

# الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الاسلامية  
قسم الشريعة و القانون

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية  
قسنطينة

الرقم الترتيبي:

رقم التسجيل:

## افتراض النتيجة الضرورية في دعاوى التفريق القضائي

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مبحث مقدم لنيل درجة الماجستير

في الشريعة والقانون

- تخصص أحوال شخصية -

تحت إشراف الدكتور/

عبد الحفيظ طاشور

إعداد الطالب/

أحمد بولقصيات

الجامعة الأصلية	الرتبة	الإسم و اللقب	
منتوري محمود - قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	د. محمد الاحضر مالكي	الرئيس
منتوري محمود - قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	د. عبد الحفيظ طاشور	العضو المقرر
الأمير عبد القادر قسنطينة	أستاذ محاضر	د. كمال لدرع	العضو
الأمير عبد القادر قسنطينة	أستاذ محاضر	د. مصطفى باجو	العضو
			العضو

السنة الجامعية: 2006 - 2007 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير  
عبد القادر  
للعلوم الإسلامية

إهداء:

إلى والديّ الكريمين

﴿ربّ ارحمهما كما ربياني صغيراً﴾،

إلى نزوجتي فاطمة وأولادي الثلاثة:

إخلاص، صلاح الدين وإشراق النور،

إلى صديقتي هشام

و

عبد الناصر

## شكر و تقدير:

أُتقدّم بجزيل الشكر والتقدير إلى السيد المشرف  
الدكتور عبد الحفيظ طاشوم الذي فتح لي آفاقاً  
من العلم والإبداع بإطلاق عنان الفكر والحرية.



## مقدمة:

إنّ ميثاق الزواج يشكّل عقداً على السّكينة و المودّة و المعاشرة بالمعروف، و احترام الحقوق المتبادلة. و هذا ما يمثّل الغاية المقاصدية لهذا الميثاق الغليظ، فإذا انتفت هذه الغاية ما كان للعقد أن يبقى، و هذا أساس تشريع طلب الزّوجة التّفريق بينها و بين زوجها عن طريق القضاء، رغم كونه أبغض الحلال إلى الله؛ لأنّ العيش في ضنك الضّرر بناء على عقد غايته المودّة و السّكينة لا يليق بحال. و لما كان الضّرر هو النّقطة المحوريّة التي تدور عليها مشروعية التّفريق القضائي، وجبت إزالته على شرط إثباته بكافّة طرائق الإثبات الشرعيّة و القانونيّة؛ خضوعاً لمبدأ العدالة و سعياً وراء الاستقرار، و تحقيقا للمصلحة العامّة. و لكن في بعض الحالات الاستثنائية يفترض القانون أو القضاء الضّرر الواقع على الزّوجة، الأمر الذي يربّب آثاراً جوهريّة، و هذا ما يسمّى افتراض النتيجة الضّررية. و لأهميّة هذا الموضوع و حيويّته، جاء بحثي هذا لدراسته و تحليله، و التّدقيق في عناصره، و قد أسميته:

### افتراض النتيجة الضّررية في دعاوى التّفريق القضائي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

#### الإشكالية

إنّه من المعلوم قانوناً، أنّ بعض فقهاء القانون المدني يقسّمون الضّرر، من حيث الإثبات، إلى قسمين: ضرر مفترض و ضرر واجب الإثبات. و ما يهمّ هذا البحث هو القسم الأوّل من هذا التقسيم المنهجي، أي الضّرر المفترض. فالقانون أو القاضي كلاهما قد يعفّي المدعي من إثبات النتيجة الضّررية الواقعة عليه في أحوال استثنائية، إذا أقام قرينة على وقوعها. كما نعلم أيضاً، أنّ الضّرر إنّما يعدّ العنصر الجامع بين حالات التّفريق القضائي جميعها، على أساس أنّ الغاية من التّفريق في كلّ حالة هي إزالة الضّرر الواقع على الزّوجة. و نكاد نجد في كتابات الفقهاء القدامى و المعاصرين تقسيماً واحداً لحالات الضّرر يقوم على السّببية. و قد سلك المشرّع الجزائري كغيره من المشرّعين في الدّول الإسلاميّة و العربيّة المسلك نفسه. و تأسيساً على المنهجية المتبعة، يمكن أن نقسّم النتيجة الضّررية إلى قسمين:

النتيجة الضّررية محدّدة السّبب (سواء كان السّبب فعلاً ضارّاً كعدم الإنفاق، أو إباحة كتعدّد الزّوجات)، و النتيجة الضّررية المطلقة عن أيّ قيد سببي. و التي نجدّها واضحة في حالات التّفريق للضرر

الموجودة على مستوى الفروع الفقهية، التي فتنها المشرع الجزائري في المادة (53/ف10) من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، و نصّها: (كلّ ضرر معتبر شرعا). و بناء على ذلك نجد الفقهاء يقسمون حالات التفريق القضائي تقسيما تقليديا واحدا: التفريق لعدم الإنفاق، التفريق للعيوب، التفريق للغيبة، التفريق للحبس، التفريق للهجر، التفريق للضرر، و غيرها من الحالات. و قد سلكت قوانين الأحوال الشخصية الإسلامية و العربية المسلك نفسه، مع بعض الإضافات و التغييرات.

فما مدى اتساع نطاق الافتراض في دائرتي النتيجة الضرورية المحددة السبب و النتيجة الضرورية المطلقة عن أي قيد سببي؟، أي:

- هل الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزامات المترتبة على عقد الزواج يعتبر ضررا مفترضا؟
- و هل الضرر الناتج عن العيوب و مخالفة الشروط الاتفاقية و كذا التعدد و الشقاق المستمر يعدّ كذلك، أم أنه ضرر واجب الإثبات على الزوجة حتى يفرق القاضي بينها و بين زوجها؟
- و هل الأضرار التي تدخل في دائرة الضرر المطلق كلّها أضرار واجبة الإثبات أم أنّ منها ما هو مفترض؟
- و ما هي الآثار العملية المترتبة على افتراض الضرر الناتج؟

## أهمية البحث

لا ريب أنّ دراسة كهذه ذات أهمية حيوية؛ لكونها قد تكون مساهمة في إزالة اللبس الذي كثيرا ما يثقل كاهل القضاة الذين يتكفلون بالفصل في دعاوى التفريق، و التي كثيرا ما تعرض عليهم محاطة في غالب الأحيان بالغموض الذي يكون عائقا أمام القاضي في اتخاذ القرار الملائم المبني على اقتناعه الشخصي و إصدار الحكم بعد ذلك. وقناعة القاضي الشخصية لا يمكن أن تتحرّك بفاعلية و حيوية إلاّ في إطار الوضوح والدقة. وعلى كلّ حال، فإنّ هذه الدراسة تكتسب أهميتها الحيوية من خلال اتصافها بمجموعة من الخصائص التي أراها ضرورية في أيّ بحث أكاديمي معاصر، ويمكن إنجازها فيما يأتي:

1. التدقيق في تحديد نطاق النتيجة الضرورية المفترضة.
2. أن يكون إضافة إيجابية و جدية إلى ميراث السابّقين العلمي؛ لتعلّق الموضوع بصفة لصيقة بركن الضرر، ألا وهي الافتراض، الأمر الذي كان دافعا لي لاختيار هذا الموضوع.

## أسباب البحث

و إضافة إلى ذلك، يمكن أن أحصر الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع في نقطتين رئيسيتين:

1. الحاجة العلمية لمثل هذه الدراسات الدقيقة، والتي تتطلبها مسيرة البحوث الأكاديمية، ونقص الدراسات المتعلقة بالافتراض في قضايا الأحوال الشخصية عامة، و قضايا التفريق القضائي على وجه الخصوص.
2. الميول الشخصي لمثل هذه المواضيع والدراسات المحققة لأهداف علمية، هي طموح البحث الأكاديمي المعاصر في المجال الفقهي و القانوني.

## أهداف البحث

- و خلاصة الأهداف التي أريد الوصول إليها من خلال هذه الدراسة تتمثل أساسا فيما يلي:
1. وضع الحدود المفاهيمية للنتيجة الضرورية المفترضة و بيان امتدادها و نطاقها، حتى يكون طرفا العلاقة الزوجية على وضوح من أمر حقوقهما.
  2. رفع اللبس الموجود على مستوى التكييف المرتبط مرحليا بالإثبات (فالإثبات يأتي بعد التكييف)؛ ليكون قضاة الموضوع على بينة من أمرهم.
  3. تكميل ما وصل إليه السابِقون، وما قاموا به من دراسات في هذا الموضوع.

## الدراسات السابقة

و غوصي في أغوار هذا البحث، وتجرتني على تحليل عناصره، ودراسة جزئياته من أجل الوصول إلى حل إشكاليته، إنما كان ثمرة لدراسات نيرة سابقة، قام بها فقهاؤنا الأجلاء، معاصروهم وسابقوهم، وكذا فقهاء القانون المختصون، حيث قاموا بدراسة هذا الموضوع دراسة فاحصة، إلا أن دراساتهم ربما تختلف نوعا ما عما أودّ القيام به، من حيث التدقيق في عنصر الضرر والغوص في أغواره و تحديد ماهيته

بتكليفه من الناحية الفقهية و القانونية، و الدراسات السابقة، في حدود علمي، إنما كانت عامة نوعاً ما؛ لأنها لم تقتصر إلا على دراسة حالة التفريق للضرر و الشقاق كحالة مستقلة تماماً عن حالات التفريق الأخرى، رغم أن الضرر هو العنصر الجامع بينها. كما انصبّت دراساتهم على التدقيق في الضرر واجب الإثبات دون الضرر المفترض، إلا أن بعض المتخصصين أشاروا إلى هذه الفكرة في كتاباتهم النيرة كالأستاذ عبد الناصر توفيق العطار الذي نوّه إلى ذلك في كتابه الأسرة و قانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985، ولكنه لم يتوسّع في تحليل فكرته وتفصيلها، وهو ما ذهب إليه المستشار أحمد نصر الجندي في كتابه التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2000.

و رغم كثرة و تنوع الدراسات المتعلقة بالضرر في العلاقة الزوجية إلا أنها لم تتطرق، حسب علمي، إلى مسألة التكيف من حيث الإثبات، كما أنها تطرقت إلى دراسة الضرر المطلق فحسب، فحدّدت معياره ونطاقه وشروطه، فقها وقانوناً، وكان الضرر مرتبطاً بهذه الحالة فقط، مهمة بذلك فكرة العنصر الجامع.

## منهج البحث

- ولتبيّن عناصر هذه الدراسة؛ لبلوغ الأهداف المرجوة منها، اعتمدت المنهج التحليلي. وبناء على ذلك قمت بتحليل جزئيات البحث، الجزئية تلو الجزئية، فـ:
1. قمت بتحليل آراء بعض الفقهاء و أقوالهم وتوجهاتهم.
  2. قمت بتحليل النصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالموضوع، ومقارنتها من حين لآخر مع قوانين الأسرة لدول أخرى، وكذا تحليل أهمّ القرارات والمبادئ التي أقرتها المحكمة العليا الجزائرية.
  3. خلصت إلى النتائج التي تخدم إشكالية البحث.
- و ليس معنى هذا، أن المنهج التحليلي هو المنهج الوحيد المعتمد في البحث، وإنما هو الطابع العام الذي يغلب عليه، مستتيراً بمناهج أخرى مساعدة، كالمنهج المقارن الذي يعدّ من أهمّ المناهج الميسرة لعملية التحليل والاستنتاج في هذا البحث.

## خطّة البحث

و لحلّ إشكالية بحثي، وبلوغ الأهداف المرجوة منه، قسّمته إلى فصلين:  
 الفصل الأوّل: و تعرّضت فيه لدراسة علاقة الزوج بزوجه أصلا و استثناء، و النتيجة الضّررية  
 مفهوما و موقعا في (مبحث أوّل)، ثمّ دراسة أساس افتراض النتيجة الضّررية و هو القرينة قانونا و فقها  
 في (مبحث ثان)، و في المبحث الثالث و الأخير قمت بدراسة آليات إزالة النتيجة الضّررية ابتداء بالتفريق  
 القضائي و انتهاء بالخلع.

الفصل الثاني: و قسّمته إلى ثلاثة مباحث، المبحث الأوّل تكفّلت فيه بدراسة تكييف النتيجة  
 الضّررية المحدّدة السبب ابتداء من الأضرار الناتجة عن الإخلال بالالتزامات الزوجية و مرورا بالعيوب و  
 مخالفة الشّروط المتفق عليها و وصولا إلى التعدّد و الشّقاق المستمرّ. أمّا المبحث الثاني فقد خصّصته  
 لدراسة تكييف النتيجة الضّررية المطلقة عن أيّ قيد سببيّ، فابتدأت فيه بدراسة معيار النتيجة الضّررية  
 المطلقة و إثباتها، ثمّ دراسة الافتراض القضائي في التفريق بدراسة مسلك المحكمة العليا فيه و ضوابطه، و  
 أخيرا تعرّضت بالدراسة للضرر في الخلع و تكييفه. أمّا المبحث الثالث فجعلته خاصّا لدراسة الآثار  
 العملية لافتراض النتيجة الضّررية، ابتداء بسقوط عبء الإثبات، جزئيا و كليّا، و انتهاء بإثبات الأسباب  
 المنتجة للأضرار.

و في الأخير، و ضعت خاتمة عرضت فيها جميع النتائج التي توصلت إليها، بعد إخضاعها لجزئيات  
 هذا البحث للمنهج التحليلي المعتمد في الدّراسة و المعصّد بالمنهج المقارن بين الحين و الآخر.

# الفصل الأول :

أساس افتراض النتيجة

الضرورية

وآليات إزالتها

المبحث الأول :

أوليات حول النتيجة الضرورية

الواقعة على النزوجة

## المطلب الأول: علاقة الزوج بزوجه

إن الأصل في علاقة الزوج بزوجه يحدده قول الله تبارك و تعالی: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>1</sup>، كما أن قوله تعالی: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>2</sup> هو الذي أعلن بوضوح جازم حقوق المرأة في الإسلام، و لهذا كان لازماً أن أتطرق إلى هذا الأصل بشيء من التفصيل في (فرع أول) حتى يتبين لنا مفهوم الاستثناء بعد ذلك في (فرع ثان).

### الفرع الأول: المعاخرة بالمعروف

إذا كان الإضرار كسلوك محلّ بالتوازن الاجتماعي على مستوى العلاقات الإنسانية الخارجية يدخل في إطار المحرمات في التشريع الإسلامي، فهو أشدّ حرمة، من باب أولى، إذا كان نطاقه العلاقات الأسرية. فالقاعدة التي تضبط هذا النوع من العلاقات هو التزام طرفيها بالاسترشاد بالأوامر الشرعية المنصوص عليها، و التشاور في غير المنصوص عليها ومنع الضرر و الضرار بينهما<sup>3</sup>، و خاصة من جهة الزوج؛ لأنّ القوامة على الأسرة في المنظور الإسلامي هي قوامة رعاية و إدارة، و ليست قوامة أفضلية ذاتية عند المولى تبارك و تعالی، فهي عنوان على كفاءة يتمتع بها القائم بأعباء هذه المسؤولية<sup>4</sup>، ف: " لا ضرر و لا ضرار"<sup>5</sup>، و قد قال رسول الله صلّى الله عليه و سلّم: " خيركم خيركم لأهله و أنا خيركم

<sup>1</sup> سورة النساء: آية 19.

<sup>2</sup> سورة البقرة: آية 228.

<sup>3</sup> رضا (محمد رشيد)، حقوق النساء في الإسلام، د.ط، باتنة، الجزائر، دار الشهاب للطباعة و النشر بالتعاون مع مكتبة التراث الإسلامي بالقاهرة، د.ت، ص 30.

<sup>4</sup> د. البوطي (محمد سعيد)، المرأة بين طغيان النظام الغربي و لطائف التشريع الرباني، ط1، دمشق، سوريا، دار الفكر، 2000، ص 100.

<sup>5</sup> أخرجه ابن أنس (مالك) عن عمرو بن يحيى المازني في الموطأ، د.ط، الاسكندرية، مصر، المكتب الجامعي الحديث، د.ت، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، رقم الحديث: 31، ص 411، و أخرجه الحافظ ابن ماجه (أبو عبد الله محمد) في سننه، ط1، بيروت، دار ابن حزم، 2001، كتاب الأحكام، باب من بين في حقّه ما يضرّ بجاره، رقم الحديث: 2341، ص 348، و أخرجه الحاكم النيسابوري عن أبي سعيد الخدري في المستدرک على الصحيحين و بذيله التلخيص للحافظ الذهبي، ج2، د.ط، بيروت، دار الكتاب العربي، د.ت، كتاب البيوع، ص 57-58، و قال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم و لم يخرجاه. و انظر في ذلك أيضاً: ابن رجب الحنبلي (زين الدين)، جامع العلوم و الحكم، ط1، بيروت، دار الفكر، 2004، ص 313 و ما بعدها.



لأهلي<sup>1</sup>، و "أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم خلقاً و خياركم خياركم لنسائهم"<sup>2</sup>. وقد أوصى النبي - صلى الله عليه وسلم - بالنساء قائلاً: "من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يؤذي جاره و استوصوا بالنساء خيراً، فإنهن خلقن من ضلع، و إن أعوج شيء في الضلع أعلاه، فإن ذهبت تقيمه كسرته، و إن تركته لم يزل أعوج فاستوصوا بالنساء خيراً"<sup>3</sup>. فلا يحل للزوج شرعاً أن يضار زوجته أو يسيء عشرتها، أو أن يأخذ مالها بدون إذنها، أو أن يتصرف فيه، فهو ملكها و حق من حقوقها<sup>4</sup>،

<sup>1</sup> أخرجه ابن ماجه في سننه من حديث ابن عباس، كتاب النكاح، باب حسن معاشره النساء، رقم الحديث: 1977، ص 293.

<sup>2</sup> أخرجه الترمذي (أبو عيسى محمد) من حديث أبي هريرة، و اللفظ له، سنن الترمذي و هو الجامع الصحيح، حققه و صححه عبد الرحمن محمد عثمان، ج2، ط2، بيروت، دار الفكر، 1983، أبواب الرضاع، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، ص 315، قال أبو عيسى: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح، و أخرجه ابن حنبل (أحمد) في المسند، ج13، دط، مكتبة التراث الإسلامي، شرحه و صنع فهارسه أحمد محمد شاكر و أمه د. الحسيني عبد المجيد هاشم، 1994، رقم الحديث: 7396، ص 133، بلفظ: "و خيارهم خيارهم لنسائهم".

<sup>3</sup> أخرجه البخاري (أبو عبد الله محمد) من حديث أبي هريرة، و اللفظ له، صحيح البخاري، ج6، دار الفكر، طبعة بالأوفست عن طبعة دار الطباعة بالعامة باستانبول، 1981، كتاب النكاح، باب الوصية بالنساء، ص 145، و أخرجه مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ج 10، د.ط، دار الفكر، 1981، كتاب الرضاع، باب الوصية بالنساء، ص 57.

<sup>4</sup> و قد جاءت المادة (37) المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 2005/02/27) المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة (الجريدة الرسمية عدد 24 المؤرخة في 1984/06/12) مصرحة و وضوحاً باستقلال الذمة المالية للزوجة، فصّحت على أن: (لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر..)، و ذلك بناء على أحكام التشريع الإسلامي. و كما تجدر ملاحظته أن القوانين الأوروبية لم تكن تتعامل مع الزوجة إلا على أساس أنها قاصرة و متذبذبة لا قرار لها، فقد كانت ممنوعة من أن تكون طرفاً في معاملات مالية تخص ملكيتها، فالزوج هو الذي كان يتكفل بذلك إلى وقت غير بعيد. ففي بريطانيا مثلاً، التي كانت شخصية المرأة فيها مؤسسة بصورة كلية على شخصية زوجها، قد صادقت هيئتها التشريعية على قانونين أولهما سنة 1870 و الثاني سنة 1882 و الذي حمل اسم (قانون ملكية المرأة المتزوجة)، فبموجبهما رفع قيد الحجر عن المرأة البريطانية. و في ألمانيا لم يكن ذلك إلا في سنة 1900، و تبعتها سويسرا سنة 1907، و لكن المرأة المتزوجة ظلت في ظل القانون المدني الفرنسي على حالها إلى غاية سنة 1938، حيث تغيرت وضعيتها القانونية إلى حد معين، فأصبحت تتمتع بأهليتها المدنية، و اكتمل الأمر بقانون 13 جويلية 1965 الذي جاء نتيجة للتعديل الذي تضمن قانون الأنظمة المالية للزوجين، و الذي كرس المساواة الفعلية التامة بين الزوج و الزوجة. و هذا التغيير القانوني في الدول الغربية، و بصفة خاصة في الدول الأوروبية، لم يكن مؤسساً على مبادئ أو ثوابت إنما كان ذلك بدافع الآلة الاقتصادية، حيث إن تغيير الوضعية الاقتصادية للمرأة و التغييرات السريعة التي تعرضت لها العادات و الأعراف القديمة قدم المسيحية ذاتها، لا يمكن أن تُفسر إلا بالتنوع الاقتصادي و الثورة الصناعية الأوروبية، و ما يدل على ذلك فعلياً قانون 1882 البريطاني، و هو أول قانون أوروبي حرر المرأة اقتصادياً و نزع عنها رباط القيد الزوجي، و الذي يمثل أعلى المبادئ المعنوية و الأخلاقية المسيحية، إنما خرج إلى حيز الوجود بفضل (باترونا) المصانع داخل مجلس العموم (La chambre de communes) البريطاني، و هذا بغرض جلب النساء إلى المصانع و إخراجهن من دورهن المترلي الفعال؛ و ذلك لأن الأجرة التي يتقاضينها مقابل عملهن في المصانع يعدّ زهيدا جداً في مقابل ما يأخذه الرجل و هذا ما يخدم (الباترونا). أنظر:

Steck (Ph.) *Droit et famille*, Paris, Economica, 1997, p. 13.

Voirin (P.), Goubeaux (G.), *Droit civil :Droit privé notarial, Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, 21<sup>ème</sup> éd., t2, Paris, L.G.D.J, P.10.

Motahhary (Ayatollah Mortadhâ), *Les droits de la femme en Islam*, Traduit et édité par Abbas Ahmad al-Bostani, Canada(Montréal), La cité de savoir, <http://www.albouraq.org/livres/bbdrtfemislam.htm>.

فأخذ أموال الزوجة دون إذنها إضرار بها، و التّشريع الإسلامي يمنع الإضرار منعا مطلقا، و يجرّمه تحريما قاطعا. فكل الأعمال التي تكون نتيجتها أضرار تقع على الزوجة، إن على جسدها أو على مالها أو على معنوياتها هي مناكر يجب مقاومتها و منعها بجميع الوسائل الممكنة و المشروعة<sup>1</sup>. و قد تكون هذه الأضرار واقعة، كما قد تكون متوقّعة، فإذا كانت واقعة فهي غير مشروعة الإبقاء، فتجب إزالتها سواء كانت ناشئة عن فعل غير مشروع أصلا أو عن فعل مشروع<sup>2</sup>، فالضّرر يُزال<sup>3</sup>، و إذا كانت متوقّعة و جب دفعها؛ لأنّ دفع الضّرر قبل الوقوع أولى من رفعه و إزالته بعد الوقوع<sup>4</sup>، فالضّرر يدفع بقدر الإمكان<sup>5</sup>. فالمطلوب من الزوج أن يعاشر زوجته بالمعروف، و ذلك توفية لحقها من الإنصاف في التّفقة و المبيت<sup>6</sup>، و أن يطيب و يحسّن أفعاله و هيئته بحسب قدرته كما يجبّ هو ذلك منها<sup>7</sup>، مصداقا لقول الله تبارك و تعالى: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، فالتّضييق في التّفقة و الإيذاء بالقول أو الفعل و كثرة عبوس الوجه و تقطيعه عند اللّقاء كلّ ذلك ينافي العشرة بالمعروف<sup>8</sup>، و كذلك هجرها و إيثار امرأة عليها و سبّ و الديها و ضربها، ممّا يؤسّس دعوى التّفريق<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> بغدادي (مولاي ملياني)، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، د.ط، البليدة، الجزائر، قصر الكتاب، 1997، ص 205.

<sup>2</sup> د. الدريني (فتحي)، نظرية التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط3، بيروت، مؤسّسة الرّسالة، 1981، ص 227.

<sup>3</sup> أصل هذه القاعدة قوله صلى الله عليه و سلّم: " لا ضرر و لا ضرار ". و هذه القاعدة بينى عليها كثير من أبواب الفقه، من ذلك الردّ بالعيب و جميع أنواع الخيار، و فسخ النكاح بالعيوب أو بالإعسار، و الشّفعة، و القصاص و الحدود و الكفّارات و ضمان التلّفات و الجبر على القسمة، و نصب الأئمة و القضاة و دفع الصّائل، إلى غير ذلك من الأبواب الفقهية. و بنيت عليها عدّة قواعد، منها: يُتحمّل الضّرر الخاص لأجل دفع الضرر العامّ، إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أحفهما، درء المفسد أولى من جلب المصالح، الحاجة تُترل منزلة الضرورة.

أنظر: السيوطي (جلال الدين)، الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1990، ص 83-84.

ابن نجيم (زين العابدين)، الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1993، ص 85 و ما بعدها.

<sup>4</sup> د. الدريني (فتحي)، المرجع نفسه، ص 227.

<sup>5</sup> هذه القاعدة تفيد و جوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل المتاحة وفقا لقاعدة المصالح المرسلّة و السياسة الشرعية. فهي من باب سدّ الذرائع. و يكون دفع الضرر بقدر الاستطاعة؛ لأن التّكليف الشرعي مقترن بالقدرة على التنفيذ. أنظر: د. السّدّان (صالح)، القواعد الفقهية الكبرى و ما تقرّع عنها، ط1، الرياض، دار بلنسية، 1417 هـ، ص 508.

<sup>6</sup> أ.د. الزحيلي (وهبة)، التفسير المنير في العقيدة و الشريعة و المنهج، ج4، ط1، بيروت- دمشق، دار الفكر- دار الفكر المعاصر، 1991، ص 302.

<sup>7</sup> ابن كثير (عماد الدين)، تفسير القرآن العظيم، ج2، د.ط، بيروت، دار الأندلس، د.ت، ص 229.

<sup>8</sup> رضا (محمد رشيد)، تفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار، ج4، ط2، بيروت، دار المعرفة، د.ت، ص 456.

<sup>9</sup> الدسوقي (شمس اللّدين محمد)، حاشية الدسوقي على الشّرح الكبير للدردير، و بهامشه تقارير المحقّق عليش، ج2، د.ط، دار الفكر، د.ت، ص 345.

## الفرع الثاني: الاستثناء

إنّ النساء أمام قوامة الرّجل عليهنّ نوعان، نساء صالحات ملتزمات بالقواعد الشرّعية المنظّمة للحياة الزوجية و هذا النوع ليس للأزواج، و هم يستخدمون قوامتهم، عليهنّ من سبيل. أمّا غيرهنّ اللّواتي يحاولن الخروج عن قواعد الزوجية، و هو النوع الثاني من النساء، فقد وضع القرآن الكريم نظماً محدّدة و دقيقة لإصلاحهنّ و ردهنّ إلى مكانتهنّ الطّبيعية. هذه التّظم تشكّل في مجموعها منهج التّأديب و الإصلاح، و هنا فقط تقوم حالة الاستثناء عن القاعدة، فلا يثور هذا الاستثناء إلّا في حالة نشوز الزّوجة. فولاية الزّوج على زوجته تأديبية ثابتة بقوله تبارك و تعالّى: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُمْ فَعِظُوهُمْ ۖ وَاهْجُرُوهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُمْ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾<sup>1</sup>، و بقول النّبىّ صلّى الله عليه و سلّم: " ألا واستوصوا بالنساء خيراً فإنما هنّ عندكم عوان، ليس تملكون منهنّ شيئاً غير ذلك، إلّا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهنّ في المضاجع واضربوهنّ ضرباً غير مبرّح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهنّ سبيلاً"<sup>2</sup>.

و نشوز<sup>3</sup> الزّوجة هو أن تنفر عن زوجها، بحيث لا تطيعه إذا دعاها للفراش أو تخرج من منزلها بغير إذنه و نحو ذلك<sup>4</sup>، و هو (الخروج عن الطّاعة الواجبة كأن منعه الاستمتاع بها أو خرجت بلا إذن إلى محلّ تعلم أنّه لا يأذن فيه)<sup>5</sup>. فكما حدّدت الشّريعة الإسلامية بدقّة موضع استعمال حقّ الولاية التّأديبية و هو التّشوز، فإنّها حدّدت بدقّة مشاهمة الوسيلة و الغاية على حدّ سواء<sup>6</sup>. فرتّبت الشّريعة الإسلاميّة وسائل التّأديب معتمدة على معيار مدى جسامة كلّ وسيلة، و لهذا نجدها قد تدرّجت من الأخفّ إلى الأشدّ في سلّم هذه الوسائل، و في هذا يقول الإمام الكاساني: (فظاهر الآية و إن كان بحرف

<sup>1</sup> سورة النساء: آية 34.

<sup>2</sup> أخرجه الترمذي في جامعه، عن سليمان بن عمرو بن الأحوص، و اللفظ له، ج2، أبواب الرضاع، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، رقم الحديث: 1173، ص 315، قال أبو عيسى: حديث حسن صحيح، و أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب حق المرأة على الزوج، رقم الحديث: 1851، ص 275.

<sup>3</sup> التّشوز لغة من نشر، و التّشزُّ و التّشزُّ: المن المرتفع من الوادي، و هو أيضا ما ارتفع عن الوادي إلى الأرض، و الجمع نشاز و تشوز. أنظر: ابن منظور، لسان العرب، تحقيق الكبير (عبد الله)، حسب الله (محمد)، الشاذلي (هاشم)، ج6، د.ط، دار المعارف، د.ت، ص 4425.

<sup>4</sup> ابن تيمية (تقي الدين)، التفسير الكبير، تحقيق و تعليق د. عميرة (عبد الرحمان)، ج3، د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت، ص 238.

<sup>5</sup> الدسوقي (شمس الدّين محمد)، المصدر نفسه، ص 343.

<sup>6</sup> د. الدريبي (فتحي)، مرجع سابق، ص 254.

الواو الموضوعية للجمع المطلق لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب و الواو تحتل ذلك<sup>1</sup>. و أول تلك الوسائل البنائية الموعظة، و هي أقرب الحلول و أسرها؛ لأنها بديل يتّصف بالحوار و بمسحة إنسانية في التعامل مع الزوجة المتمردة، و يمثل بداية استراتيجية تستعمل تقنيات علم النفس، و هي ضرب من التعامل الحضاري مع كرامة الزوجة<sup>2</sup>، فيجوز أن يكون ما ظهر منها لضيق صدر من غير جهة الزوج<sup>3</sup>، فيكون واجبا على الزوج أن يتبين سبب التفور و يحدّد بالضبط نقطة الإشكال، و لهذا كانت هذه المرحلة لازمة.

و مضمون الوعظ و الإرشاد أن يُذكر الزوج زوجته بالله -جلّ و علا-، و ما فرض عليها من واجبات مع بيان حقوقه و ما ورد في الشرع من ذلك<sup>4</sup>، و لا يقتصر التصحّح على مدّة واحدة، فطبائع النساء تختلف و تتنوّع، فمنهنّ من تسمعن منذ الوهلة الأولى، و منهنّ من يكون استرشادهنّ بعد عسر و مشقّة<sup>5</sup>. و لا يجوز للزوج أن ينتقل من مرحلة الإصلاح بالإرشاد و الموعظة إلى مرحلة الهجر حتّى يحصل له الظنّ أنّ المرحلة التي قبلها أصبحت لا تجدي نفعا و لا تفيد<sup>6</sup>، فإذا حصل الظنّ جاز له الانتقال إلى ترك الاستمتاع بها بالهجر في المضجع لا في الكلام؛ لأنّ الهجر في الكلام منهّي عنه إذا زاد على ثلاثة أيام<sup>7</sup>، و دليل ذلك حديث النبي صلّى الله عليه و سلّم: " لا يحلّ لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام"<sup>8</sup>، و الأولى كونه شهرا و له الزيادة عليه دون بلوغ أربعة أشهر<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> الكاساني (علاء الدين)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ط2، بيروت، دار الكتاب العربي، 1982، ص 334.

<sup>2</sup> الذوايدي (محمد)، قراءة سوسولوجية لقضايا النشوز و الشقاق و الطلاق بين الزوجين في القرآن، Structures familiales et rôles sociaux (Actes du...), colloque sur les structures familiales et rôles sociaux de l'institut supérieur de l'éducation et de la formation continue, Tunis, 3-4 Fev. 1994, Tunis, SERES éd., 1994, P. (63-79).

<sup>3</sup> الشّيرازي (أبو إسحاق)، المهذب في فقه الإمام الشافعي و معه النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد أحمد بن محمد بطال المراكبي اليمني، ضبط عميرات (زكريا)، ج2، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995، ص 486.

<sup>4</sup> الشّريبي (محمد الخطيب)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام ابن شرف النووي (أبو زكريا)، ج3، د.ط، دار الفكر، د.ت، ص 259.

<sup>5</sup> د. الصّابوني (عبد الرّحمان)، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط3، دار الفكر، 1983، ص 743.

<sup>6</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 343.

<sup>7</sup> البهوتي (منصور بن يونس)، الرّوض المربع بشرح زاد المستقنع، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، 2005، ص 282.

الشّيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ص 487.

<sup>8</sup> أخرجه البخاري في صحيحه من حديث عائشة، ج7، كتاب الأدب، باب الهجرة و قول رسول الله صلّى الله عليه و سلّم لا يحلّ لرجل أن يهجر أخاه فوق ثلاث، ص 90، و أخرجه مسلم في صحيحه، و اللفظ له، ج16، كتاب البرّ و الصلّة و الآداب، باب تحريم الهجر فوق ثلاث بغير عذر شرعي، ص 117.

<sup>9</sup> الآبي (صالح)، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التّبريل، ج1، د.ط، بيروت، دار الفكر، د.ت، ص 328.

و لا يجوز الانتقال إلى المرحلة الثالثة إلا بعد فشل مرحلة الهجر<sup>1</sup>، و لهذا وجب على الزوج أن يجرب و يصلح ما أمكنه ذلك، فإن أطاعته و ندمت على فعلها و سلوكها ما جاز له أن ينتقل إلى مرحلة الضرب مصداقا لقوله تبارك و تعالى: ﴿ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾، و إلا كان الضرب تدرّجا في محاولة الإصلاح بين الزوجين لمصلحة الاستقرار الأسري الذي هو أساس البناء الاجتماعي، لا لمصلحة الزوج، و لهذا كان التأديب بالضرب خيرا من التأديب بالطلاق؛ لأن الضرر الناتج عن هذا الأخير ضرر مرتد<sup>2</sup>. و ضرب التأديب المباح هو الضرب الموصوف بغير المبرح<sup>3</sup>، فالمقصود منه هو الصلاح و ردّ الزوجة إلى الطاعة<sup>4</sup>، و التزاما بما أوصى به نبينا صلى الله عليه وسلم: " .. فَإِنْ فَعَلْنَ فَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مَبْرَحٍ .. ". فإذا تجاوز الزوج حدّ الضرب المشروع كان حقا للزوجة أن تطلب الطلاق من القاضي و القصاص<sup>5</sup>، حتى و ولو علم أنها لا تترك التشور إلا به<sup>6</sup>. فحقّ الزوج في التأديب مقيد بوصف السلامة<sup>7</sup>؛ لأنه تأديب مباح، فيجب على الزوج عدم الإضرار بزوجه أصلا<sup>8</sup>. و قد يتصور أنّ الزوج يكون ملزما في حالة إصرار الزوجة على نشوزها أن يلجأ إلى هذه الوسيلة، و لكن في الحقيقة فلا إزام على الزوج في ذلك، فقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم في مناسبات عدّة الأمر باجتنابه حتى قيل أن الضرب في القرآن نُسخ في السنة لكثرة ما نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم<sup>9</sup>، فقد ورد عنه أنّه قال: " لا تضربوا إماء الله "، فجاء عمر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ذرّن<sup>10</sup> النساء على أزواجهنّ، فرخص في ضربهنّ، فأطاف بآل رسول

<sup>1</sup> عليش (محمد)، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، و بهامشه حاشية المسماة تسهيل منح الجليل، ج2، د.ط، دار صادر، د.ت، ص 176.

<sup>2</sup> الضر المرتد هو الضر الذي يتعدى الضرور إلى غيره فمن لهم علاقة به و يسمّى كذلك الضر المنعكس.

<sup>3</sup> الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ص 334.

الحطّاب (محمد)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج4، ط3، دار الفكر، 1992، ص 15.

شطا (أبو بكر عثمان)، حاشية إعانة الطالبين، ضبطه و صححه هاشم (محمد)، ج4، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995، ص 275.

الغزالي (أبو حامد)، إحياء علوم الدين، ج2، د.ط، بيروت، دار المعرفة، د.ت، ص 49.

<sup>4</sup> الرملي (شمس الدين)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، بيروت، دار الفكر، 1984، ص 391.

<sup>5</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 343.

<sup>6</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، المصدر نفسه، ص 343.

<sup>7</sup> د. أبو الوفا (أبو الوفا)، العنف داخل الأسرة بين الوقاية و التجريم و العقاب في الفقه الإسلامي و القانون الجنائي، د.ط، الاسكندرية، مصر دار الجامعة الجديدة، 2000، ص 51.

<sup>8</sup> د. بهنسي (أحمد)، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، ط1، بيروت، دار الشروق، 1983، ص 257.

<sup>9</sup> د. الصّابوني (عبد الرحمان)، مرجع سابق، ص 747.

<sup>10</sup> ذر الرجل فرع، و ذر ذرا فهو ذرّ: غضب. و قد ذرّه أي كرهه و انصرف عنه. أنظر: ابن منظور، مصدر سابق، ج3، ص 1481.

الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نساء كثير يشكون أزواجهنّ، فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " لَقَدْ طَافَ بِآلِ مُحَمَّدٍ نِسَاءٌ كَثِيرٌ يَشْكُونَ أَزْوَاجَهُنَّ لَيْسَ أَوْلَتْكَ بِخَيْرٍ كَمَّ " <sup>1</sup>. و الأحاديث الناهية عن الضرب إنّما تُحمّل على أنّ الأولى للزوج العفو عنه، أو أنّها تُحمّل على الضرب بغير سبب، و لا تُحمّل على التسخ <sup>2</sup>، و بناء على ذلك فإنّ الخيار الأفضل للزوج ترك الضرب <sup>3</sup>.

و على كلّ حال، ففي حالة ما إذا اعتمد الزوج هذه الوسيلة بعد عدم نجاح العلاج بالوسائل الأولى، و حايده قاعدة الأولى العفو التي قررها بعض الفقهاء، فإنّه إذا غلب على ظنّه أنّ الضرب لا يفيد فلا يجوز له ضربها <sup>4</sup>، و يؤكّد هذا الأمر العلامة خليل في قوله: (ثمّ ضربها إن ظنّ إفادته) <sup>5</sup>، و هو ما يؤكّده الشيخ عليّش في قوله: (فإن تحقّق أو ظنّ عدم إفادته أو شكّ فيها فلا يضربها؛ لأنّها وسيلة إلى إصلاح حالها و الوسيلة لا تُشرّع عند ظنّ عدم ترتّب المقصود عليها) <sup>6</sup>، و كذلك إذا خشى أن يترتّب عليه مشوّش للعشرة يعسر تداركه <sup>7</sup>، فـ: (كلّ تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل) <sup>8</sup>، و الملاءمة مطلوبة <sup>9</sup>، فالحقّ وسيلة شرعت لغاية معيّنة، فلا يجوز استعمالها في غير غايتها، و الوسيلة إذا غلب على الظنّ عدم إفضاؤها إلى الثمرة المرجوة منها، لم تُشرّع <sup>10</sup>؛ لمناقضة قصد الشارع من تشريعه هذا الحقّ، و هي مناقضة باطلة <sup>11</sup>. و إذا ما خولفت هذه الضوابط التي وضعها الفقهاء لضبط نظام التأديب نتج عن

<sup>1</sup> أخرجه الحافظ السجستاني (أبو داود سليمان) في سننه، عن إياس بن عبد الله بن أبي ذباب، و اللفظ له، ط1، بيروت، دار ابن حزم، 1998، كتاب النكاح، باب في ضرب النساء، رقم الحديث: 2146، ص 329، و أخرجه ابن ماجه في سننه بلفظ: (لا تُضربنّ إماء الله) عن إياس، كتاب النكاح، باب ضرب النساء، رقم الحديث: 1985، ص 294، و أخرجه التارمي (أبو محمد عبد الله) عن إياس، سنن الدارمي، ج2، دط، بيروت، دار الفكر، د.ت، كتاب النكاح، باب في النهي عن ضرب النساء، ص 147.

<sup>2</sup> الشريبي (محمد الخطيب)، مصدر سابق، ص 260.

<sup>3</sup> الشافعي (محمد بن ادريس)، الأم، اعتنى به عبد المان (حسان)، د.ط، عمان، الأردن - الرياض، السعودية، بيت الأفكار الدولية، د.ت، ص 962.

الرملي (شمس الدين)، مصدر سابق، ص 390.

<sup>4</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 343.

الخطاب (محمد)، مصدر سابق، ص 15.

الرملي (شمس الدين)، المصدر نفسه، ص 391.

<sup>5</sup> ابن إسحاق (خليل)، مختصر العلامة خليل، صحّحه و علّق عليه الشيخ نصر (أحمد)، دار الفكر، 1981، ص 133.

<sup>6</sup> عليّش (محمد)، مصدر سابق، ص 176.

<sup>7</sup> شطا (أبو بكر عثمان)، مصدر سابق، ص 275.

<sup>8</sup> ابن عبد السلام (عزّ الدين)، القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، تحقيق حماد (نزم) و ضميرته (عثمان)، ج2، ط1، دمشق، دار القلم، 2000، ص 249.

<sup>9</sup> د. الدريني (فتحي)، مرجع سابق، ص 257.

<sup>10</sup> د. الدريني (فتحي)، المرجع نفسه، ص 257.

<sup>11</sup> الشاطي (أبو إسحاق)، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، د.ط، دار الفكر العربي، د.ت، ص 333.



ذلك ضرر يبين يتقل كاهل الزوجة، مما يمكنها من تأسيس دعواها بالتفريق عليه، و لو لم تشهد البينة بتكرره<sup>1</sup> بأن حصل لها مرة واحدة، فلها التفريق على المشهور و يكون طلاقه بائنة<sup>2</sup>.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

<sup>1</sup> ابن إسحاق (خليل)، مصدر سابق، ص 133.

الذردير (أحمد)، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، د.ط، الجزائر، مكتبة رحاب، د.ت، ص 87.

<sup>2</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 345.

## المطلب الثاني: مفهوم النتيجة الضربية و موقعها

إن دراسة افتراض النتيجة الضربية يتطلب منّي، بصورة حتمية و مؤكّدة، التّطرّق إلى مفهوم الضّرر الناتج عن الفعل الضّار، و التعريفات التي وردت بشأنه لدى فقهاء الشريعة و فقهاء القانون على حدّ سواء، حتّى يمكن أن ندرك التعريف الذي يتلاءم مع وصف الافتراض في (فرع أول)، ثمّ التّطرّق إلى موقعه في نظام المسؤولية بين الزوجين في (فرع ثاني).

### الفرع الأول: مفهوم النتيجة الضربية

لم يعرف الفقهاء القدامى الضّرر في الاصطلاح الشرعي و كأنّهم تركوه لمعناه اللّغوي<sup>1</sup>، و أنّ هذا المعنى هو المراد من الضّرر شرعا<sup>2</sup>. و قد عرفه بعض الفقهاء المعاصرين على أنّه هو الفعل الضّار ذاته، كما جاء في كتاب المقارنات: (هو كلّ عمل غير قانوني نتج عنه ضرر للغير)<sup>3</sup>، و عرفه بعضهم على أنّه نتيجة للفعل الضّار فقالوا بأنّه: (الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له، أو بحق من حقوقه)<sup>4</sup>.

و تأسيسا على ذلك فالضّرر كنتيجة للفعل الضّار هو الأذى الذي يلحق بالشخص في المال أو البدن أو الشرف و السمعة<sup>5</sup>. و طبيعة الأذى الذي يلحق بالمضروب تختلف من حالة لأخرى، فقد يكون ذا طبيعة مالية و قد يكون ذا طبيعة أدبية، كما قد يكون ذا طبيعة جسدية. عند ذاك يبدو واضحا أنّ النتيجة الضّررية<sup>6</sup> تنقسم إلى ثلاثة أقسام بناء على طبيعة المصلحة المشروعة محلّ الأذى.

<sup>1</sup> (الضرر) بفتح الضاد أو ضمها ضدّ التّفع، و الضرر سوء الحال كالضّرّ و التّضرّة و التّضرّة، و الضّرأ الشّدة و التّقص في الأموال و الأنفس.

<sup>2</sup> أنظر: الفيروزآبادي (محمد الدين)، القاموس المحيط، ج2، د.ط، دار الكتاب العربي، د.ت، فصل الضاد، باب الرّاء، ص 75.  
<sup>3</sup> الشّعراوي (محمد متولي)، أحكام الأسرة و البيت المسلم، دراسة و تحقيق مركز التراث لخدمة الكتاب و السنة، د.ط، صيدا، بيروت، المكتبة العصرية، 2004، ص 318.

<sup>4</sup> حسين (سيد)، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية و التشريع الإسلامي، ج2، ط1، القاهرة، دار السلام، 2001، ص 793.

<sup>5</sup> د. السعدي (محمد صبري)، شرح القانون المدني الجزائري، ج2، ط1، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، (1983-1992)، ص 75.

<sup>6</sup> د. سراج (محمد)، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ط1، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات و التّشر و التوزيع، 1993، ص 117-118.

<sup>6</sup> لقد اعتمدت مصطلح (النتيجة الضّررية) حتّى يتسنى لكلّ قارىء أن يميّز بين الفعل الضّار و نتيجته، و يبدو الأمر في وضع التباس عندما يتعلّق بحالة الافتراض، ففي هذه الحالة يكون الفعل الضّار ضرا في ذاته، كما سنرى في المطالب الآتية، و عند ذاك لا ندرك الفرق إلّا بتغيير



### أولاً: النتيجة الضرورية المالية :

و هي الأذى الذي يمسّ الشخص في ماله فيذهب كلاً أو بعضاً<sup>1</sup>، و هو يمثّل الخسارة المالية الناتجة عن الإخلال بحقّ أو مصلحة سواء كان الحقّ مالياً أو غير مالي<sup>2</sup>، كالخسارة التي تلحق الزوجة من خلال منع الزوج إيّاها من تسيير أموالها، بالرغم من أن ذمتها المالية<sup>3</sup> مستقلة تمام الاستقلال إن على مستوى الفقه الإسلامي<sup>4</sup> أو على مستوى النصوص القانونية<sup>5</sup>، فإذا ما ترتّب انتقاص للمزايا المالية عند المساس بحقّ الملكية الذي تتمتع به الزوجة، فإنّ الضرر الناتج يكون ذا طابع ماديّ، فتعدّي الزوج على ملكية الزوجة هو إخلال بحقّها ينتج عنه ضرر ماديّ يترتب عليه تحريك آلية التعويض، بشرط أن يكون الضرر محققاً، و ذلك بتحقيقه فعلاً و حالاً، أو أن يكون مؤكّد الوقوع مستقبلاً<sup>6</sup>.

### ثانياً: النتيجة الضرورية الجسدية<sup>7</sup>:

و هي التي يكون محلّها البدن، سواء كان ذلك بإتلاف النفس أو بقطع عضو من الأعضاء أو إذهاب منفعة أو بجرح أو شجّة<sup>8</sup>، أو أن يلحق به أذى كصفع أو ضرب<sup>9</sup>. و عموماً، هي التي تكون نتيجة

المصطلح على نحو لا يخلّ بأركان المسؤولية، و كان اختياري له لصلاحيته لأن يكون ملبياً للغاية المرجوة منه، دون الإخلال بالقواعد المعروفة.

<sup>1</sup> حسين (سيد)، مرجع سابق، ص 794 .

<sup>2</sup> د. السعدي (محمد صبري)، مرجع سابق، ص 76.

<sup>3</sup> الذمة المالية هي مجموع ما يكون للشخص من الحقوق و الالتزامات المالية الحاضرة و المستقبلية، و لفظ الذمة مأخوذ من الشريعة الإسلامية و هي أهلية الوجوب و بذلك تكون مرادفة للفظ (شخص) في القانون المدني، و لذلك فمن الضروري أن تترن لفظ الذمة بلفظ المالية لتحديد معناها في القانون المدني. و ينظر إليها كمجموعة قانونية واحدة متميزة عن عناصرها المالية، فلها كيان مستقل عنها، و مثل الذمة المالية في ذلك كمثل الشخص المعنوي له كيان مستقل عن أعضائه و لا يتأثر بتغيرهم، فهي وعاء افتراضي زوّد به القانون كلّ شخص لتلقّي حقوقه و التزاماته.

أنظر: د. حسنين (محمد)، الوجيز في نظرية الحقّ بوجه عام، د.ط، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ص 138-139.

<sup>4</sup> Motahhary (Ayatolah Mortadhâ), *Ibid*.

<sup>5</sup> تنصّ المادة (37) من القانون رقم 34-11 المتضمّن قانون الأسرة المعدّل و المتمّم بالأمر رقم 02/05: (لكلّ واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر ..).

<sup>6</sup> Marty (G.), Raynaud (P.), *Droit civil : les obligations*, T.1, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, SIREY, 1988, P.451.

د. السعدي (محمد صبري)، المرجع نفسه، ص 77.

<sup>7</sup> هناك كثير من الفقهاء من يلحقها بالقسم الأول، و هو النتيجة الضرورية المادية، باعتبارها تمسّ الجسد لا المعنويات، إلاّ أنني رأيت أن أفرد لها قسماً خاصاً بها على نحو ما ذهب إليه بعض فقهاء القانون المدني.

<sup>8</sup> د. سراج (محمد)، مرجع سابق، ص 118.

<sup>9</sup> حسين (سيد)، مرجع سابق، ص 749.

الاعتداء الجسدي، و لها خصوصية نوعية حيث أنها تجمع بين عناصر الضرر المختلفة المادية و الأدبية أو المعنوية، و كذا تدهور الحالة الاقتصادية للضحية نتيجة عدم تمكنه من ممارسة نشاطاته التي تشكل مصدرا لدخله المادي المعتاد. أما العناصر المعنوية فإنها تتجلى بوضوح في انحسار الحياة الطبيعية الجيدة للضحية، و التي تظهر تحت أشكال متنوعة (آلام، استحالة ممارسة بعض النشاطات المحببة، و غيرها) <sup>1</sup>.

### ثالثا: النتيجة الضرورية الأدبية

و تكمن في المساس بمجموع القيم غير المالية، و معنى ذلك كل ما يكمن في المساس بجميع أشكال الأحاسيس و المشاعر الإنسانية <sup>2</sup>، كالمساس بالشرف إهانة أو شتما أو سباً أو فضحا أو تشنيعا، أو المساس بالحرمة انتهاكا لقدسية الحياة الخاصة و إشهارا لا شرعيا للصور الشخصية، أو إحداث ألم نفسي كالذي تحدثه الخيانة الزوجية <sup>3</sup>، أو هجر الزوج لزوجته بلا موجب شرعي أو سبها أو سب أبيها <sup>4</sup>، أو قطع كلامه عنها و تحويل وجهه في الفراش و إثارة امرأة عليها <sup>5</sup>، فهي عموما تتعلق بالشرف و العرض و السمعة، و لا شك أن حفظ العرض و الشرف و السمعة من المصالح الضرورية التي قصد الشارع الحكيم حفظها و فرض العقوبات الزاجرة عند التعدي عليها <sup>6</sup>.

و النتيجة الضرورية الأدبية نوعان <sup>7</sup>:

- النتيجة الضرورية الأدبية التي تكون ذات أصل مادي، كما رأينا سابقا.

- النتيجة الضرورية المحضة: و هي لا تتصل لا من قريب و لا من بعيد بضرر مادي، كالمساس بالشرف و الشعور نتيجة السب و الشتم و القذف.

<sup>1</sup> Bénabent (A.), *Droit civil : Les obligations*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999, P. 421.

<sup>2</sup> أ.د. أبو السعود (رمضان)، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، د.ط، الاسكندرية، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 364.

Weil (A.), Terré (F.), *Droit civil : Les obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., France, Nancy, Dalloz, 1975, P.668-669.

Marty (G.), Raynaud (P.), *Ibid*, P. 451.

<sup>3</sup> Bénabent (A.), *Ibid*, P. 421.

<sup>4</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 345.

<sup>5</sup> الخطّاب (محمد)، مصدر سابق، ص 17.

<sup>6</sup> د. سراج (محمد)، مرجع سابق، ص 118.

<sup>7</sup> د. حمزة (محمود)، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، ط4، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1986، ص 107-108.

## الفرع الثاني: موقع النتيجة الضررية

إذا كانت المسؤولية الجنائية يتأسس وجودها على الخطأ فحسب، حيث لا يعتبر وجود الضرر أو عدمه، فالمسؤولية المدنية لا تتأسس على مجرد الخطأ، فلا تقوم المسؤولية إلا إذا نتج عن الفعل الضار ضرر محدد؛ لأن غايتها الجوهرية إزالة النتيجة الضررية و التعويض عنها<sup>1</sup>. فوجود الضرر الناتج عن الفعل الضار أمر ضروري لأجل تحريك المسؤولية المدنية، فالضرر ركن متفق عليه فقها وقانونا، فلا مسؤولية ولا تعويض مع انتفائه، وهي قاعدة لا استثناء لها إطلاقا<sup>2</sup>.

و من الناحية الشرعية، فالضرر ركن الضمان باعتبار الماهية التشريعية، ولا يُحكم بالضمان إلا بوجوده، أما بحسب الاصطلاحات الأصولية، فإن الضرر شرط في سبب الضمان وهو العدوان؛ لأن الضمان شرع جبرا للضرر ورفع له عن المعتدى عليه<sup>3</sup>، فما لم ينشأ الهدف لم يجب إعمال آلية إزالته. والقواعد نفسها هي التي تطبق على مستوى المسؤولية بين الزوجين؛ لأنها تشكل الإطار العام الذي ينظم العلاقات الخاصة بين الأطراف. فحتى تقوم مسؤولية الزوج تجاه زوجته لا بد أن تتوفر ثلاثة أركان: الفعل الضار ونتيجته الضررية والعلاقة السببية بينهما. وتبعاً لذلك، لا بد أن تكون هذه الأركان محلاً للإثبات بشتى طرق الإثبات المعروفة قانونا وفقها.

و النتيجة الضررية باعتبارها ركنا من أركان المسؤولية، حتى ولو كان الأمر يتعلق بنظام المسؤولية بين الزوجين، فإنها تشكل واقعة مادية، وبناء عليه لا بد أن تثبتها الزوجة بكافة طرق الإثبات<sup>4</sup>. ولكن قد يقع على هذه القاعدة استثناء، وهو ما يسمى بحالة الافتراض، الذي يترتب على اعتباره سقوط عبء الإثبات عن الواقعة المراد إثباتها مع تحوله إلى واقعة مادية أخرى<sup>5</sup>، وهذه النتيجة الضررية المفترضة

<sup>1</sup> Bénabent (A.), *Ibid*, P. 417.

د. أبو السعود (رمضان)، مرجع سابق، ص 366.

<sup>2</sup> د. بلحاج (العربي)، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري - الواقعة القانونية -، ج2، ط3، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995، ص 169.

<sup>3</sup> د. سراج (محمد)، مرجع سابق، ص 118.

<sup>4</sup> ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكام في أصول الأفضية .. و مناهج الأحكام، راجعه و قدم له سعد (طه)، ج1، ط1، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986، ص 170-171.

Benmelha (Gh.), *Le droit algérien de la la famille*, Alger, Office des publications universitaires, 1993, p. 200.

<sup>5</sup> د. السعدي (محمد صبري)، مرجع سابق، ص 401.

قد تكون مادية بطبيعتها، كما قد تكون معنوية. و ما يثير هذا الإشكال على مستوى التفريق القضائي، هو ما لاحظناه بشكل جليّ على مستوى المادة (53) من قانون الأسرة التي حصرت أسباب التفريق في تسعة عناصر ثم أردفتها بعبارة (كلّ ضرر معتبر شرعا)، فيتشكّل لنا بصورة مباشرة تقسيم خاصّ للضرر الذي تؤسّس عليه دعاوى التفريق القضائي في نظامنا القانوني، ألا و هو:

أولاً: الضرر محدّد السبب، و تمثله الفقرات التسعة الأولى من المادة (53)، ونصّ المادة (55) من

الأمر رقم 11/84 المتضمّن قانون الأسرة:

- الضرر الناتج عن عدم الإنفاق،
- الضرر الناتج عن العيوب،
- الضرر الناتج عن المهجر،
- الضرر الناتج عن الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة،
- الضرر الناتج عن الغيبة،
- الضرر الناتج عن مخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) من قانون الأسرة،
- الضرر الناتج عن ارتكاب فاحشة مبينة،
- الضرر الناتج عن الشقاق المستمر،
- الضرر الناتج عن مخالفة الشروط المتفق عليها،
- الضرر الناتج عن النشوز.

ثانياً: الضرر المطلق عن أيّ قيد سبي، و تمثله العبارة الشاملة: (كلّ ضرر معتبر شرعا)، المستنبطة

من عبارة (ما لا يجوز شرعا) التي أقرّها الفقه المالكي<sup>1</sup>. هذا المبدأ الذي يشمل الأضرار دون التّحديد الفقهي و القانوني لمصادرها و أسبابها. فيتّضح بناء على ذلك أنّ الضرر هو محور التفريق القضائي و مناطه بصورة مطلقة.

و يشترط في الضرر الواقع على الزوجة الذي أنتجه الفعل الضار حتى يكون أساسا كاملا للتفريق

الذي تطلبه من القاضي:

<sup>1</sup> الدسوقي (شمس الدّين محمد)، مصدر سابق، ص 345.

1- أن يكون راجعا إلى فعل الزوج و من جانبه<sup>1</sup>، فلا يعتبر ضررا مجيزا للتفريق القضائي، إذا كان واقعا من والدي الزوج، أو أحد أقاربه<sup>2</sup>. فقد جاء في المادة (6) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المصري الخاص بأحكام التفقة و بعض مسائل الأحوال الشخصية: (إذا ادّعت الزوجة إضرار الزوج بها...)، و هذا يعني وضوحا وجوبية تحقق العلاقة السببية بين فعل الزوج و نتيجته الضررية حتى يتأسس الحق في رفع دعوى تفريق، باعتبار ذلك ركنا رئيسيا من أركان المسؤولية.

2- أن يكون واقعا على الزوجة<sup>3</sup>، أو من ارتبط بها ارتباطا وثيقا كوالديها<sup>4</sup>.

و إضافة إلى ذلك:

1- فالعبرة في الضرر وقوعه من الزوج، و لا اعتبار لكون النتيجة الضررية الحاصلة باختياره أو حبرا عنه، فالأمر سيان. فبعد الزوج عن زوجته بسبب طلب العلم أو التجارة، أو الأسر لا يعدّ عذرا، و يجوز للزوجة المتضررة أن تطلب التفريق لذلك<sup>5</sup>.

و لكن هناك من ذهب إلى اشتراط أن يكون الضرر متعمدا، أمّا ما كان منه خارج نطاق اختيار الزوج و إرادته فلا يعدّ من قبيل الأضرار المؤسّسة لدعاوى التفريق القضائي<sup>6</sup>.

2- و لا يشترط وقوع الضرر بعد الدخول، فالأحكام المتعلقة بما تكون معتبرة قبل الدخول و بعده، بل يكون اعتبارها قبل الدخول أولى و أوجب قبل أن تسوء العاقبة و يؤثّر الزواج بثمره لا يستطيع الزوجان رعايتها لما بينهما من شقاق و تنافر<sup>7</sup>. و قد جاء في حاشية الدسوقي ما نصّه: ((بعث

<sup>1</sup> الجندي (أحمد نصر)، التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، د.ط، مصر، دار الكتب القانونية، 2001، ص 338.

د. العجوز (ناهد)، دعوى التطلق و الخلع، ط1، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2001، ص 99.

مصطفى (فتحي)، دعاوى الطلاق و الطاعة للمسلمين و غير المسلمين، ط2، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، د.ت، ص 37.

خليل (أحمد)، عقد الزواج العربي أركانه و شروطه و أحكامه، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2002، ص 115.

<sup>2</sup> البكري (محمد عزمي)، الأحوال الشخصية، ج4، د.ط، دار محمود للنشر و التوزيع، د.ت، ص 363.

<sup>3</sup> البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 364.

<sup>4</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 345.

و هناك من يرى أنّ ما يقع من الزوج على والدي زوجته أو على باقي أقاربها لا يشكّل ضررا مؤسّسا لجواز طلب التفريق من القاضي.

أنظر: البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 364.

<sup>5</sup> خليل (أحمد)، مرجع سابق، ص 115-116.

الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 384.

<sup>6</sup> البكري (محمد عزمي)، المرجع نفسه، ص 364.

خليل (أحمد)، المرجع نفسه، ص 37.

<sup>7</sup> البكري (محمد عزمي)، المرجع نفسه، ص 365.

الحاكم أو من يقوم مقامه حكّمين و إن لم يدخل الزوج (بها) فقد يكونان في بيت واحد أو جارين فيتنازعا<sup>1</sup>، وهذا ما نهجته محكمة النقض المصرية<sup>2</sup>.

3- كما لا يُشترط تكرار الضرر<sup>3</sup>، فيكفي لتوافره أن يقع الأذى و لو مرّة واحدة، و يكفي عند المالكية أن تثبت الزوجة أن زوجها أتى معها فعلا تتضرر منه و لو مرّة واحدة<sup>4</sup>. و هو ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية واعتمده في أحكامها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 344.

<sup>2</sup> البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 366.

<sup>3</sup> ابن اسحاق (خليل)، مصدر سابق، ص 133،

الدردير (أحمد)، مصدر سابق، ص 87،

الدسوقي (شمس الدين محمد)، المصدر نفسه، ص 345.

<sup>4</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، المصدر نفسه، ص 345.

<sup>5</sup> البكري (محمد عزمي)، المرجع نفسه، ص 366-367.

المبحث الثاني:

أساس افتراض النتيجة

الضرورية

## المطلب الأول: القرينة - قانونا-

إنّ مكنة الافتراض المقصودة دراستها قد يقوم بها المشرّع<sup>1</sup> كما قد يقوم بتحريكها القضاء<sup>2</sup>، بعد توقف المشرّع عن ذلك. و الافتراض هو (استخلاص مسألة أو قرينة من وقائع ثابتة قاطعة في ذاتها، و لكنّها ليست قاطعة فيما هو قد افترض على أساسها)<sup>3</sup>. فهو بذلك يتأسس على القرينة التي تشكّل مجموع النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة<sup>4</sup>، بناء على الاستقراء الذي يعوّض قصور معطيات الواقعة الثابتة<sup>5</sup>. فهي بهذا دليل غير مباشر؛ إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة الأصلية، بل على واقعة أخرى، إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها. و هذا ضرب من تحويل الإثبات من محلّ إلى آخر<sup>6</sup>. و بذلك يكون الافتراض المؤسس على القرينة القانونية افتراضا قانونيا، و الافتراض المؤسس على القرينة القضائية يشكّل ما يسمّى بالافتراض القضائي، و لذا كان لزاما عليّ، منهجيا، دراسة القرينة القانونية كأساس للافتراض القانوني في (فرع أول)، و القرينة القضائية كأساس للافتراض القضائي في (فرع ثان).

<sup>1</sup> د. أبو سعد (محمد شتا)، الإثبات في المواد المدنية و التجارية و الشرعية، ج 2، الكتاب 4 د.ط، القاهرة، دار الفكر العربي، 1997، ص 3.

<sup>2</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, T.2, Algérie, ENAG, 1990, , livre vingt-neuvième /16, P.301.

Dupichot (J.), *Présomptions notions générales*, refondu par Guével (D.), *Juris Classeur (Civil 1271-1381), Contrats et obligations*, Art. 1349 à 1353, p. (1-47).

<sup>3</sup> د. أبو الوفا (أحمد)، المرافعات المدنية و التجارية، ط14، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 1986، ص 451.

<sup>4</sup> Platniol (M.), Ripert (G.), Esmein (P.), Radouant (T.), Gabolde (G.), *Traité Pratique de droit civil français*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, T.VII : obligations, 2<sup>ème</sup> partie, Paris, 1954, P. 1006.

<sup>5</sup> Cornu (G.), *Linguistique Juridique*, 2<sup>ème</sup> éd., Beyrouth, Delta, 2001, P.243.

<sup>6</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، ط3، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، ص 329.



## الفرع الأول: القرينة القانونية

القرينة القانونية هي التي يقوم بها المشرع بنفسه بتحديد دلالتها، أي افتراض واقعة من ثبوت أخرى<sup>1</sup>. فهي افتراض قانوني يقوم على استنباط مجرد يحدده القانون إعمالاً للواقع العملي الغالب، فتستخلص واقعة مجهولة بناء على ثبوت واقعة أخرى معلومة<sup>2</sup>. أو هي افتراض قانوني يجعل الشيء المحتمل أو الممكن صحيحاً، وفقاً لما هو مألوف في الحياة، أو وفقاً لما يرححه العقل<sup>3</sup>. فبذلك كانت القرينة القانونية علاقة افتراضية ينشئها المشرع بين وقائع معينة<sup>4</sup>، يلزم بها القاضي ليستنتج منها دائماً نتيجة معينة، فلا يجوز للقاضي أن يرى غير ذلك<sup>5</sup>، عندئذ يؤخذ بهذا الافتراض في كمال الأحوال، أي بصرف النظر عن الظروف الخاصة لكل حالة<sup>6</sup>. فالاستنتاج الذي يقوم به المشرع بناء على (الواقعة - القرينة) هو الذي يشكل لنا حالة الافتراض القانوني<sup>7</sup>. و لكن لا بد أن نفرّق بين نوعين من الافتراض القانوني، الافتراض الذي أساسه الحيلة<sup>8</sup>، و الافتراض الذي نحن بصدد دراسته، و هو الافتراض المؤسس

<sup>1</sup> د. أبو سعد (محمد شتا)، مرجع سابق، ص 3.

<sup>2</sup> د. فوده (السيد)، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، ط1، الاسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 48.

<sup>3</sup> د. تناغو (سمير)، النظرية العامة للقانون، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 1986، ص 390.

<sup>4</sup> زبدة (مسعود)، القرائن القضائية، د.ط، الجزائر، موفم للنشر والتوزيع، 2001، ص 32.

<sup>5</sup> د. بهنسي (أحمد)، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، ج4، د.ط، بيروت، دار النهضة العربية، 1991، ص 188.

<sup>6</sup> د. أبو سعد (محمد شتا)، المرجع نفسه، ص 3.

<sup>7</sup> د. سرور (أحمد)، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ط7، 1993، ص 493.

زبدة (مسعود)، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، د.ط، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ص 106.

<sup>8</sup> الحيلة افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير في حكم القانون دون تغيير نصه. فهذا الافتراض من شأنه إخفاء أمر واقعي بأن يفترض أن حكم القاعدة القانونية القائمة ينطبق على حالة معينة - مع أن الفرض أنها لا تشملها - و ذلك دون تغيير في البناء اللفظي للقاعدة، و علّة ذلك أنه لا يتصور أن يكون النص القانوني مستوعباً لسائر أحداث الزمان و وقائعه، فالفرض فيها أنها لا تتناهى. و بهذا تكون الحيلة القانونية أداة رئيسية لتطوير القانون و توسيع مداركه و بسط نطاقه، و قد استعملت في القانون الروماني لتخفيف آثار بعض النظم القانونية أو تبريرها أو ابتداعها. و قد نشأت الحيل كنتيجة طبيعية لما كانت تتمتع به هذه النصوص من قدسية في النفوس بسبب ظروف نشأتها الدينية، مما جعل تعديلها أو إلغاءها ليس بالأمر اليسير، فأدى ذلك إلى التحايل عليها و تطبيقها على حالات لم توضع لها في الأصل. أنظر: د. جعفر (علي)، نشأة القوانين و تطورها، ط1، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، 2002، ص 153 و ما بعدها. أنظر: د. عبد العال (عكاشة)، د. المجذوب (طارق)، تاريخ النظم القانونية و الاجتماعية، د.ط، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص 649 و ما بعدها.

على القرينة القانونية. فالأول يكون دائما مخالفا للحقيقة، بينما يقوم الثاني على الاحتمال و التّرجيح، فهي لا تخالف الحقيقة دائما و إن كانت، من ناحية أخرى، لا تتفق معها دائما حتّى و لو خالفتها، فإنّ ذلك يكون بصفة مؤقتة؛ إذ يمكن للخصم نقض القرينة و إثبات عكسها، أي إثبات الحقيقة<sup>1</sup>. و أساس القرينة القانونية هو نصّ القانون الذي يقرّها، و هو ركنها المنشئ لها<sup>2</sup>. فينصّ المشرّع على نتيجة الاستنباط في صيغة عامّة مجردة تتضمّن الشّروط التي يجب توافرها للتمسك بهذه القرينة<sup>3</sup>، فلا يمكن أن تقوم قرينة قانونية بغير نصّ من القانون، و إذا وجد النصّ و قامت القرينة القانونية، فلا يمكن أن تكون معيارا يقاس غيرها عليها، اعتمادا على المماثلة أو الأولوية<sup>4</sup>.

و غاية القرينة إعفاء من قرّرت لمصلحته من الإثبات، إلّا أنّه إعفاء مقيد بإثبات الأمور التي جعلها المشرّع أساسا لها أي شروط تطبيقها<sup>5</sup>، و هو في ذات الوقت إعفاء مؤقت؛ إذ يستطيع المتمسك ضده بالقرينة إثبات عكس ما تقضي به<sup>6</sup>، و هو الأصل في كلّ قرينة قانونية، إلّا أنّ هناك بعض القرائن القانونية التي تتّصف بالقطعية و بذلك لا يمكن للخصم إطلاقا أن يثبت عكس ما تقضي به<sup>7</sup>.

و القرينة القانونية يغلب عليها أن تكون قرينة قضائية في أصلها، انتزعتها القانون لحسابه فنصّ عليها محدّدا مداها، و معمّما حكمها و محدّدا حجّيتها<sup>8</sup>. فالحقيقة القضائية بذلك تكون من عمل القانون وحده، تفرض فرضا على القاضي وعلى الخصوم، و ذلك بخلاف الحقيقة القضائية المؤسسة على القرينة القضائية

<sup>1</sup> د. فوده (السيد)، مرجع سابق، ص 50، د. تناغو (سمير)، مرجع سابق، ص 400.

و لكن هذا الأمر يتعلّق بالافتراض القانوني الذي يقبل إثبات العكس، أمّا الافتراض القانوني القاطع فلا يمكن للخصم أن يثبت عكسه، كما سنرى لاحقا، و هذا يُبنى على تقسيم القرائن إلى قرائن بسيطة و قرائن قاطعة.

<sup>2</sup> د. سعد (نبيل)، د. زهران (هّمام)، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، د.ط، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001، ص 345.

أ.د. عبد الله (فتحي)، أ.د. عبد الرّحمان (أحمد)، شرح التّظريّة العامّة للائتمام، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2001، ص 448.

<sup>3</sup> د. منصور (محمد)، قانون الإثبات : مبادئ الإثبات و طرقه، د.ط، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص 167.

<sup>4</sup> Planiol ( M.), Ripert (G.), *Ibid*, P. 1011.

<sup>5</sup> د. منصور (محمد)، المرجع نفسه، ص 168.

<sup>6</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 624.

د. سعد (نبيل)، مرجع سابق، ص 345.

<sup>7</sup> Planiol (M.), Ripert (G.), *Ibid*, P. 1014.

<sup>8</sup> *Idem*, P. 1010.

التي تخول القاضي سلطة كاملة في إنشائها<sup>1</sup>. فالأصل أن العدل الذي يقضي به القاضي هو العدل الذي تقرره قواعد القانون، وفي حالة نقص القواعد يكون العدل هو الذي يقرره القاضي نفسه<sup>2</sup>. و تعتبر القرينة القانونية من الطرائق المعنوية<sup>3</sup> في صياغة القاعدة القانونية إلى جانب الحيل، ويراعى في صياغتها العناصر الآتية<sup>4</sup>:

- 1- أحوال الناس وطبائعهم وعاداتهم في معاملاتهم وما تواضعوا عليه على وجه العموم،
- 2- المصلحة العامة، كما هو الحال في صياغة قرينة قوة الشيء المحكوم به،
- 3- المصلحة الخاصة، أخذًا بظواهر الأمور وتيسيرا للمعاملة بين الناس أو لتعذر التحقق من أمر أو تعذر إثباته. فالقرينة بذلك تعدّ الدواء التّاجع لحلّ معضلة الإثبات؛ لأنه في الغالب من الأحيان تكون الواقعة المفترضة أصعب بكثير في إثباتها من الواقعة الثابتة<sup>5</sup>.

و من أمثلة الافتراض القانوني البسيط:

- 1- افتراض الوفاء بالأقساط السابقة تأسيسا على قرينة الوفاء بقسط من الأجرة<sup>6</sup>.
- 2- افتراض حكم الوصية تأسيسا على قرينة صدور التبرّع في مرض الموت<sup>7</sup>.
- 3- افتراض وجود السند الصحيح تأسيسا على قرينة الحيازة<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 601.

<sup>2</sup> د. تناغو (سمير)، مرجع سابق، ص 399.

<sup>3</sup> إلى جانب الطرائق المعنوية هناك طرائق مادية، التي يعبر بها عن جوهر القاعدة تعبيرا ماديا مجسما لا يحتمل التقدير، ومن أهمها التعبير بالأرقام أو استخدام الأشكال، أو التعبير بالشروط أو بالإجراءات. أنظر: د. محمود (هام)، د. منصور (محمد)، مبادئ القانون، د. ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، د. ت، ص 86.

<sup>4</sup> د. أبو سعد (محمد شتا)، مرجع سابق، ص 5.

<sup>5</sup> De Lamberterie (Isabelle), *Préconstitution des preuves, présomptions et fictions, (Sécurité juridique et sécurité technique: Indépendance ou métissage)* conférence organisée par le programme international de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Montréal, 30 Septembre 2003, <http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/delamberterie.1.pdf>.

<sup>6</sup> المادة (499) من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني (الجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ 1975/09/30): (الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك).

<sup>7</sup> المادة (776) من الأمر نفسه: (كلّ تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرّع يعتبر تبرّعا مضافا إلى ما بعد الموت، و تسري عليه أحكام الوصية أيّا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف، و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت، و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق، و لا يحتجّ على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا).

<sup>8</sup> المادة (835) من الأمر نفسه: (.. و الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح و حسن التية ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك).

4- افتراض الملكية تأسيساً على قرينة الحيازة<sup>1</sup> وهي قرينة بسيطة يمكن نفيها بالدليل العكسي<sup>2</sup>، فإذا عجز خصم واضع اليد عن إثبات حقه احتفظ الحائز بالشيء.

5- افتراض حكم الوصية في التصرف تأسيساً على قرينة تصرف الشخص لأحد ورثته واستثناء حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته لنفسه<sup>3</sup>، و من ثم تجري أحكام الوصية جميعها على هذا التصرف.

6- افتراض العلم بالتعبير عن الإرادة تأسيساً على قرينة وصوله<sup>4</sup>.

و من أمثلة الافتراض القانوني القاطع ما يأتي:

1- افتراض صحة مضامين الأحكام تأسيساً على قرينة حجّة الأمر المقضي فيه. فالأحكام التي حازت حجّة الأمر المقضي فيه حجّة بما فصلت فيه من الحقوق، و لا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة<sup>5</sup>؛ إذ أن حكم القضاء يجب أن يكون عنواناً للحقيقة فيحسم النزاع نهائياً، و هذه القاعدة لازمة لتكفل احترام أحكام القضاء<sup>6</sup>.

2- افتراض الضرر تأسيساً على قرينة تأخر المدين في الوفاء به، إذا كان محل الالتزام بين أفراد مبلغاً من الثمود عيّن مقداره وقت رفع الدعوى<sup>7</sup>. فالمشرّع يفترض أن الدائن يكون بتأخر المدين عن تسديد دينه قد أصابه ضرر، و لا يستطيع المدين إثبات عدم إصابة الدائن بذلك<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> المادة (823) من الأمر نفسه: ( الحائز لحق يفرض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك).

<sup>2</sup> د. حسنين (محمد)، مرجع سابق، ص 357.

<sup>3</sup> المادة (777) من الأمر نفسه: (يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك).

<sup>4</sup> المادة (61) من الأمر نفسه: (ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك).

<sup>5</sup> المادة (338) من الأمر نفسه: (الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجّة بما فصلت فيه من الحقوق، و لا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة و لكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجّة إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفتهم و تعلق بحقوق لها نفس المحلّ و السبب، و لا يجوز للمحكمة أن تأخذ القرينة تلقائياً).

<sup>6</sup> د. حسنين (محمد)، المرجع نفسه، ص 358.

<sup>7</sup> المادة (186) من الأمر نفسه: (إذا كان محل الالتزام بين أفراد مبلغاً من الثمود عيّن مقداره وقت رفع الدعوى و تأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعوّض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير).

<sup>8</sup> د. السعدي (محمد صبري)، مرجع سابق، ص 141.

3- افتراض كمال الأهلية تأسيسا على قرينة بلوغ سنّ الرّشد (19 سنة كاملة)<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: القرينة القضائية

إذا كانت القرينة القانونية هي أساس الافتراض القانوني، فإنّ القرينة القضائية هي أساس الافتراض<sup>2</sup> الذي يقوم به القاضي، وهو يصوغ المبادئ العامة من خلال إصدار القرارات. و يكون ذلك مبنياً على الاستنتاج المؤسّس على الاستدلال بطريق اللّزوم العقلي<sup>3</sup>، وهو ما يشكّل حالة الافتراض القضائي. و القرينة القضائية هي القرينة التي يترك أمر استنباطها للقاضي، يستخلصها من ظروف القضية و ملاساتها<sup>4</sup>. فهي (علاقة منطقية يستنتجها القاضي بين واقعة معلومة و أخرى مجهولة يريد إثباتها)<sup>5</sup>، كافتراض القاضي المصالحة بين الأطراف و التنازل عن الدّعى بناء على قرينة عدم حضور المدّعى عليه أو وكيله في الجلسة المقرّرة، رغم صحّة التبليغ فيحكم القاضي في غيبته<sup>6</sup>. فهو يختار واقعة معلومة من

<sup>1</sup> المادة (40) من الأمر نفسه: (كلّ شخص بلغ سنّ الرّشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سنّ الرّشد تسعة عشر (19) سنة كاملة).

و لكن في حقيقة الأمر أنّ هذه قاعدة موضوعية و ليست قاعدة إثبات؛ إذ توجد قواعد موضوعية بينها المشرّع على الكثرة الغالبة من الأحوال فيقبلها إلى حقائق ثابتة مثلها مثل القرائن القانونية، فبلوغ الرّشد يتفاوت فيه النّاس، و لا تكون سنّ الرّشد واحدة للجميع، و لهذا و جب أن يجعل المشرّع بلوغ الرّشد لجميع النّاس عند سنّ معيّنة مراعيًا في ذلك الكثرة الغالبة من الأحوال، تتجاوزا عن التفاوت ما بين إنسان و آخر حتى ينضبط التعامل و يستقرّ، و هذا مثال للقاعدة الموضوعية التي بينها المشرّع على فكرة الرّاجح غالب الوقوع. أمّا القرينة القانونية فهي قاعدة إثبات لا قاعدة موضوعية. أنظر: د. السنهوري (عبد الرزّاق)، مرجع سابق، ص 616.

<sup>2</sup> Dupichot (J.), *Ibid.*, p. (1-47).

<sup>3</sup> و هو ضرب من ضروب الإدراك المباشر، فهو عملية عقلية يدرك بها الناظر اللّزوم في القضايا. فالباحث الناظر في الواقع المدرك بالحسّ أو بالنظر العقلي المجرد، ليلاحظ أنّ قضية ما مقترنة بأخرى اقترانا غير منفك وجودا و عدما.

أنظر: حبنكة الميداني (عبد الرحمان)، ضوابط المعرفة و أصول الاستدلال و المناظرة، ط3، دمشق، دار القلم، 1988، ص 112.

<sup>4</sup> الطباخ (شريف)، الموسوعة التّمودجية في الإثبات في ضوء القضاء و الفقه، المركز القومي للإصدارات القانونية، ج2، ط1، 2004، ص 378.

<sup>5</sup> مسعود (زبدة)، مرجع سابق، ص 32.

<sup>6</sup> بوشير (مخند)، قانون الإجراءات المدنية : نظرية الدّعى - نظرية الخصومة - الإجراءات الاستثنائية، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص 225.

بين وقائع الدّعى، ثمّ يستدلّ بها على الواقعة المراد إثباتها<sup>1</sup>، و لهذا كان أساسها المتين الاستقراء الّذي لعب دورا رئيسيا في الإثبات القضائي<sup>2</sup>.

و الاستخلاص الّذي يقوم به القاضي يتحرّك في حالة عدم وجود إقرار أو بيّنة أو قرينة قانونية، عندئذ يمكنه اختيار أيّ واقعة من الوقائع الّتي كانت محلّ مناقشة بين الخصوم، و قد يختارها من ملف الدّعى، و لو من تحقيقات باطلة أو محاضر إجراءات جنائية و لو كانت قد انتهت بالحفظ<sup>3</sup>. و قد تكون الواقعة الّتي اختارها القاضي ثابتة بالبيّنة أو بورقة مكتوبة أو بإقرار أو بقرينة أخرى دلّت على الواقعة الّتي تستنبط منها القرينة، أو تثبت بهذه الطّرق مجتمعة<sup>4</sup>.

و لقد نصّ المشرّع الجزائري على هذا القسم من القرائن في المادّة (340) من القانون المدني(الأمر رقم 58/75 المؤرّخ في 1975/09/26)<sup>5</sup>: (يترك لتقدير القاضي استنباط كلّ قرينة لم يقرّها القانون، و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلّا في الأحوال الّتي يبيّن فيها القانون الإثبات بالبيّنة).

فحسب هذه المادّة، فإنّ القرينة القضائية هي الّتي يستنبطها القاضي من واقعة معلومة في الدّعى المرفوعة إليه ليستدلّ بها على واقعة عجز المدّعي عن إثباتها بطرق أخرى، بحيث تكون هذه الوقائع متجاورة، بعضها معلوم و الآخر مجهول، فيستدلّ بالمعلوم على إثبات المجهول<sup>6</sup>، فيكون بذلك هذا المجهول مفترضا بطريق الاستدلال العقلي بناء على ثبوت الواقعة المعلومة<sup>7</sup>. من ذلك افتراض صورية التصرف بين أب و ابنه تأسيسا على قرينة الأبوة. فصعوبة إثبات الواقعة المادّية الأصلية هي الّتي تفرض بذاتها العمل بالقرينة، و القاضي يتمتّع بالحرية الواسعة في اختيار الواقعة الّتي يستنبطها منها؛ لأنّ ذلك

<sup>1</sup> Hubrecht (G.), Agostini (E.), *Droit civil*, 13<sup>ème</sup> éd., Paris, SIREY, 1983, P.164.

د. الشواربي(عبد الحميد)، القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية و الجنائية و الأحوال الشخصية، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2003، ص 17.

<sup>2</sup> Glasson (E.), Tissier (A.), *traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, T.2, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, SIREY, , p. 668.  
Cornu (G.), *Ibid*, P.243.

<sup>3</sup> Planiol (M.), Ripert (G.), *Ibid*, P. 1009.

<sup>4</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 330-331.

<sup>5</sup> أنظر: الجريدة الرّسمية، العدد 78، المؤرّخ في 1975/09/30.

<sup>6</sup> د. زهدور (محمد)، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، ط1، 1991، ص 84.

<sup>7</sup> De Lamberterie (I.), *Ibid*.



يعود إلى اقتناعه الشخصي<sup>1</sup>، فقد تقنعه قرينة واحدة قوية الدلالة، و قد لا يقتنع بقرائن متعددة ضعيفة الدلالة<sup>2</sup>، دون أن يكون مراقبا من طرف المحكمة العليا، فهو غير مقيد بقرينة معينة، فله أن يأخذ بواحدة و يترك أخرى، كما أن له السلطة الواسعة في اختيار القرائن المعروضة عليه ليأخذ منها أنفعها فعالية<sup>3</sup> بشرط أن تكون متصلة بالدعوى<sup>4</sup>. و القرينة القضائية تسري عليها قاعدة إثبات العكس بصفة كلية، فهي كالقرينة القانونية البسيطة في ذلك<sup>5</sup>؛ و هذا لوجود إمكانية تسرب الضعف إليها من ناحية عدم صحة الوقائع المعتمدة عليها، أو من ناحية عدم توفيق القاضي في الاستنباط من الوقائع الصحيحة، و بناء على ذلك جاز للخصم نقض الدليل المستمد منها بكافة طرق الإثبات<sup>6</sup> حتى و لو بقرينة مثلها<sup>7</sup>. من كل ما تقدم نرى أن القرينة القضائية لها عنصران<sup>8</sup>:

- واقعة ثابتة يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى، و هي التي تشكل القرينة بالمعنى الضيق، و هذا هو العنصر المادي للقرينة.

- عملية استنباط يقوم بها القاضي؛ ليصل من الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها، أي من الواقعة الأصلية إلى الواقعة البديلة، و هذا هو العنصر المعنوي للقرينة.

فالقرينة القضائية حسب ما سبق، تشكل أساسا حقيقيا لاستنباط القاضي المشكل لحالة الافتراض المبني على الاستنتاج بطريقة اللزوم العقلي، و قد قيل أن القرائن القضائية دليل بينما القرائن القانونية ليست دليلا، بل هي إعفاء المكلف بالإثبات من تقديم الدليل، و لكن في حقيقة الأمر لا فرق موجود بين الإثنتين من هذه الوجهة؛ لأنه في كليهما يجب أولا إثبات الوقائع التي تعتبر قرائن، للوصول إلى الوقائع المراد إثباتها، و هي الوقائع الأصلية، و إنما الفرق الجوهرية و الوحيد بينهما أن القاضي له حق

<sup>1</sup> زبدة (مسعود)، مرجع سابق، ص 40.

<sup>2</sup> د. الشواربي (عبد الحميد)، مرجع سابق، ص 18-19.

<sup>3</sup> بكوش (بجي)، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، د.ط، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، 1981، ص 196.

د. زهدور (محمد)، مرجع سابق، ص 85.

<sup>4</sup> بكوش (بجي)، المرجع نفسه، ص 198.

<sup>5</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 91.

<sup>6</sup> Planiol (M.), *Ibid*, P. 1011.

<sup>7</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 627.

<sup>8</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 330.

تقدير تلك الوقائع في القرائن القضائية؛ لأنها من صنعه، وليس له ذلك في دائرة القرائن القانونية<sup>1</sup>، فالخصم في كليهما لا يثبت الواقعة ذاتها محل النزاع، بل واقعة أخرى متصلة بما يرى المشرع أو القاضي أن في إثباتها إثباتا للواقعة الأولى، فيكون نتيجة ذلك قد أثبت الواقعة الثانية إثباتا مباشرا، وأثبت الواقعة الأولى إثباتا غير مباشر<sup>2</sup>، فيكون الإثبات غير المباشر المؤسس على القرينة القانونية افتراضا قانونيا<sup>3</sup>، أما الإثبات غير المباشر المؤسس على القرينة القضائية فيكون افتراضا قضائيا إذا ما كرّسته محكمة القانون<sup>4</sup>. فقد تتحوّل القرينة القضائية إلى قرينة قانونية إذا تواترت المحاكم على الأخذ بها<sup>5</sup>، ولهذا سميت بالقرائن الاجتهادية القضائية أو القرائن شبه القانونية، فيكون القضاء بذلك مصدرا تكوينيا و منشئا للقانون دون تدخل من الهيئة التشريعية. وهذا النوع من القرائن يساهم نوعا ما في مرونة حلّ المنازعات المتشابهة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> د. بهنسي (أحمد)، مرجع سابق، ص 188-189.

<sup>2</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 91.

<sup>3</sup> د. تناغو (سمير)، مرجع سابق، ص 390.

<sup>4</sup> د. أبو الوفا (أحمد)، مرجع سابق، ص 451.

<sup>5</sup> د. تناغو (سمير)، المرجع نفسه، ص 395.

<sup>6</sup> Dupichot (J.), *Ibid*, p. (1-47).



## المطلب الثاني: القرينة - نقما -

إضافة إلى التصوص القرآنية و السنية التي دلت على مشروعية العمل بالقرائن، فإن السياسة الشرعية اقتضت العمل بها في النظام القضائي الإسلامي تأسيساً على المصلحة، وهذا ما ظهر جلياً من خلال اجتهادات الفقهاء و فتاويهم. وهذا ما دعاني إلى الحديث عن ماهيتها و أقسامها في (فرع أول)، ثم مدى حجيتها عند الفقهاء في (فرع ثان).

### الفرع الأول: ماهية القرينة و أقسامها

القرينة<sup>1</sup> هي ما يدلّ على المراد من غير أن يكون صريحاً فيه<sup>2</sup>. وهي كلّ أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدلّ عليه، وهي تتفاوت في القوة و الضعف، و قد تضعف حتى تصير مجرد احتمال<sup>3</sup>. و اصطلاحاً: هي استنباط الشارح أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم، فهي لا تؤدي إلى ما يراد إثباته مباشرة، بل تؤدي إليه بالواسطة التي تمثل الأمر المعلوم المؤدي إلى الاستنباط، و لهذا كانت دليلاً غير مباشر<sup>4</sup>. و انطلاقاً من هذا التعريف الاصطلاحي، نستطيع أن نقسم القرائن باعتبار مصدرها إلى قرائن شرعية، و قرائن قضائية<sup>5</sup>.

#### أولاً: القرائن الشرعية

فهي القرائن الثابتة من الشارح إما بالنص عليها مباشرة أو باستنباط و اجتهاد الفقهاء<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> القرينة من قرّن قرين، و فلان قرين فلان، إذا كان لا يفارقه. أنظر: ابن دُرَيْد (محمد)، كتاب جمهرة اللغة، حققه و قدّم له د. بعلبكي (رمزي)، ج2، ط1، بيروت، دار العلم للملايين، 1987، باب الرّاء و القاف مع ما بعدهما من الحروف، ص 794.

<sup>2</sup> أ.د. قلعه جي (محمد رواس)، د. قنبي (حامد)، معجم لغة الفقهاء، ط2، بيروت، دار الثّقائس للطباعة و النشر و التوزيع، 1988، ص 362.

<sup>3</sup> د. الزحيلي (وهبه)، الفقه الإسلامي و أدلته، ج6، ط1، دار الفكر، 1991، ص 782.

<sup>4</sup> الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 110.

<sup>5</sup> و هناك من يرى تقسيمها تقسيماً ثلاثياً، القرينة النصية و القرينة الفقهية و القرينة القضائية. أنظر: أ.د. الزحيلي (محمد)، التنظيم القضائي في الإسلام، ط2، دمشق، دار الفكر، 2002، ص 409.

<sup>6</sup> د. الشوّاري (عبد الحميد)، مرجع سابق، ص 183.

و من أمثلة ما جاء منصوصا عليه:

1- افتراض التسبب بقرينة الزواج: و ورد في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " الولد للفراش"<sup>1</sup>، فيثبت الولد بالنكاح، و هي القرينة التي أخذ بها المشرع الجزائري في المادة (40) من قانون الأسرة<sup>2</sup>.

2- افتراض رضا البكر بقرينة سكوتها: و قد ورد في ما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه- أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: " لا تُنكح الأيم حتى تُستأمر، و لا تُنكح البكر حتى تُستأذن، قالوا: يا رسول الله و كيف إذنها؟ قال: أن تسكت"<sup>3</sup>، و كذا ما روته السيدة عائشة

<sup>1</sup> أخرجه البخاري في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها، ج3، كتاب في الخصومات، باب دعوى الوصي للميت، ص 91، بلفظ: " هو لك يا عبد بن زَمْعَةَ الولد للفراش و احتجني منه يا سودة"، و أخرجه مسلم في صحيحه (بشرح النووي) عن أبي هريرة، ج10، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش و توقّي الشبهات، ص 37 بلفظ " الولد للفراش و للعاهر الحجر" و أخرجه أبو داود في سننه عن عائشة، كتاب الطلاق، باب الولد للفراش، رقم الحديث: 2273، ص 350، و أخرجه في الموضع ذاته عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه، رقم الحديث: 2274، و أخرجه الترمذي في جامعه، ج2، أبواب الرضاع، باب ما جاء أن الولد للفراش، رقم الحديث: 1167، ص 313، و قال أبو عيسى: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح، و العمل على هذا عند أهل العلم. و أخرجه ابن ماجه في سننه عن أبي هريرة، كتاب النكاح، باب الولد للفراش و للعاهر الحجر، رقم الحديث: 2006، ص 297، و أخرجه في الموضع ذاته من حديث شرحبيل بن مسلم، رقم الحديث: 2007، و أخرجه الدارمي في سننه، كتاب النكاح، باب الولد للفراش، ج2، ص 152، و أخرجه أحمد في المسند عن أبي هريرة، رقم الحديث: 7749، ج14، ص 184، و قال الألباني في صحيح سنن الترمذي: صحيح. أنظر: الألباني (محمد ناصر الدين)، صحيح سنن الترمذي باختصار السند، أشرف على طباعته و التعليق عليه زهير الشاويش، ج1، ط1، الرياض، مكتب التربية العربي لدول الخليج، باب ما جاء أن الولد للفراش، رقم الحديث: 924، ص 339.

و هي قرينة غير قاطعة لا يجوز إثبات عكسها إلا على نحو خاص و الطريق المقرّر فقها هو اللعان. أنظر: د. السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 629.

<sup>2</sup> المادة (40) من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدّل و المتمّم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005: (يثبت التسبب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة أو بنكاح الشبهة..).

و قد قضت الشريعة الإسلامية بأن الولد يُنسب إلى الفراش مع أن العقل لا يجزم جزما لا يحتمل الشك بأن هذا الولد من هذا الرجل؛ لأن مقتضى عقد الزواج الذي شرّعته أن تكون هذه الزوجة مقصورة على زوجها، بحيث لا يحلّ أن تمكّن غيره من الاستمتاع بها، كما لا يحلّ لغير زوجها أن يقدم على الاستمتاع بها، و الأصل أن نحمل أحوال الناس على الاستقامة، و ألاّ نجعل حكما للاحتتمالات و الفروض العقلية المبنية على سوء الظنّ، و هذا هو الدور الفعلي للقرينة، و هو اعتبار الغالب الأعمّ من الحالات. أنظر: عبد الحميد (محمد محي الدين)، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، د.ط، بيروت، المكتبة العلمية، 2003، ص 368.

<sup>3</sup> أخرجه البخاري في صحيحه، و اللفظ له، ج6، كتاب النكاح، باب لا يُنكح الأب و غيره البكر و الثيب إلا برضاها، ص 135، و أخرجه مسلم في صحيحه، صحيح مسلم بشرح النووي، حققه الصباظي (عصام)، محمد (حازم)، عامر (عماد)، ج5، ط1، القاهرة، دار الحديث، 1994، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق و البكر بالسكوت، ص 217-218.

– رضي الله عنها – أنها قالت: " يا رسول الله إن البكر تستحي، قال: رضاها صمتها " <sup>1</sup>، و عن عدي بن عدي الكندي عن أبيه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " الغيب تُعرب عن نفسها، و البكر رضاها صمتها " <sup>2</sup>. و قد اتفق الفقهاء أن الصّمات يعتبر دليلاً على رضا البكر في النكاح، فلو استأذن الولي البكر في التزويج من رجل معين و صداق معين، سواء كان مهر المثل أو غيره، فسكتت اعتبر سكوتها إذناً و رضا بالعقد؛ لأنّ الحياء غالب على طبعها، فتستحي من الإجابة بالنطق <sup>3</sup>.

3- افتراض ملكية اللقطة بقرينة وصفها: فقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم الملتقط أن يدفع اللقطة إلى واصفها، و أمره أن يعرف عقاصها <sup>4</sup> و وعاءها و وكاءها <sup>5</sup>، فجعل وصفه لها قائماً مقام البيّنة. و قد ورد هذا الافتراض فيما رواه البخاري من حديث شعبة عن سلمة قال سمعت سويد بن غفلة قال: لقيت أبي بن كعب رضي الله عنه فقال أخذت صرة مائة دينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فعرفتها حولها فلم أجد من يعرفها ثم أتيتها فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم أجد ثم أتيتها ثلاثاً فقال احفظ وعاءها و عددتها و وكاءها فإن جاء صاحبها و إلا فاستمتع بما فاستمتع فليتيه بعد بمكة فقال لا أدري ثلاثة أحوال أو حولاً واحداً <sup>6</sup>. و من أمثلة ما ورد من القرائن باجتهاد الفقهاء:

1- افتراض نسب الولد بقرينة ولادته لستة أشهر: و هي أقل مدة الحمل، باتفاق الفقهاء، و

قد أخذوا ذلك من الآيتين: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ

<sup>1</sup> أخرجه البخاري في صحيحه، و اللفظ له، ج6، كتاب النكاح، باب لا يُنكح الأب و غيره البكر و الثيب إلا برضاها، ص 135، و أخرجه مسلم، في صحيحه، ج5، ط1، القاهرة، دار الحديث، 1994، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق و البكر بالسكوت، ص 219.

<sup>2</sup> أخرجه ابن ماجه، كتاب النكاح، باب استثمار البكر و الثيب، رقم الحديث: 1872، ص 278.

<sup>3</sup> الجبوري (صالح)، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية و القانون، ط1، مؤسسة الرسالة، 1976، ص 134.

<sup>4</sup> العقاص: من العقص، مصدر عَقَصَ الشيء إذا لواه. و عَقَصَ الشعر ليه و جمعه في وسط الرأس. أنظر: أ.د. قلعه جي (محمد رواس)، د. قنبي (حامد)، مرجع سابق، ص 318.

<sup>5</sup> الوكاء: من وكأ، توكأ على الشيء، و أتكأ تحمّل و اعتمد فهو متكئ. و الوكاء هو ما يشدّ به الكيس، و غيره. أنظر: ابن منظور، مصدر سابق، ج6، ص 4904.

<sup>6</sup> أخرجه البخاري في صحيحه، ج3، كتاب في اللقطة، ص 92.

كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا<sup>1</sup>، و قوله جلّ و علا: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ<sup>2</sup> 》. و في معنى الآية الثانية قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ<sup>3</sup> 》، فدلّ المجموع على أنّ مدّة الحمل وحدها ستّة أشهر، و لا يعقل أن تكون ستّة أشهر هي أقصى مدّة الحمل؛ لأنّه يخالف المشهور و المعتاد من أحوال النساء<sup>4</sup>. و قد قال ابن العربي في تفسيره: (قال علي بن أبي طالب- رضي الله عنه -: ( أقلّ الحمل ستّة أشهر.. فإذا أسقطتَ حولين من ثلاثين شهرا بقيت منه ستّة أشهر، و هي مدّة الحمل)، و هذا من بديع الاستنباط)<sup>5</sup>.

## 2- افتراض نية تمحّض قصد الإضرار بقرينة انتفاء المصلحة المشروعة:

و معنى تمحّض قصد الإضرار بالغير أنّ المكلف يستخدم حقّه المشروع على نحو يقصد فيه الإضرار بغيره، و هو معيار ينصبّ، كما يبدو، على هدم القصد السيّء، و منع التصرف الضارّ بالغير<sup>6</sup>، لكنّ الكشف عنه ليس بالأمر اليسير و لا الهين، و لهذا استُعين في ذلك بالأمر الظاهرة المادية، كالقرائن و نحوها<sup>7</sup>، و من ذلك أن لا يكون له منفعة في استعمال حقّه، و مع ذلك يترتب عليه ضرر بغيره، فيُمنع؛ لأنّ ذلك قرينة تمحّض قصده الإضرار، كما إذا كانت بينة المدعي حاضرة في مجلس القضاء و طلب يمين خصمه، لم يجبه القاضي إلى طلبه<sup>8</sup>؛ لانتفاء المصلحة في هذا الحقّ<sup>9</sup>، و انتفاء المصلحة قرينة على قصد الإضرار فيمنع ذلك. فاستعمال الحقّ دون منفعة قرينة على أنّه لم يقصد سوى الإضرار بغيره، فنية الإضرار مفترضة، و بحسب الضرور أن يثبت عدم وجود نفع لصاحب الحقّ دون أن يثبت قصد الإساءة، و على المدعي عليه أن يثبت العكس لينجو من

<sup>1</sup> سورة الأحقاف: آية 15.

<sup>2</sup> سورة لقمان: آية 14.

<sup>3</sup> سورة البقرة: آية 233.

<sup>4</sup> عبد الحميد (محمد محي الدين)، مرجع سابق، ص 370 .

<sup>5</sup> ابن العربي (أبو بكر محمد)، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد الجاوي، ج1، د.ط، دار الفكر، د.ت، ص 202.

<sup>6</sup> منصور (محمد خالد)، تمحّض قصد الإضرار بالغير و تطبيقاته في الأحوال الشخصية و مدى أخذ القانون المدني الأردني به، مجلّة دراسات، علوم الشريعة و القانون، المجلد 26، العدد 2، 1999، ص (459-474).

<sup>7</sup> د. الدريبي (فتحي)، مرجع سابق، ص 200.

<sup>8</sup> د. الدريبي (فتحي)، المرجع نفسه، ص 249.

<sup>9</sup> و قد سلك القضاء المصري هذا المسلك فافتراض نية الإضرار إذا ما طلب المدعي اليمين والبيّنة حاضرة.

أنظر: أحمد (ابراهيم)، التعسف في استعمال الحقّ فقها و قضاء، ط2، الاسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، 2002، ص 55.

المسؤولية، فنية الإضرار تُستخلص من انتفاء المنفعة و المصلحة المشروعة<sup>1</sup>. و تبعا لهذا المعيار، جاء في فقه الصحابة توريث المبتوتة في مرض الموت؛ لتعسفه في استعمال حق الطلاق بحرفاتها من الميراث، لتمحّض قصد الإضرار. فالأصل أنّها لا تترث منه لانقطاع الزوجية بالفرقة، و قد قضى عثمان بتوريث زوجة عبد الرحمن بن عوف بعد انتهاء عدتها منه؛ لأنّه طلقها حال المرض، فكأنّه قصد الفرار من إرثها فعومل بعكس مقصوده<sup>2</sup>.

3- الحمل في امرأة غير متزوجة، أو لا يعرف لها زوج قرينة على الزنا<sup>3</sup>. و الأصل في اعتبار ذلك قول أصحاب النبي - صلى الله عليه و سلم - و فعلهم. فعمر - رضي الله عنه - يقول بوجوب الرّجم على كلّ من زنى من الرّجال و النّساء إذا كان محصنا إذا قامت بينة أو كان الحبل أو الاعتراف، و هذا قول الصحابة و لم يظهر لهم مخالف في عصرهم فيكون إجماعا<sup>4</sup>. و الحمل ليس قرينة قاطعة على الزنا بل هو قرينة تقبل الدليل العكسي، فيجب درء الحدّ عن الحامل كلّما قامت شبهة في حصول الزنا كأن يكونا غريبين و ادّعا الزوجية لإمكان أن يكون الأمر على ما قالاه<sup>5</sup>.

4- ثبوت شرب الخمر بقرينة الرائحة عند الإمام مالك و أصحابه و جمهور أهل الحجاز<sup>6</sup>، و هو ما رواه أبو طالب عن الإمام أحمد<sup>7</sup>، فقد ذهبوا إلى أنّ الحدّ يطبّق في هذه الحالة اعتمادا على

<sup>1</sup> د. الدريني (فتحي)، المرجع نفسه، ص 320.

<sup>2</sup> أ.د. إمام (محمد كمال الدّين)، الفقه الإسلامي - تاريخ العقل الفقهي : مفاهيمه - أدلّته - مذاهبه - عصوره، د.ط، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 224.

<sup>3</sup> ابن رشد (أبو الوليد)، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، تنقيح و تصحيح خالد العطّار، ج2، د.ط، بيروت، دار الفكر، 2001، ص 359. ابن فرحون، مصدر سابق، ج2، ص 124.

<sup>4</sup> عوده (عبد القادر)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، ط5، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1984، ص 440-441.

<sup>5</sup> ابن نصر (عبد الوهاب)، المعونة على مذهب عالم المدينة، ج2، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1998، ص 319.

<sup>6</sup> ابن رشد (أبو الوليد)، مصدر سابق، ص 365.

و قد جاء في بداية المجتهد أنّ عمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيها بالشهادة على الصوت و الخط، بشرط أن يشهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان.

<sup>7</sup> ابن قدامي (موفق الدين)، المغني و يليه الشرح الكبير لابن قدامي (شمس الدين)، ج10، بيروت، دار الكتاب العربي، 1983، ص 332.

و قد جاء في المغني أنّه إن وجد سكران أو تقيّاً الخمر، فعن أحمد لا حدّ عليه لاحتمال أن يكون مكرها، أو لم يعلم أنّها تسكر. و رواية أبي طالب عنه في الحدّ بالرائحة يدل على وجوب الحدّ هاهنا بطريق الأولى؛ لأن ذلك لا يكون إلّا بعد شربها، فأشبه ما لو قامت بينة عليه بشربها.

القرينة الظاهرة<sup>1</sup>، و هو المأثور عن الخلفاء الراشدين و حكم به عمر و ابن مسعود<sup>2</sup>. و قد أورد الفقهاء بعض الأفعال الموجبة للضرر بذاتها، و معنى ذلك أنه بمجرد وقوعها تكون قرينة على الأضرار الحاصلة، فتكون هذه الأخيرة مفترضة، كتقييد حرية الشخص و حبسه حسباً غير مشروع، فهذا السلوك الخاطيء يعدّ قرينة على الضرر باجتهاد الفقهاء<sup>3</sup>.

### ثانياً: القرائن القضائية

هي التي يستنبطها القاضي من ظروف الدعوى و ملاسقاتها، و له الحرية الكاملة في الاستنباط و الاستنتاج بشرط ألاّ تخرج عن سنن الشريعة و قواعدها العامة<sup>4</sup>. و ما يجب عليّ ملاحظته في هذا المجال، هو أنّ وظيفتي القضاء و الإفتاء وظيفتان تكادان تكونان مندجتين عند فقهاء الصحابة و التابعين، فلا تكاد تجد قرينة اعتمدت قضاءً إلاّ و كانت مبنية على فتوى القاضي نفسه، فقد كان القضاة كثيراً ما يعملون فتاويهم، و لهذا يعسر علينا أن نفرق في تلك المراحل المتنوّرة فقهاً و قضاءً بين القرائن الفقهية و القرائن القضائية. و بالرغم من ذلك سوف نضرب لذلك أمثلة<sup>5</sup>:

1- الاستدلال على زنا المرأة بناء على قرينة حملها و لا زوج لها و لا سيّد. و هذا ما حكم به أمير المؤمنين عمر بن الخطاب و الصحابة معه رضي الله عنهم، فقضى برجم المرأة تأسيساً على ذلك. و هذه القرينة القضائية تحوّلت إلى قرينة شرعية باجتهاد الفقهاء، و هو ما تبناه الإمام مالك و أحمد - في أصحّ روايته -.

2- الاستدلال على شرب الرّجل الخمر بناء على قرينة الرائحة، أو على قرينة قيئها، و قد حكم عمر و ابن مسعود بوجوب الحدّ تأسيساً على ذلك، و لا يُعرف لهما مخالف من الصحابة.

<sup>1</sup> و قد جاء في تبصرة الحكام أنّ الرائحة معنى يُعلم به صفة ما شرب المُكلّف و جنسه، فوجب أن يكون طريقاً إلى إثبات الحدّ، أصل ذلك أنّ وجدان الريح من الشارب أقوى في معرفة حال المشروب من الرؤية؛ لأنّ الرؤية لا يُعلم بها الشراب أمسكر هو أم لا؟ و إنّما يُعلم ذلك برائحته. أنظر: ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج2، ص 94.

<sup>2</sup> ابن قيم الجوزية (شمس الدّين)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق الفقي (محمد)، د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت، ص 6.

<sup>3</sup> سراج (محمد)، مرجع سابق، ص 48.

<sup>4</sup> د. الشواربي (عبد الحميد)، مرجع سابق، ص 183.

<sup>5</sup> ابن قيم الجوزية (شمس الدّين)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مصدر سابق، ص 5 و ما بعدها.

- 3- ثبوت السرقة على من يوجد في حيازته المال المسروق، و أساس الثبوت هو القرينة المستفادة من وجود المال في حيازة المتهم، و التي تدلّ غالباً على أنه هو الذي سرقه. و هذه القرينة أقوى من البينة و الإقرار؛ لأنهما خبران يتطرق إليهما الصدق و الكذب.
- 4- ثبوت صدق المدعي بناء على قرينة النكول. و هي قرينة ظاهرة، و لهذا قدّمت على أصل براءة الذمة.

و القرينة القضائية تقوم في أساسها على التأمّل و النظر و لهذا كان استعمالها أمراً خطيراً. و بناء على ذلك وضع لها الإمام ابن قيم الجوزية ضابطين، حتى يتسنى للقاضي الابتعاد عن الخطأ و الزلل في الأحكام:

الضابط الأول: لا بدّ أن يكون لدى القاضي فقه في أحكام الحوادث الكلية، و الضابط الثاني: أن يكون لديه فقه في نفس الواقع و أحوال الناس يميّز به بين الصادق والكاذب، و المحقّق و المبطل<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: حجة القرينة.

ليس يخلو مذهب فقهي من المذاهب الإسلامية من الاعتماد على القرائن في استنباط الأحكام الشرعية<sup>2</sup>. و بالرغم من إقامة كثير من أحكام الشريعة على القرائن، و اتّجاه القضاء من وقت نزول الشريعة إلى الأخذ بها، فإن جمهور الفقهاء لا يسلم باعتبار القرائن دليلاً عامّاً من أدلة الإثبات في الجرائم، إلّا فيما نصّ عليه بنصّ خاصّ كالقسامة<sup>3</sup>، و لعلّ عذرهم في ذلك أن القرائن في أغلب الأحوال غير قاطعة و تحمل أكثر من وجه، فإذا اعتُمد عليها كدليل لإثبات الجريمة فقد اعتُمد على دليل مشكوك فيه لا يمكن التسليم مقدّمًا بصحّته. أمّا أقلية الفقهاء فيرون الأخذ بالقرائن في إثبات الجرائم كالإمام ابن قيم الجوزية<sup>4</sup> و فقهاء المالكية<sup>5</sup>. و لم ترد القرينة عند الأئمة الأربعة باعتبارها طريقاً من طرق الإثبات، ممّا يفسّر عدم إفرادهم لها باباً خاصّاً، و ليس معنى ذلك أنّهم قد غضّوا الطرف عنها، فالناظر في كتب الأئمة يرى أنّهم مجمعون على مبدأ الأخذ بالقرائن في الحكم و القضاء، و أنّ أوسع المذاهب في الأخذ به

<sup>1</sup> ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، مضرر سابق، ص 4.

<sup>2</sup> د. عوده (عبد القادر)، مرجع سابق، ص 340.

<sup>3</sup> القسامة من أقسم، إسم وضع موضع الإقسام. و هي أيّمان مكرّرة يحلفها ولي الدّم عند وجود قتيل في محلّة لم يُعرف قاتله و بينه و بينهم لوث. أو هي أيّمان يحلفها أهل محلّة المتهمون بالقتل. أنظر: أ.د. قلعه جي (محمد رواس)، د. قنبي (حامد)، مرجع سابق، ص 362.

<sup>4</sup> د. عوده (عبد القادر)، المرجع نفسه، ص 340.

<sup>5</sup> لقد رأينا سابقاً أن فقهاء المالكية يعتدّون بالقرائن في إثبات جريمة الزنا و جريمة شرب الخمر.



مذهبا المالكية و الحنابلة<sup>1</sup>، فورد في كتبهم ما يفيد أنهم عملوا بالقرينة و اعتدوا بمدلولها، كالإمام ابن القيم من الحنابلة<sup>2</sup> و ابن فرحون من المالكية<sup>3</sup>. حتى أن الإمام الشافعي الذي يعدّ أبعد الفقهاء عن الأخذ بقرائن الأحوال إلاّ أنّه اعتبرها في أكثر من مائة موضع<sup>4</sup>. و لقد استندوا في ذلك إلى نصوص الكتاب العزيز و السنّة، و عضّدوا كلّ ذلك بالمعقول. فمن الكتاب: قوله تبارك و تعالى: ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّن قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ، فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِّن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِّن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾<sup>5</sup>. كما قال تبارك و تعالى: ﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ﴾<sup>6</sup>، و أرادوا بذلك أن يجعلوا وجود الدّم علامة على صدق ما يقولون، إلاّ أنّ المولى تبارك و تعالى قرن هذه الواقعة بواقعة أخرى هي سلامة القميص من التّليب، و هما واقعتان مادّيتان متعارضتان. و يقول الإمام ابن العربي في ذلك: (و العلامات إذا تعارضت تعيّن التّرجيح، فيُقضى بجانب الرّجحان، و هي قوّة التّهمة لوجوه تضمّنها القرآن، منها طلبهم إيّاه شفقة، و لم يكن من فعلهم ما يناسبها، فيشهد بصدقها، بل كان سبق ضدها، و هي تبرّمهم به، و منها أنّ الدّم محتمل أن يكون في القميص موضوعا، و لا يمكن افتراس الذّئب ليوسف و هو لابس للقميص و يسلم القميص من تخريق، و هكذا يجب على النّاظر أن يلحظ الأمارات و العلامات و تعارضها)<sup>7</sup>. فاستدلّ الفقهاء بهذه الآية في أعمال الأمارات في كثير من مسائل الفقه، و أقاموها مقام اليّنة<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> شلتوت (محمود)، الإسلام عقيدة و شريعة، د.ط، بيروت، دار الشروق، د.ت، ص 540.

أ.د. الزحيلي (محمد)، مرجع سابق، ص 414.

<sup>2</sup> ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، راجعه و علّق عليه سعد (طه)، ج4، د.ط، بيروت، دار الخليل، د.ت، ص 373-374. و انظر كذلك: الطرق الحكمية، مصدر سابق، ص 5 و ما بعدها.

<sup>3</sup> ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج2، ص 117 و ما بعدها.

<sup>4</sup> من هذه المواضع جواز وطء الرجل المرأة ليلة الزفاف، و إن لم يرها و لم يشهد عدلان أنّها امرأته، بناء على القرائن. و منها قبول الهدية التي يوصلها إليه صبي أو عبد أو كافر، و جواز أكلها و التصرف فيها، و إن لم يشهد عدلان بذلك، بناء على القرائن، و لا يشترط تلفظه و لا تلفظ الرسول بلفظ الهبة و الهدية. و منها انتفاعه بفراش زوجته، و إن لم يستأذنها نطقا، بناء على القرائن. أنظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، إعلام الموقعين، ج4، مصدر سابق، ص 378-379.

<sup>5</sup> سورة يوسف: آية 26، 27، 28.

<sup>6</sup> سورة يوسف: آية 18.

<sup>7</sup> ابن العربي (أبو بكر محمد)، مصدر سابق، ج3، ص 1077.

<sup>8</sup> ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج1، ص 241.



و من السنّة: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " لا تُنكح الأيم حتى تُستأمر، و لا تُنكح البكر حتى تُستأذن"، قالوا: يا رسول الله و كيف إذنها؟ قال " أن تسكت"<sup>1</sup>، فصمات البكر قرينة على رضاها، فجوّز الفقهاء الشّهادة على أنّها راضية<sup>2</sup>.

و من المعقول، فقد أفاض الإمام ابن قيم الجوزية في الكلام عن القرينة و بيان الأدلّة على أنّها طريق من طرق الإثبات، حيث جاء في مقدّمة كتابه (الطّرق الحكّمية): (أمّا بعد فقد سألتني أخي عن الحاكم أو الوالي يحكم بالفراصة و القرائن التي يظهر له فيها الحقّ و الاستدلال بالأمارات و لا يقف مع مجرد ظواهر البيّنات و الأحوال .. فهل ذلك صواب أم خطأ؟ فهذه مسألة كبيرة عظيمة التّفنّع، جليلة القدر، إن أهملها الحاكم أو الوالي أضاع حقًا كثيرًا. و أقام باطلا كبيرا. و إن توسّع و جعل معوّله عليها، دون الأوضاع الشّرعية، وقع في أنواع من الظلم و الفساد)<sup>3</sup>، و قال في كتابه إعلام الموقعين: (فإذا ظهرت أمارات الحقّ، و قامت أدلّة العقل، و أسفر صبحه بأيّ طريق كان؛ فثمّ شرع الله و دينه و رضاه و أمره، و الله تعالى لم يحصر طرق العدل و أدلّته و أماراته في نوع واحد و أبطل غيره من الطّرق التي هي أقوى منه و أظهر، بل بيّن بما شرعه من الطّرق أنّ مقصوده إقامة الحقّ و العدل و قيام الناس بالقسط، فأبى طريق استخراج بها الحقّ و معرفة العدل و جب الحكم بموجبها و مقتضاها، و الطّرق أسباب و وسائل لا تُراد لذواتها، و إنّما المراد غاياتها التي هي المقاصد)<sup>4</sup>، فـ: (هل السّياسة الشّرعية إلّا الاعتماد على القرائن التي تفيد القطع تارة و الظنّ - الذي هو أقوى من ظنّ الشّهود بكثير - تارة؟..)<sup>5</sup>، فالأساس في اعتماد القرائن كسياسة شرعية هو المصلحة<sup>6</sup>.

و بهذا يتبيّن أنّ الأخذ بالقرائن في الأحكام، ليس من مبتكرات القوانين الحديثة و إنّما سبقت إلى ذلك الشريعة الإسلامية، فجاء بها كتاب الله و قرّرها السنّة النبوية، و درج عليها حكّام المسلمين و قضاتهم في جميع العصور، و لكن كان للمحدثين ظاهرة التنويع و التّحديث، مع العلم أنّ كلّ ما أوردوه من تقسيم للقرائن موجود بذاته في الفقه الإسلامي، لا تنقصه إلّا المصطلحات<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> سبق تخريجه، أنظر ص 29.

<sup>2</sup> الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 112.

<sup>3</sup> ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، الطرق الحكّمية في السياسة الشرعية، مصدر سابق، ص 3.

<sup>4</sup> ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 4، مصدر سابق، ص 373.

<sup>5</sup> ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 4، مصدر سابق، ص 379.

<sup>6</sup> د. بهنسي (أحمد)، السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 430.

<sup>7</sup> شلتوت (محمود)، مرجع سابق، ص 541.

### المطلب الثالث: البناء السياحي للقرينة

إن البناء الصياحي تبدو أهميته جوهريّة في مثل هذه الدراسات؛ لأنه يعتبر قالباً تقاس به الألفاظ و المباني حتى يمكننا التفريق بين ما هو مصاغ على شكل قرائني، و بين ما هو مصاغ على أشكال أخرى. و هذا يقينا حتما الوقوع في الزلل و الخطأ، و يقربنا من التحليل الصائب، و التركيب التاجع. و لهذا رأيت أن أدرس مكونات القرينة، أي عناصرها في (فرع أول)، ثم طرائق الربط و الانفكاك بين طرفيها في (فرع ثان).

#### الفرع الأول: عناصر القرينة

إن القرينة هي استنباط الشارع أو المشرع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم. أو هي مجموع النتائج التي تستخلص من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة. و بناء على ذلك فإن للقرينة ثلاثة عناصر تشكل في مجموعها القالب التكويني لها، و هي<sup>1</sup>:

1- الواقعة الثابتة التي يختارها الشارع أو الفقيه أو المشرع أو القاضي، و هي تشكل محلّ الإثبات البديل.

2- الواقعة المراد إثباتها، و التي يزحزح عنها الشارع أو الفقيه أو المشرع أو القاضي آلية الإثبات و يحوّلها إلى واقعة أخرى قريبة منها، فإذا ثبتت هذه الواقعة الأخرى، اعتبرت الواقعة الثانية ثابتة.

3- عمليّة الاستنباط التي يُبنى عليها افتراض الواقعة الأصلية، و التي تكون وسيلة للوصول من الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها.

و من أمثلة ذلك:

1- تأخر المدين في الوفاء بدينه قرينة على الضّرر الحاصل بالدائن. و هي قرينة منصوص عليها في المادة (186) من القانون المدني الجزائري. و هذا النص يبيّن لنا أن تأخر المدين في الوفاء بالمدين تجاه دائته يرتّب ضررا بصورة حتمية، و ذلك بالنظر إلى غالب الأحوال، و لهذا جاء النص بصيغة الوجوب، فيجب التعويض، مما دلّ على أن القرينة قاطعة، لا تقبل إثبات العكس<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 599-600.

<sup>2</sup> د. السعدي (محمد صبري)، مرجع سابق، ص 141.

المكوّن الأوّل: واقعة تأخّر المدين في الوفاء بالدين تجاه دائئه<sup>1</sup> (ثابتة).

المكوّن الثاني: واقعة الضّرر الحاصل من جرّاء واقعة التأخر (مفترضة).

المكوّن الثالث: افتراض الواقعة الثانية بناء على ثبوت الواقعة الأولى عن طريق الاستنباط.

2- الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة<sup>2</sup>، و هي قرينة منصوص عليها في المادّة (499) من القانون المدني الجزائري. و وردت بصيغة واضحة لاستعمال لفظ القرينة في ذاته.

المكوّن الأوّل: واقعة الوفاء بقسط لاحق من الأجرة، وهي المحلّ البديل (ثابتة).

المكوّن الثاني: واقعة الوفاء بالأقساط السابقة، وهي المحلّ الأصلي (مفترضة).

المكوّن الثالث: افتراض ثبوت المكوّن الثاني بناء على ثبوت المكوّن الأول عن طريق الاستنباط.

3- ما جاء في المادّة (6) مكرّر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بقرار بقانون رقم

44 لسنة 1979 ونصّها: ( و يعتبر إضراراً بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ... و يسقط حقّ الزوجة في طلب التفريق بمضي سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً)<sup>3</sup>.

المكوّن الأوّل: واقعة الاقتران بزوجة ثانية (التعدد) (ثابتة).

المكوّن الثاني: واقعة الضّرر الناتج (مفترضة).

المكوّن الثالث: افتراض النتيجة الضررية بناء على ثبوت واقعة الاقتران.

4- انتفاء المصلحة المشروعة قرينة على تمحّض قصد الإضرار<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> هذه الواقعة تمثّل السبب المنتج للضرر الحاصل، مما يدلّ على أنّ القرائن المتعلقة بالنتائج الضررية لا ينتقل فيها الإثبات إلى واقعة أخرى، و لا نبحث فيها عن واقعة أخرى لنثبتها؛ لأنّ القرينة حينئذ تكون هي الفعل الضار ذاته، و الفعل الضار يعدّ ركناً في المسؤولية، و معنى ذلك أنّ إثباته قائم في كلّ الأحوال.

<sup>2</sup> فعلى المستأجر أن يثبت واقعة الوفاء بقسط من الأجرة، فإذا أثبتتها قامت قرينة لصالحه على أداء الأقساط السابقة، و لا يكلف بإثبات الوفاء بهذه الأقساط الماضية، و إنّما يكلف المؤجّر بإثبات عدم الوفاء بها، فهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس. أنظر: د. زهدور (محمد)، مرجع سابق، ص 86.

<sup>3</sup> مفاد هذا النصّ أنّ المشرّع المصري قد جعل من اقتران الزوج بأخرى قرينة على النتيجة الضررية الواقعة على الزوجة، و بهذا فقد أعفاها المشرّع من إثباتها متى طلبت التفريق لأجله؛ فالنتيجة الضررية مفترضة، و لكن هذا الافتراض بسيط أي أنّه قابل لإثبات العكس، فللزوجة إسقاط لدلائلها بإثبات رضا زوجته بزواجه الجديد، و هو ما يجوز إثباته بالبينة. الطعن رقم 42 سنة 33 ق جلسة 1985/04/09 س 36. أنظر: شعله (سعيد)، قضاء النقض في أدلة الدعوى، دط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2002، ص 1405.

و قد ورد طعن آخر من محكمة النقض المصرية جاء فيه أنّ هذه القرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس إطلاقاً و هو ما يناقض الطعن السابق، و هو النقض 30 لسنة 52 ق. جلسة 1982/05/14. هذا يعدّ تناقضاً في الأحكام، و يبدو أنّ الحكم الذي قرّر قطعية القرينة هو الأصوب على أساس البناء الصياغي للنص القانوني. أنظر: الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 384.

<sup>4</sup> د. الدريبي (فتححي)، مرجع سابق، ص 320.

المكوّن الأوّل: انتفاء المصلحة المشروعة (ثابت).

المكوّن الثاني: تمتحّض قصد الإضرار (مفترض).

المكوّن الثالث: افتراض تمتحّض قصد الإضرار عن طريق الاستنباط.

## الفرع الثاني: صيغ الترابط و الانفكاك بين طرفي القرينة

يبدو من خلال دراسة الفرع الأوّل من هذا المطلب أنّ القرائن لها صياغتها الخاصّة بها إن على مستوى القانون أو على مستوى القضاء أو على مستوى الفقه. و من بين البناءات الصياغية التي رأيناها: أوّلاً: البناء الذي يعتمد على الفصل بين طرفي القرينة (المحلّ الأصلي و المحلّ البديل)، و يكون الفصل إمّا بصيغة ظاهرة، و إمّا بصيغة تخضع لعملية الاستنتاج. فمثال الأولى: ما ورد في المادّة (499) من القانون المدني الجزائري: (الوفاء بقسط من الأجرة يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة..).

فصيغة هذه القرينة ظاهرة لا تحتاج إلى إعمال الفكر؛ لأنّها استعملت لفظ القرينة بصورة مباشرة. كانتفاء المصلحة المشروعة قرينة على تمتحّض قصد الإضرار، و كذلك<sup>1</sup>:  
- (لا يقبل قول المرأة أنّ زوجها لم يكن ينفق عليها فيما مضى من الزّمان و هما في بيت واحد، لأنّ ذلك قرينة دالّة على كذبها).

- (إذا صاد بازيا في رجليه سباقان، أو ظبيا في أذنيه قرطان أو في عنقه سلك جوهر، فليس لواجده فيه شيء و عليه أن يعرفه كاللقطة، لأنّ ذلك قرينة على أنّه كان مملوكا لغيره).  
و كذلك ما ورد في المادّة (228) من القانون المدني المصري: (لا يشترط لاستحقاق فوائد التّأخير قانونية كانت أو اتّفاقية أن يثبت الدّائن ضررا لحقه من هذا التّأخير). و هذه الصّيغة كذلك ظاهرة؛ لأنّها استعملت لفظ (عدم الإثبات) و هو الأثر الرّئيس للافتراض، و معنى ذلك أنّ الطّرف الأوّل قرينة على الطّرف الثاني. فالنّص عبّر عن القرينة بأثرها و هو سقوط عبء الإثبات، فكان ذلك ظاهر الدّلالة على أنّ التّأخير في أداء الدّين يترتّب عليه حتما ضرر يجب تعويضه.

<sup>1</sup> ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر سابق، ج2، ص 125-126.

و كذلك ما ورد في المادة (823) من القانون المدني الجزائري: (الحائز لحق يفرض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك). و قد استعمل المشرع في ذلك لفظ الافتراض ذاته، بغض النظر عن الخطأ اللغوي الذي وقع فيه، فكان من المفروض أن يستعمل لفظ (يفترض) بدل استعماله للفظ (يفرض).

و مثال الثانية ما ورد في المادة (186) من القانون المدني الجزائري: (إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى، و تأخر المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعوّض اللدائن الضرر اللاحق به من هذا التأخير). و هذه الصياغة لا بدّ أن تخضع لإعمال العقل نسبيا، حتى تتمكن من استنتاج وجود طرفين للقرينة، و استنتاج أنّ الواقعة الأولى قرينة على الواقعة الثانية، و هي ليست غامضة لدرجة كبيرة.

و مثال ذلك كذلك<sup>1</sup>:

- (وجوب إقامة الحدّ على المرأة إذا ظهر بها حمل و لم يكن لها زوج).
- (وجوب الحدّ على من وجد منه رائحة الخمر أو قاءها)<sup>2</sup>.

ثانيا: و هناك صيغة أخرى، و هي صيغة الخلط بين طرفي القرينة، و ذلك كما جاء في المادة (6) مكرّرا من القانون رقم (25) لسنة 1929 المضافة بقرار بقانون رقم (44) لسنة 1979: (و يعتبر إضرارا بالزوجة اقتران زوجها بأخرى..). فقد جعل المشرع اقتران الزوج بثانية ضررا في ذاته<sup>3</sup>، و هو ما ذهب إليه نفيّاً الإمام الخرخشي: (و من الضرر قطع كلامه عنها و تحويل وجهه عنها و ضربها ضربا مؤلماً لا منعها الحمام أو تأديبها على الصلاة و التسري و التزوّج عليها)<sup>4</sup>. و كما جاء في فقه القضاء التونسي أنّ: (إبقاء امرأة عذراء أكثر من سنة من تاريخ الدخول بها يمثل ضررا لاحقا بها)<sup>5</sup>. و هو ذاته في ما روته السيّدّة عائشة -رضي الله عنها- أنّها قالت: يا رسول الله إنّ البكر تستحي، قال: "رضاهما صمتها"<sup>6</sup>. فقد جعل النبيّ صلّى الله عليه و سلّم إذن البكر صمتها. و يكون النصّ قد دمج بين طرفي القرينة الإذن و الصمت.

<sup>1</sup> ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مصدر سابق، ص 6، ابن نصر (عبد الوهاب)، مصدر سابق، ج2، ص 319.

<sup>2</sup> ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج4، مصدر سابق، ص 374.

ابن رشد (أبو الوليد)، مصدر سابق، ص 365.

<sup>3</sup> شعلة (سعيد)، قضاء النقض في أدلة الدعوى، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، ، 2002، ص 1405.

<sup>4</sup> الخرخشي، الخرخشي على مختصر سيدي خليل و بهامشه حاشية الشيخ العدوي (علي)، ج4، د.ط، بيروت، دار الفكر، د.ت، ص 9.

<sup>5</sup> <http://www.wrcati.cawtar.org/index.php?a=d&faq=119>.

<sup>6</sup> سبق تخريجه في هذا المبحث، ص 30.

المبحث الثالث:

آيات إزالة النتيجة الضرورية

جامعة الأهرام  
عبد القادر للعالم الإسلامي

## المطلب الأول: التفريق القضائي

إنّ التفريق يعدّ مكنة فعّالة لإزالة الضّرر عن الزّوجة منحها الله سبحانه و تعالى إيّاه، قبل أن تنصّ عليها القوانين الوضعيّة المتعلّقة بتنظيم أحوال الأسرة و علاقاتها. و لهذا رأيت أنّه من الواجب دراسته، حتّى يتبيّن تكييفه في مقابلة الطّلاق (فرع أوّل)، و كذا حالاته المحدّدة في المنظور الفقهي و القانوني (فرع ثان).

## الفرع الأوّل: تحيينه التفريق القضائي

إنّ طبيعة البناء النفسي للمرأة و خصوصيته لا يستدعيان أن يكون أمر الطّلاق بيدها، هذا البناء الذي يجعل المرأة ذات خصوصية منضبطة بالطّباع الرّقيقة، لذلك كانت مصدرا للعطف و الحنان، هذه المشاعر الإيجابية الضّروية لبناء خليّة المجتمع الأولى، إلّا أنّ هذه المشاعر و الأحاسيس إذا سيطرت على الأمور الخطيرة، كما هو الشّأن بالنّسبة للطّلاق، فإنّ الأمر يصبح مضراً، و من هنا وُصف الرّجل بأنّه أكثر تعقّلا و بذلك يكون أقلّ تسرّعا من المرأة في اتّخاذ قرار الطّلاق<sup>1</sup>. و حتّى نتأكّد من مدى جدّيّة هذه المقولة و مصداقيتها العلميّة، لا بدّ من استشارة ما تجمّع من بحوث في علم النفس الفرقي<sup>2</sup>، و لهذا كان لإعطاء أولويّة حقّ الطّلاق للزّوج فقها<sup>3</sup> أرضية اجتماعية نفسية، فالرّجال قوامون على النّساء، و بناء على هذه القوامة فهم ينفقون على زوجاتهم و أولادهم، و يحرصون على أبنائهم باعتبار أنّ نسبهم

<sup>1</sup> د. الغندور (أحمد)، الأحوال الشّخصية في التشريع الإسلامي، ط2، الكويت، مكتبة الفلاح، 1982، ص 336.

<sup>2</sup> علم النفس الفرقي (Differential Psychology): هو فرع من فروع علم النفس، يدرس طبيعة و حجم و أسباب و نتائج الفروق النفسية بين الأفراد و الجماعات. أنظر: د. جابر (جابر)، د. كفاي (علاء الدين)، معجم علم النفس و الطب النفسي (إنجليزي-عربي)، ج3، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربيّة، 1990، ص 962.

<sup>3</sup> ابن أنس (مالك)، المدونة الكبرى رواية الإمام سحنون عن الإمام ابن القاسم (عبد الرحمان)، و معها مقدمات ابن رشد، ج2، د.ط، دار الفكر، د.ت، ص 72، الآبي (صالح)، مصدر سابق، ص 337، الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ص 326، الماوردي (أبو الحسن علي بن حبيب)، الحاوي الكبير، حققه و خرّج أحاديثه و علّق عليه د. مطرجي (محمود)، ج12، د.ط، بيروت، دار الفكر، 1994، ص 384، ابن تيمية (مجد الدّين)، المحرّر في الفقه و معه التّكت و الفوائد السّنيّة لابن مفلح الحنبلي (شمس الدّين)، تحقيق الفقهي (محمد)، ج2، د.ط، بيروت، دار الكتاب العربي، د.ت، ص 50، ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج4، د.ط، الاسكندرية، مصر، المكتب الجامعي الحديث، د.ت، ص 141.



يعود إليهم. فمسؤولية الأزواج و عامل إنفاقهم يجعلهم من وجهة نظر علم النفس الاجتماعي أكثر التزاما بالمحافظة على عش الأزواج؛ إذ أن أخذ قرار الطلاق يؤدي إلى التنافر الإدراكي<sup>1</sup>، أي بسبب التناقض بين ما قام به الزوج من نفقات و أعمال لصالح أسرته من ناحية، و ما يعنيه الطلاق من هدر للجهود و الطاقات المبذولة من ناحية أخرى، فهذه المعطيات تجعل الزوج أكثر التزاما بالحرص على ديمومة العلاقة الزوجية<sup>2</sup>. فهذا الوضع يجعل الزوج يفكر و يقدر قبل أن يقدم على صنع قرار الطلاق، فلا يكون ذلك إلا إذا رجحت لديه عوامل الانفصال، و إن كان الطلاق بيد المرأة لكان أسهل لها على المستوى النفسي و الاجتماعي التسرع في أخذ ذلك القرار الخطير<sup>3</sup>. و هذا في حقيقته ليس إلا تقسيما للأدوار بين الزوجين قصد تأمين نجاح أكبر لمسيرة الزواج في نظر الرؤية القرآنية؛ لأن الأسرة، في حقيقتها و جوهرها، ما هي إلا مجموعة من المكنات و الأدوار المكتسبة<sup>4</sup>.

و بذلك أخذ قانون الأسرة الجزائري في المادة (48) منه<sup>5</sup>، و هو ما أخذ به قضاة المحكمة العليا الجزائرية، فنصت في قرارها على أنه للزوج حق الطلاق بمجرد إبداء إرادته في ذلك؛ لأنه يُبنى على الإرادة المنفردة للزوج، و لا ينوب عنه أحد في ذلك إلا من فوض لهم أمره<sup>6</sup>، كما لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره<sup>7</sup>، فالعصمة بيد الزوج و له إيقاع الطلاق دون حاجة إلى تبريره، و مخالفة ذلك يعدّ خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية<sup>8</sup>. و قد عرفت المحكمة العليا الجزائرية الطلاق بـ: (أنه حلّ عقد الزواج

<sup>1</sup> التنافر الإدراكي (Dissonance) هو: اضطراب السلوك أو التفكير بسبب التنافر أو التضارب بين مفهومين و صعوبة التوفيق بينهما. أنظر: د. جابر (جابر)، د. كفاي (علاء الدين)، مرجع سابق، ص 991.

<sup>2</sup> الذوايدي (محمود)، قراءة سوسولوجية لقضايا التشويز و الشقاق و الطلاق بين الزوجين في القرآن، مرجع سابق.

<sup>3</sup> الذوايدي (محمود)، المرجع نفسه.

<sup>4</sup> سالم الشامسي (ميتاء)، المرأة الخليجية .. إلى أين (ورقة عمل في ندوة المستقبل العربي عقدت في مقرّ مركز دراسات الوحدة العربية في بيروت بتاريخ 2000/11/24، المستقبل العربي، عدد 273، 2001/11، ص (79-130).

<sup>5</sup> المادة (48) من قانون رقم 84-11 المؤرخ في رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدّل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005: (مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون).

<sup>6</sup> قرار رقم 32786 المؤرخ في: 14/05/1984، المجلة القضائية، سنة 1989، عدد 2، ص 66، أنظر: قرارات المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية (1975-2003)، - الإصدار الثاني، تصميم و تنفيذ و برمجية شركة كليك لخدمات الحاسوب [CD].

<sup>7</sup> قرار رقم 35026 المؤرخ في: 03/12/1983، المجلة القضائية، سنة 1989، عدد 4، ص 86، أنظر: القرص المضغوط، السابق ذكره.

<sup>8</sup> قرار رقم 35346 المؤرخ في: 31/12/1984، المجلة القضائية، سنة 1990، عدد 2، ص 86، أنظر: القرص المضغوط، السابق ذكره.



و يتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح، و لا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره<sup>1</sup>.

فإذا كان الزوج هو الذي يتضرر من الزواج، كان له إنفاؤه بإيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، أي دون رضی الزوجة<sup>2</sup>، فالطلاق إنما شرع ليستطيع الزوج التخلص من الرابطة الزوجية، إذا تحقق أن المعاشرة بالمعروف و القيام بحقوق الزوجية أصبح غير ميسور، فللرجل تبعاً لذلك أن يوقع الطلاق بصورة مستقلة إذا علم ذلك. و من خلال تحليلات الفقهاء القدامى و شروحاتهم للطلاق يتبين بوضوح أن الأصل المقرر شرعاً أن سلطة الطلاق بيد الرجل، على شرط أن يكون مبرراً تبريراً شرعياً، فإذا لم يكن كذلك فإن الطلاق يكون عند ذاك كفراناً للنعمة. و هذا النوع من أنظمة الطلاق، و هو الطلاق بإرادة المنفردة لا تعترف به الأنظمة القانونية الغربية؛ على أساس أن هذا النظام يعكس اللامساواة بين الزوجين، الذي ينشئ تناقضاً كبيراً في مواجهة المبادئ الأساسية المعتمدة، و المصادق عليها من طرف قوانين الدول الأوروبية، و المقررة و المؤكدة عليها عن طريق الاتفاقيات الدولية ذات الشأن<sup>3</sup>.

فالتشريع الإسلامي بهذه الصورة يبيّن أصلاً و يقيد، و هو أن الطلاق بيد الرجل كأصل عام، و ذلك رعاية لحق المجتمع في ذلك؛ لأنّ بناء المجتمع لا يقوم إلا على متانة بناء الأسرة، و ذلك بتحديد نسبة الطلاق فيه التي تكون وحدها كافية لتصدّع جدار الهيكل الاجتماعي. و لكن إذا لقيت الزوجة من زوجها ما لا ترضاه من المعاملة على أساس أن زوجها لا يوفّيها حقّها، و لقيت من ذلك نوعاً من الرهق و العنت و المشقة متضررة من بقاء الزوجية و استمرارها، رخصت لها الشريعة الإسلامية الحقّ في أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة تطليقها من زوجها<sup>4</sup>؛ لأنّها لا تملك الطلاق و قد فات إمساكها بالمعروف<sup>5</sup>. و من صلاحيات القاضي الفاعلة التي تساهم في بناء المجتمع و المحافظة على تماسكه رفع أيّ ضرر واقع على الزوجة. كما أن له حقّ إجبار الزوج على الطلاق إذا رأى ذلك مناسباً، رفعا للجور و العدوان و التعسف، و تحقيقاً للإنصاف و العدل داخل الأسرة و المجتمع<sup>6</sup>. و بهذا يبدو واضحاً جداً أن

<sup>1</sup> قرار رقم 32786 المؤرخ في: 14/05/1984، السابق ذكره.

<sup>2</sup> البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 6.

<sup>3</sup> Courbe (P.), *Droit de la famille*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Armand Colin/Masson, , 2001, P. 113.

<sup>4</sup> د. العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص 67-68.

<sup>5</sup> خليل (أحمد)، مرجع سابق، ص 105.

<sup>6</sup> داودي (عبد القادر)، وقوع الطلاق من غير الزوج - أسبابه و مجالات تطبيقه -، المعيار، دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الإسلامية و الاجتماعية، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، عدد 9، جويلية 2004، ص (209-235).

الأصل هو أنّ الطّلاق بيد الرّجل، و الاستثناء أن تملكه الزّوجة بشرط سلوك طريق القضاء، فحقّها ساكن يتحرّك باستعمال القناة القضائية، على شرط توفر الضّرر، سواء كان ضررا محدّد السّبب، أو كان ضررا مطلقا عن أي قيد سبي.

## الفرع الثاني: حالات التفريق القضائي

إذا كان الطّلاق بيد الرّجل بناء على مبدئي العصمة و القوامة، و هو الأصل، فإنّ المرأة ما تزوّجت إلّا لأنّها اختارت حياة الفضيلة المبنية على الودّ و السّكينة و الطمأنينة، فميثاق الزّواج إنّما يشكّل عقدا، في حقيقته، على المودّة و المعاشرة بالمعروف و احترام الحقوق المتبادلة، و هذا ما يمثّل الغاية المقاصدية له، فإذا انتفت هذه الغاية ما كان للعقد أن يبقى أو يدوم. و لهذا كان للزّوجة في التّشريع الإسلامي أن تدفع عنها الضّرر اللاحق بها من زوجها، بلجوتها إلى القضاء من أجل حصولها على فصم عرى الزّوجية. ففوق الضّرر الذي تدعيه الزّوجة هو مناط التفريق<sup>1</sup>، الذي يعدّ مكنة عادلة لإزالة ما نتج عن العلاقة الزّوجية من ضرر، سواء أكان هذا الضّرر محدّد السّبب فقها و قانونا كضرر عدم الإنفاق، أو ضرر الغيبة، أو ضرر الهجر، أو ضرر الشّقاق، أو كان مطلقا عن أيّ قيد سبي و الذي تمثّله الفقرة العاشرة من المادّة (53) من قانون الأسرة الجزائري. و جميع الفقهاء أجمعوا على أنّ هذه الوقائع المادية تمثّل مصدرا لأضرار مادية و معنوية تثقل كاهل الزّوجة، إلّا أنّهم اختلفوا في طريقة دفعها، و آلية إزالتها، فمكنة التفريق عن طريق القاضي بناء على الأضرار النّاجمة عن الأسباب سابقة الذّكر كانت محلّ خلاف فقهي حادّ، و لكلّ فريق أدلّته و مستنداته الشرعية.

### أولا: التفريق المؤسّس على الضّرر محدّد السّبب:

و يشمل الحالات الآتية:

1- التفريق للإعسار: تعدّدت أقوال الفقهاء في شأنه، فذهب إلى القول به المالكية<sup>2</sup> و

الشّافعية<sup>3</sup>

<sup>1</sup> خليل (أحمد)، مرجع سابق، ص 117.

<sup>2</sup> ابن جزري (محمد)، القوانين الفقهية، د.ط، الدار العربية للكتاب، 1988، ص 221.

الخطاب (محمد)، مصدر سابق، ص 185.

<sup>3</sup> الشّريبي (محمد الخطيب)، مصدر سابق، ص 443.

والحنابلة<sup>1</sup>، وهو ما ذهب إليه عمر و علي، و أبو هريرة<sup>2</sup>. و من بين ما استدّلوا به على ذلك قول الله

تبارك و تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحوهُمْ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسِكُوهُمْ ضَرَارًا لِيَتَعْتَدُوا﴾<sup>3</sup>.

كما استدّلوا بما روي عن ابن عمر أنّ عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا<sup>4</sup>. كما استدّلوا بقول النبي صلى الله عليه و سلم في حديث أبي هريرة - رضي الله عنه -: " أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ مَا تَرَكَ غَنِيٌّ وَ الْيَدُ الْعَلِيَا خَيْرٌ مِنَ الْيَدِ السُّقْلَى، وَ اِبْدَأُ بِمَنْ تَعُولُ، تَقُولُ الْمَرْأَةُ إِمَّا أَنْ تَطْعَمَنِي وَ إِمَّا أَنْ تَطْلَقَنِي، وَ يَقُولُ الْعَبْدُ أَطْعَمَنِي وَ اسْتَعْمَلَنِي، وَ يَقُولُ الْابْنُ الْأَبْنَ أَطْعَمَنِي إِلَى مَنْ تَدْعُنِي، فَقَالُوا: يَا أَبَا هُرَيْرَةَ سَمِعْتَ هَذَا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ قَالَ لَا هَذَا مِنْ كَيْسِ أَبِي هُرَيْرَةَ"<sup>5</sup>، و حديث: " لَا ضَرَرَ وَ لَا ضَرَارَ "<sup>6</sup>. ففي هذه الآثار جميعها دلالة واضحة على حقّ الزّوجة في الطّلاق إذا لم ينفق عليها الزّوج<sup>7</sup>.

أمّا الحنفية فقد ذهبوا إلى عدم التّفريق بالإعسار بالنّفقة<sup>8</sup>، و تبعهم في ذلك الظاهرية<sup>9</sup>. و قد استدّلوا لذلك بقول الله تبارك و تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾<sup>10</sup>، و الإنظار هو عام يشمل الزّوجة و غيرها، فهي مطالبة بإنظاره لا طلب الفرقة منه<sup>11</sup>. كما استدّلوا لذلك أيضا بقوله

<sup>1</sup> ابن تيمية (مجد الدين)، مصدر سابق، ص 116.

ابن قدامي (موفق الدين)، مصدر سابق، ج9، ص 243.

<sup>2</sup> الصنعاني (محمد)، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج3، د.ط، بيروت، دار الجليل، د.ت، ص 1170.

<sup>3</sup> سورة البقرة: آية 231.

<sup>4</sup> أخرجه الحافظ البيهقي (أبو بكر أحمد)، السنن الكبرى و في ذيله الجوهر التقي للعلامة المارديني (علاء الدين) الشهير بابن التركماني، ج7، د.ط، دار الفكر، د.ت، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجيد نفقة امرأته، ص 469.

<sup>5</sup> أخرجه البخاري في صحيحه، ج6، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل و العيال، ص 189-190.

<sup>6</sup> سبق تخريجه في المبحث الأول من هذا الفصل، أنظر ص 3.

<sup>7</sup> د. سلمان (نصر)، سطحي (سعاد)، أحكام الطّلاق في الشريعة الإسلامية، د.ط، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، 2003، ص 112.

<sup>8</sup> ابن عابدين (محمد الأمين)، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان و المعروفة بحاشية ابن عابدين و يليها تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، ج3، ط2، بيروت، دار الفكر، 1966، ص 590.

السترخسي (شمس الدين)، المبسوط، ج5، ط2، بيروت، دار المعرفة، 1989، ص 191.

<sup>9</sup> ابن حزم (أبو محمد)، المحلى بالآثار، ج9، د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت، ص 256 و ما بعدها.

<sup>10</sup> سورة البقرة: آية 280.

<sup>11</sup> د. سلمان (نصر)، سطحي (سعاد)، المرجع نفسه، ص 114.

تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ<sup>ط</sup> وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا<sup>1</sup>﴾. وهذه الحالة جاء منصوصا عليها في الفقرة الأولى من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

## 2- التفريق للعيوب

لقد كان التفريق كمكنة لإزالة ضرر العيوب بأنواعها المختلفة محل خلاف فقهي شديد كذلك، حيث انقسم الفقهاء بشأنه إلى قسمين:

- الحنفية<sup>2</sup> و المالكية<sup>3</sup> و الشافعية<sup>4</sup> و الحنابلة<sup>5</sup> قالوا بجواز التفريق للعيوب. و قد استدلل جمهور الفقهاء بقوله تبارك و تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ<sup>6</sup>﴾، و بقاء الزوجة مع زوجها مع وجود ما ينفرها فيه ليس من الإمساك بالمعروف في شيء، و لهذا كان التسريح<sup>7</sup>. كما استدللوا بما روي عن مالك أنه بلغه عن سعيد بن المسيب أنه قال: " أيما رجل تزوج امرأة و به جنون أو ضرر، فإنها تُخَيْر. فإن شاءت قرّت و إن شاءت فارقت<sup>8</sup>".

<sup>1</sup> سورة الطلاق: الآية 7.

<sup>2</sup> الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ص 727.

الغنيمي الميداني (عبد الغني)، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، ج3، ط4، بيروت، دار الحديث، 1979، ص 25.

<sup>3</sup> ابن أنس (مالك)، مصدر سابق، ص 168-169.

ابن رشد (أبو الوليد)، مصدر سابق، ص 41.

ابن جزى (محمد)، مصدر سابق، ص 219.

<sup>4</sup> ابن شرف النووي (أبو زكريا محي الدين)، المجموع شرح المذهب، ج16، د.ط، دار الفكر، د.ت، ص 265.

الشريبي (محمد الخطيب)، مصدر سابق، ص 202.

<sup>5</sup> ابن تيمية (محمد الدين)، مصدر سابق، ص 24.

ابن قدامي (موفق الدين)، مصدر سابق، ج7، ص 580.

<sup>6</sup> سورة البقرة: آية 229.

<sup>7</sup> الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ص 323.

<sup>8</sup> أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخيار، رقم الحديث: 28، ص 301، و أخرجه البيهقي في السنن الكبرى بلفظ: (فإن شاءت فارقت، و إن شاءت قرّت)، ج7، كتاب النكاح، باب: ما يرّد به النكاح من العيوب، ص 215.

أمّا الظاهرية فقالوا بمنع التفريق للعيوب<sup>1</sup>، و به قال عمر بن عبد العزيز<sup>2</sup>. و قد اعتمد المشرّع الجزائري حالة التفريق للعيوب في الفقرة الثالثة من المادة (53) من قانون الأسرة.

### 3- التفريق للغيبة

كما أنّ التفريق للغيبة كذلك كان محلّ خلاف، فمن الفقهاء من ذهب إل عدم جواز التفريق بسبب غيبة الزوج، و به قال الحنفية<sup>3</sup> و الشافعية<sup>4</sup>. و منهم من ذهب إلى جوازه، و به قال المالكية<sup>5</sup> و الحنابلة<sup>6</sup>. و هو ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري.

### 4- التفريق للهجر

و نفرّق في هذا الموضوع بين حالتين للهجر:

1- حالة الهجر المحرّد: التي كان فقهاء المالكية أدقّ من غيرهم في تكريسها و تأسيس التفريق عليها، فقد جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ((و لها) أي للزوجة (التطليق) على الزوج (بالضّرر)، و هو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي ..)<sup>7</sup>، حتّى و لو كان هجرا يراد به التأديب المشروع، حيث يشترط فيه ألاّ يبلغ أربعة أشهر<sup>8</sup>، و إلاّ حقّ للزوجة طلب التفريق من القاضي<sup>9</sup>. و قد تبنى المشرّع الجزائري هذه الحالة منذ تقنين أحكام الأسرة سنة 1984، و ذلك في الفقرة الرابعة من المادة (53) من قانون الأسرة.

2- حالة الهجر المقترن بالحلف، و هو الإيلاء<sup>10</sup>. و هو (بمّين مسلم مكلف يتصوّر وقاعه، وإن

<sup>1</sup> ابن حزم (أبو محمد)، مصدر سابق، ج9، ص 279.

<sup>2</sup> ابن رشد (أبو الوليد)، مصدر سابق، ص 41.

<sup>3</sup> ابن عابدين (محمد الأمين)، مصدر سابق، ص 590.

<sup>4</sup> الشريبي (محمد الخطيب)، مصدر سابق، ص 442.

<sup>5</sup> الدسوقي (شمس الدّين محمد)، مصدر سابق، ص 431.

الخطاب (محمد)، مصدر سابق، ص 156.

<sup>6</sup> ابن تيمية (مجد الدين)، مصدر سابق، ص 41.

<sup>7</sup> الدسوقي (شمس الدّين محمد)، المصدر نفسه، ص 345.

<sup>8</sup> الآبي (صالح)، مصدر سابق، ص 328.

<sup>9</sup> الآبي (صالح)، مصدر سابق، ص 328.

<sup>10</sup> الإيلاء من آلى، يولي إذا حلف. أنظر: ابن زكريّا (أبو الحسين أحمد)، معجم مقاييس اللّغة، تحقيق و ضبط هارون (عبد السلام)، ج1، د.ط،

دار الفكر، 1979، ص 127.

مريضا بمنع وطء زوجته، وإن تعليقا؛ غير المرضعة، وإن رجعيةً أكثر من أربعة أشهر<sup>1</sup>..<sup>1</sup> والموسلي هو (من امتنع بحلفه من وطء زوجته مطلقا، أو مدةً فوق أربعة أشهر. فتملك فراقه)<sup>2</sup>.  
و التفريق للإيلاء في أصله تفريق بحكم الشرع، جاء منصوبا عليه في قوله تبارك و تعالى:  
**﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُ فَإِنَّ اللَّهَ عَفْوَرٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾**<sup>3</sup>. و لكن قد يكون تفريقا عن طريق القضاء، و بيان ذلك أنه إذا ما طلب من الزوج الفيء<sup>4</sup> إلى امرأته بعد وقفه<sup>5</sup>، و لم يفعل، و لم يطلق، طلق عليه القاضي، كما ذهب إلى ذلك مالك<sup>6</sup> و الشافعي<sup>7</sup> و أحمد<sup>8</sup>، على عكس ما ذهب إليه الحنفية<sup>9</sup>، حيث إنه إذا مضت مدة أربعة أشهر أو أكثر دون أن يفيء الزوج إلى زوجته مع القدرة عليه، فإن زوجته تُطلق عليه طلقة بائنة بمضي المدة، بصورة عقوبة دون حاجة إلى قضاء القاضي بالتطليق أو تلفظ الرجل به<sup>10</sup>، و هو المنقول عن ابن مسعود و جماعة من التابعين و الثوري و فقهاء الكوفة<sup>11</sup>، و هو قول عثمان و علي و ابن عباس و ابن عمر رضي الله عنهم، و هو كذلك قول عكرمة و جابر بن يزيد و عطاء و مسروق

<sup>1</sup> ابن اسحاق (خليل)، مصدر سابق، ص 148.

<sup>2</sup> ابن تيمية (مجد الدين)، مصدر سابق، ص 85.

<sup>3</sup> سورة البقرة: آية 226-227.

<sup>4</sup> الفيء من فاء. الفاء و الهمزة مع معتلّ بينهما، كلمات تدل على الرجوع. يُقال: فاء الفيء، إذا رجع الظلّ من جانب المغرب إلى جانب المشرق، و كلّ رجوع فيء. قال الله تعالى: ( حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ )، أي ترجع. أنظر: ابن زكريّا (أبو الحسين أحمد)، مصدر سابق، ج4، ص 435.

<sup>5</sup> ابن جزى (محمد)، مصدر سابق، ص 246، ابن رشد (أبو الوليد)، مصدر سابق، ص 80، الخطاب (محمد)، مصدر سابق، ص 106، الشافعي (محمد بن ادريس)، مصدر سابق، ص 1100، الشّريبي (محمد الخطيب)، مصدر سابق، ص 348-349، ابن تيمية (مجد الدين)، مصدر سابق، ص 87، ابن قدامي (موفق الدين)، مصدر سابق، ج8، ص 528.

<sup>6</sup> ابن أنس (مالك)، مصدر سابق، ص 321.

<sup>7</sup> الشافعي (محمد بن إدريس)، مصدر سابق، ص 1101.

<sup>8</sup> ابن تيمية (مجد الدين)، مصدر سابق، ص 87.

<sup>9</sup> ابن عابدين (محمد الأمين)، مصدر سابق، ج3، ص 427.

<sup>10</sup> أنظر المذكرة الإيضاحية للمادة (95) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص 192-193.

<sup>11</sup> ابن رشد (أبو الوليد)، المصدر نفسه، ص 80-81.

و قبيصة و النخعي و الأوزاعي و ابن أبي ليلى<sup>1</sup>. و يقع الطلاق رجعياً عند الملكية<sup>2</sup> و الشافعية<sup>3</sup>، و ذلك مسلك تغليب الأصل في الطلاق على المصلحة المقصودة بالإيلاء<sup>4</sup>.

### 5- التفریق لمخالفة الشروط المتفق عليها

و المصدر الفقهي لهذه الحالة هو مذهب الإمام أحمد بن حنبل الذي يعدّ أوسع المذاهب في مجال الاشتراط<sup>5</sup>؛ لأنّ الأصل عند الحنابلة هو وجوب الوفاء بالشروط حتّى يقوم الدليل على منع الشارع لها، فضيّقوا بذلك باب المنع<sup>6</sup>، على عكس ما ذهب إليه غيرهم من الفقهاء<sup>7</sup>. فقد جاء في المغني: ( أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها أو لا يتزوَّج عليها و لا يتسرّى عليها، فهذا يلزمه الوفاء لها به، فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح)<sup>8</sup>. و هو ما جاء في المحرّر من أنّه: (إذا شرط لها في النكاح أن لا يخرجها من دارها أو بلدها، أو أن لا يتسرّى أو يتزوَّج عليها، أو

<sup>1</sup> ابن قدامي (موفق الدين)، المصدر نفسه، ج8، ص 528.

<sup>2</sup> ابن رشد (أبو الوليد)، المصدر نفسه، ص 82، ابن نصر (عبد الوهاب)، مصدر سابق، ج1، ص 886.

<sup>3</sup> الشَّرِيبِي (محمد الخطيب)، المصدر نفسه، ص 349.

<sup>4</sup> ابن رشد (أبو الوليد)، المصدر نفسه، ص 82.

و بيان ذلك أنّ الأصل في كل طلاق وقع بالشرع أنّه يُحمل على أنّه رجعي إلى أن يدلّ الدليل على أنّه بائن. و المصلحة المقصودة بالإيلاء هي إزالة الضرر عن الزوجة.

<sup>5</sup> و هذا من مظاهر التيسير في الفقه الحنبلي. فسعادة الأسرة ترتبط بالزواج القائم على العدل و التفاهم و الاتفاق بين الزوجين، و من ثمّ سمح الفقه الحنبلي بأن يتم الزواج تحت شروط معينة إذا ما رأى أحد الزوجين ذلك. أنظر: د. الشكعة (مصطفى)، الأئمة الأربعة، 2، بيروت، دار الكتاب اللبناني، 1983، ص 912-913.

<sup>6</sup> أبو زهرة (محمد)، ابن حنبل حياته و عصره - آراؤه الفقهية، د.ط، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت، ص 301.

<sup>7</sup> ابن أنس (مالك)، مصدر سابق، ص 60-61، ابن جزى (محمد)، مصدر سابق، ص 224-225، الشافعي (محمد بن ادريس)، مصدر سابق، ص 927، ابن حزم (أبو محمد)، مصدر سابق، ج9، ص 123 و ما بعدها.

<sup>8</sup> ابن قدامي (موفق الدين)، مصدر سابق، ج7، ص 449.



أن يطلق ضرّتها<sup>1</sup>: صحّ العقد و الشرط، و متى لم يف لها فلها فسخ النكاح)<sup>2</sup>. و قد أخذ المشرّع الجزائري بهذه الحالة بناء على التعديل الجديد الذي جاء به الأمر رقم 02/05، في الفقرة (9) من المادة (53) من قانون الأسرة.

### ثانياً: التفريق القضائي المؤسس على الضرر المطلق عن أي قيد سبي

و المصدر الفقهي لهذه الحالة هو مذهب الإمام مالك الذي صرح فقهاؤه بجواز التفريق للضرر، و قد جاء في حاشية الدسوقي: ((و لها) أي للزوجة (التطليق) على الزوج (بالضرر)، و هو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي، و ضربها كذلك و سبها و سب أبيها، نحو: يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، يا بنت الملعون. كما يقع كثيرا من رعا ع الناس، و يؤدّب على ذلك زيادة على التطليق)<sup>3</sup>، كما جاء في الخرشني: (أن الزوج إذا كان يضارّ زوجته فلها أن ترفع أمرها إلى الحاكم، فإذا ثبت عنده أنه يضارّها فإنه يزجره عن ذلك و يكفّه عنها، و يتولّى الحاكم زجره باجتهاده، كما كان يتولّى الزوج زجرها حين كان الضرر منها .. حيث لم ترد التطليق)<sup>4</sup>. و قد جاء في مواهب الجليل: (قال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب من الضرر قطع كلامه عنها و تحويل وجهه في الفراش عنها و إيثار امرأة عليها و ضربها ضربا مؤلما)<sup>5</sup>. فللزوجة الحق في طلب التطليق

<sup>1</sup> إلا أنه جاء في المغني ما يناقض هذا الأمر حيث جاء فيه: (فإن شرطت عليه أن يطلق ضرّتها لم يصح الشرط لما روى أبو هريرة قال نهي النبي صلى الله عليه و سلم أن تشترط المرأة طلاق أختها .. و النهي يقتضي فساد المنهي عنه، و لأنها شرطت عليه فسخ عقده و إبطال حقه و حق امرأته فلم يصح كما لو شرطت عليه فسخ بيعه. و قال أبو الخطاب هو شرط لازم لأنه لا ينافي العقد و لها فيه فائدة فأشبه ما لو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها. و لم أر هذا لغيره). أنظر: ابن قدامي (موفق الدين)، مصدر سابق، ج7، ص 449-450.

كما جاء في زاد المعاد ما يؤكد هذا الأمر: (و تضمّن حكمه صلى الله عليه و سلم بطلان اشتراط المرأة طلاق أختها، و أنه لا يجب الوفاء به. فإن قيل: فما الفرق بين هذا و بين اشتراطها أن لا يتزوج عليها حتى صحّحت هذا و أبطلتم شرط طلاق الضرة؟ قيل: الفرق بينهما أن في اشتراط طلاق الزوجة من الإضرار بها و كسر قلبها، و خراب بيتها، و شماتة أعدائها ما ليس في اشتراط عدم نكاحها، و نكاح غيرها، و قد فرّق التص بينهما، فقياس أحدهما على الآخر فاسد).

أنظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، زاد المعاد في هدى خير العباد، ج4، مصدر سابق، ص 48.

<sup>2</sup> ابن تيمية (مجد الدين)، مصدر سابق، ص 23.

<sup>3</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 345.

<sup>4</sup> الخرشني، مصدر سابق، ص 7.

<sup>5</sup> الخطاب (محمد)، مصدر سابق، ص 17.



بالضرر البين<sup>1</sup> و لو لم تشهد البيّنة بتكرّره<sup>2</sup>. و قد أخذ المشرّع الجزائري بهذه الحالة في الفقرة العاشرة من المادة (53) من قانون الأسرة.

و من خلال هذا العرض نرى أنّ مكنة التفريق القضائي في مواجهة الأضرار الواقعة على المرأة، إنّما هي محلّ خلاف فقهي، و مهما يكن من أمر فإنّ الحقّ في إنهاء الرابطة الزوجية ثابت لكلّ من الزوجين، و إنّما تختلف وسيلة ممارسة كلّ منهما لهذا الحقّ، فالرجل يمارسه بطريقة مباشرة، فيتولّى إيقاع الطلاق بنفسه، أمّا المرأة فتمارس هذا الحقّ عن طريق الرجل بأن تطلب منه تطليقها إن كرهته لسبب ما، أو أضرب بها لعدم الإنفاق، أو لعيب فيه، أو غاب و تركها، أو هجرها، فإن تعسّف لجأت إلى القضاء، لا لتقرير هذا الحقّ و إنشائه، بل للكشف عنه و إجبار الرجل على الالتزام به<sup>3</sup>. فالتفريق هو حقّ للمرأة المتضرّرة، و لكن لا بدّ أن ترفع أمرها إلى القاضي فهو المخوّل الوحيد بالتفريق بينها و بين زوجها<sup>4</sup>، فيجوز لها أن تطلبه استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج<sup>5</sup>، كما لها أن تطلبه بناء على كلّ ضرر معتبر شرعا<sup>6</sup>. و في كلّ الأحوال، لا بدّ أن يكون طلب التفريق مسببا تسببيا شرعيا و قانونيا كافيا<sup>7</sup>، و ذلك مراعاة لنصّ المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري المتضمّن لحالات التفريق القضائي، و إذا لم يكن الحكم أو القرار مراعيًا لهذا النصّ فإنّه يعدّ خرقا للقواعد الشرعية<sup>8</sup>. و القاضي في ظلّ التشريع الإسلامي لا يملك أن يحول بين الزوجة

<sup>1</sup> ابن اسحاق (خليل)، مصدر سابق، ص 133.

<sup>2</sup> ابن اسحاق (خليل)، المصدر نفسه، ص 133.

الدردير (أحمد)، مصدر سابق، ص 87.

<sup>3</sup> البهنساوي (سالم)، قوانين الأسرة بين عجز النساء و ضعف العلماء، ط2، الكويت، دار القلم، 1984، ص 153.

<sup>4</sup> قرار رقم 217179 المؤرخ في: 16/03/1999، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (122-125)،

قرار رقم 35026 المؤرخ في: 03/12/1984، السّابق ذكره،

قرار رقم 135435 المؤرخ في: 23/04/1996، المجلّة القضائية، سنة 1998، عدد1، ص (129-132).

قرار رقم 222134 المؤرخ في: 18/05/1999، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (126-128).

<sup>5</sup> قرار رقم 87301 المؤرخ في: 22/12/1992، المجلّة القضائية، سنة 1995، عدد 2، ص (92-95).

<sup>6</sup> قرار رقم 181648 المؤرخ في: 23/12/1997، المجلّة القضائية، سنة 1997، عدد 1، ص (49-52).

<sup>7</sup> قرار رقم 43864 المؤرخ في: 12/01/1987، المجلّة القضائية، سنة 1991، عدد 1، ص 46، أنظر: القرص المضمّن، السّابق ذكره.

<sup>8</sup> قرار رقم 43864، المؤرخ في 12/01/1987، السّابق ذكره.

و بين استخدامها لهذا الحقّ إن أصرت عليه<sup>1</sup>، على شرط الإثبات<sup>2</sup>، و ذلك رعاية لضابط العلاقات الأسرية: ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>3</sup>. فالغاية المقاصدية من التفريق بواسطة القاضي إتّما هو إزالة الضرر و جبره إن أمكن ذلك<sup>4</sup> بصورة نهائية. فلا يُعقل أن تعيش الزوجة في ظلّ عقد غايته السّكينة و الاستقرار ضنك الحياة و شقاءها، فلا يقبل الأمر بأي حال على هذا النحو.

### الفرع الثالث: التفريق القضائي المقترن بالتعويض

و قد يرتبط التفريق القضائي بالتعويض عن النتيجة الضررية الحاصلة في أحوال كثيرة، كالضرب المؤذي و المؤلم الذي يحدث عاهة أو يكسر عظما أو يترك أثرا، و يكون ذلك بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية. فعموم مسؤولية المرء على كلّ ما يترتب عن فعله غير المأذون فيه شرعا، على اعتبار أنّ الرضا بالشّيء رضا بما يتولّد عنه، و إطلاقا لمبدأ مسؤولية المرء عمّا ارتكبه<sup>5</sup>. و لكن الزوجة إذا ما أرادت التعويض عن الضرر في هذه الحالة لا بدّ أن تثبته<sup>6</sup>. و قد نصّت المادة (53 مكرّر) من قانون الأسرة الجزائري: (يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلّقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)<sup>7</sup>. و بهذا يكون التعديل قد أكّد و كرّس مكنة التفريق القضائي المقترن بآلية التعويض، تاركا السّلطة التقديرية للقاضي في ذلك، فيجوز له أن يعتمد التعويض كآلية

<sup>1</sup> البهناوي (سالم)، مرجع سابق، ص 156.

<sup>2</sup> الآبي (صالح)، مصدر سابق، ص 328.

ابن فرحون (برهان الدّين)، مصدر سابق، ج1، ص 170.

مهري (المولود عمار)، تقارير و ملاحظات على مدوّنة الأحوال الشخصية الجزائرية و تعليقات حول ملف الأسرة، ط1، قسنطينة، الجزائر، دار البعث، 1984، ص 25.

<sup>3</sup> سورة البقرة: آية: 229.

<sup>4</sup> قرار رقم 181648 المؤرخ في: 1997/12/23، السابق ذكره.

<sup>5</sup> سراج (حمّد)، مرجع سابق، ص 85.

<sup>6</sup> قرار رقم 245159 المؤرخ في: 2000/06/20، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص ، سنة 2001، ص (259-261).

<sup>7</sup> هذه المادة أنشئت بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدّل للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمّن قانون الأسرة. يعدّ هذا المحور من المحاور الكبرى التي استفادها المشرّع الجزائري من قرارات المحكمة العليا، ممّا يثبت فعالية الاجتهاد و القضائي و تأثيره في صياغة النصوص القانونية، و هو يعكس مدى التناسق و التعاون بين سلطة التشريع و سلطة القضاء.

ثانية، كما يجوز له أن لا يعتمد عليها. و يعدّ هذا التعديل تكريسا لما هو مقرّر قضاء، فعلى مستوى قرارات المحكمة العليا الجزائرية، رأينا أنّ الزّوجة يجوز لها طلب التفريق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا<sup>1</sup>، خاصّة إذا كان الضرر اللاحق بالزّوجة كان مبالغا فيه من طرف الزّوج، أو كان نتيجة تعسّفه، فعندها لا يكفي التفريق لجبر الضرر، و إنّما لا بدّ أن يكون مقترنا بالتعويض<sup>2</sup>. فمن المستقرّ عليه قضاء أن يكون تعويض الزّوجة الطّالبة للطلاق مقترنا بالتفريق في حالة ثبوت الضرر فعلا كما هو وارد في القرار رقم 245159 المؤرخ في 2000/06/20<sup>3</sup>. و لكن في مقابل ذلك، أصدرت المحكمة العليا الجزائرية قرارات قبل سنة 1996 لا تقرّ اقتران آلية التعويض بمكنة التفريق بناء على طلب الزّوجة، فالمبدأ الذي استقرّ عليه الاجتهاد القضائي قبل سنة 1996 أنّ الزّوجة التي تطلب الطّلاق لا يمنح لها التعويضات<sup>4</sup>. و قد أسّس قضاة المحكمة العليا قرارهم هذا على ما هو مقرّر في الفقه الإسلامي، فالمتعة شرّعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها و ليس للمرأة التي تختار فراق زوجها<sup>5</sup>، متجاهلين بذلك مبادئ المسؤولية التقصيرية التي تقضي بأن المرء مسؤول عن كلّ ضرر ارتكب بخطأ منه، و مبدأ مسؤولية كلّ فرد عن عمله الذي أرسته قواعد الشريعة الإسلامية بنصوص القرآن و السنّة. و الأعمال الموجبة لضمّان العدوان تنوّع، حتّى و لو كان المعتدي زوجا، تنوّعا يصعب معه حصرها. و المعيار العام هو أن يكون الفعل المنشئ للضرر غير مأذون في فعله بأصله إذا كان محرّما، أو بوصفه كما إذا كان أداؤه للضرر غالبا، أو كان مباحا و صحبه قصد التعدي أو الإهمال أو عدم العناية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> قرار رقم 135435 المؤرخ في: 1996/04/23، السابق ذكره.

<sup>2</sup> قرار رقم 181648 المؤرخ في: 1997/12/23، السابق ذكره.

قرار رقم 192665 المؤرخ في: 1998/07/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (116-118).

قرار رقم 217179 المؤرخ في: 1999/03/16، السابق ذكره.

<sup>3</sup> تعرّض قرار المجلس القضائي للنقض جزئيا فيما يخصّ التعويض، حيث أن قضاة المجلس القضائي لم ينظروا إطلاقا إلى الضرر اللاحق بالزّوجة من جرّاء ضربها ضربا مبرحا الذي تعرّضت له من طرف زوجها، و اعتبروها غير مستحقة للتعويض، على أساس أنّها هي التي طلبت الطّلاق، و هذا الوجه تعرّض للطعن من طرف الزّوجة، و اعتبرته المحكمة العليا تبعا لذلك مؤسّسا، و لهذا نقض القرار من طرفها جزئيا و بدون إحالة.

<sup>4</sup> قرار رقم 56249 المؤرخ في: 1989/11/27، نشرة القضاة، سنة 1992، عدد 1، ص 51، أنظر: القرص المضغوط، السابق ذكره.

<sup>5</sup> قرار رقم 51614 المؤرخ في: 1988/11/21، المجلة القضائية، سنة 1990، عدد 4، ص 64، أنظر: القرص المضغوط، السابق ذكره.

<sup>6</sup> سراج (محمد)، مرجع سابق، ص 85.

## المطلب الثاني: التفريق ظلما

إضافة إلى مكنة التفريق القضائي، المبني على الأسباب الموضوعية المقررة فقها و المقتنة على مستوى التشريع الوضعي، و التي حظيت بها الزوجة بناء على مبدأ العدالة الربانية، فقد شرع الله عز و جلّ الخلع كنظام فريد لتخليص المرأة من ربقة الظلم الذي يمكن أن تقع فيه، و هذا ما جاء موافقا لمبادئ العدالة و مقاصد الشريعة الغراء. فيجوز للمرأة أن تخلع نفسها من زوجها إذا ترك حقّ الله فيها<sup>1</sup>، وقد أدرجناه في خانة التفريق القضائي اعتبارا لما ذهب إليه بعض فقهاءنا الأجلاء كالحسن و ابن سيرين الذين اشترطوا حكم الحاكم لإيقاعه أو نائبه كالقاضي<sup>2</sup>، و ما هو عليه الحال في عصرنا الحاضر، حيث أنّ القاضي هو صاحب الحكم الفاصل في قضايا الخلع بعد أن ترفع الزوجة إليه طلبا بذلك. و لهذا سوف أتطرق لماهية الخلع فقها و قانونا و قضاء في (فرع أول)، ثم لتكييفه في (فرع ثان) ثم أدرس التوجه الاجتهادي على مستوى المحكمة العليا الجزائرية في مادة الخلع في (فرع ثالث).

### الفرع الأول: ماهية الخلع و مستنده القرآني

الخلع<sup>3</sup> عرفا هو إزالة الزوجية<sup>4</sup>. و اصطلاحا هو (إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه)<sup>5</sup>، كما عرفه الحنفية. أو هو (الطلاق بعوض)<sup>6</sup>، وهو: (أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط عنه حقّا لها عليه)<sup>7</sup>، كما عرفه المالكية. و هو (فرقة بين الزوجين بعوض

<sup>1</sup> المرادوي (علاء الدين)، الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق الفقي (محمد)، ج8، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، د.ت، ص 430.

<sup>2</sup> السيّوasi (كمال الدين محمد)، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي للمرغاني، ج4، ط2، بيروت، دار الفكر، د.ت، ص 212.

<sup>3</sup> الخلع لغة: هو استعارة من خلع اللباس؛ لأنّ كلّ واحد منهما لباس للآخر، فإن فعلا ذلك فكأنّ كلّ واحد نزع لباسه عنه.

أنظر: موسى (حسين)، الصعيدي (عبد الفتاح)، الإفصاح في فقه اللّغة، ج1، ط2، دار الفكر العربي، د.ت، ص 342.

<sup>4</sup> د. الزحيلي (وهبة)، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، مرجع سابق، ص 480.

<sup>5</sup> السيّوasi (كمال الدين محمد)، المصدر نفسه، ص 211.

<sup>6</sup> ابن اسحاق (خليل)، مصدر سابق، ص 134.

<sup>7</sup> ابن جزري (محمد)، مصدر سابق، ص 237.

مقصود و راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع)<sup>1</sup>، كما عرّفه الشافعية. وهو عند الخنابلة: (فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته - أو غيرها - بألفاظ مخصوصة)<sup>2</sup>. و قد عرّفه الظاهرية - وهو تعريف يكتسي أهميته من خلال وضوح التكييف فيه من حيث الرضائية - كما يلي: (الخلع هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت ألا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهما حقها، فلها أن تفتدي منه و يطلّقها إن رضي هو، و إلا لم يجبر هو، و لا أجبرت هي، إنّما يجوز بتراضيهما)<sup>3</sup>. لكن من خلال هذه التعريفات الفقهية لا يمكن أن نحدّد بصورة دقيقة و واضحة الوصف الحقيقي للخلع و لا تكييفه من جهة رضائية الطرفين (الزوج و الزوجة)، و بصورة أوضح، لا يمكن أن نقول أن الخلع عقد رضائي، و في مقابل ذلك لا يمكننا القول أن الخلع حق إرادي للزوجة، باستثناء تعريف ابن حزم الذي تميّز عن غيره بوضوح التكييف فيه.

أمّا من الناحية القانونية، فإنه لم يرد تعريف للخلع في قانون الأسرة الجزائري، الذي احتزل نظامه بأكمله، رغم جوهريته في إنهاء العلاقات الزوجية، في مادة واحدة وهي المادة (54) من القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة و المعدّل و المتمم بقانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005: (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم). و هذا يعدّ إخلالاً بمثل هذه الأنظمة الحيويّة التي جاء بها التشريع الإسلامي، فالخلع كنظام للتفريق بين الزوجين ليس من وضع المشرّع الوضعي، فلم يأت بناء على اجتهاد، و إنّما هو نظام وضع له الإسلام قواعد و ضوابط و أحكاماً<sup>4</sup>. و كان من المفروض أن يكون هذا الأمر دافعا لأن يهتمّ به المشرّع الجزائري، فيفصّله و يدقّق في أمره. و كان الأجدر به أن يضع تعريفا دقيقا للخلع كما فعل مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، الذي عرّفه في المادة (85) منه بأنّه: (تطبيق الزوجة لقاء عوض بلفظ الخلع أو الطلاق أو ما في معناه كالمباراة)<sup>5</sup>، فهذا التعريف غير واضح في تكييف الخلع، و لكن بالرّجوع إلى المذكورة

<sup>1</sup> الشّريبي (محمد الخطيب)، مصدر سابق، ص 262.

<sup>2</sup> البهوتي (منصور بن إدريس)، كشاف القناع عن متن الإقناع، مراجعة هلال مصيلحي و مصطفى هلال، ج5، بيروت، دار الفكر، 1982، ص 167.

<sup>3</sup> ابن حزم (أبو محمّد)، مصدر سابق، ج9، ص 235.

<sup>4</sup> الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 477.

<sup>5</sup> د. الزرقا (مصطفى)، مأمون (حسن)، فراج (عبد الحكيم)، مكادي (محمود)، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ط1، دمشق، دار القلم، 1996، ص 181.

الإيضاحية المرفقة بالمشروع نجد الأمر واضحا لكل قارىء، حيث جاء فيه: (فقد شرع الله الخلع و ستماء الفداء، و الافتداء يحتاج إلى تراض من الطرفين، فالخلع طلاق يقوم على أساس تعاقدى ...) <sup>1</sup>.  
 و لقد وردت تعريفات قانونية على يد بعض فقهاء القانون الجزائري، تارة يستنبطونها من أصل نصّ المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري، و تارة يؤسسونها من عمق فهمهم و وضوح تصوّرهم لنظام الخلع. فعلى سبيل المثال، نجد الدكتور بن شويخ رشيد الذي عرفّ الخلع انطلاقا من نصّ المادة (54) حيث قال: (الخلع هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض (فدية) تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة و العيش مع زوجها ..) <sup>2</sup>، و في مقابل ذلك نجد الأستاذ عبد العزيز سعد يعرفه بأنه: (عقد اتفاقي و ثنائي الأطراف ينعقد عادة بعوض من الزوجة لمبلغ من المال المعلوم المتقوم شرعا مقابل طلاقها، و بقبول صريح من الزوج لهذا العرض و للطلاق ..) <sup>3</sup>. و يمكن اعتبار الأستاذ سعد من الفريق الثاني الذي أسّس تعريفه للخلع من خلال عمق تصوّره له، و يبدو أنّه قد تأثر من خلال تعريفه بمنهج ابن حزم في ذلك، فحسبه، للمرأة أن تفتدي من زوجها و يطلقها إن رضي هو، و إلّا لم يجبر هو و لا أجبرت هي، إنّما يجوز بتراضيها <sup>4</sup>.

و الجميل في الأمر كلّّه، على المستوى المفاهيمي في دائرة الخلع، أن نجد اجتهادا لقضاة المحكمة العليا الجزائرية قد تبعه تعليق يبيّن فحواه و مضمونه، و هذه تعدّ سابقة منهجية علمية فريدة من نوعها.

<sup>1</sup> أنظر المذكرة الإيضاحية للمادة (85) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ص 181.

<sup>2</sup> د. بن شويخ (رشيد)، أحكام الخلع في الشّرع و القانون و القضاء، المعيار، مرجع سابق، ص (248-236).

و في حقيقة الأمر، تعريف كنعين الأستاذ بن شويخ، لا يمكن استنباطه من نصّ المادة (54)؛ لغموضه و عدم وضوح فحواه، فقد نفهم من مفرداته أن الخلع اتفاق ثنائي (عقد رضائي)، و قد نفهم منه أنّه حقّ إرادي للزوجة لا ينازعها فيه أحد. و هذا ما جعل القضاة يختلفون في اجتهادهم، فتفسير قضاة الموضوع جاء مخالفا في بعض الأحيان لتفسير قضاة المحكمة العليا. و التعريف الذي يمكن استخلاصه من خلال نصّ المادة (54) هو: (الطلاق بعوض)، و هو ما يناسب الغموض الموجود فيه. أمّا تعريفه من خلال التعديل الجديد للمادة (54) الذي جاء به الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدّل و المتّم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمّن قانون الأسرة، فهو مختلف تماما؛ لتغيّر الوصف و التكييف من حيث الرّضائية، حيث اعتبر هذا التعديل الخلع حقّا إراديا خالصا للزوجة. فلا بدّ إذا أن نتوخى الدقّة في إيجاد الحدّ اللازم أو التعريف الدقيق للخلع؛ لأنّ التعريف هو بيان ماهية، و بيان الماهية يتطلّب دقّة مرهفة. و يعقب الدكتور بن شويخ تعريفه بقوله: (و الخلع بهذا المعنى هو الصّورة المقابلة لطلاق الرّجل بالإرادة المنفردة و لنفس السّبب أيضا)، و هذا من الأخطاء المنهجية الجسيمة، فهذه الصّورة لا يمكن أن تكون في مقابلة لطلاق الرّجل بالإرادة المنفردة؛ لأنّ الصّورة التي تكون كذلك هي الصّورة العكسية، أي عندما نعرفّ الخلع على أنّه حقّ إرادي للزوجة؛ لأنّ طلاق الرّجل حقّ إرادي له، أمّا أننا نعرفّ الخلع على أنّه اتفاق، ثمّ نقول أنّ هذه الصّورة تكون في مقابلة لطلاق الرّجل بالإرادة المنفردة، فهذا غير مقبول.

<sup>3</sup> سعد (عبد العزيز)، الرّواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، قسنطينة، الجزائر، دار البعث، 1989، ص 248.

<sup>4</sup> ابن حزم (أبو محمد)، مصدر سابق، ص 235.



و هذا لبيان الخلفية الفكرية و الفقهية للاجتهاد القضائي، و بيان أسسه، و المستندات المعتمدة فقها و قانونا. و قد عرّف هذا القرار الخلع بأنه: (حلّ عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة و مقداره يحدّد بالتراضي بين الطرفين، و لا دخل للقاضي في الشريعة الإسلامية)<sup>1</sup>، و قد جاء في التعليق بأن: (الخلع نظام شرعه الله تعالى لمعالجة بعض شؤون الحياة الزوجية و هو حلّ الرابطة الزوجية متى ثقلت على الطرفين أو على أحدهما و أصبح الخلاص منها مرغوبا ...)<sup>2</sup>. و قد عرّفه القرار رقم 216239 بأنه: (رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه)<sup>3</sup>. و يبدو الفرق واضحا بين تعريفي المحكمة العليا على مستوى تكيف الخلع المبني على التغير الاجتهادي.

و يجد الخلع مستنده الشرعي في قول الله تبارك و تعالى: ﴿وَلَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ

الظالمون﴾<sup>4</sup>. و الآية خطاب للأزواج، فهوا أن يأخذوا من أزواجهم شيئا على وجه المضارة، و هذا هو الخلع الذي لا يصحّ إلاّ بالأّ ينفرد الرجل بالضّرر<sup>5</sup>. و قد أجاز الجمهور بناء على هذا النصّ أخذ الفدية على الطلاق، و أجمعوا على منع أخذ ما لها إلاّ أن يكون التشوز و فساد العشرة من قبلها<sup>6</sup>، و الخوف من عدم إقامة حدود الله، فمعنى ذلك فيما يجب عليهما من حسن الصّحبة و جميل العشرة<sup>7</sup>. و يقول الرّازي: (اعلم أنّه تعالى كما منع الرجل أن يأخذ من امرأته شيئا عند الطّلاق استثنى مسألة الخلع)<sup>8</sup>. و الآية اقتضت جواز الخلع إذا خاف الزوجان أن لا يقيما حدود الله، فعلى هذا البعد، كان الخلع وسيلة من أرقى الوسائل إلى تمكّنها من إقامة حدود الله، و هي حقوقه الواجبة عليهما في النّكاح<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> قرار رقم 21305، المؤرّخ في: 1980/02/25، المجلة القضائية، سنة 1982، عدد 1، ص (79-82).

<sup>2</sup> القرار نفسه، ص 82.

<sup>3</sup> قرار رقم 216239، المؤرّخ في: 1999/03/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (138-141).

<sup>4</sup> سورة البقرة: آية 229.

<sup>5</sup> القرطبي (أبو عبد الله محمد)، الجامع لأحكام القرآن، ج3، د.ط، بيروت، دار الكتاب العربي، د.ت، ص 136.

<sup>6</sup> القرطبي (أبو عبد الله محمد)، المصدر نفسه، ص 137.

<sup>7</sup> القرطبي (أبو عبد الله محمد)، المصدر نفسه، ص 138.

<sup>8</sup> الرّازي (أبو بكر)، التفسير الكبير و مفاتيح الغيب، ج5، ط3، دار الفكر، 1985، ص 107.

<sup>9</sup> ابن قيم الجوزية (شمس الدّين)، إعلام الموقعين، ج4، مصدر سابق، ص 112.

كما يجد الخلع مستنده الشرعي في أحاديث كثيرة منها:  
 عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أتردّين عليه حديقته"، قالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"<sup>1</sup>.

وقال ابن حجر: (وأجمع العلماء على مشروعيتها إلا بكر بن عبد الله المزني التابعي المشهور، فإنه قال: لا يحلّ للرجل أن يأخذ من امرأته في مقابل فراقها شيئاً؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾<sup>2</sup> فأوردوا عليه: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْمَا فِيمَا أَفْتَدْتُمْ بِهِ﴾، فادّعى نسخها بآية النساء<sup>3</sup>. وقال التحاس: هذا قول شاذ، خارج عن الإجماع لشذوذه، وليست إحدى الآيتين دافعة للأخرى فيقع النسخ<sup>4</sup>. والآية محكمة، ولا معنى لقول بكر، إن أرادت هي العطاء، فقد جوز النبي صلى الله عليه وسلم لثابت أن يأخذ من زوجته ما ساق إليها<sup>5</sup>.

### الفرع الثاني: التكييف المنهني للخلع.

إن فقهاءنا، عند دراستهم لتكييف الخلع، أو الحديث عن وصفه الفقهي، لم يتعرّضوا بصورة مباشرة وواضحة للتراضى على أصل الخلع. وبصورة أدق، لم تكن دراساتهم الفقهية إجابات واضحة عن الإشكالية الحقيقية للخلع: هل رضی الزوج وجوبي أم أنه غير وجوبي (غير معتبر)؟ فما رأيناه في كتب الفقهاء لا يعدّ حديثاً عن تكييف الخلع من حيث أصله، وإنما هو وصف من حيث عوضه أو

<sup>1</sup> أخرجه البخاري في صحيحه، ج6، كتاب الطلاق، باب الخلع و كيف الطلاق فيه، ص 170-171، وأخرجه مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، رقم الحديث: 31، ص 301، وأخرجه أبو داود في سننه عن عائشة، كتاب الطلاق، باب في الخلع، رقم الحديث: 2228، ص 342-343، وأخرجه الترمذي في سننه عن ابن عباس، ج6، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، ص 169، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطها، رقم الحديث: 2056، ص 305، بزيادة لفظ: (و لا يزداد)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج7، كتاب الخلع و الطلاق، باب الوجه الذي تحمل به الفدية، ص 313.

<sup>2</sup> سورة النساء: آية 20

<sup>3</sup> ابن حجر العسقلاني (أحمد)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، رقم كتبه و أبوابه و أحاديثه عبد الباقي (محمد) وأخرجه الخطيب (مُحِبُّ الدّين)، ج9، د.ط، بيروت، دار المعرفة، د.ت، ص 395.

<sup>4</sup> القرطبي (أبو عبد الله محمد)، مصدر سابق، ص 140.

<sup>5</sup> القرطبي (أبو عبد الله محمد)، المصدر نفسه، ص 140.



بدله<sup>1</sup>. فبهذا الطرح منهم من كيفه على أنه معاوضة من الجانبين<sup>2</sup>، و منهم من كيفه على أنه يمين من جهة الزوج و معاوضة من جهة الزوجة<sup>3</sup>، و كلا الرأيين له ما يرتبه من آثار و نتائج متعلّقة بطبيعة الوصف و التكيف<sup>4</sup>. أمّا دراسة الخلع من جهة رضى الزوج - اعتباره أو عدم اعتباره - لم تكن منهجية و منظمّة. و قد سلك الفقهاء المعاصرون المسلك ذاته، و كان الأجدر بهم أن يمهجوا هذه القضية و يدرسوها دراسة وافية و عميقة؛ لأنّ حقيقة الإشكال الواقع اليوم في دائرة قضايا الخلع إنّما يدور، أساساً، حول الخيار بين اعتبار رضى الزوج في الخلع بناء على مبدأ العصمة، أم عدم اعتباره على أساس أنه حقّ إرادي للزوجة، لها الحقّ في طلبه متى شاءت، دون الالتفات إلى رأي الزوج أو إرادته. فحركية الخلع الواقعية تبدأ بمجرد طلب الزوجة ذلك مباشرة من القاضي. و ترك قضية حسّاسة

<sup>1</sup> البديل يجب أن يكون ممّا يصلح مهراً. فمما صلح مهراً صلح بدل الخلع؛ لأنّ ما صلح عوضاً للمتقوم أوّل أن يصلح لغير المتقوم، فإنّ البضع غير متقوم حالة الخروج و متقوم حالة الدخول، و هو قياس الأوّل. و ذهب الجمهور إلى عدم تحديد مقدار البديل لا بأقلّ المهر و لا بأكثره على أساس أنّ الخلع عقد معاوضة، فوجب بالضرورة ألاّ يتقدّم بمقدار معين، و هو قول عثمان بن عفان و ابن عمر، و ظاهر القرآن الجواز لعدم تقييده بمقدار معين، و بهذا قال مالك و الشافعي و أبو ثور، و روي مثل ذلك عن جماعة من الصحابة و التابعين، و ذهب فريق آخر إلى أنه لا يجوز أن يأخذ أكثر ممّا أعطاهما، فإن حصل ذلك وقع الخلع بقدر المهر الذي قد أعطاهما و بطل الزائد، و ذهب إلى ذلك عطاء و الأوزاعي و الزهري و الحسن البصري و طاوس و أبو بكر من الخنابلة و الشوكاني. أنظر: الرازي (أبو بكر)، مصدر سابق، ص 109-110، الشوكاني (محمد)، فتح القدير الجامع بين فني الرواية و الدراية من علم التفسير، ج 1، بيروت، دار الكتب العلمية، ص 299، العسقلاني (ابن حجر)، مصدر سابق، ص 397، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ج 4، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997، ص 129 و ما بعدها، ابن قدامي (موفق الدين)، مصدر سابق، ج 8، ص 176، ابن حزم (أبو محمد)، مصدر سابق، ص 240.

<sup>2</sup> و هم المالكية و الشافعية و الخنابلة. أنظر: ابن نصر (عبد الوهاب)، مصدر سابق، ج 1، ص 589، الشريبي (محمد الخطيب)، مصدر سابق، ص 269، ابن تيمية (مجد الدين)، مصدر سابق، ص 44-45.

<sup>3</sup> و قد ذهب إلى ذلك الإمام أبو حنيفة، أمّا أصحابه فقد كيفاه على أنه يمين من الجانبين. أنظر: السيّاسي (كمال الدين محمد)، مصدر سابق، ص 211.

<sup>4</sup> يترتب على اعتبار الخلع معاوضة الآثار الآتية: أ- لا يحتاج لصحته قبض العوض، ب- يجوز ردّ العوض فيه بالعيب، ج- يملك العوض بالعقد و يضمن بالقبض. و يترتب على اعتباره يمينا من جهة الزوج الآثار الآتية: أ- لا يصحّ رجوع الزوج عنه قبل قبول المرأة، ب- لا يقتصر إيجاب الزوج على مجلسه، فلو قام من المجلس قبل قبول الزوجة لا يبطل إيجابه بهذا القيام، ج- لا يصحّ للزوج أن يشترط الخيار لنفسه في مدة معلومة، د- يجوز للزوج أن يعلّق الخلع بشرط. و يترتب على اعتبار الخلع معاوضة لها شبه بالتبرعات من جانب الزوجة ما يأتي: أ- يصحّ للزوجة رجوعها عن الإيجاب إذا ابتدأت الخلع قبل قبول الزوج، ب- يقتصر قبول الزوجة في المجلس إن كانت حاضرة فيه، و في مجلس علمها بالخلع إن كانت غائبة عن مجلس الإيجاب، ج- يجوز للزوجة أن تشترط الخيار لنفسها في مدة معلومة. أنظر: د. الزحيلي (وهبة)، مرجع سابق، ص 487 و ما بعدها.

ك هذه القضية مطلقة دون تقييد، غامضة دون بيان هو الذي أنشأ سابقا الوضع الحرج للقاضي في قضايا الخلع<sup>1</sup>.

إن الخلع، على عكس ما هو سائد في تصورات الكثير من الناس، يمكن و يجوز أن يطلبه الزوج<sup>2</sup> كما يجوز أن يطلبه الزوجة. فرضى الزوجة في الحالة الأولى أمر مقطوع فيه؛ لأنها كطرف هي التي تفتدي نفسها بمال<sup>3</sup>، ولكن إذا طلبته الزوجة فهل يكون رضى الزوج شرطا للحركة الواقعية للخلع، أم أنه لا يعدّ شرطا لذلك؟

فريق من الفقهاء ذهب إلى أنه لا يجب على الزوج إجابة طلب الزوجة، و إنما يندب له ذلك، و هذا ما يؤدّي بنا إلى الاستنتاج المباشر أن إرادة الزوج معتبرة في وقوع الطلاق بالخلع، فلو لم يكن معتبرا لقالوا بوجوبه. و من هؤلاء الفقهاء الذين ذهبوا إلى ذلك ابن جرير الطبري<sup>4</sup>، حيث قال: (غير أنني أختار للرجل استحبابا لا تحتيما، إذا تبين من امرأته أن افتدائها لغير معصية الله، بل خوفا منها، في دينها أن يفارقها بغير فدية و لا جعل)<sup>5</sup>، و منهم كذلك الإمام البهوتي<sup>6</sup> حيث قال: (إذا كرهت المرأة زوجها

<sup>1</sup> و ذلك قبل التوجه الجديد الذي اعتمده المشرع الجزائري من خلال تعديل المادة (54) من قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

<sup>2</sup> الخلع عندما يطلبه الزوج تكون منهجيته مختلفة عما إذا طلبته الزوجة، فحتى يقع، لا بد أن يكون منضبطا بمجموعة من الضوابط و القيود بحملها فيما يلي:

أ- أن لا يضرها ضررا يدفعها إلى طلب ذلك، ب- أن ترضى الزوجة؛ لأنها كطرف هي التي ستفتدي نفسها بمال، ج- أن يكون محسبا بأن امرأته كارهة له، لضرر غير ظاهر لا يمكن إثباته. أنظر: الإمام الزرقاني (محمد)، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990، ج3، ص 239، بدران (بدران أبو العينين)، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السننية و المذهب الجعفري و القانون، د.ط، بيروت، دار النهضة العربية، د.ت، ص 411.

<sup>3</sup> بدران (بدران أبو العينين)، مرجع سابق، ص 411.

<sup>4</sup> ولد سنة أربع و عشرين و مائتين. و هو أحد الأعلام و صاحب التصانيف. يُحكّم بقوله، و يُرجع إلى رأيه لمعرفته و فضله. كان حافظا لكتاب الله، فقيها في أحكام القرآن، عالما بالسنن و طرقها، عارفا بأقوال الصحابة و التابعين. كما كان بصيرا بأيام الناس و أخبارهم، حتى قال عنه أبو حامد الاسفراييني: لو رحل رجل إلى الصين في تحصيله لم يكن كثيرا. و قال عنه ابن خزيمة: ما أعلم على أدم الأرض أعلم منه. و بثّ مذهب الشافعي ببغداد، ثم اتسع علمه و أداه اجتهاده إلى ما اختار في كتبه. و كان كذلك إلى أن توفي عشية الأحد ليومين بقيا من شوال سنة عشر و ثلاثمائة، تاركا وراءه ثروة علمية هائلة في الأصول و الفروع، منها (تاريخ الإسلام) و (التفسير) الذي لم يُصنّف مثله كما قال الخطيب. أنظر: السيوطي (جلال الدين)، طبقات الحفاظ، راجع النسخة و ضبط أعلامها لجنة من العلماء بإشراف الناشر، ط1، بسيروت، دار الكتب العلمية، 1983، ص 310-311.

<sup>5</sup> ابن جرير الطبري (محمد)، جامع البيان في تفسير القرآن و بهامشه تفسير غرائب القرآن و رغائب الفرقان للعلامة القمي النيسابوري (نظام الدين)، ج2، بيروت، دار الفكر، ص 288.

<sup>6</sup> هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن علي بن ادريس الشهير بالبهوتي المصري. كان إماما فقيها متبحرا، أصوليا مفسرا. أخذ عن الشيخ يحيى بن شرف موسى الحجاوي الدمشقي، و الشيخ عبد الله الدنوشري الشافعي. من مؤلفاته: شرح الإقناع للحجاوي، شرح

لخلقه أو خلقه أو كرهته لنقص دينه أو لكرهه، و خافت إنما بترك حقه فيباح لها أن تخالعه .. و يسنّ له إجابتها)<sup>1</sup>.

و يقول ابن حجر<sup>2</sup> في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: " اقبل الحديقة و طلقها تطليقة ": (هو أمر إرشاد و إصلاح لا إيجاب)<sup>3</sup>.

و بناء على هذه الاعترافات الضمنية على اعتبار إرادة الزوج في الخلع، يمكن أن نقول أن الخلع هو عقد رضائي، و هذا ما أخذت به المحكمة العليا الجزائرية في فترة معينة. و هناك اعتراف صريح لابن حزم جاء فيه:

(الخلع هو الافتداء، إذا كرهت المرأة زوجها و خافت ألاّ توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهما حقها فلها أن تفتدي منه، و يطلقها إن رضي هو، و إلاّ لم يجبر هو و لا أجبرت هي، إنما يجوز بتراضيهما)<sup>4</sup>.

و ذهب، في مقابل ذلك، فريق آخر من الفقهاء و على رأسهم الإمام الشوكاني<sup>5</sup> إلى وجوب إجابة الزوج طلب المرأة إلى الخلع فقال: (إنه يجب على الزوج الإجابة لطلب زوجته؛ لأنه ليس من صارف يصرف أمره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الوجوب الذي هو حقيقة الأمر ما لم تكن قرينة تصرفه

زاد المستنقع للحجاوي. أنظر: البغدادي (محمد جميل) المعروف بابن الشطي، مختصر طبقات الخنابلة، دراسة زملي (أحمد)، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، 1986، ص 52-53.

<sup>1</sup> البهوتي (منصور بن إدريس)، شرح منتهى الإرادات، ج3، د.ط، رئاسة إدارة البحوث العلمية و الإفتاء و الدعوة و الإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.ت، ص 107.

<sup>2</sup> هو شيخ الإسلام و إمام الحفاظ في زمانه، و حافظ الديار المصرية بل حافظ الدّين مطلقاً. قاضي القضاة شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي بن محمود بن أحمد الكنانى العسقلانى ثم المصري الشافعي. ولد سنة ثلاث و سبعين و سبعمائة. طلب الحديث من سنة أربع و تسعين و سبعمائة. و رحل و لازم شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي، و برع في الحديث و تقدّم في جميع فنونه. حُكي إنه شرب ماء زمزم ليصل إلى مرتبة الذّهي في الحفظ فبلغها و زاد عليها. صنّف التصانيف ك: (شرح البخاري) و (تهذيب التهذيب) و (تقريب التهذيب) و (لسان الميزان)، و كذا (الإصابة في تمييز الصحابة) و (نكت ابن الصلاح) و (أسباب الزول) و (تعجيل المنفعة برجال الأربعة) و أملى أكثر من ألف مجلس. توفي في ذي الحجة سنة اثنتين و خمسين و ثمانمائة. أنظر: السيوطي (جلال الدين)، مصدر سابق، ص 552-553.

<sup>3</sup> ابن حجر العسقلاني (محمد)، مصدر سابق، ص 400.

<sup>4</sup> ابن حزم (أبو محمد)، مصدر سابق، ص 235.

<sup>5</sup> هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني. فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، من أهل صنعاء. ولد بمجرة شوكان باليمن، و وُلّي قضاء صنعاء سنة 1229. و مات حاكماً بها. و كان يرى تحريم التقليد. له 114 مؤلفاً. أنظر: الشوكاني (محمد)، البدر الطالع لحاسن من بعد القرن السابع، ط1، بيروت، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، 1998، ص 106 و ما بعدها.

1. و قد اختلف كلام الإمام ابن تيمية في ذلك<sup>2</sup>، فقال الإمام شمس الدين بن مفلح<sup>3</sup>: (و اختلف كلام شيخنا في وجوبه و أزم به بعض حكّام الشّام المقدّسة الفضلاء)<sup>4</sup>. و كذلك ذهب الإمام ابن رشد إلى تأكيد حقيقة الحقّ الإرادي للمرأة في الخلع قائلا: (و الفقه أنّ الفداء إنّما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرّجل من الطّلاق، فإنّه لما جُعِل الطّلاق بيد الرّجل إذا فرك المرأة، جُعِل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرّجل)<sup>5</sup>. و لا قيمة لهذا الكلام إن لم يقصد منه ابن رشد أثر الخلع، (و ذلك أنّ الطّلاق بيد الرّجل يوقعه إذا أحسّ بالتّفرة من العشرة الزوجية مع من ارتبط بها، و قد تكون المرأة لا تحسّ بهذا الإحساس، و الرّجل مستمسك بها أشدّ الاستمسك، فشرع الله الخلع لتفتدي نفسها، بأن تعطي زوجها ما قدّم في سبيل ذلك الزواج من مال ..)<sup>6</sup>. كلّ هذه الاتجاهات الفقهية أسّست آراءها على مبدأ الحقّ الإرادي للزوجة في الخلع، و هذا ما يبدو أنّه قريب من مقاصد الشريعة الإسلامية و مقترن بقواعد العدالة، و مؤيد للطرف الضعيف في العلاقة الزوجية. فالله سبحانه و تعالى أعطى للزوج الحق في الطّلاق، كما أعطى الزوجة مكنة أخرى تواجهها بما بيد الرّجل، فكان واجبا، بناء على هذا الاتجاه الفقهي الدائر مع المصلحة العليا للعلاقة الزوجية و الاستقرار الاجتماعي، استجابة الزوج لطلب زوجته إذا أصرت على الخلع و تعذّر إعادة الوفاق الزوجي بينهما عن طريق الصّحح.

### الفرع الثالث: التحوّل الاجتماعي للمحكمة العليا في مادة الخلع

إنّ استقراء بسيطا على مستوى المبادئ العامّة التي أقرتها قرارات المحكمة العليا الجزائرية في مادّة الخلع يحيلنا مباشرة إلى القول بأنّ هناك منهجية معينة سلكتها المحكمة العليا في اجتهادها، خاصّة إذا علمنا أنّ هناك استقرارا نوعا ما على مستوى هذه المادّة، أي لا يوجد تذبذب أو اضطراب على مستوى المحكمة العليا بقدر ما هو موجود على المستوى العمودي في سلك القضاء، أي على مستوى العلاقة

<sup>1</sup> الشوكاني (محمد)، نيل الوطار شرح منتقى الأخبار، ج8، د.ط، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، د.ت، ص34.

<sup>2</sup> الزبياري (عامر)، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، د.ط، بيروت، دار ابن حزم، 1997، ص78.

<sup>3</sup> هو قاضي القضاة محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج المقدسي ثم الصّالحي الرّاميني الشيخ الإمام العالم العلامة أفضى القضاة شمس الدين أبو عبد الله. قال ابن القيم فيه: ما تحت قبة الملك أعلم بمذهب الإمام أحمد من ابن مفلح. حضر للشيخ ابن تيمية. له المنتقى و المقنع و الفروع. توفي يوم الخميس ثاني رجب سنة ثلاث و ستين و سبعمائة. أنظر: البغدادي (محمد جميل)، مصدر سابق، ص70.

<sup>4</sup> ابن مفلح (شمس الدين)، الفروع، ج5، ط1، بيروت، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، 1997، ص265.

<sup>5</sup> ابن رشد (أبو الوليد)، مصدر سابق، ص55.

<sup>6</sup> أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، د.ط، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت، ص340.

الوظيفية بين الدرجات الدنيا (قضاة الموضوع) و المحكمة العليا (قضاة القانون). و بدراستنا لقرارات المحكمة العليا في مادة الخلع خلصنا إلى أن سنة 1992<sup>1</sup> كانت السنة الفاصلة بين توجهين رئيسيين أو مرحلتين أساسيتين:

**المرحلة الأولى:** هي مرحلة اعتبار إرادة الزوج في الخلع، و فيها كيّفت المحكمة العليا الخلع على أنه عقد رضائي<sup>2</sup>، فقبول الزوج للخلع أمر وجوبي و مشروط<sup>3</sup>، فإذا ما تأخرت إرادة من الإرادتين، لم يتم الخلع. فحتى تكون للخلع حركية واقعية لا بد أن يتم بناء على توافق الإرادتين (إرادة الزوج و إرادة الزوجة)، كما لا يجوز للقاضي إطلاقاً أن يلغي إرادة الزوج، أو أن يقوم بمخالعة الزوجين دون رضاه<sup>4</sup>، و لا فرض الخلع عليه<sup>5</sup>، كما لا يجوز أن يحكم به من تلقاء نفسه<sup>6</sup>. و هذا التوجه يكون قد أخذ برأي أكثر أهل العلم<sup>7</sup>، أي لا يجب على الزوج إجابة طلب الزوجة و إنما يندب له ذلك.

**المرحلة الثانية:** ذهبت المحكمة العليا فيها إلى عدم اعتبار إرادة الزوج في الخلع، و هذا ابتداء من عام 1992، فإرادة الزوج في هذه المرحلة ليست محل اعتبار، فرضاه غير مشروط في الخلع<sup>8</sup>؛ لأنه حق

<sup>1</sup> و ذلك بناء على قرار المحكمة العليا رقم 83603 المؤرخ في 1992/07/21 (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (134-137))، و الذي جاء فيه: (من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم). و هذا القرار جاء تقريراً لما ذهب إليه قضاة الموضوع من القضاء بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج، فكان بذلك تطبيقاً صحيحاً للقانون في منظور المحكمة العليا، و هذا يعدّ تحولاً ضمناً للاجتهاد القضائي في مادة الخلع، أما قرار المحكمة العليا رقم 115118 المؤرخ في 19 أبريل 1994 (نشرة القضاة، سنة 1996، العدد 52، ص (106-110))، إنما كان تمثيلاً صريحاً لذلك التحول حيث نصّ على عدم مشروطة قبول الزوج لمبدأ الخلع. فمن الناحية العملية لا يعدّ عام 1994 نقطة التحول في الاجتهاد القضائي، كما ذهب إلى ذلك الأستاذ آث ملويا (لحسين) في كتابه المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دط، الجزائر، دار هومه، 2005، ص 423.

<sup>2</sup> قرار رقم 73885 المؤرخ في: 1991/04/23، المجلة القضائية، سنة 1983، عدد 2، ص (55-57).

<sup>3</sup> قرار رقم 51728 المؤرخ في: 1988/11/21، المجلة القضائية، سنة 1990، عدد 3، ص (72-74).

<sup>4</sup> قرار رقم 33652 المؤرخ في: 1984/06/11، المجلة القضائية، سنة 1989، عدد 3، ص (38-40).

<sup>5</sup> قرار رقم 73885، السابق ذكره.

<sup>6</sup> قرار رقم 33652، السابق ذكره.

<sup>7</sup> الزبياري (عامر)، مرجع سابق، ص 77.

<sup>8</sup> قرار رقم 115118، المؤرخ في: 1994/04/19، نشرة القضاة، سنة 1996، عدد 52، ص (106-110)،

قرار رقم 103793، المؤرخ في: 1994/04/19، نشرة القضاة، سنة 1997، عدد 51، ص (96-97)،

قرار رقم 252994، المؤرخ في: 2000/11/21، المجلة القضائية، سنة 2001، عدد 1، ص (293-295).

إرادى للزوجة<sup>1</sup>، فهو حقّ خولته الشريعة الإسلامية لها لفكّ الرابطة الزوجية، و بناء على ذلك اعتبرت المحكمة العليا الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها<sup>2</sup>.

و هذا التوجّه هو الذي أخذ به المشرّع الجزائري في تعديله الجديد بموجب الأمر رقم 05-02 المتضمّن تعديل قانون الأسرة، فقد جاء مختارا للرأي الفقهي الذي يقول بأنّ الخلع هو حقّ إرادى للزوجة، و نصّ المادة كما يلي: (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم)<sup>3</sup>. و هذا لا يصحّ نوعا ما، فهو منتقد من جهة أن عدم إعطاء اعتبار لإرادة الزوج، مخالف لمبدأ العصمة، و أنّ الأصل في الخلع الاتفاق أوّلا، و يحرص القاضي على ذلك حرصا شديدا، و في حالة الفشل يمكن للقاضي أن يطلّق عليه دون إرادته. و الأمر ليس على ما هو عليه المشرّع المصري في المادة (20) من قانون تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم 2000/1، الذي نصّ فيه على ضرورة الحرص على تراضي الزوجين: (للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه و أقامت الزوجة دعواها ... حكمت المحكمة بتطليقها عليه). فتدخل القاضي حينذاك يكون لدرء التعسّف الواقع ضرره على الزوجة من طرف الزوج، و هذا بعد جلسة الصلح، التي يكون الهدف منها التأكّد من جدية السبب، و محاولة إرجاع الزوجة عن رأيها.

في حقيقة الأمر، ليس العيب أن تعيّر المحكمة العليا من اجتهادها بصورة حديثة؛ بناء على استعمالها وسيلة التفسير القضائي المقررة لها كأداة تقنية رقيقة، تساهم في عصنة الحلول<sup>4</sup>؛ لأنّ الاجتهاد و تفسير النصوص القانونية مرتبط أشدّ الارتباط بالظروف و المتغيرات الزمانية و المكانية. و لكنّ القضية التي تستدعي العتاب و التقدير هو منهجية تعيّر الاجتهاد، فكان من المفروض أن يتمّ هذا التحوّل المحوري المرکز طبقا للإجراءات المقررة قانونا و المتعلقة بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها<sup>5</sup>، أي كان

<sup>1</sup> قرار رقم 141262، المؤرخ في: 1996/07/30، الجلّة القضائية، سنة 1998، عدد 1، ص (120-123)،

قرار رقم 83603، المؤرخ في: 1992/07/21، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (134-137).

<sup>2</sup> قرار رقم 216239، المؤرخ في: 1999/03/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (138-141).

<sup>3</sup> سابقا لم يشأ المشرّع أن يختار رأيا فقهيًا معينًا لإجبار الناس عليه، فالنص كان غير واضح بشأن التراضي على أصل الخلع، و لعلّ في ذلك حكمة قد تعيّاها المشرّع.

<sup>4</sup> بونشير (ميشال)، مدخل للقانون، ترجمة أرزقي نسيب، د.ط، الجزائر، دار القصة للنشر، 2004، ص 115-116.

<sup>5</sup> و يحمل هذه الإجراءات أن تنظر الدعوى في هيئة الغرفة الموسّعة، و ذلك في مرحلتين:

الأولى: إذا لاحظت الغرفة التي عُرضت عليها القضية أنّها يمكن أن تصدر قرارا يتضمّن اجتهادا قضائيا يتعارض مع ما استقرت عليه المحكمة العليا، فإنّها تدعو إلى انعقاد الغرفة المختلطة التي تتشكّل من غرفتين، و التي لا تبتّ بصفة قانونية إلا بحضور تسعة أعضاء على الأقلّ، و هذا ما جاء في نصّ المادة (22) من ق.ع.م.ع.



لابد أن يحدث هذا التغيير بصورة علمية صحيحة من وجهة النظر القانوني؛ لأن ذلك يعدّ انعراجاً مرحلياً شاسعاً، لا يليق فيه أن يكون مبنياً على اجتهاد قاضٍ بمفرده أو غرفة بمفردها، وهذا الأمر من شأنه أن يبعث الطمأنينة والثقة بين أفراد الهيئة القضائية أولاً، كما يبعث روح الاطمئنان على الحقوق القانونية والقضائية داخل المجتمع. وأكثر من ذلك، فإننا لم نر لهذا الأمر أثراً على مستوى المحلّة القضائية، فكان من المفروض أن تعلم قارئها بهذا التغيير، محدّدة التوجه الاجتهادي الجديد بدقّة، مبيّنة المؤيّدات الفقهية له وكذا الأسباب الموضوعية الدافعة لقضاة المحكمة العليا إلى ممارسة هذا التغيير الحدّي. وما رأيناه واقعا، أنّ المحكمة العليا اكتفت بالإعلان عن ذلك في العدد الخاصّ من المحلّة القضائية الذي أصدرته وزارة العدل عام 2001، وذلك بعد تسع سنوات من تاريخ التحول، وقد جاء فيه: (إذا أدركت الزوجة بأنّ المادّة (53) من قانون الأسرة التي أجازت لها طلب التّطليق لا تسمح لها بالتّخلص من الزوج الذي لا ترغب في العيش معه، وعجزت عن أيّ مبرّر لطلب التّطليق إلى أن أصبحت مقتنعة بأنّ البقاء مع هذا الزوج أصبح كابوساً لا يمكن الإفلات منه إلى درجة الخوف من التفكير في أمور لا ترضي الله مثلما وقع لامرأة ثابت بن قيس من حديث ابن عباس.. وبهذا الحديث الشريف استدلّ الفقهاء على جواز الخلع كما استدلّوا بالآية الكريمة: " فإن خفتن ألاّ يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به "، أي الفداء. قال خليل: (جاز الخلع وهو الطّلاق بعوض وبلا حاكم الخ) <sup>1</sup>. وقد جاء في بداية المجهود ونهاية المقتصد لابن رشد: (و الفقه أنّ الفداء إنّما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرّجل من الطّلاق، فإنّه لما جعل الطّلاق بيد الرّجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرّجل) <sup>2</sup>.

الثانية: إذا رأيت الغرفتان أنّ الإشكال القانوني يمكن أن يؤدي إلى تغيير في الاجتهاد القضائي تحيل القضية إلى هيئة الغرفة المجتمعة التي تتألف من الرئيس الأوّل ونائب الرئيس وكذا رؤساء الغرف ورؤساء الأقسام وعميد المستشارين في كلّ غرفة، ولا يصحّ أن تبسّ في القضية إلاّ بحضور (25) عضواً على الأقلّ، وفي كلّ الحالات تتخذ القرارات بموافقة الأغلبية مع ترجيح رأي الرئيس في حالة تعادل الأصوات، وهذا ما جاء في المواد (22)، (23) و (24) من ق.ع.م.ع. وهذا كلّ لم نلاحظه على مستوى التغيير الاجتهادي في مادّة الخلع. وما كان يليق من محكمة توجد في قمة التنظيم القضائي أن لا تحترم الإجراءات التي يتضمّنها القانون المتعلقة بصلاحياتها وتنظيمها. أنظر: الأستاذ بوبشير (محمد أمقران)، تحوّل الاجتهاد القضائي بين النصّ والتطبيق، مجلّة الحمامة، تصدر عن منطمة المحامين لمنطقة تيزي وزو، العدد 2، ديسمبر 2004، ص (80-55).

<sup>1</sup> ابن اسحاق (خليل)، مصدر سابق، ص 134.

<sup>2</sup> هويدي (الهاشمي)، توضيحات رئيس غرفة الأحوال الشخصية في ما يخصّ الطّلاق والتّطليق ومتاع البيت، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (19-25).



جامعة الأمير  
اللقاء للعلوم الإسلامية  
جامعة الأمير

# الفصل الثاني :

## تكييف النتيجة الضربية

### في دعاوى التفريق القضائي

المبحث الأول:

تكييف النتيجة الضرورية

المحددة السبب

## المطلب الأول: الإخلال بالالتزامات الزوجية

إنّ الزواج بطبيعته العقدية المقدّسة المستلّمة من نصوص القرآن و السنّة يلقي على عاتق الزوج التزامات محدّدة، ذات طبيعة ماديّة و معنوية، كالإنفاق، و الإحصان، و التقدير العائلي، و الاستقرار المعنوي. و هذا ما جعلني أحاول أن أدرس افتراضية الضّرر أو عدمها في الحالات التي أوردها المشرّع الجزائري في المادتين (53) و (54) من قانون الأسرة. فأعرض لدراسة وصف الضّرر و تكييفه في حالة عدم الإنفاق في (فرع أول)، و الغيبة في (فرع ثان)، و الهجر في (فرع ثالث)، ثمّ التّشوز و الفاحشة المبينة في (فرع رابع).

### الفرع الأول: محمّد الإنفاق

إنّ ممّا لا شكّ فيه أنّ الإنفاق<sup>1</sup> على الزّوجة يعتبر التزاما عقديًا بنصّ الشّارع؛ لارتباطه أثرًا بعقد الزواج، على اختلاف بين الفقهاء في ذلك، فمنهم من يعتبره التزاما عقديًا صرفًا على شرط أن يكون العقد صحيحًا<sup>2</sup>، ومنهم من يعتبره التزاما عقديًا على شرط آخر و هو الاحتباس و التّمكين و البناء<sup>3</sup>. حتّى ولو كانت الزّوجة غنيّة و في غير حاجة إلى التّفقة<sup>4</sup>. إلّا أنّ هذا الالتزام التزام بنصّ الشّارع الحكيم؛ إذ منشؤه مجموعة من الأدلّة القرآنية و السنّية.

<sup>1</sup> عرّف ابن عابدين التّفقة بأنّها (الأدّار على شيء بما فيه بقاؤه)، و يدخل فيها الطّعام و الكسوى و السّكن، و عرفها ابن عرفة بأنّها (ما به قوام معتاد حال آدمي دون سرف).

أنظر: ابن عابدين (محمد الأمين)، مصدر سابق، ج3، ص 572

الخرشي، مصدر سابق، ص 183.

<sup>2</sup> و هم الحنفية. أنظر: ابن عابدين (محمد الأمين)، المصدر نفسه، ص 572.

<sup>3</sup> و هم المالكية و الشّافعية و الحنابلة. أنظر: الخطّاب (محمد)، مصدر سابق، ص 182، الشّيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج3، ص

148، ابن تيمية (مجد الدّين)، مصدر سابق، ص 115.

<sup>4</sup> د. العطار (عبد الناصر)، الأسرة و قانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985، دط، المؤسسة العربية الحديثة، دت، ص 34.

فمن القرآن، قوله تبارك وتعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>1</sup>، فهذا نص واضح في وجوب نفقة الزوج على زوجته، كما ذهب إلى ذلك منذر بن سعيد البلوطي وابن الغرس<sup>2</sup>. ومنه قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ<sup>ط</sup> وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾<sup>3</sup>.

ومن السنة: عن عائشة أن هنداً بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"<sup>4</sup>. وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، وابدأ بمن تعول"<sup>5</sup>. وعنه كذلك قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: " أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إنا أن تطعمني، وإنا أن تطلقني، ويقول العبد أطعمني واستعملني، ويقول الابن: أطعمني إلى من تدعني؟ فقالوا: يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال: لا هذا من كيس أبي هريرة<sup>6</sup>.

وبناء على ذلك، جاز للمرأة أن تطلب التفريق من القاضي في حال عجز زوجها عن الإنفاق عليها، فـ (أي ضرر أشد من تركها بغير نفقة)<sup>7</sup>، وقد جاء في المعونة: (فإمسكه إياها بغير إنفاق إضرار بها و تضيق عليها)<sup>8</sup>. حتى أن الضرر الناتج من العجز عن النفقة أعظم من الضرر الناتج عن

<sup>1</sup> سورة البقرة: آية 233.

<sup>2</sup> ابن جزري (محمد)، التسهيل لعلوم التنزيل، حققه هاشم (محمد)، ج1، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995، ص 114.

<sup>3</sup> سورة الطلاق: آية 7.

<sup>4</sup> أخرجه البخاري في صحيحه، و اللفظ له، ج6، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها و ولدها بالمعروف، ص 193، و أخرجه مسلم في صحيحه، ج6، ط1، القاهرة، دار الحديث، 1994، كتاب الأفضية، باب قضية هند، ص 248، و أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الإجارة، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، رقم الحديث: 3532، ص 544، و أخرجه الترمذي في سننه، ج8، كتاب آداب القضاة، باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه، ص 246-247، و أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب التجارات، باب ما للمرأة من مال زوجها، رقم الحديث: 2293، ص 340، و أخرجه الدارمي في سننه، ج2، كتاب النكاح، باب في وجوب نفقة الرجل على أهله، ص 159.

<sup>5</sup> أخرجه البخاري في صحيحه، و اللفظ له، ج6، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل و العيال، ص 190، و أخرجه مسلم في صحيحه من حديث حكيم بن حزام، ج7، د.ط، دار الفكر، 1981، كتاب الزكاة، باب أن اليد العليا خير من اليد السفلى بلفظ: (أفضل الصدقة أو خير الصدقة عن ظهر غنى، و اليد العليا خير من اليد السفلى و ابدأ بمن تعول)، ص 125.

<sup>6</sup> سبق ترجمته في المبحث الثالث من الفصل الأول، ص 46.

<sup>7</sup> الصنعاني (محمد)، مصدر سابق، ص 1170.

<sup>8</sup> ابن نصر (عبد الوهاب)، مصدر سابق، ج1، ص 524.

كون الزوج عتيباً، ولما كانت المفارقة في الإيلاء والعنة، مع أن ضررها أيسر من ضرر التفقة، كانت في عدم الإنفاق أولى<sup>1</sup>. وعلى هذا الأساس ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التفريق لعدم الإنفاق، فهو سنة كما روي عن الشافعي أن سفيان عن أبي الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب عن رجل لا يجد ما ينفق على امرأته، قال يُفَرَّقُ بينهما، قال أبو الزناد: قلت: سنة، قال سعيد: سنة. وقال الشافعي: والذي يشبه قول سعيد سنة أن يكون سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم<sup>2</sup>. ومن بين ما استدلل به الجمهور على جواز التفريق لعدم الإنفاق قول النبي صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار"<sup>3</sup>، مما دل على اعتبارهم عدم الإنفاق ضرراً في ذاته، فهو من الأفعال الموجبة للضرر بذاتها من جهة السلب، وما يؤكد ذلك أيضاً ما جاء في الفروق: (أنا لم نلزمه التفقة مع العسرة، وهو نظير الإلزام بالدين، وإنما أمرنا برفع ضرر يقدر عليه، وهو إطلاقها لمن ينفق عليها.. والإمساك على الجوع والعري ليس من المعروف، فيتعين التسريح بإحسان)<sup>4</sup>. وهو ذاته ما أكدّه الإمام ابن العربي في قوله: (حكم الإمساك بالمعروف أن للزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها، فإن لم يفعل خرج عن حدّ المعروف، فيطلقها عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق لها في بقائها عند من لا يقدر على نفقتها، فإن قيل: فإذا كان هذا العاجز عن التفقة لا يمسك بالمعروف، فكيف تكلفونه أنتم غير المعروف، وهو الإنفاق، ولا يجوز تكليف ما لا يطاق؟ قلنا: إذا لم يطق الإنفاق بالمعروف، أطاق الإحسان بالطلاق، وإلا فالإمساك مع عدم الإنفاق ضرار)<sup>5</sup>؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾<sup>6</sup>؛ لأنه (لا معنى لبسط سلطانه على مخلوق له حق الوجود و أسباب التمتع بالحياة مع عدم إنفاقه عليه. فهو إخلال بموجب عقد الزواج. و وجوب الإنفاق نظير الاحتباس فكان عدلاً أن يرفع الضرر عن الزوجة بإعطائها حرّيتها كاملة متى طلبت ذلك، فإن قبلت البقاء فهي صاحبة الحق)<sup>7</sup>. فمن أشدّ الإضرار بالزوجة هو حرمانها من حقّها في التفقة<sup>8</sup>،

<sup>1</sup> ابن نصر (عبد الوهاب)، المصدر نفسه، ص 524.

<sup>2</sup> أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج7، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، ص 469. قال الإمام الشافعي: (و إن سعيداً من أصحّ الناس مراسلاً). أنظر: البيهقي، مصدر سابق، ج10، ص 260. وقال الإمام أحمد بن حنبل: (مرسلات سعيد بن المسيب صحاح، لا نرى أصحّ من مراسلاته). أنظر: البيهقي، مصدر سابق، ج6، ص 42.

<sup>3</sup> سبق تخريجه في المبحث الأول من الفصل الأول، ص 3.

<sup>4</sup> وهذا ردّ على قول أبي حنيفة: لا يطلق عليه بالإعسار؛ لأنّ الله تعالى أوجب إنظار المعسر بالدين في قوله تعالى: ﴿و إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾، فها هنا أولى؛ لأنّ بقاء الزوجة مطلوب لصاحب الشرع.

أنظر: القرافي (شهاب الدين)، الفروق، تحقيق د. هنداوي (عبد الحميد)، ج3، ط1، صيدا، بيروت، المكتبة العصرية، 2002، ص 143.

<sup>5</sup> ابن العربي (أبو بكر محمد)، مصدر سابق، ج1، ص 200.

<sup>6</sup> سورة البقرة: آية 231.

<sup>7</sup> حسين (سيد)، مرجع سابق، ج1، ص 252.

<sup>8</sup> الصنعاني (محمد)، مصدر سابق، ص 1170.

الذي يعدّ أقلّ ما يجب في أمره بالعشرة بالمعروف<sup>1</sup>. فإن تأخّر الزوج عن القيام بهذا الالتزام ترتّب على ذلك تحرك حقّ الزّوجة في طلب التفريق؛ لأنّ النّساء في واقعنا يتزوّجن الرّجال رجاء كما جاء عن الإمام مالك، ومعنى كلامه أنّ النّساء اليوم يتزوّجن رجاء دنيا الأزواج و نفقتهم و كسوتهم، فهنّ يدخلن اليوم على رجاء الدنيا، فصار هذا المعروف كالمشروط في العقد<sup>2</sup>، فيكون تأخّر الزوج، وهو في نظير المدين بالتّفقة<sup>3</sup>، قرينة على الضّرر الناتج و الواقع على الزّوجة فقها. وبناء على ذلك فلا تُسأل الزّوجة إطلاقاً عمّا أصابها من جرّاء تأخّر الزوج عن النّفقة، فالنتيجة الضّررية مفترضة، فـ: (ليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكاً بمعروف فيتعيّن التسريح)<sup>4</sup>، وبضيف موفق الدين بن قدامى<sup>5</sup> قائلاً: (و لأنّه إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطاء و الضّرر فيه أقلّ لأنّه إنّما هو فقد لذّة و شهوة يقوم البدن بدونه، فلأنّ يثبت بالعجز عن النّفقة التي لا يقوم البدن إلّا بها أولى، إذا ثبت هذا فإنّه متى ثبت الإعسار بالنّفقة على الإطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ من غير إنظار)<sup>6</sup>، و يقول في هذا الشّيرازي: (و لأنّه إذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطاء و الضّرر فيه أقلّ فلأنّ يثبت بالعجز عن النّفقة و الضّرر فيه أكثر و أولى)<sup>7</sup>. و جاء في مغني المحتاج ما يوضّح الأمر أكثر قائلاً: (و إنّما يُفسخ للزّوجة التّكاح بعجزه أي الزوج عن نفقة معسر حاضرة؛ لأنّ الضّرر يتحقّق بذلك)<sup>8</sup>. و قال الغزالي في فتاويه: (و لو حضر الزوج و غاب ماله فإن كان غائباً بمسافة القصر فأكثر فلها الفسخ و لا يلزمها الصّبر للضّرر كما في نظيره من فسخ البائع عند غيبة الثمن)<sup>9</sup>، ولكن لا بدّ في هذه الحالة، أن نفرّق بين وضعين مختلفين:

<sup>1</sup> الشافعي (محمد بن إدريس)، مصدر سابق، ص 956.

<sup>2</sup> ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، زاد المعاد في هدى خير العباد، ج4، مصدر سابق، ص 277.

<sup>3</sup> القرافي (شهاب الدّين)، مصدر سابق، ص 143.

<sup>4</sup> ابن قدامى (موفق الدين)، مصدر سابق، ج9، ص 243.

<sup>5</sup> هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر بن عبد الله المقدسي، موفق الدين أبو محمد. ولد في شعبان سنة إحدى وأربعين و

خمسائة بجماعيل، و قدم دمشق مع أهله و له عشر سنين. سمع من والده و من جماعة، و رحل إلى بغداد و سمع من الشيخ عبد القادر. من

مصنّفاته: المغني و المقنع، و الرّوضة، و له في الفضائل و الزهد و الرّقائق الشيء الكثير. تفقّه عليه ابن أخيه شمس الدين عبد الرحمان بن أبي

عمر. توفي يوم السبت يوم عيد الفطر سنة عشرين و ستمائة. أنظر: ابن الشطي، مصدر سابق، ص 52-53.

<sup>6</sup> ابن قدامى (موفق الدين)، المصدر نفسه، ص 243.

<sup>7</sup> الشّيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ص 154.

<sup>8</sup> الشّريبي (محمد الخطيب)، مصدر سابق، ص 443.

<sup>9</sup> الشّريبي (محمد الخطيب)، المصدر نفسه، ص 442.

الوضع الأول: إذا لم ينفق الزوج عمدا مع يسر حاله، فعند ذاك تكون المصلحة المشروعة من عدم الإنفاق منتفية، مما يترتب على ذلك افتراض نية قصد الإضرار<sup>1</sup>، والتفريق فيها يكون أولى<sup>2</sup>.

الوضع الثاني: عدم إنفاق الزوج لإعساره، وفي هذه الحالة يكون ذلك قرينة على وقوع النتيجة الضرورية، وذلك لوجود سبب عارض وقاهر يشكل عقبة بينه وبين القيام بالتزامه في حينه<sup>3</sup>.

وما ذهب إليه المشرع الجزائري، هو اعتباره عدم الإنفاق ضرا في ذاته، وذلك بناء على السياق الذي جاء به نص المادة (53) من قانون الأسرة؛ إذ أورد ذكر أسباب التطلق المحددة مردفا إياها بعبارة: (كل ضرر معتبر شرعا)، وذلك حتى تشمل أضرارا أخرى لا يمكن حصرها ولا تحديدها. وبهذا يكون عدم الإنفاق فعلا سلبيا موجبا للضرر بذاته. وإذا كان كذلك، فهو قرينة على النتيجة الضرورية اللاحقة بالزوجة. وما يؤكد ذلك من قانون الأسرة المادة (53) مكرّر حيث جاء فيها: (يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)، مما يؤكد أن عدم الإنفاق، وهو حالة من حالات التطلق، موجب للضرر في ذاته، وليس أدلّ على ذلك من التطبيقات القضائية<sup>4</sup>.

ولقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (53): (يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية:

<sup>1</sup> وذلك تطبيقا للقاعدة المشتملة على القرينة و التي تمثل معيارا خالصا لنظرية التعسف في استعمال الحق، و لهذا أسميتها القرينة - المعيار، فانتهاء المصلحة المشروعة قرينة على تمخض قصد الإضرار، و قد قررها الفقهاء في تطبيقاتهم الفقهية، و قد استقرّ القضاء المصري على التعامل معها و الأخذ بها. أنظر: د. أبو السعود (رمضان)، مرجع سابق، ص 351.

<sup>2</sup> و لهذا نجد في القانون المصري مثلا، أن من لم يكن له مال ظاهر و لم يقل إنه معسر أو موسر و لم ينفق طلق عليه القاضي في الحال دون إمهال؛ لأنه لا فائدة ترجى من إمهاله، و يكون ذلك قرينة واضحة على نيته في الإضرار، فيصبح التفريق في حقه عقوبة له على قصده السيء. أنظر: المادة (4) من قانون رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة و بعض مسائل الأحوال الشخصية.

<sup>3</sup> و لهذا جاء في القانون المصري إمهاله شهرا حتى يتدبر أمره، بشرط أن يثبت إعساره و إلا طلقها عليه في الحال، فإن أنفق في مثل هذه المدة لم يطلق عليه، و إن لم ينفق عليها في أثناء هذه المدة طلقها منه، و هذا الحكم يوافق مذهب المالكية و مذهب الشافعية إلا في اعتبار التفريق بينهما طلاقا.

أنظر: عبد الحميد (محمد محي الدين)، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، د.ط، بيروت، المكتبة العلمية، 2003، ص 311.

<sup>4</sup> قرار رقم 75588 المؤرخ في: 1991/02/20، المجلة القضائية، سنة 1993، عدد 4، ص (78-80)، و نصّه: (فمن المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعا، و لا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن الثقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية). فقد اعتبر هذا القرار أن التوقف عن الثقة و مخالفة شروط تعدد الزوجات أضرارا في ذاتها، مما يدلّ على أنها قرائن على الأضرار الناتجة عنها.



1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه<sup>1</sup> ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون).

ولكن المشرع لم يتطرق إلى الوضع الأول الوارد في الفقه الإسلامي<sup>2</sup>، الذي يكون فيه التفريق أولى، كما يجعله عقوبة تقع على الزوج في مقابل قصده السيء، ولهذا أقترح أن تصاغ حالة عدم الإنفاق كما يلي:

المادة (1): (إذا تأخر الزوج في القيام بواجب الإنفاق على زوجته جاز للزوجة أن ترفع دعوى تفريق، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، و يجب على القاضي أن يحكم به طلاقاً رجعيّاً:

أ- حالاً، إذا كان له مال و أصرّ على عدم الإنفاق، أو كان معسراً و لم يثبت حالة إعساره.

ب- بعد إمهاله مدة شهرين<sup>3</sup> إذا كان معسراً على شرط إثباته حالة إعساره).

المادة (2): (لا يفرّق القاضي بين الزوج و زوجته إذا أثبت المعسر أن زوجته التي لم ينفق عليها لم يصبها أي ضرر من عدم الإنفاق، كأن يثبت أنها غنيّة).

المادة (3): (للزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إعساره و استعدّ للإنفاق في أثناء العدة، و إلاّ لم تصحّ الرجعة).

و يُستفاد في دعوى التفريق لعدم الإنفاق على زوجة الغائب من المادة (5) من القانون المصري رقم 25 لسنة 1920، الخاصّ بأحكام التفقة و بعض مسائل الأحوال الشخصية، و المادّة (93) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد.

<sup>1</sup> و الحكم بأداء التفقة على المدين قرينة على استطاعته الأداء؛ لأنه يفترض فيه حينذاك أنه يستطيع ذلك. و يمكن إثبات عكس هذا الافتراض ببيان قيام حالة الإفلاس لدى التاجر مثلاً، أو إثبات حالة البطالة أو المرض الذي يوقف العامل عن عمله و يوقف مداخيله.

أنظر: ازكيك (سعيد)، إهمال الأسرة في التشريع المغربي، د.ط، 1992، ص 28.

<sup>2</sup> و قد أكد هذه الحالة الإمام ابن العربي حيث قال: (إذا لم يطق الإنفاق بالمعروف، أطاق الإحسان بالطلاق، و إلاّ فالإمساك مع عدم الإنفاق ضرار). أنظر: ابن العربي (أبو بكر محمد)، مصدر سابق، ج1، ص 200.

<sup>3</sup> الخطاب (محمد)، مصدر سابق، ص 196.

المواق (محمد)، التاج و الإكليل لمختصر خليل، بهامش كتاب مواهب الجليل للخطّاب، ج4، مصدر سابق، ص 195.

و قال حمّاد بن أبي سليمان: يؤخّل سنة قياساً على العتّين، و قال عمر بن عبد العزيز: اضربوا له شهراً أو شهرين. أنظر: ابن قدامي (موفق الدين)، مصدر سابق، ص 243-244.

## الفرع الثاني: الغيبة

إن من أهم حقوق الزوجة المعنوية، المترتبة على عقد الزواج، الإحصان والاستمتاع. ولهذا كان واجبا على الزوج بمجرّد العقد المقرون بشرط الاحتباس أن يحقق هذا الالتزام، وفي حالة الإخلال به يتحرك حق المرأة الساكن في طلب التفريق تأسيسا على ذلك. ولقد كانت حالة الغياب من بين الحالات التي تشكل مصدرا للإخلال، وعنصرا محرّكا لحقّ الزوجة في طلب التفريق<sup>1</sup>، مصداقا لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُمْ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾<sup>2</sup>، ولا يجب أن ننسى أن سيّدنا عمر - رضي الله عنه - كان لا يجعل الجند يغيّبون عن زوجاتهم أكثر من أربعة أشهر؛ ولأنّها أقصى ما تستطيع المرأة الصبر عليه من غياب زوجها<sup>3</sup>، وقد استفتى عمر في ذلك حفصة<sup>4</sup>؛ لأنّ دفع الضّرر مشروع، وأيّ ضرر أكبر من ترك الزوجة معلّقة. ولما كان الخيار ثابتا في الفرقة مع العنة والإيلاء، ولم يكن فيهما إلا فقد الوطاء دون فقد العشرة والتّفقة، كان في هذه المسألة الجامعة بين فقد الوطاء وفقد العشرة وفقد التّفقة، أولى بالثبوت<sup>5</sup>. فغيبة الزوج بما يلحق الضّرر بالزوجة ولا يمكن رفعه إلا بالتفريق<sup>6</sup>. ولقد اشترط المالكية للتفريق تأسيسا عليها شروطا عديدة، نجملها فيما يأتي<sup>7</sup>:

### 1- طول الغيبة كسنة فأكثر،

<sup>1</sup> وذهب إلى ذلك المالكية والحنابلة وخالفهم الحنفية و الشافعية ، وقد جعل الحنفية لإزالة الضرر حلولا بديلة غير التفريق، لأن الأصل عندهم بقاء الزواج حتى يقوم الدليل على جواز التفريق، ولم يتم دليل شرعي على أن غيبة الزوج سبب للتفريق بينه وبين زوجته. أنظر: البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 485.

<sup>2</sup> سورة البقرة: آية 231.

<sup>3</sup> الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ص 54-55.

<sup>4</sup> هي حفصة بنت عمر (18 هـ - 45 هـ). صحابية جليّة من أزواج النبي صلى الله عليه وسلم، ولدت بمكة وتزوجها خنيس بن حذافة السهمي فأسلما، وهاجرت معه إلى المدينة فمات عنها، فخطبها رسول الله صلى الله عليه وسلم، و تزّجه إياها عمر سنة اثنتين أو ثلاث للهجرة. و روى البخاري و مسلم عنها ستين حديثا.

أنظر: الأصبهاني (أبو نعيم أحمد)، حلية الأولياء و طبقات الأصفياء، ج2، ط3، بيروت، دار الكتاب العربي، 1980، ص 50.

ابن حجر العسقلاني (أحمد)، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق محمد الزيني، ط1، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1976، ص 199-200.

<sup>5</sup> ابن نصر (عبد الوهاب)، مصدر سابق، ص 551.

<sup>6</sup> د. ابراهيم (ابراهيم)، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، عمان، الأردن، مكتبة دار الثقافة، 1999، ص 242.

<sup>7</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 431.

2- الكتابة إليه، وذلك بتخييره بين الحضور أو رحيل زوجته إليه أو إمضاء الطلاق، فإن امتنع تلوم له بالاجتهاد وطلق عليه،

3- أن تخاف على نفسها الوقوع في الزنا، ويعلم ذلك يقينا، لا لمجرد شهوتها للجماع.

ونجد أن المالكية قد ربطوا مسألة النتيجة الضّررية بالخوف، وعلمه يقينا لا يكون إلا من طرف الزوجة، فأوكلوا هذا الأمر إلى ضميرها، فلم يوجبوا عليها الإثبات بأيّ طريق كان ولو كان يمينا<sup>1</sup>. فالنتيجة الضّررية عندهم مفترضة، وقرينة ذلك الغيبة لمدة سنة. و في مقابل ذلك، نجد أن فقهاء الحنابلة ذهبوا إلى جعل الغيبة لمدة ستة أشهر قرينة على النتيجة الضّررية الحاصلة أخذًا بما ذهب إليه سيّدنا عمر - رضي الله عنه -<sup>2</sup>. وقد اختلف الفقهاء في الغيبة التي تجيز التفريق، فذهب المالكية إلى اعتبار الغيبة بإطلاقها، سواء كانت بعذر أو بغير عذر<sup>3</sup>؛ وذلك لأنّ الجامع بين الحالتين هو النتيجة الضّررية الحاصلة، فهي تتحقق بوجود العذر أو عدمه<sup>4</sup>. أمّا فقهاء الحنابلة فقد اعتبروا الغيبة بعذر فقط كحالة مجيزة للتفريق في مذهبهم<sup>5</sup>. فغياب الزوج عن زوجته مدة طويلة بعذر أو بغير عذر، ولا يحملها ولا يطلقها لتتزوج رجلا غيره، ومقامها على هذه الحال مدة طويلة مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تتحمّله الطبيعة في الأعم الأغلب<sup>6</sup>، حتّى ولو ترك الزوج لزوجته مالا تنفق على نفسها وعلى أولادها منه<sup>7</sup>. فالنتيجة الضّررية في هذه الحالة من المعنويات وليست من الماديات، ولا بدّ أن ننظر دائما أثناء تشريع الأحكام إلى الأعم الأغلب من الحالات. فحسب المرأة أن تذكر أنّها متضرّرة في دعواها، ولا يطلب منها إقامة الدليل على ذلك، ولا تحديد نوعه وقدره<sup>8</sup>. وإذا ما حصل أن وُجّهت إليها اليمين، فلا يكون ذلك إلا للزوج؛ لأنّ ذلك من حقوق العباد<sup>9</sup>. فترك الزوجة وإقامتها في مكان بعيد الشقة لا يأخذها إليه ليس من الإمساك بالمعروف، فتعيّن التسريح بإحسان، فإن لم يقم به قام القاضي مقامه فيه<sup>10</sup>. فإذا جاءت الزوجة

<sup>1</sup> وقد أخذ القانون السوداني باليمين كطريق لإثبات تضرّر الزوجة من غيبة زوجها، وهذا ما نصّت عليه المادة (288) منه.

أنظر : د. ابراهيم (ابراهيم)، مرجع سابق، ص 243.

<sup>2</sup> ابن تيمية (مجد الدين)، مصدر سابق، ص 41.

<sup>3</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 431.

<sup>4</sup> البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 486.

<sup>5</sup> ابن تيمية (مجد الدين)، المصدر نفسه، ص 41.

<sup>6</sup> الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 415.

<sup>7</sup> د. بن ملحة (الغوثي)، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 91.

<sup>8</sup> الجندي (أحمد نصر)، المرجع نفسه، ص 419.

<sup>9</sup> د. العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص 143.

<sup>9</sup> البكري (محمد عزمي)، المرجع نفسه، ص 495.

<sup>10</sup> أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 367.

تدعي على زوجها أنه غاب عنها سنة فأكثر بلا عذر مقبول، وطلبت تطليقها منه لأنها متضررة من بعده عنها هذه المدّة الطويلة، طالبها القاضي بإثبات هذه الوقائع أولاً، فإذا أثبتت أن فلانا زوجها، وأنه غائب عنها، وأن مدّة غيبته سنة أو أكثر، لم ينظر القاضي لا إلى الضّرر الواقع عليها<sup>1</sup>، ولا إلى ما إذا ترك لزوجته مالا تنفق على نفسها منه؛ لأن وجود المال - وإن كثر - لا يمنع من طلب الزوجة التّطليق للغيبة<sup>2</sup>؛ لأنّ النتيجة الضّررية الحاصلة من غياب الزوج هي من نوع خاص<sup>3</sup>. فما يجب أن ينظر إليه القاضي حينذاك هو مكان إقامة الغائب، الذي يمكن أن يكون معلوماً، كما يمكن أن يكون مجهولاً<sup>4</sup>، ولا يهّم عذره؛ لأنّ النتيجة الضّررية حاصلة في كلا الحالتين؛ لتعلّقها بترك الوطاء والإحصان والمتعة الجنسية المحقّقة للاستقرار النفسي. فإذا كانت الغيبة بغير عذر فذلك ليس قرينة على النتيجة الضّررية الحاصلة فحسب، بل تكون عندئذ قرينة على تمحّص قصد الإضرار وهو أشدّ، إذ في هذه الحالة يكون الزوج متعمداً إيذاها<sup>5</sup>؛ وذلك لانتفاء المصلحة المشروعة من الغياب.

وقد جاء في قانون الأسرة الجزائري في المادة (53) منه في فقرتها الخامسة: (يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق للأسباب الآتية: 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة).

فهذا النصّ نفهم منه أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة أن تحكم لها بتطليقها من زوجها إلاّ إذا توفّرت ثلاثة شروط:

1- أن يتغيّب الزوج عنها غيبة طويلة، لسنة أو أكثر<sup>6</sup>، يبدأ احتسابها من يوم غيابه إلى يوم رفع الدّعوى عليه. والغاية الحقيقية من هذه المدّة استقرار الأحوال<sup>7</sup>، وهذا مأخوذ من مذهب الإمام مالك.

<sup>1</sup> الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 419.

د. العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص 143.

<sup>2</sup> عبد الحميد (محمد محي الدين)، مرجع سابق، ص 323.

<sup>3</sup> الجندي (أحمد نصر)، المرجع نفسه، ص 415.

<sup>4</sup> عبد الحميد (محمد محي الدين)، المرجع نفسه، ص 322.

إذا كانت الإقامة معلومة أرسل القاضي في طلبه ويمهله مدة معلومة من أجل الرجوع إلى زوجته أو نقلها إليه، أما إذا كانت مجهولة فيطلق عليه في الحال.

<sup>5</sup> د. بلحاج (العربي)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1: الزواج و الطلاق، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 297.

<sup>6</sup> د. بلحاج (العربي)، المرجع نفسه، ص 297.

<sup>7</sup> سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 269.

2- أن يكون هذا الغياب بغير عذر شرعي ومقبول<sup>1</sup>. وهذا مأخوذ من مذهب الإمام أحمد بن حنبل.

3- ويجب أن لا يترك في حال غيابه مالا تنفقه الزوجة على نفسها أو عليها وعلى أولادها، أما إذا ترك مالا للتفقة لم يجز لها إطلاقا، أن ترفع دعوى تفريق على زوجها.

ويبدو من خلال هذه القيود الشرطية، أن المشرع الجزائري لم يدرك الغاية التي شرع لأجلها التفريق القضائي لغيبة الزوج، كما أنه لم يدرك نوع النتيجة الضرورية الحاصلة وطبيعتها، وكذا خصوصيتها النوعية. فلم يدرك أن غياب الزوج عن زوجته إنما يمسّ حقاً معنوياً لا حقاً مادياً كعدم الإنفاق، فهو يمسّ بصورة جوهرية حقّ الاستمتاع الجنسي وحقّ الاستقرار النفسي، لذلك كانت نتيجة الضرورية من نوع خاص. وكان من المفروض أن تلحق حالة كهذه بالحالة الأولى، وهي حالة عدم الإنفاق؛ لأنّ المشرع وإن أخذها من المذهب المالكي إلاّ أنّه لم يأخذ الحالة كاملة، بل أخذها منقوصة. فقد جاء في مواهب الجليل حصراً لأنواع الغائبين منها: (غائب لم يترك نفقة ولا خلف مالا ولا لزوجته عليه شرط في المغيّب، فإذا أحبّت زوجته الفراق فإنّها تقوم عند السلطان بعدم الإنفاق)<sup>2</sup>. و لو أدرك المشرع الجزائري الغاية التي شرع لأجلها التفريق القضائي لغيبة الزوج عن زوجته لاختار القسم الرابع من أقسام الغائبين التي ذكرها الإمام الخطّاب: (غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته وهو مع ذلك معلوم المكان، فهذا يكتب إليه السلطان، إمّا أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها وإلاّ طلق عليه)<sup>3</sup>.

فالمشرع بذلك لم يعتدّ بالنتيجة الضرورية ذات الطابع المعنوي بإضافة شرط عدم ترك نفقة، وكأنّه اعتدّ مرّة أخرى بحالة عدم الإنفاق، وكان الأولى أن يلحق هذه الحالة بالفقرة الأولى من المادة (53) من

<sup>1</sup> إذا كان غيابه في إطار خدمة عامة، أو أداء واجب الخدمة العسكرية في مكان بعيد وهو الغالب، أو من أجل التعليم خارج الوطن، فإنّ الزوجة لا يحقّ لها في هذه الحالات أن ترفع دعوى تفريق على زوجها؛ لأنّها تشكل أعتاداً مشروعة. وهذه الحالات إنما ذكرت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر فغيرها كثير، وهو أمر مرتبط بالمتغيرات الاجتماعية.

<sup>2</sup> وإلى جانب هذا القسم من الغائبين ذكر الخطّاب أربعة أقسام أخرى، وهي: 1- غائب لم يترك نفقة ولزوجته عليه شرط في المغيّب، فزوجته مخيرة في أن تقوم بعد الإنفاق أو بشرطها وهو أيسر عليها إلاّ أنّه لا يُضرب له في ذلك أجل، 2- غائب خلف نفقة ولزوجته عليه شرط في المغيّب، فهذه ليس لها أن تقوم إلاّ بالشرط خاصة، وسواء كان الغائب في هذه الثلاثة الأوجه معلوم المكان أو غير معلوم، إلاّ أنّ معلوم المكان يُعذر إليه إن تمكّن من ذلك، 3- غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته وهو مع ذلك معلوم المكان، فهذا يكتب إليه السلطان، إمّا أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها وإلاّ طلق عليه، 4- غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته عليه، وهو مع ذلك غير معلوم المكان، فهذا هو المفقود. أنظر: الخطّاب (محمد)، مصدر سابق، ص 156.

<sup>3</sup> الخطّاب (محمد)، المصدر نفسه، ص 156.

قانون الأسرة<sup>1</sup>. وكأنّ الزّوجة لا تتضرّر من الغيبة ذاتها. ومن الخطأ الجسيم أن لا يعتبر المشرّع الغيبة لمدة سنة ضررا في ذاته إلاّ إذا كان مقترنا بتلك الشروط التي إن تمت على شيء فإتما تتمّ عن قصور المشرّع في فهم الغاية التشريعية من التفريق القضائي لغيبة الزوج عن زوجته. و لهذا أقترح أن تُصاغ النصوص المتعلقة بالغيبة كما يلي:

المادّة (1): (تعتبر غيبة الزوج عن زوجته غيبة بعيدة، بعذر أو بغير عذر، ضررا في ذاتها. للزّوجة الحقّ في تأسيس دعواها بالتفريق عليه، حتّى ولو ترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه).

المادّة (2): (يجب على القاضي أن يحكم بالتفريق المؤسس على الغيبة، إذا توفّرت الشروط الآتية:  
أ- إذا غاب الزوج سنة فأكثر<sup>2</sup>،

ب- الإرسال إليه إذا علم محلّه، و أمكن الوصول إليه، إمّا أن يحضر أو ترحل زوجته إليه أو يطلق).

وقد يحدث وأن يقترف الزوج جريمة يستحقّ بسببها السجن الطويل ومصادرة الحرّيات، فتقع زوجته عند ذلك في الحرج ذاته الذي تقع فيه زوجة الغائب، ويصبح مقامها في مثل هذه الحال فترة زمنية طويلة أمرا شاقّا لا تطيقه الطّبيعة البشرية، حتّى ولو افترضنا أنّ لديها مالا تنفقه على نفسها وعلى أولادها. وعلاج مثل هذه الحالات من أهمّ الواجبات الاجتماعية الضّرورية<sup>3</sup>.

ولا يوجد في مذهب أبي حنيفة من الأحكام ما تعالج به هذه الحالة<sup>4</sup>، حتّى أنّ المالكية والحنابلة الذين يقرون بجواز التفريق لغيبة الزوج لم يصرّحوا بالتفريق لحبس الزوج<sup>5</sup> بالرغم من أنّ اشتراكهما في

<sup>1</sup> كما فعل ذلك المشرّع التونسي في الفصل 40 من الأمر المتعلّق بإصدار مجلّة الأحوال الشخصية المؤرخ في 06 محرم 1376 الموافق لـ 13 أوت 1956، حيث جاء فيه أنه إذا غاب الزوج عن زوجته و لم يكن له مال و لم يترك لها نفقة و لم يقدّم أحد بالإنفاق عليها حال غيابها ضرب له الحاكم أملا مدة شهر فإن لم يظهر طلق عليه. و قد أورد المشرّع التونسي هذا الفصل في الكتاب الرابع من الأمر المذكور و المتضمّن أحكام النفقة و معنى ذلك أن الزوجة، عند قيام هذه الحالة، تقوم برفع دعوى بعدم الإنفاق، و هذا ما ذكره الخطّاب في قسم الغائب الذي لم يترك نفقة و لا خلف مالا و لا لزوجه عليه شرط في الغيب. و هو المسلك نفسه الذي اتخذته المشرّع المصري في المادة (5) من القانون رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة و بعض مسائل الأحوال الشخصية. و جعل للتفريق المؤسس على الغيبة نصا خاصا تضمنته المادة (12) من القانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض مسائل الأحوال الشخصية و التي جاء فيها: (إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجه ان تطلب إلى القاضي تطليقها باننا إذا تضررت من بعده عنها و لو كان له مال تستطيع الإنفاق منه). و هذا الأمر لم يفهمه المشرّع الجزائري، و لم يستطع أن يدرك معناه و فحواه.

<sup>2</sup> و هذا ما ذهب إليه أبو الحسن و هو المعتمد في المذهب المالكي، إلاّ أنّ الغرياني و ابن عرفة لم يعتبروا السنتين و الثلاثة مدّة طويلة بل لا بدّ عندهما من الزيادة عليها. أنظر: الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 431.

<sup>3</sup> عبد الحميد (محمد محي الدين)، مرجع سابق، ص 324.

<sup>4</sup> عبد الحميد (محمد محي الدين)، المرجع نفسه، ص 324.

<sup>5</sup> البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 501.



النتيجة الضّررية واضح، إلا أن الإمام ابن تيمية ذهب إلى التصريح بذلك فـ (حصول الضّرر للزّوجة بترك الوطاء مقتضى للفسخ بكلّ حال، سواء كان بقصد من الزّوج أو بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه كالتّفقة .. وعلى هذا فالقول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما، ممن تعدّر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقه كالقول في امرأة المفقود بالإجماع)<sup>1</sup>. فوطء الزّوج زوجته واجب كما دلّ عليه الكتاب والسنة<sup>2</sup>، وهو من أوكد حقّها عليه أعظم من إطعامها وذلك بقدر حاجتها وقدرته<sup>3</sup>، و طلب الزّوجة ذلك من القاضي لا يناقض الحياء الممدوح ولا المروءة المستحسنة؛ لأنّه مقصود النكاح<sup>4</sup>. فالواجب الحكم بين الزّوجين عند الإخلال بهذا المقصود، وذلك بما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان<sup>5</sup>. وهذا ما جعل عمر بن الخطّاب - رضي الله عنه - يرتّب على ذلك فسخ النكاح<sup>6</sup>.

و إضافة إلى ذلك، فقد صرّح فقهاء المالكية أن لزوجة الأسير الحقّ في طلب التّفريق؛ إذ أن مناطه عندهم هو بعد الزّوج عن زوجته، ولا يختلف الأمر إن كان البعد اختيارا منه أو قهرا عنه، كما في الأسير، فالضّرر لاحقها حتما من هذا البعد<sup>7</sup>. وهذا المعنى متحقّق في زوجه المحبوس، فالمناطق واحد، والنتيجة الضّررية واحدة. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض مسائل الأحوال الشخصية المصري: (..والزّوج الذي حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنين فأكثر يساوي الغائب الذي طال غيبته سنة فأكثر في تضّرر زوجته من بعده عنها، كما يساوي الأسير في ذلك فيحوز لزوجه طلب التّطليق عليه بعد سنة من سجنه إذا تضّررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير؛ لأنّ المناطق في ذلك تضّرر الزّوجة من بعد الزّوج عنها، ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهرا عنه بدليل التّص على أن لزوجة الأسير حقّ طلب التّطليق إذا تضّررت من بعد زوجها عنها)<sup>8</sup>.

وإذا ما قمنا بتحليل الفقرة الرّابعة من المادّة (53) من قانون الأسرة الجزائري، نخلص إلى أن حالة الحبس محاطة بمجموعة من الأوصاف والشّروط، متنافرة في طبيعتها وبعيدة كلّ البعد عن الانسجام<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> ابن عبّاس البعلبي (علاء الدين)، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق الفقي (محمد)، د.ط، بيروت، دار المعرفة، د.ت، ص 247.

<sup>2</sup> ابن تيمية (تقي الدين)، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، ط2، الجزائر، موفم للنشر، 1994، ص 178.

<sup>3</sup> ابن تيمية (تقي الدين)، مجموع الفتاوى، جمع و ترتيب ابن قاسم (عبد الرحمان) بمساعدة ابنه أحمد، مجلد 32، د.ط، د.ت، ص 273.

<sup>4</sup> الخطّاب (محمد)، مصدر سابق، ص 11.

<sup>5</sup> ابن تيمية (تقي الدين)، السياسة الشرعية، مصدر سابق، ص 178-179.

<sup>6</sup> د. قلعه جي (محمد رواس)، موسوعة فقه عمر بن الخطّاب : عصره و حياته، ط4، بيروت، دار النفائس، 1989، ص 629.

<sup>7</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 431.

<sup>8</sup> البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 502.

<sup>9</sup> سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 268.



فلا بد أن تكون الجريمة، في نظر المشرع الجزائري، التي يجبس فيها الزوج فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية. مجموع هذه الأوصاف يجعلنا نصرف النظر كلية عن الحبس كسبب للتفريق القضائي بين الزوجين؛ لأن التفريق عندئذ لا يتعلق بمجرد الحبس، وإنما بالأوصاف المرتبطة به، وخاصة منها وصف المساس بشرف الأسرة الذي يترتب عليه استحالة مواصلة العشرة الزوجية، الأمر الذي يتطلب دراسة هذا العنصر إلى جانب حالة ارتكاب الفاحشة المبينة؛ لاشتراكهما عندئذ في العلة وهي عدم تقدير الشرف العائلي. وبناء على ذلك يمكن القول بوضوح وجلاء أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الحبس كسبب مجرد لمشروعية طلب التفريق، ويكون بذلك قد وقع مرة أخرى في الخطأ ذاته الذي وقع فيه في حالة غيبة الزوج عن زوجته، فلم يدرك الغاية التشريعية من الحبس برغم وضوحها، كما نص على ذلك الفقهاء. في مقابل ذلك نجد أن المشرع المصري قد اعتبر مجرد الحبس قرينة على النتيجة الضربية الواقعة على الزوجة، ويبدو ذلك واضحا من خلال المادة (14) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985: (لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيّدة للحرية مدّة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضيّ سنة من حبسه التّطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه). فقد اعتدّ المشرع المصري بالغياب الفعلي، وليس على الزوجة إلا إثبات واقعة الحبس، وليس عليها إثبات الضرر، فهو مفترض في هذه الحالة، حتى ولو كان للمحبوس مال تستطيع الزوجة الإنفاق منه<sup>1</sup>. وتبعه في ذلك القضاء، حيث قاس حالة الاعتقال على حالة الحبس والغياب<sup>2</sup>، فاعتبره قرينة قضائية على النتيجة الضربية، استنادا إلى العلة التي دعت المشرع إلى طلاق زوجة الغائب أو زوجة المحبوس وهي حماية الزوجة من الضرر<sup>3</sup>، فطبّق القضاء بشأنها المادتين (12) و (14) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929، فالمناط هو تضرر الزوجة<sup>5</sup>. ويمكن أن يقال أن النتيجة الضربية في حالة الغيبة مفترضة افتراضا بسيطا وليس قاطعا، و

<sup>1</sup> مقال بعنوان: زوجة السجين .. حقها في الطلاق، <http://www.balagh.com/woman/ahkam/1q04wps3.htm>.

<sup>2</sup> فالقاضي ينطلق غالبا من الحل الذي يبدو له عدلا، ولا يستعمل القياس إلا فيما بعد، عندما ينبغي أن يسيب حكمه، فيه يعطي الحكم الأساس القانوني الواضح. فالقياس، رغم خطورته، يمنع القاضي من التحكّم؛ لأنه يجد نفسه ملزما بإصدار حكم عقلاني، يظلّ خاضعا للقانون. أنظر: بونشير (ميشال)، مرجع سابق، ص 67-68.

و هو ما ينطبق على حالة قياس الاعتقال على الحبس والغياب على مستوى القضاء المصري.

<sup>3</sup> الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 427.

<sup>4</sup> المادة (12): (إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه).

<sup>5</sup> خالد (أمير عدلي)، الجامع لأحكام وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2002، ص

بذلك يمكن للزوج أن يثبت أن زوجته لا تتضرر من غيابه عنها كأن تكون مسنة أو كانت ذات عيب، وهو طريق خاص لإثبات عكس ما تدعيه الزوجة. فحيث تنتفي مظنة هذا الضرر ينتفي حق الزوجة في طلب التفريق تأسيسا على هذا السبب، وهو التوجه الذي اعتمده واضع مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: المجر

ونميز هنا بين حالتين، حالة المجر المجرد وحالة المجر المقترن باليمين (الإيلاء):

#### أحوال الأولى: المجر

ويختلف المجر عن الغيبة، باعتباره ترك الزوج زوجته وإقامته في مسكن آخر بذات البلد، ويستوي أن يكون المجر بعذر أو بغير عذر؛ لأن العبرة بتحقق الضرر فعلا، وهو يتحقق بصورة فعلية في الصورتين<sup>2</sup>.

وقد جاء في الفقه المالكي: ( (و لها) أي للزوجة (التطبيق) على الزوج (بالضرر)، وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي)<sup>3</sup>. فالهجر عند المالكية ضرر في ذاته، فهو قرينة على النتيجة الضررية الواقعة على الزوجة بل هو من أشد أنواع الضرر؛ لأنه يترك زوجته بلا عيشير يؤنسها، معلقة لا هي ذات زوج ولا هي مطلقة، مما يجعلها عرضة للفتنة والفساد<sup>4</sup>. ولهذا كان (حصول الضرر للزوجة بترك الوطاء مقتضى للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، و لو مع قدرته و عجزه كالتفقة و أولى للفسخ بتعذره في الإيلاء إجماعا)<sup>5</sup>. فترك الوطاء ضرر بالزوجة يبرر طلبها التفريق<sup>6</sup>، و لهذا فإن الزوجة لا تُسأل إثباتا للضرر الناتج عن المجر و تصدق بمجرد قولها فقط<sup>7</sup>، حتى و لو كان

<sup>1</sup> أنظر المذكرة الإيضاحية للمادة (105) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص 208.

<sup>2</sup> البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 494.

<sup>3</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 345.

<sup>4</sup> البكري (محمد عزمي)، المرجع نفسه، ص 343-344.

<sup>5</sup> البعلي (علاء الدين)، مرجع سابق، ص 247.

<sup>6</sup> الشعراوي (محمد متولي)، مرجع سابق، ص 319.

<sup>7</sup> شهبون (عبد الكريم)، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1، ط3، الدار البيضاء، المملكة المغربية، مطبعة التناح الجديدة، 2000، ص 222.

الهجر للتأديب؛ لأنّ الأوّل كونه شهراً<sup>1</sup>، و له الزيادة عليه على شرط ألاّ يصل إلى حدّ أربعة أشهر التي للمولي<sup>2</sup>.

والهجر قد يكون هجراً لمتزلّجاً، وقد يكون هجراً لفرّاش الزوجية، وهو ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في الفقرة الخامسة من المادّة (53) من قانون الأسرة: (الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر). وشروط الهجر المحيّر لطلب التفريق حسب هذه الفقرة نجملها فيما يأتي:

1- أن يهجرها ويترك فراش الزوجية،

2- أن يدوم هذا الهجر مدّة أربعة أشهر، لا يقع بين الشّهر والآخر أيّ اتصال جنسي بينهما،

3- انتفاء العذر الشرعي للهجر، وهو التأديب.

وقد أضاف الأستاذ سعد عبد العزيز شرطاً رابعاً وهو أن يكون الهجر عمدتاً مقصوداً<sup>3</sup>. وفي حقيقة الأمر لا يمكن أن نستنبط مثل هذا الشرط من نص المادّة (53)؛ لأنّ العلة موجودة سواء كان الهجر عمداً أو عن غير عمد، فالنتيجة الضربية محقّقة في الصّورتين، فالهجر ضرر في ذاته دون أي وصف أو شرط.

وقد أتى المشرّع الجزائري بمدّة أربعة أشهر قياساً على مدّة الإيلاء<sup>4</sup>، أو قياساً على ما ذهب إليه الحنابلة من أنّ الزوج ملزم بأنّ يطأ زوجته خلال كلّ أربعة أشهر مرّة مع القدرة<sup>5</sup>.

والإتيان بالهجر كحالة مستقلة في المادّة (53) أمر صائب، وبذلك يكون المشرّع قد استطاع أن يفرّق بين الهجر في البلد ذاته والهجر في غير البلد الذي يقطن فيه، والذي يمثّل حالة الغيبة.

والهجر في الحقيقة، إذا كان غير مبرّر فهو قرينة على تمخّص قصد الإضرار؛ لانتفاء المصلحة المشروعة، أمّا إذا كان مبرّراً، فهو قرينة على النتيجة الضربية الواقعة على الزوجة، كحالة التأديب.

<sup>1</sup> الخطّاب (محمد)، مصدر سابق، ص 15.

<sup>2</sup> الآبي (صالح)، مصدر سابق، ص 328.

<sup>3</sup> سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 263.

<sup>4</sup> في الحقيقة أنّ الهجر لمدة أربعة أشهر و الإيلاء يختلفان عمقا وغاية، فالإيلاء فيه عزم ونية للهجر مؤكدة باليمين، ولذا فإنّ له خصوصيته التي تجعله مختلفا عن الهجر المجرد، فلا يجب، إطلاقاً، أن نخلط بينهما.

<sup>5</sup> ابن تيمية (بجد الدّين)، مصدر سابق، ص 41.

### أحوال الثانية: الإيلاء

قال سعيد بن المسيّب<sup>1</sup>: كان الإيلاء ضرار أهل الجاهلية<sup>2</sup>، فقد كانوا يولون السنة و السنّتين، فقد كان الرّجل منهم إذا كره المرأة و أراد تقييدها على أن لا تنكح زوجا غيره حلف عليها أن لا يقربها فتركها لا أيماً و لا ذات بعل إضراراً بها<sup>3</sup>. فالإيلاء يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم و الضّرر لمنع حقها في الوطاء و المعاشرة الجنسيّة<sup>4</sup>، و لهذا وقته الله سبحانه بمدة أربعة أشهر، و قد قيل إنّ الأربعة الأشهر هي التي لا تطيق المرأة الصّبر عن زوجها زيادة عليها<sup>5</sup>، فالضّرر لا يتحقّق بترك الوطاء فيما دونها. فقد سأل عمر - رضي الله عنه - النساء كم تصبر المرأة عن زوجها فقلن شهرين و في الثالث يقلّ الصّبر و في الرابع يُفقد<sup>6</sup>.

و أكثر من ذلك، فإنّ الإيلاء يعتبر من أهمّ التطبيقات المتعلقة بمعيار تمخّص قصد الإضرار. فقوات المدّة دون أن يفىء الزّوج أو يطلق يعتبر الإيلاء فيها قرينة على تمخّص القصد لذلك<sup>7</sup>، و لكنّها قرينة تقبل إثبات عكسها، كأن يثبت الزّوج أن له مصلحة أو عذرا في ذلك كخوفه على ولده و زوجته مرضع<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> هو أبو محمد سعيد بن المسيّب بن حزن المخزومي (13هـ-94هـ). سيد التابعين، و أحد الفقهاء السبعة في المدينة، جمع بين الحديث و الفقه و الزهد و الورع. كان يعيش بالتجارة بالزيت، و لا يأخذ عطاء. و كان أحفظ الناس لكلام عمر و أقضيته حتى سُمّي راوية عمر بالمدينة. قال عبد الرحمان بن زيد بن أسلم: لما مات العبادلة، عبد الله بن عباس و عبد الله بن الزبير و عبد الله بن عمر و عبد الله بن عمرو بن العاص صار الفقه في جميع البلدان إلى الموالي: فقيه مكة عطاء، و فقيه اليمن طاوس و فقيه اليمامة يحيى بن أبي كثير، و فقيه البصرة الحسن، و فقيه الكوفة ابراهيم التخعي، و فقيه الشام مكحول و فقيه خراسان عطاء الخراساني، إلّا المدينة فإنّ الله تعالى خصّها بقرشيّ فقيه غير مدافع: سعيد بن المسيّب. أنظر: الأصبهاني (أحمد)، مصدر سابق، ج2، ص161. و الشّيرازي (أبو إسحاق)، طبقات الفقهاء، حققه د. عباس (إحسان)، ط2، بيروت، دار الرائد العربي، 1981، ص58. و انظر كذلك: الزّركلي (خير الدين)، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء من العرب و المستعربين و المستشرقين، ج3، بيروت، دار العلم للملايين، ص102.

<sup>2</sup> ابن الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، ج1، ط3، بيروت - دمشق، المكتب الإسلامي، 1984، ص256.

<sup>3</sup> ابن أنس (مالك)، مصدر سابق، ص321-322.

<sup>4</sup> السّيواسي (كمال الدين)، مصدر سابق، ص188.

<sup>5</sup> الشّريبي (محمد الخطيب)، مصدر سابق، ص343.

<sup>6</sup> البعلبي (علاء الدين)، مرجع سابق، ص247.

<sup>7</sup> خان (محمد صديق)، نيل المرام من تفسير آيات الأحكام، د.ط، بيروت، دار الرائد العربي، 1981، ص76.

<sup>8</sup> الشّيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ص54.

<sup>7</sup> منصور (محمد خالد)، تمخّص قصد الإضرار بالغير و تطبيقاته في الأحوال الشخصية ومدى أخذ القانون المدني الأردني به، دراسات، علوم الشريعة و القانون، المجلد 26، العدد 2، 1999، ص(459-474).

<sup>8</sup> ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج1، ص109.

وأقترح في هذا الإطار أن تضاف أربع مواد متعلقة بالإيلاء<sup>1</sup>، وتكون صياغتها كما يلي:

المادة 1: (مدة الإيلاء أربعة أشهر فأكثر)<sup>2</sup>.

المادة 2: (يجوز للزوجة أن ترفع دعوى تفريق على زوجها إذا حلف على هجرها في فراش الزوجية، بما يفيد امتناعه عن المباشرة الجنسية مدة أربعة أشهر فأكثر، واستمر كذلك وفاء ليمينه، حتى مضت المدة المنصوص عليها قانوناً).

المادة 3: (يوقف القاضي الزوج عند نفاذ المدة القانونية، ويطالبه بالفيئة، فإن لم يفء وجب عليه أن يحكم بالطلاق الرجعي<sup>3</sup>).

المادة 4: (تنظر المحكمة المختصة دعوى التفريق للإيلاء في جلسة سرية)<sup>4</sup>.

## الفرع الرابع: نخوز الزوج وارتكابه الفاحشة المبيحة

### أولاً: التشوز

إنّ الزوجة لزوجها سكن أسّس على المودة و الرّحمة، فاستعلاء الزوج على زوجته بالتّفقة أو بالاحتكار، أو استهانتته بالعناصر التي أسّس عليها الزواج كالمودة و الرّحمة، كلّ ذلك عدّ نشوزاً<sup>5</sup>. و يجد التشوز مصدره التشريعي في قول الله تبارك و تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾<sup>6</sup>، ولقد ربّ المولى تبارك و تعالى

<sup>1</sup> لن أتطرق في الصياغات القانونية إلى تعريف الإيلاء؛ لأنّ التعريفات من الأدوار الأساسية للفقهاء.

<sup>2</sup> لأنّ الفيئة محلّها الأربعة أشهر و ما بعدها، فلو فاء بعد هذه المدة بيوم صحّت فينته، و ذلك بعد إيقافه و مطالبته بذلك. كما ذهب إلى ذلك فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة. أنظر: الخطّاب (محمد)، مصدر سابق، ص 106، الشّريبي (محمد الخطيب)، مصدر سابق، ص 348-349، ابن قدامي (موفق الدين)، مصدر سابق، ج 8، ص 528.

<sup>3</sup> و ذلك اعتماداً لمسلّم تغليب الأصل في الطلاق على المصلحة المقصودة بالإيلاء. فالأصل أنّ كلّ طلاق وقع بالشرع أنه يحمل على أنه رجعي إلى أن يدلّ الدليل على أنه بائن. كما ذهب إلى ذلك ابن رشد (أبو الوليد)، مصدر سابق، ص 82.

<sup>4</sup> هذه المادة مأخوذة من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، أنظر: المادة (95) منه، مرجع سابق، ص 192.

<sup>5</sup> الشعراوي (محمد متولي)، مرجع سابق، ص 280.

<sup>6</sup> سورة النساء: آية 128.

الحكم على مجرد الخوف من حالة التشوز<sup>1</sup>، فعلى الزوجة أن تتحلّى بالحكمة فتلاحظ أن ملامح الزوج فيها الاستعلاء، فتقوم بعلاج المسألة علاجاً قليلاً، أي قبل أن تثور حالة التشوز فعلياً، فتبحث عن سببه، فإن كان إهمالها لحقوقه عليها، فلتحاول أن توفيه حقه، وإذا كانت قد كبرت في السنّ و ما زال في زوجها ميل إلى النساء فلتسمح له بالزواج من أخرى<sup>2</sup>، وهذا هو عين الصلح؛ لأنّ الطلاق بغيض إلى الله سبحانه و تعالى، فقد جاء في الحديث: " أبغض الحلال إلى الله الطلاق "<sup>3</sup>. و ما يلاحظ أنّ نصّ الآية لم يضع بدائل لوضع حدّ لحالة التشوز كما حصل في حالة نشوز الزوجة، و يحمل ما جاء فيه الدعوة إلى الصلح بينهما. فإنهاء حالة التشوز يتمّ بجهد متبادل عن طريق تحريك آلية الصلح، باعتبارها حالة داخلية يتكفّل بشأها الزوجان وحدهما دون غيرهما، ففي الصحيحين عن عائشة " أنّ سودة بنت زمعة وهبت يوماً لعائشة، و كان النبي صلى الله عليه و سلم يقسم لعائشة بيومها و يوم سودة "<sup>4</sup>. فالزوجة غير مطالبة بمجر فراش الزوجية، أو ضرب زوجها، فهذه بدائل غير واقعية بالنظر إلى التباين الشديد بين الرجل و المرأة<sup>5</sup>، إلا أنّ الإمام الخرخشي قال: (أنّ الزوج إذا كان يضارّ زوجته فلها أن ترفع أمرها إلى الحاكم، فإذا ثبت عنده أنّه يضارّها فإنّه يزجره عن ذلك و يكفّه عنها، و يتولّى الحاكم زجره باجتهاده، كما كان يتولّى الزوج زجرها حين كان الضّرر منها .. حيث لم ترد التطليق)<sup>6</sup>. إلا أنّ إساءة الخلق بين الزوجين كثيراً ما تقع، و التعزير عليها يورث وحشة، فاقْتَصِر على فيه رجاء أن يلتئم الحال، كما أكّده بعض الفقهاء كالسبكي و من تبعه<sup>7</sup>. و هذا إذا اختارت الزوجة البقاء معه؛ لأنّ قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ قال فيه علي بن أبي طلحة عن ابن عباس: يعني التّخيير، أن يُخَيَّرَ الزوج لها بين الإقامة و الفراق خير من تمادي الزوج على أثره غيرها عليها<sup>8</sup>. و هو ما جاء واضحاً في كلام الإمام

<sup>1</sup> ابن جرير الطّبري (محمد)، مصدر سابق، ج5، ص 40.

<sup>2</sup> الشعراوي (محمد متولي)، مرجع سابق، ص 280-281.

<sup>3</sup> أخرجه أبو داود في سننه عن ابن عمر بزيادة صفة (تعالى) إلى الله، كتاب الطّلاق، باب في كراهية الطّلاق، رقم الحديث: 2178، ص 334. و أخرجه ابن ماجه في سننه عن عبد الله بن عمر، كتاب الطّلاق، باب حدّثنا سويد بن سعيد، رقم الحديث: 2018، ص 299، و أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج7، كتاب الخلع و الطّلاق، باب ما جاء في كراهية الطّلاق، ص 322. و قال الألباني: ضعيف. أنظر: الألباني (محمد ناصر الدين)، ضعيف سنن أبي داود، ط1، الرياض، مكتبة المعارف، 1998، ص 169، و ضعيف سنن ابن ماجه، ط1، بيروت، المكتب الإسلامي، 1988، ص 155.

<sup>4</sup> أخرجه البخاري في صحيحه، و اللفظ له، ج6، كتاب النكاح، باب المرأة تمب يومها من زوجها لضرّتها و كيف يُقسم ذلك، ص 154، و أخرجه مسلم في صحيحه، ج10، د.ط، دار الفكر، 1981، كتاب الرّضاع، باب حواز هبتها نوبتها لضرّتها، ص 48-49.

<sup>5</sup> اللّوداي (محمد)، مرجع سابق.

<sup>6</sup> الخرخشي، مصدر سابق، ص7.

<sup>7</sup> الرّملي (شمس الدين)، مصدر سابق، ج6، ص 391.

<sup>8</sup> ابن كثير (عماد الدّين)، مصدر سابق، ج2، ص 409.



الخرشي السابق ذكره. و قد نصح المشرع الجزائري نصح المالكية في ما نصّ عليه في المادة (55) من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: (عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر)، فيكون بذلك قد اعتبر الضرر الناتج عن التّشوز مفترضا، مستعملا بذلك صيغة الفصل بين طرفي القرينة، فورود عبارة (التعويض) تعبّر بصورة صريحة على أنّ التّشوز في حدّ ذاته ضرر. و تبعا لذلك، فبمجرد أن تقوم حالة التّشوز في ذهن القاضي<sup>1</sup>، يحكم بالطلاق و التعويض للطرف الذي وقعت عليه حالة التّشوز. و كان من المفروض أن يقصر المشرع حقّ رفع دعوى التفريق للتّشوز على الزّوجة فقط؛ لأنّ الزوج يمتلك حقّ الطلاق، فكيف نملكه حقّين نتيجتهما واحدة، و هي فكّ العصمة.

و أكثر من ذلك كان لا بدّ أن تلغى هذه المادة بصورة مطلقة؛ لأنّه لا فائدة منها ترجى، على اعتبار أنّ المادة (53) في فقرتها الأخيرة تنصّ على: (كلّ ضرر معتبر شرعا). و هي بذلك تكون قد شملت كلّ حالات التّشوز، مع خضوعها لتقدير القاضي؛ لأنّ قيام حالة التّشوز قد يكون على أساس ضرب الزوج لزوجته أو إهانتها، أو حتّى هجرها، و هي منصوص عليها كحالة من حالات التفريق، فهي بذلك مجرد إعادة متكرّرة لما قيل سابقا.

#### ثانيا: ارتكاب فاحشة مبينة

و المراد بالفاحشة هي جريمة الزّنا، و سمّيت كذلك لأنّها فعلة قبيحة قد زادت في القبح على كثير من القبائح المنكرة<sup>2</sup>، مصداقا لقوله تبارك و تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّيْنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾<sup>3</sup>. و لقد ورد مصطلح الفاحشة المبينة في قوله تبارك و تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا مَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْتُبُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبِينَةٍ﴾<sup>4</sup>، قال ابن مسعود و ابن عباس و سعيد بن المسيّب و الشعبي والحسن البصري و محمد بن سيرين و سعيد بن جبير و مجاهد و عكرمة و عطاء الخراساني و الضّحّاك و أبو قلابة و أبو صالح و

<sup>1</sup> للقاضي سلطة تقدير هذه الحالة، إذا لم يثبتها الطرف الرّافع للدّعوى. و يكون، باستخلاصها من وقائع الدّعوى، قد استعمل آلية الافتراض؛ لأنّها الآلية الوحيدة الناجعة في مثل هذه الحالات الشّائكة. وسلطة القاضي في ذلك واسعة. و يبدو ذلك واضحا من خلال القرار رقم 189226 المؤرّخ في 1998/04/21 (الاجتهاد القضائي لفرقة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (144-146))، و الذي جاء فيه: (أنّ الطّاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السّكن المفرد المحكوم به للزّوجة)، فحالة التّشوز قامت في ذهن القاضي بامتناع الزوج عن توفير السّكن المستقلّ.

<sup>2</sup> الصابوني (محمد علي)، روائع البيان تفسر آيات الأحكام من القرآن، ج2، ط1، بيروت، دار الفكر، 1996، ص 15.

<sup>3</sup> سورة الإسراء: آية 32.

<sup>4</sup> سورة النساء: آية 19.



السدي و زيد بن أسلم و سعيد بن أبي هلال: يعني بذلك الزنا<sup>1</sup>، و هو ما ذهب إليه الإمام الطبري في تفسيره<sup>2</sup>. و هي ما يعبر عنها في الاصطلاح القانوني الغربي الخيانة الزوجية، و التي يعتبرها إخلالا بما يفرضه الجانب المعنوي للزواج من واجب الإخلاص و ضرورة احترامه و تقديره. و الخيانة الزوجية<sup>3</sup> تترك أثرا عميقا في نفس الزوجة و معنوياتها، و لهذا كانت سببا قاطعا للتفريق لا مجال فيه لاجتهاد القاضي. و يكفي في جريمة الزنا، حتى تكون أضرارها واضحة، إن على مستوى المجتمع أو على مستوى الأفراد، أنها جريمة إذا انتشرت قللت روح التجمع و العطف في الأمة؛ لأن الناس و الحالة هذه سوف يصبح الأمر فيهم فوضى، و هذا هو الضياع و الوباء الذي يقضي على المجتمع<sup>4</sup>. و لهذا اعتبرت القواعد العامة الضرر الناتج عنها مفترضا<sup>5</sup>، و بناء على ذلك يكون للزوجة الحق في مطالبة زوجها الزاني و شريكته بتعويضات مدنية جبرا للضرر المعنوي و هذا الرأي أصبح ثابتا لا نزاع فيه<sup>6</sup>، و تكون بذلك الخيانة الزوجية قرينة على الضرر المعنوي الناتج عنها، فإذا ثبت للقاضي وقائع الخيانة الزوجية باعتبارها جريمة أو سلوكا مجرّدا عن الطابع الجرمي لا تكون له سلطة تقديرية إطلاقا؛ لأنها سبب قاطع لجواز طلب الزوجة تطليقها، بدون أن تفسر أن تلك الوقائع تشكل خرقا للالتزامات الزوجية<sup>7</sup>. و قد كانت الخيانة الزوجية ماثرا لموضوع التعويض عن الضرر المعنوي في التشريع الفرنسي<sup>8</sup>. و يبدو أن المشرع

<sup>1</sup> ابن كثير (عماد الدين)، مصدر سابق، ص 228.

<sup>2</sup> ابن جرير الطبري (محمد)، مصدر سابق، ج4، ص 212.

<sup>3</sup> إن العلاقات الغرامية لا تشكل جريمة الخيانة الزوجية و إنما تشكل الخيانة الزوجية كسلوك غير مجرم، فطابعها الجرمي لا بد أن يكون مبنيا على الاتصال الجنسي المتلبس به، أما سلوك الخيانة الزوجية المجرد عن الطابع الجرمي يعدّ إخلالا بالوفاء و الإخلاص الزوجين و هذا قد يكون بممارسات خاصة أو علاقات غرامية، و هي كذلك يمكن أن تؤسس عليها دعوى تطليق لو تمّ إثباتها؛ لما ينتج عنها من ضرر معنوي شديد.

Dr. Benmelha (Gh.), *Ibid*, P.187.

<sup>4</sup> د. الحصري (أحمد)، علم القضاء - أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، ج1، د.ط، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1977، ص 12.

<sup>5</sup> جندي (عبد الملك)، الموسوعة الجنائية، ج4، ط2، بيروت، دار العلم للجميع، د.ت، ص 115-116.

<sup>6</sup> إلا أنّ بعض الشراح الأقدمين كانوا قد اعترضوا على هذا الرأي تأثرا بالعادات و الأعراف التي تمنع أحد الزوجين من أن يتخذ من زنا الآخر أساسا لدعوى مدنية مستفيدا بذلك ماليا من الطعن في شرفه، فانقسموا إلى رأيين، فذهب الأول إلى أنّ الزوج المحني عليه ليس له الحق إطلاقا في أية تعويضات، و ذهب الثاني إلى أنّه لا يقوم الحق في التعويض إلا بعد إثبات الضرر، أما الآن فقد حصل إجماع ظاهر من الفقه و القضاء في فرنسا و مصر، على وجه الخصوص، على وجوب تطبيق القواعد العامة في هذا الصدد. و بناء على ذلك يجوز الحكم بالتعويضات المدنية على الزوج الزاني، كما يجوز الحكم بها على شريكته، دون اللجوء إلى إثبات الضرر الناتج عن الخيانة، و في حالة رفع الدعوى على الإثنين معا، يجب الحكم بها عليهما بالتضامن. أنظر: جندي (عبد الملك)، مرجع سابق، ص 116.

<sup>7</sup> Dr. Benmelha (Gh.), *Ibid*, P.187.

<sup>8</sup> إن التشريع الفرنسي قد سلك مذهب عدم العقاب على الزنا، و هو مذهب معظم التشريعات الغربية، و قد ألغى المشرع الفرنسي جريمة الزنا من قانون العقوبات بموجب القانون الصادر في 1975/07/11، أما المشرع الجزائري فلم يعاقب على كلّ وطء حرام، و إنما قصر العقاب على الفعل الذي يحصل من شخص متزوج على اعتبار أنّ فيه انتهاكا لحرمة الزوج الآخر، و لا يميز المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المضرور. أنظر: د. بوسقيعة (حسن)، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج1، د.ط، الجزائر، دار هومه، 2002، ص 130.

الجزائري قد تفتن هذه المرة لأمر مهم، فقبل التعديل الذي جاء به الأمر رقم 05-02 كانت حالة ارتكاب الفاحشة المبينة متموقعة بعد عبارة (كلّ ضرر معتبر شرعا)، أي في الفقرة السابعة من المادة (53) و كأنّ ارتكاب الفاحشة المبينة لا يعدّ ضررا في ذاته، أمّا بعد التعديل فقد جعلها المشرّع في موضع قبلي على الفقرة العاشرة، و هكذا أصبح متناسبا مع القواعد العامة التي تعتبر الضرر التاجم عن ارتكاب الفاحشة المبينة مفترضا.

## المطلب الثاني: العيوب و مخالفة الشروط المتفق عليهما

العيوب و مخالفة الشروط المتفق عليها حالتان من حالات التفريق القضائي الواردة في المادة (53) من قانون الأسرة، إلا أن الحالة الثانية جاء بها الأمر رقم 02/05 المتضمن التعديل الجديد، أي أنها حالة جديدة على مستوى التشريع. و ما دام الأمر كذلك، فإن دراسة صفة الافتراض أو عدمها في الضرر الناتج عنهما لازمة تباعاً، فالعيوب في (فرع أول)، و مخالفة الشروط المتفق عليها في (فرع ثان).

### الفرع الأول: العيوب

لاشك أن العيوب من الأحوال التي تأبأها الفطرة البشرية، ولذلك لا نجد خلافاً بين الفقهاء إطلاقاً في أنها موجبة للضرر في ذاتها، والعيوب التي يثبت به خيار الفرقة تكون معلولة بكونها<sup>1</sup>:

- توجب نفرة تمنع قربانه بالكلية، ومسه،
- أو يُخاف من الجناية،
- أو يُخاف من التعدي إلى النفس والتسل،
- أو تمنع الوطاء، أو الاستمتاع أو اللذة.

ولا شك كذلك، أن سلامة الزوج من بعض العيوب شرط أساسي للزوم الزواج للمرأة. إذا ما تبين لها وجود عيب فيه، كان لها كل الحق في أن ترفع أمرها إلى القاضي لأجل التفريق بينهما<sup>2</sup>. وليس معنى ذلك أن عقد الزواج يدخله خيار العيب، فهو عقد خاص لا يدخله أي خيار من الخيارات حتى ولو كان خيار عيب أو خيار رؤية؛ لأنه عقد يفترض فيه أن الرجل والمرأة كلاهما عرف صاحبه معرفة تامة، فبناء على هذا الافتراض فهو لم يقرر فيه أي خيار. فلا تعدّ حالة التفريق هذه تفرقة لخيار العيب

<sup>1</sup> ابن قدامي (موفق الدين)، مصدر سابق، ج7، ص 580.

<sup>2</sup> عبد الحميد (محمد محي الدين)، مرجع سابق، ص 312.

وإنما هي تفريق للضرر لا غير<sup>1</sup>، لذلك أوجب الله تعالى أحد الأمرين: إمّا الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان. ولا شك أنّ وجود ما ينفر الزوجة من زوجها ليست من الإمساك بالمعروف، فلم يبق إلا التسريح، وهذا الأخير إمّا أن يوقعه الزوج، فإن أبي ناب القاضي عنه في إمضائه<sup>2</sup>. وأي أمر لا يكون له مكان داخل دائرة الإمساك بالمعروف فنتيجته الضربية محتمة. فيتوجب عندها فك العصمة بالإحسان، وكذلك العيوب. ويتأكد ذلك من خلال ما رواه مالك أنّه بلغه عن سعيد بن المسيّب أنّه قال: " أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر، فإنها تُخير. فإن شاءت قرّت وإن شاءت فارقت"<sup>3</sup>. ويبدو واضحاً وجلياً، أنّ هذا الأثر قد اعتبر العيب ضرراً، فأجاز للزوجة به طلب التفريق، و ما يؤكّد ذلك قول مالك في المدوّنة: (فأرى الضرر الذي أراد ابن المسيّب هذه الأشياء التي تُردّ منها المرأة)<sup>4</sup>، أي العيوب التي ذكرها سالفاً وهي الجنون والجذام والبرص والعيب الذي في الفرج<sup>5</sup>. فالعيب بهذه الصّورة يشكّل قرينة واضحة على نتيجته الضربية بنصّ الأثر؛ لأنّ العيوب في مجموعها تؤثر بصورة فعلية في استيفاء الاستمتاع والمعنى المقصود من التّكاح<sup>6</sup>. وليس أبلغ من أن تكون الفرقة بالعيب طلاقاً بائناً في بيان افتراضية النتيجة الضربية الناتجة عنه؛ لأنّ الطّلاق ما كان بائناً إلاّ تخلصاً للمرأة من زوج لا يتوقّع منه إيفاء حقّها ودفعاً للضرر عنها<sup>7</sup>. ومّا يزيد هذا تأكيداً أنّ الفقهاء أثبتوا خيار الفرقة للعيوب مستنبطين حكمها من عموم الأدلّة التّافية للضرر، لا بالنّص على كلّ واحدة بعينها<sup>8</sup>.

إنّ النتيجة الضربية حاصلّة في كلّ العيوب، بصورة حتمية، فهي مفترضة، وقرينة حصولها سببها (العيب). لكن حالة التفريق المؤسّسة على العيب متعلّقة بمعياره (وصفه). واعتماد معايير مختلفة يترتب عليه اختلاف في تعداد العيوب المؤسّسة لدعوى التفريق القضائي بصورة تتأرجح بين التّضييق والتّوسعة وهذا ما حصل فعلاً على مستوى المدارس الفقهيّة. فالمعيار هو الذي كان محلّ خلاف بين الفقهاء، أمّا العيب في ذاته ضرر مهما كانت درجته ونسبته، ولكن الوصف أو المعيار هو الذي يحدّد ما إذا كان هذا العيب أو ذاك صالحاً لأن يرتقي إلى درجة أن تؤسّس عليه دعوى التفريق أم لا. فالمعيار هو ضابط

<sup>1</sup> أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 62.

<sup>2</sup> الكاساني (علاء الدّين)، مصدر سابق، ج2، ص 323.

<sup>3</sup> سبق تخريجه في المبحث الثالث من الفصل الأوّل، ص 47.

<sup>4</sup> ابن أنس (مالك)، مصدر سابق، ص 169.

<sup>5</sup> ابن أنس (مالك)، المصدر نفسه، ص 167.

<sup>6</sup> ابن نصر (عبد الوهاب)، مصدر سابق، ج1، ص 513.

<sup>7</sup> الكاساني (علاء الدّين)، المصدر نفسه، ص 326.

<sup>8</sup> د. الدهلوي (يعقوب)، ضمانات حقوق المرأة الزوجية، ط1، المدينة المنورة، الجامعة الإسلامية، 2004، ص 125-126.

العيوب المجيزة للتفريق القضائي<sup>1</sup>. و المشرع الجزائري اعتبر العيب من الأضرار المعتبرة شرعا إلا أن التفريق القضائي لا يقوم إلا إذا كان العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، و هذا هو المعيار المعتمد في قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثانية من المادة (53) منه.

## الفرع الثاني: مخالفة الشروط المتفق عليها

إن حرية الاشرط في العقود قد ضمنتها قواعد الفقه الإسلامي، حفاظا على الحرية التعاقدية لطرفي العقد، والتي تحقق مصالحهما التي أرادا تحقيقها، وشأن عقد الزواج كشأن سائر العقود، بل زيادة على ذلك، فإن الشروط فيه تكون ألزم في التنفيذ لقدسيتها وعلو شأنه؛ لقول الرسول صلى الله عليه و سلم: " أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"<sup>2</sup>. و ضرورتها في عقد الزواج تنشأ من أن كثيرا ما تتقدمه محادثات بين الزوجين، تتضمن عهودا وعودا لولاها ما أقدم أحدهما عليه، ثم لا توفى

<sup>1</sup> و من بين المعايير المعتمدة فيها: 1- الإخلال بالتنازل و هو المقصد الأول من الزواج، و قد اعتمد من قبل الإمامين أبي حنيفة و أبي يوسف، و لهذا ذهبوا إلى اعتبار العيوب التناسلية (الجب و العنة و الخضاء) كأسباب للتفريق بين الزوجين، و غضبا للطرف عن الجنون و الجذام و البرص. أنظر: علاء الدين الكاساني، مصدر سابق، ج2، ص 323. و هذا المعيار اعتمده القانون السوري في المادة (105) منه و القانون الأردني في المادة (113) منه و القانون اللبناني في المادة (119). 2- الإخلال بمقاصد النكاح، و قد اعتمد من قبل فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة و جمهور الحنفية، و بناء عليه ذهب المالكية إلى اعتبار (الاعتراض) إضافة إلى العيوب الثلاثة المحتملة من طرف الإمامين أبي حنيفة و أبي يوسف، و كذا الجذام و الجنون و البرص، كما ذهب الشافعية و الحنابلة إلى اعتبار الجذام و الجنون و البرص إضافة إلى الجب و العنة. أنظر: ابن جزري، مصدر سابق، ص 219، الخريشي، مصدر سابق، ج3، ص 236، الشيرازي (أبو إسحاق)، مصدر سابق، ج2، ص 48، ابن تيمية (محمد الدين)، مصدر سابق، ص 24.

و هذا المعيار اعتمده مدونة الأسرة المغربية في المادة (107) منها و قانون الأسرة الجزائري في المادة (53) منه.

3 - معيار التفير و هو ما أخذ به الإمام ابن قيم الجوزية - رحمه الله -، و بناء عليه لم يقتصر على عدد معين بعينه من العيوب التي يثبت بها خيار الفرقة؛ لأن القياس في نظره يقتضي أن كل عيب يُفّر أحد الزوجين من الآخر، فإنه يوجب الخيار، حيث قال في زاد المعاد: (أما الاقتصار على عيين أو ستة، أو سبعة، أو ثمانية، دونما هو أولى منها، أو مساويا لها، لا وجه له، فالعمى و الخرص و الطرش، و كونهما مقطوعة اليدين أو الرجلين، أو كون الرجل كذلك، من أعظم المنفقات، و السكوت عنه من أقبح التدليس و الغش، و هو مناف للدين و الإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفا). أنظر: ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، زاد المعاد، ج4، مصدر سابق، ص 30-31.

4- معيار الاستحكام: و قد أخذ به المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1920 في المادة (9) منه، و مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد في المادة (106) منه، و القانون الأردني في المادتين (115) و (116).

<sup>2</sup> أخرجه البخاري في صحيحه عن عقبة بن عامر، و اللفظ له، ج3، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، ص 175، و أخرجه بلفظ آخر: (أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)، ج6، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، ص 138، و أخرجه مسلم في صحيحه عن عقبة بن عامر بلفظ: (إن أحق الشرط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج)، ج9، د.ط، دار الفكر، 1981، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشرط في النكاح، ص 201.

العهود ولا تنجز الوعود، وينشأ الشقاق، وتسوء العشرة، وقد كان كثير من وقائع الزواج التي يسيء فيها الرجل معاملة زوجته حافزا إلى التفكير بأن تحمي المرأة نفسها ومصالحها بشروط تشرطها في العقد<sup>1</sup>؛ لأن الشرط فيه مصلحة للزوجة، و ما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة العقد كاشتراط الرهن في البيع<sup>2</sup>، والإخلال بالمصلحة المشروعة ضرر، و الفسخ إنما كان لإزالته.

ولقد نصّ المشرّع الجزائري على الاشتراط في عقد الزواج في نصّ المادة (19) من قانون الأسرة: (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كلّ الشّروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط تعدّد الزوجات، وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشّروط مع أحكام هذا القانون)<sup>3</sup>. وقد رتب المشرّع الجزائري على الإخلال بالشّروط المتفق عليها قيام حقّ الزوجة في طلب التفريق من القاضي، معتبرا إيّاه ضررا مؤسسا لذلك في الفقرة التاسعة من المادة (53) من قانون الأسرة، ومصدر ذلك في الجملة مذهب الإمام أحمد بن حنبل. وهو ما تطلّبت المصلحة والتطور الاجتماعي. ويكون قد فعل المشرّع حسنا؛ لأنّه راعى فعلا المتغيرات الاجتماعية الحاصلة، وأنّ اشتراط الزوجة كان مبنيا على مراعاة مصلحتها التي أرادت أن تحافظ عليها من خلال حركيتها التعاقدية المنضبطة بضوابط الشرع، و ما كانت لتبرم عقد الزواج لولا رضاها باعتماد تلك الشّروط، التي بدونها تنتفي غايته المقاصدية. وبهذا يمكن أن نقول أن المشرّع الجزائري قد كان صائبا في افتراضه الضرر الناتج عن مخالفة الشّروط المتفق عليها؛ لما فيها من مصلحة حقيقية مقصودة لمشترطها، و ما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة العقد، فلا تسأل الزوجة إثباتا له؛ رعاية لمصلحتها، وتسهيلا لإجراءات التفريق بعد ذلك. وهو ذاته ما ذهب إليه المشرّع المغربي، حيث نصّ في المادة (39) من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة على ما يلي: (يعتبر كلّ إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التّطليق). وقد ذهب المشرّع التونسي في الفصل (11) من الأمر المؤرّخ في 13 أوت 1956 المتعلّق بإصدار مجلّة الأحوال الشخصية إلى أبعد من ذلك، فقد نصّ على ما يلي: (يثبت في الزواج خيار الشّروط ويترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أيّ غرم إذا كان الطلاق قبل البناء).

<sup>1</sup> أنظر: المذكرة الإيضاحية للمادة (67) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص 118.

<sup>2</sup> البهوتي (منصور)، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، مصدر سابق، ص 91.

<sup>3</sup> إنّه من الصّعب جدّا عليهم أن يقدروا على التمييز بين الشّروط المخالفة للقانون والشّروط الموافقة، وهذا لأنّ المستوى التكويني للمؤتقين وضباط الحالة المدنية لا يسمح لأكثرهم بذلك. كما أنّه قد كان من الأفضل أن يتضمّن قانون الأسرة نصّا صريحا و واضحا بمنح المواطن الذي يرفض الموظفون تحرير عقد زواجه بدعوى مخالفة الشّروط من اللجوء إلى القضاء؛ ليؤكد هذا الرّفص أو يقرّر صحّة الشّروط. بموجب أمر على عريضة يقدّمها الزوجان معا أو أحدهما إلى رئيس المحكمة التي يوجد بها مقرّ الموظف الذي رفض تحرير عقد زواجهما.

أنظر: سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 179.

ومعنى ذلك أنه إذا كان الطلاق بعد البناء يترتب عليه الغرم (التعويض)، مما يوحي لنا أن مخالفة الشّروط الاتّفاقية في منظور المشرّع التونسي ضرر بذاته، فنتيجتها الضّرورية بذلك تكون مفترضة.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية



## المطلب الثالث: التعدد و الشقاق المستمر

إنّ التعدد من الحالات التي تثار بشأنها الجدل الكثير، سواء على مستوى التشريع أو على مستوى الأحكام و القرارات القضائية، و سواء في التشريع و القضاء الجزائريين أو في التشريع و القضاء العربيين، و ذلك من حيث اعتباره قرينة على الضّرر أم لا، و هو الأمر الذي حصل بالنسبة للشقاق المستمر بين الزوجين. و لهذا كان لابدّ من دراسة تكييف الضّرر في التعدد في (فرع أول)، ثمّ تكييفه في الشقاق المستمرّ في (فرع ثان).

### الفرع الأول: التعدد<sup>1</sup>

كان التعدد نظاما معروفا ومألوفا لدى معظم المجتمعات القديمة، كما كان يمثل جانبا من جوانب حياتها الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، فجاء التشريع الإسلامي بعد أن كان الوضع كذلك، مبيحا له، تأسيسا على قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعًا ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾<sup>2</sup>. و غاية هذه الآية التشريعية تقييد التعدد<sup>3</sup> بالقيود الشرعية الواردة فيها، تقييدا يرمي إلى تحقيق

مصالح الأسرة وحفظ كيان المجتمع وأخلاقياته. ويمكن أن نجمل مجموع هذه التقييدات فيما يأتي:

1- التقييد العددي: فلقد أجاز الشارع الحكيم للرجل أن يتزوج بأربع نسوة ولا يزيد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> و يصطلح عليه في القانون الفرنسي (Polygamie)، و يرى روجي كاراتيني بأنه كان من الأفضل أن يستبدل هذا الاصطلاح باصطلاح آخر و هو (Polygynic)، و ذلك حتى يفهم القارىء بأنّ هذا النظام لا يمكن أن يقوم به إلا الرجال؛ لأنّ المصطلح الأول يمكن أن نفهم منه الصّورتين.

Caratini (R.), *le Génie de l'Islamisme*, France, éditions Michel Lafon, 1992, P. 492.

<sup>2</sup> سورة النساء: آية 3.

<sup>3</sup> ابن كثير (عماد الدين)، مصدر سابق، ج2، ص 199-200.

<sup>4</sup> ابن العربي (أبو بكر محمد)، مصدر سابق، ج1، ص 312.

2- العدل بين الزوجات<sup>1</sup>: فقد قال المولى تبارك وتعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ و عن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: " من كانت له امرأتان فمال إلى إحداها جاء يوم القيامة وشقه مائل"<sup>2</sup>، وعن عائشة قالت: كان رسول الله صلى الله عليه و سلم يقسم فيعدل؛ ويقول: " اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"<sup>3</sup>.

وقد تظافت أقوال المفسرين للآية أن إباحة التعدد مقيّدة بالعدالة. وفي حقيقة الأمر، فإن العدل المطلوب تحقيقه هو العدل الظاهر وليس العدل في المحبة الباطنة<sup>4</sup>. وبهذا وفق العلماء بين العدل المطلوب في هذه الآية، والعدل المنفي في قوله تبارك وتعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾<sup>5</sup>. فالعدل الذي وقع تحت طائلة النفي في

<sup>1</sup> ابن كثير (عماد الدين)، مصدر سابق، ج2، ص 201.

ابن جرير الطبري (محمد)، مصدر سابق، ج4، ص 160.

<sup>2</sup> أخرجه أبو داود في سننه، و اللفظ له، كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، رقم الحديث: 2133، ص 328، و أخرجه الترمذي في جامعه بألفاظ مغايرة: (إذا كانت عند الرجل امرأتان، فلم يعدل بينهما، جاء يوم القيامة و شقه ساقط)، ج2، أبواب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، رقم الحديث: 1150، ص 304، و أخرجه النسائي في سننه بلفظ: (أحد شقيه مائل)، ج7، كتاب عشرة النساء، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض، ص 63، و أخرجه ابن ماجه في سننه بلفظ: (و أحد شقيه ساقط)، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، رقم الحديث 1969، ص 292، و أخرجه أحمد في المسند بلفظ: (و أحد شقيه ساقط)، ج16، رقم الحديث 8549، ص 235، و أخرجه الدارمي في سننه، ج2، كتاب النكاح، باب في العدل بين النساء، ص 143. و قال الألباني: صحيح. أنظر: الألباني (محمد ناصر الدين)، صحيح سنن الترمذي، ج1، مصدر سابق، رقم الحديث: 912، ص 333، و صحيح سنن أبي داود، ج1، ط1، الرياض، 1998، ص593.

<sup>3</sup> أخرجه أبو داود في سننه بهذا اللفظ، كتاب النكاح، باب القسم بين النساء، رقم الحديث: 2134، ص 328، و أخرجه الترمذي في جامعه، ج2، بلفظ: ( اللهم! هذه قسمي فيما أملك)، أبواب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، ص 304، و أخرجه ابن ماجه في سننه بلفظ: ( اللهم! هذا فعلي فيما أملك)، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، رقم الحديث: 1971، ص 292، و أخرجه الدارمي في سننه، ج2، بلفظ: (فلا تلمني)، كتاب النكاح، باب في العدل بين النساء، ص 144. قال الألباني: ضعيف. أنظر: الألباني (محمد ناصر الدين)، ضعيف سنن أبي داود، ج1، مصدر سابق، ص165، و ضعيف سنن ابن ماجه، مصدر سابق، رقم الحديث: 427، ص150.

<sup>4</sup> الشافعي (محمد بن إدريس)، مصدر سابق، ص 959. و قد قال أبو داود تعليقا على حديث (اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك): يعني القلب. و قال الترمذي: و معنى قوله: لا تلمني فيما تملك ولا أملك، إنما يعني به الحب و المودة. أنظر: أبو داود، مصدر سابق، ص 328، الترمذي، مصدر سابق، ص 304.

<sup>5</sup> سورة النساء: آية 129.

هذه الآية هو العدل القلبي، و لو لا ذلك لكان مجموع الآيتين منتجا عدم جواز التعدد بوجه ما<sup>1</sup>، و لذلك لم يطلبه ربنا سبحانه وتعالى. فإن كان غير ذلك، فإنه تكليف بما لا يطاق، فلا يتحقق المقصد<sup>2</sup>.

3- القدرة على الإنفاق على العدد من زوجاته، وهذا الشرط نستنبطه من تذييل الآية: ﴿ذَلِكَ

أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾، أي لا تجوروا و هو قول الجمهور<sup>3</sup>. فقد اتفق الفقهاء والمفسرون على ضرورة توفر هذين الشرطين و هما العدل و القدرة على الإنفاق. بل وأكثر من ذلك، فقد اتفقوا على أن كل زواج يعتقد المتزوج عند إنشائه، ولو كان الزواج الأول، أنه لا يعدل مع أهله أو لا يستطيع الإنفاق فيه يكون حراما<sup>4</sup>، ولكن الزواج يصح دون توافرها على اعتبار أنهما ليسا من شروط صحته، ويكون الشخص آثما لعدم قيامه بتكاليف الزواج<sup>5</sup>. ولم يحكم الفقهاء بفساد العقد مع توفر وقوع العاقد في الإثم؛ لأن:

1- فساد العقود وصحتها يناطان بأمر واقعة لا بأمر متوقعة، ولو حكمنا بفساد العقد لخشية الظلم أو لخوف الإعيال لكننا قد حكمنا بفساد العقد لأمر متوقع قد يقع وقد لا يقع<sup>6</sup>،

2- خوف الظلم أمر نفسي، وأحكام العقود بالصحة والفساد لا يصح أن ترتبط بأمر نفسية خفية، لا تجري عليها أحكام القضاء<sup>7</sup>.

بناء على كل ما سبق، من الخطأ اعتبار الضرر الناتج عن التعدد مفترضا. فذلك يتناقض مع حكم الإباحة الذي يصطبغ بها. ولهذا لم يكن التعدد في منظور الفقهاء قرينة على الضرر، وهو ما أكده الإمام الخرخشي في قوله: (و من الضرر قطع كلامه عنها و تحويل وجهه عنها و ضربها ضربا مؤلما، لا منعها الحمائم .. و التزوج عليها)<sup>8</sup>.

على عكس ما ذهبت إليه المادة السادسة مكرّر من القانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بقرار بقانون رقم 44 لسنة 1979 في مصر ونصّها: (ويعتبر إضراراً بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير

<sup>1</sup> رضا (محمد رشيد)، تفسير المنار، ج4، مرجع سابق، ص 348.

<sup>2</sup> أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 90.

<sup>3</sup> ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، التفسير القيم، جمعه الندوي (محمد)، حققه الفقي (محمد)، د.ط، بيروت، دار العلوم الحديثة، د.ت، ص 219.

<sup>4</sup> أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 91.

<sup>5</sup> أبو زهرة (محمد)، المرجع نفسه، ص 91.

<sup>6</sup> أبو زهرة (محمد)، المرجع نفسه ص 91.

<sup>7</sup> د. العطار (عبد الناصر)، مرجع سابق، ص 248.

<sup>8</sup> الخرخشي، مصدر سابق، ج4، ص 9.

رضائها... ويسقط حقّ الزّوجة في طلب التّفريق بمضيّ سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمناً<sup>1</sup>. وبذلك تكون النتيجة الضربية مفترضة بحكم القانون، بحيث يجوز للزّوجة أن تطلب التّفريق دون حاجة إلى إثباتها<sup>2</sup>. ولذلك، فإنّ محكمة التقض المصرية في ظلّ القانون رقم 44 لسنة 1979 قد قضت بأنّ مجرد إتمام الزّواج الجديد يعتبر ضرراً بناء على القرينة المقامة لصالح الزّوجة التي في عصمة زوجها، وإذ لم يقض القانون بعدم جواز نقض هذه القرينة فإنّ للزّوج إسقاط دلالتها بإثبات رضا زوجته بزواجه الجديد، وهو ما يجوز إثباته بالبينة<sup>3</sup>.

أما المشرّع الجزائري، فنجده قد أبقى على نظام التعدد كما ورد في الشريعة الإسلامية، ولكنّه ربّ جواز طلب الزّوجة التّفريق القضائي بناء على مخالفة الأحكام الواردة في المادّة (8)، وذلك في الفقرة السادسة من المادّة (53) من قانون الأسرة: (يجوز للزّوجة أن تطلب التّطليق للأسباب الآتية: 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادّة 8 أعلاه). ولكنّ الإبقاء الذي اعتمده المشرّع الجزائري لم يكن على إطلاقه، بل جاء مقيّداً، حيث قيده بـ<sup>4</sup>:

1- وجود المبرر الشرعي وتوفّر شروط ونية العدل<sup>5</sup>،

2- وجوب إخبار الزّوجة السابقة والزّوجة اللاحقة،

<sup>1</sup> لقد أكّدت المحكمة الدستورية العليا على أنّ الجمع بين أكثر من زوجة بما لا يتجاوز الأربع حقّ لكلّ رجل وفقاً للتصوص القرآنية، ولا يجوز للزّوجة أن تطلب التّفريق على أساسه، ولو خالطتها مشاعر نفسية تجاه ضرتها، ذلك أنّ ما قد يقع بينهما من تباض يمتدّ إلى أولادها، مردّه إلى الغيرة الطّبيعية بين امرأتين تزاحمان على رجل واحد، وهي غيرة لا يمكن تنقية النفوس البشرية منها، ولا يجوز أن تخلّ بمقاصد التعدد. و إنّما يقوم حقّها في التّطليق إذا كان زوجها بعد أن تزوّج عليها قد ألحق بها أضراراً لا يجوز التسامح فيها بالمقاييس الشرعية، و تتعدّر بسببها العشرة بين أمثالهما، ويعجز القاضي عن الإصلاح بينهما، وإلاّ كان مجرد الجمع بين امرأتين قرينة قانونية يُفترض بها الإصرار بالزّوجة الأولى، و يكون التّفريق معلّقاً على إرادتها.

د. حسين (أحمد)، أحكام الأسرة في الإسلام، د.ط، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، منشأة المعارف، 1998، ص 145-146.

<sup>2</sup> الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 384.

<sup>3</sup> الطعن رقم 42 سنة 33 ق جلسة 1985/4/9، س.36. أنظر: شعلة (سعيد)، مرجع سابق، ص 1405.

<sup>4</sup> المادّة (8) بموجب الأمر رقم 02/05 المعدّل و المتّم للقانون رقم 11/84: (يسمح بالزّواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفّرت شروط ونية العدل).

يجب على الزوج إخبار الزّوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزّواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزّواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزّوجية.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخّص بالزّواج الجديد، إذا تأكّد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية). وهناك خطأ لفظي في المادّة: (يمكن)، و كان من المفروض أن يكون بدلها كلمة: (يجوز).

<sup>5</sup> لقد جعل الشّارع الحكيم البعد عن الجور سبباً في التشريع. وهذا مؤكّد لاشتراط العدل ووجوب تحرّيه. انظر: رضا (محمد رشيد)، تفسير المنار، ج4، مرجع سابق، ص 348.

3- طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية، والذي يمكنه أن يرخص به إذا ما حصل له التأكد من موافقة الزوجتين، وقام الزوج بإثبات المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية<sup>1</sup>. ومن الخطأ القول بأن قانون الأسرة قد افترض وجود الضرر مسبقا لمجرد تعدد الزوجات ومنح الزوجة حق طلب التفريق دون أن يترك ذلك إلى ما بعد العشرة وإلى أن يتحقق الضرر في الواقع بسبب التعدد<sup>2</sup>؛ لأن الافتراض له صيغته الخاصة<sup>3</sup>. والصيغة الواردة في المادة (53) أن مخالفة أحكام المادة (8) هي التي تعتبر ضررا في ذاتها.

ويتربط على الإخلال بشرط الإخبار، قيام حق كل من الزوجتين، السابقة و اللاحقة، في رفع دعوى قضائية على الزوج طالبتين بمقتضاها التفريق<sup>4</sup>، ويتربط على الإخلال بشرط الترخيص فسخ الزواج الجديد قبل الدخول. فالمشرع الجزائري، بناء على ما سبق، يكون قد ربط حق التفريق بمخالفة أحكام المادة (8) من قانون الأسرة، والمتضمنة شروط الزواج بثنائية، ولم يربطه بالتعدد ذاته. ولهذا فإن التعدد لا يعتبر ضررا في ذاته في منظوره، وإنما مخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) هي التي تعتبر ضررا، وهي التي يترتب عليها التفريق القضائي، كعدم إخبار الزوجة السابقة أو اللاحقة، أو عدم توفير المبرر الشرعي، و عندها يصطبغ التفريق بصبغة العقوبة للزوج على فعله؛ لوقوعه في حالة الغش والتدليس

<sup>1</sup> وبذلك يكون رئيس المحكمة قد أعطي سلطة تقديرية واسعة في دائرة لا تخضع للتقدير القبلي، وإنما تخضع للتقدير البعدي، فكيف يمكن للقاضي أن يقدر مدى إثبات الزوج توفير العدل، حتى ولو كان مرتبه الشهري كافيا لأن يعيل أربع نسوة. فالعدل لا يستطيع أفراد الأسرة ذاهم تقديره، فكيف يمكن للقاضي ذلك وهو بعيد عن الحياة الأسرية كل البعد. فالعدل مرتبط بالنية، والنيات لا يعلمها إلا الله بصورة قبلية، ويمكن مراقبتها بصورة بعدي عن طريق مراقبة ما يصدقها أو ما يكذبها سلوكا. وحتى ولو توفرت كل الشروط الضرورية، فلرئيس المحكمة سلطة القبول وله سلطة الرفض دون رقابة من المحكمة العليا.

<sup>2</sup> و قال بهذا الأستاذ سعد عبد العزيز، وهو نفسه ما ذهب إليه الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا. أنظر: سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 274. وكذلك: آث ملويا (لحسين)، مرجع سابق، ص 400.

<sup>3</sup> أنظر المطلب الثالث من المبحث الثاني في الفصل الأول، ص 37 ما بعدها.

<sup>4</sup> إن المفترض في الزوجين السابق واللاحق، أن المرأة قد تزوجت بالرجل وهي تعلم أنها مستقلة به، وبناء على ذلك فإنه يفترض بينه وبين السابقة شرط ملحوظ مقدر ألا يتزوج عليها، كما يفترض بينه وبين الزوجة اللاحقة (الجديدة) شرط ملحوظ كذلك مفاده أن لا يكون له زوجة سواها. ففوق الزواج الجديد يترتب عليه أمران: 1- إختلال الأساس الملحوظ بالنسبة إلى الزوجة السابقة فتعطي حق الفسخ إن لم ترض، 2- إختلال الأساس الملحوظ بالنسبة إلى الزوجة اللاحقة (الجديدة)، إذا كانت لا تعلم بوجود زوجة أولى في عصمته، فتعطي حق الفسخ أيضا إن لم ترض، وهذا يعد تخريبا على قاعدة الشروط العقدية المستمدة من الفقه الحنبلي، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة (19) من قانون الأسرة. فمن المقرر في الفقه الحنبلي أن الشرط الملحوظ كالشرط الملقوظ. وفي هذا العصر، جميع النساء تقريبا لديهن نزعة إلى الحرية والاستقلال الشخصي في الحياة، ولهذا يعتبر هذا الشرط بالنسبة لمن ملحوظا بوجه عام، وإن لم يكن ملفوظا فلا مانع شرعا من إعطائهن خيار الفسخ. وفي هذا النطاق، أكد الإمام ابن قيم الجوزية -رحمه الله تعالى- أن المرأة التي من عادة أهلها عدم تزويجهم بناههم على ضرائر يعتبر بين المرأة منهن وبين زوجها شرط ملحوظ، ألا يتزوج عليها وإن لم يلفظ به في العقد؛ لأن المعروف كالمشروط. أنظر: الصابوني (عبد الرحمان)، مرجع سابق، ص 790-791.

المذكورة الإيضاحية للمادة (108) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص 219-220.

المذكورة في المادة (8) مكرّر، ونصّها: (في حالة التدليس، يجوز لكلّ زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق).

فصحيح أن المشرّع الجزائري قد قيّد التعدد تقييد منع<sup>1</sup>، لكن ليس إلى درجة افتراض الضرر الناتج عن التعدد، رغم أن التقييدات الشرطية التي اعتمدها القانون قد توحي لنا بأن المشرّع قد اعتمد منهج افتراض الضرر بصورة ضمنية. فمجرد التعدد ليس ضرراً، ولا يجوز أن يتخذ قرينة عليه؛ لأنّه قد يكون له من الموجبات والأسباب<sup>2</sup> ما يبيح للزوج ذلك، فلا نستطيع أن نعتبره كذلك وإلاّ منعناه من التعدد أصلاً<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: الشقاق المستمر

الشقاق المقصود هو الشقاق بين الزوجين أو من أحدهما دون أن يُعرف من المسيء منهما<sup>4</sup>، وذلك بدوام التسابّب والتضارب بينهما<sup>5</sup>. وتعتبر مرحلة الشقاق أشدّ المراحل وأخطرهما على مستقبل العلاقة بين الزوجين<sup>6</sup>. وهذا الوضع يرشّحهما للدخول في صراعات قد لا يمكن التحكم فيها، وتبعاً لذلك يصبح البيت الزوجي مهدّداً بصورة فعلية بالانهيار<sup>7</sup>.

و إذا ما قرّبنا الصورة جيّداً، فإنّ الشقاق في حقيقته مجلبة لأضرار كبيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين، بل يتعدّى هذا الضرر إلى أولادهما، وأكثر من ذلك إلى جميع أفراد الأسرة الممتدة، لما ينشأ من

<sup>1</sup> إن هذا النوع من القيود يضر بالزوجة الأصلية نفسها؛ لأنه مدعاة للرجل إلى أن يطلقها ليتزوج سواها، إن لم يكن له سبيل إلى زواج جديد إلاّ طلاقها، فكون قد أضربنا المرأة بأولادها من حيث نريد مصلحتها.

أنظر المذكورة الإيضاحية للمادة (108) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص 218.

<sup>2</sup> قد تكون الزوجة عقيمة، ولا تصلح للحياة الزوجية لمرضها، والزوج يتطلّع إلى الذرية. وهو تطلع مشروع، ولا سبيل إليه إلاّ بالتعدد. كما قد تكون المرأة قد مات زوجها شهيداً وهي لا تزال شابة بحاجة إلى زوج. كما قد تكون من أقارب الرجل ولا معيل لها، وهي غير متزوجة، أو أرملة مات زوجها، ويرى الرجل أن من أحسن الإحسان أن يضمها إلى بيته زوجة، فيجمع لها الإعفاف والإنفاق عليها. كما أن في التعدد كثرة النسل والأيدي العاملة وهو قوة للأمة وزيادة في الإنتاج. كما تظهر فائدته في أعقاب الحروب، حيث تظهر عادة مشكلة كثرة النساء وقلة الرجال.. الخ. أنظر: د. زيدان (عبد الكريم)، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج6، ط2، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1994، ص 290-291.

<sup>3</sup> د. الصابوني (عبد الرحمان)، مرجع سابق، ص 790.

<sup>4</sup> د. الصابوني (عبد الرحمان)، المرجع نفسه، ص 753.

<sup>5</sup> الكوهجي (عبدالله)، زاد المحتاج بشرح المنهاج، حقهه وراجعه الأنصاري (عبد الله)، ج3، ط1، قطر، د.ت، ص 332.

<sup>6</sup> الدوّادي (محمود)، قراءة سوسولوجية لقضايا النشوز والشقاق والطلاق بين الزوجين في القرآن، مرجع سابق.

<sup>7</sup> الدوّادي (محمود)، المرجع نفسه.



بغض و نفور و عداوة. و لخطورته أرشد المولى تبارك و تعالى إلى اعتماد نظام التّحكيم إذا ما ثارت حالة الخوف من وقوعه<sup>1</sup>. فإذا كان الأمر كذلك، فمن باب أولى أن يُعتمد عند قيام الحالة. و قد ورد ذلك في قول الله تبارك و تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَغُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلَيْهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾<sup>2</sup>.

فالشّقاق تصدّع للحياة الزوجية، و يكون ذلك من الزوجين أو من أحدهما دون التّمكّن من معرفة المسيء منهما، ف: (الأمر الذي يكون فيه الحكمان، إنّما ذلك إذا فتح ما بين الرّجل و امرأته حتّى لا يثبت بينهما بيّنة، و لا يُستطاع أن يُتخلّص إلى أحدهما، فإذا بلغا ذلك بعث الوالي رجلا من أهلها، و رجلا من أهله عدلين، فنظرا في أمرهما و اجتهدا فإن استطاعا الصّلح أصلحا بينهما و إلّا فرقا بينهما، ثمّ يجوز فراقهما دون الإمام و إن رأيا أن يأخذ من مالها حتّى يكون خلعا فعلا)<sup>3</sup>، و قد جاء في شرح الزّرقاني تفصيل عن حالة تعذّر الإصلاح فقال: (فإن تعذّر الإصلاح، فإن أساء الرّوج طلقا بلا خلع إن لم ترض بالمقام معه، و بالعكس إن كانت هي المسيئة فقط ائتمناه عليها، أو خالعا له بنظرهما في قدر المخالغ به و لو زاد على الصّدق)<sup>4</sup>. و قد جاء في تفسير ابن كثير: (قال الفقهاء: إذا وقع الشّقاق بين الزوجين، أسكنهما الحاكم إلى جنب ثقة ينظر في أمرهما و يمنع الظالم منهما من الظلم، فإن تفاقم أمرهما و طالت خصومتها، بعث الحاكم ثقة من أهل المرأة و ثقة من قوم الرّجل، ليحتمعا فينظرا في أمرهما و يفعل ما فيه المصلحة ممّا يريانه من التّفريق أو التّوفيق، و تشوّف الشّارع إلى التّوفيق)<sup>5</sup>.

و قد أورد المشرّع الجزائري حالة الشّقاق المستمرّ في الفقرة الثامنة من المادّة (53) من قانون الأسرة، و بذلك يكون قد اعتبرها ضررا في ذاتها، ممّا يمكن وصفها بالقرينة القانونية<sup>6</sup> على حصول

<sup>1</sup> و ذلك سدا للذريعة؛ لأنّ الله تعالى أمر بيعة الحكّمين عند خوف الشّقاق، أي قبل وقوعه، و هذا ما ذهب إليه المهلب، و يُحتمل أن يكون المراد بالخوف وجود علامات الشّقاق المقتضي لاستمرار التّكد و سوء المعاشرة. أنظر: ابن حجر العسقلاني (أحمد)، مصدر سابق، ج9، ص 404.

<sup>2</sup> سورة النساء: آية 35.

<sup>3</sup> ابن أنس (مالك)، مصدر سابق، ص 254-255.

<sup>4</sup> الزّرقاني (محمد)، مصدر سابق، ج3، ص 239.

<sup>5</sup> ابن كثير (عماد الدين)، مصدر سابق، ج2، ص 278-279.

<sup>6</sup> و قبل أن تصح قرينة قانونية فقد اعتبرها المحكمة العليا الجزائرية قرينة على النتيجة الضربية؛ إذ اعتبرت استفحال الخصام و الشّقاق و طول مدته بين الزوجين ضررا في ذاته، فكانت بذلك النتيجة الضربية مفترضة قضاء، فلا تحتاج إلى إثبات، و هو ما جاء في القرار رقم 224655 المؤرخ في 15/06/1999 (الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 129-132)، و هو ذاته ما ما جاء في القرار رقم 139353 المؤرخ في 24/09/1996 (المجلة القضائية، 1997، العدد 2، ص 96-100).



النتيجة الضرورية. فبمجرد قيام حالة الشقاق في ذهن القاضي<sup>1</sup> فإنه يحكم مباشرة بالتفريق إذا ما طالبت به الزوجة. و هذا يعدّ إلغاء لنظام التحكيم الوارد في المادة (56) من قانون الأسرة، على اعتبار أنّ اشتداد الخصام هو في ذاته حالة الشقاق<sup>2</sup>؛ لأنّ القرينة بمجرد قيامها تترتب عليها نتيجتها. و قد يُقال أنّ المادة (56) كقيلة بتحريك نظام التحكيم، و هذا أمر غير مستساغ؛ لأنّ الشقاق معناه اشتداد الخصام، فكيف يرتقي به المشرّع إلى درجة القرينة القانونية، و يتركه منصوباً عليه في مادة أخرى. و ما كان به أن يقوم بذلك، فهذا تناقض شديد. و زيادة على ذلك، إنّما شرّع نظام التحكيم على أساس أنّ الشقاق لا يمكن أن ندرك فيه من هو المسيء، و هو الآلية الوحيدة الكفيلة بإدراك ذلك<sup>3</sup>، فكيف يجعله المشرّع قرينة و قد يعدّ ذلك ظلماً للزوج.

و كان الأجدد بالمشرّع الجزائري أن يُحكّم تنظيم قواعد التحكيم و تكريسها، باعتباره نظاماً فعّالاً في إعادة استقرار الحياة الزوجية. و لو لم يكن كذلك لما أرشد إليه المولى تبارك و تعالى، و لما أكّده الفقهاء في كتاباتهم، و هو ما أخذ به مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد تفصيلاً<sup>4</sup>. فقد اعتبر نظام التحكيم نظاماً جوهرياً لا يمكن الاستغناء عنه بأيّ حال. و لهذا أفرح أن تلغى الفقرة الثامنة من المادة (53)، و ينظّم التحكيم في مواد مستقلة كما يلي:

- المادة (01): (إذا قامت حالة الشقاق و جب على القاضي تحريك نظام التحكيم بعد العجز عن الإصلاح)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> و عادة ما تثبت حالة الشقاق عن طريق القرائن. فقد يستخلصها القاضي بناء على قرينة تكرّر الشكوى مع العجز عن الإثبات بعد رفض الدعوى الأولى، و هو ما ذهب إليه المشرّع المصري في المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929، و قد يستخلصها بناء على ثبوت وقائع أخرى. و هذا ما غاب عن ذهن أعضاء اللجنة واضعة مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد ظناً منهم أنّ المشرّع المصري قد ربط التحكيم بتكرّر الشكوى (أنظر مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ص 199)، إلّا أنه قد ربطه به على أساس أنّه قرينة على حالة الشقاق، و كان لازماً من ربط التحكيم بالأمر الظاهر لا بالأمر المفترض. و زيادة على ذلك، فهو ما ذهب إليه المتيطي من المالكية: (إذا اشتكت المرأة إضرار زوجها بها و رفعت إلى الحاكم أمرها و تكرّرت بالشكوى و عجزت عن إثبات الدعوى، فإن الحاكم يأمر زوجها بإسكانها بين قوم صالحين .. إذا عمى على الإمام خيرهما و طال عليه تكرّرها و لم يتبين له من الظالم منهما لم يمنعه أن ينظر في أمرهما، قال في المدونة إن لم يصل لمعرفة الصّار منهما أرسل الحكّمين). أنظر: المواق (محمد)، مصدر سابق، ص 16.

<sup>2</sup> المادة (56) من القانون رقم 11/84 المتضمّن قانون الأسرة: (إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضّرر و جب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكّمين، حكماً من أهل الزوج و حكماً من أهل الزوجة، و على هذين الحكّمين أن يقدموا تقريراً عن مهمّتهما في أجل شهرين).

<sup>3</sup> المواق (محمد)، مصدر سابق، ص 16.

<sup>4</sup> أنظر المواد من (96) إلى (103) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص 195 و ما بعدها.

<sup>5</sup> و ذلك باعتبار أنّ الصلح القضائي يسبق عادة الصلح التحكيمي، و بناء على فشل الأوّل يتحرّك الثاني.

- المادّة (02): (يجوز للقاضي أن يفترض حالة الشقاق بناء على الاستخلاص الذي يقوم به من وقائع الدّعى)<sup>1</sup>.
- المادّة (03): (تعيّن المحكمة حكمين وظيفتهما التوفيق بين الزوجين أو تحديد المسيء منهما، و تحلفهما اليمين على أن يقوموا بمهمّتهما بعدل و أمانة)<sup>2</sup>.
- المادّة (04): (يشترط في الحكمين شروط ثلاثة:  
- القرابة، إن أمكن<sup>3</sup>، ثقة من أهل الزوج و ثقة من أهل الزّوجة،  
- الذكورة،  
- العدالة).
- المادّة (05): (على هذين الحكمين أن يقدّما تقريراً عن مهمّتهما في أجل شهرين)<sup>4</sup>.
- المادّة (06): (إذا اختلف الحكمان، عيّن القاضي حكماً ثالثاً مهمّته معرفة من هو المسيء، الزوج أم الزّوجة. و يكون ذلك مشروطاً باستشارة الزوجين)<sup>5</sup>.
- المادّة (07): (يقدم الحكم الثالث تقريراً عن مهمّته في أجل شهر واحد).
- المادّة (08): (يعتبر تقرير الحكم الثالث وثيقة إثبات، ف:  
1- إذا ثبت، بناء عليه، أن الإساءة من الزوج و كانت الزّوجة هي الطالبة للتفريق،  
و جب على القاضي الحكم به طلاقاً بائنة)<sup>6</sup>.
- 2- إذا ثبت أن الإساءة كلّها من الزّوجة، و جب عليه الحكم بالخلع جبراً، فتردّ الزّوجة ما قبضته من صداقها أو يزيد)<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> كأن تتكرّر الشكوى من طرف الزّوجة و تعجز عن إثبات الضرر اللاحق بها.

<sup>2</sup> لأنّ الشارح الحكيم قد تشوّف إلى التوفيق من بعث الحكمين في حالة تقادم أمر الزوجين و طول خصومتهم. أنظر: ابن كثير (عماد الدين)، مصدر سابق، ج2، ص 278-279.

<sup>3</sup> قال الإمام ابن العربي: (الأصل في الحكمين أن يكونا من الأهل، و الحكمة في ذلك أن الأهل أعرف بأحوال الزوجين، و أقرب إلى أن يرجع الزوجان إليهما.. قال علماؤنا: فإن لم يكن لهما أهل، أو كان و لم يكن فيهم من يصلح لذلك لعدم العدالة، أو غير ذلك من المعاني، فإنّ الحاكم يختار حكمين عدلين من المسلمين لهما، أو لأحدهما .. و يستحبّ أن يكونا جارين).

أنظر: ابن العربي (أبو بكر محمد)، مصدر سابق، ج1، ص 426.

<sup>4</sup> أقيمت على هذه المادة كما هي.

<sup>5</sup> بعض فقهاء المالكية يميزون تحكيم رجل واحد، و لم يلتزموا تحكيم اثنين، و هذا هو الحكم المرجح. فللزوجين إقامة واحد على الصّفة، و ذهب ابن فتحون إلى أن الإمام لا يُحكّم واحداً أمّا اللّخمي فله ذلك، و إن فعل مضي حكمه. أنظر: المواق (محمد)، مصدر سابق، ص 17.

<sup>6</sup> الزّرقاني (محمد)، مصدر سابق، ص 239.

و هو ما ذهب إليه ابن شاس و المتيطي من المالكية. أنظر: المواق (محمد)، مصدر سابق، ص 16-17.

<sup>7</sup> ابن أنس (مالك)، مصدر سابق، ص 254-255، الزّرقاني (محمد)، مصدر سابق، ص 239، المواق (محمد)، مصدر سابق، ص 16.

3- و إذا ثبت أن الإساءة مشتركة، وجب عليه الحكم بالخلع جيرا على بدل يتناسب مع نسبة الإساءة<sup>1</sup>.

4- و إذا لم يتمكن الحكم الثالث من تبيين المسيء وجب على القاضي التفريق بينهما (حالا).

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

<sup>1</sup> قال الخطّاب: (فإن أشكل الأمر أيهما يظلم أو أيهما أظلم أجزا الحكم في منزلة المساواة). أنظر: الخطّاب (محمد)، مصدر سابق، ج4، ص 17، و هو ما جاء في التاج و الإكليل للمواق، مصدر سابق، ص 16.

المبحث الثاني:  
تكييف النتيجة الضربية  
المطلقة

جامعة الأمير  
العلوم الإسلامية

## المطلب الأول: معيار النتيجة الضرورية المطلقة وإثباتها

إنّ معيار النتيجة الضرورية يتأرجح بين المعيار الموضوعي و المعيار الشخصي، و لهذا التّحديد أثره العميق في الافتراض توسعة و تضيقا، و هذه الأهمية الحيوية هي التي دفعتني لدراسته في (فرع أول)، ثمّ التّطرق إلى إثبات النتيجة الضرورية المتأثرة به في (فرع ثان).

### الفرع الأول: معيار النتيجة الضرورية المطلقة

لقد لخص المشرّع الجزائري النتيجة الضرورية المطلقة عن أيّ قيد سببيّ في الفقرة العاشرة من المادة (53) من قانون الأسرة، وصيغتها: (كلّ ضرر معتبر شرعا)، ليكون بذلك قد أطلق هذا الضّرر دون أن يقيده بسبب. فأصبح كلّ فعل أو سلوك أنتج ضررا يمكن الزوجة من تحريك حقّها في طلب الطلاق، حينئذ ترفع دعوى تفريق أمام القاضي تأسيسا على النتيجة الضرورية الواقعة عليها، إن في بدنها أو في مالها، أو حتّى في معنوياتها. ونظر القاضي وقتئذ يختلف باختلاف المعيار المعتمد، المعيار الشخصي أو المعيار الموضوعي.

قال فقهاء المالكية بأنّ الضّرر الموجب للطلاق البائن هو ما لا يجوز شرعا<sup>1</sup>، وكشفوا عن هذا الضّابط العامّ، والمعيار الأوحد لديهم للضرر بأمثلة، منها:

أ- هجر الزّوجة<sup>2</sup>، بأن يقطع الزّوج كلامه عنها، أو يحوّل وجهه عنها في الفراش، دون منعها

<sup>1</sup> الدسوقي (شمس الدّين محمد)، مصدر سابق، ص 345.

<sup>2</sup> هذه الواقعة جعلها المشرّع الجزائري في مجموعة الأسباب المنتجة للأضرار بحكم القانون، وهذا يبدو عند البعض من الخطأ جزئيا؛ لأن القرينة القانونية إنّما اعتمدت لتخفيف العبء وتسهيل الإجراءات، فيكون إثبات الواقعة المادية أسهل، ولكن نجد أن إثبات الحجر في المضجع، وهو جزء من الحجر، كما رأينا في المبحث الأول من هذا الفصل؛ أمر عسير؛ وذلك لسريته وعدم تعرض الشهود له في العرف والعادة، وبذلك كان من الحكمة أن يجعل تحت سلطة تقدير القضاة مستخدمين آلية الافتراض وإلا فلا، مؤسسين ذلك على قرائن الأحوال، كما يقول فقهاء المالكية.

الحمام أو تأديبها على الصلاة أو التزوج عليها<sup>1</sup>.

ب- السب، سواء سبها هي، أو سب أبيها بالعبارات التي كثيرا ما تقع من رعا ع الناس، ويؤدب الزوج على ذلك فلا يكفي التفريق حينذاك<sup>2</sup>. فالتأديب عقوبة، والتفريق آلية لإزالة النتيجة الضرورية الواقعة على الزوجة.

ومن المقرر فقها أن التأديب حق للزوج<sup>3</sup>، ومن مقتضاه إباحة الإيذاء، ولكن في حدود المشروع، خاضعا بذلك لقاعدتي اللزوم والملاءمة<sup>4</sup>. فالضرب المبرح لا يجوز، ولو علم أنها لا تترك التشويز إلا به<sup>5</sup>؛ لما ينتج عن ذلك من نتائج ضرورية وخيمة وعميقة، على البدن و النفس على حد سواء. ولعظيم أثر هذا السلوك، فهناك من المعاصرين من جعله قرينة على النتيجة الضرورية، فيكفي الزوجة إذا أرادت الطلاق أن تثبت فعل الضرب فحسب، ولا يهتم بعد ذلك إن كان مبرحا أو لم يكن كذلك<sup>6</sup>. فالمالكية باعتمادهم ضابط (كل ضرر معتبر شرعا)، يكونون بذلك قد أخذوا بالمعيار الموضوعي<sup>7</sup>. فبناء على ذلك، فإن للزوجة الحق في طلب التفريق من القاضي إذا ما أضر بها زوجها بإساءة معاملتها أو قطع كلامه عنها، أو هجرها وأخذ مالها، أو شتمها شتما مفرعا، أو إكراهها على فعل محرّم، أو هجرها لغير تأديب مع إقامته معها في ذات البلد، أو إثارة امرأة أخرى عليها، أو منعها من زيارة والديها، فهذه الأمثلة كلّها يضبطها المعيار المعتمد في المذهب المالكي. وهو المعيار ذاته الذي اعتمده المشرع الجزائري في المادة 53/10 من قانون الأسرة. وهذا المعيار يفتح المجال واسعا أمام السلطة التقديرية للقاضي، وبالتالي يكون لمكنة الافتراض المؤسس على القرائن المجال الواسع لحركيتها، مشكّلا بذلك إطارا حماييا للمرأة كزوجة<sup>8</sup>، ولا

<sup>1</sup> الخرشني، مصدر سابق، ج4، ص 9.

<sup>2</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ص 345.

<sup>3</sup> فسلطة التأديب التي يتمتع بها الزوج ليست إباحة في حقيقتها، وإنما هي حق بالمعنى الدقيق؛ لأن الزوج يستأثر بما يخوله هذا الحق من سلطة، فهو قاصر عليه من دون الناس؛ لأنه أقدر على استعماله. أنظر: د. الدريني (فتحي)، مرجع سابق، ص 256.

<sup>4</sup> د. الدريني (فتحي)، المرجع نفسه، ص 256.

<sup>5</sup> عليش (محمد)، مصدر سابق، ج2، ص 176.

<sup>6</sup> د. الصابوني (عبد الرحمان)، مرجع سابق، ج2، ص 750.

<sup>7</sup> وليس كما ذهب إليه الأستاذ سعد عبد العزيز، حيث أكد أن القانون لم يذكر في نصوصه أي معيار للتمييز بين كون هذا الفعل الصادر من الزوج ضارا بها أم لا، وهذا يعني في نظره أن يقم الفعل الضار ونتيجته الضرورية من وجهة نظر اجتماعية وثقافية محضة، ولهذا يقول أن معيار النتيجة الضرورية معيار شخصي، وهذا خطأ؛ لأن عبارة (كل ضرر معتبر شرعا) كافية بذاتها لاعتبار المعيار موضوعيا.

أنظر: سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 271.

<sup>8</sup> يبدو أن الفقه المالكي قد اهتم كثيرا بالطرف الضعيف في العلاقة الزوجية (الزوجة)، وفتح الباب واسعا أمام معرفة حقوقها وممارستها في نطاق مؤسسة الزواج، وهذا يشكّل حجة أمام المدعين باحترام حقوق المرأة والدفاع عن مبدأ المساواة بينها وبين الرجل.

يكون في صالح الأسرة كبناء اجتماعي لا بدّ أن نحافظ عليه، ولهذا فقد تعرّض هذا المعيار للانتقاد بشدّة، خاصّة من قبل بعض فقهاء القانون المصريين<sup>1</sup>. فالمشرّع المصري، على التقيض من المشرّع الجزائري قد اعتمد المعيار الشخصي<sup>2</sup>، معبّراً عنه بـ: (ما لا يُستطاع معه دوام العشرة)<sup>3</sup>. وتأسيساً على ذلك فإنّ النتيجة الضرورية الحاصلة تتحكّم في تقديرها ثلاثة عوامل رئيسية<sup>4</sup>:

1- اختلاف بيئة الزوجين،

2- اختلاف درجة ثقافة كلّ منهما،

3- اختلاف الوسط الاجتماعي الذي يحيط بهما.

فمن المصاعب الأساسية التي يواجهها القاضي بناء على اعتماد هذا المعيار، إضافة إلى إثبات الزّوجة النتيجة الضرورية، لا بدّ أن يثبت لدى القاضي وصفها، أي ما لا يُستطاع معها دوام العشرة بين الزوجين. فمهمّة تقدير النتيجة الضرورية الملقاة على عاتق قضاة الموضوع ليست أمراً يسيراً، فقد يقع أن تدعي الزّوجة أنّ زوجها قد ألحق العار بها بفعل معيّن ارتكبه، والكلام عن العار بالغ الدقّة؛ إذ أنّ سوء السمعة وحسنها من الأمور المختلف فيها بين الناس اختلافاً عميقاً، ومرجع ذلك تفاوتهم في أحاسيسهم وبيئاتهم ووسطهم الاجتماعي<sup>5</sup>. فسجن الزوج أو اشتغاله بالفسق والفجور والسّكر والعريضة تُقيّم كلّها على اعتبار نفسية الزّوجة ووسطها الاجتماعي، فإن كانت مثلها تُعيّر بذلك، جاز لها طلب الطلاق<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> مصطفى (فتحي)، مرجع سابق، ص 39 و ما بعدها.

<sup>2</sup> ولقد اعتمد المشرع الفرنسي هذا المعيار في الطلاق المؤسّس على الخطأ، حيث لا يبرر وقوع الطلاق سوى الوقائع المنسوبة لأحد الزوجين إذا كانت تشكل اعتداء خطيراً أو متكرراً على الواجبات والالتزامات الزوجية وتجعل الإبقاء على الحياة المشتركة أمراً لا يطاق. فحتّى يكون الخطأ مفعلاً لحركة الطلاق الفرنسي، لا بد أن يتوفر فيه وصفان: 1- أن يكون اعتداء خطيراً أو متكرراً على الالتزامات الزوجية، 2- أن يكون معه الإبقاء على الحياة المشتركة أمراً غير محتمل. وهذا هو المعيار الشخصي بعينه، فليس كلّ خطأ يكون مبرراً للطلاق، وهذا ما نصّت عليه المادة (242) من القانون المدني الفرنسي، ولهذا فالقاضي لا بد أن يبتّ في هذه الأوصاف قبل الحكم بالطلاق.

Courbe (P.), *Ibid*, P.143.

Sauvat (Ch.), *Le divorce vu à travers la jurisprudence de la sixième chambre de la cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE*, Bull. Aix 2001-2, Chron. I. [www.bulletin.aix.u-3mrs.fr/content/view/45/39](http://www.bulletin.aix.u-3mrs.fr/content/view/45/39)

<sup>3</sup> أنظر: المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 الخاص ببعض مسائل الأحوال الشخصية.

<sup>4</sup> خليل (أحمد)، مرجع سابق، ص 117.

الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 344 .

<sup>5</sup> مصطفى (فتحي)، مرجع سابق، ص 39.

<sup>6</sup> حسين (سيد)، مرجع سابق، ج1، ص 252.



وبالرغم من أن مذهب المالكية هو المصدر التشريعي لنصّ المادة (6) من القانون رقم 25 لسنة 1929<sup>1</sup>، إلا أن القانون لم يأخذ بالمعيار الموضوعي الذي اعتمده فقهاء المالكية، وتبعه في ذلك القضاء المصري<sup>2</sup>. فقد نهج منهجا مخالفا جزئيا، حيث أنه إذا ثبت للقاضي أن ضررا بمعناه و وصفه عند المالكية قد وقع من الزوج على زوجته، إلا أنه يمكن معه دوام العشرة بين أمثالهما تعين رفض دعوى التفريق؛ لأن الحياة الزوجية مليئة بمثل هذه الهفوات التي تعتبر في زمرة الأضرار إلا أن العرف قد جرى بها<sup>3</sup>. فالقضاء المصري لم يلتزم الضرر بمعناه عند المالكية، بل بحث بوصفه في المادة (6)<sup>4</sup> من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929. و (ما لا يُستطاع معه دوام العشرة) شرط قانوني يجب قيامه في الأوراق والوقائع المعروضة على القاضي حتى يستوفي ركن الضرر شروطه القانونية، ويتعين على المحكمة بيان ذلك في حكمها، حتى يمكن لمحكمة التّقص مراقبة ذلك بوضوح<sup>5</sup>. وتقدير عناصر الضرر المجيز للحكم بالتفريق بناء على المعيار الموضوعي مما يستقل به قاضي الموضوع<sup>6</sup>، دون رقابة المحكمة العليا. ولهذا يتبين بوضوح وجاهة المعيار الشخصي الذي يمكن أن يكون عاملا أساسيا في الحدّ من نسبة الطلاق. ولهذا أرى أن تُعدّل الفقرة العاشرة إلى ما يلي: (كلّ ضرر معتبر شرعا مع مراعاة حال الزوجة بيئة و ثقافة).

## الفرع الثاني: وجوبية إثبات النتيجة الضررية المطلقة

إن الحقّ في الإثبات الذي يتمتع بامتلاكه كلّ شخص أو خصم يسمح له أن يقيم الدليل أمام القضاء على وجود أو انتفاء الواقعة القانونية المتنازع عليها، ويكون ذلك بالطرق التي حدّدها القانون<sup>7</sup>. وإجراءات الطلاق تخضع لنفس المبدأ<sup>8</sup>. ولهذا الحقّ أهميته البالغة؛ إذ أنه يؤصّل لقاعدة متينة وراقية على

<sup>1</sup> العمروسي (أنور)، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، ج2، د.ط، الاسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، 2000، ص 284.

<sup>2</sup> مصطفى (فتحي)، مرجع سابق، ص 37-38.

<sup>3</sup> الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 346.

<sup>4</sup> و نصّها: (إذا ادّعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يُستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق و حينئذ يطلقها القاضي طلاقة بائنة إذا ثبت الضرر و عجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى و لم يثبت الضرر بعث القاضي حكّمين و قضى على الوجه المبيّن بالمواد (7، 8، 9، 10، 11)).

<sup>5</sup> الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 346.

<sup>6</sup> سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 270.

<sup>7</sup> فالمبدأ العام أنه لا يمكن للقضاة أن يأخذوا بعين الاعتبار سوى الأدلة المقررة قانونا، والمقدمة في أوضاعها الشكلية و القانونية، ومخالفة هذا المبدأ العام يجعل أحكامهم واقعة تحت طائلة البطلان. أنظر: Glasson (E.), Tissier (A.), *Ibid*, P. 659.

<sup>8</sup> Courbe (P.), *Ibid*, P.162, Benmelha (Gh.), *Ibid*, P. 200.

المستوى الإنساني، ألا وهي قاعدة عدم جواز اقتضاء الشخص حقه بنفسه، إن على مستوى العلاقات العامة أو العلاقات الخاصة، كما هو الحال بين الزوجين. بناء على ذلك تعين على الزوجة وهي تدعي حقاً لها اللجوء إلى القضاء لتمكينها منه، والاعتراف لها به، وهذا يقتضي حتماً أن تقنع القاضي بوجود الحق، بإقامة الدليل عليه إظهاراً له؛ إذ الإثبات بصورة عامة، هو بيان وإظهار حقيقة قضية ما أو واقعة مادية معينة<sup>1</sup>، من أجل حفظ الحقوق<sup>2</sup>. ولهذا كان على الزوجة، وهي ترفع دعوى التفريق القضائي المؤسسة على النتيجة الضررية الواقعة عليها، أن تثبت دعواها بكافة طرق الإثبات الشرعية والقانونية، خضوعاً لمبدأ العدالة، وسعيًا وراء الاستقرار، وتحقيقاً للمصلحة العامة. فالحق في التفريق يتجرد من قيمته ما لم يتم الدليل على الواقعة المحل الأصلي وهي النتيجة الضررية<sup>3</sup>.

فموقف الزوجة في الإثبات موقف إيجابي، ولا يشكل واجبا عليها فحسب بل هو حق لها<sup>4</sup>، فلها أن تقدم للقضاء جميع ما تحت يديها من الأدلة والبراهين إظهاراً لحقها وبياناً لما تدعيه. ويعتبر إخلالاً بحقها إذا لم يمكنها القاضي من ذلك، ويكون ذلك سبباً كافياً للطعن في الحكم بالنقض<sup>5</sup>. فمن المقرر شرعاً أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية تعتمد عليها، ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج يعدّ خرقاً للقواعد الشرعية، فالإكتفاء بادعاء الزوجة إهانة زوجها لها وإساءته إليها دون أن تدعّم أقوالها بأي دليل لا يليق قضاء، والحكم بالتفريق تأسيساً على ذلك يكون قاصراً؛ لغياب مبدأ التسيب<sup>6</sup>. فلا يجوز للزوجة أن تطلب التفريق أو الحصول عليه إلا بعد إثباتها النتيجة الضررية الواقعة عليها من قبل بعلها، ولهذا كان تصميم الزوجة على التفريق لاستحالة الحياة المشتركة لا يكفي للحكم

<sup>1</sup> Glasson (E.), Tissier (A.), *Ibid*, P.653.

<sup>2</sup> ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج1، مصدر سابق، ص 103.

<sup>3</sup> الحق الشخصي والإثبات مختلفان من حيث الأصل، فالحق لا يتعلق في وجوده بالإثبات الذي يتحصل عليه عن طريقه، ولكن الارتباط يتحقق من جهة الفعلية. وفي حقيقة الأمر، وبصورة فعلية، إن غياب الإثبات يمنع صاحب الحق من الانتفاع بفعلية من حقه، والحصول على الآثار القانونية المتعلقة به، ولهذا فإن عدم الاستئثار بالحق وعدم القدرة على إثباته يمثل وضعية واحدة بالنسبة للشخص.

Terré (F.), *introduction générale au droit*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz - Delta, 1996, P.419-420.

<sup>4</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص34.

<sup>5</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص34.

<sup>6</sup> قرار رقم 43864 المؤرخ في: 1987/01/12، السابق ذكره.

به<sup>1</sup>. و هذا يعدّ إجباراً على التّفريق؛ لأنّ عدم رغبتها في البقاء مع زوجها لا يكفي إطلاقاً لتطليقها<sup>2</sup>، وهذا ما استقرّ عليه القضاء الجزائري<sup>3</sup>. فالمطالبة بالتّفريق على أساس الضّرر يتعيّن إثباته<sup>4</sup>، إضافة إلى إثبات الفعل المنتج له<sup>5</sup>.

فتطبيقاً للمبدأ العامّ، لا بدّ على الزّوجة أن تثبت النتيجة الضّررية الواقعة عليها؛ لأنّ الإثبات هو طريق وصولها إلى حقّها في التّخلّص من إيذاء زوجها وإضراره<sup>6</sup>، و الأصل براءة الذمّة، ولقوله صلّى الله عليه و سلّم: " البيّنة على المدّعي"<sup>7</sup>، و اليقين لا يزول بالشك<sup>8</sup>، و لأنّ تكليف المدّعي عليه بنفي ما ادّعي عليه به يؤدّي إلى فتح باب النزاع والجرأة على الأبرياء<sup>9</sup>، فما بالك لو كانت العلاقة على أعلى درجة من التّقديس كالعلاقة الزّوجية.

<sup>1</sup> قرار رقم 34767 المؤرخ في: 1984/12/17، المجلّة القضائية، سنة 1990، عدد1، ص 92، أنظر: القرص المضغوط، السابق ذكره. قضاة المجلس القضائي ركزوا في قرارهم على تصميم الزوجة على التّفريق بينها وبين زوجها، وعلى استحالة استمرار الحياة المشتركة بينهما، ذاكرين في قرارهم أنه غير ممكن إرغام شخص أن يعيش مع الآخر إذا لم يكن انسجام بينهما. فهذا الاستنتاج لا يكون كافياً للتصريح بالتّفريق ما دامت الزوجة لم تثبت مزاعمها المتعلقة بإساءة زوجها لها ثبوتاً قطعياً.

<sup>2</sup> قرار رقم: 35891 المؤرخ في: 1985/02/25، المجلّة القضائية، سنة 1989، عدد1، ص 80، القرص المضغوط، السابق ذكره.

<sup>3</sup> قرار رقم: 245159 المؤرخ في: 2000/06/20، السابق ذكره.

<sup>4</sup> قرار رقم: 102124 المؤرخ في: 1994/04/19، نشرة القضاة، سنة 1997، عدد51، ص (89-91).

<sup>5</sup> الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 347.

<sup>6</sup> شلتوت (محمود)، مرجع سابق، ص 173.

<sup>7</sup> أخرجه الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه في جامعه، ج2، أبواب الأحكام، باب ما جاء في أنّ البيّنة على المدّعي و اليمين على المدّعي عليه، رقم الحديث: 1356، ص 399. قال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال، و محمد بن عبيد الله العرزمي يضعّف في الحديث من قبل حفظه. ضعّفه ابن المبارك و غيره.

<sup>8</sup> هذه القاعدة أصل شرعي عظيم، عليها مدار كثير من الأحكام الفقهية من دوائر العبادات و المعاملات و العقوبات، و لحدّ قليل إنّها تتضمّن ثلاثة أرباع علم الفقه. فاليقين القوي أقوى من الشك، و لذلك لا يرتفع به، و إنّما يرفع بيقين آخر. فما ثبت من الأمور ثبوتاً يقينياً قطعياً - وجوداً أو عدماً - ثم وقع الشكّ في وجود ما يزيله يبقى الأمر المتيقّن هو المعتبر إلى حين تحقّق السبب المزيل. و قد ذكر العلماء أنّ دليلها و الأصل فيها ما رواه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة من أنّ رسول الله صلّى الله عليه و سلّم قال: " إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكّل عليه، أخرج منه شيء أم لا؟ فلا يخرجنّ من المسجد حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً".

أنظر: د. السّدلان (صالح)، مرجع سابق، ص 97 و ما بعدها.

د. الباحثين (يعقوب)، القواعد الفقهية، ط1، الرياض، مكتبة الرشد، 1998، ص 206.

<sup>9</sup> سراج (محمد)، مرجع سابق، ص 90.

ومما سبق، يتبين بوضوح عميق، أن الزوجة إذا استطاعت أن تقنع القاضي بما لحقها من ضرر من جراء سلوك زوجها، إيجاباً أو سلباً، وذلك بتمكّنها من تقديم كل الحجج والأدلة المؤيدة لذلك بين يديه، فإنّه حينذاك سيحكم بالتفريق بينها وبين زوجها<sup>1</sup>. ولا يكون ذلك استناداً إلى رغبته، وإنما استناداً إلى رغبته هي، و المدعّمة بالقانون<sup>2</sup>، والمفعلة بمكنة الإثبات.

والنتيجة الضرورية، كواقعة مادية، تكون محلاً للإثبات بكافة الطرق المقررة فقها وقانوناً، خاضعة بذلك حسب المبدأ العام لقواعد القانون المدني<sup>3</sup>. فكما قد تثبت بالشهادة، فإنّها قد تثبت بالقرائن. وهي القرائن العملية أو القضائية التي تعتبر دليلاً من أدلة الإثبات محدودة التطاق. وهي التي تشكل أساساً للافتراض القضائي الذي تمارسه المحكمة العليا على وجه الخصوص، في صياغة مبادئها العامة. وكذلك قضية الموضوع حين الفصل في القضايا المعروضة عليهم، حين يعسر على المدعي إثبات الواقعة المحلّ الأصلي بالطرق المباشرة. ولهذا كان للزوجة كذلك أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها تأسيساً على النتيجة الضرورية الثابتة ولو بقرائن الأحوال<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> إذا تمكنت الزوجة من إثبات الفعل الضار ونتيجته، حينئذ يتدخل القاضي قبل الحكم بالتفريق للإصلاح بينهما وجوباً، وذلك بناء على المادة (49) من قانون الأسرة: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى). والصلح بين الزوجين هو الإصلاح بينهما بما فيه صلاح حالهما، واستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، ويكون ذلك بأية صورة ممكنة يراها القاضي موصلة إلى استدامة العشرة بينهما، وذلك بالتعرف على حقيقة الخلاف القائم بينهما وظروفه وملابساته المحيطة به، حتى يتخذ السبل الناجحة لإفائه صلحاً. ولكن على مستوى القضاء فإن مكنة الصلح قد تأرجحت بين الجوهريّة وعدمها حيث نص القرار رقم 57812 المؤرخ في 1989/12/25 (م.ق، سنة 1991، عدد 3، ص 71-74) على جوهريّة إجراء محاولة الصلح بين الزوجين، أما القرار رقم 189311 المؤرخ في 1998/07/21، (ن.ق، سنة 1999، عدد 56، ص 40-42)، فقد قرر أن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهريّة. وهذا تدبذب لا يليق بالمحكمة العليا أن تقع فيه. على عكس القضاء المصري الذي اعتبره من النظام العام، ومعنى ذلك أنه لا يمكن التنازل عنه ولو اتفاقاً. والصلح كان معروفاً في النظام التشريعي الإسلامي قبل أن تنص عليه القوانين الوضعيّة، وهو منصوص عليه في الآية 35 من سورة النساء: {وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما، إن الله كان عليماً خبيراً}، إلا أنّ الأمر هنا يتعلق بالصلح التحكيمي، وليس الصلح القضائي.

أنظر: الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 350-351.

سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 345-346.

د. النيداني (الأنصاري)، الصلح القضائي، د.ط، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2001، ص 289.

<sup>2</sup> سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 271.

<sup>3</sup> Benmelha (Gh.), *Ibid*, P. 200.

<sup>4</sup> التفراوي (أحمد)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، منشورات محمد علي بيضون، مجلد 2، ط 1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997، ص 64.

## المطلب الثاني: الافتراض القضائي في دعاوى التفريق

إنّ الافتراض القضائي مكنة مؤسسة على القرينة القضائية. و ما يهمنّا نحن في هذه الدراسة هو الافتراض الذي تقوم به المحكمة العليا من خلال صياغة مبادئها و قراراتها، و التي تسهّل به عمل قضاة الموضوع. و لهذا كان لازماً، علمياً و منهجياً، أن أتطرّق إلى بعض التماذج من الافتراضات التي استنبطناها من خلال دراستنا لبعض قرارات المحكمة العليا ذات الشأن و التي ندرك من خلالها مسلك المحكمة العليا في الافتراض في (فرع أول)، ثمّ أتطرّق إلى دراسة ضوابط هذا الافتراض بغية الملاءمة بينه و بين السياسة العامة التي وضعها التشريع الإسلامي في (فرع ثان).

### الفرع الأول: مسلك المحكمة العليا في الافتراض

إنّ القاضي حرّ حرّية واسعة في اختيار واقعة ثابتة من بين الوقائع المتعدّدة التي يراها أمامه لاستنباط القرينة منها، و هو بذلك واسع السلطان في تقدير ما تحمله هذه الواقعة من الدلالة. و هذا هو الاستنباط<sup>1</sup> الذي يتعيّن أن يكون سائغاً و مؤدياً إلى النتيجة التي أقام الحكم عليها قضاءه، إذ طالما أنّ المحكمة قد أوردت أسباباً لإثبات القرائن أو نفيها فإنّ هذه الأسباب تخضع لرقابة محكمة القانون<sup>2</sup>؛ و ذلك لأنّ هذا الاستنباط عادة ما تتفاوت فيه الأنظار و تختلف بشأنه المدارك. فمن القضاة من يكون استنباطه سليماً فيستقيم له الدليل، و منهم من يتجافى استنباطه مع منطق الواقع. و لهذا قد يكون الافتراض المؤسّس على القرينة القضائية بعيداً عن منطق العدل و داخل في دائرة التعسّف<sup>3</sup>.

و لقد ترك المشرّع الجزائري للقاضي الحرّية في استنباط القرينة القضائية، و ذلك بناء على المادة (340) من القانون المدني الجزائري، حيث جاء فيها: (يترك لتقدير القاضي استنباط كلّ قرينة لم يقرّها القانون). فالافتراض القضائي يبدأ من الحدّ الذي ينتهي إليه الافتراض القانوني؛ لأنّ القاضي، عند غياب القرينة القانونية، له أن يختار واقعة معلومة من بين وقائع الدّعوى، ثمّ يستدلّ بها على الواقعة المراد

<sup>1</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 333.

<sup>2</sup> منصور (محمد)، مرجع سابق، ص 165.

<sup>3</sup> Montesquieu, *Ibid*, P.301

إثباتها<sup>1</sup>. فسلطة تقدير القاضي في ذلك واسعة جدًا على أساس أن هذه القرائن تعدّ من مسائل الواقع التي يستقلّ بتقديرها، دون أن يخضع فيها لرقابة محكمة القانون، ما دامت القرينة التي اعتبرها دليلاً على ثبوت الواقعة تؤدّي عقلاً إلى ثبوتها<sup>2</sup>، و أساس أخذ القاضي بالقرينة هو اقتناعه الشخصي بها<sup>3</sup>. و إذا كانت القرينة القضائية هي أساس الافتراض الذي تقوم به المحكمة العليا، و الذي يبني على الاستنتاج بطريق اللزوم العقلي، فدائرة الافتراض بذلك تكون واسعة، حيث يكون لها أن تفترض النتيجة الضّررية في دائرة التفريق القضائي بناء على الواقعة المشكّلة لسببها؛ و لهذا نجد المحكمة العليا تجعل من معيار (كلّ ضرر معتبر شرعاً) المنصوص عليه في الفقرة (10) من المادّة (53) من قانون الأسرة أساساً لافتراضها. فجعلت من عدم إتمام الزّواج بالبناء قرينة على الضّرر الواقع على المرأة، و هو ذو طابع مزدوج، مادّي و معنوي<sup>4</sup>. و كان قرار المحكمة العليا في ذلك قراراً تقريرياً لحكم قضاة الموضوع<sup>5</sup>. و في هذا السياق، قد جعلت المحكمة العليا، تقريراً لقرار المجلس القضائي لمدينة الجزائر، تأخّر الزّوج عن الدّخول بزوجه لمدة خمس سنوات قرينة على الضّرر الناتج عنه، فـ: (من المقرّر قانوناً أنّه يجوز للزّوجة طلب التّطليق مع التّعويض استناداً على وجود ضرر معتبر شرعاً. و لما ثبت - في قضية الحال - أنّ القضية تتعلّق بزواج تامّ الأركان، إلّا أنّ الزّوج تأخّر عن الدّخول بزوجه لمدة 5 سنوات، فإنّه بذلك يعتبر تعسّفاً في حقّها و يبرّر التّعويض الممنوح لها)<sup>6</sup>. كما اعتبرت المحكمة العليا الضّرر الناتج عن طول

<sup>1</sup> الشّوّاري (عبد الحميد)، مرجع سابق، ص 17.

<sup>2</sup> سعد (نبيل)، مرجع سابق، ص 343.

<sup>3</sup> د. زهدور (محمد)، مرجع سابق، ص 85.

<sup>4</sup> الحكم المطعون فيه صادر عن محكمة بئر مراد رابح بتاريخ 19/10/1997، و الذي قضى نهائياً فيما يخصّ الطّلاق، و ابتدائياً في غيره (الأمر المادي) بإلغاء عقد الزّواج المبرم بين الطّرفين قبل البناء، و أمرت بتسجيله على هامش سجّل الحالة المدنية و الحكم على المدّعي عليه بدفعه للمدّعية مائة ألف دينار جزائري تعويضا عن كافة الأضرار، و التّعويض يكون ابتدائياً يمكن الاستئناف بشأنه.

أنظر: قرار 217179 المؤرخ في 16/03/1999، الاجتهاد القضائي لفرقة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (122-125).

<sup>5</sup> الطّاعن عقد على المطعون ضدها بتاريخ 13/06/1995، و منذ ذلك التاريخ لم يقيم الطّاعن بإتمام الزّواج، فتكون بذلك تلك المدة الطّويلة قد ألحقت ضرراً مادياً و معنوياً بالزّوجة، و هو الأساس المعتمد عليه من طرف القاضي الأوّل فيما قضى به، و هو المفهوم ضمناً من الحكم، أي الضّرر المعتبر شرعاً المنصوص عليه في المادّة (53) من قانون الأسرة، و أقرته على ذلك المحكمة العليا و بهذا كان الحكم تقريرياً.

أنظر: قرار 217179 المؤرخ في 16/03/1999، السّابق ذكره.

<sup>6</sup> قرار رقم 135435، المؤرخ بتاريخ: 23/04/1996، السّابق ذكره.

لقد طعن بالتّقص في القرار الصّادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ: 10/04/1994 و القاضي بتعديل الحكم المستأنف جزئياً بتخفيض مبلغ التّعويض إلى 25.000.00 و القضاء من جديد على المستأنفة بأن تترك للمستأنف مبلغ 3.000.00 د.ج مقابل نصف الصّداق، و ذلك بعد استئناف الحكم الصّدر عن محكمة الحرّاش بتاريخ: 28/04/1993، و القاضي بالتصريح بتطبيق المدّعية قبل الدّخول و إلزام المدّعي عليه بدفع مبلغ 85.000.00 د.ج كتعويض. و قد أقرت المحكمة العليا قرار المجلس القضائي على اعتبار أنّ المطعون ضدها ليست مخطوبة، كما جاء في الطّعن، و بالتالي فطلب التّطليق لا يكون عدولاً؛ لأنّ الطّرفين زوجان بموجب عقد رسمي، و الطّاعن اعتبرته المحكمة العليا تماطل في الدّخول بالعقد عليها، مما أنتج أضراراً معنوية أثقلت كاهلها، فاستحققت بموجب ذلك التّعويض طبقاً للقانون.



أمد النزاع بين الزوجين مفترضا<sup>1</sup>، و كان قرارها في ذلك تقريراً لما ذهب إليه قضاة مجلس قضاء قائلة بتاريخ: 1983/04/12 المؤيد للحكم الصادر من محكمة عين مليلة يوم: 1976/04/02 القاضي بالطلاق بين الطاعن و زوجته المطعون ضدها بناء على رغبته<sup>2</sup>. كما اعتبرت المحكمة العليا كذلك إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته قرينة على النتيجة الضربية الواقعة على الزوجة، ف: (إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضرراً حسب الفقرة (6)<sup>3</sup> من المادة (53) من قانون الأسرة، و من ثم يجوز تطبيق الزوجة لهذا السبب)<sup>4</sup>. و زيادة على ذلك، فقد اعتبرت استفحال الخصام قرينة على النتيجة الضربية، حيث عبّرت على ذلك بقولها: (من المستقرّ عليه قضاء أنه يجوز تطبيق الزوجة لاستفحال الخصام و طول مدته بين الزوجين باعتباره ضرراً شرعياً)<sup>5</sup>.

و انظر في هذا الأمر كذلك: القرار رقم 216865، المؤرخ في: 1999/03/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (256-258).

<sup>1</sup> من المقرر شرعاً أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين و لحق الزوجة من ذلك ضرر بين و اقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل من حلّ إلا بفكّ الرابطة الزوجية، و من ثم فإنّ التعي على القرار المطعون فيه للقصور أو تناقض في الأسباب و مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محلّه يستوجب رفضه. و لما كان ثابتاً - في قضية الحال - أنّ النزاع بين الطرفين طال أمده و بقي كلّ منهما مصراً على موقفه، فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بالتفريق بين الزوجين كان قرارهم سليماً و غير مشوب بالقصور أو التناقض في الأسباب.

قرار رقم 36414، المؤرخ في: 1985/05/20، المحلّة القضائية، سنة 1990، العدد 2، ص 58، أنظر القرص المضغوط، السابق ذكره.  
<sup>2</sup> إنّ ما قرره قضاة مجلس قائلة أسّس على أنّ الزوجين كانا مفترقين منذ سنة 1974 و كان الخصام بينهما قائماً مع إصرار الزوج على المطالبة بالرجوع و هو مدرك أنّ الأمر غير ممكن، و ما اتّخذ مجلس قضاء قائلة راجع لسلطته و خاضع لتقديراته، فملاحقة الزوج لزوجته و إصراره على إخضاعها لإرادته و سجنها ما يزيد على تسع سنوات هو إضرار بها، و عمل تأباه الشريعة الإسلامية، و يرفضه المنطق، و يجافيه العدل و الإنصاف، و بذلك كان القرار، في نظر المحكمة العليا، سليماً، و ليس فيه قصور أو تناقض في الأسباب أو مخالفة لأحكام الشريعة أو حجّة الشّيء المقضي به. أنظر: قرار رقم 36414، السابق ذكره.

<sup>3</sup> و هي الفقرة العاشرة بناء على التعديل الذي جاء به الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

<sup>4</sup> قرار رقم 127948، المؤرخ في: 1996/01/16، نشرة القضاة، سنة 1999، العدد 54، ص (100-103).  
و هذا القرار جاء مؤيداً لما قضت به محكمة سيدي عقبة التي قضت بتطبيق الزوجة على مسؤولية الزوج طبقاً للمادة (53) من قانون الأسرة، و قد قدّم بشأنه الزوج مذكرة أثار فيها وجهها و حيداً للتقصّ تدعيماً لطعنه و هو مخالفة الفقرتين (4) و (6) من المادة (53)، حيث أنّ المحكمة، حسب نظره، قضت بتطبيق الزوجة على أساس الحكم الجزائي الصادر في: 1986/05/03، و القاضي بإدانة الزوج بتهمة الضرب و الجروح العمدية ضد زوجته، و حكم عليه بتسعة أشهر حبس نافذة، في حين أنّ المادة (53) تنصّ على أنه يجوز للزوجة أن ترفع دعوى تطليق إذا صدر حكم بعقوبة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة، و من جهة أخرى بعد صدور هذا الحكم ضد الطاعن سنة 1986 استأنف الحياة الزوجية بصفة عادية، و الزوجة لم تحتجّ بهذا الحكم إلاّ في سنة 1993، و المحكمة، في نظره، أخطأت في إسناد الظلم للزوج، و المحكمة العليا رأت أنّ الضرب و تحريض الأولاد على سوء السلوك أضرار معتبرة شرعاً، فلذلك كان قضاة المحكمة صائبين في تحريك الفقرة السادسة من المادة (53)، و لم يدرك الطاعن و محاميه أنّ قضاة الموضوع استندوا إلى حجّة الأمر المقضي فيه، لا إلى أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة (53) من قانون الأسرة.

<sup>5</sup> قرار رقم 224655، المؤرخ في: 1999/06/15، السابق ذكره.



إضافة إلى كلّ هذا، فإنّ المحكمة العليا أقرتّ للزّوجة الحقّ في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة مستقلة عن أهلها، حتّى ولو لم تكن قد تحفّظت بذلك الحقّ حين عقدة التّكاح، أو سبق لها أن سكنت مع أقارب زوجها ثمّ اشتكت بسبب جوارهم<sup>1</sup>. وإنّ تهادي الزّوج في رفض طلب توفيره لها فإنّ الشّرع لا يحوّله حقّ إجبارها على العودة إلى السّكن الذي يسكنه أقاربه و خاصّة مع الضّرة و لو لم تثبت الضّرر بمشاجرة و نحوها، و اعتبرت المحكمة العليا قضاء قضاة الاستئناف بالطلاق تحت مسؤولية الزّوج تأسيساً على تهاديه في رفض إسكان زوجته نتيجة الضّرر الذي لحق بها صائبا و موافقا لأحكام الشّريعة الإسلامية<sup>2</sup>. و قد أسست المحكمة العليا رؤيتها لحقّ السّكن المستقلّ على قول خليل: (و لها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه)<sup>3</sup>. فمن حقّ الزّوجة أن تطلب مسكنا منفردا عن أهل الزّوج، و قضاة الموضوع إذا ما حكموا بعدم إمكانية تلبية طلب الزّوجة في ذلك يكون قرارهم بذلك عرضة للتّقصّ<sup>4</sup>. و هذا الحقّ استقرتّ عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها<sup>5</sup>. و ليس معنى ذلك أنّ لها الحقّ في المعاش المستقلّ، فهذا غير كاف، و إنّما لها الحقّ في السّكن المستقلّ عن أهل الزّوج، و الحكم بغير ذلك يتعيّن نقضه<sup>6</sup>. و أكثر من ذلك، فقد أكّدت المحكمة العليا أنّ الطّاعة الواجبة على الزّوجة لزوجها لا تعطلّ حقّها في السّكن المستقلّ، فحكم قضاة الموضوع بأنّ رجوع الزّوجة إلى بيت الزوجية بعد خروجها منه يكون مشروطا بتوفير سكن مستقلّ منفرد عن أهل الزّوج قد جاء موافقا للقانون<sup>7</sup>. و إذا ما أبدت الزّوجة رغبتها في الرجوع إلى السّكن المنفرد، و لم يستطع الزّوج توفير ذلك، كان عليه تحمّل تبعه الطّلاق. فالزّوج هو المسؤول عن الضّرر حينذاك؛ لأنّه لم يمثّل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزّوجة، ممّا يجعلها متضرّرة و محقّة في طلبها التّعويض<sup>8</sup>. و بذلك تكون المحكمة العليا قد افترضت النتيجة الضّررية الحاصلة من جرّاء عدم توفير مسكن زوجي مستقلّ، و عبّرت عن ذلك قائلة: (و أنّ الزّوج هو المسؤول عن الضّرر لأنّه لم يمثّل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزّوجة ممّا يجعل الزّوجة متضرّرة و محقّة في طلبها

<sup>1</sup> قرار رقم 38331، المؤرّخ في: 1985/11/04، المجلّة القضائية، سنة 1989، عدد 1، ص 101، القرص المضغوط، السّابق ذكره.

<sup>2</sup> قرار رقم 39390، المؤرّخ في 1986/01/13، المجلّة القضائية، سنة 1990، عدد 2، ص 62، القرص المضغوط، السّابق ذكره.

<sup>3</sup> ابن اسحاق (خليل)، مصدر سابق، ص 164.

و انظر: قرار رقم 189339، المؤرّخ في: 1998/05/19، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (216-218).

<sup>4</sup> قرار رقم 159732، المؤرّخ في: 1997/05/13، المجلّة القضائية، سنة 1997، عدد 2، ص (100-102).

<sup>5</sup> القرار نفسه.

<sup>6</sup> قرار رقم 189339، السّابق ذكره.

<sup>7</sup> قرار رقم 218754، المؤرّخ في: 1999/02/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص (222-224).

<sup>8</sup> قرار رقم 224655، المؤرّخ في: 1999/06/15، السّابق ذكره.

التعويض<sup>1</sup>. و هذا أمر صائب؛ لأنّ المعيشة المشتركة أو المساكنة هي النتيجة الطبيعيّة لعقد الزواج، فبناء عليه يقع على الزوج عبء توفير مسكن الزوجية المنفرد، مستمداً أساسه من عقد الزواج ذاته، و يظلّ هذا الحقّ طالما بقيت الرابطة الزوجية<sup>2</sup>. فهو التزام عقدي؛ لأنّه موضع الاحتباس<sup>3</sup>، و هو من مشتملات النفقة كالغذاء و الكسوة و العلاج<sup>4</sup>. و لهذا اعتبر صاحب الهداية الضّرر الناتج عن إهماله مفترضا في قوله: (و على الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلاّ أن تختار ذلك لأنّ السكّني من كفايتها فتحب لها كالنفقة، و قد أوجب الله تعالى مقرونا بالنفقة، و إذا أوجب حقاً لها، ليس له أن يشرك غيرها فيه؛ لأنّها تتضرّر به، فإنّها لا تأمن على متاعها، و يمنعها ذلك عن المعاشرة مع زوجها و من الاستمتاع إلاّ أن تختار؛ لأنّها رضيت بانتقاص حقّها)<sup>5</sup>، و هذا يدلّ على أنّ لها أن لا تسكن مع أهله إذا تضرّرت، و لا تُسأل دليلاً عن الضّرر أو مقداره<sup>6</sup>، و قد قال ابن عابدين في هذا الأمر: (للزوجة السكّني أي الإسكان، و تقدّم أنّ اسم النفقة يعمّها، لكنّه أفرداها لأنّ لها حكماً يخصّها؛ لأنّها تتضرّر بمشراكة غيرها فيه؛ لأنّها لا تأمن على متاعها و يمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها و من الاستمتاع إلاّ أن تختار ذلك؛ لأنّها رضيت بانتقاص حقّها)<sup>7</sup>، و قد كان الشّيخ صالح عبد السميع الآبي أكثر وضوحاً في هذا الشأن حيث قال: (و لها أي الزوجة الامتناع من أن تسكن مع أقاربه لتضرّرها باطلاّعهم على أحوالها و ما تريد ستره عنهم و إن لم يثبت إضرارهم بها)<sup>8</sup>. و بذلك تكون أقوال الفقهاء قد تضافرت في جعل غياب السكّني الشرعي<sup>9</sup> قرينة على النتيجة الضررية الواقعة على الزوجة؛ لأنّها لا تُسأل دليلاً عليه، ممّا يجعل قرارات المحكمة العليا ذات الصلّة صائبة في توجيهها. و لهذا كان

<sup>1</sup> قرار رقم 224655، المؤرخ في: 15/06/1999، السابق ذكره.

<sup>2</sup> الشوّاري (عبد الحميد)، مجموعة الأحوال الشخصية، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2002، ص 96.

<sup>3</sup> د. بن ملحّة (الغوثي)، مرجع سابق، ص 104.

<sup>4</sup> د. العطار (عبد التّاصر)، مرجع سابق، ص 43.

<sup>5</sup> المرغيناني (برهان الدين)، الهداية شرح بداية المبتدي، ج2، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1990، ص 323-324.

<sup>6</sup> أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 243.

<sup>7</sup> ابن عابدين (محمد الأمين)، مصدر سابق، ج3، ص 599-600.

<sup>8</sup> الآبي (صالح)، مصدر سابق، ص 403.

<sup>9</sup> لا يكون السكّني شرعيّاً إلاّ بتوفّر الشروط الآتية: أ- أن يكون لانفا مجال الزوج المالية، سواء كان مغزلاً مستقلاً، أو شقّة في منزل، حسب عرف أمثاله في المسكن، ب- أن يكون المسكن خالياً من أهله و أهلها إلاّ الصّغير غير المميّز، و أن يكون خالياً من ضرتّها؛ لأنّ وجود الضرة في ذاته إيذاء لها، كما جرت العادة و دلّ الاستقراء، ج- أن يكون مشتملاً على المرافق المنزلية و الأدوات اللازمة المناسبة لحاله المالية، د- أن يكون بين جيران صالحين، تأمن فيه الزوجة على نفسها و مالها.

أنظر: الغندور (أحمد)، مرجع سابق، ص 251.

العمروسي (أنور)، مرجع سابق، ج1، ص 484 و ما يليها.

د. العطار (عبد التّاصر)، المرجع نفسه، ص 44.

واجبا على المشرّع الجزائري أن يستفيد من كلّ ذلك و يستحدث نصوصا تنظّم مشكلة المسكن الشرعي، و ذلك تماشيا مع المتغيرات الاجتماعية و تواكبا مع الأحداث و التوازن، خاصّة و أنّ المرأة المتزوجة في زماننا من أشدّ ما تتضرّر منه هو السّكن المستقلّ الواجب لها على زوجها. و أقترح في هذا الشّأن أن تُصاغ أحكام المسكن الشرعي كما يلي:

المادّة (1): (المسكن الشرعي حقّ خالص للزوجة لا يسقط بالتراخي. و للزوجة الحقّ في تأسيس دعواها بالتفريق على فواته).

المادّة (2): (لا يكون مسكن الزوجة شرعيًا إلا بتوفّر الشّروط الآتية:

أ- أن يكون مستقلاّ، سواء كان متزلا، أو شقة في منزل حسب عرف أمثال الزوج و حالهم في المسكن،

ب- أن يكون خاليا من أهله و أهلها باستثناء: الصّغير غير المميّز و الوالدين العاجزين،

ج- أن يكون خاليا من الضرّة،

د- أن يكون مشتملا على المرافق المتزلية و الأدوات اللاّزمة، مع مراعاة حال الزوج المالية في

ذلك،

هـ- أن يكون بين جيران صالحين، تأمين فيه الزوجة على نفسها و مالها).

## الفرع الثاني: خوابط الافتراض القضائي

إنّ السّلطة التّقديرية للقاضي و هو يستعمل آليّة الافتراض واسعة جدّا؛ لأنّ أساسها القرينة، و لهذا كان شأنها خطيرا، و قد يكون الحكم الذي يُبنى عليها تعسفيا<sup>1</sup>، و بهذا الاعتبار كان لازما ضبط استعمال هذه الآليّة، و غاية ذلك التّضييق من نطاق الطّلاق، و عدم السّير في طريق تحريره، كما ذهبت إلى ذلك القوانين الغربية مدمّرة بذلك مجتمعاتها خدمة للمذهب الفردي<sup>2</sup>. فالاعتماد على القرائن أمر معقّد قد يؤدّي إلى الظّلم و الفساد، خاصّة إذا توسّع القاضي في استعمالها و جعل معوّله عليها دون مراعاة الأوضاع الشرّعية<sup>3</sup>. و لهذا كان التّكوين الفعّال للقاضي ضروريا؛ لأنّه يدعّم أصالة العدالة و

<sup>1</sup> Montesquieu, *Ibid*, P.301.

<sup>2</sup> Courbe (P.), *Ibid*, P. 115.

<sup>3</sup> ابن فيم الجوزية(شمس الدين)، الطرق الحكّمية، مصدر سابق، ص 3.

يكيفها، و يمكنه من أن يصدر قراراته مطابقة للقانون. و ليس هذا فقط، بل يجعله يفكر ملياً في افتراضاته التي يقوم بها أثناء فحص ملف الدعوى<sup>1</sup>.

و قد رأيت أن أحصر ضوابط الافتراض في ضابطين اثنين، مستلهمهما من قول الإمام ابن قيم الجوزية في كتابه الطّرق الحكمية، حيث قال فيه: (والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الأمارات و دلائل الحال، و معرفة شواهد، و في القرائن الحالية و المقالية، كفقهِه في جزئيات و كليّات الأحكام: أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها. و حكم بما يعلم الناس بطلانه، و لا يشكّون فيه، اعتماداً منه على نوع ظاهر، لم يلتفت إلى باطنه و قرائن أحواله. فهاهنا نوعان من الفقه، لا بدّ للحاكم منهما: فقه في أحكام الحوادث الكليّة، و فقه في نفس الواقع و أحوال الناس، يميّز به بين الصادق و الكاذب، و المحقّق و المبتطل. ثمّ يطابق بين هذا و هذا. فيعطي الواقع حكمه من الواجب، و لا يجعل الواجب مخالفاً للواقع). و كذلك من خلال العناصر التي تراعى في صياغة القرائن من المصلحة العامّة و المصلحة الخاصّة و أحوال الناس و طبائعهم و عاداتهم في معاملاتهم و ما تواضعوا عليه على وجه العموم<sup>2</sup>.

### الضابط الأول: مراعاة مبدأ ديمومة الأسرة

إنّ الأسرة هي الخلية الحيويّة في المجتمع البشري؛ لأنّها تشكّل النظام الذي يتعدّد استبداله بهدف تثبيت الشّخص في المجتمع<sup>3</sup>. و هي الموقع الحيوي الذي تنطلق منه مسيرة تكوين شخصيّة الفرد كسباً للمفاهيم و المعتقدات و تشبّعاً بالعادات و المهارات، ممّا يجعل الأمر ينعكس على حركة المجتمع الحضاريّة<sup>4</sup>. و لهذا ثبت بالاستقراء أنّه لا يمكن، إطلاقاً، أن تتشكّل شخصيّة سويّة من أسرة مفكّكة متنازعة<sup>5</sup>، فكانت بذلك الأسرة نظاماً اجتماعياً رئيسياً و أساساً لوجود المجتمع البشري مشكّلة بذلك الإطار الذي تنشأ و تنمو فيه إنسانية الإنسان<sup>6</sup>؛ لأنّ التّنشئة الاجتماعية للجنس البشري عمليّة طويلة و

<sup>1</sup> Canivet (G.) (Magistrat, Président de la cour française de cassation), « *Nous rendons justice les mains tremblantes* », le monde de Samedi 07 Janvier 2006, Page Débats, P.21.

<sup>2</sup> أنظر المبحث الثاني من الفصل الأول، ص 22.

<sup>3</sup> Terré (F.), Fenouillet (D.), *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 1996, P. 230.

<sup>4</sup> أ.د. السحمراني (أسعد)، الأسرة العربية و التحديات الفكرية، (مؤتمر الأسرة الأوّل بعنوان: الأسرة العربية في وجه التحديات و المتغيّرات المعاصرة، الذي جرى بيروت عام 2002)، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2003، ص (31-43).

<sup>5</sup> أ.د. الصّالح (سعاد)، الأسرة المسلمة بين التّصوص و الواقع، (مؤتمر الأسرة الأوّل بعنوان: الأسرة العربية في وجه التحديات و المتغيّرات المعاصرة، الذي جرى بيروت عام 2002)، مرجع سابق، ص (55-93).

<sup>6</sup> د. المولى (سعود)، بنية الأسرة في ضوء المتغيّرات الاجتماعية، (مؤتمر الأسرة الأوّل بعنوان: الأسرة العربية في وجه التحديات و المتغيّرات المعاصرة، الذي جرى بيروت عام 2002)، مرجع سابق، ص (235-259).

معقدة؛ لاعتمادها على ثقافة المجموعات البشرية. فطبيعة هذه التشنّعة استلزمت إطارا اجتماعيا كالأسرة يتّصف بالاستقرار التّسبي و طول المدى من ناحية، و يشمل حالة مصغّرة لثقافة المجتمع الكبير من ناحية أخرى<sup>1</sup>. ولهذا لا نعجب بعد ذلك عندما تحرّم الشريعة الإسلامية نكاح المتعة<sup>2</sup>؛ لأنّ الزّواج لا يكون زواجا حتّى يمتلك إرادة العزم الصّادق على ديمومة الحياة الأسريّة<sup>3</sup>. فالزّواج هو أساس الأسرة محلّ التّشنّعة الاجتماعية الموصوفة بالتّعقيد و طول المدى، و نكاح المتعة يتعارض مع ذلك تعارضا صارخا. و ما يؤكّد أنّ التّشريع الإسلاميّ يحرص حرصا شديدا على دوام الأسرة من خلال حرصه على دوام الرّابطة الزوجية:

1- تقييد الطّلاق، فالزّوج لا يتمتّع بالحرية المطلقة في ذلك، فلا يحقّ له أن يطلق زوجته متى

شاء. فقد وضع التّشريع الإسلاميّ ضوابط من شأنها أن تحدّ من نسبة الطّلاق في المجتمع:

أ- فبين أن الطّلاق هو أبغض الحلال إلى الله بناء على حديث النبيّ صلّى الله عليه و سلّم:

" أبغض الحلال إلى الله الطّلاق "<sup>4</sup>. كما أوصى القرآن الرّجال بأن يعاشروا زوجاتهم

بالمعروف و الصّبر، و أن لا يتسرّعوا في الطّلاق لأتفه الأسباب: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ

بِالْمَعْرُوفِ<sup>5</sup> فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَجَعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا

كَثِيرًا<sup>6</sup>﴾.

ب- أن لا يقع طلاق النّساء أثناء فترة العدة؛ مصداقا لقول الله تبارك و تعالى:

﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ<sup>6</sup>﴾، و كذلك مصداقا لقوله تعالى:

﴿يَتَأْتِيَ النَّبِيَّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقْتُمُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ<sup>7</sup> وَاتَّقُوا اللَّهَ

<sup>1</sup> د. الخوري (توما)، سيكولوجية الأسرة، ط1، بيروت، دار الجليل، 1988، ص 14.

<sup>2</sup> و جماع نكاح المتعة المنهي عنه كلّ نكاح كان إلى أجل من الأجل قُرب أو بُعد.

أنظر: الشافعي (محمد بن ادريس)، مصدر سابق، ص 933.

<sup>3</sup> الشعراوي (محمد متولي)، مرجع سابق، ص 183.

<sup>4</sup> سبق تخرجه في المبحث الأول من هذا الفصل، أنظر ص 86.

<sup>5</sup> سورة النّساء: آية 19.

<sup>6</sup> سورة البقرة: آية 228.

رَبِّكُمْ<sup>1</sup>. ففترة العدة هي فرصة للتروي في الأمر، و التفكير مليًا و بعمق في قرار الطلاق<sup>2</sup>.

و إضافة إلى ذلك، و حرصا من التشريع الرباني على دوام الأسرة أن جعل الله عزّ وجلّ الطلاق مرتين: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ ۖ فِإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنِ﴾<sup>3</sup>، فكان نظام الرجعة الذي انفردت به الشريعة الإسلامية الغراء دليلا قاطعا على حرص الإسلام على استئناف العلاقة الزوجية.

2- تكريس نظام الصلح قبل الحكم بالطلاق، و يقول المولى تبارك و تعالى في هذا الشأن: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَغُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾<sup>4</sup>، و يقول تعالى كذلك: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾<sup>5</sup>.

و الصلح الذي جاء به القرآن الكريم هو الصلح التحكيمي، و هو الصلح الذي يقوم به الحكمان في حالة الشقاق. و الصلح بين الزوجين هو الإصلاح بينهما لما فيه صلاح حالهما، و استمرار الزوجية و حسن المعاشرة، و يكون ذلك بأية صورة ممكنة يراها القاضي موصلة إلى استدامة العشرة بينهما، و ذلك بالتعرف على حقيقة الخلاف القائم، و ظروفه و ملابساته المحيطة به، حتى يتخذ السبل الناجعة لإنهائه

<sup>1</sup> سورة الطلاق: آية 1.

<sup>2</sup> الذوايدي (محمود)، مرجع سابق.

<sup>3</sup> سورة البقرة: آية 229.

<sup>4</sup> سورة النساء: آية 35.

<sup>5</sup> سورة النساء: آية 128.



صُلحا<sup>1</sup>. و قد أخذ المشرّع الجزائري بنظامي الصلح القضائي و الصلح التحكيمي في المادتين (49)<sup>2</sup> و (56)<sup>3</sup> من قانون الأسرة.

### الضابط الثاني: مراعاة المتغير الاجتماعي

إذا كان التعقيد القانوني نتيجة منطقية للتعقيد الاجتماعي، و هو المبدأ العام<sup>4</sup>، على أساس أن القانون هو مجموع القواعد التي تنظم المجتمع تنظيمًا من شأنه التوفيق بين مصالح الأفراد و حرّياتهم من جهة و بين الصالح العام من جهة أخرى<sup>5</sup>، دون أن ننسى دوره التقييدي أو المعياري، الذي يحاول من خلاله وضع أفضل القواعد على أساس حكم تقويمي مبني على أساس تقدير الغاية المبتغاة<sup>6</sup>، من أجل تطوير المجتمع و المساهمة في خلق العوامل اللازمة لحدوث التغيير الاجتماعي<sup>7</sup>. و إذا كان الفقه مرتبطًا ارتباطًا وثيقًا بالزمن الذي يحدّد تاريخه و تطوّراته<sup>8</sup>، جاعلا التفكير الفقهي متأثرًا إلى حدّ كبير بظروف المجتمع؛ لأنّ دور الفقهاء كان منصبًا على تحديد كميّات الاستجابة للمصالح الاجتماعية المتطوّرة من

<sup>1</sup> إنّ هذا النوع من الصلح و هو الصلح القضائي دوره الأساس ليس هو الوقوف في وجه إيقاع الطلاق، و إنّما دوره تحريك نظام المراجعة، بحث الزوج على إرجاع زوجته، و الوقوف حاجزًا أمام وصف البيونة الذي يتحقّق بمجرد انتهاء فترة العدة، أمّا الصلح التحكيمي فدوره المحوري إيقاف و قمع الطلاق.

<sup>2</sup> المادة (49) من القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدّلة بموجب الأمر رقم 02/05: (لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدّته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدّعوى).

<sup>3</sup> المادة (56) من القانون نفسه: (إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر و جب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما ..).

<sup>4</sup> إنّ علماء الاجتماع يتفقون على أنّ النظام القانوني تعبير أو انعكاس للسياق الاجتماعي الأوسع الذي يوجد فيه، و لهذا نجدهم يهتمون بدراسة الظروف التي يؤثّر فيها المجتمع على القانون، و بتحديد الطرق التي يحدث بها هذا التأثير. و بهذا، فالفكرة المحورية في معظم التحليلات السوسولوجية للقانون تشير إلى أنّه يمكن فهم القانون على نحو أفضل لو نظرنا إليه باعتباره آلية تكاملية في المجتمع. و على الرّغم من أنّ القانون يمكن أن يدعّم الاستقرار و التوازن الاجتماعي، فإنّ القواعد القانونية ذاتها ليست ظواهر ثابتة أو مستقرّة، فالقانون عبارة عن مركّب متغير يتميّز باستجابته للتغيّرات المستمرة في المجتمع، فقد تكون طبيعة المجتمع المسؤولة الأولى عن التقلّبات التشريعية. و التردّد الذي يميّز الفرد و الجماعة يسبغ الخيار التشريعي بنفس الصّفات.

أنظر: المرزغتي (علي) و اللّغماني (سليم)، مقالات في الحداثة و القانون، د.ط، تونس، دار الجنوب للنشر، د.ت، ص 66-67.

أ.د. جابر (سامية)، د. حسن (حسن)، علم اجتماع القانون، د.ط، الاسكندرية، مصر، دار المعرفة الجامعية، 2003، ص 272.

<sup>5</sup> د. فرج (توفيق)، المدخل للعلوم القانونية، ط1، مصر، الدار الجامعية، 1988، ص 15.

<sup>6</sup> د. حسن (أحمد)، غاية القانون - دراسة في فلسفة القانون، د.ط، الاسكندرية، مصر، الدار الجامعية، 2000، ص 29.

<sup>7</sup> د. أبو زيد (محمود)، علم الاجتماع القانوني - الأسس و الاتجاهات، د.ط، القاهرة، مكتبة غريب، د.ت، ص 154-155.

Terré (F.), *Introduction générale au droit*, Ibid, P. 23.

<sup>8</sup> د. إمام (كمال الدّين)، مرجع سابق، ص 9.



خلال تفسير التّصوص و تحديد المفاهيم الفقهية<sup>1</sup>. فإنّ القضاء بدوره كان محلّ تأثّر و تأثير في الظروف الاجتماعية<sup>2</sup>، فمراعاة المتغيّرات و الأحوال الاجتماعية من طرف القاضي أمر ضروري لاجتناب ما يمكن أن يقع فيه من الخطأ و الزلل، خاصّة إذا كان النصّ مبهما، أو مجال تطبيقه واسعاً، كما هو الحال في عبارة (كلّ ضرر معتبر شرعاً)، باعتبار القاضي هو أوّل من يلمس التطور و يحسّ بالحاجة إلى التّغيير و التّجديد؛ لأنّه يجابه الأحداث المتجدّدة يوماً بيوم، فهو يعمل في مسرح الحياة مستوحياً آراءه من ظروف كلّ قضية و ملاسأهما<sup>3</sup>، معطياً بذلك الفعالية للقاعدة القانونية التي تعترضها العوارض، رجاء في الوصول إلى الاستقرار العادل الذي تطمح إليه الحياة الاجتماعية<sup>4</sup>. عند ذلك سوف تكون سلطة القاضي التقديرية في أعمال آلية الافتراض واسعة جدّاً، و عندها تظهر أهمّية وضع القاضي بين عينيه ضابط مراعاة المحدّد الاجتماعي، من أجل التّوصّل إلى حلّ عادل و سليم. فالحكم القضائي بناء منطقي<sup>5</sup>، لا يستطيع تجاهل المظاهر و الصّفات الخاصّة بالقضايا المطروحة عند التّطبيق، و إلّا يكون قد ضحّى بالمصلحة الاجتماعية في سبيل الحياة الفردية يجعله العدالة آلية جامدة<sup>6</sup>، كالنّظر إلى الموقف القيمي للمجتمع من سلوك الزوج الذي مارسه على زوجته، و مدى تأثير ذلك السلوك على أمثالها بالنّظر إلى الوسط الاجتماعي المحيط بها، أو حالتها الاجتماعية و الثقافية هي في ذاتها. فالقضاء المصري، على سبيل المثال، اعتبر رمي الزوج زوجته بالزّنا علناً بصفة رسمية مع ظهور براءتها منه بحكم قضائي قرينة واضحة على الضّرر الواقع عليها يستوجب طلاقها منه، على اعتبار أنّ مثل هذا السلوك تتأثّر به المرأة أدبيّاً مهما كانت طبقتها الاجتماعية<sup>7</sup>. كما اعتبر مجرد إرسال خطاب إلى الزّوجة من زوجها متضمّناً لعبارات جارحة قرينة واضحة على الضّرر المعنوي الواقع عليها، و الذي يستوجب طلاقها منه، بالنّظر إلى

<sup>1</sup> د. سراج (محمد)، الفقه الإسلامي بين النّظر و التّطبيق، د.ط، 1997، ص 40-41.

<sup>2</sup> و توضيحاً لذلك حكم عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في إيقاع الطّلاقات الثلاث بلفظ واحد ثلاثاً، بعد أن كانت لا تقع إلاّ واحدة أيام النبيّ صلى الله عليه و سلّم و أبي بكر - رضي الله عنه - و صدر خلافة عمر، و كان تعليل هذا التّغيير بأنّ الناس قد تعجّلوا في أمر كانت لهم فيه أناة و إمهال، فأمضاه عليهم زجراً لهم عن التّطوّل بالطلاق على هذا النحو، و قد أدّى ذلك مع أسباب أخرى إلى شيوع ظاهرة التحليل، التي أوضح الإمام ابن تيمية في فتاويه أسبابها الفقهية و اختار في علاجه لهذه الظّاهرة إيقاع الطّلاقات الثلاث واحدة، و هو الأمر الذي أخذت به أغلب قوانين الأسرة في الدّول الإسلامية. أنظر: د. سراج (محمد)، المرجع نفسه، ص 108.

<sup>3</sup> د. فريجة (حسين)، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، د.ط، الجزائر، دار دحلب، 1993، ص 5.

<sup>4</sup> بن ملحة (الغوّثي)، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المحلّة القضائية، سنة 2000، العدد 1، ص (43-65).

<sup>5</sup> بن ملحة (الغوّثي)، المرجع نفسه، ص (43-65).

<sup>6</sup> باوند (روسكو)، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة د. صلاح دباغ، الطبعة المّقحّة، بيروت، المؤسسة الوطنية للطباعة و النشر، 1967، ص

69.

<sup>7</sup> محكمة بني سويف الكليّة الشّرعية، 06 جمادى الثّانية 1373هـ الموافق لـ: 10 فبراير 1954. ذكره د. الصّابوني (عبد الرّحمان)، مرجع

سابق، ص 785.

وضعها الاجتماعي و المحيط الذي تعيش فيه و هي تحترف تربية النشء، و بذلك يكون الضرر المعنوي كبيرا تستحيل معه الحياة الزوجية، و الوضع الاجتماعي دفع القضاة للافتراض المؤدّي إلى التّطبيق، و لو لم تكن الزّوجة مربية للنشء لكان الحكم غير ذلك، فالافتراض مبرّر و مسبّب قضاء<sup>1</sup>. و قد كان الفقه الإسلامي إلى ذلك سابقا، حيث قرن فقهاء المالكية افتراضية الضرر الناتج عن غياب السّكن المستقلّ و وجوبية إثباته بالوضع الاجتماعي للزّوجة، حيث جاء في جواهر الإكليل شرحا لقول خليل: (و لها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلاّ الوضيعة)<sup>2</sup> ما يلي: (و لها أي الزّوجة الامتناع من أن تسكن مع أقاربه لتضرّرها باطلاعهم على أحوالها و ما تريد ستره عنهم و إن لم يثبت إضرارهم بها، إلاّ الزّوجة الوضيعة أي الدّنية القدر فليس لها الامتناع من سكناها مع أقاربه إلاّ أن يتحقّق الضرر فيعزلها عنهم)<sup>3</sup>. فنلاحظ من خلال هذا القول أنّ المرأة الشّريفة لا تُسأل إثباتا للضرر الحاصل لها من جرّاء غياب السّكن المستقلّ، أمّا المرأة الوضيعة فواجب عليها إثباته.

<sup>1</sup> محكمة أسبوط الابتدائية بتاريخ: 1958/12/02. ذكره د. الصّابوني (عبد الرّحمان)، مرجع سابق، ص 785.

<sup>2</sup> ابن اسحاق (خليل)، مصدر سابق، ص 164.

<sup>3</sup> الآبي (صالح)، مصدر سابق، ص 403.

## المطلب الثالث: الضرر في الخلع

إن تكييف الضرر في الخلع يحتم عليّ منهجياً التكفل بدراسة الأسباب الموضوعية له في (فرع أول)، ثمّ التعرض إلى تكييف الضرر فيه (فرع ثان).

### الفرع الأول: الأسباب الموضوعية للخلع

قد يتبادر إلى الذهن، عندما نقول أنّ حقّ طلب الخلع قد يكون مرتبطاً أساساً بأمر معنوي، ككره المرأة زوجها، أو عدم قدرتها على العيش معه، أنّ الخلع قد يكون لغير ضرورة، فهذا من الخطأ الجسيم، والذي ربّما قد يقع فيه الكثير من الناس. فالمخالعة لا بدّ أن تكون مؤسّسة على سبب مشروع، فقد روي عن ثوبان أنّه قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة <sup>1</sup>، و قد جاء في حديث آخر: " المختلعات والمنتزعات هنّ المنافقات <sup>2</sup>، و عن ابن عباس أنّ النبي صلّى الله عليه وسلّم قال: " لا تسأل المرأة زوجها الطلاق في

<sup>1</sup> أخرجه أبو داود في سننه بلفظ (طلاقاً)، كتاب الطلاق، باب في الخلع، رقم الحديث: 2226، ص 342، و أخرجه الترمذي في جامعه، ج 2، أبواب الطلاق و اللعان، باب ما جاء في المختلعات، رقم الحديث: 1199، ص 329، و قال الترمذي: و هذا حديث حسن. و أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة، رقم الحديث: 2055، ص 305، و أخرجه الطبري في تفسيره، ج 2، مصدر سابق، ص 285، و أخرجه الحاكم في المستدرک، و قال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه، ج 2، كتاب الطلاق، ص 200. و أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، ج 7، كتاب الخلع و الطلاق، باب ما يُكره للمرأة من مسألتها طلاق زوجها، ص 316. و قال الألباني في صحيح سنن الترمذي: صحيح. أنظر: الألباني (محمد ناصر الدين)، صحيح سنن الترمذي باختصار السند، ج 1، رقم الحديث: 948، ص 349.

<sup>2</sup> أخرجه الترمذي في جامعه عن ثوبان بلفظ: (المختلعات هنّ المنافقات)، ج 2، أبواب الطلاق و اللعان، باب ما جاء في المختلعات، رقم الحديث: 1198، ص 329، و أخرجه التيساني في سننه عن الحسن عن أبي هريرة بلفظ: (المنتزعات و المختلعات)، ج 6، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، ص 168-169، و قال الحسن: لم أسمع من غير أبي هريرة، قال أبو عبد الرحمن: الحسن لم يسمع من أبي هريرة شيئاً، و أخرجه أحمد في المسند عن أبي هريرة، ج 18، رقم الحديث: 9347، ص 84، و أخرجه الطبري في تفسيره بلفظين: الأول بدون (واو) و الثاني بدون (المنتزعات)، ج 2، مصدر سابق، ص 285، و أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن أبي هريرة، ج 7، كتاب الخلع و الطلاق، باب ما يكره للمرأة من مسألتها طلاق زوجها، ص 316.

غير كُنْهه فتجد ریح الجنة، و إن ریحها لیوجد من مسیرة أربعین عاما<sup>1</sup>. فهذه الأحادیث کلها ربطت قضية المیرر فی الخلع بالمقاس الأخری، كما ربطته بأمر خفیة لا یعلمها إلا المولی تبارک وتعالی، فربطته بالتفاق، ثم رائحة الجنة، وبغض الله عز وجل للواتی یطلبن الطلاق دون سبب مشروع. فالخلع بلا سبب بناء علی هذه المؤیدات السنیة أمر غیر مشروع<sup>2</sup>؛ لأن ذلك یشکل مضرة علی الزوجین معا، وهذا ما یخالف قاعدتنا الشرعیة العظیمة: " لا ضرر و لا ضرار ".

والخلع من غیر ضرورة هدم كامل للبناء العائلی، و المجتمع الإسلامی من أساسهما، علی اعتبار أن العائلة هی الخلیة والنواة الرئیسیة للبناء المجتمعی. وهذا یدلّ دلالة واضحة علی أن الأصل فی الخلع هو الحظر باعتباره طلاقا، والطلاق فی أصله محظور، ولا یجوز إلا للضرورة والحاجة.

وقد تحدّث الفقهاء عن بعض الأسباب الموضوعیة الّتی تجیز طلب المخالعة، منها:

1- ضرر الشقاق: فقد جاء فی فتح القدر: (وإذا تشاق الزوجان وظنّا ألا یقیما حدود الله فلا بأس بأن تفتدی نفسها منه بمال یخلعها به)<sup>3</sup>؛ لقوله تعالی: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا یُقِیْمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَیْهِمَا فِیْمَا أَفْتَدَتْ بِهِ﴾<sup>4</sup>، فذكر الخوف فی الآیة جرى علی الغالب؛ لأنّ الغالب وقوع الخلع فی حالة التّشاجر، فتكون الزّوجة مضطّرة إلى بذل المال<sup>5</sup>، وهذا ما یرتفع من حدیث ثابت بن قیس<sup>6</sup>. فالشّقاق إذا حصل من قبل المرأة جاز الخلع والفدیة<sup>7</sup>، وقد اتفق الجمهور علی تحريم أخذ الزوج لمال زوجته إلا أن یرتفع فساد العشرة من قبلها<sup>8</sup>. والخلع كما یرتفع بالتراضی، یرتفع بحکم الحکمین إذا فسدت العلاقة بین الزوجین وكانت التّفرة بینهما<sup>9</sup>. ویرتفع الإمام الشوکانی أن ظاهر أحادیث الباب أن

<sup>1</sup> أخرجه ابن ماجه فی سننه، كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة، رقم الحدیث: 2054، ص 305.

قال الألبانی: ضعیف. أنظر: الألبانی (محمد ناصر الدین)، ضعیف سنن ابن ماجه، مصدر سابق، رقم الحدیث: 445، ص 157.

<sup>2</sup> د. الفندور (أحمد)، مرجع سابق، ص 454.

<sup>3</sup> السیواسی (كمال الدین)، مصدر سابق، ج 4، ص 211.

<sup>4</sup> سورة البقرة: آیة 229.

<sup>5</sup> الشّریب (محمد الخطیب)، مصدر سابق، ص 262.

ابن حجر العسقلانی (أحمد)، مصدر سابق، ج 9، ص 397.

<sup>6</sup> أنظر المبحث الثالث من الفصل الأول، ص 59.

<sup>7</sup> ابن حجر العسقلانی (أحمد)، المصدر نفسه، ص 401.

<sup>8</sup> القرطبی (أبو عبد الله محمد)، مصدر سابق، ج 3، ص 137.

<sup>9</sup> أبو زهرة (محمد)، الأحوال الشخصیة، مرجع سابق، ص 340.

مجرد وجود الشقاق من قبل المرأة كاف في جواز الخلع<sup>1</sup>. ويؤيد عدم اعتبار ذلك من جهة الزوج أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يستفسر ثابتاً عن كراهته لها عند إعلانها بالكراهة له.

2- الخوف من عدم إقامة حدود الله: ومرجعية هذا السبب قول الله تبارك وتعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾، فإذا خاف الزوجان من عدم إقامة حدود الله بقاء العلاقة الزوجية، فلا بأس أن تفتدي الزوجة من زوجها بما يخلعها به<sup>2</sup>، وهذا لا يكون إلا بتعدّي إطار الحقوق الزوجية<sup>3</sup>. ويكون الخلع مكروهاً إلا في حال مخافة عدم إقامة حدود ما أمر الله به منهما أو من أحدهما<sup>4</sup>، وما أمر الله به هو الحقوق الزوجية المتبادلة، ويتأكد هذا المعنى من عبارة (ولكنني أكره الكفر في الإسلام) من حديث ثابت بن قيس، أي أكره إن أقمت عنده أن أقع فيما يقتضي الكفر<sup>5</sup>، وكذا من قول طاوس: (إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فيما افترض لكل واحد منهما على صاحبه في العشرة والصحبة)<sup>6</sup>. ويدخل في دائرة الخوف من عدم إقامة حدود الله التقاط الفرعية الآتية:

أ- كراهة كل واحد منهما لصاحبه، وهذا قول لابن المسيب<sup>7</sup>، ومعنى ذلك أن تكره منه سوء خلقه، أو سوء فعله، أو قلة دينه، أو قبح منظره وهو مقيم بحقها<sup>8</sup>. وسوء الخلق وسوء الفعل، وقلة الدين كلها تترتب عليها نتائج ضرورية معتبرة شرعاً من الحكمة إزالتها.

ب- أن تكون المرأة ذات مال، فيضيّق الزوج عليها مع قيامه بالواجب لها<sup>9</sup> طمعا في مالها، فهذا سبب يفضي إلى التباغض والكراهة. وقول الله تبارك وتعالى: ﴿وَلَا حِجْلٌ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا

<sup>1</sup> الشوكاني (محمد)، نيل الأوطار، ج8، مصدر سابق، ص 33.

<sup>2</sup> ابن المرتضى (المهدي لدين الله)، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج4، دط، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، دت، ص 177-178.

<sup>3</sup> ابن حجر العسقلاني (أحمد)، مصدر سابق، ص 397.

<sup>4</sup> ابن حجر العسقلاني (أحمد)، المصدر نفسه، ص 396.

<sup>5</sup> ويحتمل أن يكون في كلام امرأة ثابت بن قيس إضمار، أي أكره لوازم الكفر من المعادة والشقاق والخصومة.

أنظر: ابن حجر العسقلاني (أحمد)، المصدر نفسه، ص 400.

<sup>6</sup> ابن حجر العسقلاني (أحمد)، المصدر نفسه، ص 397.

<sup>7</sup> الماوردي (أبو الحسن)، مصدر سابق، ج12، ص 256.

<sup>8</sup> الماوردي (أبو الحسن)، المصدر نفسه، ص 265.

<sup>9</sup> الماوردي (أبو الحسن)، المصدر نفسه، ص 258.

ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ مَخَافًا إِلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ <sup>ط</sup> فَإِنْ خِفْتُمْ إِلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيهَا إِذَا أَفْتَدْتُمْ بِهِمْ ﴿﴾ دلّ على فساد الخلع من وجهين<sup>1</sup>:

أ- تحريم الخلع إلا مع الخوف،

ب- لحوق الجناح مع ارتفاع الخوف.

3- كلّ ضرر يعود على الزّوجة من جرّاء استمرار العلاقة الزّوجية بينها وبين زوجها، الذي يمكن أن يكون فيه عيب خفيّ لم تطلّع عليه الزّوجة قبل الزّواج، كسوء الخلق، أو لأيّ ضرر لا تستطيع أن تبوح به لأثره السلبي على النظام العامّ والعلاقات الأسريّة؛ ولأنّه يعود بالسلب على كرامة الزّوج، و ذلك بناء على احترام مبدأ السريّة بين الزوجين. قد أجمّل الإمام علاء الدّين بن سليمان المرادوي في الإنصاف في هذا الأمر بقوله: (إذا ترك الزّوج حقّ الله فالمرأة في ذلك كالزّوج فتتخلّص منه بالخلع و نحوه)<sup>2</sup>. فالحكمة من الخلع هو رفع الضّرر عن الزّوجة، وتمكينها من الخلاص من الرّابطة الزّوجية، عند فوات الغرض المقصود منها، وذلك لعدم الانسجام، وخشية أن لا يقيم الزّوجان حدود الله بإعطاء كلّ منهما الآخر حقوقه. فكان بدل الخلع من جانب الزّوجة لرغبتها الخلاص من زوجية فتحت لها أبواب الشّقاء، وذلك لأنّ الثّقور كان من جانبها<sup>3</sup>.

والذي عليه جمهور الفقهاء أنّه يجوز الخلع من غير اشتكاء ضرر، كما دلّ حديث البخاري، فمن باب أولى أن يكون حقّاً للزّوجة إذا ما اشتكت من ضرر حاصل لها<sup>4</sup>. فمجرّد إصرار الزّوجة واستمرارها على ادّعائها بأنّها تبغض الحياة مع زوجها صراحة، وأنّه لا سبيل لاستمرار الحياة الزّوجية بينهما، وتحشى ألاّ تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، للدليل قاطع على أنّ دعواها تكون بذلك قائمة على معيار الضّرر، المرتبط بالمقاييس الشرعية الناشئة عمّا أتاه زوجها إخلالا منه بحسن العشرة بما ينافي حدود إمساك الزّوجة بالمعروف، فالخلع بذلك يقوم على تضرّر الزّوجة من وضع معيّن، فتفتدي نفسها<sup>5</sup>. وقد أكّد المرادوي من فقهاء الحنابلة ذلك في قوله: (إذا ترك الزّوج حقّ الله فالمرأة في ذلك كالزّوج فتتخلّص منه بالخلع ونحوه)، كما نصّ صاحب مغني المحتاج على أنّ الخلع (فيه دفع الضّرر عن

<sup>1</sup> الماوردي (أبو الحسن)، مصدر سابق، ص 265.

<sup>2</sup> المرادوي (علاء الدّين)، مصدر سابق، ص 430.

<sup>3</sup> البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 545-546.

<sup>4</sup> القرطبي (أبو عبد الله محمد)، مصدر سابق، ج 3، ص 138.

<sup>5</sup> الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 507-508.

المرأة غالباً) <sup>1</sup>. وتأكيدها لهذا كله، ما قرره الشيخ محمود محمد خضر وهو من علماء الأزهر، فحسبه، أنه لو أسقطت جميع الآيات والبراهين الخاصة بالخلع، بما فيها حديث ثابت وحليلة واعتبرناها كأنها غير موجودة، لكان المبدأ (لا ضرر ولا ضرار) كافياً في وجوب رفع الظلم قضائياً عن المختلعة <sup>2</sup>. فالخلع بهذه الصورة قد أبيض دفعاً للضرر عن الزوجة <sup>3</sup>؛ لأن الحق سبحانه وتعالى أراد أن يجعل لها مخرجاً إن أريد بها سوء أو ضرراً، وهي لا تقبله <sup>4</sup>. وما يؤكد فكرة محورية الضرر في الخلع أن جوازه مقرون باستيفاء شروطه، منها: أن لا تطالب الزوجة بالخلع حتى تبلغ درجة من الضرر تخاف معها ألا تقيم حدود الله في نفسها أو في حقوق زوجها <sup>5</sup>.

### الفرع الثاني: تكيف الضرر في الخلع

من خلال دراستنا لحديث ثابت بن قيس، نجد أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يستفسر ثابتاً عن كراهته لزوجته عند إعلانها كراهيتها له، ويؤكد هذا الأمر ما قاله عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -: "إذا أراد النساء الخلع فلا تكفروهن" <sup>6</sup>. فيمكن أن نستخلص مباشرة أن النتيجة الضرورية التي يتأسس عليها طلب الخلع، لا تخضع إطلاقاً لقاعدة الإثبات. وما يجعل استخلاصنا صائباً ما روى ابن جرير عن كثير مولى سمرة: أن عمر أتى بامرأة ناشز، فأمر بها إلى بيت كثير الزبل (ثلاثاً)، ثم دعا بها، فقال: كيف وجدت قالت: ما وجدت راحة منذ كنت عنده إلا هذه الليالي التي حبستني، فقال لزوجها: "اخلعها ولو من قرطها" <sup>7</sup> <sup>8</sup>. فعمر لم يسألها إثباتاً للضرر الذي لحق بها، وما فعله إنما كان حرصاً منه على إبقاء العلاقة الزوجية ودوامها لقداستها، وبغية التأكد يقينا من أن الزوجة تريد فعلاً فك عصمتها

<sup>1</sup> الشربيني (محمد الخطيب)، مصدر سابق، ص 262.

<sup>2</sup> د. العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص 53.

<sup>3</sup> أ.د. الزحيلي (وهبة)، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، ط1، دمشق، دار الفكر المعاصر، 2000، ص 327.

د. العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص 44.

<sup>4</sup> الشعراوي (محمد متولي)، مرجع سابق، ص 285.

رضا (محمد رشيد)، حقوق النساء في الإسلام، مرجع سابق، ص 125.

<sup>5</sup> موسى (نادر)، الخلع، ط1، الأردن (عمان)، دار الإسرائ للنشر و التوزيع، 2002، ص 87.

<sup>6</sup> أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من حديث عبد الله بن بريدة، ج7، كتاب الخلع و الطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، ص 315.

<sup>7</sup> القرط و هو الشنْفُ، و قيل: الشنْفُ في أعلى الأذن، و القرطُ في أسفلها، فهو الذي يُعلق في شحمة الأذن، و الجمع أقرط و قرأط و قرُوطٌ و قرَطةٌ. أنظر: ابن منظور، مصدر سابق، ج5، ص 3591.

<sup>8</sup> أخرجه ابن جرير الطبري في تفسيره، ج2، مصدر سابق، ص 287، و أخرجه البيهقي عن أيوب السخيتاني في السنن الكبرى، ج7، كتاب الخلع و الطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، ص 315.



من زوجها فحبسها، وما نتج عنه كان قرينة واضحة على ذلك. فكانت إرادتها الجادة في الخلع التي ثبتت في ذهن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قرينة على الضرر الواقع عليها، وبناء على ذلك أمر زوجها بطلاقها. وعموماً، فإن المرأة هي التي تقدر ما يحدث لها من ضرر، فهي أعرف بحالها، ولكن عليها أن تكون صادقة فيما تقول. ويكفي في المخالعة أن تكون كارهة له، وهذا بدوره يكفي لأن تكون الحياة الزوجية مستحيلة، ولهذا جعل الله لها مخرجاً مما تجده في حياتها مع زوجها من غص وتذمر<sup>1</sup>، وهذا ما جاء مؤيداً لما قرره الشوكاني: (إنه يجب على الزوج الإجابة لطلب زوجته؛ لأنه ليس من صارف يصرف أمره - صلى الله عليه وسلم - عن الوجوب الذي هو حقيقة الأمر ما لم تكن قرينة تصرفه عنها)<sup>2</sup>، وهو ذاته ما ذهب إليه الإمام ابن تيمية في بعض فتاويه<sup>3</sup>. وهو ما جعل الأمر واضحاً في الفرق بين الخلع والتفريق للضرر، حيث أن في دائرة هذا الأخير على الزوجة أن تثبت أن الزوج أضربها أما في دائرة الخلع فلا<sup>4</sup>.

بناء على ما سبق من نصوص، يمكن أن أقول أن إرادة الزوجة تقدم بدل الخلع تشكل قرينة على النتيجة الضرورية الحاصلة لها، ولهذا لم تُسأل المرأة إثباتاً، والقاضي هو الذي يقرر ما إذا كان ما تعرضه المرأة يتناسب مع وضع زوجها ليوافق على تطليقها. والقوانين الناصية على الخلع، تجيز للمرأة أن تطلب من القاضي تطليقها خلعا دون حاجة لإثبات أي ضرر واقع من زوجها، فلولا ذلك لاستغرقت قضايا الطلاق وقتاً طويلاً في المحاكم<sup>5</sup>، ولهذا فإنه يجوز للزوجة التي أقامت دعوى تفريق للضرر أن تعدل عن طلبها إلى طلب التفريق خلعا<sup>6</sup>، إذا ما استعصى عليها الإثبات، ورأت أنها سوف تخسر دعواها، وهذا ما يؤكد أن النتيجة الضرورية في الخلع مفترضة. ولقد اعتبرت المحكمة العليا الخلع طلباً فرعياً في هذه الحالة، وذلك في قرارها رقم 252994 المؤرخ في 2000/11/21<sup>7</sup>، وكان تأسيسها موضوعياً، حيث نظرت إلى اتحاد النتيجة بين التطلق والخلع، ففكّ العصمة الزوجية هو غاية كل منهما<sup>8</sup>. واعتبار المحكمة العليا

<sup>1</sup> موسى (نادر)، مرجع سابق، ص 87.

<sup>2</sup> الشوكاني (محمد)، نيل الأوطار، مصدر سابق، ص 33.

<sup>3</sup> ابن مفلح (شمس الدين)، مصدر سابق، ص 265.

<sup>4</sup> د. خالد (أمير عدلي)، مرجع سابق، ص 253.

<sup>5</sup> موسى (نادر)، المرجع نفسه، ص 38.

<sup>6</sup> د. خالد (أمير عدلي)، المرجع نفسه، ص 253.

<sup>7</sup> المجلة القضائية، سنة 2001، العدد 1، ص (293-295).

<sup>8</sup> فالطاعنة طلبت نقض قرار المجلس القضائي المؤيد لحكم المحكمة القاضي بتأييد الحكم الصادر برفض دعواها المتعلقة بالتطلق. والوجه الذي اعتمده الطاعنة هو مخالفة المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري (قبل التعديل)، بدعوى أن القرار المنتقد قد رفض طلبها المتعلق بالخلع. ورفض الخلع كان مؤسساً على تغيير السبب، فطلب التطلق أمام القاضي الأول كان على أساس الضرر الذي لحقها من عدم البناء بسبب

الخلع طلبا فرعيا يكون موافقا بذلك لمقاصد التشريع الإسلامي من الطلاق؛ لأنّ الخلع في أصله أعطي للمرأة كفرصة أخرى لفكّ العصمة، إذا كانت متضررة ولم تتمكن من إثبات النتيجة الضرورية الواقعة عليها، ففي هذه الحالة يجوز لها أن تطلب الخلع، فضلا عن ذلك أنّ النتيجة في الأمرين واحدة، وهي فكّ العصمة الزوجية. فالأصل بصورة فعلية، (أن لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف ما لم تكن خاصة بمقاضاة أو كانت بمثابة دفاع في الدعوى، فإن القضاء بالاستجابة إلى الطلبات المتعلقة بتوابع العصمة المقدّمة لأول مرة أمام قضاة الاستئناف، لا يعتبر قضاء في طلبات جديدة باعتبار أنّها مشتقة من الطلب الأصلي، الذي هو فكّ العصمة الزوجية، ولا تطبق بشأنها المادة (107)<sup>1</sup> من قانون الإجراءات المدنية)<sup>2</sup>، وهذا ما جاء موافقا لما جاء به المذهب المالكي، حيث أجاز فقهاؤه الانتقال من طريق إلى طريق، إذا كانت الغاية في آخر المطاف نفسها<sup>3</sup>. أمّا من الناحية القانونية، فالمشرع الجزائري لم يصغ النصّ المتعلق بالخلع صياغة قرائنية. فلذلك لا يمكن أن نقول أنّ الضرر في الخلع مفترض، وأنّ قرينة وقوعه هو إرادة الزوجة الخلع وتقدم بدل لذلك، و لكن يمكن أن نفهم ذلك ضمنا.

ولكن على مستوى القضاء، يمكن أن نستنتج بسهولة اعتبار القضاة افتراضية الضّرر، حيث لاحظوا إساءات الزوج من خلال موقفه التعسفي الذي أظهره متمثلا في تصلّبه ورفضه تسريح زوجته بعد استحالة الحياة الزوجية بينهما، حيث أبدى هذا الموقف بصورة جلية لما صرّح أمام قاضي محكمة الدرجة الأولى بأنّه ستركها معلّقة، وفي هذا مخالفة صريحة لمعاني الزواج التي تقوم على الوفاق والوثام، واعتبروا ذلك كلّه مبررا للخلع دون طلب أيّ إثبات لأيّ ضرر من الزوجة<sup>4</sup>. كما أنّ المحكمة صرّحت

مماثلة الزوج. وكان رد المحكمة العليا واضحا في هذا الأمر: (حيث أنّ المادة (54) من قانون الأسرة لا تشترط قبول الزوج لمبدأ الخلع، ولا للمبلغ الذي يطلبه منعا للابتزاز والاستغلال، وعلى هذا فالقرار المنتقد بتأييده للحكم المستأنف القاضي برفض دعوى التطلق، كما أنّ رفضه لطلب الخلع الذي تقدمت به الطاعنة في طور الاستئناف على أساس أنّها لم تعرض مبلغا معينا، لم يرقم على أيّ أساس قانوني أو شرعي)، أنظر القرار نفسه.

<sup>1</sup> المادة (107) من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية (الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخ في 9 يونيو 1966): (لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف ما لم تكن خاصة بمقاضاة أو كانت بمثابة دفاع في الدعوى الأصلية.. ولا بعد بمثابة طلب جديد المشتق مباشرة من الطلب الأصلي في الدعوى والذي يهدف إلى الغاية نفسها ولو كان مؤسسا على أسباب أو أسانيد مختلفة عنه).

<sup>2</sup> طاهري (حسين)، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، ط2، الجزائر، دار ربحانة، 2001، ص48.

<sup>3</sup> إذا علم أنّ زوجها أضر بها وضيق عليها، وعلم أنّه ظالم لها حتى اقتدت، مضى الطلاق، ورد عليها ما لها خيرا عليها.

أنظر: الزرقاني (محمد)، مصدر سابق، ص239.

وهو ما أخذت به مدونة الأسرة المغربية في المادة (117) من القانون رقم 70/03، حيث جاء فيها: (للزوجة استرجاع ما خالعت به، إذا أثبتت أنّ خلعتها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال). وهذا مما يؤكد أنّ الضرر في الخلع لا يكون محلا لمكنة الإثبات في القانون المغربي.

<sup>4</sup> قرار 36709 المؤرخ في 22/04/1985، المجلة القضائية، سنة 1989، العدد 1، ص (92-95).

بأنّ اللّجوء إلى الخلع لا يكون إلاّ بعد استحالة مواصلة العشرة الزوجية بين الزوجين لأسباب خاصّة، فتفتدي الزّوجة نفسها بدفع بدل الخلع<sup>1</sup>. فإعادة الزّوجة الخلع ودفع مبلغ مالي لقاء خلاصها من هذه العلاقة يعدّ قرينة على كراهيتها لحياها مع زوجها وبذلك يكون قرينة على النتيجة الضررية الحاصلة لها<sup>2</sup>. و بما لا شكّ فيه أن المتغير الاجتماعي له الدور الأساس في عمليّة التشريع، حيث أن استخدام القانون في إحداث التّغييرات الاجتماعية أصبح إحدى سمات المجتمع المعاصر. فهو بذلك لا يقتصر على الحفاظ على الواقع الاجتماعي، بل ينبغي، بصورة فعّالة، أن يمتدّ إلى المساهمة في خلق العوامل اللّازمة لحدوث التّغيير<sup>3</sup>. وظاهرة التّغير الاجتماعي المتعلّقة بالعلاقة الثنائية (الزوج-الزّوجة) قد تسارعت جدّا في هذه السّنوات الأخيرة، وأصبحت من أبرز الظواهر في المجتمعات العربية والغربية، وهذا ممّا يوّلّد اختلافا بين السّلوك الاجتماعي الواقعي، والسّلوك الذي تتطلّبه المعايير والقواعد القانونية. ولهذا رأيت أن تعدّل مادّة الخلع تعديلا يفي بالغاية المناطة بالتّشريع، خاصّة منها الاستقرار الاجتماعي، وتحقيق العدالة. وحتى يكون ذلك حقيقة واقعية لا بدّ أن تعرف الزّوجة حقوقها كاملة، والغاية من الأنظمة التي منحها الله تعالى إيّاها قبل القوانين الوضعية، خاصّة في زمن أصبح الرّجل فيه لا يحترم المرأة إطلاقا، مستغلا جهلها بحقوقها. وما أقترحه هو أن يصاغ نظام الخلع في المواد الآتية:

المادّة (1): (إذا لم تتمكّن الزّوجة من إثبات الضّرر الواقع عليها من زوجها، أو كرهت العيش معه لأسباب خاصّة، فيجوز لها دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي)<sup>4</sup>.

المادّة (2): (إذا ثبت للقاضي أنّ مخالعة الزّوجة كانت نتيجة إكراه، أو إضرار الزوج بها، فله أن يحكم باسترجاع ما خالعت به نفسها، وينفذ الطّلاق في كلّ الأحوال)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> قرار 115118 المؤرخ في: 19/04/1994، السّابق ذكره.

<sup>2</sup> ويبدو أن الأستاذ عمر زودة قد أخطأ حينما عبّر بتعبير السببية في وصفه للبدل قاصدا بذلك القرينة: (دفع مبلغ مالي لقاء خلاصها من هذه العلاقة يعد سببا كافيا على كراهيتها)، فهناك فرق واضح بين السبب الذي يطلق على كلّ ما يتوصّل به إلى غيره، و القرينة التي تعرّضت إلى بيان مفهومها في الفصل الأوّل. أنظر: زودة (عمر)، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، د.ط، الجزائر، Encyclopedie éditions، 2003، ص60.

<sup>3</sup> أبو زيد (محمود)، مرجع سابق، ص 154-155.

<sup>4</sup> وذلك حتى تظهر بوضوح الغاية الجوهرية من نظام الخلع، فمن وظيفة القانون أن تظهر الغاية التي يريد تحقيقها في نصوصه؛ لأنه ليس غاية في ذاته، فهو يطمح لما هو أمثل مراعيًا في ذلك متغيرات المجتمع من أجل إحداث التّغيير الاجتماعي انطلاقًا من خلية المجتمع الأولى.

<sup>5</sup> وهي مأخوذة من المذهب المالكي حيث جاء في مختصر خليل: (و ردّ المال بشهادة سماع على الضّرر، و يمينها مع شاهد أو امرأتين)، كما جاء في شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: (إذا علم أن زوجها أضر بها وضيع عليها، وعلم أنه ظالم لها، مضى الطلاق ورد عليها مالها فهذا الذي كنت أسمع و الذي عليه أمر الناس عندنا). أنظر: خليل، مصدر سابق، ص 135 و الزرقاني (محمد)، مصدر سابق، ص 239. وهو ما أخذت به مدونة الأسرة المغربية في المادة (117) منها، وبتبث القاضي من ذلك أثناء جلسة الصلح، فعندها يستطيع العلم بالملابسات المحيطة بالخلع.

المادة (3): إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الثالث:

الآثار العلية لافتراض النتيجة

الضرورية في دعاوى التفريق

القضائي

## المطلب الأول: سقوط عبء الإثبات

إنَّ أوَّل أثر عملي يمكن استنتاجه عقلا بصورة مباشرة هو سقوط عبء الإثبات؛ و ذلك لأنَّه من مستلزمات الافتراض، فإذا أردت أن تعرّف الافتراض فإنَّك تقول هو سقوط عبء الإثبات. و يتفرّع هذا السقوط إلى حالتين، حالة السقوط الجزئيّ الذي تنتقل فيه مكنة الإثبات إلى واقعة أخرى، و حالة السقوط الكليّ الذي لا تنتقل فيه مكنة الإثبات إلى آية واقعة أخرى. فدراستي في هذا المطلب سوف تنصبّ على الحالة الأولى في (فرع أوّل)، و على الحالة الثانية في (فرع ثان).

## الفرع الأوّل: السقوط الجزئيّ لعبء الإثبات

إنَّ القرينة تعتبر طريقا غير مباشر للإثبات؛ لأنَّ الخصم لا يثبت فيها الواقعة ذاتها محلّ النزاع بل واقعة أخرى متّصلة بها يرى القانون أو القاضي أنّ في إثباتها إثباتا للواقعة الأولى<sup>1</sup>، فهي انتقال من واقعة معلومة للوصول إلى واقعة مجهولة. و بذلك يكون لدينا واقعتان، واقعة أصلية و واقعة بديلة<sup>2</sup>. و الواقعة الأصلية نصل إليها بإثبات الواقعة البديلة، فيسقط الإثبات عنها، إمّا بناء على ما هو مألوف في الحياة أو غالب من الأحوال، أو وفقا لما يرجّحه العقل<sup>3</sup>. فيكون بذلك سقوط عبء الإثبات جزئيا بتحوّل آية الإثبات إلى الواقعة البديلة؛ لأنَّ الخصم الذي تقوم لمصلحته القرينة، قانونا أو قضاء، يسقط عن كاهله عبؤه المتعلّق بالواقعة الأصلية فقط. و لهذا نجد في دعاوى التفريق القضائيّ أنّ النتيجة الضمنية لا تكون محلاّ للإثبات، بل يكفي المدّعي إثباته للواقعة المادّية التي ترتّب عليها الضّرر الناتج. و في حقيقة الأمر، أنّ هذا لا يعدّ تحوّلًا في الإثبات كما رأينا في الافتراضات غير المتعلّقة بالأضرار، كإثبات الوفاء بالأقساط السابقة بناء على قرينة الوفاء بقسط لاحق، و إمّا يسقط الإثبات عن واقعة الضّرر الناتج لكنّه لا ينتقل، و لا نبحت عندها عن واقعة بديلة؛ لأنَّ الافتراضات محلّ الدّراسة لا تحتوي على واقعة أصلية و واقعة بديلة، فالواقعتان أصليتان؛ لأنَّ الإثبات واجب فيهما ابتداء، على أساس أنّ الواقعة الأولى هي سبب في الواقعة الثانية، و تبقى وجوبيّة الإثبات قاصرة على السبب. فغياب الزوج مثلا كواقعة منتجة للضرر،

<sup>1</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 91.

<sup>2</sup> هذا المصطلح استعمله د. تناغو (سمير)، مرجع سابق، ص 392 و ما بعدها.

<sup>3</sup> د. تناغو (سمير)، المرجع نفسه، ص 387.

يكفي الزوجة إثباتها، فيثبت بذلك الضرر بصورة غير مباشرة، وكذلك الحبس و مخالفة الشروط المتفق عليها و كذا الحجر و الشقاق المستمر. فالفقه و المشرع أسقطا عبء الإثبات عن الواقعة الثانية و هي واقعة الضرر الناتج اكتفاء بإثبات الوقائع السابقة الذكر بناء على الغالب من الأحوال، كما هو الأمر فيما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة (126) من القانون المدني و التي جاء فيها أن تأخر المدين في تسديد ديونه قرينة قانونية قاطعة على الضرر الحاصل بالدائن، و عندها يجب التعويض دون إثبات الضرر<sup>1</sup>. وبذلك يتحوّل السبب إلى قرينة عند افتراض النتيجة الضرورية، فيسقط عبء الإثبات عنها. فتختفي حينذاك وراء سببها، فيصبح السبب ضررا في ذاته.

من خلال هذا المنظور نجد أن آلية الإثبات لا تتحوّل، كما هو معروف، من الواقعة الأصلية إلى واقعة بديلة قريبة منها أو شبيهة لها، و إنما نجد أن السبب المنتج يتحوّل إلى قرينة، بعد افتراض الضرر الناتج الذي يترتب عليه سقوط الإثبات. فبدل أن تثبت الزوجة الضرر الناتج و السبب المنتج له، يكفيها أن تثبت الواقعة المادية المشكّلة لـ (السبب - القرينة). و عبء الإثبات بعد ذلك، لا ينتقل إلى الطرف الآخر إلا إذا كان الأمر متعلّقا بالقرينة البسيطة<sup>2</sup>. أمّا القرينة القطعية فلا يترتب عليها انتقال لعبء الإثبات، و لهذا كانت إعفاء منه بصورة مطلقة<sup>3</sup>. و لكنّ المشرع الجزائري لم يبيّن في نصّ المادة (53) من قانون الأسرة أيّ القرائن يمكن وصفها بالقطعية و أيّها يمكن وصفها بالبساطة؛ لأنّ القرينة القطعية لا بدّ أن يكون قلبها واضحا. لكن من خلال نظرنا إلى نصّ المادة السابقة الذكر، لا نجد أيّ صيغة واضحة تبيّن لنا قطعية القرينة، و معنى ذلك أن كلّ القرائن الواردة فيها بسيطة؛ لأنّه الأصل، و لكن من المفروض بدهاء أن يفصل المشرع بين القرائن البسيطة و القرائن القطعية؛ لأنّ الأمر واضح إذا ما أخضعناه للنظر الفقهي العميق، فمثلا يمكن أن نعتبر عدم الإنفاق قرينة بسيطة على النتيجة الضرورية الحاصلة؛ لأنّ المدعى عليه (الزوج المعسر)<sup>4</sup> يمكن أن يثبت عكس ذلك إذا ما أثبت يسر زوجته كما اتّجه إلى ذلك الإمام ابن حزم<sup>5</sup>. كما يمكن اعتبار الغيبة قرينة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها بأن يثبت الزوج أن زوجته بلغت سنّا لا تتضرر من غيابها، و هو طريق خاصّ لإثبات عكس ما تدّعيه

<sup>1</sup> د. السعدي (محمد صبري)، مرجع سابق، ص 141.

<sup>2</sup> د. حسنين (محمد)، مرجع سابق، ص 357.

<sup>3</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 624.

<sup>4</sup> و هذا لا ينطبق على الزوج الموسر الذي لم ينفق على زوجته؛ لأنّه عندئذ يكون متعمدا إيداعها بعدم إنفاقه عليها، فتطبّق عليه قاعدة تمحّض قصد الإضرار.

<sup>5</sup> قال ابن حزم: (فإن عجز الزوج عن نفقة نفسه و امرأته غنية كلّفت التفقة عليه و لا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أيسر).

أنظر: ابن حزم (أبو محمد)، مصدر سابق، ج 9، ص 254.



الزوجة<sup>1</sup>. أمّا بالنسبة لحالة العيب فهي قرينة قانونية قاطعة على الضرر، لا يمكن للزوج أن يثبت عكس ذلك؛ لأنّ القرينة إمّا أن تكون مطابقة للعقل أو لما هو غالب من الأحوال، وهذا ممّا يطابق العقل، فلا يعقل منطقاً أن يثبت الزوج إذا كان به عيب محلّ بالأهداف المقاصدية للزوج أنّ زوجته لا تتضرر من ذلك. وكذلك الأمر بالنسبة لمخالفة الشروط الاتفاقية، فتنفيذها أمر لازم للزوج ما دام قد كان سبباً في التعاقد، فإذا ما أُخِلَّ بشرط اتفاقي كان ذلك قرينة قاطعة على حصول النتيجة الضرورية، بسبب أنّها قبلت نكاح زوجها لها بسبب اتفاقهما على تلك الشروط، وهو ذات الأمر يقال بالنسبة لمخالفة الشروط القانونية للتعدّد. ولكن هناك حالة وحيدة فقط وردت فيها قطعية القرينة بوضوح شديد هي حالة التّشوز؛ إذ أوجب نصّ المادة (55) على القاضي أن يحكم بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر حال قيامها<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: العقوبات الطلي لعيبه الإثبات

لقد رأينا كيف أنّ بعض الفقه قد اتّجه إلى تأكيد الحقّ الإرادي للزوجة في الخلع، حيث أسّس بعض الفقهاء آراءهم في هذه الدائرة على هذا المبدأ، وهو ما يبدو أنّه قريب من مقاصد الشريعة الإسلامية، ومقرن بقواعد العدالة والإنصاف، ومؤيد للطرف الضعيف في العلاقة الزوجية. فقد أعطى الله تعالى للزوج الحقّ في الطلاق، وفي مقابل ذلك أعطى الزوجة مكنة أخرى تواجه بها ما بيد الرجل<sup>3</sup>، فكان واجبا بناء على هذا التوجّه الفقهي الدائر مع المصلحة العليا للعلاقة الزوجية والاستقرار الاجتماعي استجابة الزوج لطلب زوجته إذا أصرت على الخلع وتعدّرت إعادة الوفاق الزوجي بينهما صلحا أو تحكيما، كما رأينا أنّ الضرر قد يكون أساسا لمخالعة الزوجة زوجها إلى جانب الشقاق والخوف من عدم إقامة حدود الله. وبالتنظر إلى تكريس الحقّ الإرادي الذي اتّجه إليه المشرّع الجزائري في المادة (54) بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27، وإمكانية تأسيس الخلع على الضرر الحاصل للمرأة بناء على إخضاع هذا الأمر إلى المتغيرات الاجتماعية التي تعيشها المرأة، نجد أنّ النتيجة الضرورية في الخلع مفترضة، وبذلك يسقط عبء الإثبات عن هذه الواقعة المادية ولا تطالب الزوجة

<sup>1</sup> أنظر: المذكرة الإيضاحية للمادة (105) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص 208.

<sup>2</sup> أنظر: المادة (55) من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

<sup>3</sup> ابن رشد (أبو الوليد)، مصدر سابق، ص 55. و انظر كذلك: شهبون (عبد الكريم)، مرجع سابق، ص 235.

بتحريك آلية الإثبات. فبمجرد إصرارها و استمرارها على ادّعائها بأنّها تبغض الحياة مع زوجها صراحة، ولأنّه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، فالضرر الواقع عليها منه كاف لوحده لأن تقبل دعواها بناء على إرادتها. وأكثر من ذلك فإنّ آلية الإثبات لا تتحوّل إلى واقعة أخرى، ولهذا كان سقوط العبء في ذلك كلياً وليس جزئياً. وما جعله كذلك، هو ارتكاز نظام الخلع على إرادة الزوجة، لا على إرادة الزوج، وبذلك تكون إرادتها قرينة أكيدة على الضرر الحاصل لها، و آلية الإثبات لا تجد لها محلاً بعد تحوّلها عن المحلّ الأصلي لها و هو النتيجة الضررية. و هذه هي الحالة الوحيدة في دعاوى التفريق القضائي التي يسقط فيها عبء الإثبات بصورة كلية. و بهذا يكون اللجوء إلى الخلع أسهل بكثير من اللجوء إلى آلية التفريق للأسباب المحددة، و ذلك لسرعة الفصل في قضاياها<sup>1</sup>. فافتراض النتيجة الضررية فيه ترتّب عليه سقوط كلي عبء الإثبات، فصارت بذلك قضية شكلية، متى تمت إجراءاتها صحيحة فإنّ القاضي لا بدّ أن يحكم به مباشرة<sup>2</sup>، و هذا ما جاء موافقا لنصوص الاتفاقيات الدولية الداعية إلى وجوب المساواة بين الرجل والمرأة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عندما تريد الزوجة أن يفرّق القاضي بينها و بين زوجها خلعا يكفيها أن تذكر في عريضة دعواها أنّها تبغض الحياة مع زوجها، و قبل أن تتخذ المحكمة المختصة أيّ إجراء عند نظرها دعوى الخلع يجب أن يثبت لها أنّ الزوجة قد ذكرت في عريضتها ثلاثة أسباب هامة: (أ) أن تقرّر الزوجة أنّها تبغض الحياة مع زوجها، (ب) أنّه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، (ج) أن تقرّر الزوجة أنّها تخشى ألاّ تقيم حدود الله بسبب بغضها لزوجها و عدم رغبتها في الحياة معه، مما يستوجب الحكم بتطليقها على زوجها خلعا. و لكن لا يجوز للمحكمة التي تنظر دعوى الخلع أن تحكم به إلاّ بعد محاولة الصلح بين الزوجين؛ حفاظا على كيان الأسرة.

أنظر: د. العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص 372-373.

<sup>2</sup> لا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في هذا المجال إطلاقا، لأنّها نزعته منه بموجب التوجه الجديد الذي اعتمده المشرّع الجزائري في نصّ المادة (54) الجديد و الذي أكد على تكييف الخلع على أنّه حقّ إرادي للزوجة، على غير ما كان عليه سابقا.

<sup>3</sup> V. art. 6/2 de la déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, art. 2/b-c, art. 5, art. 11, art. 15/1-2-3, art. 16 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Centre pour les droits de l'homme, Genève, droits de l'homme, Recueil d'instruments internationaux, Nations Unies, New-York, 1988, p. (108-125).

## المطلب الثاني: إثبات الأسباب المنتجة للأضرار (الوقائع البديلة)

يعدّ إثبات الأسباب الموجبة للتفريق القضائي من المستلزمات العمليّة للافتراض. و هي كوقائع مادية تثبت بجميع طرائق الإثبات، و لهذا سوف أدرس هذه الطرائق في أربعة فروع، الدليل العامّ في (فرع أول)، و الشهادة في (فرع ثان)، و الخبرة الطّبية في (فرع ثالث)، و الحكم الجنائي في (فرع رابع).

### الفرع الأول: الدليل العام

تعتبر وثيقة الزّواج دليلا عاماّ يجب تقديمه في جميع دعاوى التفريق القضائي، فهي مستند دالّ على قيام الزّوجية بين طرفي الدّعى. فهي أوّل دليل يتعيّن تقديمه من طرف الزّوجة عند رفعها دعوى بطلب تطبيقها على زوجها، باعتباره سندا توثيقياّ بواقعة الزّواج يهدف إلى ضمان إيجاد وسيلة وحيدة لإثبات الرّابطة الزّوجية و لمنح الزوجين حقّ اللّجوء إلى القضاء. فإذا قامت المرأة عند القاضي تريد الطّلاق للغيبة لما يلحقها من الوحشة و عدم الوطء أو عدم الإنفاق، فإنّه يكلفها إثبات الزّوجية و اتّصالها إلى حين رفع الدّعى<sup>1</sup>. فالزّواج واقعة مادية و قانونية و شرعية تربط بين الرّجل و المرأة، و عقد الزّواج سند توثيقي يشكّل وسيلة لإثباتها<sup>2</sup>. و قد جاء في نصّ المادّة (22) من قانون الأسرة: (يثبت الزّواج بمستخرج من سجلّ الحالة المدنية، و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائيّ..)<sup>3</sup>، فلا يثبت الزّواج في التّشريع

<sup>1</sup> ابن جزري (محمد)، مصدر سابق، ص 221 .

ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج1، ص 176.

<sup>2</sup> سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 157.

د. العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص 239.

<sup>3</sup> كما أقرّ المشرّع الجزائري أمرا جديدا بناء على التعديل الذي جاء به الأمر رقم 05-02، حيث أوجب أن يكون تثبيت الزّواج في الحالة المدنية بسعي من الثّيابة العامّة، و هذا ما يتوافق كليّا مع النصّ القانوني الجديد الذي تضمّنته المادّة (3) مكرّر من الأمر نفسه: (تعدّ الثّيابة العامّة طرفا أصليا في جميع القضايا الرّامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون).

الجزائري إلا بعقد رسمي<sup>1</sup> أو بحكم قضائي<sup>2</sup>. و حتى يكون العقد رسمياً لا بد أن تتوفر مجموعة من الشروط بحملها فيما يلي<sup>3</sup>:

- 1- أن يحرر من طرف موظف عمومي،
- 2- لا بد أن يكون الموظف العمومي مختصاً و مؤهلاً قانوناً، و هذا ما نصت عليه المادة (18) من قانون الأسرة،
- 3- خضوع العقد إلى شكليات من الواجب قانوناً مراعاتها<sup>4</sup>.

و قد تحوّل وثيقة الزواج من صفتها كدليل عام إلى صفتها كدليل خاص، و هذا في حالة الاشتراط. فقد نصت المادة (19) من قانون الأسرة على أن: (للزّوجين أن يشترطا في عقد الزّواج أو في

<sup>1</sup> العقد الرسمي هو عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، و ذلك طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه. أنظر المادة (324) من الأمر رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني (الجريدة الرسمية، العدد 18، المؤرخ في 4 مايو سنة 1988).

<sup>2</sup> إذا كان الزواج عرفياً، و لم يقدّم بإبرامه أمام الموظف المؤهل قانوناً لتحرير و تسجيل عقود الزواج، فليس أمام الشخص عندئذ لإثبات عقد زواجه قانوناً إلا أن يلجأ إلى المحكمة ليطلب منها إصدار حكم بتسجيل هذا الزواج، بعد أن يكون قد قدّم إليها كلّ الأدلة و الحجج. و بعد استصدار مثل هذا الحكم من المحكمة يرسل كاتب الضبط نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها عقد الزواج ليقيم بتسجيل زواج المعنيين في سجلات الحالة المدنية. أمّا في التشريع المصري، ففي دعوى التّطليق في زواج عرفي يجب تقديم أية ورقة مكتوبة تثبت، و إلا قضت المحكمة برفض الدعوى. و الزواج العرفي زواج صحيح، سواء كان بعقد عرفي مكتوب، أو بغير عقد مكتوب، طالما استوفى الشروط الشرعية. و لكن المشرّع في التعديل الذي جاء به القانون 2000/1 قصر قبول دعوى التّطليق في الزواج العرفي الثابت بأية كتابة، و لم يقبله في الزواج العرفي غير الثابت بالكتابة، و هذه التفرقة ما كان أن تُقرّ من المشرّع المصري، فكان من المفروض أن يشمل القبول الحالتين؛ لأنّ في تساوي المراكز عدالة، و سداً للباب أمام الرّدائل و المحرمات و اختلاط الأنساب.

أنظر: سعد (عبد العزيز)، مرجع سابق، ص 163-164.

د. العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص 240.

<sup>3</sup> Terré (F.), *introduction générale au droit*, *Ibid*, P. 449.

<sup>4</sup> إنّ قانون الأسرة لم يتضمّن أي نصّ يتعلّق بعناصر و بيانات عقد الزواج، ما عدا النصّ الذي يتعلّق بوجوب ذكر مقدار الصّدق، و الذي تضمّنته المادة (15) منه، غير أنّ المادة (73) من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلّق بالحالة المدنية (الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخ في 1970/02/27) قد حدّدت كلّ العناصر أو البيانات التي يجب أن يراعيها الموثّق و أيّ موظف مؤهل لتحرير عقد الزواج و تسجيله تحت طائلة المسؤولية الشخصية، و التي يجب أن تدرج جميعها في وثيقة عقد الزواج، و هي بيانات تتعلّق بـ: أ- وجوب ذكر لقب و اسم و تاريخ و مكان ولادة كلّ واحد من الزّوجين، ب- وجوب الإشارة إلى لقب و اسم كلّ واحد من أبوي الزّوجين و كلّ واحد من الشّهود، و إلى تاريخ و مكان ولادة كلّ منهم، ج- وجوب الإشارة إلى الترخيص بالزواج أو الإعفاء من سنّ الزواج عند الاقتضاء. و قد ورد ذكر شروط أخرى على مستوى قانون الأسرة بحملها فيما يلي: أ- التأكّد من خضوع الطّرفين للفحوصات الطّبية و من علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكّل خطراً يتعارض مع الزواج، و يؤشّر بذلك في عقد الزواج، و هذا ما نصت عليه المادة (7) مكرّر من قانون الأسرة بعد تعديله بموجب الأمر رقم 02/05، ب- مراقبة الترخيص من القاضي المختصّ (رئيس المحكمة) في حالة الزواج بزوجة ثانية، و هذا ما نصت عليه المادة (8) مكرّر 1 من قانون الأسرة، ج- في حالة الاشتراط لا بدّ من النصّ على ذلك في عقد الزواج إذا أراد الزّوجان ذلك، ما لم يتفقا على أن ينصّا على ذلك في عقد رسمي لاحق، و هذا ما نصت عليه المادة (19) من الأمر رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة.

عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريها ضرورية، و لاسيما شرط تعدد الزوجات و عمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون). و في هذه الحالة يكون عقد الزواج دليلا لإثبات هذه الشروط في حالة رفع دعوى تطليق لمخالفتها، و هو ما نصت عليه الفقرة التاسعة من المادة (53) من قانون الأسرة. و قد يكون الدليل عقدا رسميا لاحقا، و هو أمر جوازي يعود فيه الأمر للزوجين، و هذا إيقافا للتلاعب و الكذب في ادعاء شيء من هذه الشروط، فلا تأثير لشيء منها إلا إذا نصّ عليها صراحة في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق رعاية لاستقرار الأسرة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الغمّة

تعدّ الشهادة من أهمّ طرائق الإثبات في دعاوى التفريق القضائي، و أكثرها اعتمادا من قبل المحاكم عند قضائها، فقلّما تتركها في دعاوى الأحوال الشخصية على وجه العموم<sup>2</sup>. و هي: (إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه، أي إخبار الشاهد الحاكم إخبارا ناشئا عن علم لا عن ظنّ و شك)<sup>3</sup>. و قد عرفها القانون المدني الجزائري<sup>4</sup> بأنّها: (التصريح الذي يدلي به الشخص أمام القضاء بواقعة صدرت من غيره و ترتب عليها حقّ لهذا الغير).

و الشهادة من الوسائل التحقيقية التي تساعد القاضي في بناء حكمه. فالفصل في الدعاوى المقدّمة أمامه قد يحتاج إلى إثبات وقائع قانونية لا يمكن للخصم أن يتولّاها في عرائضه المكتوبة أو مرافعاته الشفوية، و هو ما يبرّر حقّ القاضي في أن يصدر أمرا بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو من تلقاء نفسه قبل الفصل في الموضوع محلّ إجراء التحقيق<sup>5</sup>. و جميع الوقائع المشكّلة للقرينة، والتي تعدّ ابتداء أسبابا للضرر الواقع على الزوجة تكون محلا للإثبات بهذه الوسيلة التحقيقية.

<sup>1</sup> أنظر: المذكرة الإيضاحية للمادة (67) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مرجع سابق، ص 122.

<sup>2</sup> دلاندة (يوسف)، الوجيز في شهادة الشهود، د.ط، الجزائر، دار هومة، 2004، ص 41.

د. العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص 242.

<sup>3</sup> الدسوقي (شمس الدين محمد)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، خرّج آياته و أحاديثه شاهين (محمد)، ج6، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996، ص 60.

<sup>4</sup> و ذلك قبل تعديله بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (الجريدة الرسمية العدد 44 المؤرخ في 26 يونيو 2005)، و قد كانت

المواد من 333 إلى 336، و هي المواد المتعلقة بالإثبات بشهادة الشهود، كلّها محلاّ للتعديل.

<sup>5</sup> بوبشير (محمد)، مرجع سابق، ص 232.

و العلم بالشيء يتحقق إما بالقطع أو بالتقل<sup>1</sup> أو بالاستفاضة والسمع<sup>2</sup> فيما يتعدّر علمه غالبا بدونها<sup>3</sup>، وهي الشهرة التي تثمر الظن<sup>4</sup>. وبهذا تكون الشهادة على ثلاثة أقسام:

### 1- شهادة القطع:

إنّ الأصل في الشهادة أن تكون إخبارا عن مشاهدة و حضور و معاينة، أي أنّ الشاهد يخبر بما شاهده و حضره و عاينه<sup>5</sup>، فهي الشهادة المباشرة التي تعدّ الصورة الغالبة للشهادة<sup>6</sup>. و ذلك كمعاينة واقعة عدم الإنفاق و واقعة الغيبة على سبيل المثال.

### 2- شهادة النقل:

و هي الشهادة على الشهادة<sup>7</sup>، أي: (إخبار الشاهد عن سماعه شهادة غيره أو سماعه إياه القاضي فيدخل نقل النقل و يخرج الإخبار بذلك لغير قاضي)<sup>8</sup>، فهي شهادة بطريق النيابة<sup>9</sup>، أي شهادة غير مباشرة<sup>10</sup>؛ لأنّ الشاهد فيها لم يباشر معاينة الوقائع أو سماعها، و إنّما نقلت إليه عن طريق الغير، فهي الشهادة من الدرجة الثانية<sup>11</sup>. و الشاهد فيها يسمّى شاهد الفرع؛ لأنّه يشهد أنّ غيره يشهد بالحقّ أنّه لفلان مع أنّه لم يره هو بعينه، و هذا الغير هو شاهد الأصل<sup>12</sup>، و قد نقل ابن قدامي إجماع العلماء على

<sup>1</sup> د. أبو صفية (فخري)، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، د.ط، الجزائر، شركة الشهاب، د.ت، ص 63.

<sup>2</sup> قال ابن رشد: شهادة السّماع لها ثلاثة مراتب: 1- تفيد العلم و هي المعبر عنها بالتواتر، كالسمع بأن مكة موجودة و مصر و نحو ذلك، فهذه إذا حصلت كانت بمنزلة الشهادة بالرؤية، و غيرها ممّا يفيد العلم، 2- شهادة الاستفاضة و هي تفيد ظنا قويا، يقرب من القطع و يرتفع عن شهادة السّماع، 3- شهادة السّماع و هي التي يقصد الفقهاء الكلام عليها.

انظر: ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج1، ص 426-427.

<sup>3</sup> د. العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص 243.

<sup>4</sup> الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 27.

<sup>5</sup> د. الحصري (أحمد)، مرجع سابق، ج1، ص 288.

<sup>6</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، مرجع سابق، ص 312.

<sup>7</sup> الكاساني (علاء الدين)، مصدر سابق، ج6، ص 281.

الخرشي، مصدر سابق، ج6، ص 217.

الشريبي (محمد الخطيب)، مصدر سابق، ج4، ص 452-453.

ابن قدامي (موفق الدين)، مصدر سابق، ج12، ص 86.

<sup>8</sup> الخرشي، المصدر نفسه، ص 217 و ما بعدها.

<sup>9</sup> الكاساني (علاء الدين)، المصدر نفسه، ص 281.

<sup>10</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 312.

<sup>11</sup> Planiol (M.), Rippert (G.), Esmien (P.), Radount (T.), Garolde (G.), *Ibid*, P. 958.

<sup>12</sup> د. أبو صفية (فخري)، المرجع نفسه، ص 85.

جوازها<sup>1</sup> بتحقق شروطها<sup>2</sup>. و الغالب أن تكون شهادة التقل (الشهادة السماعية) دون شهادة القطع (الشهادة الأصلية) من حيث اقتناع القاضي بها<sup>3</sup>.

### 3- شهادة السماع

و هي أن يشهد الشاهد معتمدا في شهادته على ما سمعه من خير منتشر بين الناس، ثقات و غير ثقات، و ذلك في الأمور التي يعسر رؤيتها على كل إنسان<sup>4</sup>، أو مما يخفى في العادة، و هذا يختلف باختلاف الظروف و الملابسات<sup>5</sup>. كواقعة الهجر مثلا، فلا سبيل لإثباتها إذا لم يصدقها الزوج؛ لأن ذلك من أسرار الزوجية، و من أخص خصوصياتها. فكانت الضرورة عاملا دافعا لفقهاء المالكية لأن يجيزوا أن يشهد الشاهد معتمدا في شهادته على ما سمعه من خير فاش منتشر بين الثقات و غيرهم<sup>6</sup>، و ذلك في أمور من العسير أن يراها كل إنسان و أن يشاهدها و أن يعاينها، و لو لم تقبل الشهادة فيها بالسماع الفاشي لأدى ذلك إلى الضيق و الحرج و تضييع كثير من الحقوق. فلهذا كانت الشهادة بالسماع مقبولة في أمور<sup>7</sup>، منها إضرار الزوج بزوجه، فقد أجاز المالكية أن يشهد الشهود بالسماع الفاشي أن فلانا يضار زوجته بالإساءة إليها من غير ذنب، و لو كان الإضرار إعسارا، و يطلقها حينئذ القاضي عليه<sup>8</sup>. و صفة الشهادة بالسماع أن يقول الشهود سمعا فاشيا من أهل العدل و غيرهم، و هي تفيد الظن دون شهادة الاستفاضة، و لهذا أجزيت للضرورة<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> ابن قدامي (موفق الدين)، مصدر سابق، ج12، ص 86.

<sup>2</sup> اشترط العلماء لهذه الشهادة شروطا، هي: أ- تعذر حضور الشاهد الأصل أمام القضاء، ب- أن تتحقق شروط الشهادة في كل واحد منهما، ج- أن يعين شاهد الفرع شاهد الأصل عند الأداء، د- أن يستعنيه شاهد الأصل الشهادة، فيقول: أشهدك على شهادتي أنني أشهد أن فلان على فلان كذا، أو أقرّ عندي بكذا، و يقول الفرع عند الأداء: أشهد أن فلانا شهد عندي أن فلان على فلان كذا، و أشهدني على شهادته، و أمرني أن أشهد على شهادته، و أنا الآن أشهد بشهادته بذلك. أنظر: الخرش، المصدر نفسه، ج6، ص 219، الشربيني (محمد الخطيب)، المصدر نفسه، ج4، ص 453-454، ابن قدامي (موفق الدين)، المصدر نفسه، ص 88 و ما بعدها.

<sup>3</sup> د. السنهوري (عبد الرزاق)، المرجع نفسه، ص 313.

<sup>4</sup> د. أبو صفية (فخري)، مرجع سابق، ص 88.

<sup>5</sup> الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 350.

<sup>6</sup> ابن فرحون (برهان الدين)، مصدر سابق، ج1، ص 434.

<sup>7</sup> من هذه الأمور: الأملاك، الوقف، الموت، النسب، البيع، الولاء، الرضاع، القسمة، عزل القضاة و الولاة و الوكلاء و توليتهم، التعديل، الجرح، الإسلام، الكفر، السفه، الرشد، النكاح، الطلاق و لو بالخلع، الإيسار، الإعسار، الوصية، الهبة، الخ. أنظر: د. الحصري (أحمد)، مرجع سابق، ج1، ص 288 و ما بعدها.

<sup>8</sup> الخرش، المصدر نفسه، ج6، ص 213.

<sup>9</sup> ابن فرحون (برهان الدين)، المصدر نفسه، ص 427.

<sup>9</sup> ابن فرحون (برهان الدين)، المصدر نفسه، ص 427.



و لم يحدّد القانون الجزائري أيّ قيمة خاصّة للشّهادات بالتّسامع المتداولة حالياً، و عليه فإنّ قيمتها متروكة لتقدير القاضي في نطاق القواعد العامّة<sup>1</sup>، و بناء على نصّ المادّة (222) من قانون الأسرة<sup>2</sup>. و من الملاحظ، أنّ السّبب المتّج للضرر و الموجب للتّفريق القضائي يكثر وقوعه في حالات خاصّة و غير مشاهدة ممّن تقبل شهادتهم، فيصعب إثباته مع أنّه يكون ملموساً و مشهوراً عند الكثيرين. فتيسيراً للعدل و إظهاراً للحقيقة الواقعة بين الزوجين يتعيّن رجوع القضاء إلى فقه المالكية، فتقبل الشّهادة بالتّسامع في ذلك<sup>3</sup>.

و تميّز واقعة الفاحشة المبيّنة (الزّنا)، و التي تعدّ سبباً من أسباب التّفريق، و التي اعتبر المشرّع الجزائري الضرر الناتج عنها مفترضاً، بخصوصية شديدة في الإثبات. و قد حصر المالكية طرائق إثبات الزّنا في ثلاث<sup>4</sup>:

أ- الإقرار بالزّنا،

ب- البيّنة العادلة<sup>5</sup>،

ج- قرينة حمل امرأة غير متزوّجة.

<sup>1</sup> بكوش (بجي)، مرجع سابق، ص 192.

<sup>2</sup> المادّة (222) من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة: (كلّ ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية).

<sup>3</sup> و يرى الفقه الفرنسي، أنّ الشّهادة بالتّسامع بطبيعتها غير قابلة للتّحري، بمعنى أنّه من غير الممكن الوصول إلى مصدرها الأصلي، و بذلك فهي شّهادة لا يعول عليها خلافاً لما عليه الأمر بالنسبة للشّهادة على الشّهادة، التي يمكن التّحري بشأنها و الوصول إلى مصدرها. فالأولى تبنى عادة على الإشاعات غير المحددة شخصاً، أما الثانية فتستند إلى معلومات مشخصة، فحتى و لو أنّ شاهد الفرع لا يستطيع أن يضبط مدى دقة الشّهادة و صحتها، إلا أنّه يمكن التّحري بشأنها، و الأمر على خلاف ذلك في الشّهادة بالتّسامع المبني على الاستفاضة.

Solus (H.), Perrot (R.), *Ibid*, P. 706.

<sup>4</sup> ابن رشد (أبو الوليد)، مصدر سابق، ص 359.

<sup>5</sup> اشترط المالكية لقبول الشّهادة بالزّنا الشروط التالية: أ- عدالة الشهود، ب- أن يكون عدد الشهود أربعة فصاعداً، ج- الذكورة، د- اتحاد الشهود في زمن الفعل و مكانه، هـ- أن تكون الشّهادة شهادة رؤية لا سماع، و ذلك بأن يشهدوا أنهم رأوا الزاني فرجه في فرج المزني بما كالمرود في المكحلة.

أنظر: ابن رشد (أبو الوليد)، المصدر نفسه، ص 359-360، الدسوقي (شمس الدين محمد)، مصدر سابق، ج6، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996، ص 310-311.

### الفرع الثالث: العه الجناي

تعتبر واقعتا عدم الإنفاق و الحبس محلين للإثبات بالحكم الجنائي، الذي يجب أن تقدّم الزوجة حين رفعها لدعوى التفريق صورة رسمية له. و أهميته في الدعوى تكمن في أنه يمثل مصدر الحقيقة بالنسبة للقاضي.

و لا بدّ أن نفق قليلا عند واقعة عدم الإنفاق، التي اعتبرت فقها و قانونا قرينة على الضرر الحاصل للزوجة، و بالخصوص بشأن رفع دعوى جنائية بصدها. فالامتناع عن تقديم النفقة المقررة قضاء لصالح الزوجة يعتبره المشرع الجزائري جريمة بنصّ المادة (331) من قانون العقوبات<sup>1</sup>. فحتى تتمكن الزوجة من رفع دعوى مضمونها الامتناع عن دفع نفقة مقررة قضاء لا بدّ من وجود حكم قضائي، عندئذ يكون الأمر متعلّقا بالامتناع عن تنفيذ حكم قضائي يقضي بأداء النفقة الغذائية<sup>2</sup>، و يجب أن يكون الحكم نافذا، و الأصل أن يكون نهائيا، و لكن من الجائز أن يكون غير ذلك إذا أمر القاضي بالتنفيذ المعجل<sup>3</sup>. و إضافة إلى ذلك، لا بدّ أن تنقضي مهلة شهرين<sup>4</sup>، و هذا الأمر يعدّ عنصرا من عناصر قيام جريمة الامتناع عن دفع النفقة المقررة قضاء، و بصورة أدقّ هو أحد عنصري الركن المادّي إلى جانب عدم دفع المبلغ المالي كاملا<sup>5</sup>. و يبدو أنّ الرأي السائد في المحكمة العليا أنّ حساب مهلة الشهرين يبدأ اعتبارا من تاريخ انقضاء مهلة العشرين يوما المحددة في التّكليف بالدفع<sup>6</sup>. فبعد توفّر هذه الشّروط يكون حقّا للزوجة أن ترفع دعوى جنائية بهذا الخصوص، و عند الحكم لصالحها يكون ذلك دليلا واضحا لإثبات

<sup>1</sup> المادة (331) من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمّن قانون العقوبات (الجريدة الرّسمية، العدد 49، المؤرخ في 11 يونيو 1966) : (يعاقب بالحبس من ستّة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 500 إلى 5000 دج كلّ من امتنع عمدا و لمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم. و يفترض أنّ عدم الدّفع عمدي ما لم يثبت العكس، و لا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتقاد على سوء السلوك أو الكسل أو السّكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال. و المحكمة المختصة بالجنح المشار إليها في هذه المادة هي محكمة موطن أو محل إقامة الشّخص المقرّر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة).

<sup>2</sup> د. بوسقيعة (حسن)، مرجع سابق، ص 157.

<sup>3</sup> في هذا الصّدّد نصّت المادة (40) من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8/6/1966 المتضمّن قانون الإجراءات المدنية على أن يكون الأمر بالتنفيذ المعجل، رغم المعارضة أو الاستئناف، وجوبا عندما يتعلّق الأمر بالنفقة الغذائية.

<sup>4</sup> سعد (عبد العزيز)، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص 27.

<sup>5</sup> د. بوسقيعة (حسن)، المرجع نفسه، ص 159-160.

<sup>6</sup> د. بوسقيعة (حسن)، المرجع نفسه، ص 161.

واقعة عدم الإنفاق أمام قاضي الأحوال الشخصية، فتطلب تأسيسا على ذلك الحكم بتطليقها من زوجها.

فكما كان الحكم الجنائي دليلا للإثبات في دائرة الضرر المحدد، فكذلك هو دليل في دائرة الضرر المطلق عن أي قيد سببي. فالحكم الجنائي الحائز لقوة القضية المقضية قرينة قانونية قاطعة على صحة ما يتضمّنه، و بذلك تكون له قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية براءة أو إدانة في الدعاوى التي لم يكن قد فصل فيها نهائيا فيما يتعلق بوقوع الجريمة و بوصفها القانوني و نسبتها إلى فاعلها. و قد جاء في المادة (339) من القانون المدني الجزائري : (لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم و كان فصله فيها ضروريا). و يبدو واضحا أنه يشترط لكي يجوز الحكم الجنائي حجية أمام المحاكم المدنية<sup>1</sup> و التي تشمل دوائر الأحوال الشخصية توفر الشروط الآتية<sup>2</sup>:

- 1- أن يكون الفعل الذي فصل في شأنه جنائيا هو نفسه الذي أثير أمام غرفة الأحوال الشخصية، و بمعنى آخر أن يكون الفعل يشكّل أساسا مشتركا بين الدعوى الجنائية و المدنية،
  - 2- أن يكون الحكم الذي يتمسك بحجّيته صادرا من محكمة جنائية،
  - 3- أن يكون الحكم الجنائي سابقا على الحكم المدني،
  - 4- أن يكون الحكم الجنائي باتا، و فاصلا في موضوع الدعوى الجنائية،
  - 5- أن تكون الوقائع التي يُحتجّ بها بمقتضى الحكم الجنائي قد فصل فيها هذا الحكم، و كان فصله فيها ضروريا للحكم في الدعوى الجنائية.
- و يترتب على ذلك أنه إذا أقامت الزوجة دعوى تفريق للضرر استنادا إلى اعتداء زوجها عليها بالضرب أو السب مثلا، و صدر حكم جنائي باتّ بإدانته في هذا الفعل، فإنّ هذا الحكم يكون له

<sup>1</sup> إن حجّية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني مسألة تتصل بالمصلحة العامة و النظام العام، لذلك فإنّه يجوز التمسك بها في أية حالة كانت عليها الدعوى، و لو لأول مرة أمام محكمة التقض، و للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها. فالحجّية لا ترجع إلى مبدأ حجّية الأمر المقضي، بل ترجع إلى اعتبارات المصلحة العامة، فليس هناك أي مجال للتمسك بحجّية الأمر المقضي؛ لاختلاف الموضوع و الخصوم في الدعوى، ففي الدعوى الجنائية يكون هدفها معاقبة المتهم عن الجريمة التي ارتكبها، بخلاف الحالة في الدعوى المدنية، أمّا بالنسبة للخصوم فالمدعي في الدعوى الجنائية هو النيابة العامة، و ليس الحال كذلك في الدعوى المدنية أو دعوى الأحوال الشخصية، و الحكم الجنائي يتعلق بمقدّرات الناس و حرّياتهم و أعراضهم، و الحكم بالإدانة في جريمة أو براءة منها يعني مطابقة الحكم الصادر للحقيقة الواقعة و إن اختلفت معها الحقيقة القضائية، فلا يجوز بعد ذلك للمحكمة المدنية أن تعود لبحث هذه المسألة مخطّطة الحكم الجنائي؛ إذ للقاضي الجنائي الصلاحيات الكاملة لتحرّي الحقيقة، و عدم الاكتفاء بدليل معيّن، و ما دام الأمر كذلك فيجب أن تكسب هذه الأحكام حجّية مطلقة.

أنظر: د. فوده (عبد الحكم)، حجّية الأمر المقضي و قوّته في المواد المدنية و التجارية، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، د.ت، ص 464-465.

<sup>2</sup> البكري (محمد عزمي)، مرجع سابق، ص 388.

حجّيته أمام المحكمة التي تنظر دعوى التفريق لوقوع فعل الضرب أو السب<sup>1</sup>، ولا يجوز لها معاودة بحثه<sup>2</sup>. وقد اعتبر القضاء الجزائري الحكم الجنائي دليل إثبات، حيث ركّز القضاة في حكم من أحكامهم حين إصدارهم حكماً بالتطليق الذي جاء نتيجة حكم جزائي صدر في مواجهة الطّاعن بتاريخ: 1982/11/23، غير أنّهم لم ينظروا إلى الحكم المذكور، و لم يوجبوا إحضاره أمامهم حتّى يستنبطوا مدى خطورة الضرب المؤدّي إلى الضرر البين الذي تستحقّ به الزوجة التطليق، فعدم إرفاق ملف الطّعن بالحكم المذكور من جانب المطعون ضدها التي أمرت بإحضاره يجعل الضرب المعوّل عليه غير ثابت، كما يستحيل على المحكمة العليا أن تمارس حقّ رقابتها كما ينبغي<sup>3</sup>. كما حكم القضاء الجزائري بناء على حكم محكمة حسين داي - القسم الجزائري - التي حكمت على المدّعي في الطّعن مرّتين في 1980/09/27 و في 1982/03/01. فالطلاق الذي تمّ بناء على هذا الحكم جاء معلّلاً و مطابقاً لأحكام الشّرع الإسلامي<sup>4</sup>. و هو ما ذهبت إليه المحكمة الكليّة للأحوال الشّخصية في الكويت حيث اعتمدت في حكمها بالتفريق بين زوجة و زوجها بناء على صورة طبق الأصل من حكم الدائرة الجزائيّة بتغريمه عشرين ديناراً؛ لثبوت اتّهامه بالاعتداء عليها و على والدها، فثبتت التّهمة عليه بوصفها و أركانها وفق القانون العقابي الكويتي، و لذا حكمت المحكمة حضورياً بطلاق المدّعية من المدّعي عليه طلاقة بائنة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> قرار رقم 127948 المؤرخ في 1996/01/16، السابق ذكره.

فالمحكمة قضت بتطليق الزوجة على أساس الحكم الجزائري الصادر في 1986/05/03 و القاضي بإدانة الزوج بتهمة الضرب و الجروح العمدية ضد زوجته و حكم عليه بتسعة أشهر حبس نافذة، و قد طعن الزوج (ب.ب) بواسطة محاميه مثيراً الوجه الوحيد للقبض تدعيماً لطعنه المأخوذ من مخالفة القانون و خاصّة الفقرتين (4) و (6) من المادّة (53) من قانون الأسرة (ف4، ف10 في التعديل الجديد)، و أسّس كلامه على أنّ المادّة (53) تنصّ على أنّه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق إذا صدر حكم يعقوبة مقيدة للحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة، و هذا من الخطأ الجسيم؛ حيث أنّ هذه الفقرة لا تتضمّن وقوع حالة الاعتداء على الزوجة، و إنّما يكون محلّها جريمة واقعة على شخص آخر؛ لأنّ المناط هنا هو الضرر الناتج عن تقييد الحرية، أما المناط في حالتنا هذه هو الضرر الناتج عن الفعل الجرمي ذاته، و لهذا يُعتدّ بالحكم الجنائي باعتباره قرينة قانونية قاطعة على صحّة ما يتضمّنه.

<sup>2</sup> بناء على المعيار الشّخصي للضرر المعتمد لدى المشرّع و القضاء المصريين، فالحكم الجنائي لا يسمح للقاضي المدني بمعاودة البحث، و لكن له أن ينظر فيما إذا كان هذا الفعل كافياً لإنتاج الضرر الذي تستحيل معه العشرة بين أمثال الزوجين، فإذا كان كذلك حكمت بتطليقها، أمّا إذا لم يكن كافياً لتوافره كان لها الاستناد إلى أدلة أخرى لتكوين عقيدتها بشأنه، أمّا بناء على المعيار الموضوعي فيكون عندها الحكم الجنائي كافياً لأن يكون مستنداً قوياً للتطليق.

<sup>3</sup> قرار رقم 40934 المؤرخ في 1986/05/05، غير منشور. ذكره د. بلحاج (العربي)، قانون الأسرة - مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، دط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص 86.

<sup>4</sup> قرار رقم 41104 المؤرخ في 1986/05/05، غير منشور. ذكره د. بلحاج (العربي)، المرجع نفسه، ص 86-87.

<sup>5</sup> حكم المحكمة الكليّة بالكويت، دائرة الأحوال الشّخصية، برئاسة فضيلة الأستاذ محمود مكادي القاضي. ذكره د. الغندور (أحمد)، مرجع سابق، ص 511-512.

## الفرع الرابع: الخبرة الطبية

إن الواقعة المادية الوحيدة التي تشكل محلاً للإثبات بالخبرة الطبية<sup>1</sup> في دعاوى التفريق القضائي هي العيب الذي يتلى به الزوج، ويشكل سببا موضوعيا محورياً دافعا للزوجة لطلب التفريق قضاء، درءاً للضرر المحقق الناتج عنها. فالقاضي يستعين بالخبير في مثل هذه المسائل العلمية والفنية الدقيقة التي تثور عند النظر في القضايا المعروضة عليه؛ لكونها بعيدة عن المجال الأصيل لتخصص القاضي الذي لا يشترط فيه سوى العلم بالقانون<sup>2</sup>.

و الخبرة الطبية الشرعية هي (عمل يقدم من خلاله الطبيب الخبير المنتدب مساعدته التقنية لتقدير الحالة الجسدية أو العقلية للشخص المعني، و تقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية)<sup>3</sup>. و العيب من الأمور العلمية الدقيقة، و لهذا كان لازماً الاستعانة بالخبرة الطبية حتى يكون تأسيس قضاة الموضوع صائبا و صحيحا من حيث التسبب<sup>4</sup>. و لقد أسس قضاة الموضوع قرارا لهم قضى بالتطبيق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، و علقت عليهم المحكمة العليا بأنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية<sup>5</sup>. فمن المقرر قضاء أنه لا يجوز الحكم بفك العصمة الزوجية بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها<sup>6</sup>، و الخبرة الطبية وسيلة إثبات ناجعة لا بد من اعتبارها. و الاستعانة بأهلها يؤدي بشكل إيجابي إلى تحديد مدى الضرر المتوقع من هذا العيب أو ذاك، و مدى إمكان البرء منه و عدم إمكانه، و المدة التي يمكن البرء فيها، سواء

<sup>1</sup> كما يمكن أن يثبت العيب بشهادة الشهود و الشهادات الطبية المعتمدة. أنظر: سعد (عبد العزيز)، الزواج و الطلاق، مرجع سابق، ص 261.

<sup>2</sup> بوشير (مخند)، قانون الإجراءات المدنية، ج1، د.ط، الجزائر، دار الأمل، دت، ص 159.

<sup>3</sup> د. بن لعل (بجي)، الخبرة في الطب الشرعي، د.ط، باتنة، الجزائر، مطبعة عمار قربي، دت، ص 10.

<sup>4</sup> يقصد بالتسبب أن يتضمن الحكم أو القرار المتربات الضرورية و الكافية التي تبرر صدوره، بحيث تعبر عن العملية التي وصل بها القاضي إلى النتيجة التي انتهى إليها. و تسبب عمل القاضي يعتبر سمة بارزة تميز هذا العمل عن غيره من أعمال السلطات، و هو وسيلة أساسية لضمان حياد القاضي، و احترام حقوق الدفاع و حماية القاضي نفسه مما قد يندفع إليه العقل أو النفس بدافع ضغط أو غيره. و هو عماد اقتناع الرأي العام بعدالة القضاء، و الركيزة الأساسية لحماية استقلاله، و ذلك فضلا عن الدور الفتي الذي يؤديه التسبب من حيث تمكين محكمة التقض من أعمال رقابتها على المحاكم الدنيا، و تمكين المحكوم عليه من الوقوف على ما شاب الحكم من عيوب و إثراء الفكر القانوني بصفة عامة. أنظر: الطباخ (شريف)، مرجع سابق، ص 140-141.

<sup>5</sup> قرار رقم 87301 المؤرخ في 1992/12/22، المحلة القضائية، سنة 1995، العدد 2، ص (92-95).

لقد أشارت الزوجة في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فكان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية و قانونية قبل التصريح بحكمهم، و لهذا تم نقض القرار المطعون فيه من قبل المحكمة العليا.

<sup>6</sup> قرار رقم 33275 المؤرخ في 1984/05/14، المحلة القضائية، سنة 1990، العدد 2، ص 75، أنظر: القرص المضغوط السابق ذكره..

كان العيب نقصا بدنيا أو عقليا يمنع من تحقق مقاصد النكاح، و تمتع كل من الزوجين بالآخر<sup>1</sup>. ولكن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك بخلاف ما نص عليه المشرع المصري في المادة (11) من المرسوم بقانون 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة و بعض مسائل الأحوال الشخصية: (يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها)، و ما نص عليه المشرع المغربي في المادة (111) من القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة: ( يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض). فكل عيب ضرر و لكن ما تؤسس عليه دعوى التفريق هو العيب الذي يحول دون تحقيق مقاصد النكاح في التشريع الجزائري و ليس أبلغ ضررا من ذلك، و يرجع الفصل في مدى تحقق هذا المعيار إلى أهل الخبرة، و هم أهل العلم و الطب المتخصصون في هذا المجال. و بناء على ذلك يُفترض وقوع الضرر محدد السبب قانونا في المستقبل. و هذا الإجراء وجوبي في النظام القضائي المصري، يجب على المحكمة اتخاذه و إلا كان حكمها باطلا؛ لأنه يتعلق بمسألة فنية تخرج عن مجال علمها، فلا يخضع لسلطتها التقديرية<sup>2</sup> بخلاف ما ذهب إليه مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد الذي جعل من الاستعانة بأهل الخبرة أمرا اختياريا<sup>3</sup>.

و لا تمنع الخبرة الطبية كوسيلة إثبات معاصرة و ناجعة من إعمال آلية (التأجيل) التي اعتمدها الفقهاء قديما، كتأجيل العنين<sup>4</sup>. فالتأجيل لمدة سنة قد يكون نافعا جدا، فإذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج<sup>5</sup>، و عدم احترام القضاء لمثل هذا الإجراء يعدّ مخالفا لقواعد الشريعة<sup>6</sup>، فمن الواجب على القضاة إثبات العيب بصفة شرعية و قانونية قبل التصريح

<sup>1</sup> الجندي (أحمد نصر)، مرجع سابق، ص 331.

<sup>2</sup> د. العجوز (ناهد)، مرجع سابق، ص 273.

<sup>3</sup> أنظر: المذكرة الإيضاحية للمادتين (106)، (107) منه، ص 212.

<sup>4</sup> العنين من العنة، مصدر عنة الرجل عنة: عجز عن الجماع لمرض يصيبه. أنظر: أ.د. قلعه جي (محمد رواس)، د. قنبي (حامد)، مرجع سابق، ص 323.

<sup>5</sup> ابن رشد (أبو الوليد)، مصدر سابق، ص 42.

الشافعي (محمد بن ادريس)، مصدر سابق، ص 901.

ابن تيمية (محمد الدين)، مصدر سابق، ص 25.

<sup>6</sup> لقد اعتبر القضاة أنّ الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بمسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جسما كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، و بهذا اعتبرت المحكمة العليا قرارهم خاطئا، فيكون بذلك عرضة للتقاضي؛ لأن الاجتهاد القضائي استقر على أنّ السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القضائي بها.

أنظر: القرار رقم 34784 المؤرخ في 19/11/1984، المحلّة القضائية، سنة 1989، العدد 3، ص (73-76).

بحكمهم<sup>1</sup>. فإذا كان العيب أو المرض يرجى منه البرء قبل مضيّ سنة، فعندئذ تعطي المحكمة للمعتلّ أجل سنة كاملة قبل التفريق.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

<sup>1</sup> قرار رقم 33275 المؤرخ في 14/05/1984، السابق ذكره.

فالمحكمة العليا أرادت أن تجمع بين طرق الإثبات الشرعية التي نصّ عليها الفقهاء و طرق الإثبات القانونية الحديثة (الخبرة الطبية)، جمعاً بين الأصالة و المعاصرة، و في هذا فائدة جمّة؛ لأنّ التأجيل سنة يعطي فرصة أخرى للزوج، فربّما يبرأ عيبه و تستقرّ الحياة مع زوجته.



## خاتمة:

إنّ عقد الزّواج، في حقيقته، إنّما هو عقد على السّكينة و الودّ و الاستقرار. فإذا لقيت الزّوجة من زوجها ما لا ترضاه من المعاملة على أساس أنّ زوجها لا يوفّيها حقّها، و لقيت من ذلك نوعاً من الرّهق و العنت و المشقّة، متضرّرة من بقاء الزّوجية و استمرارها، رخصت لها الشّريعة الإسلامية و تبعها في ذلك القانون الوضعي أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة تطليقها من زوجها؛ لأنّها لا تملك الطّلاق و قد فات إمساكها بالمعروف. فلا يُعقل أن تعيش الزّوجة ضنك الحياة و شقاءها في ظلّ عقد أساسه الرّحمة و الرّأفة و السّكينة. و لهذا كان الأصل في علاقة الزوج بزوجه المعاشرة بالمعروف، و ضابط ذلك كلّ " لا ضرر و لا ضرار ". فإذا كان الإضرار كسلوك محلّ بالتوازن الاجتماعي على مستوى العلاقات الإنسانية الخارجية محرّماً، فهو أشدّ حرمة إذا كان نطاقه علاقة على أشدّ قدر من التّقديس كالعلاقة الزّوجية.

و طلب الزّوجة التّفريق من القاضي مشروط بإثبات الضّرر الواقع عليها، خضوعاً لمبدأ العدالة، و سعياً وراء الاستقرار، و تحقيقاً للمصلحة العامّة. فالحقّ في التّفريق يتجرّد من قيمته ما لم يقدّم الدليل على الواقعة المحلّ الأصلي و هي النتيجة الضّررية. و لا يخفى أنّ العلاقة الأسرية تتسم بكثير من السّرية؛ لأنّها علاقة خاصّة بطبيعتها، و لهذا كان من العسير أن تثبت الزّوجة إضرار زوجها لها، خاصّة إذا كان الأمر متعلّقاً بأخصّ خصوصياتها. و تأسيساً على ذلك، أراد الفقهاء أن يجعلوا من بعض الوقائع المادّية قرائن على النتيجة الضّررية الحاصلة، جاعلين نطاق الالتزامات الزّوجية و ما هو مألوف في حياة النّاس، و ما ترجّحه العقول البشريّة دوائر بحثهم، و اتّخذ المشرّع الجزائري في ذلك المسلك ذاته. و خلاصة ذلك:

أنّ المشرّع الجزائري اعتبر عدم الإنفاق ضرراً، فكان بذلك قرينة قانونية على النتيجة الضّررية، و ذلك بناء على السّياق الذي جاء به نصّ المادّة (53) من قانون الأسرة، إذ أورد ذكر أسباب التّفريق المحدّدة مردفاً إيّاها بعبارة: (كلّ ضرر معتبر شرعاً)، و ذلك حتّى تشمل أضراراً أخرى لا يمكن حصرها و لا تحديدها. و بهذا يكون عدم الإنفاق فعلاً سلبياً موجبا للضرر بذاته، و قد نحى في ذلك منحى الفقه الإسلامي. فيكفي الزّوجة أن تثبت واقعة عدم الإنفاق دون إثباتها للضرر الناتج عنها. إلا أنّ المشرّع لم يتطرّق إلى الوضع الذي يكون فيه التّفريق أولى، و هو حالة ما إذا لم ينفق الزوج عمداً مع يسر حاله.

و اعتبر النتيجة الضّررية حاصلة في كلّ العيوب بصورة حتميّة، و قرينة حصولها سببها (العيب). لكن حالة التّفريق المؤسّسة على العيب متعلّقة بمعيّاره، و لهذا كان العيب الموجب للتّفريق هو العيب

الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج. و قد سلك في ذلك مسلك الفقهاء الذين أثبتوا خيار الفرقة للعيوب مستنبطين حكمها من عموم الأدلة التافية للضرر، لا بالنص على كل واحدة بعينها.

و اعتبر الهجر قرينة على النتيجة الضرورية الحاصلة، و شرط ذلك أن يكون لمدة أربعة أشهر، حتى و لو كان مقصده التأديب. و لم يفرّق المشرّع الجزائري بين وجود العذر و انتفائه؛ لأنّ الضرر حاصل في الحالتين، أخذا بما ذهب إليه فقهاء المالكية، فيكفي الزوجة عندئذ أن تثبت واقعة الهجر فحسب دون إثبات الضرر الخاص الناتج عنها. إلاّ أنّه نصّ على الهجر المجرد فحسب، و لم ينصّ على الهجر المقترن بالحلف و هو الإيلاء، كما هو حاصل في الفقه الإسلامي؛ لأنّ التوعين مختلفان عمقا و غاية.

و اعتبر الفاحشة المينة ضررا، ممّا يجعلها مشكّلة، كواقعة مادّية، لقرينة قانونية على النتيجة الضرورية الحاصلة للزوجة. و يبدو أنّ المشرّع الجزائري قد تفتّن لهذا الأمر بموجب الأمر رقم 02/05؛ لأنّ هذه الواقعة كانت متموقعة بعد عبارة (كلّ ضرر معتبر شرعا)، أي في الفقرة السابعة من المادة (53) من القانون رقم 11/84، و كأنّ ارتكاب الفاحشة الميينة لا يمسّ الزوجة في كرامتها و شرفها و شرف أسرتها. أمّا بعد التعديل، فقد جعلها المشرّع في موضع قبلي على الفقرة العاشرة، و بذلك يكون الأمر متناسبا مع القواعد العامة التي تعتبر الضرر الناتج عن الفاحشة الميينة مفترضا. فيكفي الزوجة عندئذ أن تثبت واقعة الفاحشة الميينة دون نيتها الضرورية.

كما اعتبر المشرّع الجزائري الشقاق المستمرّ قرينة على الضرر الواقع على الزوجة. و لا شكّ أنّ في ذلك تعطّيلا لنظام التحكيم، الذي ربطه الفقهاء بقيام حالة الخوف من الشقاق، و هو أولى حال قيامها. و نحن نعلم أنّ القرينة القانونية بمجرّد قيامها ترتب عليها نيتها. و معنى ذلك أنّ المشرّع بارتفائه بهذه الواقعة المادّية إلى درجة القرينة القانونية، بعد أن كانت قرينة قضائية، يكون بذلك قد عطّل نظام التحكيم. و الأكثر من ذلك، أنّه نصّ في المادة (56) من القانون رقم 11/84 المتضمّن قانون الأسرة على حالة التحكيم بناء على اشتداد الخصام، و هذه الحالة هي بذاتها حالة الشقاق، فكيف يرتقي بها إلى درجة القرينة القانونية و يتركها منصوصا عليها في مادة أخرى.

كما اعتبر الإخلال بالشروط المتفق عليها ضررا، فرتب، بناء على الأمر رقم 02/05 المعدّل لقانون الأسرة، حقّ طلب الزوجة التفريق من القاضي تأسيسا على ذلك. و مصدر المشرّع في ذلك مذهب الإمام أحمد بن حنبل، و يكون بذلك قد فعل حسنا؛ لأنّ الشروط فيها منفعة حقيقية مقصودة لمشرطها، و لأنّه راعى في ذلك المتغيّرات الاجتماعية. فالتشريع عبارة عن مركّب متغيّر يستجيب للتغيّرات المستمرة في المجتمع، فيوفّر الوسائل و المكينات اللازمة لحلّ النزاع في المواقف الخاصة، خاصة إذا

تعلّق الأمر بالثنائية الاجتماعية (الزوج - الزوجة). و بناء على ذلك يكفي الزوجة أن تثبت إثباتا واضحا الشروط التي اتفقت عليها مع زوجها، دون لجوئها إلى إثبات تضررها من ذلك. و اعتبر الضرر الناتج عن التشويز مفترضا. و كان الأولى أن يلغى نصّ المادة (55) بصورة مطلقة؛ على اعتبار أن المادة (53) احتوت على ما يشمل كلّ حالات التشويز، و عبارة (كلّ ضرر معتبر شرعا) أكبر دليل على ذلك.

و لم يعتدّ المشرّع الجزائري، من خلال الفقرة الخامسة من المادة (53) من قانون الأسرة، بالضرر المعنوي الناتج عن الغيبة بإضافة شرط عدم ترك نفقة، و كأنه اعتدّ مرّة أخرى بحالة عدم الإنفاق، و كأنّ الزوجة في نظره لا تتضرر من الغيبة في ذاتها. و من الخطأ الجسيم أن لا يعتبر المشرّع الغيبة لمدة سنة ضررا إلاّ إذا كانت مقترنة بتلك الشروط التي إن تمت على شيء إثمّا تنمّ على قصور المشرّع في فهم الغاية التشريعية من التفريق القضائي لغيبة الزوج عن زوجته.

و لم يعتدّ كذلك، من خلال الفقرة الرابعة من المادة نفسها، بالضرر المعنوي الناتج عن الحبس؛ لأنّه لم يجعل التفريق متعلّقا بالحبس و إثمّا بالأوصاف المتعلّقة به. فهو بذلك لم يتطرق إلى الحبس كسبب مجرد لمشروعية طلب التفريق، كما ذهب إلى ذلك بعض الفقه الإسلامي، فلم يدرك الغاية التشريعية من الحبس برغم وضوحها.

و لم يعتبر المشرّع الجزائري كذلك الضرر الناتج عن غياب السكّن المستقلّ مفترضا. و يكون بذلك قد أغفل أمرا جوهريّا، و هو من أشدّ ما تعانيه المرأة المتزوّجة في عصرنا. و هذا ما لم يهمله الفقه الإسلامي، و سلك مسلكه في ذلك القضاء الجزائري.

و لقد أثقل المشرّع الجزائري نظام التعدّد بالشروط، فيكون بذلك قد قيده تقييد منع، لكن ليس إلى درجة افتراض الضرر الناتج عنه، فالصيغة الواردة في الفقرة السادسة من المادة (53) لا تنمّ عن ذلك. و لهذا لم يكن مجرد التعدّد، في منظور المشرّع الجزائري، ضررا، و لا يجوز بناء على ذلك أن يتخذ قرينة عليه، و إثمّا ربط التفريق بمخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة. و هذا ما جعله متوافقا مع الفقه الإسلامي، حيث أنّ الافتراضية تتناقض مع حكم الإباحة التي يصطبغ بها التعدّد.

و حيث يتوقّف افتراض المشرّع يتحرّك افتراض القاضي الذي يجد مجال تحرّكه في الفقرة العاشرة من المادة (53) من قانون الأسرة، و نصّها: (كلّ ضرر معتبر شرعا)، و هي الفقرة التي تمثّل الضرر المطلق عن أيّ قيد سببيّ. و ما دامت القرينة القضائية هي أساس الافتراض القضائي، فإنّ القاضي يتمتّع بسلطة واسعة جدّا في استعمال مكنة الافتراض، و ما يزيد الأمر اتساعا و سعة هو اعتماد المشرّع الجزائري للمعيار الموضوعي، الذي لا يراعي اختلاف بيئة الزوجين أو وسطهما الاجتماعي، و اختلاف

درجة ثقافة كلٍّ منهما، كما هو الأمر في اعتماد المعيار الشّخصي. و ما دام التّشريع الإسلامي هو المرجعية الأصلية و الأصلية للتّشريع الأسري، كان لابدّ على القاضي أن يجعل لنفسه ضوابط أثناء استعماله لمكنة الافتراض حتى يتجنّب الخلل و الزّلل. و على اعتبار خطورة هذه المكنة، كان لازماً ضبط استعمالها، تضييقاً لنطاق الطّلاق و عدم السّير في تحريره بمراعاة مبدأ ديمومة الأسرة التي يحرص عليها التّشريع الإسلامي باعتبار علاقتها بالتّشعّب الاجتماعي، و بمراعاة العامل الاجتماعي الذي يمكن القاضي أثناء افتراضه من الوصول إلى حلّ عادل و سليم. فالحكم القضائي لا يمكنه تجاهل المواصفات الخاصّة بالقضايا المطروحة عند التّطبيق، و إلاّ كانت نتيجة ذلك التّضحية بالمصلحة الاجتماعية في سبيل المصلحة الفردية.

إذا كان الزوج متضرراً من الزّواج، كان له إهأؤه بإيقاع الطّلاق بإرادته المنفردة، تخلّصاً من الرّابطة الزوجية، و ذلك عند تحقّقه من أنّ المعاشرة بالمعروف أمر غير ميسور. و في مقابل ذلك منح التّشريع الإسلامي الزّوجة مكنة فريدة من نوعها تقابل ما بيد الرّجل من حقّ فكّ العصمة الزوجية بإرادته المنفردة، و هي الخلع. فمجرّد إصرارها على ادّعائها بأنّها تبغض الحياة مع زوجها صراحةً لدليل قاطع على أنّ دعواها تكون قائمة على معيار الضّرر الذي لا يخضع فيه لقاعدة الإثبات. فأرادتها الجادّة، و تقدّم بدل مالي لزوجها مقابل فكّ عصمتها، كلّ ذلك يعتبر قرينة قاطعة على الضّرر الواقع عليها، فهذا ما اتّجه إليه المشرّع الجزائري سالكا مسلك الفقه في ذلك، إلاّ أنّه لم يصغ حالة الخلع صياغة قرآنية تبين المقصد الحقيقي من تشريع مثل هذا النظام. و بناء على افتراض الضّرر في الخلع، فإنّ عبء الإثبات الواقع على الزّوجة حسب القواعد العامّة يسقط بصورة كليّة، فليس هو الشّأن ذاته بالنّسبة لحالات التّفريق المؤسّس على التّيجة الضّررية المحدّدة سبباً، و التي يسقط فيها عبء الإثبات سقوطاً جزئياً، إذ تقوم الزّوجة بإثبات الواقعة التي تشكّل القرينة على التّيجة الضّررية الحاصلة. و بناء على هذا كلّه، و محاولة منّي لسدّ النقص التشريعي الموجود على مستوى قانون الأسرة الجزائري، أقترح ما يلي:

1. الفصل بين فقرات المادّة (53) من قانون الأسرة، و جعل كلّ واحدة منها في مادّة مستقلة بذاتها.

2. صياغة حالة التّفريق لعدم الإنفاق كما يلي:

المادّة (1): (إذا تأخّر الزوج في القيام بواجب الإنفاق على زوجته جاز للزّوجة أن ترفع دعوى تفرّيق، ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزّواج، و يجب على القاضي أن يحكم به طلاقاً رجعيّاً:  
أ- حالاً، إذا كان له مال و أصرّ على عدم الإنفاق، أو كان معسراً و لم يثبت حالة إعساره.

ب- بعد إمهاله مدة شهرين إذا كان معسرا على شرط إثباته حالة إعساره).

المادة (2): (لا يفرق القاضي بين الزوج و زوجته إذا أثبت المعسر أن زوجته التي لم ينفق عليها لم يصبها أي ضرر من عدم الإنفاق، كأن يثبت أنها غنية).

المادة (3): (للزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره و استعدّ للإنفاق في أثناء العدة، و إلا لم تصح الرجعة).

و يُستفاد في دعوى التفريق لعدم الإنفاق على زوجة الغائب من المادة (5) من القانون المصري رقم 25 لسنة 1920، الخاص بأحكام النفقة و بعض مسائل الأحوال الشخصية، و المادة (93) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد.

3. صياغة حالة التفريق للغيبة كما يلي:

المادة (1): (تعتبر غيبة الزوج عن زوجته غيبة بعيدة، بعذر أو بغير عذر، ضررا في ذاتها. للزوجة الحق في تأسيس دعواها بالتفريق عليه، حتى ولو ترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه).

المادة (2): (يجب على القاضي أن يحكم بالتفريق المؤسس على الغيبة، إذا توفرت الشروط الآتية:

أ- إذا غاب الزوج سنة فأكثر،

ب- الإرسال إليه إذا علم محله، و أمكن الوصول إليه، إمّا أن يحضر أو ترحل زوجته إليه أو يطلق).

4. إضافة مواد تنظم حالة الإيلاء، و أرى صياغتها كما يلي:

المادة (1): (مدة الإيلاء أربعة أشهر فأكثر).

المادة (2): (يجوز للزوجة أن ترفع دعوى تفريق على زوجها إذا حلف على هجرها في فراش الزوجية، بما يفيد امتناعه عن المباشرة الجنسية مدة أربعة أشهر فأكثر، واستمر كذلك وفاء ليمينه، حتى مضت المدة المنصوص عليها قانونا).

المادة (3): (يوقف القاضي الزوج عند نفاذ المدة القانونية، و يطالبه بالفيئة، فإن لم يفء عليه أن يحكم بالطلاق الرجعي).

المادة (4): (تنظر المحكمة المختصة دعوى التفريق للإيلاء في جلسة سرية).

5. إلغاء المادة (55) من قانون الأسرة و المتعلقة بحق طلب التفريق لنشوز أحد الزوجين.

6. إلغاء المادة (56) من قانون الأسرة، و إعادة صياغة نظام التحكيم كما يلي:
- المادة (01): (إذا قامت حالة الشقاق وجب على القاضي تحريك نظام التحكيم بعد العجز عن الإصلاح).
- المادة (02): (يجوز للقاضي أن يفترض حالة الشقاق بناء على الاستخلاص الذي يقوم به من وقائع الدعوى).
- المادة (03): (تعيّن المحكمة حكّمين وظيفتهما التوفيق بين الزوجين أو تحديد المصيّء منهما، و تحلّفهما اليمين على أن يقوما بمهمّتهما بعدل و أمانة).
- المادة (04): (يشترط في الحكمين شروط ثلاثة:
- القرابة، إن أمكن، ثقة من أهل الزوج و ثقة من أهل الزوجة،
  - الذكورة،
  - العدالة).
- المادة (05): (على هذين الحكمين أن يقدّما تقريرا عن مهمّتهما في أجل شهرين).
- المادة (06): (إذا اختلف الحكمان، عيّن القاضي حكّما ثالثا مهمّته معرفة من هو المصيّء، الزوج أم الزوجة. و يكون ذلك مشروطا باستشارة الزوجين)
- المادة (07): (يقدم الحكم الثالث تقريرا عن مهمّته في أجل شهر واحد).
- المادة (08): (يعتبر تقرير الحكم الثالث وثيقة إثبات، فـ:
- أ- إذا ثبت، بناء عليه، أنّ الإساءة من الزوج و كانت الزوجة هي الطالبة للتفريق، وجب على القاضي الحكم به طليقة بائنة.
  - ب- إذا ثبت أنّ الإساءة كلّها من الزوجة، وجب عليه الحكم بالخلع جبرا، فتردّ الزوجة ما قبضته من صداقها أو يزيد.
  - ج- و إذا ثبت أنّ الإساءة مشتركة، وجب عليه الحكم بالخلع جبرا على بدل يتناسب مع نسبة الإساءة.
  - د- و إذا لم يتمكّن الحكم الثالث من تبيّن المصيّء وجب على القاضي التفريق بينهما حالاً).
7. استبدال المعيار الشّخصي بالمعيار الموضوعي، بإعادة صياغة عبارة (كلّ ضرر معتبر شرعا) كما يلي:
- (كلّ ضرر معتبر شرعا مع مراعاة حال الزوجة بيّنة و ثقافة).
8. إضافة مواد متعلّقة بحقّ السّكن المستقلّ للزوجة، و أرى صياغتها كما يلي:

المادة (1): (المسكن الشرعي حقّ خالص للزوجة لا يسقط بالتراخي. و للزوجة الحقّ في تأسيس دعواها بالتفريق على فواته).

المادة (2): (لا يكون مسكن الزوجة شرعيًا إلا بتوفّر الشروط الآتية:

أ- أن يكون مستقلًا، سواء كان متزلاً، أو شقة في منزل حسب عرف أمثال الزوج و حالهم في المسكن،

ب- أن يكون خالياً من أهله و أهلها باستثناء: الصّغير غير المميّز و الوالدين العاجزين،

ج- أن يكون خالياً من الضّرة،

د- أن يكون مشتملاً على المرافق المترلية و الأدوات اللاّزمة، مع مراعاة حال الزوج المالية في ذلك،

هـ- أن يكون بين جيران صالحين، تأمن فيه الزوجة على نفسها و مالها).

9. إعادة صياغة مادة الخلع، و أرى أن يكون ذلك في المواد الآتية:

المادة (1): (إذا لم تتمكّن الزوجة من إثبات الضّرر الواقع عليها من زوجها، أو كرهت العيش معه لأسباب خاصّة، فيجوز لها دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي).

المادة (2): (إذا ثبت للقاضي أنّ مخالعة الزوجة كانت نتيجة إكراه، أو إضرار الزوج بها، فله أن يحكم باسترجاع ما خالعت به نفسها، وينفذ الطّلاق في كلّ الأحوال).

المادة (3): (إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم).

و ما كان دافعي لإرساء مثل هذه التوصيات إلاّ رغبة أكيدة في المساهمة في تطوير البناء التشريعي المنظّم للعلاقات العائلية، و أرجو أن تكون كذلك.



# الفهرس

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية



	﴿يُمِّمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى التَّوَلُّودِ لَهُم رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾	
46	﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾	280
	4- النساء:	
97,96	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسِطُوا فِي الَّتِي نَمَيْتُمْ بِهَا نَفْسَكُمْ فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّا مَتَّيْتُمْ وَأَنْتُمْ حُرٌّ وَرَبِّعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا﴾	3
120,87,3	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَجَعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾	19
59	﴿فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾	20
8, 6	﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَنِينَاتٌ حَفِظْنَ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾	34
121,112,101	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنَ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾	35

86،85	﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾	128
96	﴿ وَلَن نَّسْتَطِيعُوا أَن نَّعْدِلُوا بَيْنَ الْبَنَاتِ وَاَلْبَنَاتِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴾	129
<b>12 - سورة يوسف</b>		
35	﴿ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ ﴾	18
35	﴿ قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَن نَّفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّن قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾	26
35	﴿ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾	27
35	﴿ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدًّا مِّن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ﴾	28
<b>17 - سورة الإسراء</b>		
87	﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾	32
<b>31 - سورة لقمان</b>		
31	﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنًا عَلَى وَهْنٍ وَفَصَّلَهُ فِي عَامَيْنِ ﴾	14

<b>46- سورة الأحقاف</b>		
30	﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفَصَّلُوهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾	15
<b>65- سورة الطلاق</b>		
120	﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْضُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ﴾	1
70،47	﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾	7

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية والآثار

الصفحة	طرف الحديث
120،86	أبغض الحلال إلى الله الطلاق.
92	أحقّ الشّروط أن توفوا به
129	إذا أراد التّساء الخلع فلا تكفّروهنّ
8،6	استوصوا بالنساء خيرا
70،46	أفضل الصدقة ما ترك غنيّ
4	أكمل المؤمنين إيمانا
96	اللّهم هذا قسمي فيما أملك
86	أنّ سودة بنت زمّعة وهبت يومها لعائشة
129	أنّ عمر أتى بامرأة ناشز
125	أيما امرأة سألت زوجها الطلاق
91،47	أيما رجل تزوّج امرأة و به جنون أو ضرر
111	البينة على المدعي
30	الثيب تُعرب عن نفسها
125	لا تسأل المرأة زوجها الطلاق
8	لا تضربوا إماء الله
36،29	لا تُنكح الأيم حتى تُستأمر
71،46،3	لا ضرر و لا ضرار
7	لا يحلّ لمسلم أن يهجر أخاه
29	الولد للفراس
125	المختلعات و المنتزعات هنّ المنافقات
96	من كانت له امرأتان فمال إلى إحداها
4	من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يؤذي جاره
70	خير الصدقة ما كان عن ظهر غنيّ
3	خيركم خيركم لأهله
71	سألت سعيد بن المسيّب عن رجل لا يجد ما ينفق على امرأته
70	يا رسول الله، إنّ أبا سفيان رجل شحيح

40،30	يا رسول الله، إنَّ البكر تستحي
62،59	يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية



ثالثا: فهرس الأعلام

49	ابن أبي ليلى
130،80،63	ابن تيمية
129،88،61	ابن جرير الطبري
62،59	ابن حجر
62،56	ابن حزم
85،66،63	ابن رشد
87،55	ابن سيرين
103	ابن شاس
117،69	ابن عابدين
125،87،86،59،49	ابن عباس
74،71،35،31	ابن العربي
60،49	ابن عمر
70	ابن الغرس
103	ابن فتحون
51،35	ابن فرحون
99،92،36،35،34	ابن قيم
101	ابن كثير
87،49،33	ابن مسعود
60	أبو ثور

92،79،60	أبو حنيفة
96	أبو داود
71	أبو الزناد
87	أبو صالح
32	أبو طالب
87	أبو قلابة
96،70،46،29	أبو هريرة
92	أبو يوسف
78،49،33،32	أحمد
60،49	الأوزاعي

## ب

57	بن شويخ رشيد
61	البهوتي

## ث

129،126،66،59	ثابت بن قيس
49	الثوري

## ج

49	جابر بن يزيد
----	--------------

ح

87،60	الحسن البصري
104،78	الخطاب
75	حفصة
74	حماد بن أبي سليمان

خ

97،86،51،40	الخرشي
124،116،66،9	خليل

د

51،48،16	الدسوقي
----------	---------

ر

58	الرازي
95	روجي كاراتيني

ز

60	الزّهري
88	زيد بن أسلم

س

86	السبكي
88	السدي
88	سعيد بن أبي هلال
87	سعيد بن جبير
127،91،87،84،71،47	سعيد بن المسيب
86	سودة بنت زمعة

ش

60،49،35	الشافعي
87	الشعبي
63	شمس الدين بن مفلح
126،62،60	الشوكاني
72	الشيرازي

ص

117	صالح عبد السميع الآبي
-----	-----------------------

ض

87	الضحاك
----	--------

ط

127،60

طاوس

ع

96،86،70،40،29

عائشة

32

عبد الرّحمان بن عوف

57،99،83

عبد العزيز سعد

60،49،32

عثمان

87،60،49

عطاء

87

عكرمة

128

علاء الدّين المرادوي

86

علي بن أبي طلحة

129،123،84،76،75،46،33،32،8

عمر بن الخطّاب

74،48

عمر بن عبد العزيز

9

عليش

غ

72

الغزالي

ق

49

قيصة

ل

99،64

لحسین بن الشیخ آث ملویا

103

اللّحمي

91،77،72،60،51،49،47،33،32

مالك

102

المتطي

87

مجاهد

129

محمود محمد خضر

49

مسروق

70

منذر بن سعيد البلوطي

142،72

موفق الدين بن قدامى

101

المهلب

ن

59

النحاس

49

التخعي

هـ

70

هند بنت عتبة

## لابعا: فهرس المصادر والمراجع

### 1- كتب التفسير

- ابن تيمية (تقي الدين)، التفسير الكبير، تحقيق و تعليق د. عميرة (عبد الرحمن)، د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت.
- ابن جرير الطبري (محمد)، جامع البيان في تفسير القرآن و بهامشه تفسير غرائب القرآن و رغائب الفرقان للعلامة القمي التيسابوري (نظام الدين)، د.ط، بيروت، دار الفكر، د.ت.
- ابن جزري (محمد)، التسهيل لعلوم التنزيل، حققه هاشم (محمد)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995.
- ابن الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، ط3، بيروت - دمشق، المكتب الإسلامي، ط3، 1984.
- ابن العربي (أبو بكر محمد)، أحكام القرآن، تحقيق البجاوي (علي)، د.ط، دار الفكر، د.ت.
- ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، التفسير القيم، جمعه الندوي (محمد)، حققه الفقي (محمد)، د.ط، بيروت، دار العلوم الحديثة، د.ت.
- ابن كثير (عماد الدين)، تفسير القرآن العظيم، طبعة جديدة مصححة، بيروت، دار الأندلس، د.ت.
- خان (محمد صديق)، نيل المرام من تفسير آيات الأحكام، د.ط، بيروت، دار الرائد العربي، 1981.
- الرازي (أبو بكر)، التفسير الكبير و مفاتيح الغيب، ط3، دار الفكر، 1985.
- رضا (محمد رشيد)، تفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار، ط2، بيروت، دار المعرفة، د.ت.



- أ.د. الزحيلي (وهبة)، التفسير المنير في العقيدة و الشريعة و المنهج، ط1، دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، 1991.
- الشوكاني (محمد بن علي)، فتح القدير الجامع بين فني الرواية و الدراية من علم التفسير، د.ط، بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت.
- الصّابوني (محمد علي)، روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن، ط1، بيروت، دار الفكر، 1996.
- القرطبي ( أبو عبد الله محمد)، الجامع لأحكام القرآن، د.ط، بيروت، دار الكتاب العربي، د.ت.

## 2- كتب احديث و شروحه:

- البخاري (أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن بردزبة)، صحيح البخاري، د.ط، دار الفكر، طبعة بالأوفست عن طبعة دار الطباعة بالعامرة باستانبول، 1981.
- مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، د.ط، دار الفكر، 1981.
- ط1، حقّقها عصام الصبّاطي و حازم محمد و عماد عامر، القاهرة، دار الحديث، 1994.
- ابن أنس (مالك)، الموطأ، د.ط، الاسكندرية، مصر، المكتب الجامعي الحديث، د.ت.
- السّجستاني الأزدي (أبو داود سليمان بن الأشعث)، سنن أبي داود، ط1، بيروت، لبنان، دار ابن جزم، 1998.
- الترمذي (أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة)، سنن الترمذي و هو الجامع الصّحيح، حقّقه و صحّحه عثمان (عبد الرّحمان)، ط2، بيروت، دار الفكر، 1983.
- الإمام التّسائي، سنن التّسائي بشرح الحافظ جلال الدّين السيوطي و حاشية الإمام السندي، د.ط، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، د.ت.
- القزويني (أبو عبد الله محمد بن يزيد)، سنن ابن ماجه، ط1، بيروت، لبنان، دار ابن جزم، 2001.

- ابن حنبل (أحمد)، المسند، شرحه و صنع فهارسه شاكرا (أحمد) و أتمّه د. هاشم (الحسيني)، د.ط، مكتبة التراث الإسلامي، 1994.
- الدارمي (أبو محمد عبد الله بن بهرام)، سنن الدارمي، د.ط، بيروت، دار الفكر، د.ت.
- البيهقي (أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي)، السنن الكبرى و في ذيله الجوهر النقي للعلامة المارديني (علاء الدين) الشهير بابن التركماني، د.ط، دار الفكر، د.ت.
- الحاكم التيسابوري (أبو عبد الله)، المستدرک على الصحيحين و بذيله التلخيص للحافظ الذهبي، د.ط، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، د.ت.
- الألباني (محمد ناصر الدين)، صحيح سنن الترمذي باختصار السند، أشرف على طباعته و التعليق عليه و فهرسته الشاويش (زهير)، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، مكتب التربية العربي لدول الخليج، 1988.
- الألباني (محمد ناصر الدين)، صحيح سنن أبي داود، ط1، الرياض، مكتبة المعارف، 1998.
- الألباني (محمد ناصر الدين)، ضعيف سنن أبي داود، ط1، الرياض، مكتبة المعارف، 1998.
- الألباني (محمد ناصر الدين)، ضعيف سنن ابن ماجه، ط1، بيروت، المكتب الإسلامي، 1988.
- ابن حجر العسقلاني (أحمد)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، رقم كنه و أبوابه و أحاديثه عبد الباقي (محمد) و أخرجه الخطيب (محب الدين)، د.ط، بيروت، لبنان، دار المعرفة، د.ت.
- ابن رجب الحنبلي (زين الدين)، جامع العلوم و الحكم، ط1، بيروت، لبنان، دار الفكر، 2004.
- الزرقاني (محمد)، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1990.
- الشوكاني (محمد بن علي)، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، د.ط، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، د.ت.

الصنعاني (محمد بن اسماعيل)، سبل السلام شرح بلوغ المرام، د.ط، بيروت، لبنان، دار الجليل، د.ت.

### 3- معاجم اللغة والمصطلحات والأعلام

ابن حجر العسقلاني (أحمد)، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق الزيني (محمد)، ط1، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1976.

ابن ذرید (محمد بن الحسن)، كتاب جمهرة اللغة، حققه و قدّم له د. بعلبكي (رمزي)، ط1، بيروت، لبنان، دار العلم للملايين، 1987.

ابن زكريا (أحمد)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق و ضبط هارون (عبد السلام)، د.ط، دار الفكر، 1979.

إبن منظور، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير، حسب الله (محمد)، الشاذلي (هاشم)، د.ط، دار المعارف، د.ت.

الأصبهاني (أحمد)، حلية الأولياء و طبقات الأصفياء، ط3، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، 1980.

البغدادي (محمد جميل)، مختصر طبقات الحنابلة، دراسة زملي (أحمد)، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، 1986.

د. جابر (جابر)، د. كفاي (علاء الدين)، معجم عليم النفس و الطّيب النفس (انجليزي-عربي)، د.ط، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية، 1990.

الزركلي (خير الدين)، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء من العرب و المستعربين و المستشرقين، د.ط، بيروت، لبنان، دار العلم للملايين، د.ت.

السيوطي (جلال الدين)، طبقات الحفاظ، راجع النسخة و ضبط أعلامها لجنة من العلماء بإشراف الناشر، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1983.

- الشوكاني (محمد بن علي)، البدر الطالع لمحاسن ما بعد القرن السابع، منشورات محمد علي بيضون، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1998.
- الشيرازي (أبو إسحاق)، طبقات الفقهاء، دار الرائد العربي، حققه د. عباس (إحسان)، ط2، بيروت، لبنان، 1981.
- الفيروزآبادي (مجد الدين)، القاموس المحيط، د.ط، دار الكتاب العربي، د.ت.
- أ.د. قلعه جي (محمد رواس)، د. قنبي (حامد صادق)، معجم لغة الفقهاء، ط2، بيروت، لبنان، دار التفائس، 1988.
- موسى (حسين)، الصّعيدي (عبد الفتاح)، الإفصاح في فقه اللغة، ط2، دار الفكر العربي، د.ت.

#### 4- الكتب الفقهية والقانونية

- الآبي (صالح عبد السميع)، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التّرييل، د.ط، بيروت، لبنان، دار الفكر، د.ت.
- آث ملويا (الحسين)، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، د.ط، الجزائر، دار هومه، 2005.
- ابراهيم (ابراهيم)، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، عمان، الأردن، مكتبة دار الثقافة، 1999.
- ابن اسحاق (خليل)، مختصر العلامة خليل، صحّحه وعلق عليه الشيخ نصر (أحمد)، د.ط، دار الفكر، 1981.
- ابن أنس (مالك)، المدوّنة الكبرى رواية الإمام سحنون عن الإمام ابن القاسم (عبد الرّحمان)، و معها مقدّمات ابن رشد، د.ط، دار الفكر، د.ت.
- ابن تيمية (تقي الدين)، مجموع الفتاوى، جمع و ترتيب ابن قاسم (عبد الرّحمان) بمساعدة ابنه أحمد، د.ط، د.ت.

- ابن تيمية (تقيّ الدين)، السياسة الشرعية في إصلاح الراعي و الرعية، ط2، الجزائر، موفم للنشر، 1994.
- ابن تيمية (مجد الدين)، المحرر في الفقه و معه التكت و الفوائد السنية لابن مفلح (شمس الدين)، تحقيق الفقي (محمد)، د.ط، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، د.ت.
- ابن جزري (محمد)، القوانين الفقهية، د.ط، الدار العربية للكتاب، 1988.
- ابن حزم (أبو محمد)، المحلى بالآثار، د.ط، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، د.ت.
- ابن رشد (أبو الوليد)، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، تنقيح و تصحيح العطار (خالد)، د.ط، بيروت، لبنان، دار الفكر، 2001.
- ابن عبد السلام (عزّ الدين)، القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، تحقيق حماد (نزيـم) و ضميرته (عثمان)، ط1، دمشق، سوريا، دار القلم، 2000.
- ابن عابدين (محمد الأمين)، حاشية ردّ المحتار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان المعروفة بحاشية ابن عابدين و يليها تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، ط2، بيروت، دار الفكر، 1966.
- ابن فرحون (برهان الدين)، تبصرة الحكّام في أصول الأفضية .. و مناهج الأحكام، راجعه و قدّم له سعد (طه)، ط1، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986.
- ابن قدامى (موفق الدين)، المغني و يليه الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامى المقدسي، طبعة جديدة بالأوفست، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، 1983.
- ابن قيم الجوزية (شمس الدين)، الطّرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق الفقي (محمد)، د.ط، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، د.ت.
- إعلام الموقعين عن ربّ العالمين، راجعه و علّق عليه سعد (طه)، د.ط، بيروت، لبنان، دار الجيل، د.ت.
- زاد المعاد في هدى خير العباد، د.ط، الاسكندرية، مصر، المكتب الجامعي الحديث، د.ت.

- ابن المرتضى (المهدي لدين الله)، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، د.ط، القاهرة، دار الكتاب الإسلامي، د.ت.
- ابن مفلح (شمس الدين)، الفروع، منشورات محمد علي بيضون، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1997.
- ابن نجيم (زين العابدين)، الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة التّعمان، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1993.
- البحر الرائق شرح كتر الدقائق، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1997.
- ابن نصر (عبد الوهاب)، المعونة على مذهب عالم المدينة، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1998.
- أبو زهرة (محمد)، ابن حنبل حياته و عصره - آراؤه الفقهية، د.ط، القاهرة، دار الفكر العربي، د.ت.
- الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، د.ت.
- أبو زيد (محمود)، علم الاجتماع القانوني-الأسس و الاتجاهات، د.ط، القاهرة، مصر، مكتبة غريب، د.ت.
- أبو سعد (محمد شتا)، الإثبات في المواد المدنية و التجارية و الشرعية، د.ط، القاهرة، مصر، دار الفكر العربي، 1997.
- أبو السّعود (رمضان)، التّظرية العامّة للالتزام : مصادر الالتزام، د.ط، الاسكندرية، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 2002.
- أبو صفية (فخري)، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، د.ط، الجزائر، شركة الشّهاب، د.ت.
- أبو الوفا (أبو الوفا)، العنف داخل الأسرة بين الوقاية و التّجريم و العقاب في الفقه الإسلامي و القانون الجنائي، د.ط، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2000.
- أبو الوفا (أحمد)، المرافعات المدنية و التجارية، ط14، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 1986.

- أحمد ( ابراهيم )، التّعسف في استعمال الحقّ فقها و قضاء، ط2، الاسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، 2002.
- ازكيك ( سعيد )، إهمال الأسرة في التشريع المغربي، د.ط، 1992.
- إمام ( محمد كمال الدين )، الفقه الإسلامي-تاريخ العقل الفقهي : مناهجه - أدلته - مذاهبه - عصوره، د.ط، دار الجامعة الجديدة، 2004.
- الباحسين ( يعقوب )، القواعد الفقهية، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية، مكتبة الرّشد، 1998.
- باوند ( روسكو )، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة د. دباغ (صلاح)، الطّبعة المنقّحة، بيروت، لبنان، المؤسسة الوطنية للطباعة و التّشر، 1967.
- بدران ( بدران )، الفقه المقارن للأحوال الشّخصية بين المذاهب الأربعة السّنية و المذهب الجعفري و القانون، د.ط، بيروت، لبنان، دار التّهضة العربية، د.ت.
- البعلي ( علاء الدين )، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، تحقيق الفقي (محمد)، د.ط، بيروت، لبنان، دار المعرفة، د.ت.
- بغدادى ( ملياني )، حقوق المرأة في الشّريعة الإسلامية، د.ط، البليدة، الجزائر، قصر الكتاب، 1997.
- البكري ( محمد عزمي )، الأحوال الشّخصية، د.ط، دار محمود للتّشر و التّوزيع، د.ت.
- بكوش ( يحيى )، أدلّة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، د.ط، الجزائر، الشركة الوطنية للتّشر و التّوزيع، 1981.
- بلحاج ( العربي )، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
- النّظرية العامّة للالتزام في القانون المدني الجزائري : الواقعة القانونية، ط3، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1995.
- قانون الأسرة - مبادئ الاجتهاد القضائي - وفقا لقرارات المحكمة العليا، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.
- ن لعلّى ( يحيى )، الخبرة في الطبّ الشّرعي، د.ط، باتنة، الجزائر، مطبعة عمار قرني، د.ت.



- بن ملحة ( الغوثي )، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط1، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- البهنساوي ( سالم )، قوانين الأسرة بين عجز النساء و ضعف العلماء، ط2، الكويت، دار القلم، 1984.
- بهنسي ( أحمد )، الموسوعة الجنائية في الفقه الإسلامي، د.ط، بيروت، لبنان، دار النهضة العربية، 1991.
- السياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية، ط1، بيروت، لبنان، دار الشروق، 1983.
- البهوتي ( منصور )، كشف القناع عن متن الإقناع، مراجعة هلال مصيلحي و مصطفى هلال، بيروت، لبنان، دار الفكر، 1982.
- الروض المرّبع بشرح زاد المستقنع، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، 2005.
- شرح منتهى الإرادات، د.ط، المملكة العربية السعودية، رئاسة إدارة البحوث العلمية و الإفتاء و الدعوة و الإرشاد، د.ت.
- بوشير ( محمد )، قانون الإجراءات المدنية : نظرية الدعوى - نظرية الخصومة - الإجراءات الاستثنائية، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.
- قانون الإجراءات المدنية، د.ط، الجزائر، دار الأمل، د.ت.
- بوسقيعة ( حسن )، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، د.ط، الجزائر، دار هومه، 2002.
- البوطي ( محمد سعيد )، المرأة بين طغيان النظام الغربي و لطائف التشريع الربّاني، ط1، دمشق، سوريا، دار الفكر، 2000.
- بونشير ( ميشال )، مدخل للقانون ترجمة نسيب (أرزقي)، د.ط، الجزائر، دار القصة للنشر، 2004.
- تناغو ( سمير )، النظرية العامة للقانون، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 1986.

- جابر ( سامية )، د. حسن (حسن)، علم اجتماع القانون، د.ط، الاسكندرية، مصر، دار المعرفة الجامعية، 2003.
- الجبوري ( صالح )، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، مؤسّسة الرّسالة، 1976.
- جعفر ( علي )، نشأة القوانين و تطوّرها، ط1، بيروت، لبنان، المؤسّسة الجامعية للدراسات، 2002.
- جندي ( عبد الملك )، الموسوعة الجنائية، ط2، بيروت، لبنان، دار العلم للجميع، د.ت.
- الجندي ( أحمد نصر )، التعلّيق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التّقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، د.ط، مصر، دار الكتب القانونية، 2001.
- حبّكة الميداني ( عبد الرّحمان )، ضوابط المعرفة و أصول الاستدلال و المناظرة، ط3، دمشق، سوريا، دار القلم، 1988.
- حسن ( أحمد )، غاية القانون - دراسة في فلسفة القانون، د.ط، الاسكندرية، مصر، الدار الجامعية، 2000.
- حسّنين ( محمد )، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، د.ط، الجزائر، المؤسّسة الوطنية للكتاب، 1985.
- حسين ( أحمد )، أحكام الأسرة في الإسلام، د.ط، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، منشأة المعارف، 1998.
- حسين ( سيد )، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية و التّشريع الإسلامي، ط1، القاهرة، مصر، دار السّلام، 2001.
- الحصري ( أحمد )، علم القضاء - أدلّة الإثبات في الفقه الإسلامي، د.ط، القاهرة، مصر، مكتبة الكليّيات الأزهرية، 1977.
- الحطّاب ( محمد )، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، 1992.
- حمزة ( محمود )، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، ط4، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1986.
- خالد ( أمير عدلي )، الجامع لأحكام و إجراءات التّقاضي في الأحوال الشخصية، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2002.

- الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل و بهامشه حاشية الشيخ العدوي (علي)، د.ط، بيروت، دار الفكر، د.ت.
- خليل (أحمد)، عقد الزواج العربي : أركانه و شروطه و أحكامه، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2002.
- الخوري (توما)، سيكولوجية الأسرة، ط1، بيروت، لبنان، دار الجليل، 1988.
- الدردير (أحمد)، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، د.ط، الجزائر، مكتبة رحاب، د.ت.
- الدربيني (فتحي)، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط3، بيروت، لبنان، مؤسسة الرسالة، 1981.
- الدسوقي (شمس الدين)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (أحمد)، و بهامشه تقارير المحقق عليش، د.ط، دار الفكر، د.ت.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (أحمد)، خرّج آياتها و أحاديثها شاهين (محمد)، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996.
- دلاندة (يوسف)، الوجيز في شهادة الشهود، د.ط، الجزائر، دار هومه، 2004.
- الدهلوي (يعقوب)، ضمانات حقوق المرأة الزوجية، ط1، المدينة المنورة، الجامعة الإسلامية، 2004.
- رضا (محمد رشيد)، حقوق النساء في الإسلام، د.ط، باتنة، الجزائر، دار الشهاب بالتعاون مع مكتبة التراث الإسلامي بالقاهرة، د.ت.
- الرملي (شمس الدين)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، لبنان، دار الفكر، 1984.
- زبدة (مسعود)، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، د.ط، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985.
- القرائن القضائية، د.ط، الجزائر، موفم للنشر و التوزيع، 2001.
- الزحيلي (محمد)، محمد الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، ط2، دمشق، سوريا، دار الفكر، 2002.

- الزّحيلي ( وهبة )، الفقه الإسلامي و أدلته، ط1، طبعة خاصة بالجزائر، دار الفكر، 1991.
- الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، ط1، دمشق، سوريا، دار الفكر المعاصر، 2000.
- الزّرقا ( مصطفى )، مأمون(حسن)، عبد الحميد (عبد الحكيم)، مكادي (محمود)، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ط1، دمشق - بيروت، دار القلم - الدار الشامية، 1996.
- زهودر ( محمد )، الموجز في الطّرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التّعديلات، ط1، 1991.
- زودة ( عمر )، طبيعة الأحكام بإلغاء الرّابطة الزوجية و أثر الطّعن فيها، د.ط، الجزائر، *Encyclopedia éditions*, 2003.
- الزّياري ( عامر )، أحكام الخلع في الشّريعة الإسلامية، د.ط، بيروت، لبنان، دار ابن حزم، 1997.
- زيدان ( عبد الكريم )، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشّريعة الإسلامية، ط2، بيروت، لبنان، مؤسّسة الرّسالة، 1994.
- السّدلان ( صالح )، القواعد الفقهية الكبرى و ما تفرّع عنها، ط1، الرّياض، دار بلنسية، 1417 هـ.
- سراج ( محمد )، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ط1، بيروت، لبنان، المؤسّسة الجامعية للدراسات و النّشر و التّوزيع، 1993.
- الفقه الإسلامي بين النّظر و التّطبيق، د.ط، 1997.
- السّرخسي ( شمس الدين )، المبسوط، ط2، بيروت، لبنان، دار المعرفة، 1989.
- سرور ( أحمد )، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، ط7، 1993.
- سعد ( عبد العزيز )، الزّواج و الطّلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، قسنطينة، الجزائر، دار البعث، 1989.
- الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التّربوية، 2002.

- سعد ( نبيل )، د. زهران (همام)، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، د.ط، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001.
- السَّعدي ( محمد صبري )، شرح القانون المدني الجزائري، ط1، عين مليسة، الجزائر، دار الهدى، (1983-1992).
- سلمان ( نصر )، سطحي ( سعاد )، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة مع قانون الأسرة-، د.ط، عين مليسة، الجزائر، دار الهدى، 2003.
- السَّنهوري ( عبد الرزاق )، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.
- السَّيواسي ( كمال الدين )، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي للمرغاني، ط2، بيروت، لبنان، دار الفكر، د.ت.
- الشَّاطبي ( أبو إسحاق )، الموافقات في أصول الشريعة، د.ط، دار الفكر العربي، د.ت.
- الشَّافعي ( محمد بن ادريس )، الأم، اعتنى به عبد المنان (حسنان)، د.ط، عمان-الرياض، بيت الأفكار الدولية، د.ت.
- الشَّربيني ( محمد الخطيب )، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام ابن شرف التَّووي، د.ط، دار الفكر، د.ت.
- شطا الدمياطي ( عثمان )، حاشية إعانة الطالبين، ضبطه و صحَّحه هاشم (محمد)، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1995.
- الشَّعراوي ( محمد متولي )، أحكام الأسرة و البيت المسلم، تحقيق مركز التراث لخدمة الكتاب و السنة، د.ط، بيروت، المكتبة العصرية، 2004.
- شعلة ( سعيد أحمد )، قضاء التقض في أدلة الدَّعوى، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2002.
- الشُّكعة ( مصطفى )، الأئمة الأربعة، ط2، بيروت، لبنان، دار الكتاب اللباني، 1983.
- شلتوت ( محمود )، الإسلام عقيدة و شريعة، د.ط، بيروت، دار الشروق، د.ت.

- شهبون ( عبد الكريم )، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ط3، الدار البيضاء، المملكة المغربية، مطبعة التّجّاح الجديدة، 2000.
- الشّوّاري ( عبد الحميد )، مجموعة الأحوال الشخصية، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2002.
- الشّوّاري ( عبد الحميد )، القرائن القانونية و القضائية في المواد المدنية و الجنائية و الأحوال الشخصية، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2003.
- الشّيرازي ( أبو إسحاق )، المهذب في فقه الإمام الشافعي و معه التّظم المستعذب في شرح غريب المهذب لابن محمد بطلال المركبي اليميني (محمد)، ضبط عميرات (زكريا)، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1995.
- الصّابوني ( عبد الرّحمان )، مدى حرّية الرّوجين في الطّلاق في الشّريعة الإسلامية، ط3، دار الفكر، 1983.
- طاهري ( حسين )، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية، ط2، الجزائر، دار ربحانة، 2001.
- الطّباخ ( الشريف )، الموسوعة التّمودجية في الإثبات في ضوء القضاء و الفقه، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2004.
- عبد الحميد ( محمد محي الدين )، الأحوال الشخصية في الشّريعة الإسلامية، د.ط، بيروت، لبنان، المكتبة العلمية، 2003.
- عبد العال ( عكاشة )، المجدوب (طارق)، تاريخ التّظم القانونية و الاجتماعية، د.ط، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004.
- عبد الله ( فتحي )، عبد الرّحمان (أحمد)، شرح التّظيرية العامّة للالتزام، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2001.
- العجوز ( ناهد )، دعوى التّطليق و الخلع، ط1، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2001.
- العتّار ( عبد النّاصر )، الأسرة و قانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985، د.ط، المؤسّسة العربية الحديثة، د.ت.

- علش ( محمد )، شرح منح الابل على مختصر العلامة خليل، و بهامشه حاشية المسماة تسهيل منح الابل، د.ط، دار صادر، د.ت.
- العمروسي ( أنور )، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، د.ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2000.
- عودة ( عبد القادر )، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ط5، بيروت، لبنان، مؤسسة الرسالة، 1984.
- الغزالي ( أبو حامد )، إحياء علوم الدين، د.ط، بيروت، لبنان، دار المعرفة، د.ت.
- الغندور ( أحمد )، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ط2، الكويت، مكتبة الفلاح، 1982.
- الغنيمي الميداني ( عبد الغني )، الباب في شرح الكتاب، تحقيق عبد الحميد (محمد محي الدين)، ط4، بيروت، لبنان، دار الحديث، 1979.
- فرج ( توفيق )، المدخل للعلوم القانونية، ط1، مصر، الدار الجامعية، 1988.
- فريجة ( حسين )، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، د.ط، الجزائر، دار دحلبي، 1993.
- فوده ( السيد )، الافتراض القانوني بين النظرية و التطبيق، ط1، الاسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، 2003.
- فوده ( عبد الحكم )، حجية الأمر المقضي و قوته في المواد المدنية و التجارية، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، د.ت.
- القرافي ( شهاب الدين )، الفروق، تحقيق د. هنداوي (عبد الحميد)، ط1، صيدا، بيروت، المكتبة العصرية، 2002.
- قلعه جي ( محمد رواس )، موسوعة فقه عمر بن الخطاب - عصره و حياته -، ط4، بيروت، لبنان، دار التفائس، 1989.
- الكاساني ( علاء الدين )، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، بيروت، لبنان، دار الكتاب العربي، 1982.
- الكوهجي ( عبد الله )، زاد المحتاج بشرح المنهاج، حققه و راجعه الأنصاري (عبد الله)، ط1، قطر، د.ت.



- المسوردي ( علي بن حبيب )، الحاوي الكبير، حققه و خرّج أحاديثه و علّق عليه  
 د. مطر جي (محمود)، د.ط، بيروت، دارالفكر، 1994.
- محمود ( همام )، منصور (محمّد)، مبادئ القانون، د.ط، الاسكندرية، مصر، منشأة  
 المعارف، د.ت.
- المرداوي ( علاء الدين )، الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد  
 بن حنبل، تحقيق الفقي (محمّد)، ط1، بيروت، لبنان، دار إحياء  
 التّراث العربي، د.ت.
- المرغيناني ( برهان الدين )، الهداية شرح بداية المبتدي، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب  
 العلمية، 1990.
- المرغّني ( علي )، اللّغمان (سليم)، مقالات في الحداثة و القانون، د.ط، تونس، دار  
 الجنوب للنّشر، د.ت.
- مصطفى ( فتحي )، دعاوى الطّلاق و الطّاعة للمسلمين و غير المسلمين، ط2،  
 الاسكندرية، مصر، منشأة المعارف، د.ت.
- منصور ( محمد )، قانون الإثبات- مبادئ الإثبات و طرقه، د.ط، الاسكندرية،  
 مصر، دار الجامعة الجديدة للنّشر، 2002.
- مهري ( المولود )، تقريرات و ملاحظات على مدوّنة الأجل الشّخصية الجزائرية  
 و تعليقات حول ملف الأسرة، ط1، قسنطينة، الجزائر، دار البعث،  
 1984.
- المواق ( محمد )، التّاج و الإكليل لمختصر خليل، بهامش كتاب مواهب الجليل  
 للحطّاب، ط3، دار الفكر، 1992.
- موسى ( نادر )، الخلع، ط1، عمّان، الأردن، دار الإسراء للنّشر و التّوزيع، 2002.
- التّفراوي ( أحمد )، الفواكه الدّواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، منشورات محمّد  
 علي بيضون، ط1، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1997.
- التّووي ( محي الدين )، المجموع شرح المهذّب، د.ط، دار الفكر، د.ت.
- التّيداني ( الأنصاري )، الصّالح القضائي، د.ط، الاسكندرية، مصر، دار الجامعة  
 الجديدة، 2001.

## 5- المقالات العلمية

د. بن شويخ ( رشيد )، أحكام الخلع في الشرع و القانون و القضاء، المعيار، دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الإسلامية و الاجتماعية، تصدر عن كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، عدد 9، جويلية 2004.

بن ملحّة ، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية، يصدرها قسم الوثائق للمحكمة العليا، سنة 2000، العدد 1.

بوشير (محمد أمقران)، تحوّل الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق، مجلة المحاماة، تصدر عن منظمة المحامين لمنطقة تيزي وزو، العدد 2، ديسمبر 2004.

داودي ( عبد القادر )، وقسوع الطلاق من غير الزوج - أسبابه و مجالات تطبيقه - المعيار، دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الإسلامية و الاجتماعية، تصدر عن كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، عدد 9، جويلية 2004.

الذواودي محمد ، قراءة سوسولوجية لقضايا التشويز و الشقاق و الطلاق بين الزوجين في

القرآن، (Actes de colloque de Structures familiales et rôles sociaux, l'institut supérieur de l'éducation et de la formation continue, Tunis, 3-4 Fev. 1994), collection sources, CERES éditions, Tunis, 1994.

السحمراني ( أسعد )، الأسرة العربية و التّحديات الفكرية، مؤتمر الأسرة الأوّل بعنوان: الأسرة العربية في وجه التّحديات و المتغيّرات المعاصرة، جرت أشغاله ببيروت عام 2002، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2003.

الشّامسي (ميثاء)، المرأة الخليجية.. إلى أين (ورقة عمل في ندوة المستقبل العربي عقدت في مقرّ مركز دراسات الوحدة العربية في بيروت بتاريخ 2000/11/24)، المستقبل العربي، عدد 11، 2001/273.

- الصالح ( سعاد )، الأسرة المسلمة بين النصوص و الواقع، مؤتمر الأسرة الأول بعنوان: الأسرة العربية في وجه التحديات و المتغيرات المعاصرة، جرت أشغاله ببيروت عام 2002.
- منصور (محمد خالد)، تمحّض قصد الإضرار بالغير و تطبيقاته في الأحوال الشخصية و مدى أخذ القانون المدني الأردني به، مجلّة دراسات، علوم الشريعة و القانون، المجلّد 26، العدد 2، 1999.
- د. المولى (سعود)، بنية الأسرة في ضوء المتغيرات الاجتماعية، مؤتمر الأسرة الأول بعنوان: الأسرة العربية في وجه التحديات و المتغيرات المعاصرة، جرت أشغاله ببيروت عام 2002.
- هويدي (الهاشمي)، توضيحات رئيس غرفة الأحوال الشخصية فيما يخصّ الطلاق و التّطبيق و متاع البيت، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزائرية، عدد خاص، سنة 2001.

## 6- الأحكام وقرارات القضائية

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 21305 المؤرخ في: 1980/02/25، المجلّة القضائية، سنة 1982، عدد 1.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 33652 المؤرخ في: 1984/06/11، المجلّة القضائية، سنة 1989، عدد 3.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 34784 المؤرخ في: 1984/11/19، المجلّة القضائية، سنة 1989، عدد 3.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 36709 المؤرخ في: 1985/04/22، المجلّة القضائية، سنة 1989، عدد 1.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 51728 المؤرخ في: 1988/11/21، المجلّة القضائية، سنة 1990، عدد 3.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 57812 المؤرخ في: 1989/12/25،  
المجلة القضائية، سنة 1991، عدد 3.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 75588 المؤرخ في: 1991/02/20،  
المجلة القضائية، سنة 1993، عدد 4.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 73885 المؤرخ في: 1991/04/23،  
المجلة القضائية، سنة 1983، عدد 2.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 83603 المؤرخ في: 1992/07/21،  
الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 87301 المؤرخ في: 1992/12/22،  
المجلة القضائية، سنة 1995، عدد 2.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 115118 المؤرخ في: 1994/04/19،  
نشرة القضاة، سنة 1996، عدد 52.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 103793 المؤرخ في: 1994/04/19،  
نشرة القضاة، سنة 1997، عدد 51.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 102124 المؤرخ في: 1994/04/19،  
نشرة القضاة، سنة 1997، عدد 51.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 127948 المؤرخ في: 1996/01/16،  
نشرة القضاة، سنة 1999، عدد 54.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 135435 المؤرخ في: 1996/04/23،  
المجلة القضائية، سنة 1998، عدد 1.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 141262 المؤرخ في: 1996/07/30،  
المجلة القضائية، سنة 1998، عدد 1.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 139353 المؤرخ في: 1996/09/24،  
المجلة القضائية، سنة 1997، عدد 2.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 159732 المؤرخ في: 1997/05/13،  
المجلة القضائية، سنة 1997، عدد 2.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 181648 المؤرخ في: 1997/12/23،  
المجلة القضائية، سنة 1997، عدد 1.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 189226 المؤرخ في: 1998/04/21،  
الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 189339 المؤرخ في: 1998/05/19،  
الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 189311 المؤرخ في: 1998/07/21،  
نشرة القضاة، سنة 1999، عدد 56.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 192665 المؤرخ في: 1998/07/21،  
الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 218754 المؤرخ في: 1999/02/16،  
الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 217179 المؤرخ في: 1999/03/16،  
الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 216239 المؤرخ في: 1999/03/16،  
الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 222134 المؤرخ في: 1999/05/18،  
الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 224655 المؤرخ في: 1999/06/15،  
الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 245159 المؤرخ في: 2000/06/20،  
الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 252994 المؤرخ في: 2000/11/21،  
المجلة القضائية، سنة 2001، عدد 1.

## 7- النصوص القانونية

### أ- النصوص القانونية الجزائرية

الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخ في 09 يونيو 1966.

الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات ، الجريدة الرسمية، العدد 49، المؤرخ في 11 يونيو 1966.

الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخ في 27 فبراير 1970 .

الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخ في 30 سبتمبر 1975.

القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخ في 12 يونيو 1984.

القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 مايو 1988 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 18، المؤرخ في 4 مايو 1988.

الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرخ في 26 يونيو 2005.

### ب- النصوص القانونية العربية

القانون المصري رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام التفقة و بعض مسائل الأحوال الشخصية.

المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المصري الخاص ببعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية (مصر).  
 الأمر المؤرخ في 06 محرم 1376هـ الموافق 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.  
 القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية.

## 8- المراجع باللغة الفرنسية

### أ- الكتب:

- Bénabent (Alain), *Droit civil-les obligations-*, 7<sup>ème</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1999  
 Benmelha (Ghaouti), *le droit algérien de la famille*, Alger, Office de publications universitaires, 1993.  
 Caratini (Roger), *Le génie de l'Islamisme*, France, éditions Michel lafon, 1992.  
 Cornu (Gérard), *Linguistique Juridique*, 2<sup>ème</sup> éd., Beyrouth, Delta, 2001.  
 Courbe (Patrick), *Droit de la famille*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Armand Colin/Masson, 2001.  
 Glasson (E.), Tissier (Albert), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, 3<sup>ème</sup> éd., Paris, Société Anonyme du recueil SIREY.  
 Hubrecht (Georges), Agostini (Eric), *Droit civil*, 13<sup>ème</sup> éd., Paris, SIREY, 1983.  
 Marty (Gabriel), Raynaud (Pierre), *Droit civil-les obligations-*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, SIREY, 1988.  
 Montesquieu, *De l'esprit des lois*; Algérie, ENAG, 1990.  
 Planiol (Marcel), Ripert (Georges), Esmein (Paul), Radouant (Team), Gabolde (Gabriel), *Traité pratique de droit civil français*, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1954.  
 Solus (Henry), Perrot (Roger), *Droit judiciaire privé*, Paris, SIREY, 1991.  
 Steck (Philippe), *Droit et famille*, Paris, Economica, 1997.  
 Terré (François), *Introduction générale au droit*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz-Delta, 1996.  
 Terré (François), Fenouillet (Dominique), *Droit civil :les personnes, la famille, les incapacités*, 6<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 1996.



- Voirin (Pierre), Goubeaux (Gilles), *Droit civil : droit privé notarial, Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, 21<sup>ème</sup> éd., Paris, L.G.D.J.
- Weil (Alex), Terré (François), *Droit civil : les obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., France, Nancy, Dalloz, 1975.
- Centre pour les droits de l'homme, Genève, *droits de l'homme Recueil d'instruments internationaux*, Nations Unies, New-York, 1988

### ب- المقالات:

- Canivet (Guy) (Magistrat, président de la cour française de cassation), « *Nous rendons justice les mains tremblantes* », Le Monde, Samedi 7 Janvier 2006, Page (Débats), P. 21.
- Dupichot (Jacques), *Présomptions notions générales*, refondu par Guével (Didier), Juris classeur (civil 1271-1381), contrats et obligations, Art. 1349 à 1353.

### 9- المراجع الإلكترونية

- قرارات المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية (1975-2003)، الإصدار الثاني، تصميم و تنفيذ و برمجة شركة كليك لخدمات الحاسوب [ CD ].
- زوجة السجين..حقها في الطلاق (بدون مؤلف)،  
<http://www.balagh.com/woman/ahkam/1q04wp53.htm>

Ayatolah Mortadhâ Motahary, *les droits de la femme en Islam*, traduit et édité par Abbas Ahmed al-Bostani, édit. La cité de savoir, Montréal, Canada. <http://www.albouraq.org/bbdrtfemislam.htm>

Isabelle de Lamberterie, *prèconstitution des preuves, présomptions et fictions, (Sécurité juridique et sécurité technique : Indépendance ou Métissage)* conférence organisée par le programme international de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Montréal, 30 Septembre 2003. <http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/delamberterie.1.pdf>

Sauvat (Christophe), *Le divorce vu à travers la jurisprudence de la sixième chambre de la cour d'appel d'AIX-EN- PROVENCE*, Bull. Aix 2001-2, Chron.1. <http://www.bulletin.aix.u-3mrs.fr/content/view/45/39>

<http://www.wrcati.cawtar.org/index.php?a=d&faq=119>

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

## فهرس الموضوعات

مقدمة

- 1 الفصل الأول: أساس افتراض النتيجة الضرورية و آليات إزالتها
- 2 المبحث الأول: أوليات حول النتيجة الضرورية الواقعة على الزوجة
- 3 المطلب الأول: علاقة الزوج بزوجه
- 3 الفرع الأول: المعاشرة بالمعروف
- 6 الفرع الثاني: الاستثناء
- 11 المطلب الثاني: مفهوم النتيجة الضرورية و موقعها
- 11 الفرع الأول: مفهوم النتيجة الضرورية
- 14 الفرع الثاني: موقع النتيجة الضرورية
- 18 المبحث الثاني: أساس افتراض النتيجة الضرورية
- 19 المطلب الأول: القرينة - قانونا -
- 20 الفرع الأول: القرينة القانونية
- 24 الفرع الثاني: القرينة القضائية
- 28 المطلب الثاني: القرينة - فقها -
- 28 الفرع الأول: ماهية القرينة و أقسامها
- 34 الفرع الثاني: حجية القرينة
- 37 المطلب الثالث: البناء الصياغي للقرينة
- 37 الفرع الأول: عناصر القرينة
- 39 الفرع الثاني: صيغ الترابط و الانفكاك بين طرفي القرينة
- 41 المبحث الثالث: آليات إزالة النتيجة الضرورية
- 42 المطلب الأول: التفريق القضائي

42	الفرع الأول: تكيف التفريق القضائي
45	الفرع الثاني: حالات التفريق القضائي
53	الفرع الثالث: التفريق القضائي المقترن بالتعويض
55	المطلب الثاني: التفريق خلعا
55	الفرع الأول: ماهية الخلع و مستنده الشرعي
59	الفرع الثاني: التكيف الفقهي للخلع
63	الفرع الثالث: التحوّل الاجتهادي للمحكمة العليا في مادة الخلع
67	الفصل الثاني: تكيف النتيجة الضرورية
	في دعاوى التفريق القضائي
68	المبحث الأول: تكيف النتيجة الضرورية المحددة
69	المطلب الأول: الإخلال بالالتزامات الزوجية
69	الفرع الأول: عدم الإنفاق
75	الفرع الثاني: الغيبة
82	الفرع الثالث: الهجر
85	الفرع الرابع: نشوز الزوج و ارتكاب الفاحشة الميينة
90	المطلب الثاني: العيوب و مخالفة الشّروط المتفق عليها
90	الفرع الأول: العيوب
92	الفرع الثاني: مخالفة الشّروط المتفق عليها
95	المطلب الثالث: التعدّد و الشّقاق المستمرّ
95	الفرع الأول: التعدّد
100	الفرع الثاني: الشّقاق المستمرّ
105	المبحث الثاني: تكيف النتيجة الضرورية المطلقة
106	المطلب الأول: معيار النتيجة الضرورية المطلقة و إثباتها
106	الفرع الأول: معيار النتيجة الضرورية المطلقة

109	الفرع الثاني: وجوبية إثبات النتيجة الضرورية المطلقة
113	المطلب الثاني: الافتراض القضائي في دعاوى التفريق
113	الفرع الأول: مسلك المحكمة العليا في الافتراض
118	الفرع الثاني: ضوابط الافتراض القضائي
125	المطلب الثالث: الضرر في الخلع
125	الفرع الأول: الأسباب الموضوعية للخلع
125	الفرع الثاني: تكييف الضرر في الخلع
134	المبحث الثالث: الآثار العملية لافتراض النتيجة الضرورية
135	المطلب الأول: سقوط عبء الإثبات
135	الفرع الأول: السقوط الجزئي لعبء الإثبات
137	الفرع الثاني: السقوط الكلي لعبء الإثبات
139	المطلب الثاني: إثبات الأسباب المنتجة للأضرار
139	الفرع الأول: الدليل العام
141	الفرع الثاني: الشهادة
145	الفرع الثالث: الحكم الجنائي
148	الفرع الرابع: الخبرة الطبية
151	خاتمة
159	فهرس الآيات القرآنية
163	فهرس الأحاديث النبوية والآثار
165	فهرس الأعلام
171	فهرس المصادر و المراجع
195	فهرس الموضوعات