام مالك– رحمه الله–:" ليس للمتعة حد لا في قليل ولا في كثير، ولا أرى أن يقضى بها، وهي من الحق عليه، ولا يعدى فيها السلطان، وإنما هي شيء إن أطاع به أداه وإن أبى لم يجبر على ذلك"**[2]، قال القرطبي:" **إن المتاع بما عرف في الشرع من الاقتصاد**"[3].

يرى المالكية أنه لا حد أعلى ولا أدنى للمتعة، وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد، وإما يرجع في تقديرها إلى الحاكم بحسب العرف والعادة يقدرها باجتهاده حسب حال الزوج أو

[1] - الكاساني ، **مرجع سابق**، ص304.
[2] - مالك بن انس، **مرجع سابق**، ص156.
[3] - القرطبي ، **مرجع سابق**، ص134 .

الزوجة أو حالهما معا طبقا لسلطته التقديرية، واستدلوا على ذلك بالآيات السابقة الذكر من الكتاب وكذا من الآثار والمعقول.

فمن الآثار ما روي عن الحسن بن علي أنه:" **متع امرأته بعشرة آلاف درهم**"، وعن الحسن بن سعد عن أبيه قال:" **متع الحسن بن علي امرأتين بعشرين ألف درهم، وزقاق من العسل**"[1]، وعن الشعبي أن شريحا:"**متع بخمس مئة درهم**".

– ذهب فقهاء الحنفية وسعيد بن المسيب، وعطاء، والحسن، إلى أنه إذا حصلت الفرقة بسبب من الزوج، فإن مقدارها عندهم كسوة تتكون من ثلاثة أثواب: درع وخمار وملحفة تلتحف بها المرأة عند الخروج[2]، على أن لا يزيد مقدار المتعة على نصف مهر المثل ولا تنقص عن خمسة دراهم.

واستدلوا على ذلك بالكتاب والآثار والمعقول، فعن أبي مجلز **قال:**" **قلت لابن عمر**ﷺ **أخبرني عن المتعة، وأخبرني عن قدرها فإني موسر، فقال: اكْسِ كذا، اكْسِ كذا، اكْسِ كذا، قال: فحسبت ذلك فوجدت قدره ثلاثين درهما**"[3].

– ذهب فقهاء الشافعية إلى التمييز به القدر الواجب والقدر المستحب في جنس المتعة، فقالوا أن المتعة المستحبة إما أن تكون خادما أو مقنعة أو ثلاثين درهما[4]، واستدلوا بما روي عن ابن عباسﷺ أنه قال:" **يستحب أن يمتعها بخادم، فإن لم يفعل فبثياب**"، وعن ابن عمر ﷺ قال:" **يمتعها بثلاثين درهما** "، وروي عنه أنه متع بوليدة(أي بجارية).

أما المتعة الواجبة فلها وجهان، أحدهما تراضي الطرفان على شيء، فذاك قل أو كثر، والثاني إذا تنازعا فالصحيح في مذهبهم أن يرجع في تقديرها إلى اجتهاد القاضي، فقد ذهب

---

[1] - **الزقاق:** جمع زق، وهو الوعاء الذي يتخذ لشراب ونحوه، ابن منظور، **مرجع سابق**، ص60.

[2] - **الدرع:** ما تلبسه المرأة فوق القميص، **الخمار:** ما تغطي به المرأة رأسها، **الملحفة:** ما تتلحف به المرأة من قرنها إلى قدمها، انظر ابن عابدين، **مرجع سابق**، ص244.

[3] - أحمد فتحي بهنسي ، **مرجع سابق**، ص59.

[4] - **المُقنِعة:** هي ما تقنع به المرأة رأسها، انظر الرازي، **مرجع سابق**، ص535.

الشافعي في قول إلى أنها:" **تقدر بما يقع عليه اسم المال، إذ يكفي في تقديرها أقل مال متقوم**"[1].

– في حين ذهب فقهاء الحنابلة في رواية إلى أن أعلى المتعة خادم إذا كان الزوج موسرا وأدناها كسوة تجزئها في صلاتها إذا كان معسرا، وهي درع وخمار وملحفة أو نحو ذلك، وفي رواية أخرى أنه يرجع في تقدير المتعة إلى الحاكم يقدرها باجتهاده[2].

– أما فقهاء الظاهرية، فقد ذهب ابن حزم إلى جعل متعة الموسر غير متعة على ذلك، فهو محسن كما فعل الحسن ابن علي وغيره، وأما المتوسط فيجبر على ثلاثين درهما أو قيمتها، وأما المقتر الذي لا يجد قوت يومه، ولا يجد زيادة على ذلك، فهذا لا يكلف حينئذ شيئا، لكنها دين عليه، فإذا وجد زيادة على قوته، كلف أن يعطيها ما تنتفع به ولو أكلة يوم[3].

نخلص إلى أن الشرع لم يحدد مقدارا معينا للمتعة، رغم أن الآيات أثبتت مشروعيتها وجاءت مطلقة دون أن تنص على مقدار معروف لها، وأن مقدارها يختلف باختلاف الناس وبيئتهم وعاداتهم وأعرافهم[4].

وما دامت المتعة غير محدد مقدارها شرعا، فلو تراضيا الرجل مع مطلقته على شيء معين من الثياب أو مبلغ من النقود وغيرها صح ذلك سواء كانت قيمة ما اتفقا عليه باهضة أو ضئيلة، أما في حالة ما إذا تنازعا في مقدارها، فالرأي الراجح الرجوع إلى القاضي ليقدرها باجتهاده في ضوء المعتاد والمتعارف عليه بين الناس.

2– أساس تقدير متعة الطلاق قانونا: لم ينص المشرع الجزائري على الأساس القانوني لتقدير متعة الطلاق ومقدارها، أما القضاء الجزائري فهو أيضا لم يحدد لها مقدارا معينا

---

[1] - الشيرازي ، **مرجع سابق**، ص74.
- الشربيني ، **مرجع سابق**، ص 399.

[2] - ابن قدامة ، **مرجع سابق**، ص 590.
- البهوتي، **مرجع سابق**، ص 175- 176.

[3] - ابن حزم ، **مرجع سابق**، ص249.

[4] - أبو العينين بدران أبو العينين، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق**، ص213.
- عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، ط2، دار النفائس للنشر، الأردن، 1997، ص273.

وإنما يرجع في تقديرها وتحديدها إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فقد جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/05/21:" **إن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة والمطلقة وأولادها المحضونين وحق الحاضنة في السكن تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك**"[1].

كما أنه على قاضي الموضوع عند تحديده للمتعة أن يذكر أسباب تحديدها حتى لا يعرض قراره للنقض، وأن يراعي حالة الزوج المطلق إن كان موسرا أو معسرا، فقد صدر قرار عن مجلس قضاء الأغواط يؤيد الحكم الصادر عن محكمة المدينة، والذي قضى فيه بنفقة إهمال، نفقة عدة، نفقة متعة قدرت بمبلغ 500.00 دج ومبلغ آخر قدر بـــ6000,00 دج على سبيل التعويض عن الطلاق التعسفي[2].

وكان القضاء الجزائري قبل الاستقلال يعوض للمطلقة تعويضا تحت اسم المتعة، كما صدر بذلك قرار من مجلس قضاء الجزائر سنة 1924، أسس قراره هذا على ما ورد من أحكام المتعة في الشريعة الإسلامية، وانتهى إلى أن المتعة وجبت لتعويض ما ينجم عن الطلاق فاعتُبِرت أثرا من آثاره[3].

أما المشرع المغربي في مدونة الأسرة لم يحدد مقدار المتعة، وإنما أوكلها إلى السلطة التقديرية للمحكمة مع تقييدها بما نصت عليه المادة 84 من المدونة، والمتمثلة حين تقديرها مراعاة المدة التي استغرقتها الحياة الزوجية بين الطرفين.

فيفهم منها أنه إذا كانت المدة طويلة يكون احتمال الزيادة في مبلغ المتعة القائم، كما يراعى حالة الزوج إن كان موسرا أو معسرا، ويراعى أيضا أسباب الطلاق ومن المتسبب فيه، هل الزوج أم الزوجة أم هما معا، ومدى تعسف الزوج حين توقيعه الطلاق، ومدى ثراء الزوج ومساهمة الزوجة في ذلك، وحالتها الصحية إلى غير ذلك من العناصر التي تساعد

[1] - قرار رقم 725029 بتاريخ 1991/06/18، م.ع، غ.أ.ش، ن.ق، ع47، 1995، ص149.

[2] - م.ق، ع1، 1989، ص89-90 نقلا عن عبد الهادي بن زيطة، **مرجع سابق**، ص161.

[3] - GHaouti Benmelha, **Le droit algérien de la famille**, OPU, Alger, 1993, p215.

على تحديد مبلغ المتعة تحديدا عادلا، وعلى هذا الأساس فالقاضي ملزم بتقصي الأمر ومعرفة الأسباب.

يتبين أن تقدير المتعة في التشريع المغربي تراعي حال الزوجين معا ويخضع الطلاق إلى مراقبة القضاء[1].

نفس الشيء سار عليه المشرع التونسي بأن أسند تقدير ومقدار المتعة إلى السلطة التقديرية للقاضي حسب ما جاء في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

كما أوجب المشرع السوداني المتعة للمطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها مهر واشترط على ألا تزيد على نصف مهر المثل حسب نص المادة 3/29 من قانون الأحوال الشخصية، كما تقدر المتعة للمطلقة بعد الدخول بحسب حال الزوج على ألا تتجاوز نفقة ستة أشهر حسب نص المادة 1/138 منه.

في حين ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 55 منه إلى ما ذهب إليه المشرع السوداني، إلا أن تقدير المتعة يتعين بحسب العرف والعادة على شرط ألا تتجاوز نصف مهر المثل وبحسب حال الزوج، ونفس المقدار للمتعة نصت عليه المادة 165 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على ألا يتجاوز مقدارها نفقة سنة بحسب حال الزوج.

المشرع المصري حدد متعة المطلقة بنفقة سنتين على الأقل حسب نص المادة 18 مكرر من قانون الأحوال الشخصية وبحسب حال الزوج، أما الحد الأعلى فيرجع فيه إلى السلطة التقديرية للقاضي، فقد جاء في الطعن رقم 88 لسنة 62 قضائية، جلسة 1996/03/25 ما يلي:" **إن نص المادة 18 مكرر من القانون رقم 1929/25 والمضافة بالقانون رقم 1985/100 مفاده أن تقدير المتعة من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك طالما لم ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى المقرر بنفقة سنتين على الأقل، بمراعاة حال المطلق يسرا أو عسرا وظروف**

[1] - إدريس الفاخوري، **الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفق آخر التعديلات**، ط6، دار النشر الجسور، وجدة، المغرب، 2000، ص285.

الطلاق ومدة الزوجية، لما كان ذلك الحكم المطعون فيه، فيما قضى به، فإن النهي عليه لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا، لا تجوز إثارته أمام هذه المحكمة"[1].

أما المشرع السوري فحدد جنس المتعة بأنها كسوة المرأة عند الخروج من بيتها وقدرها بحسب حال الزوج، واشترط على ألا تزيد عن نصف مهر المثل حسب نص المادة 62 من قانون الأحوال الشخصية السوري، وبعد التعديل نصت المادة 118 منه على أنه:" **لكل مطلقة متعة طلاق يقدرها القاضي، ويقدر فيها حال الزوج يسرا وحال الزوجة عسرا على أن لا تزيد عن نفقة سنة**".

كما نصت المادة 119 أيضا منه على أنه:" **إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة ولم يذكر مهر مسمى، فعندئذ تجب لها متعة على أنه لا تزيد عن نصف مهر مثلها** ".

أما تقدير متعة المطلقة في القوانين الأوروبية، فإن الطلاق في الغرب يكون حسب رغبة أحد الطرفين، فبإمكان كل واحد من الزوجين أن يطلبه من المحكمة، والقاضي يخضع لرغبتهما دون أن يبحث عن سبب الطلاق بينهما، كما أن الطلاق لا يقع ولا تجب آثاره إلا بقرار من المحكمة، والقانون لم يشر إلى عدة المطلقة بعد أن كانت موجودة سابقا، فلا يوجد في القوانين الأوروبية ما يعرف بمتعة الطلاق التي عند المسلمين، إلا أن القانون عندهم يلزم أحد الزوجين بعد الطلاق بتحمل نفقة مالية تجاه الآخر، وقد حدده بالطرف الأقوى ماليا منهما، فهو الذي يدفع للآخر.

كما أن القانون وهب للزوجة شطر مال زوجها وشطر ربحه من تجارته بعد طلاقها ونص على أن هذه النفقة لا تنقطع إلا بضوابط ثلاث هي: إذا عمل المُنفِق عليه ووصل دخله الشهري إلى مستوى دخل المنفَق، أو في حالة إذا تزوج المُنفِق عليه، أو إذا توفي مستحق النفقة[2].

---

[1] - تقية عبد الفتاح ، **مرجع سابق**، ص196 .

[2] - سالم بن عبد الغني الرافعي، **أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب**، ط1، دار الوطن، الرياض، 1422هـ، ص603 وما بعدها.

نخلص إلى أن تقدير المتعة ومقدارها اختلف فيه فقهاء الشريعة الإسلامية، وبناء على ذلك اختلفت قوانين الأحوال الشخصية كذلك في مقدار متعة الطلاق، وهذا ما يتضح من وجود تباين واضح في التقدير بين تشريع وآخر.

3- متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي: اختلف الفقهاء وكذا القوانين الوضعية في أن نفقة المتعة هي التعويض عن الطلاق التعسفي أم أنهما شيئين مختلفين، فهناك من يرى بأن الرجل إذا طلق زوجته قبل الدخول ولم يفرض لها مهر وجب عليه المتعة كتعويض لها عما فاتها وهذا من قبيل التسريح الجميل بالإحسان[1].

وهناك من يرى بأن المتعة للمدخول بها تعد أثرا من آثار الطلاق، ومنه يتضح أن هناك علاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي من خلال دراسة أوجه الشبه والاختلاف بينهما من خلال ما يأتي:

- أوجه الشبه بين المتعة والتعويض: تتمثل أوجه الشبه بينهما أن كلا منهما يستحق بعد الطلاق الذي لا رجعة فيه، وأنهما يَجِبان على الزوج لزوجته المطلقة جبرا لخاطرها وتخفيفا عن آلامها وتعويضا لها عما أصابها من ضرر بإيقاع الطلاق عليها، ولا يؤثران على الحقوق الزوجية الأخرى كالمهر والنفقة وغيرها من الحقوق، كما أن المتعة والتعويض غير مقدرين بقدر محدود ويترك تقديرهما للقاضي الذي يقدرهما حسب الظروف وحسب حال الزوج، كما اختلف الفقهاء وكذلك القوانين في بيان الحد الأعلى والأدنى لكل منهما[2].

- أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض: تتمثل أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض في أن المتعة ثابتة شرعا، أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه، استند القائلون به على نظرية التعسف، وأنه لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفيا، كما أن المتعة تجب للمطلقة في جميع حالات الفرقة سواء أكانت طلاقا أم فسخا، وسواء كان الطلاق من الزوج أو من القاضي، وسواء أبدى المطلق الأسباب التي دفعته لإيقاع الطلاق أم لم يبدِ.

[1] - سيد سابق ، **مرجع سابق**، ص107.

[2] - جميل فخري محمد جانم، **مرجع سابق**، ص234.

في حين أن التعويض يتم في حالة عدم ذكر أسباب مشروعة للطلاق، فيوجب للمطلقة في حالة الطلاق التعسفي أو التطليق للضرر، كما أن المتعة لا تجب إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة المختلعة، أما التعويض عن الفرقة إذا كانت من قبل الزوجة وألحقت الضرر بالزوج، فقد أوجب بعض الفقهاء التعويض عليها لزوجها كالمشرع التونسي[1].

نخلص إلى أن العلاقة بين المتعة والتعويض هي أن كلا منهما يوجب للمرأة المطلقة على زوجها بعد الطلاق وللضرر الذي أصابها، فهما يشتركان في علة واحدة وهي رفع الضرر وجبر خاطرها وتخفيفا لألام الفراق، كما أن المتعة نطاقها أوسع من نطاق التعويض عند جمهور الفقهاء.

الفرع الثاني-أحكام نفقة العـدة للمطلقة تعسفا: تعد نفقة العدة للمطلقة أثرا من آثار الطلاق، فقد كانت العدة معروفة في الجاهلية لكن دون ضوابط، وقد أجمع الفقهاء على وجوبها، كما تعد أثرا قانونيا يترتب عن واقعة الطلاق، فأحكامها منصوص عليها في جل القوانين الوضعية التي تستمد تشريعاتها من الشريعة الإسلامية، بحيث أن قوانين الدول الغربية لا تعرف هذا النظام.

والعدة واجبة على الزوجة سواء كان الطلاق بسببها أو بسبب الزوج، لأن لها إطار زمني محدد شرعا وقانونا فبانقضائها يصبح كل من الزوجين أجنبيا، لدى على المرأة المطلقة احترام الأجل الذي أوجبه الشارع الحكيم.

كما أوجب على مطلقها النفقة خلال فترة العدة التي تختلف من امرأة لأخرى باختلاف سبب عدتها، وهناك حالات تستحق المطلقة النفقة وحالات أخرى تسقط فيها نفقة العدة، ولها الحق في الميراث خلال هذه الفترة.

لدى وجب التطرق إلى تعريف العدة ودليل مشروعيتها والحكمة منها(أولا)، ثم نبين أنواع العدة وتحولها(ثانيا)، ونوضح سلطة القاضي في تقدير نفقة العدة وآثار عدة الطلاق (ثالثا) من خلال الآتي:

[1] - **المرجع نفسه**، ص235.

أولا- تعريف العدة ودليل مشروعيتها والحكمة منها: نتطرق إلى تعريف نفقة العدة لغة واصطلاحا، ونبين دليل مشروعيتها فقها وقانونا والحكمة منها من خلال ما يأتي:

1- تعريف نفقة العـدة: نفقة العدة مركب من كلمتين لدى وجب تعريف النفقة من جهة والعدة من جهة أخرى من خلال التعريف اللغوي والاصطلاحي لكل منهما كما يلي:

أ- تعريف النفقة لغة: تأتي كلمة النفقة في اللغة على عدة استعمالات منها:

- النفوق: وهو مصدر الفعل نفق، ويستعمل للدابة، نقول: نفقت الدابة أي هلكت وماتت أو بمعنى أيضا إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع أو الهلاك.

- الإنفاق: هو مصدر للفعل أنفق، بمعنى صرف المال وأفناه، ومنه أنفقت الدراهم نفقا، **قَالَ تَعَالَىٰ:** ﴿قُل لَّوْ أَنتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَآئِنَ رَحْمَةِ رَبِّيٓ إِذًا لَّأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ ٱلْإِنفَاقِ﴾[1]، أي خشية الفناء ونفاذ المال.

- النفاق: مصدر الفعل نفق بمعنى راج، ونفقت السلعة نفاقا أي راجت رواجا ورغب فيها.

- النفق: جمع أنفاق، ومنه أنفق، وهو سرداب في الأرض أو الجبل له مدخل ومخرج.

- النفاق: وهو إظهار الإيمان باللسان، وكتمان الكفر بالقلب[2].

يتضح من خلال التعاريف السابقة أن للنفقة عدة استعمالات تدور حول معاني النقص والفناء والهلاك والإخراج والصرف، والمقصود عندنا بالنفقة اسم الشيء الذي ينفقه الرجل على أهله ويصرفه لتلبية الاحتياجات الضرورية للبقاء على قيد الحياة.

ب- تعريف النفقة اصطلاحا: لقد تطرق العديد من الفقهاء إلى تعريفات فقهية وقانونية للنفقة من خلال بيان مشتملاتها رغم الاختلاف في الألفاظ.

- تعريف النفقة في الفقه الإسلامي: فقد ورد التعبير عنها بعدة معان متقاربة عموما ومن بين هذه المعاني ما يلي:

---

[1] - سورة الإسراء، الآية100.

[2] - ابن منظور لسان العرب، **مرجع سابق**، ص430-431.
مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، **مرجع سابق**، ص414.

- أتت النفقة بمعنى الزكاة في قوله تعالى: ﴿وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنفِقُونَ﴾[1]، أي يزكون.

- بمعنى الصدقة في قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُنفِقُونَ فِي ٱلسَّرَّآءِ وَٱلضَّرَّآءِ﴾[2]، أي يتصدقون.

- بمعنى الفقر في قوله تعالى: ﴿إِذًا لَّأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ ٱلْإِنفَاقِ﴾[3]، أي الفقر.

- بمعنى الرزق في قوله تعالى: ﴿بَلْ يَدَاهُ مَبْسُوطَتَانِ يُنفِقُ كَيْفَ يَشَآءُ﴾[4]، أي يرزق كيف يشاء.

- بمعنى البدل في نصرة الله في قوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي مِنكُم مَّنْ أَنفَقَ مِن قَبْلِ ٱلْفَتْحِ﴾[5]، أي من بدل في نصرة الدين في الغزو وغيره.

- النفقة على الزوجات في قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[6].

فقد عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بعدة تعريفات متنوعة منها:

- عرف ابن عرفة من فقهاء المالكية النفقة:" **ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف**[7]"

كما عرفوا النفقة أيضا بأنها:" **قوت وإدام وكسوة ومسكن بالعادة**"، أي ما يأكل من طعام مقتات به كالخبز والدقيق، والإدام كاللحم واللبن والزيت، والكسوة سواء لفصل الصيف أو الشتاء بما يناسب ما تحتاجه الزوجة، وكذلك المسكن: يشمل بيتا بجميع مرافقه كالمطبخ والحمام ولوازمه كالأغطية بالعادة بحسب العادة الجارية بين أهل بلد الزوجين في القوت والإدام واللباس والمسكن[8].

---

[1] - سورة القصص، الآية54.
[2] - سورة آل عمران، الآية134.
[3] - سورة الإسراء، الآية100.
[4] - سورة المائدة، الآية66.
[5] - سورة الحديد، الآية10.
[6] - سورة الطلاق، الآية6.
[7] - **السرف:** يقصد به الزائد على العادة بين الناس.
[8] - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق**، ص7392.

– عرف فقهاء الحنفية النفقة شرعا:" **هي الطعام والكسوة والسكن**"، كما عرفوا النفقة أيضا بقولهم:" **هي الإدرار على الشيء بما به بقاؤه**"[1] ، وفي تعريف ثان:عرفوا النفقة بقصدها ومعناها:" **الإنفاق على الإنسان من زوجة وأولاد وأقارب، وكل من تلزم نفقته، بما فيها المحافظة على سلامته وحياته**".

– عرف فقهاء الشافعية النفقة بقولهم:" **إن الأنفاق هو الإخراج ولا يستعمل إلا في خير**"، جاء هذا التعريف عاما للنفقة، وعرف الشرقاوي من فقهاء الشافعية النفقة بأنها:" **طعام مقدر لزوجة وخادمها على زوج، ولغيرها من أصل وفرع ورقيق وحيوان ما يكفيه**".

يلاحظ على هذا التعريف أنه خص النفقة بالطعام فقط دون غيره مما تشمله النفقة كالسكن والكسوة والعلاج.

– عرف البهوتي من فقهاء الحنابلة النفقة بأنها:" **كفاية من يمونه خبزا وإداما وكسوة وسكنا وتوابعها**"، **وقد** أشار ابن قدامة إلى النفقة بقوله:" **فلها– أي الزوجة – عليه جميع حاجتها من مأكول ومشروب وملبوس ومسكن**".

يلاحظ على هذا التعريف شموله لجميع أنواع النفقات ولجميع مستلزماتها ومتطلباتها.

كما عرف الفقهاء المعاصرون النفقة، ومن بينهم تعريف الشيخ سيد سابق للنفقة بقوله:" **توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام ومسكن وخدمة ودواء وإن كانت غنية**"[2].

يتضح من التعاريف السابقة أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في تعريف النفقة، وذكروا تعريفات مختلفة الألفاظ قريبة المدلول تكاد تصب كلها في مصب واحد، كما أنهم اتفقوا في جوهرها على تحديد مشمولات النفقة بثلاثة أشياء هي الطعام والكسوة والسكن، كما

[1] - **يقصدون بالإدرار:** البدل والصرف، **وما به بقاؤه:** أي ما لا بد منه للبقاء، فيشمل الطعام والسكن والكسوة وغيرها من أمور الحياة الضرورية، كما أن **لفظة شيء** عام يشمل الإنفاق على الآدمي والبهيمة، أنظر إبن الهمام، **شرح فتح القدير، مرجع سابق**، ص378. وابن عابدين، **حاشية رد المختار، مرجع سابق**، ص580.

[2] - سيد سابق، **فقه السنة، مرجع سابق**، ص169.

اتفقوا على أنها لا تشمل أجرة الطبيب وأجرة الحجام، في حين أشار الفقهاء المعاصرون إلى نفقة العلاج من ضمن مشتملات النفقة[1].

ونخلص إلى أن التعريف المختار للنفقة هو:" **النفقة هي كل ما يحتاجه الإنسان لإقامة حياته من طعام أو كسوة أو علاج أو سكن أو أجرته**"[2].

- تعريف النفقة في الفقه القانوني: لم تعرف أغلب القوانين العربية النفقة واكتفت بمشتملاتها، بما فيها المشرع الجزائري الذي اكتفى بذكر مشتملاتها في نص المادة 78 من ق.أس.ج بقولها:" **تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**".

في حين نص على مشتملاتها القانون التونسي في مجلة الأحوال الشخصية في الفصل 50 منه، وأكد ذلك القرار التعقيبي المدني عدد 26654 المؤرخ في 1991/04/30، فقد جاء في نشرة محكمة التعقيب لعام 1991 القسم المدني ما يلي:" **إقتضى الفصل 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية أن النفقة تشمل الطعام والكسوة والتعليم وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**"[3].

كما نص على ذلك قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة 24 منه أيضا، ونصت عليها المادة 150 من قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، والمادة 189 من مدونة الأسرة المغربية، والمادة 1/71 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

كما نصت على مشتملات النفقة المادة 3/1 من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1920 بقولها:" **تشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به الشرع**".

---

[1] - ابن عابدين، **حاشية رد المختار، مرجع سابق**، ص580.

[2] - أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق**، ص261.

[3] - محمد الهادي بن عبد الله، **الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية من خلال مبادئ فقه القضاء المدني التونسي**، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2007، ص452.

ونخلص إلى أن تعاريف النفقة جاءت متقاربة ومتشابهة حيث إقتصرت على ذكر مشتملات النفقة دون أن تعطي تعريفا شاملا للنفقة تاركة ذلك إلى اجتهادات الفقهاء.

ج- تعريف العدة لغة: العِدة بكسر العين من مصدر الفعل عَدّ: وهي إحصاء الشيء وعده، وعدة المرأة أيام قروئها وأيام حدادها، يقال: إعتدت بالشيء أي أدخلته في العد والحساب فهو معتد به أي محسوب[1].

أما العُدة بضم العين يقصد بها ما أُعِدّ لأمر يحدث مثل الأهبة، فيقال: أعددت للأمر عدته، وكذلك ما أعددت بحوادث الدهر من المال وغيره، فيقال: أخذ للأمر عدته وعتاده، كما تطلق أيضا على آلات وأدوات العمل وعلى ما يعده الشخص لوقت الحاجة، أي الاستعداد للأمر والتحوط به والتأهب له[2].

كما يقصد بالعدة: الجماعة فهي جمع عدد فيقال: رأيت عدة رجال وعدة نساء، كما تقول: عندي عدة كتب أي مجموعة من الكتب، يتضح أن للعدة عدة معان[3].

د- تعريف العدة اصطلاحا: تطرق العديد من الفقهاء سواء القدامى منهم أو المعاصرين من عدة زوايا مختلفة إلى تعريفات فقهية وقانونية للعدة، ولكن أغلبها لا يخرج عن معنى واحد ومن هذه التعاريف ما يلي:

- تعريف العـــدة في الفقه الإسلامي: لم يختلف الفقهاء في وضع مفهوم للعدة، لكن اختلفوا فيه من حيث الألفاظ والعبارات، ولكنها تصب في مفهوم واحد، فهذه التعريفات نجدها متقاربة تتفق فيما بينها على المقصود منه شرعا نذكر منها على سبيل المثال:

- عرف فقهاء المالكية العدة بأنها:" **المدة التي تعتبر دليلا على براءة رحم الزوجة وخلوه من الولد لطلاق أو موت الزوج من النكاح أو لفسخ النكاح، وهي مدة يمنع فيها الزوج من النكاح إذا طلق الرابعة**".

---

[1] - ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، **لسان العرب، مرجع سابق**، ص56-57.

[2] - العربي بلحاج، **أحكام قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق**، ص369.

[3] - أحمد نصر الجندي، **عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق**، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004، ص7.

كما عرفها الإمام أحمد الدردير بأنها:" **مدة من الزمن عينها الشارع الحكيم لمنع المطلقة المدخول بها دون غيرها، وكذلك منع المتوفى عنها زوجها من الزواج بغيره لأجل معين وسببها الطلاق أو الموت**"[1].

– عرف فقهاء الشافعية العدة على أنها:" **مدة معينة تتربص فيها المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها لمعرفة براءة رحمها من أي حمل أو للتعبد** ".

– عرف فقهاء الحنفية العدة على أنها:" **مدة أو أجل معين حدده الشارع الحكيم لإنقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفرقة**"[2]، وعرفها علاء الدين الكساني من الحنفية بأنها:" **اسم لأجل ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح**"[3]، وعرفها أيضا إبن الهمام من الحنفية بأنها:" **تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول، أو ما يقوم مقامه من الخلوة أو الموت** "[4].

– عرف فقهاء الحنابلة العدة بأنها:" **التربص المحدود شرعا، والمراد به المدة التي ضربها الشارع للمرأة فلا يحل لها التزوج فيها بسبب طلاقها أو موت زوجها** ".

يتضح من خلال التعاريف السابقة للعدة، أنها وإن كانت مختلفة من حيث الألفاظ، إلا أن بعض الفقهاء عند تعريفهم للعدة تطرقوا إلى الحكمة المتوخاة منها، فأغلب التعاريف تتفق تقريبا من حيث المعنى على أن العدة عبارة عن مدة زمنية محددة شرعا تتربص فيها المرأة المدخول بها بعد الفرقة الزوجية وحل عقدة النكاح.

أما الزوج فليس عليه العدة إلا إذا كانت في عصمته أربع نسوة، فلا يمكن له أن يجمع أكثر من أربعة نساء في عصمته، وكذلك إذا كانت المرأة التي يريد الزواج بها محرما لمن طلقها، فلا يمكن له أن يجمع بين محرمين، وعليه أن ينتظر حتى تنتهي عدة مطلقته، وكذا نكاح المطلقة ثلاث قبل التحليل[5].

---

[1] - أبـي البركات أحمد بن محمد أحمد الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، دار المعارف، مصر، 1973، ص671.

[2] - عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق**، ص167.

[3] - علاء الدين الكساني، **مرجع سابق**، ص190.

[4] - كمال الدين إبن الهمام، **فتح القدير، مرجع سابق**، ص269.

[5] - ابن عابدين، **رد المحتار، مرجع سابق**، ص824.

▪ تعريف العــدة في الفقه القانوني: في قانون الأسرة الجزائري لم يرد تعريفا للعدة وإكتفى بذكرها كأثر من آثار الطلاق، ولم يحدد ماهيتها ونص عليها من المادة 58 إلى المادة 61 منه.

مجلة الأحوال الشخصية التونسية كباقي التشريعات العربية، لم تعرف العدة، وإنما نصت على بعض أحكامها من خلال الفصل 34 و35 و36 منها.

لم تعرف مدونة الأسرة المغربية العدة وإنما اعتبرتها من آثار انحلال ميثاق الزوجية وبينت أحكامها من المادة 129 إلى غاية المادة 137 منها.

في حين عرفها قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة في المادة 136 منه بقوله:" **العدة مدة تربص تقضيها الزوجة وجوبا دون زواج إثر الفرقة**"، ونصت على أحكامها من المادة 136 إلى المادة 141 منه.

كما عرف قانون الأحوال الشخصية الأردني العدة في المادة 145 منه بقوله:" **العدة مدة تربص تلزم المرأة إثر الفرقة من فسخ أو طلاق أو وفاة أو وطء بشبهة**"، ونصت على أحكامها من المادة 145 إلى المادة 154 منه.

قانون الأحوال الشخصية السوري عرف العدة في نص المادة 244 منه بقوله:" **العدة مدة تربص تقضيها الزوجة إثر الفرقة أو الحكم النهائي بالتفريق أو التطليق**"، ونصت على أحكامها من المادة 244 إلى المادة 257 منه.

قانون الأسرة القطري في المادة 156 منه، عرف العدة بقوله:" **العدة هي مدة تربص تقضيها الزوجة وجوبا دون زواج إثر الفرقة**"[1].

فهناك من عرف العدة بأنها:" **اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها**"[2]، وجاء في تعريف الدكتور مبروك المصري للعدة بأنها:"

[1] - قانون رقم 22 لسنة 2006، المتضمن قانون الأسرة القطري.

[2] - رمضان على السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص71.

تربص المرأة زمنا معلوما قدره الشارع علامة على براءة الرحم غالبا لفسخ نكاح أو موت زوج أو طلاقه أو فقده"[1].

من خلال ما سبق يتضح أن بعض قوانين الأحوال الشخصية عرفت العدة تأثرا بفقهاء الشريعة الإسلامية، في حين لم يعرفها قانون الأسرة الجزائري ولا بعض القوانين العربية الأخرى واكتفت ببيان أحكامها بين موسع ومضيق تبعا لكل حسب وجهة نظره.

2- دليل مشروعية عـدة الطلاق: العدة أمر مقرر شرعا وقانونا، فقد اتفق الفقهاء على وجوبها على المرأة عند وجود سببها وتحققه، لذلك لا خلاف بينهم في مشروعيتها التي ثبتت بالأدلة الثابتة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وآثار الصحابة وكذا القانون.

أ- من القرآن الكريم: دلت العديد من الآيات الكريمة على إقرار حق العدة للمرأة المطلقة، حيث جاء في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ﴾[2].

وجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى أمر النساء المعتدات بإحصاء عدتهن والأمر هنا للوجوب، فإحصاء العدة لا معنى له إلا بوجوب العدة نفسها.

فإذا طلقت المرأة أو مات عنها زوجها فلا يحل لها أن تتزوج بغيره حتى تنتهي المدة التي حددها الشارع الحكيم[3].

ب- من السنة النبوية: ورد عن فاطمة بنت قيس أن الرسولﷺ قال لها:" **اعتدي عند ابن أم مكثوم**"[4]، وقوله للمختلعة:" **اعتدي بحيضة**"، وقولهﷺ:" **لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشر**"، دل الحديث على وجوب الحداد على المعتدة من وفاة.

---

[1] - مبروك المصري، **مرجع سابق**، ص390.

[2] - سورة الطلاق، الآية1.

[3] - الشوكاني، فتح القدير، **مرجع سابق**، ص206.
- الصابوني، صفوة التفاسير، **مرجع سابق**، ص375.
- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، **مرجع سابق**، ص117.

[4] - صحيح مسلم، **مرجع سابق، كتاب الطلاق**، ج5، ص373.

وروي عنه ﷺ أنه قال في حق عبد الله بن عمر رضي الله عنهما:" **مُرّه فليراجعها، ثم يمسكها، ثم تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء**"[1].

ب- من الإجماع: لقد أجمع صحابة رسول الله ﷺ حتى يومنا هذا، على مشروعية العدة ووجوبها، كما أجمع الفقهاء أيضا على مشروعيتها رغم اختلافهم في أنواع منها، واختلف الفقهاء في وجوب العدة على غير المسلمة على رأيين: فيرى جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة أنه تجب العدة على الذمية سواء أكانت زوجة لمسلم أم لذمي لعموم الآيات الآمرة بالعدة.

في حين يرى الحنفية أنه لا تجب العدة على المرأة غير المسلمة ذمية كانت أو حربية إلا إذا كانت كتابية زوجة لمسلم، فتجب عليها العدة بالفراق، رعاية لحق الزوج، وتجبر عليها، منعا من اختلاط الأنساب.

أما إذا كان الزوج مسلما أو ترك امرأته في دار الحرب، فلا عدة عليها باتفاق فقهاء الحنفية، إذ لا حق لأحد الزوجين على الآخر في حال اختلاف الدارين، ولأن أحكام الإسلام تطبق على أهل الذمة، لا على الحربيين[2].

كما أوجبت التشريعات العربية العدة على المرأة المطلقة، فقد دلت المادة 58 حتى 61 من ق.أس.ج على مشروعيتها ووجوبها، لأن العدة ليست إلا تلك المدة التي تتربصها المرأة بعد حدوث سببها، رغم أنها تختلف من معتدة إلى أخرى.

كما أن المشرع المغربي نص على العدة وبين أحكامها بالتفصيل وذكر أنواعها من خلال المادة 133 من مدونة الأسرة المغربية وما يليها من المواد.

[1] - البخاري، **مرجع سابق**، ص2011، حديث رواه عبد الله بن عمر، رقم 4953 كتاب الطلاق.
[2] - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق**، ص627.

في حين منح المشرع الفرنسي للمطلقات الحق في إعادة الزواج بمجرد صدور الحكم بالطلاق، وذلك بعد إلغاء المدة التي تنتظرها المرأة قبل إعادة الزواج والمقدرة ب300 يوما بالقانون الصادر في 26 ماي 2004[1].

3- الحِكمة من مشروعية العدة: تتمثل الحكمة من وجوب العدة، إما التعرف على براءة الرحم أو التعبد أو التفجع على الزوج، وكذا إعطاء الفرصة الكافية للزوج بعد الطلاق لمراجعة زوجته المطلقة، وإعلام الناس بعظمة شأن الزواج واختلافه عن باقي العقود، كونه ينعقد صحيحا بشهادة الناس، ولا ينحل إلا بنفس الشهادة بعد مضي مدة معلومة.

ويرى ابن حزم أن الحكمة من العدة أنها تتعدى ما ذُكر، لكونها من الأمور التعبدية التي لا يدرك الحكمة منها إلا الله سبحانه وتعالى، فقد أوجب العدة حتى على العاقر.

ثانيا- أنـواع العـدة وتحولها: للعدة أنواع حسب النساء المعتدات سواء من حيث السـبب الذي من أجله انحلت الرابطة الزوجية أو من حيث المدة التي تستغرقها العدة في حد ذاتهـا تبعا لحالة وظروف كل معتدة إلى ثلاثة أنواع تتمثل في العدة بالإقراء والعدة بالأشهر والعدة بالحمل، وقد تتحول العدة بانتقالها من نظام إلى آخر، فتتحول من عدة القـروء إلـى عـدة الأشهر والعكس أو من أحدهما إلى عدة الحمل.

1- العدة بالإقراء: اختلف الفقهاء في المقصود بالقرء في قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[2].

فذهب المالكية والشافعية والظاهرية إلى أن المقصود به هو الطهر وبه قال زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر رضي الله عنه وعائشة- رضي الله عنها- وعامة فقهاء المدينة[3].

---

[1] - Bernard-Xémard Clara, Cours de droit des personnes et de famille, 3eme édition,Guali éditeur, France, 2017, p342.

[2] - سورة البقرة، الآية226.

[3] - ابن جزي، **القوانين الفقهية، مرجع سابق،** ص240.

- ابن حزم الأندلسي، **المحلى، مرجع سابق،** ص257.

واستدلوا على ذلك بأن الطلاق في الحيض بدعي ومحرم، وأن الله سبحانه وتعالى أوجب التربص بالإقراء عقب الطلاق المباح وهو الطلاق في الطهر، كما استدلوا بحديث مالك عن عروة بن الزبير عن عائشة- رضي الله عنها- أنها انتقلت حفصة بنت عبد الرحمان حيث دخلت في الدم من الحيضة الثالثة، قال ابن شهاب:" فذكر ذلك لعمرة بنت عبد الرحمان، فقالت:" صدق عروة، وقد جاء لها في ذلك ناس فقالوا:" إن الله يقول:" **ثلاثة قروء**"، فقالت عائشة:" **صدقتم، وهل تدرون ما الأقراء؟ الأقراء الأطهار**"[1].

فإذا اعتبرنا المراد بالقرء الطهر، فإنها تنقضي عدتها بدخولها في الحيضة الثالثة لأنه فحسب الطهر الذي طلقها فيه، يعتبر أول قرء، أما إذا طلقت وهي حائض فتحل بأول الحيضة الرابعة.

ويشترط في عدة الإقراء عند المالكية أن تكون المرأة المطلقة مدخولا بها حقيقة أو حكما وأن تكون الفرقة بسبب الطلاق لا الوفاة، كما يشترط أن تكون من ذوات اللائي يأتيها الحيض أي المعتادة الحيض ولم ينقطع عنها اليأس، ولم تكن صغيرة لم تحض بعد، وأن لا تكون حاملا.

وقال المالكية والشافعية إن امتد طهرها ولم تحض في عدتها فإنها تعتد سنة، منها تسعة أشهر لمعرفة براءة الرحم، ثم تعتد ثلاثة أشهر وهي عدة الآيس من المحيض، لدى فلا تلزم نفقة المعتدة أكثر من سنة[2].

أما فيما يتعلق بأقل مدة للعدة بالإقراء، فقد ذهب المالكية والشافعية والظاهرية، فقالوا أن العدة بالإقراء تكون خلال اثنين وثلاثون يوما وساعة وذلك بأن يطلقها في الطهر ويبقى من الطهر بعد الطلاق ساعة، فتكون تلك الساعة قرءً ثم تحيض يوما ثم تطهر خمسة عشر يوما وهو القرء الثاني، ثم تحيض يوما ثم تطهر خمسة عشر يوما وهو القرء الثالث، فإذا طعنت في الحيضة الثالثة انقضت عدتها[1].

[1] - الإمام مالك، الموطأ، **مرجع سابق**، ص203.
[2] - محمد سمارة، **مرجع سابق**، ص251-252.

بينما ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن المقصود بالقرء هو الحيض[2]، واستدلوا على ذلك أن القرء هو الحيض وهو ما يتماشى مع الواقع لأن المرأة تعرف براءة رحمها بالحيض، فإذا حاضت تبين أنها غير حامل، وإذا استمر الطهر تبين غالبا وجود الحمل.

فإذا طلقت المرأة في طهر لم تمس فيه ثم حاضت ثم طهرت ثم حاضت ثم طهرت ثم حاضت فإذا طهرت انقضت عدتها، هذا إذا اعتبرنا المراد بالقرء هو الحيض.

ويشترط أن تتم العدة بثلاث حيضات كاملات، فإذا طلقت وكانت حائضا لا تعتبر هذه الحيضة كاملة، وعليها أن تستقبل ثلاث حيضات بدليل قوله ﷺ:" **دعي الصلاة أيام أقرائك**"[3]، أي أمسكي عن الصلاة أيام حيضك، فهو مشترك فيهما[4].

في حين يعتبر الأحناف والحنابلة أن أقل مدة للعدة هي ستون يوما تبدأ عند الإمام أبو حنيفة بالحيض عشرة أيام وهي أكثر مدته، ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض عشرة والطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيضة الثالثة ومدتها عشرة أيام، فيكون المجموع ستين يوما، فإذا أنهت هذه المدة وادعت أن عدتها انتهت صدقت بيمينها وصارت حلالا لزوج آخر.

وأقصى مدة للعدة عند الحنفية والقول الجديد للشافعية أن المرأة التي بدأت عدتها بالحيض فحاضت لأيام ثم انقطع حيضها واستمر طهرها، تستمر عدتها إلى سن اليأس، ثم تعتد ذلك بالأشهر، وتبقى لها النفقة ما دامت لم تصل سن اليأس وتعتد.

وسبب الاختلاف بين الفقهاء أن القرء من الألفاظ المشتركة تطلق لغة على الحيض والطهر ولا يتحقق إلا في المرأة الحائض أي التي تأتيها العادة الشهرية.

من الناحية القانونية، المشرع الجزائري لم يبين المقصود بالقرء في نص المادة 58 منه، بينما المشرع المغربي بين المقصود بالقرء في نص المادة 1/136 من مدونة الأسرة المغربية آخذا بما ذهب إليه المالكية، حيث نص على:" **تعتد غير الحامل ب...ثلاثة أطهار**

---

[1] - باديس ديابي، **مرجع سابق**، ص114.

[2] - السرخسي، **المبسوط**، **مرجع سابق**، ص32.

- ابن قدامة المقدسي، **المغني والشرح الكبير**، **مرجع سابق**، ص80.

[3] - الحديث رواه الترمذي في **باب الطهارة**، باب ما جاء أن المستحاضة تتوضأ لكل صلاة (220/1).

[4] - عبد القادر داودي، **مرجع سابق**، ص349-350.

كاملة لذوات الحيض"، بينما نصت المادة 147 من قانون الأحوال الشخصية الأردني بقولها:" **عدة غير الحامل لأي سبب غير الوفاة...ثلاث حيضات كوامل لذوات الحيض**"، ونصت المادة 2/139 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على:" **عدة المطلقة غير الحامل...ثلاثة أطهار لذوات الحيض وتصدق بانقضائها في المدة الممكنة**"، في حين نصت المادة 112 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية بقولها:" **تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة أطهار إن كانت من ذوات الحيض**"، ويقدر سن اليأس بخمسة وخمسين سنة في كل من مصر والسودان والعراق.

أما فيما يخص حساب مدة العدة فإنه يبدأ من تاريخ التلفظ بالطلاق في الشريعة الإسلامية ويلغى اليوم الذي وقع الطلاق من الحساب.

في حين خالفت بعض القوانين الوضعية أحكام الشريعة الإسلامية، فذهب المشرع الجزائري إلى أنه يبدأ حساب مدة العدة من تاريخ التصريح بالطلاق(المادة 58 من ق.أس.ج)، أي تاريخ الحكم بالطلاق من قبل قاضي شؤون الأسرة، وهذا لا يصح أبدا لأن الفقهاء أجمعوا على أن العدة تبتدئ من تاريخ وقوع الطلاق: أي التلفظ به[1].

كما أن المشرع الجزائري وطبقا لما جرى به العمل القضائي، وما نصت عليه المادة 3 من القانون المدني الجزائري تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على ذلك، خلافا للشريعة الإسلامية التي يتم فيها حساب آجال العدة بالتقويم القمري.

بينما يبدأ حساب مدة العدة في القانون المصري رقم 100 لسنة 1985 في المادة 5مكرر/1 من قانون الأحوال الشخصية **بقولها:**" **على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق**"، وتنص المادة 5مكرر/3 منه أيضا **بقولها:**" **تترتب آثار الطلاق من تاريخ وقوعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة**"، لهذا فالعدة تبدأ وفق هذا القانون من تاريخ إيقاع الطلاق من طرف الزوج.

[1] - مبروك المصري، **مرجع سابق**، ص417.

وهو ما ذهب إليه الفقه المصري في أن بداية العدة تبدأ عقب الطلاق إن كانت الفرقة طلاقا فإن لم تعلم بالطلاق حتى انقضت عدتها، فقد انقضت العدة لأن سبب وجود العدة هو الطلاق فتبدآ من وقت وجود السبب.

بينما يبدأ حساب مدة العدة في القانون الكويتي في نص المادة 156/أ من قانون الأحوال الشخصية، فقد ذهب إلى ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية من أن العدة تبدأ في الزواج الصحيح من تاريخ وقوع الطلاق أو وفاة الزوج، وهو ما انتهجته باقي القوانين المقارنة كالقانون المغربي في نص المادة 129 من تاريخ الطلاق أو التطليق أو الفسخ أو الوفاة، وكذا القانون الأردني والإماراتي والسوري والموريتاني.

أما فيما يخص أقصى مدة للعدة فالمشرع الجزائري لم يتطرق أصلا سواء لأقصى أو أقل مدة للعدة، في حين ذهب المشرع المغربي إلى ما ذهب إليه المالكية في نص المادة 3/136 من مدونة الأسرة المغربية بقولها:" **تتربص متأخرة الحيض أو التي لم تميزه من غيره تسعة أشهر ثم تعتد بثلاثة أطهار**".

المشرع الموريتاني نص في المادة 2/112 من مدونة الأحوال الشخصية بقولها:" **تتربص متأخرة الحيض أو التي التبس عليها مع غيره تسعة أشهر ثم تعتد بعدها بثلاثة أشهر**".

المشرع الأردني نص في المادة 147/ج من قانون الأحوال الشخصية بقولها:" **ممتدة الطهر وهي من رأت الحيض مرة أو مرتين ثم انقطع حيضها تتربص تسعة أشهر تتمة للسنة**".

المشرع الكويتي نص على أقصى مدة للعدة في المادة 4/157 و5 من قانون الأحوال الشخصية **بقولها:" أقل الأجلين من ثلاث حيضات، أو سنة لمن انقطع حيضها قبل سن اليأس**".

المشرع السوري نص على أقل مدة للعدة في المادة 3/248/أ من قانون الأحوال الشخصية بقولها:" **تنقضي العدة:...من تحيض تنقضي بثلاث حيضات كاملة في مدة لا تقل عن 60 يوما، ولا تسمع دعوى المرأة بانقضائها قبل مضي ثلاثة أشهر من الطلاق أو الفسخ**"، ونص على أقصى مدة للعدة في المادة 3/248/د بقولها:" **عدة من انقطع عنها الحيض قبل سن اليأس تنقضي بأقل الأجلين من ثلاث حيضات أو سنة شمسية**".

المشرع الإماراتي نص في المادة 139/د من قانون الأحوال الشخصية بقولها:" **أقل الأجلين من ثلاثة أطهار أو سنة لا حيض لمن انقطع حيضها قبل سن اليأس**".

ولا يتوقف بدء سريانها على علم المرأة أو معرفتها بالفرقة، لأن سببها هو الفرقة فتوجد بوجودها، أما فيما يخص معرفة انقضاء العدة بالقروء، فإن العلم بها مختص بالمرأة فقط، فقد يحدث تجاحد أو تنكر في أمر ثبوته بين الأطراف المعنية، لذلك يعمل بإخبار المرأة والقول قولها وتصدق المرأة فيما لو ادعت انقضاؤها في أمد تنقضي في مثله العدة عادة، أما لو ادعت انقضاؤها في مدة لا تقع إلا نادرا كالشهر الواحد فتصدق إن صدقها النساء في رواية عن مالك ولا تصدق في شهر ونصف في رواية أخرى عنه.

أما في حالة إقرار المطلق بطلاق امرأته وأسند ذلك الطلاق إلى زمن متقدم فإن عدة المرأة تبدأ من وقت الإقرار لا من اليوم التي نسب إليه الطلاق إن لم تكن له بينة، فيصدق الزوج في الطلاق، أما إذا كانت له بينة على دعواه فالعدة تبدأ من اليوم الذي أسندت البينة الطلاق إليه[1].

ويتبين من خلال ما سبق أن جل القوانين نصت على العدة ومدتها وكيفية حسابها رغم الاختلاف فيما بينها، وهذا راجع حسب المذهب الفقهي الذي تتبعه، فهناك من تعتبر القرء حيضا ومنها من تعتبره طهرا.

2- العدة بالأشهر: تختلف العدة من امرأة لأخرى، فالمرأة المطلقة التي تحيض تعتد بالقرء أما المرأة المطلقة التي لا تحيض فتعتد بثلاثة أشهر قمرية، ولا يؤثر ذلك لو كان أحد

[1] - عبد القادر داودي، **مرجع سابق**، ص356-357.

الشهور تسعة وعشرون يوما، وهذا إذا كان ابتداء العدة مع بداية الشهر ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك.

أما لو كانت البداية أثناء الشهر فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فقد ذهب فقهاء المالكية بأنها تعتد بقية الأشهر بالأيام وباقي الأشهر بالأهلة، ويكمل الشهر الأول من الشهر الأخير ما يتم به ثلاثين يوما، بينما يرى الحنفية أن العدة تحتسب بالأيام تسعون يوما[1]، ولا تحتسب العدة يوم الطلاق.

وتشمل المرأة الكبيرة في السن التي توقف نزول دم الحيض منها وهي ما تعرف باليائس، وسن اليأس غير محددة عند البعض ومحددة عند البعض الآخر، قال شيخ الإسلام ابن تيمية:" **اليأس مختلف باختلاف النساء وليس له حد يتفق عليه**" بينما حدد بعض فقهاء الحنفية سن اليأس بخمس وخمسين سنة وعليه الفتوى عندهم، بينما حددها بعض فقهاء الحنابلة بستين سنة[2].

ولا دليل على ترجيح أي رأي من هذه الآراء ما دامت المسألة مختلف فيها من امرأة لأخرى، وينبغي اللجوء إلى الطب ليحسم الأمر.

وكذا المرأة الصغيرة في السن أي غير البالغة، والمرأة التي لم تحض أصلا، والدليل الشرعي قوله تعالى:﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ ﴾[3].

يتبين من خلال الآية الكريمة أن العدة بالأشهر تكون خلفا عن الأصل وهو الحيض، ويبدوا أن تقدير المدة بثلاثة أشهر مقابل الثلاثة قروء.

والراجح ما ذهب إليه فقهاء الحنفية، لأن هذا الرأي أكثر قبولا، وربحا للوقت وعدم تضييعه على المرأة المطلقة المعتدة.

---

[1] - أحمد نصر الجندي، **مرجع سابق**، ص29.

[2] - ابن قدامة المقدسي، **المغني**، **مرجع سابق**، ص93.

[3] - سورة الطلاق، الآية4.

أما من الناحية القانونية فقد نصت المادة 58 من ق.أس.ج على عدة اليائس من المحيض فقط بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق، ولم يتعرض المشرع الجزائري لعدة الصغيرة التي لم تحض بعد.

ويعاب على ما نص عليه المشرع الجزائري في أن ذلك يؤدي إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة: عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، مما يشكل تعارضا بين الشريعة الإسلامية والقانون من عدة أوجه، خاصة بعد فوات آجال العدة الشرعية واستمرار العدة القانونية، مما ينجم عن هذا التعارض لزوم المطلقة لبيت الزوجية قانونا لا شرعا بعد أن أصبح الزوجين أجنبيين عن بعضهما البعض، وأصبح الطلاق بائنا لا رجعيا.

وينتج عن ذلك أيضا حلول مؤخر الصداق شرعا لا قانونا، ويستحق الحي منهما ميراث المتوفى قانونا لا شرعا لعدم انحلال الرابطة الزوجية قضاء، كما يجوز للزوجة المطلقة المنتهية العدة شرعا أن تتزوج برجل آخر، ولا يجوز ذلك عند قيام العدة القانونية، بل يمكن لمطلقها متابعتها جزائيا، في حين خالف القضاء نص المادة وأخذ بما نصت عليه الشريعة الإسلامية من خلال قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1968/11/06 نصه:" **من المقرر شرعا أن أمد العدة ثلاثة أشهر عند الطلاق، إلا إذا كانت الزوجة حاملا**".

نصت المادة 2/136 من مدونة الأسرة المغربية بقولها:" **تعتد غير الحامل... بثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلا، أو التي يئست من المحيض**".

كما نص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 255 منه بقولها:" **عدة الآيسة ثلاثة أشهر**"، وكما نصت على ذلك أيضا المادة 112 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، ونصت المادة 157/ج/2 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي بقولها:" **عدة الحامل في غير حالة الوفاة...تسعون يوما لمن لم تر الحيض أصلا أو بلغت سن اليأس، وانقطع حيضها**"، ونفس الحكم ذهبت إليه المادة 147/ب من قانون الأحوال الشخصية

الأردني بقولها:" **عدة الحامل في غير حالة الوفاة...ثلاثة أشهر لمن لم تر الحيض أصلا أو بلغت سن اليأس، وانقطع حيضها**".

3- عــدة الحامل: عدة الحامل هي مدة الحمل وشرط وجوبها أن يكون الحمل من زواج صحيح أو فاسد، لأن الوطء في النكاح الفاسد يوجب العدة، ولا تجب العدة عند الحنفية والشافعية على الحامل بالزنا، لأن الزنا لا يوجب العدة، إلا أنه إذا تزوج رجل امرأة وهي حامل من الزنا جاز النكاح عند أبي حنيفة، لكن لا يجوز أن يطأها ما لم تضع.

لا خلاف بين الفقهاء في أن المطلقة إذا كانت حاملا، فإن عدتها تنتهي بوضع حملها ولو بلحظات بعد الطلاق أو سواء طال الزمن بعد الفراق أم لم يطل[1].

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[2].

والحمل الذي تنقضي به العدة ما تبين منه شيء من خلق الإنسان، أما إلقاء مضغة لا صورة فيها ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ خلق أدمي فلا تنقضي به العدة، أي بمعنى إذا كان الذي انفصل عنها علقة أو مضغة لم يظهر تخلقها فإن عدتها لا تنقضي بها[3] .

كما أنه روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه قال:" **عدتها بوضع ما في بطنها وإن كان زوجها على السرير أي فراش الموت**"، وهذا قول جمهور الصحابة أيضا، كما أنه لو كانت المطلقة حاملا بتوأمين ووضعت أحدهما ولم تضع الآخر، فإنها لا تخرج من العدة حتى تضع التوأم الثاني أي لا تنقضي عدتها إلا بوضعهما معا، ولا ينظر الى الحمل إن كان حيا أو ميتا[4].

اختلف الفقهاء في انتهاء عدة الحامل هل يكون بوضع الحمل الموجود في البطن كاملا أو وضع جزء منه، فقد ذهب المالكية بقولهم تنقضي عدة الحامل ولو وضعت علقة وهو دم مجتمع، أما الحنابلة والشافعية فيرون بأنه لا بد من أن يكون الحمل الذي تنقضي به العدة هو

---

[1] - سعد فضيل، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص352.

[2] - سورة الطلاق، الآية4.

[3] - ابن قدامة المقدسي، **مرجع سابق**، ص114.

- أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، **مرجع سابق**، ص142.

[4] - باديس ديابي، **مرجع سابق**، ص116.

ما تبين فيه شيء من خلق الإنسان من الرأس واليد والأرجل، في حين يرى الحنفية أن الحمل اسم لجميع ما في البطن، فلو ولدت وفي بطنها آخر تنقضي العدة[1].

أما بخصوص مدة الحمل فقد اتفق جمهور الفقهاء على أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، **لقوله تعالى:** ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ﴾[2]. وقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ۚ﴾[3]، وغالبها تسعة وأكثرها عند الحنفية سنتان وعند الشافعية والحنابلة أربع سنين، قال الإمام علي– كرم الله وجهه:" **أقل الحمل ستة أشهر، فإذا أسقطت حولين من الثلاثين شهرا بقيت منه ستة أشهر وهي مدة الحمل**"[4].

ولكن جمهور الفقهاء اختلفوا في أطول مدة للحمل فلم يرد في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية الشريفة تحديد أقصى مدة الحمل، فقال المالكية:" **بأن أقصى مدة الحمل عندهم هي خمس سنين**"، وهو قول الليث بن سعد وعباد بن العوام.

بينما يرى الشافعية والحنابلة أن أكثر مدة الحمل هي أربع سنين، قال الإمام الشافعي – رحمه الله:" **بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين**"، ورجحه من العلماء المعاصرين صالح بن فوزان الفوزان.

أما الحنفية فيرون أن أكثر مدة الحمل هي سنتان فقط لا أكثر، ودليل قولهم هذا ما رواه عبد الرحمان ابن جريح عن جميلة بن سعد عن عائشة رضي الله عنها قالت:" **وما تزيد المرأة في الحمل سنتين ولا قدر ما يتحول ظل عمود المغزل**"[5]، أي بقدر ظل المغزل حال الدوران، والغرض منه تقليل المدة.

---

[1] - وهبة الزحيلي، **مرجع سابق**، ص636.
[2] - سورة البقرة، الآية231.
[3] - سورة الأحقاف، الآية14.
[4] - نصر سلمان وسعاد سطحي، **مرجع سابق**، ص190.
[5] - محمد محده، **مرجع سابق**، ص424.
- أحمد الغندور، **مرجع سابق**، ص575.

أما رأي ابن حزم الظاهري وداود وأصحابهم من الظاهرية فيقولون: تسعة أشهر قمرية، ودليلهم ما قاله عمر بن الخطابﷺ:" **أيما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها...**"[1].

في حين للجعفرية عدة أقوال مختلفة، فقيل تسعة أشهر، وقيل عشرة، وقيل سنة، ثم اختلفوا في تحديدها، وذلك راجع الى اختلاف عادات النساء، فإن بعضهن تلد لتسعة أشهر وبعضهن لعشرة، وقد يتفق نادرا بلوغ السنة[2].

في حين يرى الإمام أبو زهرة مفندا تلك الأخبار والروايات لعدم صحتها فقال:" **وإذا كان لمالك رأي فقهي، وهو جواز بقاء الحمل في بطن أمه ثلاثا، وأن ذلك الرأي استمده من أخبار بعض الأمهات أو من أقوال نسبت الى بعض نساء السلف الصالح، فلا نستطيع أن نأخذ به، لأن الطب يُقر بأن الحمل لا يمكن أن يمكث في بطن أمه أكثر من سنة**"[3].

وهذه الآراء تدخل في إطار نظرية الطفل النائم، وهو الذي يبقى في رحم أمه لمدة طويلة.

والراجح من الأقوال السابقة ما ذهب إليه كل من الجعفرية والظاهرية ومحمد بن عبد الحكم من المالكية لأنه أقرب إلى العقل، ومن النادر ما تعدوا مدة الحمل هذا القدر، حيث أن الأطباء قالوا بأن مدة الحمل عند النساء هي 280 يوما أي تساوي تسعة أشهر وثلثا تقريبا، وهذه المدة لا تتعارض مع الشرع، لعدم ثبوت ووجود نص يقيني قاطع يفيد مخالفة هذه الحقيقة العلمية الثابتة، فكل ما ثبت من أراء الفقهاء لا يرقى الى مرتبة اليقين[4].

يتفق القانون الجزائري وباقي القوانين المقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بأقل مدة الحمل وحددتها بـــ 180 يوما، فقد نصت المادة 60 من ق.أس.ج بقولها:" **عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة**".

---

[1] - ابن حزم الأندلسي، المحلى، **مرجع سابق**، ص133.
[2] - مصطفى شلبي، **مرجع سابق**، ص679.
[3] - محمد أبو زهرة، **مرجع سابق**، ص385.
[4] - محمد محده، **مرجع سابق**، ص427.

وتأكيدا على ما نصت عليه المادة السابقة الذكر، جاء في قرار المحكمة العليا نصه:" **من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل، ومن المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر...**"[1]، كما نصت المادة 42 من ق.أس.ج بقولها:" **أقل مدة الحمل ستة(06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر**".

وهذا يعني أن أقصى مدة الحمل في القانون الجزائري هي عشرة أشهر يبدأ سريان حساب هذه المدة من تاريخ النطق بحكم الطلاق[2].

المشرع الجزائري لم يحدد التقويم الواجب العمل به لتحديد مدة الحمل هل تحسب على أساس التقويم الهجري أم الميلادي، وسدا للفراغ التشريعي جرى العمل في محاكمنا بمختلف درجاتها بالتقويم الميلادي، وهذا ما يؤكده القرار الصادر عن المحكمة العليا الذي جاء في نصه:" **بالفعل فإن قضاة الموضوع، قد قضوا بصحة الزواج العرفي الواقع في شهر نوفمبر 1998 لتوفر أركانه...وتاريخ ولادة الولد يوم1999/06/05 بعد الدخول أو البناء بأكثر من ستة (06) أشهر، وأن المادة 42 من قانون الأسرة تنص على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر**"[3]، يتضح من نص هذا القرار أنه لا يتماشى والنصوص الشرعية، لأن أقل مدة للحمل ستة (06) أشهر قمرية.

أما القوانين المقارنة فنجد أن أقصى مدة للحمل تتراوح ما بين 10 أشهر الى سنة شمسية، فالتشريع الجزائري والفرنسي حددها بـــ 300 يوما[4]، كما نصت المادة 311 من القانون الفرنسي الخاص بالنسب على أن المدة الدنيا للحمل هي 180 يوما.

كما نصت المادة 135 من مدونة الأسرة المغربية على أن:" **أقصى أمد الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة**"، ونصت المادة 133 منها أيضا على أنه:" **تنتهي عدة الحامل بوضع حملها أو سقوطه**".

---

[1] - قرار رقم 193825 بتاريخ 1998/05/19 نقلا عن باديس دبابي، **مرجع سابق**، ص117.

[2] - يوسف دلاندة، **دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة**، دار هومه، الجزائر، 2008، ص66.

[3] - قرار رقم 99000 بتاريخ 1993/11/23، م.ع، غ.أ.ش، م.ق،عدد خاص، 2001، ص 65.

[4] - أحمد عمراني، **أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي والتلقيح الصناعي**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 1999-2000، ص25 وما بعدها.

وجاء في الفصل 71 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية:" **إذا ولدت الزوجة لتمام ستة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا يثبت نسب المولود من الزوج**"، كما نص الفصل 35 منها بقوله:"...**أما الحامل فعدتها وضع حملها وأقصى مدة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة** ".

في حين التشريع المصري والسوري حددها بـــ365 يوما، والمشرع الموريتاني نص في المادة 111 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية بقولها:" **عدة الحامل أن تضع حملها**"، ونصت المادة 61 منه:" **أقصى أمد الحمل سنة قمرية**"، ونصت المادة 117 بقولها:" **يبدأ حساب العدة من تاريخ الوفاة أو التطليق أو الطلاق أو الفسخ** "، كما نصت المادة 148 قانون الأحوال الشخصية الأردني:" **عدة الحامل من كل فرقة تنقضي بوضع حملها أو إسقاطه مستبين الخلقة كلها أو بعضها، وإن لم يكن مستبين الخلقة تعامل وفقا لأحكام المادتين 146 و147 من هذا القانون**"، ونصت المادة 2/248 من قانون الأحوال الشخصية السوري:" **تنقضي العدة... للحامل عند وضع حملها أو إسقاطه مستبينا بعض الأعضاء**".

يتضح من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري تأثر برأي الجعفرية والظاهرية الذي يتفق مع الطب الحديث فالواجب الأخذ به من طرف المشرعين والفقهاء[1].

4- تحـــول العـــدة: مما سبق ذكره بخصوص أنواع العدة ، فان كل امرأة مطلقة تعتد بما يتوافق مع حالها إلا أنه قد يطرأ قارئ على عدتها فتتحول عدتها من نوع الى أخر و من هذه التحولات التي تطرأ على العدة نذكر ما يلي :.

أ- تحول العدة من الأقراء الى الأشهر: إذا كانت المعتدة من ذوات القرء ثم صارت من الآيسات قبل انتهاء القروء الثلاثة، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة.

فقد ذهب المالكية الى أنها تعتد تسعة أشهر، فإن لم تحض فيها اعتدت بعدها بثلاثة أشهر[2]، في حين ذهب الحنفية الى أنها تعتد ثلاثة أشهر بعد بلوغها سن اليأس، في حين يرى

[1] - محمد محي الدين عبد الحميد، **مرجع سابق**، ص381.
[2] - ابن حزي، **مرجع سابق**، ص240.

الجعفرية بأنها تستأنف العدة بثلاثة أشهر، أما إذا طلقت امرأة من ذوات الإقراء طلاقا رجعيا ثم مات زوجها وهي في العدة يجب أن تعقد عدة الوفاة بالأشهر[1].

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تحول العدة، في حين نجد القوانين المقارنة ومنها مدونة الأسرة المغربية قد نصت في المادة 137 منها على أنه:" **إذا توفي زوج المطلقة طلاقا رجعيا وهي في العدة انتقلت من عدة الطلاق الى عدة الوفاة**"، ونصت المادة 116 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية بقولها:" **تنتقل المطلقة رجعيا الى عدة الوفاة إذا مات عنها زوجها في العدة**"، كما نصت على ذلك المادة 149 من قانون الأحوال الشخصية الأردني والمادة 250 من قانون الأحوال الشخصية السوري ولا يحسب ما مضى قبل ذلك.

أما فيما يتعلق بطلاق الفار أي طلاق الرجل مريض مرض الموت لامرأته طلاقا بائنا بغير رضاها، يموت وهي في عدة الطلاق، فإنه يعتبر في هذه الحالة فارا.

فحسب رأي الحنابلة فإنها تعتد بأطول الأجلين، عدة الطلاق أو عدة الوفاة، فإن كانت عدة الطلاق أطول اعتدت بها وإن كانت عدة الوفاة أطول اعتدت بها[2].

ب-تحول العدة من الأشهر إلى الإقراء: إذا كانت المطلقة صغيرة لم تحض ثم جاءها الحيض قبل انتهاء الثلاثة أشهر، فإنها تنتقل الى الاعتداد بالإقراء بدل الأشهر، وأيضا اليائس من المحيض، فالحنفية والحنابلة يرون أنه إذا كان بهدف حرمان الزوجة من الإرث عندما طلقها وهو في فراش الموت ثم مات عنها وهي في العدة فإنها تنتقل من عدة الطلاق الى العدة بأبعد الأجلين.

ج- تحول العدة من الإقراء أو الأشهر الى عدة الحمل: إذا طلقت المرأة وشرعت في العدة بالإقراء أو بالأشهر ولم تنته عدتها وظهر لها حمل، فإنها تنتقل إلى الاعتداد بوضع الحمل، وهذا ما ذهب إليه كل من المالكية والشافعية بأن الحامل يسقط عنها حكم الإقراء وتتحول الى الاعتداد بوضع الحمل، كما نصت المادة 3/48 من قانون الأحوال الشخصية العراقي بأن عدة الحامل تعتد بأبعد الأجلين من وضع الحمل والمدة المذكورة.

[1] - محمد علي السرطاوي، **مرجع سابق**، ص344.

[2] - باديس ديابي، **مرجع سابق**، ص118.

ونخلص الى أن للعدة أنواع باعتبار الحساب والفرقة سواء من طلاق أو وفاة، وقد تتحول العدة من نوع لآخر لأن لكل نوع خصائص تشمله.

ثالثا- سلطة القاضي في تقدير نفقة عدة الطلاق وآثارها: سوف نتطرق إلى سلطة القاضي في تقدير نفقة العدة، ثم نبين آثارها من خلال الأحكام الخاصة بها من خلال الآتي:

أ- سلطة القاضي في تقدير نفقة العدة: أوجبت الشريعة الإسلامية والقانون في أن للمطلقة الحق في النفقة في عدة الطلاق سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا، ويعتبر ذلك من مبادئ العدل على أساس أن المعتدة في هذه المرحلة تكون محتبسة في بيت الزوجية بأمر من الشرع ولمصلحة النظام العام ولمصلحة الرجل صيانة للنسب إليه.

لذلك على القاضي تحديدها والإشارة إليها في الحكم الذي يقضي فيه بالطلاق سواء طالبت المطلقة أو لم تطلبها، لأنها حق ثابت شرعا وقانونا، وهذه من الحقوق الزوجية التي لا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا أو تنازلت عنها الزوجة المطلقة صراحة[1].

والقاضي عند الحكم بالنفقة يجب عليه مراعاة حال الطرفين عند تحديد مبلغ النفقة، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1991/06/18 نصه:" **إن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها**"[2].

لا خلاف بين الفقهاء في وجوب النفقة للمعتدة من الطلاق، فقد اتفقوا على أن المعتدة من طلاق رجعي تستحق النفقة والسكنى، لأن هذا الطلاق لا يرفع النكاح ولا يزيل الحي، فتبقى المطلقة خلال هذه الفترة زوجة حكما **لقوله تعالى:** ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[3].

كما يتفق الفقه بشأن نفقة المطلقة طلاقا بائنا، إلا أنهم انقسم البعض إلى مؤيد والآخر إلى معارض، فذهب المالكية إلى أن المطلقة البائن وهي حائل بمعنى غير حامل لها السكنى

[1] - نورة منصوري، **التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية**، دار الهدى للنشر، الجزائر، 2010، ص84.
[2] - قرار رقم 75029 بتاريخ 1991/06/18، م.ع، غ.أ.ش، م.ق، ع2، 1994، ص65.
[3] - سورة البقرة، الآية226.

دون النفقة، وأيد هذا الرأي الشافعية ودليلهم قوله تعالى:﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[1]، أما إذا كانت حاملا فلها حق النفقة والسكن[2].

في حين ذهب الحنفية إلى أن لها النفقة والسكنى، لأنه لم يرد في كتاب الله ما يدل على خلاف ذلك **لقوله تعالى:** ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ۚ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾[3]، فإنه لا فرق عند الأحناف بين مطلقة وأخرى سواء كان طلاقها رجعيا أم بائنا فلها الحق في النفقة بأنواعها ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

أما الحنابلة فيرون بأنه لا نفقة ولا سكنى للمطلقة طلاقا بائنا، ودليلهم حديث فاطمة بنت قيس: أن زوجها طلقها البتة، فقال لها الرسول ﷺ:" **ليس لك عليه نفقة**".

مما سبق يتبين أن الشرع الإسلامي أثبت أن للمرأة المطلقة حق السكن على الزوج ما دامت معتدة منه، فليس من حقه أن يخرجها ولا يجوز لها الخروج أيضا لأنها محتبسة لحقه إلا أن تأتي بفاحشة.

أما من الناحية القانونية فقد أقر المشرع الجزائري النفقة للمطلقة وتشمل الغذاء والكسوة والسكن والعلاج حسب نص المادة 78 من ق.أس.ج، ونص المادة 61 أيضا **بقولها:" لا تخرج المرأة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".**

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري لم يخص بذلك المطلقة طلاقا رجعيا وإنما نص على المطلقة بصفة عامة، وبذلك تبنى رأي الحنفية، وقد سار القضاء في هذا الاتجاه وهو ما أكده قرار للمحكمة العليا الذي جاء فيه ما يلي:" **من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة**

---

[1] - سورة الطلاق، الآية6.

[2] - أحمد نصر الجندي، **الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق**، ص553.

[3] - سورة الطلاق، الآية1.

للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، إذا كان من الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيما قضى به ومن ذلك تقرير نفقة عدة الزوجة، فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا، وأنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيما ذهب إليه حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[1].

يتضح من هذا القرار أن القضاء اعترف بحق المطلقة في نفقة العدة، وأنه لا يسقط حقها فيها ولو اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا.

كما أخذ قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 77 لسنة 1982 في المادة 50 منه برأي الحنفية **بقولها:" تجب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي ولو كانت ناشزا ولا نفقة لعدة الوفاة"**، كما أن للزوجة حق السكن الذي بموجبه يحق للمرأة المطلقة أن تبقى ساكنة في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع زوجها بصورة مستقلة إذا كانت هذه الدار أو الشقة مملوكة للزوج كلا أو جزءا أو كانت مستأجرة من قبله.

وهناك حالات تسقط فيها نفقة العدة نص عليها الفقه الإسلامي نذكر منها على سبيل المثال[2]:

– حالة الزواج الفاسد أو كان الدخول بشبهة، بينما قانونا لا تسقط.

– أن تكون العدة بسبب وفاة الزوج لأن الزوجة المعتدة ترث زوجها وتتحول عدتها الى عدة وفاة.

– المرأة المعتدة من طلاق ثم ارتدت عن الإسلام.

---

[1] - العربي بلحاج، **قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، مرجع سابق**، ص111.
- قرار رقم 34327 بتاريخ 1984/10/22، م.ع، غ.أ.ش، م.ق، ع3، 1989، ص69، نقلا عن باديس ديابي، **مرجع سابق**، ص 122.

[2] - رمضان علي السيد الشرنباصي، **مرجع سابق**، ص82.

المشرع الجزائري وبالرجوع إلى نص المادة 54 من ق.أس.ج، نجد أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب آثارها إلا إذا كان مقابلها مال، وما دامت نفقة العدة عبارة عن مبلغ مالي فهي جائزة لأن تكون بدل أو مقابل خلع الزوجة نفسها من زوجها، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى **بقوله:**" **حيث أن كل مطلقة بعد البناء عليها أن تعتد وهي أثناء هذه المدة محبوسة من أجل الزوج وعلى كل مطلق أن ينفق على مطلقته، فالنفقة حق ثابت شرعا من حقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها طلبتها أو لم تطلبها ولا تسقط إلا إذا أسقطها الشارع في بعض الأحوال المحددة شرعا أو سمحت فيها الزوجة صراحة بخلع، والمجلس له الحق في الحكم بها إذا أغفلها القاضي الأول فالوجه غير سديد ويتعين رفضه**"[1].

عكس المشرع السوري الذي نص في المادة 101 من قانون الأحوال الشخصية على أنه:" **نفقة العدة لا تسقط ولا يبرأ الزوج المخالع منها إلا إذا نص عليها صراحة عقد المخالعة**".

وبالرجوع الى نص المادة 196 من مدونة الأسرة المغربية:" **المطلقة طلاقا بائنا إذا كانت حاملا تستمر نفقتها إلى أن تضع حملها، وإذا لم تكن حاملا يستمر حقها في السكن فقط إلى أن تنتهي عدتها**"، يتضح أن المشرع المغربي أخذ برأي المالكية والشافعية.

أما القانون التونسي فقد أوجب على الزوج أن ينفق على مطلقته المدخول بها مدة العدة باعتبار أن عدة المطلقة هي من توابع الزواج حسب ما نص عليه الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية، فقد ذهبت محكمة التعقيب التونسية بقولها:" **إذا كان الطلاق بعد البناء، فإن الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية أوجب الحكم بنفقة العدة ولو لم تطلبها الزوجة**".

ب- آثار عدة الطلاق: إن للعدة أحكاما ثابتة في الشريعة الإسلامية، وعلى المطلقين الالتزام بهذه الأحكام التي تستوجبها المصلحة الشرعية ومقاصد الشريعة، فهذه الأحكام تكون من زواج صحيح، وتبدأ من وقت حصول الفرقة سواء كانت بطلاق أو وفاة وتنتهي بانتهاء أجالها، وأحكام العدة كثيرة ومتنوعة نوجزها فيما يلي:

[1] - نقلا عن العربي بلحاج، **مرجع سابق**، ص110.

- بقاء المعتدة مدة العدة في المنزل الذي تسكن فيه **لقوله تعالى:** ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ وكذا نص المادة 61 من ق.أس.ج، ذلك أن اعتدادها في منزل الزوجية حق قررته الشريعة الإسلامية والقانون، لأن الطلاق رجعي وهو من حق الزوج لتكون المطلقة على مقربة من مطلقها، حتى ينتهي ما بقى من آثار الزوجية.

وليس للمعتدة أن تنتقل إلى مسكن آخر إلا إذا كان هناك ما يبرر ذلك كخوفها على نفسها أو مالها، ويعد ضيق المنزل أو فسق الزوج عذرا يجيز في رأي الحنفية للمطلقة أو المتوفى عنها زوجها الخروج من البيت[1]، فإن سكنت في غير مسكن العدة بدون عذر تعتبر ناشزا ولا تستحق نفقة العدة مدة نشوزها.

لكن بالرجوع الى العرف في مجتمعنا المعاصر نجد أن المرأة بمجرد طلاقها تتجه الى بيت أهلها لتعتد هناك، وصار هذا العمل عادة معمول بها في أغلب جهات الوطن[2].

- يجب على المعتدة شرعا الحداد أو الإحداد إظهارا لانقطاع الزوجية، خاصة إذا كان الطلاق بائنا أو بسبب وفاة زوجها، فتترك الزينة وتتخلى عن لبس الحلي ولا تمس طيبا، كما أنه لا يجب الحداد على المطلقة طلاقا رجعيا في عدتها، فيستحسن لها أن تتزين لزوجها ليراجعها[3]، فقد جاء في الحديث الشريف قولهﷺ:" **لا يجب الحداد على المعتدة من طلاق رجعي، لأن الزوجية لا تزال قائمة طوال مدة العدة**".

– يمتنع على المعتدة الزواج في فترة العدة برجل أجنبي ولها ذلك بعد انتهاء العدة، لقوله تعالى:﴿وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾[4]. كما أنه لا يجوز خطبة المعتدة لا بالتصريح ولا بالتعريض وليس لها أن تعرض نفسها، ولم يستثن الفقهاء من ذلك

[1] - عبد القادر بن حرز الله، **مرجع سابق**، ص340.
[2] - فضيل سعد، **مرجع سابق**، ص358.
[3] - العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق**، ص378.
[4] - سورة البقرة، الآية233.

إلا المعتدة من وفاة، فإنه يجوز خطبتها تعريضا لا تصريحا، فكل عقد زواج في العدة باطل سواء دخل بها أو لم يدخل.

– يوجب التوارث في العدة بين الزوجين في حالة ما إذا توفى أحدهما قبل انقضاء العدة، فقد نصت المادة 132 من ق.أس.ج على:" **إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث**"، كما أن المعتدة ترث من مطلقها الذي طلقها في مرض موته واعتبر فارا من الميراث في حالة الطلاق البائن.

– يثبت جنس الولد الذي تلده المعتدة أثناء فترة العدة من زوجها السابق إذا كانت الولادة قد وقعت بين أقل وأقصى مدة للحمل وهذا **لقولهﷺ:**" **الولد للفراش**".

الفرع الثالث– أحكام نفقة الإهمال للمطلقة تعسفا: نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها شرعا وقانونا، فإذا لم يقم بالإنفاق عليها، فيحق لها اللجوء للقضاء للمطالبة بحقوقها في نفقة الإهمال، فقد يمتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته قبل النطق بالطلاق وهي ما تزال زوجة، وفي أغلب الأحيان تغادر الزوجة البيت سواء بسبب أو بدون سبب ولا ينفق عليها، مما يترتب على ذلك رفع دعوى نفقة الإهمال.

كما يجوز للقاضي أن يحكم للمطلقة بنفقة إهمال، يبدأ سريانها في الأصل من يوم رفع الدعوى الى غاية النطق بحكم الطلاق، غير أن المشرع أورد استثناء على هذه القاعدة حيث أجاز للقاضي أن يحكم باستحقاق هذه النفقة بناء على بينة لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى.

وبالرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية، نلاحظ عدم وجود ما يسمى بنفقة الإهمال، فقد أوجب على كلا من الزوجين واجبات ومسؤوليات يؤديها كل منهما اتجاه الآخر حسب مكانه ومكانته وقدراته ويلتزم بها، مبينا في الوقت نفسه العواقب الوخيمة لإهمال المسؤولية والتقصير أو الاعتداء على حقوق الآخرين، فإهمال المسؤولية أو التخلي عنها له آثار على المجتمع بصفة عامة وعلى الأسرة بصفة خاصة، ويندرج ضمن هذا المفهوم مصطلح الإهمال.

لدى وجب التطرق الى مفهوم الإهمال في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وباقي التشريعات الوضعية المقارنة من خلال تعريفه لغة واصطلاحا(أولا)، ثم نبين سلطة القاضي في تقدير نفقة الإهمال(ثانيا)، ونتطرق الى جريمة عدم تسديد النفقة للمطلقة تعسفا(ثالثا).

أولا- تعريف الإهمال: يتعين التطرق إلى التعريف اللغوي، ثم إلى التعريف الاصطلاحي.

1- تعريف الإهمال لغة: الإهمال مصدر أهمل: وهو الترك، يقال أهمل الشيء إذا تركه عن عمد أو نسيان[1]، والهَمَلُ: السدى المتروك ليلا ونهارا، وما ترك الله الناس هملا أي سدى بلا ثواب ولا عقاب، والهمل بالتحريك: الإبل بلا راع، قال الأعرابي: إبل همْلَى: مهملة، وقال ابن الأثير: إبل هوامِل: مسيبة ليس لها راعي، فهي كالضالة ترعى بنفسها، أو أمر مهمل: أي متروك ويقال: همل دمعه: إذا تتابع سيلانه، والهمل: البيت الصغير، والهمل: كبير السن، وأرض همال بين الناس: قد تحامتها الحروب فلا يعمرها أحد، وشيء همال: رِخْو، واهتمل الرجل: إذا دمدم بكلام لا يفهم، والهمْلُ بالتسكين: أي فاضت وانهلت مثله[2].

يتضح من هذه التعاريف أن لمصطلح الإهمال في اللغة عدة معان مختلفة ومتشابهة كالتقصير والتغافل والتهاون والتكاسل.

2- تعريف الإهمال اصطلاحا: لم تتطرق أغلب التشريعات المقارنة لتعريف محدد للإهمال وإنما اكتفت بوصفه صورة من صور الخطأ تاركة مهمة تعريفه للفقه، فلفظ الإهمال ليس دارجا بكثرة في مصطلحات الفقهاء، ولكن يعبرون عنه أكثر بلفظ التفريط، الذي يستعمل عند تجاوز الحد من جانب النقصان والتقصير[3].

وقد تطرق الفقهاء إلى تعريف الإهمال بعدة ألفاظ فقهية وقانونية متشابهة ومن هذه التعاريف ما يلي:

---

[1] - الفيومي، **المصباح المنير، مرجع سابق**، ص21.

[2] - مسعود جبران، **الرائد معجم لغوي عصري**، ط7، ج1، دار العلم للملايين، بيروت، 1992، ص292.

[3] - الجرجاني، علي ابن محمد السيد الشريف، **معجم التعريفات**، تح: محمد الصديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، 2004، ص30.

أ- تعريف الإهمال في الفقه الإسلامي: من الأحاديث النبوية الواردة في ذم الإهمال، حديث سهل بن الحنظلية، أنه قال: مر رسول الله ﷺ ببعير قد لحق ظهره ببطنه فقال:" **اتقوا الله في هذه البهائم المعجمة فاركبوها صالحة و كلوها صالحة**"[1].

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال:" **عذبت امرأة في هرة سجنتها حتى ماتت فدخلت فيها النار، لا هي أطعمتها وسقتها، إذ حبستها ولا تركتها تأكل من خشاش الأرض**"[2].

ب- تعريف الإهمال في الفقه القانوني: وجد الفقه أن تعريف الإهمال وتحديد مدلوله مسألة تستحق الوقوف عندها والبحث فيها، فظهرت عدة مدارس فقهية من بينها المدرسة الانجليزية والفرنسية والعربية.

بالنسبة للمدرسة الانجليزية فقد عرفت الإهمال بأنه:" **الحالة الذهنية يتمثل أساسا في الاتجاه المعنوي إلى اللامبالاة المخلة فيما يتعلق بسلوك المرء ونتائجه وطبقا لهذه الرؤية فإن الشخص المهمل هو الشخص الذي لا يبالي**".

وعرف الفقيه الانجليزي ATKIN الإهمال بأنه:" **عدم اتخاذ العناية أو نقص المهارة التي هي واجب على الجاني تجاه المجني عليه**"، وفي تعريف آخر له:" **هو موقف عدم اللامبالاة أو عدم الاكتراث بدون سبب الذي يتخذه الفاعل بالنسبة للنتائج الضارة التي تترتب على تصرفاته**".

يتضح من التعريفين السابقين أنهما اقتصرا على دراسة جنائية والمتمثلة في المسؤولية سواء كانت جنائية أو مدنية.

أما بالنسبة للمدرسة الفرنسية فقد عرف الأستاذ ROUX الإهمال بأنه:" **عدم التبصر وعدم توقع النتيجة التي تترتب على النشاط**"، وعرفه أيضا بأنه:" **عدم الاحتياط أو النقص في الاحتياط الذي لو كان قد اتخذ لكان قد منع النتيجة الضارة من أن تحدث**".

[1] - أبو داود في سننه، حديث رقم 2548 وقال الألباني صحيح 4884/2.
[2] - البخاري في سننه، الفتح، 3318/6، ومسلم في سننه، 2242، واللفظ له، وخشاش الأرض: هوامها وحشراتها.

في حين ظهرت عدة اتجاهات في الفقه العربي في تعريفها للإهمال، فقد عرفه البعض بأنه:" **نكول الجاني عن اتخاذ ما يقتضيه واجب الحيطة والتبصر لتفادي حصول نتائج ضارة وتتمثل في صورة ما إذا اتخذ الجاني موقفا سلبيا، فلم يقم بما من شأنه الحيلولة دون وقوع الضرر**"، وفي هذا الاتجاه يعرف أيضا بأنه:" **صورة الخطأ الحاصل بسلوك سلبي بالترك أو الامتناع أو الغفلة عن اتخاذ الاحتياطات التي يدعوا إليها الحذر والتي من شأنها الحيلولة دون وقوع النتيجة الضارة**".

نلاحظ من خلال هذه التعاريف أنها عاجزة عن إيجاد تعريف جامع مانع للإهمال، كما أنها لم تفرق بين الإهمال عن قصد والإهمال عن غير قصد[1].

يتضح مما سبق أن التعريف الأقرب للإهمال والذي يتسع ليشمل فحواه يمكن صياغته بالشكل التالي:" **الإهمال هو سلوك سلبي ناشئ عن إخلال الشخص بواجباته سواء عن قصد أو غير قصد دون أن يفضي تصرفه إلى إحداث ضرر سواء توقعه أو كان عليه توقعه وكان بإمكانه الحيلولة دون حدوثه**".

المشرع الجزائري لم يعرف الإهمال وإنما أورده في العديد من النصوص القانونية وخاصة المسؤولية عن الآثار الشخصية التي تلحق الضرر بالغير والناتجة عن التقصير أو الإهمال والمنصوص عليها في المادتين 124 و125 من القانون المدني، وكذا أهم الجرائم المنصوص عليها في المادتين 330 و331 من قانون العقوبات الجزائري.

من خلال ما سبق يتبين أن الإهمال يعني الامتناع عن إتيان الواجبات امتناعا مؤكدا وظاهرا فهو التخلي الإرادي عن أداء حق أو التزام.

في حين القوانين المقارنة لم تورد هي أيضا تعريفا للإهمال في قوانين الأحوال الشخصية، ونصت على النفقة بوجه عام سواء عند قيام الزوجية أو أثناء فترة الطلاق.

[1] - عادل يوسف شكري، **المسؤولية الناشئة عن الإهمال(دراسية تحليلية تطبيقية مقارنة)**، دار النشر والبرمجيات، القاهرة، 2011، ص63-69.

ثانيا- سلطة القاضي في تقدير نفقة الإهمال: القضاء لا يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم، لدا على الزوجة المطلقة التقدم بطلب النفقة، وبالرجوع الى نص المادة 80 من ق.أس.ج نلاحظ أنها صريحة وواضحة حيث نصت على:" **تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى**".

وقد سار القضاء في هذا الاتجاه وهو ما أكده قرار للمحكمة العليا الذي جاء فيه ما يلي:" **من المقرر قانونا أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بعدم التسبيب ليس في محله.**

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بدفع الزوج لمطلقته نفقة الإهمال ابتداء من رفع الدعوى إلى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون وسببوا قرارهم تسبيبا كافيا، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[1].

يتضح من نص المادة أن الزوجة عند غضبها لأسباب شرعية وقانونية أو غير ذلك تحمل نفسها وتغادر بيت الزوجية إلى منزل أهلها وتنتظر رضاء الزوج ومراجعتها، فبمجرد رفع الزوج دعوى الطلاق أمام المحكمة، تقوم الزوجة أيضا برفع دعوى نفقة الإهمال عن الأيام أو الشهور التي قضتها في بيت أهلها دون إنفاق من الزوج سواء لها أو لأولادها القصر، فطبقا لنص المادة 80 أسرة يحكم القاضي للزوجة بنفقة الإهمال من تاريخ رفع الدعوى واستثناء وبناء على بينة يمكن أو يجوز للقاضي الحكم بها لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.

لكن بالرجوع إلى الميدان العملي نجد أن القضاة يعتمدون في هذا الصدد على شهادة الشهود خاصة الأهل والجيران بأن الزوجة منذ مدة وهي ماكثة في بيت أهلها وهو لا يسأل عنها ولا ينفق عليها ولا على أولاده ما لم يثبت الزوج العكس بأنه كان ينفق عليها وهي في

[1] - قرار رقم 57506 بتاريخ 1989/12/25، م.ع، نقلا عن نبيل صقر وقمراوي عز الدين، **مرجع سابق**، ص169.

بيت أهلها[1]، فمسألة الإثبات في هذه الحالة ستظل صعبة لانعدام البينة عند القاضي مما يؤدي به إلى إصدار الحكم بالنفقة من يوم رفع دعوى الطلاق.

ومن الملاحظات التي نستخلصها من الواقع العملي أنه في الغالب ما يطالب الزوج الحكم بالطلاق وتتمسك الزوجة بطلب الرجوع، مما يضطرها بعد الحكم بالطلاق المطالبة بكافة حقوقها المترتبة عن الطلاق بما فيها نفقة الإهمال، والإشكال المثار هو عندما يمنح القاضي للزوجة نفقة الإهمال لمدة سنة قبل رفع الدعوى، فأي دعوى المقصود بها هل دعوى الطلاق أم دعوى المطالبة بكافة حقوقها المترتبة عن الطلاق بما فيها نفقة الإهمال.

المشرع لم يوضح ذلك من خلال نص المادة 80 أسرة، ولكن نلاحظ من خلال الجانب العملي أن القضاة يخلطون أحيانا بين الدعوتين، حيث أن النفقة هي واجب من واجبات الزوج على زوجته أثناء قيام العلاقة الزوجية، وبمجرد صدور الحكم بالطلاق فإنه لا مجال للحديث عنها إلا ما تعلق بنفقة العدة أو الأولاد في حالة إسناد الحضانة للزوجة المطلقة وهذا ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها بتاريخ 1986/02/24 حيث نصت على أنه :" **من المقرر فقها وقضاء أن نفقة العدة تمنح لكل زوجة مطلقة في جميع الحالات لأنها مقررة شرعا**"[2]، أما نفقة الإهمال فعلى الزوجة أن تطالب بها، لأن القاضي لا يمكنه الحكم بها من تلقاء نفسه.

ومنه يتضح أن الدعوى التي قصدها المشرع هي دعوى الطلاق، وكان عليه رفع أي لبس بأن يتم تعديل المادة 80 من أسرة كما يلي:"... **قبل رفع دعوى الطلاق**".

كما أن من المستحقات المالية التي يضمنها صندوق النفقة في الجزائر، النفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة حسب ما يقضي به نص المادة 02 من القانون رقم 01/15 بقولها:" **...والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة**"[3].

---

[1] - عبد الفتاح تقية ، **قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة**، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2012، ص241.

[2] - **المرجع نفسه**، ص244.

[3] - قانون رقم: 01/15 مؤرخ في 04 يناير2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج.ر، ع01 بتاريخ 2015/01/07.

يتضح من نص هذه المادة أنه جاء مجملا ولم يحدد النفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة، هل يقصد بها نفقة المتعة أو نفقة العدة أم نفقة الإهمال أم هي كلها مجتمعة؟، ولكن بالنظر للواقع العملي من خلال الأحكام القضائية نجد أن مضمون حكم الطلاق يشير الى كل نفقة على حدا، ولكي تستطيع الزوجة المطلقة الاستفادة من هذا الصندوق يتعين عليها تقديم نسخة تنفيذية من الحكم المقرر للنفقة، مصحوبا بمحضر التبليغ ليقوم الصندوق بإجراءات إلزام المحكوم عليه بالوفاء بالطرق القانونية[1]، وللقاضي السلطة التقديرية في مبلغ نفقة الإهمال شهريا مراعيا في ذلك حال الطرفين[2].

فنلاحظ من خلال الأحكام الصادرة عن محكمة تقرت، أن القضاء قدر نفقة العدة بخمسة ملايين، ونفقة الإهمال(نفقة غذائية) بين ثلاثة آلاف وخمسة آلاف دينار جزائري شهريا، أما مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي فقدر بين ثلاثة عشر مليون وخمسة عشر مليون.

ولا تحرم الزوجة من نفقة الإهمال إلا في حالة النشوز الثابت بمحضر عدم الامتثال للرجوع إلى بيت الزوجية، بعد صدور الحكم القاضي بالرجوع عليها، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها بقولها:" **إن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بُلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية، وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها، وأن الزوجة التي طلبت الحكم لها بالرجوع الى محل مستقل عن أهل زوجها وحكم لها بمطالبها، فإنها لا تعد ناشزا ما دام لم يثبت نشوزها، ولذلك فإن نفقتها تظل مستمرة ومستحقة لها**"[3].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا نصه:" **لا نشوز إلا بعد تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع وإعطاء مهلة للمحكوم عليها للخضوع له اختياريا، مع مراعاة الإجراءات المعمول بها قضاء**"[4].

---

[1] - عبد العزيز سعد، **إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، مرجع سابق**، ص316.

[2] - عبد الفتاح تقية، **محاضرات في مادة الأحوال الشخصية**، منشورات تالة، الجزائر، 2007، ص123.

[3] - قرار رقم 33762 بتاريخ 1984/07/09، م.ق، ع4، ص119.

[4] - قرار رقم 476387 بتاريخ 2009/01/14، م.ع، م.ق، ع1، 2009، ص261.

أما القوانين المقارنة فقد نصت المادة 195 من مدونة الأسرة المغربية بقولها:" **يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت**".

كما نصت المادة 149 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية بقولها:" **لا تسقط نفقة الزوجة بالتقادم، ويحكم لها بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق عليها**"، كما نصت المادة 150 منها أيضا بقولها:" **ينقضي الالتزام بنفقة الزوجة في الحالات التالية: بأدائها أو الإبراء منها، بوفاة أحد الزوجين، بنشوز الزوجة**"، كما ورد استثناء في المادة 151 قولها:" **لا تسقط نفقة الحامل بالنشوز**".

كما نصت المادة 73 من قانون الأحوال الشخصية الأردني بقولها:" **إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة يقدر القاضي نفقتها اعتبارا من يوم الطلب ويأمر بدفعها سلفا للأيام التي يعينها**"، كما نصت المادة 74 منه أيضا بقولها:" **إذا عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة نفقة لها يقدرها القاضي من يوم الطلب على أن تكون دينا في ذمته ويأذن للزوجة أن تستدين على حساب الزوج**".

كما نصت المادة 78 من قانون الأحوال الشخصية السوري بقولها:" **يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ امتناع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه...، ولا يحكم بنفقة أكثر من أربعة أشهر سابقة للادعاء**".

في حين نجد أن قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 100 سنة 1985 فقد نص في مادته الأولى/6 على:" **أن النفقة تعتبر دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالإدلاء أو الإبراء**".

يتضح من خلال ما جاء في نصوص القوانين المقارنة أنها بينت بالتفصيل كل ما يتعلق بالنفقة بصفة عامة، دون تخصيص وأعطت الحلول اللازمة لاستيفاء الزوجة المطلقة لحقوقها المالية مع مراعاة حال الزوج، كما أشارت الى الحالات التي تسقط فيها النفقة، ولكن

ماذا لو امتنع الزوج عن أداء تلك المستحقات المالية للزوجة عن قصد، فهل يجبر على ذلك وماذا يترتب من آثار عن ذلك.

ثالثا- جريمة عدم تسديد النفقة للمطلقة تعسفا: لقد حرصت أغلب الدول بسن قوانين وتشريعات تضمن حقوق المرأة المطلقة وتحافظ على النظام العام في المجتمع، وذلك بتجريم كل الأفعال التي من شأنها الإخلال به، ومن بين هذه الأفعال الامتناع عن تسديد النفقة المقررة قضاء للمطلقة تعسفا، فالإنفاق على الزوجة والأقارب في حد ذاته التزام طبيعي وشرعي أحاطته الدساتير والقوانين بالحماية.

فالتخلف عن أداء النفقة ينجم عنه اضطراب في النسيج الأسري والاجتماعي، ويعتبر تخليا عن الالتزامات الزوجية والعائلية، وتفاديا لتأثير ذلك سلبا على الحياة الاجتماعية وبيان أهمية الإنفاق أدى بفقهاء ورجال القانون إلى تجريم فعل الامتناع عن تسديد النفقة للمطلقة كما شكل هذا الامتناع جريمة في منظور قانون العقوبات الجزائري[1]، نصت عليها المادة 331 منه، ولقيام هذه الجريمة وجب توفر عدة شروط وأركان نص عليها التشريع الجزائري وباقي التشريعات المقارنة الأخرى.

1- مفهوم جريمة عدم تسديد النفقة: عند امتناع الزوج عن تسديد النفقة المفروضة عليه من قبل القاضي، يحق للزوجة المطلقة المطالبة بها أو بالتفريق القضائي، لكن الفقهاء قد فرقوا بين ما إذا كان الزوج المطلق معسرا أو موسرا.

فالمعسر الذي لا يملك شيء ولا يستطيع الإنفاق، فقد اتفق جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنفية وحنابلة إلى أن نفقة المعسر لا تسقط وتؤمر المطلقة بالاستدانة على حساب زوجها المطلق قضائيا، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، وللدائن الرجوع على الزوج أو الزوجة وذلك إذا صرحت الزوجة بها، فإذا أنكر الزوج الاستدانة على حسابه فالبينة على الزوجة، فإن عجزت فالقول للزوج بلا يمين، أما في حالة لم تجد من تستدين منه فإن نفقتها

[1] - الأمر رقم66-156 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم06-23 المؤرخ في 2006/12/20.

تجب على من يجب أن ينفق لو لم تكن متزوجة ويرجع به على الزوج إذا أيسر، أما إذا كانت موسرة فتجب عليها في مالها وتكون دينا على الزوج إذا أيسر، وإذا امتنع الزوج عمدا عن أداء النفقة لزوجته بعد فرضها، يحق للزوجة أن تطلب من القاضي حبسه حتى يوفي بتسديد النفقة[1]، والقاضي لا يحبسه إذا كان ظاهر الإعسار أو ظاهر العجز، ومنه يتبين أن القاضي لا يأمر بالحبس إلا بتوافر شرطين هما:

- أن تقدر النفقة وتمضى عليها مدة ولا يلتزم الزوج بالتسديد حتى تصير دينا عليه.
- أن يثبت أن الزوج قادر على تسديدها وامتنع عمدا[2].

أما في حالة ما إذا كان الزوج موسرا وقادرا على الإنفاق وامتنع، فإن جمهور الفقهاء قالوا إذا كان له مال ظاهر أخذت منه كفايتها ولا خيار لها، وإن لم يكن له مال رفعت أمرها للقاضي فيأمره ويجبره عليها، فإن أبى حبسه حتى ينفق فإن صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله، وإن كانت عقارا بِيعَ ودفع لها النفقة التي كانت مقدرة ومضت مدة حتى تكوّنَ الدين[3].

أما من الناحية القانونية فالمشرع الجزائري وباقي التشريعات المقارنة أعطوا الحق للزوجة باللجوء الى القاضي المدني لإلزام الزوج الممتنع عن دفع النفقة عن طريق الحجز أو اللجوء الى القاضي الجزائي للمطالبة بها، وقد يصل الى حبس الممتنع جزاء على امتناعه عن تنفيذ الحكم النهائي الملزم بالنفقة، فقد نصت المادة 331 من قانون العقوبات بقولها:" **يعاقب بالحبس من ستة(6) أشهر إلى ثلاث(3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه الى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم.**

[1] - بدران أبو العينين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق**، ص252.
[2] - محمد أبو زهرة، **محاضرات في عقد الزواج وآثاره**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص253.
[3] - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، **مرجع سابق**، ص314.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال...ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية".

من خلال نص المادة يتبين أن ركنها المادي يتمثل في دين مالي حصره المشرع في النفقة الغذائية دون سواها، ويستفيد من هذا الدين الناتج عن رابطة عائلية ما زالت قائمة أو ناتج عن فك الرابطة الزوجية التي يستفيد منها الأولاد والزوجة وذلك عملا بأحكام المواد 61 و74 و79 من ق.أس.ج، وكذا المادة 3/2 من القانون 01/15 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، وهذا بعد صدور حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه[1].

وقد يكون الحكم غير نهائي كأمر استعجالي صادر عن القضاء الاستعجالي أو قرار صادر على مستوى الدرجة الثانية أو وجود حكم صادر عن هيئة قضائية أجنبية ممهور بالصيغة التنفيذية، ويكون هذا الحكم قد تم تبليغه للمعنى حتى يكون على علم بصدور حكم يلزمه بدفع النفقة، ويكون عن طريق التبليغ بالتكليف بالدفع من طرف المحضر القضائي محددا فيه آجال التسديد حتى يتمكن المعنى من الاعتراض على الأداء في آجال 15 يوما من يوم التبليغ بالحكم حسب ما نصت عليه المادة 308 من ق.إ.م.إ فإن لم يرفع الاعتراض في الآجال المحددة يحوز أمر الأداء قوة الشيء المقضي به حسب ما نصت عليه المادة 309 من نفس القانون.

كما أن مدة الشهرين تحسب من يوم انقضاء مهلة العشرين(20) يوما المحددة في التكليف بالدفع، فإذا انقضت هذه المدة بامتناع المحكوم عليه بالتسديد نكون أمام جريمة عدم تسديد النفقة المقررة قضاء وأن يكون التسديد للمبلغ كاملا[2].

أما ركنها المعنوي فإن هذه الجريمة تصنف من الجرائم السلبية التي يتمثل فيها السلوك الإجرامي في صورة الامتناع من تنفيذ الحكم القضائي مع توافر القصد الجنائي الخاص،

[1] - إسحاق إبراهيم منصور، **شرح قانون العقوبات الجزائري**، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص129.
[2] - أحسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجنائي الخاص**، ج1، ط12، دار هومه، الجزائر، 2012، ص162.

لدى فهي جريمة عمدية يتوفر فيها القصد الجنائي بالعلم والإرادة أي وجود حكم قضائي ملزم بدفع مبالغ النفقة وامتناع المحكوم عليه مع قدرته على التسديد.

في حين نص الفصل 480 من القانون الجنائي المغربي[1] بقوله:" **يعاقب بنفس العقوبة من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 1200 إلى 2000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجه أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد، وفي حالة العود يكون الحكم بعقوبة الحبس حتما**".

كما أن المشرع المغربي نص في الفصل 481 من نفس القانون على أنه يسبق المتابعة إعداد المخل بالواجب أو المدين بالنفقة بأن يقوم بما عليه في ظرف 15 يوما، واعتبر المشرع المغربي هذه الجريمة جنحة عمدية بتوفر القصد الجنائي لدى الممتنع عن أداء النفقة والذي يعد العمد أساس المسؤولية الجنائية حسب ما نص عليه الفصل 133 من القانون الجنائي المغربي بقوله:" **الجنايات والجنح لا يعاقب عليها إلا إذا ارتكبت عمدا**".

كما نص القانون الجنائي في الفصل 124 منه على حالة الضرورة والمتمثلة في إعسار المدين بالنفقة بسبب غير اختياري كالمرض أو كبر السن أو الإفلاس...الخ، لانعدام القصد الجنائي لديه.

في التشريع التونسي تضمن القانون[2] المتعلق بأداء النفقة وجراية الطلاق التونسي ضمانات قانونية، بحيث تستفيد المطلقة من جراية الطلاق بخلاف الأطفال، ونص على أنه لقيام جريمة عدم تسديد النفقة يجب توفر الركن المادي والمعنوي والمتمثل في دفع المبلغ المحكوم به مقابل النفقة أو جراية الطلاق كاملا، فقد نص الفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية على أنه:" **كل من حكم عليه بالنفقة أو بجراية الطلاق فقضى عمدا شهرا دون دفع ما حكم عليه بأدائه يعاقب بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وبخطية من**

[1] - ظهير شريف، رقم:1/59/413 بتاريخ 26 نوفمبر 1962 المتعلق بالقانون الجنائي المغربي.
[2] - قانون ع74 سنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993، المتعلق بأداء النفقة وجراية الطلاق التونسي.

مائة(100 د) دينار إلى ألف (1000د) دينار... والأداء يوقف التتبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب"، ويتولى صندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق[1] دفع مبالغ النفقة أو جراية الطلاق الصادر بها أحكام باتة تعذر تنفيذها لفائدة المطلقات وأولادهن من المحكوم عليه بسبب تلذذه وذلك وفقا للشروط المنصوص عليها بالقانون المحدث للصندوق، ويحل هذا الأخير محل المحكوم لهم في استخلاص المبالغ التي دفعها".

كما أن محكمة التعقيب التونسية درجت على أنه لا يعتد بالدفع الجزئي، واعتبرت الجريمة قائمة ما لم يتم تبرئته من دفع المبالغ المحكوم بها عليه وتعد دينا في ذمته ولا يمكن إجراء مقاصة بين دين النفقة بدين آخر، وأن مدة الشهر اعتبرها المشرع التونسي مدة قصوى ممنوحة للمدين لإبراء ذمته، وقدرت محكمة التعقيب التونسية حساب الشهر بأجل ثلاثون يوما واعتمدته في إحدى قراراتها بقولها:" **إذا قدر الأجل بالأشهر اعتبر الشهر ثلاثون يوما كاملة**"، وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 141 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

وعملا بما جرى به عمل المحاكم التونسية على أنه يقع حساب الشهر بداية من تاريخ الإعلام بالحكم للمدين كما يجب قانونا، وذلك لأن القانون ينص على أنه في حالة رفع دعوى عدم تسديد النفقة ولكي تكون مقبولة تقديم نسخة من الحكم أو القرار الفوري مع محضر الإعلام، كما أنه لكي تقوم هذه الجريمة يلزم توافر أركانها بما فيها ركنها المعنوي وتعتبر جريمة قصدية وهذا ما أكدته محكمة التعقيب التونسية في إحدى قراراتها بقولها:" **تتوفر أركان هذه الجريمة إذا قضي والمسؤول بالنفقة بمقتضى حكم من المحكمة، عمدا مدة شهر من غير دفع بعد إعلامه بمضمون الحكم المقرر للنفقة**"[2].

لذلك لا تقوم جريمة عدم تسديد النفقة إلا إذا كان المدين بها أو بالجراية عالما بالحكم الصادر ضده وقادرا على الدفع، لكنه امتنع عن الأداء مدة شهر قاصدا حرمان المدين من

[1] - قانون ع65 سنة 1993 مؤرخ في 05 جويلية 1993 يتعلق بإحداث صندوق النفقة وجراية الطلاق، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع50 بتاريخ 06 جويلية 1993، ص931.

[2] - نقلا عن ثريا بن سعد، **آثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي**، المغاربية للطباعة والنشر، تونس، 2009، ص168.

الاستفادة من المبالغ المحكوم بها له، وهذا ما أكدته محكمة التعقيب التونسية في العديد من قراراتها، ولا يمكن اعتبار عدم الدفع قرينة على سوء النية، بل على النيابة العامة إثبات ذلك.

كما اعتبرت المحاكم التونسية إعسار المدين دفعا مقبولا يتم إثباته بجميع وسائل الإثبات كالشهادة وغيرها، وهذا ما أقرته محكمة التعقيب في قرارها الذي جاء فيه:"...**المنفق تنفي عنه المسؤولية الجزائية لعدم توفر ركن القصد الذي يعتبر أساسا لصحة التتبع في قضايا إهمال العيال**"[1].

2- إجراءات تنفيذ المتابعة والجزاء: تتم هذه الإجراءات بعد صدور حكم قضائي يلزم الزوج بدفع النفقة الواجبة عليه، تحسب من تاريخ رفع الدعوى أو من تاريخ صدور الحكم أو يعين تاريخ يبدأ منه حسابها وأجل تنتهي فيه، بحيث يقوم المحضر القضائي بحساب مقدارها الكلي بناءً على ما حدده القاضي من مدة، ويتم تبليغ المكلف بدفعها تبليغا رسميا سواء إليه شخصيا أو لوكيله، ولا يحسب يوم التبليغ أو التبليغ الرسمي ويوم انقضاء الأجل، ويعتد بأيام العطل الداخلة ضمن هذه الآجال عند حسابها حسب ما نصت عليه المادة 405 من ق.إ.م.إ.

وتنتهي العملية إما بامتثال الزوج لمضمون الحكم ويدفع المبالغ المستحقة عليه إلى حساب المحضر القضائي لدى الخزينة العمومية التي تقوم بدفعها الى الزوجة عن طريق شيك أو أي وسيلة قانونية أخرى، وأما امتناع الزوج عن دفع مبلغ النفقة، في هذه الحالة يحرر المحضر القضائي محضر امتناع عن دفع النفقة ضد الزوج ويسلم الزوجة نسخة منه للقيام بالإجراءات القانونية اللازمة.

كما يمكن أن يكون الحكم صادرا عن جهة قضائية أجنبية ممهورا بالصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفى كافة الشروط.

وفي هذه الحالة يحق للمطلقة رفع شكوى للمطالبة بالنفقة بعد انتهاء مهلة الشهرين الممنوحة للزوج، وهذا ما سار عليه القضاء الجزائري في أن قبول الشكوى معلقة على

[1] - قرار تعقيبي جزائي بتاريخ 1975/04/28، ع6955، محكمة الناحية 1976.

انقضاء مهلة الشهرين عند تقديمها وهو شرط لتحريك المتابعة القضائية من أجل عدم تسديد النفقة ولا يمكن للمستفيد من النفقة تقديم شكواه قبل انقضاء مهلة الشهرين.

القضاء الفرنسي يرى بأنه لكي تقوم الجريمة يجب استيفاء هذه المهلة يوم استدعاء المتهم أمام المحكمة أي تقوم الجريمة إذا باشرت النيابة العامة المتابعة القضائية بعد انقضاء مهلة الشهرين.

أما بخصوص إعسار الملزم بدفع مبالغ النفقة، المشرع الجزائري يعتبر الإعسار عذرا مقبولا عند وجود مبررا لعدم تسديد النفقة، في حين القضاء الفرنسي لا يقبل الإعسار عذرا ولا يؤخذ بهذا العذر وهو ما أكده القانون الصادر في1983/07/07 المتعلق بقانون العقوبات الفرنسي.

وتعتبر جريمة عدم تسديد النفقة من الجرائم المستمرة، تتحقق كلما امتنع المحكوم عليه عن أداء النفقة المحكوم بها بموجب حكم قضائي، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 3000 بتاريخ 1982/06/01 بقوله:"... إن جرم عدم تسديد النفقة جنحة مستمرة، فالمتهم الذي تماطل في دفع النفقة المحكوم بها عليه لصالح زوجته يبقى مرتكبا لهذه الجنحة إلى حين التخلص التام من دفع المبالغ التي عليه".

كما أن صفح الضحية قبل دفع المبالغ المستحقة لا يضع حدا للمتابعة الجزائية ما دامت النيابة العامة تملك حق تحريك الدعوى العمومية بمجرد توافر الأسباب المبررة لذلك، كما أن الاختصاص في النظر لهذه الجريمة يعود الى محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بها بالمعونة، ويعد ذلك خروجا عن المألوف في الاختصاص وتجاوز للقواعد العامة في الاختصاص الإقليمي حيث نصت المادة 5/426 من ق.إ.م.إ بقولها:" تكون المحكمة مختصة إقليميا... في موضوع النفقة الغذائية بموطن الدائن بها".

يتضح من خلال المادة السابقة أن المشرع الجزائري يمنح امتياز للدائن بالنفقة برفعها أمام محكمة موطن الشخص الدائن بها، إلا أن هذا الامتياز قد يفقد أثره إذا كان الدائن بالنفقة يقيم بالخارج، وعندئذ يتم اللجوء إلى القواعد العامة للاختصاص.

أما فيما يخص الجزاء المترتب عن جريمة عدم تسديد النفقة فبالرجوع إلى نص المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري فيتمثل الجزاء في هذه الجنحة بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج، كما نصت المادة 332 من ق.ع أيضا على عقوبات تكميلية إلى جانب العقوبات الأصلية بقولها:" **كما يجوز للقاضي علاوة على ذلك حظر المحكوم عليه من ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية لمدة لا تزيد عن خمس (05) سنوات وتسري من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية أو الإفراج عن المحكوم عليه**".

الاختصاص في النظر في هذه الجريمة في التشريع المغربي يعود الى محكمة موطن المحكوم له بها، بناء على شكوى مقدمة منه حسب ما نص عليه الفصل 3/480 من القانون الجنائي السالف الذكر بقوله:" **والنفقة التي يحددها القاضي تكون واجبة الأداء في محل المستحق لها ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك**".

ولا يشترط المشرع المغربي أن يكون هذا الحكم نهائي لمتابعة المحكوم عليه، وإنما يكفي أن يكون قابلا للتنفيذ سواء بأمر من قاضي التوثيق أو حكم محكمة الموضوع المشمول بالنفاذ المعجل طبقا للفصل 179مكرر من المسطرة المدنية[1] الذي جاء فيه:" **ينفذ هذا الحكم قبل التسجيل وبمجرد الإدلاء بنسخة منه**"[2]، أو أن يكون قرار استعجاليا أو حكما جنحيا أو جنائيا، وهذا استثناء من القاعدة العامة خص بها المشرع المغربي وكذا الجزائري الأحكام المتعلقة بالنفقة، وإذا كان الحكم صادر عن محكمة أجنبية في موضوع متعلق بالنفقة يجب أن تعطى له الصيغة التنفيذية قبل تقديم الشكاية، وفي هذه الحالة يحق للمطلقة رفع شكوى للمطالبة بالنفقة بعد إعذار المحكوم عليه بالنفقة من قبل النيابة العامة، وتعطى له مهلة ثلاثين

[1] - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 1974/09/28 بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، ج.ر، ع3230 مكرر بتاريخ 1974/09/30، ص2741.

[2] - أحمد الخمليشي، **التعليق على قانون الأحوال الشخصية**، ج2، ط1، دار المعرفة، الرباط، المغرب، 1994، ص201.

يوما لدفع ما عليه من مبالغ بخصوص النفقة حسب ما نص عليه الفصل 481 من القانون الجنائي بقوله:" **إلى جانب المحاكم المختصة طبقا لقواعد الاختصاص العادية فإن المحكمة التي يقيم بدائرتها الشخص المهمل أو المستحق للنفقة أو المطرود من بيت الزوجية...لا يجوز رفع هذه الدعاوى، إلا بناء على شكاية من الشخص المطرود من بيت الزوجية أو الشخص المهمل أو المستحق للنفقة أو نائبه الشرعي...يجب أن يسبق المتابعة إعذار المحكوم عليه بالنفقة بأن يقوم بما عليه في ظرف ثلاثين يوما**".

وقد يحكم القاضي بنفقة مؤقتة للمطلقة في ظرف شهر من تاريخ طلبها في حالة تأخرت القضية لأي سبب كان لمدة تفوق الشهر، وينفذ الحكم حالا بعد التأكد من صحة الطلب وصحة الحجج المقدمة من طرف الطالب[1]، لأن الأحكام المتعلقة بالنفقة في التشريع المغربي يفصل فيها القضاء بشكل استعجالي وينفذ الحكم الصادر فيها معجلا، وفي هذا الصدد صدر قرار عن المجلس الأعلى جاء فيه:" **بمقتضى الفصل 179 من المسطرة المدنية فإن الأوامر الصادرة في طلبات النفقة تنفذ بقوة القانون بالأمر الذي يجرد محكمة الاستئناف من سلطة البث في موضوع الاستئناف المرفوع إليها**"[2].

وتحسب فترة احتساب الامتناع عن تقديم النفقة من تاريخ النطق بالحكم إذا كان حضوريا ومن تاريخ التبليغ إذا كان غيابيا، وأن جميع الأحكام المتعلقة بالنفقة لا تطبق بأثر رجعي، وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى بقوله:"...**المحكمة لما سقطت نفقة الابن محمد رضا تكون قد طبقت الفقرة الثالثة من الفصل 126 من مدونة الأحوال الشخصية...وهو القانون الواجب التطبيق ما دام القرار صدر بتاريخ 2004/01/19 أي قبل دخول مدونة الأسرة المغربية حيز التنفيذ بتاريخ 2004/02/05...**".

أما فيما يخص الجزاء المترتب عن جريمة عدم تسديد النفقة، فبالرجوع الى نص الفصل 480 من القانون الجنائي المغربي فإن الجزاء يتمثل في الحبس من شهر الى سنة وبغرامة من 200 إلى 2000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

---

[1] - محمد الكشبور، **الوسيط في شرح مدونة الأسرة**، ط2، الدار البيضاء، المغرب، 2009، ص476.

[2] - قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1977/03/09، مجلة القضاء والقانون، ع128، ص98.

نخلص إلى أن المشرع المغربي قرر الإكراه البدني لتنفيذ جميع الأحكام والقرارات الصادرة بأداء مبلغ مالي في حالة امتدت جنحة الإهمال العائلي إلى الامتناع عن التنفيذ، كما أن تنازل المشتكي عن الشكاية يضع حدا للمتابعة ولآثار المقرر القضائي المكتسب لقوة الشيء المقضي به في حالة صدوره وهذا طبقا لنص الفصل 481-1 من القانون الجنائي.

ولاعتبارات اجتماعية فغالبا ما يقتصر القضاء على الحكم بالغرامة دون الحبس، لكن في حالة العود يتحتم على القاضي الجنائي وجوبا الحكم بالحبس.

في حين المشرع التونسي وطبقا للفصل 53 مكرر من مجلة الأحوال الشخصية التونسية فإن جريمة عدم تسديد النفقة أو جراية الطلاق اعتبرها جنحة من اختصاص المحاكم الجزائية، ولم يخص هذه الجريمة بأحكام خاصة بها، وإنما أخضعها للمحاكم الجزائية المنصوص عليها بالفصل 129 من مجلة الإجراءات الجزائية التي نصت بقولها:" **تنظر في الجريمة محكمة الجهة التي ارتكبت فيها أو محكمة المكان الذي به مقر المظنون فيه أو المكان الذي به محل إقامته الأخير أو محكمة المكان الذي وجد فيه**".

والأداء للنفقة يوقف التتبعات أو المحاكمة أو تنفيذ العقاب، وتعطى مهلة شهر للمحكوم عليه بالنفقة كأداء ما عليه من مبالغ مالية وإلا أدى الى تنفيذ عقوبة بالسجن مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر وعام وخطية من مائة (100) دينار إلى ألف (1000) دينار تونسي وللقاضي السلطة التقديرية في تقرير الحكم بإحدى هاتين العقوبتين.

نخلص إلى أنه لا خلاف بين المشرع الجزائري وبقية القوانين العربية في اعتبار النفقة حق للزوجة المطلقة تعسفا، رغم ما شاب هذه القوانين من قصور، إلا أن المشرع الجزائري والتونسي أحسن ما فعلا عندما قاما باستحداث صندوق النفقة حتى يضمنا للمطلقة حقوقها.

خلاصـــــة الفـــصـــل الثـــاني

من خلال ما تقدم في هذا الفصل نخلص إلى أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي مكنة قانونية قوامها النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي، باعتبار أن لها مميزات خاصة في قانون الأسرة بحكم طبيعة المسائل التي تناولها والقضايا التي يفصل فيها القاضي، ومنه تعد هذه السلطة جوهر الوظيفة القضائية باعتبارها تساهم في تحقيق العدالة التي ينشدها المجتمع.

إن الهدف من الإصلاح الأسري يقضي على البغضاء والشحناء بين الزوجين المتخاصمين ويعيد الوئام إلى المتنازعين، وذلك بإصلاح تسكن إليه النفوس وتأتلف به القلوب كي تستمر رسالة الأسرة في التماسك، فكم من بيوت كادت أن تهدم لولا تدخل العاملين على الإصلاح داخل وخارج المؤسسات القضائية، لذا وضع المشرع الجزائري أطر وآليات قانونية كفيلة بتحقيق الصلح بين الزوجين في إطار المبادئ الإسلامية، وأوكل هذه المهمة للقاضي المختص بالفصل في دعوى الطلاق للقيام بعملية الإصلاح بالاعتماد على الحكمين، وتكفل كل من ق.أس.ج وق.إ.م.إ بوضع الجوانب الإجرائية للعملية الإصلاحية التحكيمية، وبهذا فإن أهمية نظام الصلح بين الزوجين تكتسي أهمية بالغة في الحفاظ على العلاقة الزوجية من الانحلال، وهذا ما لمسناه من الفقه والقانون من خلال حرصهما على تفادي انحلال العلاقة الزوجية.

كما أن للحكم القضائي القطعي حماية قانونية للمراكز القانونية التي منحها المشرع حصانة معينة، وأصبغ على حجية الشيء المقضي به أي عدم جواز إعادة النظر في الدعوى لسبق الفصل فيها، كما أن هذه الحجية تعد قرينة قانونية قاطعة في دعوى جديدة.

أما بشأن مفهوم التعويض عن الضرر فليس هناك خلاف بين الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة، لأن هذا التعويض يعد ترضية للطرف المضرور بمنحه تعويضا عادلا يكفل جبر الضرر الذي أصابه سواء كان ذلك الضرر ماديا أو معنويا خاصة في الطلاق التعسفي ويرجع تقدير قيمته لقاضي شؤون الأسرة.

ومن أثار فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق التعسفي نفقة العدة ونفقة المتعة وكذا نفقة الإهمال، حيث اعتمد المشرع الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الشأن وعلى آراء الفقهاء رغم اختلافهم في بعض المفاهيم، ورغم عدم تقيده بمذهب معين حيث ترى ذلك لإجتهاد قاضي شؤون الأسرة، ولحل مشكلة جنحة عدم تسديد النفقة أنشأ كل من المشرعين الجزائري والتونسي صندوق للنفقة.

مما سبق فإن لهذه النفقة أثر كبير ودور مهم في الحد من ظاهرة الطلاق التعسفي التي أصبحت منتشرة بكثرة في أوساط مجتمعاتنا المسلمة.


خاتمة

الخـــــــاتمـــــــــــــة

إن موضوع الطلاق التعسفي لاقى اهتماما بالغا من حيث البحث والاجتهاد القضائي والفقهي ولا يزال من أجل تأصيل أحكام قانونية خاصة بهذا الموضوع وما يترتب عنه من آثار.

فالأحكام القانونية والتشريعية بالرغم من الاجتهادات الفقهية والقضائية مازالت عاجزة وقاصرة على الإحاطة بهذا الموضوع لاختلاف الفقهاء في الأحكام التي تنتج عنه، كما أن أغلب الدراسات في هذا المجال نجدها إلى حد ما متقاربة فيما بينها، مما يدفعنا ويشجعنا على ضرورة البحث عن أسبابه من جميع النواحي وإعطاء الحلول المناسبة للحد من تفشي هذه الظاهرة التي أصبحت رقما يثير الدهشة ويبعث على القلق، والتفكير في حلول شاملة لهذه المعضلة الاجتماعية التي تهدد العلاقات الأسرية في مجتمعنا.

فرغم إقرار الشريعة الإسلامية والقانون للطلاق وجعل العصمة بيد الرجل، إلا أن هذا الحق مقيد بعدم التعسف في استعماله، فقد أكدا المحافظة على حقوق المرأة وذلك بإقرار التعويض وكذا نفقة المتعة عن كل ضرر يلحق بالزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا وعند إساءة استعمال هذا الحق، فالحكم بالتعويض عن الضرر الذي يلحق من شأنه أن يحد من إقدام الكثير من الأزواج على القيام أو الإقدام على الطلاق وزجرهم عن إيقاعه، إلا إذا دعت الضرورة إليه وبوجود مبرر شرعي، وذلك بغرض الحفاظ على الحياة الزوجية واستمرارها.

فمسألة التعويض عن الطلاق التعسفي تبقى متعلقة بالضرر الذي قد يصيب المطلقة من جراء إيقاعه، وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير قيمة التعويض وحجم الضرر وجسامته.

إن التعويض عن الطلاق التعسفي هو من باب رفع الحرج والمشقة عن الزوجة سواء من الناحية القانونية أو الفقهية استنادا لقوله ﷺ:" **لا ضرر ولا ضرار**".

فمن خلال استقراء المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري التي تقضي بالتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي، نلاحظ أن المشرع الجزائري فتح مجالا واسعا للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، وهذا من خلال عدم تقييد هذه السلطة بإتباع مذهب فقهي معين، بل فتح المجال لاجتهادات القاضي، وهذا طبقا لأحكام نص المادة 222 من قانون الأسرة، فإنه يرجع في هذه الحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية بخلاف التشريع المصري والسوري والمغربي والأردني وغيرهم من القوانين الوضعية المقارنة التي قيدت هذه السلطة.

فالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ليست مطلقة بل تخضع لبعض القيود والضوابط التي يجب مراعاتها أثناء تقدير التعويض، وفي حالة مخالفتها فإن حكمه يكون معرضا للطعن، ومن هنا يتضح الدور الفعال الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في تعويض الضرر عن الطلاق التعسفي مقارنة ببقية القضاة الآخرين، لأنه في واقعة الطلاق يصعب تحديد تعويض مناسب لها.

لقد وضع المشرع الجزائري أطرا قانونية كفيلة بتحقيق الصلح بين الزوجين في إطار المبادئ الإسلامية، وفي هذا الإطار أوكل هذا الدور المهم للقاضي المختص بالفصل في دعوى الطلاق في القيام بعملية الصلح أو اللجوء إلى الحكمين في بعض الأحيان وتكفل قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية بوضع الجوانب الإجرائية لعملية الصلح.

إن الاجتهاد القضائي أو ما يطلق عليه اصطلاحا بالمبادئ القضائية أو قرارات المحكمة العليا الخاص بمجال قضاء الأحوال الشخصية يخضع في مفهومه لأحكام وقواعد الاجتهاد الفقهي، كون أحكامه مستمدة من أصول وفروع الشريعة الإسلامية، ويكون ضمن الضوابط الشرعية، فالمبادئ القضائية تتمثل فيما استقر عليه العمل القضائي وهي أحكام توفيقية صادرة عن المحكمة العليا في شكل قرارات نهائية.

في حين الاجتهاد القضائي الشرعي من شأنه إعطاء حلول لقضايا مستجدة حديثا تعتبر إضافة جديدة إلى رصيد الفقه الإسلامي، في حين قرارات المحكمة العليا لا تعدوا أن تكون حكما نهائيا للنزاع القائم الذي يمثل النصوص القانونية أو الفقهية الواردة بشأن قضية ما.

فالاجتهاد القضائي في المجال القانوني لا يعدوا أن يكون مصدرا تفسيريا للقواعد القانونية، ولا يكون له أية قوة ملزمة إلا بشأن القضية التي صدر فيها، ولقد التزم المشرع الجزائري بإتباع أحكام الشريعة الإسلامية في تقنين مواد قانون الأسرة من خلال نص المادة 222 منه التي نصت على أنه:" **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**".

فدور المحكمة العليا يتجلى من خلال الاجتهاد في تأويل وتفسير ومراقبة مدى تطبيق القانون على أكمل وجه، إذ من خلال الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا نضمن توحيد وإرساء قواعد قانونية من خلال تطوره من حين لآخر تماشيا مع ما يحدث من تطورات في المجتمع من الناحية القانونية في مختلف المجالات.

وتعد الأحكام القضائية من حيث الحجية إما قطعية فاصلة في الدعوى، أو غير قطعية ما كانت قبل الفصل في الموضوع، أما الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه فهي ما تكون فاصلة في موضوع الدعوى، وهي أحكام غير قابلة للطعن بالطرق العادية بينما تكون قابلة للطعن بطرق الطعن غير العادية كإلتماس إعادة النظر والنقض عكس الأحكام الباتة التي تعتبر أقوى أنواع الحكم بحيث لا تقبل الطعن بأي طريق كان من طرق الطعن العادية أو غير العادية وهي قابلة للتنفيذ من الناحية العملية.

من خلال ما تم عرضه من خلال هذه الدراسة من تفصيل وتحليل للنصوص القانونية والاجتهادات القضائية والآراء الفقهية المتعلقة بموضوع الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة وتحليل للإشكالية المطروحة التي انطلقت منها عبر ثلاث فصول كدراسة مقارنة، وبعد الدراسة المعمقة توصلنا الى جملة من النتائج أهمها:

- أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون لم يضعا تعريفا محدد للطلاق التعسفي، رغم أن الطلاق هو حق ثابت شرعا وقانونا، ورغم أن الشريعة الإسلامية وضعت قيودا على الزوج عند إيقاعه للطلاق التي من شأنها الحد منه والتقليل من حالاته، كما يشترط لاعتباره تعسفيا أن يكون مناقضا لحكمة مشروعيته مما يترتب عن هذا الطلاق التعويض للزوجة لما لحقها من أضرار بسببه.

- أن حق إيقاع الطلاق مثله مثل الحقوق الأخرى مقيد بعدم التعسف في استعماله لذلك كان الأصل في الحظر للمحافظة على تماسك الأسرة وانحلالها وحماية للمجتمع.

- قانون الأسرة الجزائري مقارنة ببقية القوانين المقارنة لم يضع معايير أو شروط لبيان مدى تعسف الزوج عند إيقاعه للطلاق، رغم تعرض القانون المدني الجزائري للمعايير العامة للتعسف في استعمال الحق.

- لم ينص المشرع الجزائري على مسألة الطلاق الثلاث بلفظ واحد وكذا الطلاق المتتابع في مجلس واحد بخلاف ما ذهب إليه القضاء الجزائري في أحكامه الصادرة في هذا الشأن آخذا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

- ميز المشرع الجزائري بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن، كما فرق بين الطلاق البائن بينونة صغرى والطلاق البائن بينونة كبرى من خلال نص المادة 51 من قانون الأسرة وما جسدته قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن مقارنة ببقية القوانين الأخرى.

- الاجتهاد القضائي هو ما يقوم به القاضي للنظر في النزاع المعروض عليه، فيكون اجتهادا قضائيا من خلال استنباط الأحكام القانونية من المصادر الرسمية في حالة غموض أو نقص أو سكوت، مما يتوجب على القاضي أن يجتهد في فهم النص لسد الثغرات التي خلفها المشرع وفق المبادئ التي حددها القانون.

- إن التعويض عن الطلاق التعسفي في حالة إصابة الزوجة بضرر لا ينفي حق المطلقة في الحصول على مبلغ المتعة المقرر لها بموجب الشريعة الإسلامية، وهذا لاختلافهما رغم التشابه الكبير بينهما وكذا مختلف توابع العصمة الزوجية.

– لم يتطرق المشرع الجزائري في مواد قانون الأسرة لأي نص قانوني يتعلق بنفقة المتعة خلافا لغيره من التشريعات العربية وإن كان العمل بها جاري في المحاكم والمجالس مما جعل قضاة المحاكم غير مستقرين على رأي واحد في الحكم بها، رغم وجود اختلاف بين المتعة التي تعد واجبة لكل مطلقة بعد الدخول على سبيل المواساة وتطييبا لخاطر الزوجة المطلقة على ألم الفراق، أما التعويض عن الطلاق التعسفي فيعد تعويضا لها عن الضرر اللاحق بها نتيجة هذا الطلاق التعسفي.

– من خلال الأحكام القضائية نلاحظ أن متعة الطلاق في القضاء الجزائري تباينت اجتهاداته، فمنهم من جمع بين التعويض عن التعسف والمتعة، ومنهم من جعل المتعة مستقلة عن التعويض، في حين قانون الأسرة الجزائري لم يشر إلى ذلك مطلقا مقارنة ببقية القوانين المقارنة.

– قانون الأسرة الجزائري أحال كل ما سكت عنه وفقا لنص المادة 222 إلى الشريعة الإسلامية، ولم يقيد القاضي بمذهب فقهي معين، وهو أحسن ما فعل ليعطي له مجالا واسعا ليجتهد ويختار من بين أقوال الفقهاء ما يراه مناسبا للدعوى المعروضة أمامه ومحققا للمصلحة.

– نلاحظ مسايرة المشرع الجزائري وبقية القوانين المقارنة لنفقة العدة التي أوجبتها الشريعة الإسلامية والتي من واجب المطلقة أن تعتد في بيت زوجها، إلا أن ذلك الواجب لا نرى له أي تطبيق على أرض الواقع مما يدل على نقص إن لم نقل انعدام الوازع الديني.

– عدم وجود قانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية في الجزائر وغياب ذلك رتب وجود عدة تباينات أفرزت عدة إشكالات على الصعيدين العملي والتطبيقي.

– رغم أن المادة 79 من قانون الأسرة نصت على أنه لا يمكن للقاضي مراجعة تقديره للنفقة المحكوم بها إلا بعد مضي سنة من الحكم، فماذا لو حدث عجز للزوج أو حدثت ظروف استثنائية كمرض الزوجة مثلا، فما هو مصير طلب الزيادة أو تخفيض قيمة مبلغ النفقة خلال تلك السنة.

- إن لعقد الصلح أهمية كبيرة وغاية عظيمة على مستوى الأفراد فهو يوفق بين المتنازعين لحل الخلاف الواقع بينهما ويزيل كل ما كان بينهما من حقد وغل وعداوة وبغضاء مع إعادة الحقوق لأصحابها بطريق يرضي الطرفان، وعلى مستوى الأسرة فهو يحفظ العلاقة الطيبة بينهما وهو سبيل لدوامها واستمرارها، في حين أنه على مستوى المجتمعات يؤذي إلى نشر المحبة والألفة بين أفراد المجتمع الواحد وسيادة الأمن والأمان والاطمئنان فيه.

- يعتبر عقد الصلح ملزم للطرفين، فلا يجوز لأحدهما الرجوع عنه أو المطالبة بفسخه إلا برضا الطرف الآخر، لأنه يحسم النزاع ويحل في أسرع الآجال وبأقل التكاليف ويحافظ على العلاقات الأسرية والاجتماعية، ويرسخ ثقافة الحوار والتسامح.

- إن للصلح بين الزوجين دور إداري من خلال معالجة ملف دعوى الطلاق وما يتبعها من آثار، نظرا لهذه الأهمية ألزم المشرع الجزائري القاضي بإجراء الصلح بين الزوجين قبل الفصل في دعوى الطلاق.

- التحكيم لا يقل أهمية عن الصلح، فهو يلعب دورا بارزا في إزالة الشقاق والخصام بين الزوجين عن تراض وتفاهم بينهما، فلا يتم اللجوء إليه إلا بعد أن تستنفذ إجراءات الصلح الأسري، فإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجز كل طرف عن إثبات الضرر الذي أصابه وجب على القاضي تعيين حكمين تتوفر فيهما الشروط اللازمة للقيام بعملية التحكيم.

- يعتبر الصلح والتحكيم إجراءين إلزاميين أقرهما الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وكذا قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية في دعوى الفرقة الزوجية قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية.

- نلاحظ على أرض الواقع أن أغلب محاولات الصلح الفاشلة يرجع سببها للزوجين المتنازعين، في حين يهمل فيها دور القضاء الذي يسارع إلى إصدار حكم الطلاق أي يتم قي دقائق معدودة، كما أنه لا يلتزم بعدد محاولات الصلح التي كان على القاضي إجراؤها.

- نلاحظ تعارض في العدة بين ما أقرته الشريعة الإسلامية وما جاء في نصوص قانون الأسرة الجزائري وما يثيره من إشكالات من عدة نواح من بينها اعتبار الطلاق الذي يتلفظ

به الزوج دون صدور حكم به، طلاق عرفي يرتب آثاره الشرعية ولا يرتب آثاره القانونية إلا بصدور حكم الطلاق.

– وجود تعارض في حساب العدة، فالعدة الشرعية تبدأ من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، بينما العدة القانونية تبدأ من يوم صدور الحكم بالطلاق، مما يترتب عليه اختلاف طبيعة الطلاق من حيث هو هل هو طلاق رجعي أو بائن، فإذا انتهت العدة الشرعية ولم تنقض العدة القانونية وراجع الزوج زوجته نكون أمام طلاق بائن في الشرع، وأمام طلاق رجعي في القانون، مما يؤذي إلى وقوع الكثير من الأسر في المحظور.

– المشرع الجزائري لم يتطرق إلى موضوع تحول العدة أو ما يسمى فقها بطروء عدة على عدة مما يفتح الباب على مصراعيه لنزاعات قد تضيع معها الحقوق.

– تنظيم المشرع واهتمامه لبعض المسائل في مادة الطلاق وإغفاله أحيانا للبعض منها وأحيانا أخرى لم يكن دقيقا، مثل عوارض الطلاق من حيث أهلية المطالب به، فما دام القانون يسمح بالترشيد لسن الزواج كان الأجدر به أن يرشد لموقع الطلاق أيضا .

– أغفل المشرع الجزائري على غرار بعض القوانين المقارنة مسألة الإشهاد في الطلاق وعدم الإشارة إليه، رغم أن له عدة فوائد للحد من الطلاق، بقيام الشاهدين بالإصلاح بين الزوجين المتنازعين مما يمكن من إرجاع الأمور إلى وضعها الطبيعي، فماذا لو طلق الزوج زوجته ثم راجعها دون أن يعرض الأمر على القاضي، فإنه وجب عليه الإشهاد على الرجعة لزيادة الاحتياط.

– نلاحظ من خلال توابع الطلاق المادية وجود حالة عدم تناسب بين المبلغ التي تحكم به المحكمة والمستوى المعيشي وتكاليف الحياة للمطلقة تعسفا خاصة إذا كانت حاضنة، مما يجعلنا نفكر في إيجاد نوع من التوازن بين قيمة التعويض والضرر الحاصل في هذه المسألة.

– عدم إعارة قاضي شؤون الأسرة للطلاق من حيث ما إذا كان طلاقا سنيا أو بدعيا، فهو لا يسأل على كيفية إيقاعه ولا وقته ولا عن حالة الزوجة وقتها، الأمر الذي يؤذي إلى نتائج مخالفة للشريعة الإسلامية.

– إن التباين الحاصل بين الشريعة الإسلامية والقانون يلقى أهمية كبيرة لدى المجلس الأعلى سابقا والمحكمة العليا حاليا في إعطاء التوازن للأحكام الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية وموافقتها ومواكبتها لأحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالطلاق التعسفي من خلال الاجتهادات القضائية الصادرة عنها.

– يتفق الفقه الإسلامي وبقية القوانين العربية بما فيها القانون الجزائري على ضرورة إعطاء الأحكام القضائية نوعا من الحجية لتحقيق استقرار هذه الأحكام وطمأنينة المتنازعين وثقتهم بمرفق القضاء.

– تكتسي الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا أهمية من حيث قيمتها فتكسب الحكم حجية الشيء المقضي فيه، باعتبار هذه الحجية يلحقها القانون بالحكم القضائي القطعي بما يفترض فيه من حماية قضائية.

– يعتبر قانون الأسرة أن كل طلاق من غير سبب مبرر هو طلاق تعسفي، فلا تحتاج الزوجة إلى إثبات التعسف فيه، بل المطالب بإثبات عدم التعسف هو الزوج المطلق، فما مصير الخلع الصادر من الزوجة دون موافقة الزوج عليه، ألا يعد هو الآخر طلاقا تعسفيا إذا كان القصد منه الإضرار بالزوج، فمن الناحية القانونية لم يلزم المشرع الجزائري الزوجة بتبرير استعمالها لهذا الحق مثلما فعلت مع الزوج المطلق.

– بالإضافة إلى نفقتي المتعة والعدة، فللمطلقة الحق في المطالبة بنفقة الإهمال متى أثبتت إهمال الزوج لها، إذ يعد الإهمال العائلي ظاهرة غريبة عن المجتمعات الإسلامية، وللحد منها فإن المشرع الجزائري قصد تحديد جرائم الإهمال وتجريمها للحفاظ على كيان الأسرة واستقرارها باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع، مع المساواة بين الزوجين في جريمة ترك مقر الأسرة التي رتبت مسؤولية كل منهما جنائيا في حالة ثبوت الترك من أحدهما.

– حسنا فعل المشرع الجزائري عندما اعتبر جريمة عدم تسديد النفقة من جرائم الإهمال العائلي المستمرة، بحيث يبقى الشخص ملزما بها، وأن الصفح لا يمحو هذه الجريمة ويظل مبلغ النفقة المحكوم به مستحقا إلى غاية الوفاء به، وما يعاب عليه أنه حصرها في النفقة الغذائية فقط دون النفقات الأخرى.

وبناء على ما سبق ذكره في هذه الدراسة والنتائج المتوصل إليها، فإنه يتوجب علينا ذكر بعض الاقتراحات التي نوجزها فيما يأتي:

– ضبط الاجتهاد القضائي في مجال الأحوال الشخصية وفق القواعد والضوابط الفقهية وتسييج العملية الاجتهادية بمسالك منهجية، من خلال التطبيقات العملية التي تنقض أحكام وقرارات محاكم الموضوع من قبل محكمة القانون(المحكمة العليا).

– نقترح على المشرع الجزائري مسايرة الفقه الإسلامي وبعض القوانين المقارنة فيما يخص نفاذ الطلاق من يوم التلفظ به لا من يوم صدور الحكم بالطلاق، وخاصة ما يلحق العدة من آثار بخصوص هذا الشأن عكس ما ذهب إليه اجتهاد المحكمة العليا في قراراتها المطابقة للشرع.

– نقترح على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 49 من قانون الأسرة بما يتوافق ومدة إجراء الصلح التي لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق قبل طرح النزاع على المحكمة، حيث أن الطلاق يرتب آثاره ديانة فور التلفظ به وإن كان لا يثبت قضاء إلا بحكم، وليس من تاريخ رفع دعوى الطلاق، والتعارض الحاصل بينها وبين المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وجعل هذه المادة ملزمة والصلح فيها وجوبي.

– على المشرع الجزائري تغيير مصطلح الصلح الوارد في نص المادة 50 من ق.أس واستبداله بمصطلح العدة، طالما أن العلاقة الزوجية لا زالت قائمة، وعليه تصاغ المادة كالآتي:" **من راجع زوجته أثناء العدة لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد انتهاء العدة أو الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد**".

– إزالة التعارض الحاصل بين المادتين85 من قانون الأسرة الجزائري التي تعتبر السفيه عديم الأهلية والمادة 43 من القانون المدني التي تعتبر السفيه ناقص الأهلية وليس عديمها إذا ما قورن ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي التي تجيز إيقاعه للطلاق.

– إنشاء قانون خاص بالأحوال الشخصية يتضمن الإجراءات الخاصة بهذا الفرع من القانون وينظم النزاعات الأسرية ويحمي حقوق المتقاضين ويسهل مهمة قاضي شؤون الأسرة ويساير ما جاءت به النظم المقارنة الأخرى، ويتم ذلك من قبل مختصين في المجالات الشرعية والقانونية والاجتماعية واللغوية للحفاظ على الأصول الشرعية وعدم تناقضها مع القوانين الوضعية وتساعد في استقرار الأسرة.

– المطالبة بإنشاء مركز للبحوث القانونية والقضائية مهمته الاهتمام بالتشريع المتعلق بالأحوال الشخصية متكون من رجال القانون المتخصصين في مجال الأحوال الشخصية والمتمرسين بالقضاء وأساتذة التعليم العالي في التخصص، بالإضافة إلى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية.

– تدعيم وتعزيز الدراسات الشرعية في جانبها القانوني، لاستلهام روح الشريعة الإسلامية لأجل فهم حَسَنِ وصحيح لنصوص قانون الأسرة ما دامت نصوصه مستمدة من فقه ومبادئ الشريعة الإسلامية.

– اقتراح إنشاء محاكم خاصة بقضايا الأسرة، تكون بدائرة اختصاص كل مجلس قضائي تزود بالوسائل التي تتناسب وطبيعة المنازعات الأسرية وأطرافها، مع القيام بتكوين شرعي لقضاة شؤون الأسرة بما يسمح للقاضي بالتعمق في فحص النزاع وتحقيق سرعة أفضل وعدالة لحل النزاع القائم بين الزوجين خاصة.

– على المشرع الجزائري تبيان كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي وبيان المعايير والأسس المعتمدة في ذلك في قانون الأسرة كما هو الحال في القانون المدني الجزائري والقوانين المقارنة، حفاظا على حقوق المتقاضين من جهة ولفتح باب واسع لرقابة المحكمة العليا في تقدير التعويض من جهة أخرى، مع النص على تحديد حد أدنى لقيمة التعويض لا

يتجاوزه القاضي ويحفظ حق المضرور حتى لا يقع في تعسف ثان يكون هذه المرة من قبل القاضي.

– على المشرع منح التحكيم الأهمية ذاتها التي منحت للصلح، وذلك ببيان إجراءات تعيين الحكمين والشروط الواجب توفرها فيهما، وتفعيل الصلح القضائي ليصبح حلا لمحاربة ظاهرة الطلاق وليس إجراء قانونيا يلجأ إليه القاضي.

– على المشرع إزالة اللبس والغموض والتناقض الحاصل بين ما جاء في نص المادة 56 من ق.أس بوجوبية التحكيم والمادة 446 من ق.إ.م.إ بجوازية التحكيم وذلك بتعديلها.

– على المشرع النص على الطلاق العرفي، فيستحسن عند حدوثه قيام الزوجين بالتوجه إلى لجان فتوى رسمية كدار الإفتاء لبيان الموقف الشرعي لهذا النوع من الطلاق، مع توثيق الفتوى وإعطاء صورة معتمدة من الفتوى الشرعية لحالهما ليتمكنا من العمل بها كمستند أمام القضاء في حال الحاجة إليها واشتداد الخلاف وتكراره بينهما.

– وجوب النص صراحة على نفقة المتعة في قانون الأسرة بمادة مستقلة عن نص المادة 52 للتمييز بينها وبين التعويض عن الطلاق التعسفي، مع إبقاء نص المادة 52 ساري المفعول وذلك من أجل الحد من ظاهرة الطلاق، ومن أجل القضاء على الخلط الواقع بين التعويض والمتعة عن الطلاق، مع تبيان بوضوح النص على أنواع المطلقات من حيث استحقاقهن لنفقة المتعة.

– نقترح على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 331 من ق.ع من خلال تقليصه لمدة الشهرين المتعلقة بالنفقة حتى يكون للدائن بها حق في تحريك الدعوى العمومية، فهي في غير صالح الزوجة والأولاد، فهي تلحق بهم ضرر نظرا لطولها وحاجتهم المستمرة للغذاء والملبس والدواء...الخ، كما أن المشرع قصر النفقة على النفقة الغذائية فقط عكس ما اشتملت عليه النفقة في المادة 78 من ق.أس، وهو ما يعتبر نقصا يحسب على المشرع الجزائري عليه تداركه والسعي لمطابقة نصوص القانونين تفاديا لأي تحايل قد يلجأ إليه طرف في أروقة المحاكم.

– يبقى قانون الأسرة مشوبا بالقصور شكلا وموضوعا، مما يتطلب إعادة النظر في بعض مواده بالتعديل والإلغاء والإثراء أو الإضافة، على أن هذا لا يعتبر انتقاصا من الجهد المبذول من قبل المشرعين، وإنما لا يتعدى كونه عملا بشريا يعتريه النقص، وذلك وفقا لدراسة متبصرة ودقيقة وشاملة ومنسجمة مع غيرها من النصوص القانونية المرتبطة بها مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار التحولات والمتغيرات الحاصلة في المجتمع في إطار التمسك بمبادئ الشريعة الإسلامية كمرجع وضابط أساسي لأي تعديل.

وأخيرا، أسأل الله العلي القدير أن أكون قد وفقت لما يحبه ويرضاه، فإن كان ذلك فمن الله وبعونه، وإن أخطأت فمن نفسي، فأرجوا من الله أن يهدينا سواء السبيل وبه التوفيق، فهو نعم المولى ونعم النصير والحمد لله رب العالمين.

– تمت بحمد الله –

فهرس الآيات الكريمة

الآيـــــــــــــــــــــــــــــــة	السورة	الرقم	الصفحة
﴿إِذَا قَضَىٰٓ أَمۡرٗا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُۥ كُن فَيَكُونُ﴾	آل عمران	47	21
﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾	البقرة	231	356
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡرَبُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمۡ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعۡلَمُواْ مَا تَقُولُونَ﴾	النساء	43	126
﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجۡعَلُ ٱللَّهُ بَعۡدَ عُسۡرٖ يُسۡرٗا﴾	الطلاق	07	330
﴿فَلَمَّا دَخَلُواْ عَلَيۡهِ قَالُواْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلۡعَزِيزُ مَسَّنَا وَأَهۡلَنَا ٱلضُّرُّ وَجِئۡنَا بِبِضَٰعَةٖ مُّزۡجَىٰةٖ فَأَوۡفِ لَنَا ٱلۡكَيۡلَ وَتَصَدَّقۡ عَلَيۡنَآۖ إِنَّ ٱللَّهَ يَجۡزِي ٱلۡمُتَصَدِّقِينَ﴾	يوسف	88	265
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحۡكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ هَدۡيَۢا بَٰلِغَ ٱلۡكَعۡبَةِ أَوۡ كَفَّٰرَةٞ طَعَامُ مَسَٰكِينَ أَوۡ عَدۡلُ ذَٰلِكَ صِيَامٗا لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمۡرِهِۦۗ عَفَا ٱللَّهُ عَمَّا سَلَفَۚ وَمَنۡ عَادَ فَيَنتَقِمُ ٱللَّهُ مِنۡهُۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٞ ذُو ٱنتِقَامٖ﴾	المائدة	97	288
﴿وَأَيُّوبَ إِذۡ نَادَىٰ رَبَّهُۥٓ أَنِّي مَسَّنِيَ ٱلضُّرُّ وَأَنتَ أَرۡحَمُ ٱلرَّٰحِمِينَ ﴾	الأنبياء	82	265
﴿وَإِذَا مَسَّ ٱلۡإِنسَٰنَ ٱلضُّرُّ دَعَانَا لِجَنۢبِهِۦٓ أَوۡ قَاعِدًا أَوۡ قَآئِمٗا فَلَمَّا كَشَفۡنَا عَنۡهُ ضُرَّهُۥ مَرَّ كَأَن لَّمۡ يَدۡعُنَآ إِلَىٰ ضُرّٖ مَّسَّهُۥۚ كَذَٰلِكَ زُيِّنَ لِلۡمُسۡرِفِينَ مَا كَانُواْ يَعۡمَلُونَ﴾	يونس	12	265

﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾	الأحقاف	14	356
﴿وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾	الطلاق	06	340 و 362
﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ۚ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾	النساء	91	288
﴿فَسْـَٔلُوٓا۟ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾	النحل	43	35
﴿قُل لَّوْ أَنتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَآئِنَ رَحْمَةِ رَبِّىٓ إِذًا لَّأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ ٱلْإِنفَاقِ﴾	الإسراء	100	339
﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ۖ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْـًٔا ۖ وَإِنْ حَكَمْتَ فَٱحْكُم بَيْنَهُم بِٱلْقِسْطِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ﴾	المائدة	44	210
﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ﴿٧٨﴾ فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾	الأنبياء	77 و 78	28 و 289
﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ إِن كُنتُمْ ءَامَنتُم بِٱللَّهِ﴾	الأنفال	41	50
﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾	النساء	12	54
﴿يَٰيَحْيَىٰ خُذِ ٱلْكِتَٰبَ بِقُوَّةٍ ۖ وَءَاتَيْنَٰهُ ٱلْحُكْمَ صَبِيًّا﴾	مريم	11	240
﴿فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ فِى يَوْمَيْنِ﴾	فصلت	11	21

﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ﴾	البقرة	228	95 و105
﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةٗ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَضِلُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ لَهُمۡ عَذَابٞ شَدِيدُۢ بِمَا نَسُواْ يَوۡمَ ٱلۡحِسَابِ﴾	ص	25	240
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا﴾	النساء	58	33
﴿لَا يَسۡتَوِي مِنكُم مَّنۡ أَنفَقَ مِن قَبۡلِ ٱلۡفَتۡحِ﴾	الحديد	10	340
﴿بَلۡ يَدَاهُ مَبۡسُوطَتَانِ يُنفِقُ كَيۡفَ يَشَآءُۚ﴾	المائدة	66	340
﴿إِنَّآ أَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ لِتَحۡكُمَ بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُۚ وَلَا تَكُن لِّلۡخَآئِنِينَ خَصِيمٗا﴾	النساء	104	27
﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ وَلَئِن صَبَرۡتُمۡ لَهُوَ خَيۡرٞ لِّلصَّٰبِرِينَ﴾	النحل	126	288
﴿إِن تَمۡسَسۡكُمۡ حَسَنَةٞ تَسُؤۡهُمۡ وَإِن تُصِبۡكُمۡ سَيِّئَةٞ يَفۡرَحُواْ بِهَاۖ وَإِن تَصۡبِرُواْ وَتَتَّقُواْ لَا يَضُرُّكُمۡ كَيۡدُهُمۡ شَيۡـًٔاۗ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا يَعۡمَلُونَ مُحِيطٞ﴾	آل عمران	120	265
﴿وَإِن طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدۡ فَرَضۡتُمۡ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾	البقرة	235	321

﴿فَٱقۡضِ مَآ أَنتَ قَاضٍۖ﴾	طه	71	21
﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤۡمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيۡنَهُمۡ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِيٓ أَنفُسِهِمۡ حَرَجٗا مِّمَّا قَضَيۡتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسۡلِيمٗا﴾	النساء	64	21 و 210
﴿وَإِذَا جَآءَهُمۡ أَمۡرٞ مِّنَ ٱلۡأَمۡنِ أَوِ ٱلۡخَوۡفِ أَذَاعُواْ بِهِۦۖ وَلَوۡ رَدُّوهُ إِلَى ٱلرَّسُولِ وَإِلَىٰٓ أُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنۡهُمۡ لَعَلِمَهُ ٱلَّذِينَ يَسۡتَنۢبِطُونَهُۥ مِنۡهُمۡۗ وَلَوۡلَا فَضۡلُ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ وَرَحۡمَتُهُۥ لَٱتَّبَعۡتُمُ ٱلشَّيۡطَٰنَ إِلَّا قَلِيلٗا﴾	النساء	82	28
﴿وَلِلۡمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ﴾	البقرة	239	269 و 313
﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا﴾	النساء	35	210
﴿إِذۡ دَخَلُواْ عَلَىٰ دَاوُۥدَ فَفَزِعَ مِنۡهُمۡۖ قَالُواْ لَا تَخَفۡۖ خَصۡمَانِ بَغَىٰ بَعۡضُنَا عَلَىٰ بَعۡضٖ فَٱحۡكُم بَيۡنَنَا بِٱلۡحَقِّ وَلَا تُشۡطِطۡ وَٱهۡدِنَآ إِلَىٰ سَوَآءِ ٱلصِّرَٰطِ﴾	ص	21	240
﴿وَمِمَّا رَزَقۡنَٰهُمۡ يُنفِقُونَ﴾	القصص	54	339
﴿وَٱلصَّٰبِرِينَ فِي ٱلۡبَأۡسَآءِ وَٱلضَّرَّآءِ وَحِينَ ٱلۡبَأۡسِۗ أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ صَدَقُواْۖ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُتَّقُونَ﴾	البقرة	176	265
﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ فَمَنۡ عَفَا وَأَصۡلَحَ فَأَجۡرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾	الشورى	37	289
﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾	البقرة	227	75 و 90 و 95
﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾	البقرة	226	54و 94و 98 و 348و 362

﴿فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ﴾	الجمعة	10	22
﴿وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗا﴾	البقرة	229	127
﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ﴾	البقرة	234	75و122و 313و331
﴿فَإِذَا قَضَيۡتُم مَّنَاسِكَكُمۡ فَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ كَذِكۡرِكُمۡ ءَابَآءَكُمۡ أَوۡ أَشَدَّ ذِكۡرٗاۗ﴾	البقرة	199	22
﴿لَّا خَيۡرَ فِي كَثِيرٖ مِّن نَّجۡوَىٰهُمۡ إِلَّا مَنۡ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوۡ مَعۡرُوفٍ أَوۡ إِصۡلَٰحِۭ بَيۡنَ ٱلنَّاسِۚ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ ٱبۡتِغَآءَ مَرۡضَاتِ ٱللَّهِ فَسَوۡفَ نُؤۡتِيهِ أَجۡرًا عَظِيمًا﴾	النساء	113	187
﴿يَسۡـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلۡأَنفَالِۖ قُلِ ٱلۡأَنفَالُ لِلَّهِ وَٱلرَّسُولِۖ فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَأَصۡلِحُواْ ذَاتَ بَيۡنِكُمۡۖ وَأَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥٓ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ﴾	الأنفال	01	187
﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ وَأُحۡضِرَتِ ٱلۡأَنفُسُ ٱلشُّحَّۚ وَإِن تُحۡسِنُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٗا﴾	النساء	127	187
﴿لَّا يَسۡتَوِي ٱلۡقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ غَيۡرُ أُوْلِي ٱلضَّرَرِ﴾	النساء	94	266
﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهۡدَهُمۡ﴾	التوبة	80	18
﴿وَمَا كَانَ ٱلۡمُؤۡمِنُونَ لِيَنفِرُواْ كَآفَّةٗۚ فَلَوۡلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرۡقَةٖ مِّنۡهُمۡ طَآئِفَةٞ لِّيَتَفَقَّهُواْ فِي ٱلدِّينِ وَلِيُنذِرُواْ قَوۡمَهُمۡ إِذَا رَجَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ لَعَلَّهُمۡ يَحۡذَرُونَ﴾	التوبة	123	34
﴿وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ﴾	الروم	20	66

﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَٰلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ﴾	الطلاق	02	98 و 110
﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾	النساء	129	77
﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾	البقرة	233	105 و 366
﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾	الأحزاب	28	110 و 313 و 323
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾	الأحزاب	49	95 و 130 و 313
﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾	النساء	35	66
﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾	الأعراف	199	329
﴿الَّذِينَ يُنفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ﴾	آل عمران	134	339
﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾	الطلاق	01	346 و 362
﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾	الطلاق	04	354 و 356
﴿وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا﴾	آل عمران	103	111

﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصۡلِهِۦ جَهَنَّمَۖ وَسَآءَتۡ مَصِيرًا﴾	النساء	114	40
﴿وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا﴾	النساء	140	219
﴿فَٱقۡرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنَ ٱلۡقُرۡءَانِۚ عَلِمَ أَن سَيَكُونُ مِنكُم مَّرۡضَىٰ وَءَاخَرُونَ يَضۡرِبُونَ فِي ٱلۡأَرۡضِ يَبۡتَغُونَ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ وَءَاخَرُونَ يُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِۖ فَٱقۡرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنۡهُۚ وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ...﴾	المزمل	18	55

فهرس الأحاديث النبوية

طــرف الحـــديـــــــث **الصفحة**

إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران.....19 و29

كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟.....29

أن رجلين خرجا في سفر.....30

إن الله لا يقبض العلم انتزاعا.....33

بين يدي الساعة أيام الهرج، يزول فيها العلم.....33

إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مئة سنة 35

لا تجتمع أمتي على ضلالة، ويد الله مع الجماعة.....40

قدم النبيﷺ المدينة، فرأى اليهود تصوم عاشوراء.....45

ليس فيما دون خمس ذود من الإبل صدقة.....55

لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب.....55

مره فليراجعها، ثم يمسكها حتى تطهر.....76و88 و346

كان الرجل يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها.....76

المتلاعنان لا يجتمعان أبدا.....81

فمرها بقول فعظها لعلها أن تعقل.....87

لا ضرر ولا ضرار.....88و140و175و264و266

ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق.....88

أيما امرأة سألت زوجها الطلاق.....89

آلا أخبركم بالتيس المستعار.....105

أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته البتة فأخبر رسول الله ﷺ بذلك.....111

إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى.....118

إنما الطلاق لمن أخذ بالساق.....122

لا ندر لابن آدم فيما لا يملك.....123

رفع القلم عن ثلاثة.....124

لا طلاق ولا عتاق في إغلاق.....124
ليس لمجنون ولا لسكران طلاق.....126
ثلاثة جدهن جد، وهزلهن جد.....126
أن زوجها طلقها وهو غائب باليمن.....129
لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك.....130
إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به نفسها ما لم تعمل.....131
حدث سمرة بن جندب أنه كان له غدق من نخل.....139
لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ صحفتها ولتنكح.....153
الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا.....188
ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة.....188
ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس فينمي خيرا ويقول خيرا.....188
وفد رسول الله ﷺ مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم.....212
إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله.....266
ما رأيت صانعة طعام مثل صفية.....289
أن عمرة بنت الجون تعودت من رسول الله ﷺ.....314
تزوج النبيﷺ أميمة بنت شراحيل.....314
طلقها أبو عمرو بن حفص البثة.....314
ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن.....329
اعتدي عند ابن أم مكثوم.....346
لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر.....346
دعي الصلاة أيام أقرائك.....349
ليس لك عليه نفقة.....363
لا يجب الحداد على المعتدة من طلاق رجعي.....366
الولد للفراش.....367
مر رسول الله ﷺ ببعير قد لحق ظهره ببطنه.....368
عذبت امرأة في هرة.....369

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

- **كتب التفسير:**

1- ابن كثير، أبي الفداء الحافظ، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر العربي، بيروت، 2000.
2- أبو حبان، تفس00ير البحر المحيط، 319/3.
3- الجصاص، أبي بكر أحمد بن علي، أحكام القرآن، تح: عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، 2007.
4- الطبري، أبي جعفر محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل القرآن، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
5- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996.
6- محمد الطاهر ابن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية، تونس، 1984.
7- محمد رشيد رضا، تفسير المنار، خرج آياته وأحاديثه وشرحه، إبراهيم شمس الدين، منشورات محمد بن علي بيضون، دار الكتب العالمية، بيروت، 1999.
8- محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، 1980.

- **كتب الحديث وشروحه:**

1- ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد أبو الحاتم التميمي(ت 354هـ)، صحيح ابن حبان، تح: شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1414هـ.
2- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مكتبة دار الفيحاء، دمشق، 1997.
3- ابن ماجه، محمد يزيد، سنن ابن ماجه، تح: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، د.س.ن.
4- أبو داود، سنن أبي داود، تح: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، د.س.ن.
5- أبو داود، سنن أبي داود، حديث 2225، تعليق عزت عبيد الدفاس، كتاب الطلاق، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1997.
6- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسي، المنتقى شرح موطأ مالك بن انس، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991.
7- البخاري، الجامع الصحيح، تح: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، د.ب.ن، 2001.
8- البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، حديث رقم 5251، دار ابن حزم، القاهرة، 2011.

9- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني، السنن الكبرى، آداب القاضي، باب موضع المشاورة، حديث رقم 20100.
10- الترمذي، سنن الترمذي، الجامع الصحيح، نصق أصوله وخرج أحاديثه على كتب السنة ورقمه الشيخ خليل مأمون، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2002.
11- الترمذي، الجامع الكبير، تح: أحمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة مصطفى الباي الحلبي وأولاده، بيروت، 1968.
12- الدار قطني، الإمام الحافظ علي بن عمر، سنن الدار قطني، كتاب الطلاق، حديث رقم 3991، المكتبة العصرية، صيدا بيروت، لبنان، 2006.
13- السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 2001.
14- النسائي، السنن الصغرى، تح: عبد الفتاح أبو عدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، سوريا، 1986.
15- النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، تح: حمدي الدمرداش محمد، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2000.

- **مراجع الفقه الإسلامي:**

- **كتب الفقه العام وأصوله**

1- بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1985.
2- حسين الشرنباصي وآخرون، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة، الإسكندرية، 2004.
3- الشوكاني، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1983.
4- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الكتاب العربي، تح: الشيخ أحمد عزو عناية، دمشق، 1999.
5- الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، دار الحديث، القاهرة، 1993.
6- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1990.
7- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994.
8- عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003.
9- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1958.
10- محمد الخضري بك، أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، 1969.
11- محمد الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير، دمشق، 2003.
12- محمد زكريا البرديسي، أصول الفقه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، د.س.ن.

13- محمد سعيد رمضان البوطي، أصول الفقه: مباحث الكتاب والسنة، مطبعة دار الكتاب، دمشق، 1990.
14- محمد محده، مختصر علم أصول الفقه الإسلامي، دار الشهاب، باتنة، 1994.
15- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، 2004.
16- مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، 1993.
17- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1986.
18- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، 2005.
19- وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، دمشق، 1999.

- **كتب الفقه المالكي**

1- ابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، راجعه واخرج أحاديثه محمد عبد السلام محمد سالم، دار ابن الهيثم، القاهرة، 2009.
2- ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988.
3- ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، د.س.ن.
4- ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001.
5- أبو عمر يوسف بن عبد البر القرطبي الأندلسي(ت 463هـ)، جامع بيان العلم وفضله وما ينبغي في روايته وحمله، تح: أبو عبد الرحمان فواز أحمد زمرلي، دار ابن حزم مؤسسة الريان، بيروت، 2003.
6- أبي إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004.
7- أبي البركات أحمد بن محمد أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، مصر، 1973.
8- أحمد بن إدريس القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، سورية، 1995.
9- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2005.
10- الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، 1992.
11- مالك بن أنس، الموطأ، دار الشعب، د.ب.ن، د.س.ن.
12- وهبة الزحيلي، الفقه الميسر المالكي، دار الكلم الطيب، بيروت، 2010.

- **كتب الفقه الشافعي**

1- ابن حجر الهيثمي، الفتاوي الكبرى الفقهية، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، تركيا، د.س.ن.

2- أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تح: حمزة بن زهير حافظ، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، د.س.ن.
3- سيف الدين الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تح: سيد الجميلي، دار الكتاب العربي، 1404هـ.
4- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، الرسالة، باب الاستحسان، تح: أحمد شاكر، مكتبة مصطفى الحلبي، مصر، 1940.
5- الشافعي، الأم، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1983.
6- فخر الدين الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، تح: طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996.
7- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، أدب القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
8- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ن.

- **كتب الفقه الحنفي**

1- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
2- ابن نعيم، محمد بن حسين بن علي الطوزي القادري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
3- شمس الدين السرخسي، كتاب المسبوط، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن.
4- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة، بيروت، 1975.
5- العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1990.
6- الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.
7- كمال الدين ابن الهمام الاسكندري الحنفي، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.

- **كتب الفقه الحنبلي**

1- ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1973.
2- ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، دار الرشيد للكتاب، الجزائر، 2007.
3- ابن قدامة، أبو عبد الله بن أحمد، المغنى على مختصر الخرقي، تح:عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1997.
4- ابن مفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، 1978.
5- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، تح: شعيب الأرناؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001.

6- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، الروض المربع شرح زاد المستنقع، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، 1390.
7- البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، 1996.
8- البهوتي، كشف القِناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، 1988.
9- الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، تح:محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.

- **كتب الفقه الظاهري**

1- ابن حزم الأندلسي القرطبي، رسائل ابن حزم الأندلسي، تح: إحسان عباس، المؤسسة العربية، بيروت، 1987.
2- علي بن أحمد بن حزم الظاهري الأندلسي، المحلى، تح: أحمد شاكر، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، د.س.ن.

- **كتب الفقه الاباضي**

1- بكير محمد الشيخ بلحاج، فتاوى الإمام الشيخ بيوض إبراهيم بن عمر، المطبعة العربية، غرداية، الجزائر، 1988.
2- محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1986.

ثانيا: قائمة المراجع باللغة العربية

- **المراجع العامة والمتخصصة**

1- إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
2- أبو المكارم إسماعيل، الاجتهاد وأثره في الفقه الإسلامي، دار الهدى للطباعة، القاهرة، 1978.
3- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، دار هومه، الجزائر، 2012.
4- أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
5- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
6- أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، دار المعرفة، الرباط، المغرب، 1994.
7- أحمد الداود، القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، 1999.
8- أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
9- أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، 1967.

10-أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.

11-أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

12-أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، مصر، 1988.

13-أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، مصر، 1988.

14-أحمد فرج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.

15-أحمد محمد المؤمني، الأحوال الشخصية(فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، دار المسيرة، الأردن، 2009.

16-أحمد محمد علي داود، القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.

17-أحمد محمود الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب (دراسة مقارنة)، دار الجامعة، بيروت، 1987.

18-أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان للنشر، المملكة العربية السعودية، 1997.

19-أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

20-أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

21-أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004.

22-أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.

23- الأخضر قوادري، الوجيز الكافي في إجراءات التقاضي في الأحكام العامة للطرق البديلة في حل النزاعات- الصلح القضائي والوساطة القضائية، دار هومه، الجزائر، 2013.

24-إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفق آخر التعديلات، دار النشر الجسور، وجدة، المغرب، 2000.

25-إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات، منشورات المعهد العالي، الدار البيضاء، المملكة المغربية، 1994.

26-إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.

27-آمنة محمد نصير، الجمود والتقليد، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، الكويت، 1985.

28-باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.

29- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1957.
30- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مكتبة دار التأليف، القاهرة، 1961.
31-بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، د.ب،ن، 2004.
32-ثريا بن سعد، آثار الطلاق بين الشريعة والقانون والواقع المجتمعي، المغاربية للطباعة والنشر، تونس، 2009.
33- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
34-جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومه، الجزائر، 2016.
35- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر، الأردن، 2009.
36- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر، عمان، 2008.
37- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشاة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن.
38-حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
39-حسين بن الشيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2014.
40- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
41-الحصكفي، الدر المختار بحاشية رد المحتار، دار الفكر، بيروت، 1386هـ.
42-حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
43-حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
44-خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزائر، 2005.
45- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل للنشر، عمان، 2010.
46- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
47- رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
48- رمضان على السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
49- زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي، ليبيا، د.س.ن.

50- زينب شويحة، الإجراءات المدنية في ظل القانون 08-09، دار أسامة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

51- ساسي بن حليمة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011.

52- سالم بن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار الوطن، الرياض، 1422هـ.

53- سامي الجربي، شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن، مطبعة التسفير الفني، صفاقس، 2015.

54- سائح سنقوقه، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.

55- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

56- سعيد مقدم، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دار الحداثة، بيروت، 1985.

57- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، القسم الأول، مصر، 1992.

58- سليمان مرقس، شرح القانون المدني في الالتزامات، المطبعة العالمية، القاهرة، 1964.

59- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

60- سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، دار السلام، القاهرة، 2001.

61- السيوطي، عبد الرحمان بن أبي بكر بن محمد ابن سابق الدين الخضيري السيوطي، الرد على من أخلد إلى الأرض، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، د.س.ن.

62- شعبان محمد إسماعيل، مصادر التشريع الإسلامي وموقف العلماء منها، دار المريخ، الرياض، 1985.

63- صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1983.

64- طارق بن أنور آل سالم، الواضح في أحكام الطلاق، دار الإيمان، الإسكندرية، 2004.

65- عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطة التشريعية والقضائية- دراسة مقارنة-، جامعة الكويت، 2000.

66- عادل يوسف شكري، المسؤولية الناشئة عن الإهمال(دراسية تحليلية تطبيقية مقارنة)، دار النشر والبرمجيات، القاهرة، 2011.

67- عبد الحكيم فوده، موسوعة الحكم القضائي في المواد المدنية والجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

68- عبد الحميد الشورابي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.

69- عبد الرحمان ابن خلدون، المقدمة، تح:عبد الله محمد الدرويش، دار يعرب، دمشق، 2004.

70- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، بيروت، 1968.

71-عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

72- عبد الرحمان زايدي، الاجتهاد بتحقيق المناط وسلطانه، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، 2005.

73- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن.

74- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

75- عبد العزيز خليل بدوي، الطعن بالنقض أمام المحاكم الإدارية العليا، دار الفكر العربي، مصر، 1970.

76- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومه، الجزائر، 2013.

77- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، 2013.

78- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1982.

79- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1984.

80- عبد الفتاح تقية ، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2012.

81- عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة، منشورات تالة، الجزائر، 2011.

82- عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، منشورات تالة، الجزائر، 2007.

83- عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها طبقا لأحدث التعديلات، د.ب.ن، د.س.ن.

84- عبد القادر بن حرزالله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

85- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، 2007.

86- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996.

87- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.

88- عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، دار النشر للمعرفة، الرباط، 1987.

89- عبد المنعم البدراوي، مبادئ القانون، مكتبة السيد عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، 1972.

90- عبد الناصر أبو البصل، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، دار النفائس، عمان، الأردن، 1422هـ.

91- عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

92- عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، دار القلم، الكويت، 1993.

93- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما جرى عليه العمل بالمحاكم ، دار القلم، الكويت، 1990.

94- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، 2007.

95- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

96- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.

97- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

98- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ومصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993.

99- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

100-علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2010.

101- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، دار جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

102-عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر، الأردن، 1997.

103-غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، بغداد، 1971.

104-الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008.

105- فاروق عبد الله كرم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، كلية القانون، جامعة السليمانية، إقليم كردستان، العراق، 2004.

106- فاطمة الزهراء بن محمود ودولة سامية، اجتهادات قضائية معلق عليها، تقديم زهير اسكندر، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 2006.

107- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، د.س.ن.

108- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1977.

109- فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2013.

110- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

111- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.

112- فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.

113- فؤاد غجاتي، محاضرات في الاجتهاد القضائي، (محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر قانون الأسرة)، كلية الحقوق جامعة البويرة، سنة 2013 – 2014.

114- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الأردن، 2006.

115- قطب الريسوني، الاجتهاد القضائي المعاصر(ضرورته ووسائل النهوض به)، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2007.

116- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومه، الجزائر، 2014.

117- مبروك المصري، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 1990.

118- مجاهد الإسلام القاسمي، دراسات علمية وفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

119- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.

120- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.

121- محمد أحمد سراج، نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

122- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2004.

123- محمد الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سورية، 2002.

124- محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، سورية، 2008.

125- محمد الشافعي، الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، سلسلة البحوث القانونية، مراكش، المملكة المغربية، 2000.

126- محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية، مراكش، المغرب، 2009.

127- محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الدار البيضاء، المغرب، 2009.

128- محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003.

129- محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1999.

130- محمد الهادي بن عبد الله، الالتزامات والعقود والأحوال الشخصية من خلال مبادئ فقه القضاء المدني التونسي، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2007.

131- محمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، 1993.

132- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومه، الجزائر، 2011.

133- محمد سعيد عبد الرحمان، القوة القاهرة في قانون المرافعات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.

134- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1996.

135- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

136- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات(مصادر الالتزام)، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.

137- محمد علي الصابوني، صفوت التفاسير، المكتبة العصرية، بيروت، 2010.

138- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، لبنان، 2003.

139- محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى في الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية التجارية، دار النفائس، عمان، الأردن، 1420هـ.

140- محمد هشام البرهاني، سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، مطبعة الريحاني، بيروت، 1985.

141- محمود البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007.

142- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، 2010.

143- محمود محمد ناصر بركات ، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2007.

144- محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

145- مصطفى السباعي، السنة ومكانتها في التشريع الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1985.

146-مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، سورية، 1385هـ.

147-مصطفى ديب البغا، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، 1999.

148- مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985.

149-مصطفى شلبي، أحكام الأسرة، الدار الجامعية للطباعة بيروت، 1983.

150- المطهر محمد بن يحي، أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر، صنعاء، 1989.

151-مولاي ملياني بغدادي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.

152- نادية شريف العمري، الاجتهاد في الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985.

153-نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2004.

154- نبيل صقر وقمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2008.

155-نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2008.

156-نزيم نعيم شلالا، دعاوى الوعد بالزواج، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2010.

157- نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2003.

158- نور الدين عتر، أبغض الحلال، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1985.

159-نورة منصوري، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للنشر، الجزائر، 2010.

160- هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، جامعة دمشق، سورية، 2005.

161- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار الصفوة للطباعة والنشر، مصر، 1993.

162- وهبة الزحيلي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، إدارة الثقافة والنشر، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، 1984.

163-وهبة الزحيلي، نظرية الضمان(دراسة مقارنة)، دار الفكر، دمشق، 1982.

164-وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، سورية، 1998.

165-وهبه الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 2009.

166-يسري عبد العليم، الصلح في ضوء الكتاب والسنة، مؤسسة العلياء، القاهرة، 2012.

167- يوسف القرضاوي، الاجتهاد المعاصر بين الانضباط والانفراط، المكتب الإسلامي، بيروت، 1998.

168- يوسف دلانده، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2008.

169- يوسف دلانده، قانون الأسرة، دار هومه،الجزائر،2007.

• ثالثا: قائمة المراجع باللغة الأجنبية

1- Bernard-Xémard Clara, Cours de droit des personnes et de famille, 3emeédition,Guali éditeur, France, 2017.
2- Berthold Goldman, L'arbitrage Commercial International, 1ére édition, JCL, Paris, 1989.
3- Charles Jarrosson, La notion d'arbitrage, Bibliothèque de droit prive, Paris, 1987.
4- Code civil Français, voir le site internet: www.legifrance.gouv.fr
5- Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil, 10ème édition, tome2, Paris, 1948.
6- Corinne Renault-Brahinsky, Droit des personnes et de la famille, G.E, Paris, 2007.
7- Cornu Gérard, (dir), Vocabulaire juridique, Association H.Capitant, PUF, 8éme1eréd, 2008.
8- David René, L'arbitrage dans les Commerces International, Economica, Paris, 1982.
9- Evelyne Serverin, Les divergences de jurisprudence, Sous direction:Pascal Ancel, Marie-Claire Rivier ,Publication d'université de Saint-Etienne, France, 2003.
10- GHaouti Benmelha, Le droit algérien de la famille, OPU, Alger, 1993.
11- J.F.Benoit, Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et imputabilité), J.C.P, Paris, ,1957.
12- Parquet Muriel, Droit de la famille, 2ème édition, 1rue Bréal, Rome, 2007.
13- Philippe le Tourneau et loic Cadiet, Droit de la Responsabilité, Dalloz, Paris, 1998.
14- Philippe Malaurie et Laurent anyés, Droit civil, Les contrats spéciaux, 5ème édition, L'extenso édition, France, 2011.
15- Preadel jean, la condition civil du malade(thèse de doctorat), Paris, 1963.
16- Robert Jean, ,L'arbitrage, Droit Interne et Droit International Privé, 5éme édition, Dalloz, Paris, 1983.
17- Roger Perrot et Nathalie Fricero, Jury Classeur, Procédure Civile, Autorité de la chose jugée au civil sur le civil, Tome5, Paris, 1998.

• المعاجم والقواميس:

1- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1990.

2- بطرس البستاني، محيط المحيط، قاموس مطول اللغة العربية، لبنان، 1987.

3- الجرجاني، علي ابن محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، تح: محمد الصديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، 2004.

4- الجرجاني، معجم التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983.

5- خير الدين بن محمود الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، 2002.

6- شوقي ضيف، معجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2003.

7- الفيومي، أحمد بن علي، المصباح المنير، دار الفكر للطباعة والنشر، القاهرة، د.س.ن.

8- مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993.

9- مرتضى الزبيدي، تاج العروس، دار صادر، بيروت، لبنان، د.س.ن.
10- مسعود جبران، الرائد معجم لغوي عصري، دار العلم للملايين، بيروت، 1992.

- **الأطروحات والرسائل الجامعية:**

- **أطروحات الدكتوراه**

1- بلقاسم شتوان، الصلح في الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2001.
2- خالد حسين الخالد، الاجتهاد الجماعي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، مركز جمعة الماجد للثقافة والثرات، دبي، الإمارات، 2009.
3- سعاد لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015/2014.
4- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007/2006.
5- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، في العلوم الإسلامية شعبة الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية قسم الشريعة، جامعة باتنة، 2009.
6- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.
7- يوسف مسعودي، تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011.

- **رسائل الماجستير**

1- أحمد عمراني، أحكام النسب بين الإنجاب الطبيعي والتلقيح الصناعي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 1999- 2000.
2- أسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2010-2011.
3- باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الأدبي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير،كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

4- زهية زيري، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2015.

5- ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة والقانون الأردني، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011.

6- سعاد بلحورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

7- سعيد طاري، التعسف في فرق الزواج وآثاره (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران السانية، 2013/2012.

8- سعيد عبد المالك أبو الجبين، التفريق بين الزوجين للعيوب، مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي بكلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية، الأردن، 1993.

9- عبد الحكيم بن هبري، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015.

10- عبد اللطيف يومبعي، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الوادي، 2014-2015.

11- عبد النور زيدان، الصلح في الطلاق، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، السنة الجامعية 2007/2006.

12- عمر زوده، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2003/2002.

13- فريحاوي كمال، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.

14- ماجد توفيق حمادة سمور، التفريق بين الزوجين للردة أو إباءة الإسلام، مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، فلسطين، 2010.

15- مشهور محمد الدعيس، الحكم القضائي والأمر الولائي في قانون المرافعات اليمني، مذكرة دبلوم في القانون الخاص، الأكاديمية اليمنية للدراسات العليا، صنعاء، 2014.

16- هبة أحمد محمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2014.

17- وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2007.

- **المقالات العلمية:**

1- إبراهيم شحاته، اجتهاد القاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مصر، 1962.

2- أحمد شامي، نفقة المتعة في التشريعين الجزائري والمصري، جامعة الوادي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج9، ع2، جوان 2018.

3- أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، مجلة القانون والاقتصاد، مارس 1947.

4- حسين فريجة، الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الأول، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، 2004.

5- ساجدة طه محمود، الطلاق المعلق، مجلة كلية التربية للبنات، العراق، 2014.

6- صالح فواز، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم(دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2006.

7- عز الدين عبد الدايم، صيغ انعقاد الرجعة في الطلاق بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنغست، 2017.

8- علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، بيروت، 2003.

9- فله جوابي، دور الاجتهاد القضائي في الحد من الطلاق التعسفي في قانون الأسرة، جامعة البليدة2، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسة، 2017.

10- محمد الزحيلي، التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الشريعة ، جامعة الشارقة، 2011.

11- محمد أمقران بوبشير، تحول الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، مجلة المحاماة، تيزي وزو، 2004.

12- مليكة خشمون، الاجتهاد القضائي في القانون، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد التجريبي، 2013، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2013.

13- مليكة نايت الأشقر، تقدير المتعة في الفقه المالكي والاجتهاد القضائي المغربي (دراسة مقارنة)، مجلة الفقه والقانون المغربية، 2018.

14- موسى عبود، الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي، مجلة المحاماة، المملكة المغربية، 1969.

- **النصوص القانونية:**

- **النصوص القانونية والتنظيمية الوطنية:**

1- قانون عضوي رقم 12/11 المؤرخ في 2011/07/26، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها، ج.ر، ع42 بتاريخ 2011/07/31.

2- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج.ر، ع24 بتاريخ06/12/ 1984.

3- قانون رقم: 84/ 11 مؤرخ في 29 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27 /2005/02، ج.ر، ع15 بتاريخ 2005/02/27.

4- قانون رقم 05-10 المؤرخ في20 يونيو2005 المعدل للأمر رقم 75-58 المؤرخ في26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع44، 2005.

5- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع21، الصادرة في 2008/04/23.

6- قانون رقم 09/08 بتاريخ 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع21 بتاريخ 2008/04/23.

7- قانون رقم:01/15 مؤرخ في 04 يناير2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج.ر، ع01 بتاريخ 2015/01/07.

8- قانون رقم 01/16 مؤرخ في 6 مارس سنة 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر، ع14 بتاريخ 07 مارس 2016.

9- الأمر رقم66-156 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم06-23 المؤرخ في 2006/12/20.

10- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر، ع78، الصادرة في 1975/09/30.

11- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 يعدل ويتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع15 بتاريخ 2005/02/27.

- النصوص القانونية والتنظيمية الأجنبية:

1- استئناف كولمار بتاريخ 02 ماي 1855، داللوز، فرنسا، 1856.

2- الأمر المؤرخ في 1956/08/13 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية المعدلة بالقانون رقم20/08 المؤرخ في 2008/03/04، الصادر بالرائد الرسمي التونسي، ع66 بتاريخ 1956/08/17.

3- حكم رقم53، ملف رقم2004/867 صادر بتاريخ2005/01/26 (غير منشور).

4- طعن 51 لسنة 1992 مشار إليه المستشار محمد هاني إسماعيل، قضاء تمييز دبي التجاري.

5- طعن رقم13 لسنة55 قضائية جلسة 1986/03/11.

6- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 1974/09/28 بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، ج.ر، ع3230 مكرر بتاريخ 1974/09/30.

7- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 1974/09/28 بالمصادقة على نص المسطرة المدنية،ج.ر،ع3230 مكرر بتاريخ 1974/09/30.

8- ظهير شريف، رقم:1/59/413 بتاريخ 26 نوفمبر 1962 المتعلق بالقانون الجنائي المغربي.

9- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010، ج.ر، رقم 5061 الصادرة بتاريخ 16/ 10/ 2010.

10- قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010 المؤرخ في 2010/09/26.

11- قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991 المؤرخ في 24 جويلية 1991.

12- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07 المعدل والمتمم بالقانون رقم 20 لسنة 2019، ج.ر، بتاريخ 2019/06/27.

13- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 الصادر بتاريخ 1959/12/19 جريدة الوقائع العراقية، ع280 بتاريخ 1959/12/30، ج1.

14- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100لسنة 1985.

15- قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان الصادر بتاريخ 2014/09/28.

16- قانون التحكيم الأردني، رقم 31 لسنة 2001، ج.ر، ع4496 بتاريخ 2001/07/16.

17- قانون التحكيم الفلسطيني، رقم3 لسنة 2000، منشور في الوقائع الفلسطينية، ج.ر، ع33 بتاريخ 2000/06/30.

18- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

19- قانون المرافعات اليمني، الموسوعة التشريعية اليمنية، ج1، 2004.

20- قانون رقم 01 لسنة 2000، قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ج.ر، ع4 مكرر، بتاريخ 2000/01/29.

21- قانون رقم 70/03 المؤرخ في 2004/02/03 المتضمن مدونة الأسرة المغربية المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/09 المؤرخ في 2010/07/16، ج.ر، ع5859 بتاريخ 2010/07/26.

22- قانون رقم 13 لسنة 1986 المتضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

23- قانون رقم 131 بتاريخ 1948/07/16 المتضمن القانون المدني المصري، الوقائع المصرية، ع108مكرر (أ) بتاريخ 1948/07/29.

24- قانون رقم 052/2001 بتاريخ 19 يوليو 2001 يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية،ج.ر، رقم 1004 بتاريخ 2001/08/15.

25- قانون رقم 22 لسنة 2006، المتضمن قانون الأسرة القطري.

26- قانون رقم 51/84 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل والمتمم، ج.ر، ع1570 بتاريخ 1984/07/23.

27- قانون ع65 سنة 1993 مؤرخ في 05 جويلية 1993 يتعلق بإحداث صندوق النفقة وجراية الطلاق، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية ع50 بتاريخ 06 جويلية 1993.

28- قانون ع74 سنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993، المتعلق بأداء النفقة وجراية الطلاق التونسي.

29- قانون ع87 لسنة 2005 مؤرخ في 2005/08/15، ينظم أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الرائد الرسمي، ع68 بتاريخ 2005/08/15.

30- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1977/03/09، مجلة القضاء والقانون، ع128.

31- قرار تعقيبي جزائي بتاريخ 1975/04/28، ع6955، محكمة الناحية 1976.

32- قرار تعقيبي مدني ع5682 مؤرخ في 1981/06/16، م.ت.ق، ج2.

33- قرار تعقيبي مدني ع7065 مؤرخ في 1982/12/07، م.ت.ق، لسنة1983.

34- قرار صادر بتاريخ 2008/12/03، في الملف الشرعي، ع2006/1/2/398 تحت ع557 منشور بمجلة الملف، ع14 مارس 2009.

35- قرار محكمة التعقيب التونسية، مدني ع21011، مؤرخ في 1991/04/18.

36- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 3183، شخصية أولى2007 في 2010/07/22 منشور في مجلة المحامي دريد سلمان الجنابي.

37- قرار محكمة التمييز العراقية رقم 95/شخصية/1973، ن.ق، السنة4، ع3.

38- قرار محكمة التمييز المرقم 1458/ شخصية/1988 بتاريخ 1988/02/02.

39- قرار محكمة النقض الأردنية ع6742 بتاريخ 1997/10/29، ملف مدني رقم 29/4725.

40- قرار محكمة النقض المصرية رقم 27 الصادر بتاريخ 1976/01/07.

41- قرار محكمة النقض المغربية رقم 5431 المؤرخ في 2012/12/04، ملف مدني ع403 بتاريخ 2012/02/01.

42- محكمة التعقيب التونسية، القسم المدني، قرار رقم 49352 بتاريخ 1996/05/21، منشور بموقع وزارة العدل التونسية.

43- محكمة النقض السورية، 1998/03/24، قرار 226، مجلة القانون، وزارة العدل السورية، ع2، 1998.

44- محكمة النقض السورية، قرار رقم 1045، بتاريخ 1995/08/28، مجلة المحامون، 1997.

45- محكمة النقض السورية، قرار رقم 196، بتاريخ 1982/03/20، مجلة المحامون، 1986.

46- محكمة النقض السورية، قرار رقم 244، بتاريخ 1987/12/24، مجلة المحامون، 1987.

47- محكمة النقض السورية، قرار رقم 279، بتاريخ 1983/09/28، مجلة المحامون، 1981.

48- المرسوم الوزاري رقم 02/04/88 الصادر بتاريخ 14 جوان 2004 المتضمن تنظيم مجلس العائلة وتحديد مهامه.

- **النشريات والمجلات القضائية:**

1- قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1983/03/19، ن.ق، ع3.
2- قرار رقم 33762 بتاريخ 1984/07/09، م.ق، ع4.
3- ملف رقم 35322 بتاريخ 1984/12/17، م.ع، غ.أ.ش.
4- قرار رقم 35912 بتاريخ 1985/04/08، م.ق، ع1، 1989.
5- قرار ملف رقم 35912 بتاريخ 1985/04/08، م.أع، غ.أ.ش، م.ق، ع1، 1989.
6- قرار، ملف رقم 39731 بتاريخ 1985/04/08، م.ع، غ.أ.ش، م.ق، ع2، 1989.
7- قرار ملف رقم 39731 بتاريخ 1986/01/27، م.ع، غ.أ.ش، م.ق، ع4، 1993.
8- قرار رقم 41560 بتاريخ 1986/04/07، م.أع، م.ق، ع2، لسنة 1989.
9- قرار ملف رقم 41560 بتاريخ 1986/04/07، م.ع، غ.أ.ش، م.ق، ع2، 1989.
10- قرار رقم 47395 بتاريخ 1988/02/07، م.أع، م.ق،ع2، لسنة 1990.
11- قرار رقم 53017-8 بتاريخ 1989/03/27، م.ع ،غ.أ.ش، م.ق، ع1، 1991.
12- قرار رقم 725029 بتاريخ 1991/06/18، م.ع، غ.أ.ش، ن.ق، ع47، 1995.
13- قرار رقم 75029 بتاريخ 1991/06/18، م.ع، غ.أ.ش، م.ق، ع2، 1994.
14- قرار رقم 75141 بتاريخ 1991/06/18، م.ع، غ.أ.ش، م.ق، ع1، 1993.
15- قرار رقم 62369 بتاريخ 14 /1993/01، م.ع، م.ق، ع1، لسنة 1993.
16- قرار رقم 99000 بتاريخ 1993/11/23 صادر عن المحكمة العليا، غ.أ.ش، م.ق،عدد خاص، 2001.
17- قرار رقم 96688 بتاريخ 1994/01/18، م.ع، غ.أ.ش، ن.ق، ع50، 1997.
18- قرار رقم 135435 بتاريخ 1996/04/23،م.ع، غ.أ.ش، م.ق، ع1، 1998.
19- قرار ملف رقم 210451 بتاريخ 1998/11/17، م ع، غ.ش.أ، م ق، عدد خاص، 2001.
20- قرار رقم 216865 بتاريخ 1999/03/16، إج.ق، عدد خاص، 2001.
21- قرار رقم 216865 بتاريخ 1999/03/16،م.ع، غ.أ.ش، إج.ق.
22- قرار رقم 223019 بتاريخ 1999/06/15، م.ع، غ.أ.ش، إج.ق، عدد خاص، 1999.
23- قرار رقم 235367 بتاريخ 2000/02/22، م.ع، م.ق، ع1، لسنة 2001.
24- قرار بتاريخ 2000/03/28، م.ع، غ.م، م.ق، عدد خاص، لسنة 2003.
25- قرار رقم 214574 بتاريخ 2001/01/14، م.ع، غ.إ، م.ق، ع1، لسنة 2002.
26- قرار رقم 255711 بتاريخ 2001/02/21، م.ع، م.ق، ع2، 2002.
27- قرار رقم 368660 بتاريخ 2006/07/12، المحكمة العليا ، غ.أ.ش، م.م.ع، ع02، 2006.
28- قرار رقم 372130 بتاريخ 2006/11/15، م.ع، غ.أ.ش، م.م.ع، ع2، 2007.
29- قرار رقم 372290 بتاريخ 2006/11/15، م.ع، غ.أ.ش، م.م.ع، ع1، 2007.

30- قرار ملف رقم 72290 بتاريخ 2006/11/15، م.ع، غ.ش.أ، م ق، ع1، 2007.

31- قرار رقم 476387 بتاريخ 2009/01/14، م.ع، م.ق، ع1، 2009.

32- محكمة تغنيف، مجلس قضاء معسكر، ق.ش.أ، قرار بتاريخ 2009/03/29، رقم الجدول 09/0118، رقم الفهرس، 09/0643.

33- قرار رقم 6887997 بتاريخ 2012/06/14، م.ع، غ.أ.ش، غير منشور.

34- قرار رقم 798882 بتاريخ 2013/05/09، م.ع، غ.ش.أ، م.ق، ع1، 2013.

35- قرار رقم 950026 بتاريخ 2014/07/10، م.ع، غ.ش.أ، م.ق، ع2، 2014.

- **المواقع الالكترونية:**

1- أحمد أبو الزين، الاجتهاد القضائي، مقال نشر بالموقع الالكتروني،
بتاريخ 2010/09/14. www.justice-lawhome.com

2- المرسوم رقم 48/2011 المتعلق بالإجراءات المدنية الفرنسي مترجم على الموقع الالكتروني:
www.egyiac.org

فهـــرس المحتويات

المحتويات

العنـــــــوان	الصفحة
مقدمة	1-14
الفصل التمهيدي: أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الدولي المقارن	
تمهيد	**15**
المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي	**16**
المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي ومشروعيته	**16**
الفرع الأول: تعريف الاجتهاد	**16**
الفرع الثاني: تعريف القضاء	**19**
الفرع الثالث: تعريف الاجتهاد القضائي	**23**
الفرع الرابع: مشروعية الاجتهاد القضائي	**26**
المطلب الثاني: حكم الاجتهاد القضائي وضوابطه	**31**
الفرع الأول: حكم الاجتهاد	**31**
الفرع الثاني: ضوابط الاجتهاد	**34**
المطلب الثالث: مصادر الاجتهاد القضائي وشروطه	**36**
الفرع الأول: مصادر الاجتهاد القضائي	**36**
الفرع الثاني: شروط الاجتهاد القضائي	**44**
المبحث الثاني: التمييز بين الاجتهاد القضائي والاجتهاد الفقهي	**51**
المطلب الأول: مجالات الاجتهاد القضائي	**51**
المطلب الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي	**55**
المطلب الثالث: آثار الاجتهاد القضائي	**58**
خلاصة الفصل التمهيدي	**60**

الفصل الأول:أحكام الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون الدولي المقارن	
تمهيد	**61**
المبحث الأول: مفهوم الطلاق	**62**
المطلب الأول: تعريف الطلاق ودليل مشروعيته	**62**
الفرع الأول: تعريف الطلاق	**62**
الفرع الثاني: دليل مشروعية الطلاق	**70**
الفرع الثالث: التمييز بين الفسخ والطلاق	**74**
المطلب الثاني: حكم الطلاق وأقسامه	**81**
الفرع الأول: حكم الطلاق	**81**
الفرع الثاني: أقسام الطلاق	**84**
المطلب الثالث: أركان وشروط الطلاق	**116**
الفرع الأول: ركن المطلق	**116**
الفرع الثاني: ركن المطلقة	**123**
المبحث الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي	**130**
المطلب الأول: تعريف الطلاق التعسفي ونطاقه	**130**
الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي	**130**
الفرع الثاني: نطاق التعسف في استعمال الحق	**145**
المطلب الثاني: معايير الطلاق التعسفي	**148**
الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي	**149**
الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون	**151**
المطلب الثالث: صور الطلاق التعسفي	**155**
الفرع الأول: الطلاق من غير سبب مشروع	**155**
الفرع الثاني: الطلاق في مرض الموت أو طلاق الفرار	**159**
خلاصة الفصل الأول	**168**

الفصل الثاني:آثار الطلاق التعسفي	
تمهيد	**169**
المبحث الأول: سلطات القاضي في الطلاق التعسفي	**170**
المطلب الأول: سلطات القاضي في محاولة الصلح	**170**
الفرع الأول: تعريف الصلح ودليل مشروعيته	**171**
الفرع الثاني: أركان الصلح وشروطه	**180**
الفرع الثالث: إجراءات الصلح وآثاره	**182**
المطلب الثاني: سلطة القاضي في إجراءات التحكيم	**193**
الفرع الأول: تعريف التحكيم ودليل مشروعيته	**194**
الفرع الثاني: أركان وشروط التحكيم	**207**
الفرع الثالث: إجراءات التحكيم وآثاره	**214**
المطلب الثالث: حجية الحكم القضائي فقها وقانونا	**227**
الفرع الأول: مفهوم الحكم القضائي	**228**
الفرع الثاني: أنواع الأحكام القضائية	**236**
الفرع الثالث: آثار الحكم القضائي	**240**
المبحث الثاني: تقدير القاضي للطلاق التعسفي	**247**
المطلب الأول: الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي	**248**
الفرع الأول: مفهوم الضرر ودليل مشروعيته وأنواعه	**249**
الفرع الثاني: شروط الضرر وإثباته	**261**
الفرع الثالث: تقدير القاضي للضرر	**265**
المطلب الثاني: تقدير القاضي للتعويض عن الطلاق التعسفي	**270**
الفرع الأول: مفهوم التعويض ودليل مشروعيته	**271**
الفرع الثاني: حكم التعويض عن الطلاق التعسفي وشروطه	**280**
الفرع الثالث: أساس تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي	**288**
المطلب الثالث: المتعة ونفقة العدة للمطلقة تعسفا	**295**

الفرع الأول: أحكام نفقة المتعة للمطلقة تعسفا	**296**
الفرع الثاني: أحكام نفقة العدة للمطلقة تعسفا	**325**
الفرع الثالث: أحكام نفقة الإهمال للمطلقة تعسفا	**354**
خلاصة الفصل الثاني	**372**
الخاتمة	**374**
فهرس الآيات الكريمة	**386**
فهرس الأحاديث النبوية	**393**
فهرس المصادر والمراجع	**395**
فهرس المحتويات	**417**
ملخص الأطروحة	

الملخص:

من خلال دراستنا لموضوع الاجتهاد القضائي في الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي المقارن، فقد أولت الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري وبقية القوانين المقارنة، وأقرت الطلاق كحق مقرر للزوج، لم تتركه مطلقا يمارسه متى شاء، بل قيد بعدم الإضرار والتعسف في استعمال هذا الحق، رغم أن العصمة بيد الزوج وبإرادته المنفردة يلجأ إليه كلما دعا إليه المبرر الشرعي، فإذا تجاوز الزوج هذا الحد واستعمل حقه في الطلاق بدون مبرر شرعي على وجه يضر بالزوجة، فقد أساء استعماله وتعسف في إيقاعه.

فقد راعت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية حق الزوجة في رفع الضرر الواقع عليها بسبب الطلاق التعسفي إلى القضاء الذي منحت له السلطة التقديرية في تعويض الزوجة المطلقة عن الضرر اللاحق بها، وإعطاء القاضي سلطة تحديد مدى تعسف الزوج في استعمال حقه في إيقاع الطلاق حتى لا تحس الزوجة المطلقة بأن هناك إجحافا في حقها، كما رتبت الشريعة الإسلامية وأغلب القوانين الوضعية عدة آثار على ثبوت الطلاق التعسفي، يظهر ذلك من خلال اجتهادات الفقهاء وكذا القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن.

Abstract:

Through our study of the subject of jurisprudence in The abusive divorce between Islamic jurisprudence and comparative international law, The Islamic law (Shari'a), Algerian law and other comparative laws have been given, and recognized the divorce as a right of the husband, never left him to practice as he pleases, but a restriction not to harm and abuse to use of this right, Although the infallibility of the husband and his will alone, Takes it whenever there is a legitimate justification, If the husband exceeds this limit and uses his right to divorce without legitimate justification in a way that harms the wife, he has abused it and used it.

The Islamic law and other comparative laws were enacted, taking into account the right of the wife to raise the damage inflicted on her by the abusive divorce to the judiciary, which granted him the discretionary authority to compensate the divorced wife for the damage caused to her, and to give the judge the power to determine how abusive the husband is in using his right to divorce, so that the divorced wife does not feel that there is a prejudice against her, The Islamic law and most comparative laws arranged several effects on the abusive divorce, It shows through in the jurisprudence of the jurists as well as in the judicial decisions issued in this regard.

الملخص:

من خلال دراستنا لموضوع الاجتهاد القضائي في الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي المقارن, فقد أولت الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري وبقية القوانين المقارنة, وأقرت الطلاق كحق مقرر للزوج, لم تتركه مطلقا يمارسه متى يشاء, بل قيد بعدم الإضرار والتعسف في استعمال هذا الحق, رغم أن العصمة بيد الزوج وبإرادته المنفردة يلجأ إليه المبرر الشرعي, فإذا تجاوز الزوج هذا الحد واستعمل حقه في الطلاق بدون مبرر شرعي على وجه يضر بالزوجة, فقد أساء استعماله وتعسف في إيقاعه. فقد راعت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية حق الزوجة في رفع الضرر الواقع عليها بسبب الطلاق التعسفي إلى القضاء الذي منحت له السلطة التقديرية في تعويض الزوجة المطلقة عن الضرر اللاحق بها, وإعطاء القاضي سلطة تحديد مدى تعسف الزوج في استعمال حقه في إيقاع الطلاق حتى لا تحس الزوجة المطلقة بأن هناك إجحافا في حقها, كما رتبت الشريعة الإسلامية وأغلب القوانين الوضعية عدة آثار على ثبوت الطلاق التعسفي, يظهر ذلك من خلال اجتهادات الفقهاء وكذا القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن.

الكلمات المفتاحية:

الاجتهاد القضائي؛ الطلاق التعسفي؛ السلطة التقديرية؛ الضرر؛ التعويض؛ تعسف الزوج؛ حق الزوجة؛ الفقه الإسلامي؛القانون الدولي المقارن؛ المبرر الشرعي.

نوقشت يوم 2021/10/05

بتقدير مشرف جدا