

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية: أصول الدين والشريعة

والحضارة الإسلامية

قسم: الشريعة والقانون

تخصص: أحوال شخصية

جامعة الأمير عبد القادر

للعلوم الإسلامية

قسنطينة

رقم التسجيل: .....

الرقم التسلسلي: .....

## تقدير التعويض في الفرقة الزوجية

- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون -

مذكرة مكملة لنيل درجة الماجستير في الأحوال الشخصية

إشراف الأستاذ الدكتور:

محمد الأخضر مالكي

إعداد الطالبة:

سامية حباطي

### لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. سعاد سطحي	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر-قسنطينة	رئيسا
أ.د. محمد الأخضر مالكي	أستاذ التعليم العالي	جامعة منتوري-قسنطينة	مشرفا
أ.د. فيصل تليلاني	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر-قسنطينة	عضوا
د. ياقوتة عليوات	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر-قسنطينة	عضوا

السنة الجامعية: 1431-1432هـ/2010-2011م

## شكر وتقدير

الشكر والحمد لله الذي وفقني لإنجاز هذا العمل أولاً  
والشكر من بعده سبحانه وتعالى والتقدير الخالص للأستاذ الدكتور:  
محمد الأخضر مالكي ثانياً، الذي أشرف على هذا البحث منذ أن كان فكرة تجول  
في ذهنه إلى أن صار بحثاً على أرض الواقع، ولم يبخل بالنصيحة والتوجيه، أحسبه في  
تعامله الأستاذ والأب، فله مني جزيل الشكر والامتنان.  
والشكر إلى الأساتذة أعضاء اللجنة المناقشة الموقرة على عنايتهم في قراءة هذا  
البحث وتصويب الأخطاء وإثرائه.  
وشكري الخالص لكل من ساندني من قريب أو بعيد لإتمام هذا العمل.  
وأخص بالذكر الوالدة فاطمة بوبندير.  
والزوج محمد الصالح.  
وأخواتي: حبيب وعلي.  
وأخواتي الأستاذات آمال، حنان، حميدة، ناهد، زهرة.  
وأخي وأستاذي الدكتور بوبكر بعداش.  
وللقائمين على مكتب صناعة الحياة لخدمات الإعلام الآلي وفي مقدمتهم الأخت  
شبيلة والأخ كتيب.

## الإهداء

ثمرة هذا الجهد المتواضع أهديها إلى:  
روح الحبيب الغالي الغائب عن العين الحاضر في الفؤاد،  
رمز قوتي واجتهادي، قدوتي في حب العلم والتعلم  
والذي "عبد السلام" رحمه الله.  
الحبيبة الغالية، قرة العين وموطن الراحة، الوالدة الكريمة "فاطمة"  
حفظها الله وجعلها لي ذخرا.  
السند الدائم، رمز العطاء والتواضع والخلق النبيل الزوج الفاضل  
محمد الصالح بولقرون.  
أخوأي، فلذة الكبد حبيب علي.  
أخواتي، الأم الثانية أمال، المعطاءة الصابرة الأستاذة حنان،  
الناقدة المتميزة الأستاذة عايدة، المحامية المثابرة الأستاذة ناهد،  
المتفائلة الطموحة الأستاذة زهرة.  
وإلى كل من رفع يده بدعوة خير لي.

جامعة الأميرة  
عبد القادر للعالم الإسلامي

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، أحمدده حمد الشاكرين وأثني كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه وأتوكل عليه وأعوذ به من شر النفس وسيء العمل، من يهد الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له.

وأصلي وأسلم على خير خلقه وصفوة عباده، الرحمة المهداة والنعمة المسداة خاتم الأنبياء والمرسلين ورسول الله للعالمين، سيدنا محمد عليه الصلاة والسلام.

ورضاك ربي عن سادتنا أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وعن الصحابة أجمعين والتابعين ومن تبع تحجهم القوم إلى يوم الدين، ويعد.

لله تبارك وتعالى شرع للناس من الأحكام ما به تستقيم شؤون حياتهم وتحقق لهم سعادة الدارين، من تلك الأحكام ما له صلة بجبر الضرر مهما كان موضعه، واقع هو بالنفس أم بالمال، وحتى بالمشاعر والأحاسيس، فالشرع الإسلامي كفل جبر الضرر ماديا كان أو أدبيا، وحرّم إلحاق الضرر بالناس في أي صورة من الصور أو شكل من الأشكال كان هو.

فالشريعة الإسلامية بهذا أوجبت إزالة الضرر بعد وقوعه، بمنع استمراره بعينه أو محوه أو ترميم آثاره التي يخلفها، ومحاولة رد الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر قدر الإمكان، وذلك من خلال التعويض المالي الذي قد يغطي الضرر الواقع فعلا.

وعلى هذا فجبر الضرر حق رعته الشريعة الإسلامية، وسارت على نهجها القوانين الوضعية.

ولم يخص هذا الأمر جانب دون آخر من جوانب الحياة الإنسانية، من معاملات الناس، إذ هو أصل يطبق على كل العلاقات العامة منها والخاصة وحتى الشخصية، كالعلاقات الأسرية.

فقد أولى الإسلام عناية فائقة بالأسرة وسلامتها واستقرارها، قصد تحقيق مقاصد الزواج السامية، فدعا إلى المعاشرة الحسنة، تماشيا مع ما أسس له القرآن الكريم من العيش بمودة ورحمة، وحذر من تعريضها إلى ما يؤدي بها إلى الزوال والتشتت.

وعمل الشرع من جانب آخر على عدم إكراه الناس، وإرهاقهم بما لا طاقة لهم عليه، ولا احتمال لهم، فأباح سبلا عدّة للتخلص من روابط الزوجية التي قد تكون بمثابة القيد، إلا أن الشرع أناط تلك السبل بمبدأ هام هو عماد التصرفات ومدار التعامل ألا وهو عدم الإضرار.

هذا ما لم تغفله القوانين الوضعية، وأوجبه في تصرفات الأفراد فيما بينهم، والأصل أن الإنسان حر

في تصرفاته إلا أن هذه الأخيرة في مختلف مجالات حياته مقيدة بعدم الإضرار، والإضرار بالغير هو سبب الجزاء الموقع شرعا وقانونا.

جمل التصرفات الإنسانية قد يشوبها إضرار بالغير، وهذا من طبع بعض النفوس، وحينها يكون الإضرار مقصودا من موقعه، وقد يكون غير ذلك، إلا أن الضرر وقع ولحق بالغير، حتى وإن تستر من جاء به باستعمال حق له، فيكون حينها مباشره متعسفا في استعمال حقه.

والفرقة التي شرعها الله هي حق للأزواج متى توافرت أسبابها، فإن انعدمت كان ذلك تعسفا، هذا الأخير الذي أقيمت لأجله نظريات عدت عمادا من أعمدة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

ورتب على إثر هذا الشرع والقانون جزاءات تلحق بمن أضر بغيره، لأنه حينها يعدّ مسؤولا عن فعله المضر بالغير، فيحتمل الجزاء الذي يقدر بحسب الفعل الذي قام به.

وفعل الفرقة الزوجية وإن وُسِمَ بالحق، إلا أنه في أحيان كثيرة يرتب أضرارا، المادية منها وجلّها المعنوية الصفة.

وكون الضرر مما يجب رفعه فقد رتب الشرع والقانون تعويضا عنه في فرقة الأزواج سواء منها ما كان من جهة الزوج أو ما كان بسبب من الزوجة، كونها خلّفت أضرارا بأحد الأطراف.

هذا التعويض الذي يُجبر به خاطر الطرف المتضرر، مقداره غير محدد بنصوص شرعية وقانونية وإنما كفلا له شخص خصّه علمه ومجتمعه بفض النزاعات وهو شخص القاضي، الذي يتولى في غالب حالات الفرقة الزوجية أمر تقدير التعويض.

وتقدير التعويض في مسائل الفرقة الزوجية ليس أمر استحدثته القوانين الوضعية، أو حكما مدنيا مقتبسا عن أحكام القانون المدني، كما هو الحال في المادة 124 والمادة 131 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، بل منشأه الشريعة الإسلامية وتاريخ القضاء الإسلامي، الذي وقع جزاءات على كل من أضر بغيره وحدد له إجراءات معينة، من تظلم يرفعه المتضرر، الذي يقع عليه عبء إثبات الضرر، والذي يرجع إلى سلطة القاضي التقديرية، أينا يقدره ويقدر على إثره التعويض المناسب، وعملت بهذا القوانين الوضعية في دعاوى الفرقة الزوجية.

هذا التعويض الذي ترجم في الشرع والفقه الإسلاميين بالمتعة في فرقة الزوج لزوجته وببديل الخلع عند احتكام الزوجة الراغبة في فرقة عن زوجها إلى الخلع، والذي فصل الفقه الإسلامي في مسألة تقديرهما

—المتعة وبدل الخلع— التفصيل الوافر والناشئ عن اختلاف وجهات النظر لفقهاء المذاهب، واستزاد القانون وفقهه جابر آخر غير المتعة والبدل للخلع واصطلح عليه باسمه وهو التعويض للمطلقة والذي أوكل مهمة تقديره للقاضي.

هذه النقاط وغيرها سأبحثها بإذن الله في بحثي هذا والموسوم بـ:

## تقدير التعويض في الفرق الزوجية —دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري— الإشكالية:

إن أفعال المكلف لا تخلو من أن تخالف في بعض الحالات أو في كثير منها المعهود عند عامة الناس، أو الصورة المثلى التي يجب أن يكون عليها الفعل، مما يستوجب على من نُعت بالتكليف تحمل نتيجة فعله، وإن كان الفعل حق له إتيانه إلا أن مصاحبة الضرر له، يتطلب رفعه وإصلاحه.

ومن الأفعال التي يقدم عليها المكلف في علاقاته الشخصية وترتب ضررا، الفرقة الزوجية من الطرفين.

فمهما كانت العلاقة، فإن رتب الفعل في إطارها ضررا والضرر ممنوع شرعا وقانونا، هذا يتطلب الرفع والإزالة عن طريق التعويض، هذا الأخير في المسؤولية المدنية له أساسه—مصدره— وكذا كيفية استيفائه حكما وتقديرا، وتطبيقا لهذا الأمر في فعل الفرقة تبرز الإشكالية الآتية:

—على أي أساس احتكم الشرع والقانون في ترتيبه للتعويض عن فعل الفرقة كونها فعل مباح في حد ذاته؟

وما المبادئ والأسس التي اعتمدها الشرع والقانون في تقدير هذا التعويض الجابر والأثر القضائي الذي قد يخلفه؟

### أهمية الموضوع:

يمكن شملها على كثيرها في نقاط:

1—إن الحياة الإنسانية ومنها الزوجية خاصة عرضة في جل مراحلها إلى خلافات، تتضمن دائما شكوى تضرر أحد الطرفين من الآخر، مما يدفع به إلى المطالبة بالاقتصاص، ممن كان مسؤولا عن الضرر، والاقتصاص أساسه التعويض، هذا الأخير الذي يقدر بحسب الضرر المصاحب للحالة المرفوع بشأنها دعوى أمام الجهات القضائية، فالموضوع يظهر الحق في التعويض وأساسه وكيفية تقديره.

2- للموضوع أهمية تتجلى في كونه يبرز حق طرفي العلاقة الزوجية في استيفاء حقهما من المسؤول عن الضرر، وأن هذا الحق خاضع لمحض السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

3- تتجلى أهميته أيضا في بيان أن الشرع لم يغفل ولا جانبا من جوانب الحياة الإنسانية، فنظم التعاملات بين الأفراد وبين السبل السليمة الواجب اتباعها في إطار هذه التعاملات، وأردف على غير السليمة منها جزاءات تعوض من تضرر وتجر خاطره، ومن تلك التعاملات، العلاقات الأسرية إذ أولها اية خاصة لمكانة الأسرة في المجتمع، وهو الذي رسم مسارها من بدء التفكير في تأسيسها إلى كيفية التعامل عند قيامها، إلى توضيح طرق التخلص منها بفكها، إن تبين عدم القدرة على الاستمرار في حياة لا يسودها الوفاق والتفاهم، ومنع الإضرار في كل مراحلها، ودعا إلى جبره متى حصل، وذلك بجزاءات تقدر بقدر الضرر الذي أسس مسؤولية صاحبه.

4- وللموضوع أهمية في بيان دور القوانين في درء الأضرار، بمنع الأفعال غير المشروعة وبترتيب جزاءات عن فعلها، هي الرادع لفاعلها والجازر لغيرها، ممن يصل إلى علمه أن طبيعة الجزاء من طبيعة العمل.

5- وما يكسب الموضوع مكانة وأهمية اعتماده محلا للتعويض تلك الأضرار الناتجة عن استعمال الحقوق، متى تعسف أصحابها في أحقية استعمالها، فلم يرضخ لا الشرع ولا القانون لمبدأ استعمال الحقوق إن صاحبها ضرر بالغير وثبت ذلك.

### أسباب اختيار الموضوع:

ثمة أسباب ذاتية وأخرى موضوعية دفعتني لاختيار البحث في هذا الموضوع.

### من الأسباب الذاتية:

- ففي للبحث في مسائل الأحوال الشخصية، لما بجرني به الشرع والفقه الإسلاميين، وكيف تناولوا معالجة مواضيعه وعلى تفصيل وتمحيص دقيقين لجزئياته، فلم يغفلا شاردة ولا واردة إلا طرقاها هذا من جهة، ولما هممني من حال الأسرة وما تتعرض له من معيقات داخلية وخارجية ثبّطت الدور المنوط بها من جهة أخرى.

2- شدي للبحث أيضا في هذا الموضوع، وفتح باب الدراسة المقارنة فيه، ما أثار انتباهي عند تفحص اجتهادات المحكمة العليا وما تحويه مناخاتلاف بشأن إقرار التعويض وعدمه في حالات الفرقة - طلاق، تطليق-، مع عدم ثبات هذه الاجتهادات على منطوق واحد بشأن هذا التعويض خاصة في باب

التطبيق وما تعلق بالتقدير المناسب عند الحكم به.

### ومن الأسباب الموضوعية:

1- اختلاف تسمية الجزء المصاحب للفرقة الزوجية، بين ما هو مقرر في الفقه الإسلامي والقانون، إذ اعتبر في الأول تسمية المتعة، والتي حدث بشأن تقديرها اختلاف بين الفقهاء، وفي الثاني تسمية التعويض والذي أثارت أحكام المحاكم بشأنه تساؤلات المهتمين، لاضطراب مستنده، أهو المتعة وفق المنظور الشرعي أم التعويض وفق المنظور القانوني، وتقديره على هذا إلى أي أساس يحتكم؟

2- كثرة الدعاوى المتعلقة بطلب التعويض من جراء تضرر أحد طرفي العلاقة الزوجية، خاصة انحلالها، واضطراب الأحكام الصادرة بشأنها، وبالمبالغ المقدرة لها، وما يؤكد ذلك كثرة قرارات الهيئة العليا قضائيا المتعلقة بهذا الأمر.

3- تضمن التعديل الأخير لقانون الأسرة (القانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 ماي 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984)، مادة جديدة وهي المادة 53 مكرر والتي أجازت للقاضي الحكم بالتعويض للمطلقة في حال الحكم بالتطبيق، وفي هذا مخالفة صريحة لأحكام الفقه الإسلامي، إذ لا متعة للزوجة المطالبة بالفرقة، ما دفعني إلى تفحص هذه المادة وتحليل فحواها للوقوف على أسباب الأخذ بها، وأسس تقدير التعويض حينها، أهى مقاسة على تقدير التعويض حال الطلاق، وهل اعتد المشرع في الحالتين بأحكام تقدير المتعة في الفقه الإسلامي؟

### أهداف البحث:

ويمكن جملها في النقاط الآتية:

1- إيضاح أن الشريعة والفقه الإسلاميين والقوانين الوضعية على إثرهما أولوا اهتماما بالغا للأضرار المعنوية، التي لا أثر مادي لها في الواقع، وقد روها تقديرا خاصا، وأغلب الأضرار الحاصلة في فرقة الأزواج هي من تلك الطبيعة.

2- بيان أن الشريعة الإسلامية عدل كلها، وذلك بمنعها للضرر، وترتيب جزاءات عليه، متى وقع وكيفما كان، وأن عدلها يظهر أيضا في مساواتها بين المرأة والرجل، في حقهما بعدم الإضرار بهما، ولو كان الضرر ناتجا عن استعمال حق.

3- معرفة مدى التوافق الشرعي والقانوني في أصل تحديد المسؤوليات، والجزاءات المترتبة عليها، وترك تقديرها لسلطة مختصة رفعا للضرر المصاحب لأفعال المكلفين، سواء وقع بقصد أو نتج عن استعمالهم

لحقوقهم، واختلاف التطبيقات بين ما هو مقرر في الشرع وما عمل به القانون.

4- إبراز سمة السبق للشرعية والفقهاء الإسلاميين، في بيان الحقوق وطرق استيفائها كحق التعويض الذي أسس بنيانه على مستوى الشرع والفقهاء الإسلاميين في باب عدم الإضرار، وسبل التوصل إليه يجعل عبء إثبات الضرر على عاتق المدعى به وتمحيصه وتقديره، وتقدير ما يجب له من تعويض على عاتق القاضي، وغير ذلك مما هو مفصل في كتب الفقه، وهذا ما يؤكد اهتمام الشرعية بالأسرة.

5- التنبيه إلى مكانة الأسرة في الحياة الإنسانية على وجه العموم، والمجتمع على وجه الخصوص، إذ هدفت كل التشريعات إلى حمايتها وتقويتها، بانها، حتى تسعى إلى تحقيق ما أسست لأجله، فأجازت التشريعات لذلك التعاملات السليمة ورغبت فيها، ومنعت كل التصرفات الضارة بوحدة هذا الكيان وربت عليها نتائج تُصلح بها ما انكسر وتجرمها النفوس المتضررة.

6- تأكيد مقصد الشرع من ترتيب الجزاء وتقديره عن الأضرار، إذ يرمي إلى جبر هذه الأخيرة وتقييد كثرة وقوعها في كل حين.

7- إبراز مدى تبني المشرع الجزائري لمسألة تقدير القاضي للجزاء عند قيام المسؤولية.

8- إبلاغ نخبة المتعلمين على جلاء التسمية الشرعية للضمان، خصوصا وأن تسمية المسؤولية، ما هي إلا اصطلاح قانوني وهو مصدر صناعي معناه كون الإنسان مؤاخذا ومسؤولا عن أعماله.

9- تسليط الضوء على قرارات المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية والمتعلقة بتقدير التعويض في حالة الفرقة الزوجية، والتي تشير إلى اختلاف مضمون التقدير في المستويات الدنيا للتنظيم القضائي في مثل هذه الدعاوى.

10- إثراء المكتبة الفقهية بمثل هذه الدراسات المتخصصة.

### منهج الدراسة:

هذه الدراسة ومثباتها تعتمد مناهج عدة ومما اعتمدها:

1- المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء النصوص الشرعية وآراء الفقهاء فيما له علاقة بالفروع المطروحة لمعالجة البحث، واستقراء ما جاء في قانون الأسرة قبل وبعد التعديل، وأحكام وقرارات الجهات القضائية ذات الصلة بالموضوع، وآراء شراح القانون في المجال.

2- المنهج التحليلي: وذلك بتتبع الآراء الفقهية أو القانونية بالتحليل، للوقوف على خفايا الرأي

ما أمكن مما لا يظهر صراحة الموقف.

**3- المنهج المقارن:** وذلك بمقابلة كل الآراء الفقهية ببعضها للخروج إلى الرأي الراجح منها، لذا مقابلة النصوص القانونية بتطبيقاتها القضائية للوصول إلى قصد المشرع منها، فمقابله ما ترجح في الجانب الفقهي مع ما جاء في قانون الأسرة أو تطبيقه، مع إمكانية إيعاز التطبيقات القضائية الحالية والنصوص التشريعية لمذهب من المذاهب الإسلامية، أو الوقوف على شدوده إن وجد.

### منهجية الدراسة:

ككل الدراسات ذات الطابع المقارن بين الشرع والفقهاء الإسلاميين من جهة، والقانون وفقهه من جهة ثانية، فإنها تتطلب أموراً حاولت قد المستطاع اعتمادها في بحثي:

1- إيعاز كل رأي فقهي إلى مذهبه واستخراجه من مضانه الأصلية به - كتب الفقه المعتمدة لكل مذهب-.

2- نسبة كل نص قانوني ما أمكن إلى التشريع الأحدث الذي أصدره.

3- وضع كل آية قرآنية بين زهرتين في المتن، وعند التهميش أشرت إلى اسم السورة فالآية على هذا النحو: سورة.....، الآية:.....

4- كتابة الأحاديث النبوية بخط واضح مضخم في المتن، ووضع بين شولتين («...»)، مع تخريج الأحاديث في الهامش من مصادرها.

5- محاولة الترجمة لكل علم ورد اسمه في الرسالة ما أمكن، إلا ما استعصى على البحث عنه.

6- التهميش للكتب لأول مرة يأخذ الترتيب الآتي: اسم المؤلف (إن كان له اسم مشهور أخذت اسم المؤلف، دار النشر، بلد النشر، عدد الطبعة، سنة الطبع، المجلد إن وجد، الجزء إن وجد، الصفحة. في حين التهميش للكتاب لمرات موالية اعتمدت فيها اسم المؤلف، اسم المؤلف، (إن كان للمؤلف أكثر من تأليف اعتمدت عليه)، فإن كان الاعتماد على واحد اكتفيت باسم صاحبه.

عند عدم وجود دار النشر رمزت له (دن). عدم وجود بلد النشر (دب)، عدم وجود الطبعة (دط)، عدم وجود سنة الطبع (دت). رمزت للطبعة (ط)، وللمجلد (مج)، وللجزء (ج)، وللصفحة (ص).

## الدراسات السابقة:

أصل في أي دراسة اعتمادها على ما سبق، كونها لا تنطلق من فراغ، إذ تستند إلى سابقاتها، كقاعدة تنطلق منها.

وفي موضوع بحثي هذا وحسب اصطلاحي، لم أقف على دراسة مستقلة تعنى ببحث تقدير التعويض المقرر في فرقة الأزواج، مقارنة مع ما بحث في الشق المدني، إذ اعتنت دراسات خاصة بالتقدير وسلطة القاضي التقديرية في تقدير التعويض المدني في نحو:

- مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني لأحمد محمود سعد.

- السلطة التقديرية للقاضي المدني لإبراهيم بن حديد -رسالة ماجستير-

- تقدير التعويض بين الخطأ والضرر لمحمد إبراهيم الدسوقي.

وغيرها كثير مما تضمنته جزئيات مباحث التعويض المدني، ولم تغفل الدراسات الفقهية عن هذا الباب، وإن كان ما اضطلعت عليه متناثرا في ثنايا كتب الضمان، في نحو:

- الفعل الضار والضمان فيه لمصطفى أحمد الزرقا.

- نظرية الضمان لوهبة الزحيلي.

- الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي لمبروك النجار.

وما لحظته على مثل هذه الدراسات الأخيرة أنها أخذت صفة البحث المقارن بين أحكام الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية.

في حين أن الدراسات التي تعنى بتقدير التعويض في مسائل الفرقة الزوجية لم أقف لها على أثر، ما عدا إشارات لبعض جزئيات هذا الموضوع في ثنايا الكتب الفقهية والقانونية.

وقد يرجع سبب عدم إفراد الموضوع بدراسات خاصة -تقدير التعويض في الفرقة الزوجية- على مستوى الشرع والفقه الإسلاميين، إلى كونها اعتمادا المنعة التي هي عين التعويض في الفرقة الزوجية في منظور الفقه الإسلامي، والتي حدث بشأن تقديرها اختلاف وجهات النظر عند فقهاء المذاهب الإسلامية، في حين ترك أمر التقدير قانونا وفقها قانونيا لسلطة القاضي التقديرية، فله الأخذ بما يراه ملائما من قواعد وتقديرات، ورغم هذا لم يخص هذا الموضوع بدراسات مستقلة.

لعليّ ألج هذا الباب، إلا أنني أراني إلى إتباع خطوات البحث للسابقين منقادا ومتبعة، ومنهجهم

متخذة، فما من بد إلا الانطلاق كما انطلق غيري، وهذا مترجم في الخطة.

### خطة البحث:

استهللت بحثي بإيعاز الحكم بالتعويض إلى الأساس الذي يستند إليه والموجب له (مسؤولية تقصيرية، تعسف في استعمال الحق)، وأي أساس اعتمده الحكم بالتعويض عن فعل الفرقة بأنواعها، كما وقفت على قواعد التقدير في الشرع وفي القانون المدني، لمعرفة القاعدة التي استند إليها التقدير للتعويض عن فعل الفرقة، وذلك سيراً على خطى هذه الخطة التي ميزتها إلى فصلين:

### الفصل الأول: الحكم بالتعويض في الفرقة الزوجية وضممته مبحثين:

المبحث الأول: منشأ حكم التعويض في فعل الفرقة وكيفية استيفائه.

المبحث الثاني: أنماط الفرقة الزوجية المرتبة للتعويض

### الفصل الثاني: تقدير التعويض، أساسه وفاعليته في أحكام الفرقة، وضممته هو الآخر مبحثين:

المبحث الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض وممارسته.

المبحث الثاني: أثر الحكم بتقدير التعويض في دعاوى الفرقة.

وخاتمة: ضممتها خلاصة البحث وأهم النتائج المتوصل إليها.

والله الموفق.

## الفصل الأول:

# الحكم بالتعويض في الفرقة الزوجية

المبحث الأول: منشأ حكم التعويض في فعل الفرقة وكيفية

استيفائه

المبحث الثاني: أنماط الفرقة الزوجية المترتبة للتعويض

الحكم بالتعويض يعني ثمة فعل ضار أوجب القضاء به، وكون الشرع والقانون رتب تعويضاً عن فعل الفرقة؛ هذا يعني ضمناً احتمالاً الضرر هذا من جهة، وكون الضرر صاحب بنشوته علاقات خاصة وهي العلاقات الأسرية هذا من جهة ثانية، استوجب هذا الأمر معرفة منشأ هذا الحكم، وهذا ما تم التطرق إليه بالبحث إلى جانب كيفية استيفائه في مبحث أول.

وكون الفرقة الزوجية ليست بالنوع الواحد، وليست بالمرتبة للتعويض جملة واحدة، فخص البحث أنواع هذه الفرقة على تفصيل فيها بالدراسة في مبحث ثاني.

### المبحث الأول: منشأ حكم التعويض في فعل الفرقة وكيفية استيفائه

حكم التعويض يستند فقهاً إسلامياً وقانونياً إلى أساسين اثنين؛ الفعل الضار -المسؤولية التقصيرية- كأساس أول، والتعسف في استعمال الحق كأساس ثان.

وكون فعل الفرقة ذو طبيعة خاصة، استلزم الأمر البحث على الأساس الذي يمكن الاحتكام إليه، إذا ما تطلب الأمر الحكم بالتعويض عن ضرر الفرقة، وهذا ما عولج في مطلب أول والمعنون بأساس الحكم بالتعويض.

معرفة الأساس المحتكم إليه، إقراراً بالحكم بالتعويض، لذا يتعين معرفة طريقة استيفائه، وهذا ما بحث في مطلب ثاني، والمعنون باستيفاء التعويض وتطبيقه في دعاوى الفرقة.

### المطلب الأول: أساس الحكم بالتعويض

التعويض المدني يستند إلى أساسين اثنين، المسؤولية التقصيرية والتعسف في استعمال الحق، وهذا السند الذي استند إليه القضاء المدني للحكم بالتعويض، أثير كسنداً للتعويض عن فعل الضرر المصاحب للفرقة الزوجية؛ وبحث هذا الأمر في فرع أول عنوناً بالمسؤولية التقصيرية، وفي فرع ثان عنوناً بالتعسف في استعمال الحق.

### الفرع الأول: المسؤولية التقصيرية -الفعل الضار-

الفعل الضار اصطلاحاً فقهي<sup>(1)</sup>، يتصرف عنه مصطلح آخر هو ضمان العدوان<sup>(2)</sup>، والذي يرادفه

(1) - مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، ط1، 1409هـ-1988م، ص59.

(2) - محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، القاهرة، (دط)، 1410هـ-1990م، ص64.

في الفقه القانوني اصطلاح المسؤولية التقصيرية، أو ما يعرف بالعمل غير المشروع<sup>(1)</sup>، أو المسؤولية عن الأفعال الشخصية كما ورد في آخر تعديل للقانون المدني الجزائري<sup>(2)</sup>.

المسؤولية التقصيرية هي أحد قسمي المسؤولية المدنية التي مقتضاها ما يجب في الذمة لحق الغير جبراً للضرر الواقع عليه عند مخالفة عقد أو ارتكاب فعل غير مشروع<sup>(3)</sup>.

والفقه الإسلامي لم يضع نظرية عامة للفعل الضار، شأنه في ذلك شأن كل الحقوق والالتزامات التي يعد الفعل الضار جزء منها، وإنما كانت مباحثه وجزيئاته متفرقة في فروع الفقه المختلفة، وبفضل جهود متواصلة بذلها بعض الفقهاء المعاصرين<sup>(4)</sup>، مكنتهم من تأصيل هذه المباحث ضمن نظرية عامة هي (نظرية الضمان)<sup>(5)</sup>، والتي تتضمن هي الأخرى في شقها المدني التقسيمين نفسيهما اللذين لوحظا في الفقه القانوني<sup>(6)</sup>، وهما:

- ضمان العقد ويقابله في الاصطلاح القانوني المسؤولية العقدية.

<sup>(1)</sup> - درج استعمال هذه الاصطلاحات في مختلف القوانين الغربية والعربية حديثها وقدمها وكذا شروحاتها، أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، (دط)، (دت)، مج 1، ص 713 وما بعدها.

- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، منشورات عويدات، بيروت، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 1984، ص 16 وما بعدها.

- محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (دط)، 1405هـ-1985م، ص 11 وما بعدها. محمد صري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، ط 2، 2004، ج 2، ص 5 وما بعدها.

<sup>(2)</sup> - إذ عدلت المادة 34 من قانون رقم 05.10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر 75.58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، عنوان الفصل الثالث إلى (الفعل المستحق للتعويض) بدل (العمل المستحق للتعويض) وعنوان القسم الأول منه إلى المسؤولية عن الأفعال الشخصية) بدل (المسؤولية عن الأعمال الشخصية) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 44، الصادرة في 26 جوان 2005، ص 23.

<sup>(3)</sup> - محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 59.

<sup>(4)</sup> - أمثال الشيخ علي الخفيف والشيخ مصطفى أحمد الزرقا.

<sup>(5)</sup> - علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، (دط)، 2000، ص 11. مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 64-65. محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة، الأردن، ط 1، 1999، ص 1206. محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص 46.

<sup>(6)</sup> - محمد أحمد السراج، مرجع سابق، ص 46. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 1998، ص 13.

- وضمان العدوان ويقابله عند القانونيين المسؤولية التقصيرية.

وللوقوف أكثر على ماهية الفعل الضار -المسؤولية التقصيرية- وكيفية تحققه في فعل الفقرة الزوجية ارتأيت تعريفه والوقوف على أركانه حتى يمكن القول بتوافره من عدمه في فرقة الأزواج.

### البند الأول: التعريف بالمسؤولية التقصيرية وأركانها:

المسؤولية التقصيرية كمصطلح قانوني يقابله اصطلاح الفعل الضار في الفقه الإسلامي هذا الأساس يتحقق قيامه بأركان يترجم التفصيل فيها على هذا النحو:

#### أولاً: التعريف بالمسؤولية التقصيرية:

ربط تعريف المسؤولية التقصيرية<sup>(1)</sup> في الفقه الإسلامي بفكرة الضمان، وذلك لما ذكر سابقاً كون الفقه الإسلامي لم يحض بنظرية عامة للفعل الضار إلا فيما ذهب إليه حديثاً فقهاء معاصرون أمثال الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا<sup>(2)</sup> فيعرف الفعل الضار أنه أهم المصادر غير الإرادية<sup>(3)</sup>، التي يصير فيها الشخص ملتزماً بالتزام مالي تجاه آخر، دون أن تتجه إرادته إلى تحمل هذا الالتزام، وإن اتجهت إلى أصل الفعل أو السبب الذي ترتب عليه الالتزام قانوناً<sup>(4)</sup>.

كما قصد بها صفات العدوان<sup>(5)</sup>، وما يحمله هذا الاصطلاح عند الفقهاء من شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال جبراً للضرر الناشئ عن التعدي ودرء للعدوان عند مخالفة القواعد الشرعية العامة، وهو وسيلة من وسائل حفظ أموال الناس وأنفسهم وسار حقوقهم مما لا يرجع إلى واجب الوفاء

(1)- قصر عن الأمر يقصر قصورا وأقصر وقصر وتقاصر كلّه انتهى، وقيل التقاصر هنا من القصر، وقيل قصر عنه تركه وهو لا يقدر عليه، وأقصر تركه وكف عنه وهو يقدر عليه، والتقصير في الأمر التواني فيه. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، (دط)، 1968، ص98.

(2)- مصطفى بن أحمد بن محمد بن السيد عثمان بن الحاج الزرقا، ولد بحلب سنة 1904م، نشأ في بيت علم وبيئة علمية، وجمع بين ثقافات ثلاث: الشرعية والقانونية والأدبية، تخرج من كليتي الحقوق والآداب العليا، تولى التدريس مبكراً، كما اشتغل بالحمامة، انتخب عن مدينة حلب نائباً بالجلس النيابي السوري لدورتين عام 1956، و1962 اختير عضواً في العديد من المجالس الفقهية والعلمية، توفي بالمملكة العربية السعودية في جوان 1999، خلف تآليف كثيرة منها: المدخل الفقهي العام، الفعل الضار والضمان فيه... (انظر: مجد، أحمد مكي: فتاوى مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، 1999، ص21-36).

(3)- عرفه في نحو هذا محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص184.

(4)- مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص59.

(5)- محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص84. عزيز كاظم جبر، مرجع سابق، ص13.

بالعقود<sup>(1)</sup>.

والمسؤولية التقصيرية في الفقه القانوني تقوم على الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير<sup>(2)</sup>، وعليه منشأها هو إخلال الشخص بالتزام، مصدر هذا الأخير هو القانون والذي مقتضاه عدم الإضرار بالغير على اختلاف الصور، يكون المسؤول فيها مطالب بتعويض الضرر الذي جاء به دون وجود علاقة عقدية بينه وبين المضرور<sup>(3)</sup>.

وعلى إثر هذه التعريفات فقد نحا المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني<sup>(4)</sup> في ضبطه للمسؤولية عن الفعل الشخصي إلى وضع قاعدة عامة شأنه في ذلك ما ذهب إليه الفقهاء الإسلامي والقانوني.

حيث جعل « كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ».

وعليه يعدُّ محدث الضرر بفعل خاطئ، صادر منه على هذه الصفة مسؤولا مسؤولية تقصيرية ويستحق بفعله أن تشغل ذمته بما يجب أن يفني به المضرور جبرا له عن الضرر الذي ألحقه به.

ما يُستخلص من التعاريف السالفة الذكر بشقي الفقهي والقانوني للمسؤولية التقصيرية؛ أنّها ركزت على كون الفعل الضار الذي يأتيه الشخص ويصر به غيره هو المصدر المنشئ للالتزام المالي؛ أي التعويض تجاه من أضر به.

لذا كان الأنسب أن يصطلح في الفقه القانوني باصطلاح الفعل الضار كما جاء في الفقه الإسلامي بدل المسؤولية التقصيرية التي هي في الأساس الالتزام المالي عينه<sup>(5)</sup> خاصة وأن التعاريف

(1) - علي الخفيف، مرجع سابق، ص 8-10. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، (دط)، 1402هـ-1982م، ص 15-16. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 84.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 748.

(3) - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج 2، ص 12.

(4) - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني معدل ومتمم.

(5) - يرى مصطفى أحمد الزرقا أن اصطلاح الفعل الضار أفضل من اصطلاح المسؤولية التقصيرية؛ كون الأول تعبير عن السبب المصدري المنشئ للالتزام الذي يترتب عليه، بينما المسؤولية التقصيرية هي تعبر عن الأثر، وهو المسبب، يقول «لأن المسؤولية المالية التي تترتب عليه تسمى المسؤولية التقصيرية».

نقلا عن مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص 61.

القانونية تطرقت إلى الأفعال المضرة قبل أن تعقبها بالالتزام المالي المترتب عليها.

ويلحظ أن المشرع الجزائري قد وفق إلى حد كبير في اختياره لتسمية هذا الفعل بـ "الفعل المستحق للتعويض"، وإن كان لم ينعته بالفعل الضار وترك اللفظ على عمومته إلا أن ربطه باستحقاقه للتعويض بدل من طرف علي أنه فعل ضار.

كما يظهر بأن اصطلاح ضمان العدوان هو حقيقة المصطلح المراد في المسؤولية التقصيرية بما أن كليهما يرميان إلى معنى واحد ألا وهو الالتزام المالي اتجاه المضرور.

وعليه يلحظ أن المصطلحات في الفقه الإسلامي أكثر دقة ودلالة على المضمون منها في الفقه القانوني، فعبروا عن الالتزام المالي واصطلحوا عنه بضمان العدوان وهو المسؤولية التقصيرية في الفقه القانوني، وعبروا عن الضرر الذي يلحق الغير بفعل شخصي يلتزم فاعله بالضمان واصطلحوا عليه بالفعل الضار وهو الفعل الغير مشروع أو المستحق للتعويض في الفقه القانوني.

وعلى ذلك كان الأنسب في القوانين أو الفقه القانوني أن يصطلحوا في عناوين الأبواب الرئيسية بمصطلحات الفعل الضار - الفعل غير المشروع - قبل التحدث عن المسؤولية التقصيرية.

### ثانيا: أركان المسؤولية التقصيرية

حتى يمكن القول أن شخصا ما مسؤول بالتزام مالي تجاه غيره الذي ألحق فعله الخاطئ به ضررا، يتعين أن تتحقق بهذا الفعل الذي أتاه الأركان الآتية:

#### 1- الخطأ: وهو التعدي في تعبير الفقه الإسلامي.

إن مناط المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي أو مناط الضمان<sup>(1)</sup> هو الفعل الضار أو الإضرار وهو ما تعهد الأغلبية في الفقه الإسلامي على الاصطلاح عليه بالاعتداء أو التعدي<sup>(2)</sup>، هذا الأخير هو الحالة التي تنحصر تحتها كل الوقائع المرتبة لحق الضمان، وهو المعيار العام لجبر الضرر<sup>(3)</sup>.

(1) - يعبر عن المسؤولية المدنية بالضمان في كتابات الفقهاء المعاصرين أمثال وهبة الزحيلي في "نظرية الضمان"، علي الخفيف في "الضمان في الفقه الإسلامي".

(2) - علي الخفيف، مرجع سابق، ص36.

(3) - محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، (دط)، 2002، ص43.

وهو في عمومته السلوك الذي لا تجيزه الشريعة ولا تأذن فيه<sup>(1)</sup>، إذ يُلَوِّح في ذلك بمعنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحق.

ضابطه في ذلك هو انحراف الشخص في سلوكه عما هو معتاد للرجل العادي، إذ يأتي بفعل ضار بدون حق أو جواز شرعي<sup>(2)</sup>.

ويتحقق الفعل الضار سواء على نحو إيجابي؛ وذلك بمجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده ويكون بالفعل، أو على نحو سلبي وذلك بالتقصير عن الحد الواجب الوصول إليه ويكون بالامتناع<sup>(3)</sup>؛ لأنه بالفعلين - الإيجابي أو السلبي - يترتب الضرر<sup>(4)</sup>.

والإضرار أو العدوان على النحو السابق ذكره يختلف مفهومه عن مفهوم الضرر، لذلك لا يمكن نعت نظرية الضمان في الفقه الإسلامي باعتمادها على ركن واحد لضمان العدوان وهو الضرر<sup>(5)</sup>، كون هذا الأخير لا يتأت من العدم وإنما هو نتاج فعل ضار<sup>(6)</sup>.

كما أن الفقه الإسلامي لا يشترط في المسؤول المعتدي أن يكون متعمداً؛ إذ يستوي عند وجود التعدي العمد والخطأ<sup>(7)</sup>، لأن سببته ترتبط بذاته وبآثاره لا بقصد فاعله وإدراكه، ولأن الأمر في اقتضائه التضمين مبني على المعاوضة وجبر الفاقد حتى لا يظلم أحد في ماله<sup>(8)</sup>، ويقصد الفقهاء بالخطأ وقوع

(1) - محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 86.

(2) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 18.

(3) - اختلف الفقهاء في الضمان لأجل الفعل الضار السلبي (الامتناع) ذهب المالكية والظاهرية إلى ضمانه لكونه ترك واجباً، وهو بذلك إضرار بعكس الحنفية إذ لا ضمان مع الامتناع لعدم توافره على الاعتداء. أنظر: علي الخفيف، مرجع سابق، ص 34. محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 49-51. محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص 210-211.

(4) - عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 2000، ص 367-377. محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص 210-211. محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 43-51. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 19. علي الخفيف، مرجع سابق، ص 37. مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص 81.

(5) - أنظر: محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص 206-210-211؛ إذ نعت الفقه الإسلامي باعتداده في الضمان على ركن وهو الضرر.

(6) - عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 377.

(7) - مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص 79.

(8) - علي الخفيف، مرجع سابق، ص 36.

الفعل الضار على خلاف إرادة الشخص<sup>(1)</sup>.

والمراد بسببته ترتبط بذاته وبآثاره؛ أي كون الإضرار سبب في وقوع الضرر الذي هو مقتضى الضمان، وكونه سببا فهذا عائد إلى جوهره (ذاته) وما يلحقه بغيره (آثاره).

وقد يقف القارئ عند قوله ﷺ: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»<sup>(2)</sup>.

فكيف يضمن المعتدي الخاطئ وقد رفع عن الأمة الخطأ، يرد على هذا بأن المرفوع عن الفاعل بالخطأ هو الإثم وليس ضمان فعله<sup>(3)</sup>.

وكما أنه لا فرق في ضمان المعتدي في الفقه الإسلامي بين المتعمد والخاطئ فالأمر ذاته؛ إذ لا فرق بين معتد كبير أو صغير<sup>(4)</sup>، إلا في رأي عند بعض المالكية إذ لا ضمان على الصبي غير المميز<sup>(5)</sup>، وذلك من قبيل ربط الأحكام بالأسباب وذلك مما لا ينكر<sup>(6)</sup>.

يقول العز بن عبد السلام<sup>(7)</sup>: «يجري الضمان في عمدها وخطئها لأنه من الجوابر ولا تجري

(1) - علي الخفيف، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(2) - أخرجه بن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب: طلاق المكره والناسي، تحقيق: محمد فؤاد، عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، سوريا، (دط)، (دت)، رقم 2045، ج1، 659. والبيهقي، السنن الكبرى، دار الفكر، (دب)، (دط)، (دت)، كتاب الإقرار، باب: مالا يجوز إقراره، ج6، ص84.

(3) - علي الخفيف، مرجع سابق، ص37. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص146.

(4) - ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الشريعة، (دط)، 1409هـ-1989م، ج2، ص311. ابن جزى، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا، (دط)، 1988، ص337. ابن أمير الحاج، التقرير والتحجير، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1403هـ-1983م، مج2، ص172. بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن القناع، دار الفكر، بيروت، (دط)، 1982م، ج4، ص99.

(5) - ابن جزى، مصدر سابق، ص338.

(6) - أبو حامد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1983م، ج1، ص84.

(7) - عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي، عز الدين الملقب بسلطان العلماء، فقيه شافعي، بلغ رتبة الاجتهاد، ولد سنة 577هـ بدمشق ونشأ بها، وتوفي في القاهرة 660هـ. له كتب كثيرة منها: التفسير الكبير، الإلمام في أدلة الأحكام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام. (انظر: ابن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط1، 1992، ج7، ص524 وما بعدها. خير الدين الزركلي: الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط7، 1986، ج4، ص21.

العقوبة والقصاص إلا في عمدها لأنها من الزواجر»<sup>(1)</sup>.

وقد نوه بهذا أيضا القرافي<sup>(2)</sup>: «لا يشترط في حق من يتوجه في حقه الجابر أن يكون آثماً، ولذلك شرع مع العمد والجهل والعلم والنسيان والذكر على المجانين والصبيان»<sup>(3)</sup>.

وهذا ما يؤكد النظرة الموضوعية التي رسمها الفقهاء لمعيار التعدي<sup>(4)</sup>؛ إذ أخذوا بعين الاعتبار السلوك المرتب للضرر والموجب لجبر خاطر من ألحق به، بغض النظر عن شخص فاعله.

والفعل الضار في الفقه الإسلامي قسمان، الحاصل بالمباشرة، والحاصل بالتسبب.

**- الفعل الضار المباشر:** ويقصد به ترتب الضرر على الفعل الضار دون أن يتوسط فعل بينهما. أي أن فعل الفاعل يوصف بأنه مباشر إذا ما أنتج الضرر، وكان هو سببه الوحيد دون تدخل سبب آخر أيا كان<sup>(5)</sup>.

وسمي فاعله فاعل مباشر<sup>(6)</sup>؛ وهو الذي حصل الضرر بفعله بلا واسطة؛ أي دون تدخل فعل

(1)- عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الجيل، لبنان، ط2، 1400هـ-1980م، ج2، ص156.

(2)- شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، أصله من صنهاجة بالمغرب، لكنه مصري المولد والمنشأ والوفاة، ولد سنة 626هـ. ونسب إلى القرافة، فقيه مالكي، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك، كان إماما بارعا في الفقه والأصول والعلوم العقلية والتفسير، له تصانيف منها: الذخيرة، الفروق... توفي بدير الطين، سنة 684هـ.

انظر: محمد بن مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتاب العربي، بيروت، (دط)، 1349هـ، ج1، ص188-189. ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، (دط)، 2003، ص128-129. الزركلي، مرجع سابق، ج1، ص94-95.

(3)- القرافي، الفروق، عالم الكتب، لبنان، (دط)، (دت)، ج1، ص213.

(4)- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2، 1998، مج2، ج6، ص161. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص133، 134.

(5)- محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص150. عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص379-380. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط6، 1405هـ-1985م، ج2، ص36. علي الخفيف، مرجع سابق، ص58. الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1405هـ-1985م، ج1، ص446.

(6)- علي حيدر، درر الحكم، شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، لبنان، (دط)، (دت)، م2، ص508. محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص212. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص68.

شخص آخر مختار<sup>(1)</sup>، وهذا يوافق التعريف اللغوي للفعل المباشر<sup>(2)</sup>. وهو ما يفهم من تعريفات الفقهاء، فهو عند الحنفية «إيصال الآلة بمحل التلف»<sup>(3)</sup>، وعند الشافعية «ما يؤثر في الهلاك ويحصله»<sup>(4)</sup>، وعند المالكية «ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط»<sup>(5)</sup>، وقد اكتفى الحنابلة بالتمثيل له<sup>(6)</sup>، من غير إحصائه بتعريف اصطلاحي. وعليه فالفعل الضار «الخطأ باصطلاحه القانوني» ينعت بأنه مباشر إذا كان هو السبب الوحيد لترتب النتيجة الضارة عنه والتي تتطلب ضمانا.

والفاعل المباشر ضامن لنتائج فعله والذي يعتبر فيه شقه الإيجابي لا السلبي -الامتناع-<sup>(7)</sup>، بلا شرط ولا خلاف في هذا بين الفقهاء<sup>(8)</sup>.

والضمان فيه من قبيل خطاب الوضع<sup>(9)</sup>، فلا يشترط فيه التكليف والعلم ولا فرق حينها بين صغير أو كبير وعامد أو مخطئ<sup>(10)</sup>؛ إذ الأهلية التي تشترط للحكم بالضمان هي أهلية الوجوب، فيجب الضمان في ذمة الصبي والمجنون ومن في حكمهما ممن فقدوا أهلية الأداء، لأن الأمر يتعلق بحقوق العباد

(1) -وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص188-189.

(2) -المباشرة من باشر الأمر إذا وليه بنفسه، ومباشرة الأمر أن تحضره بنفسك وتليه بنفسك، ابن منظور، مصدر سابق، مادة -بشر، ج4، ص61.

(3) -الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، لبنان، ط2، 1982، ج4، ص165.

(4) -محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، (دب)، (دط)، (دت)، ج2، ص275-277.

(5) -القراقي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص27.

(6) -أنظر: ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، (دط)، 1983، ج9، ص564 وما بعدها.

(7) -أنظر: محمد أحمد السراج، مرجع سابق، ص133.

(8) -علي الخفيف، مرجع سابق، ص58-59.

(9) -خطاب الوضع، أو الحكم الوضعي عند الأصوليين هو «ما اقتضى وضع شيء سببا لشيء أو شرطا له أو مانعا منه»، وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، (دط)، 1416هـ-1996م، ج1، ص94.

(10) -ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص311 الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل بجامش التاج والإكليل للمواق، دار الفكر، (دب)، ط3، 1412هـ-1992م، ج5، ص278. القراقي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص31. الحموي، غمز عيون، الصائر، مصدر سابق، ج2، ص78. ابن جزري، مصدر سابق، ص337. أحمد الدردير، الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 1996، ج3، ص443. ابن إدريس البهوتي، مصدر سابق، ج4، ص99. علي حيدر، مرجع سابق، مج1، ص93، مج2، ص604. ابن جزري، مصدر سابق، ص337.

والتي مدارها المال والذي يجوز أدائه بالنيابة<sup>(1)</sup>، هذا ما يؤكد النظرة الموضوعية للفقهاء الإسلاميين فيما يتعلق بالفعل الضار.

إذ لا اعتماد لمسؤولية المباشر على أي عنصر معنوي، فيكفي توفر المباشرة (العنصر المادي) أي يكفي إثبات الفعل ولو لم يتعد فاعله، إذ لا يشترط التعدي في المباشرة<sup>(2)</sup>؛ لأن الضمان مع هذا الفعل من باب ربط الأحكام بأسبابها فالمباشرة علة وحكمها المقترن بها هو الضمان والذي شرع لرفع الضرر وجبر ما فات<sup>(3)</sup>.

إلا أن هناك من يرى بأن الضمان مع المباشرة لا يبحث إلا مع انعدام الجواز الشرعي وهو التعدي وذلك ما يستخلص من القاعدة الفقهية "الجواز الشرعي ينافي الضمان"<sup>(4)</sup>.

يقول مصطفى الزرقا: «التعدي يستعمل في معنيين:

الأول: هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم.

الثاني: هو العمل المحظور في ذاته شرعاً، بقطع النظر عن كونه متجاوزاً على حدود الغير أم لا.

والمعنى الأول هو المقصود... وهو شرط أساسي في مسؤولية كل من المباشر والمتسبب على السواء<sup>(5)</sup>.

وعليه يلحظ الخلاف بين عدم اعتبار واعتبار التعدي شرطاً لضمان المباشر؛ فالقائلين بعدم اعتباره مستندهم قرب علاقة السببية القائمة بين الفعل المباشر والضرر الناجم عنه. والقائلين باعتباره مستندهم عدم عقلانية تحميل المباشر ضمان فعله من غير تعد منه.

(1) - محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 135.

(2) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 196. علي حيدر، مرجع سابق، مج 2، ص 519. القرائي، الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 31. ابن نجيم زين العابدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 1985، ج 2، ص 78.

(3) - فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 59. عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 380.

(4) - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين، دمشق، ط 10، 1387هـ-1968م، ج 2، ص 1032. مصطفى الزرقا، الفعل الضار، مرجع سابق، ص 79. وسيلة شريط، أساس المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري مقارناً بالفقهاء الإسلاميين، ماجستير في الشريعة والقانون، 1421هـ-2000م، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ص 127.

(5) - مصطفى الزرقا، الفعل الضار، مرجع سابق، ص 78-79.

يقول محمد أحمد سراج: «ولا يشترط في المباشرة لإيجاب الضمان سوى أن يكون الضرر مما يمكن التحرز عنه وألا يكون الفعل مأذونا فيه شرعاً»<sup>(1)</sup>، وعدم الإذن الشرعي في إتيان الفعل معناه أن إتيانه هو التعدي عينه فإن تحققه مع المباشرة يوجب ضمان الفعل، ويدراً الضمان مع ما لم يمكن التحرز عنه وذلك مؤسس بقاعدة «ما لا يمكن الاحتراز منه لا ضمان فيه»<sup>(2)</sup>.

بينما يلحظ الاتفاق على عدم اشتراط الإدراك والتميز والقصد لدى الفاعل المباشر للضرر.

**- الفعل الضار بالتسبب:** قد يحدث الفعل الضار من غير مباشرة من فاعله؛ والذي يعني أن يتوسط بين فعله والضرر فعل آخر هو علة ترتب النتيجة الضارة عنه فيكون الفعل حاصل بالتسبب ويسمى فاعله متسبب<sup>(3)</sup>، وهو الذي يحدث أمراً يؤدي إلى تلف شيء آخر حسب العادة إلا أن التلف لا يقع فعلاً منه وإنما بواسطة أخرى هي فعل فاعل مختار<sup>(4)</sup>.

ولهذا صلة بالتعريف اللغوي للتسبب<sup>(5)</sup>، وهو ما يفهم من كلام الفقهاء عن التسبب.

فهو عند الحنفية: «التسبب في تلف شيء معين أن يحدث في شيء ما يفضي عادة إلى تلف شيء آخر»<sup>(6)</sup>، وعرفته مجلة الأحكام العدلية على هذا النحو: «هو إحداث أمر في شيء يفضي<sup>(7)</sup> إلى تلف شيء آخر على جري العادة»<sup>(8)</sup>.

(1) - محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 151.

(2) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 226.

(3) - محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص 213. علي حيدر، مرجع سابق، مج 2، ص 508.

(4) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 189. ابن نجيم، مرجع سابق، ج 1، ص 466.

(5) - السبب لغة يعني الطريق أو الباب أو الحبل، وكل هذه المعاني كما قيل ترجع إلى معنى واحد وهو أن السبب يكون موصلاً إلى الشيء، فالباب موصل إلى البيت والحبل موصل إلى الماء والطريق موصل إلى المقصد، ابن منظور، مصدر سابق، مادة (سبب)، مج 1، ص 459.

(6) - الكاساني، مصدر سابق، مج 7، ص 165.

(7) - وعلق الأستاذ مصطفى الزرقا على مسألة أن يفضي إحداث أمر في شيء إلى تلف بقوله: «أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر.. كشرط للضمان بالتسبب هي عبارة لا محل لها ذلك؛ لأن كل تسبب مفض إلى ضرر وإلا لا يسمى تسبباً، فالإفضاء إلى الضرر هو جزء من مفهوم التسبب وليس شرطاً يطلب فيه، ولعل المقصود من الإفضاء إلى الضرر هنا أمر آخر أسى التعبير عنه...». مصطفى الزرقا، الفعل الضار، مرجع سابق، ص 73.

(8) - علي حيدر، مرجع سابق، مج 2، ص 508.

وعند الشافعية: «هو ما كان نتيجة علة مباشرة وجدت عن تسبب»<sup>(1)</sup>.

وعند المالكية: «ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى، إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة»<sup>(2)</sup>.

وعليه الفعل الضار ينعت بالتسبب إذا لم يكن هو السبب الوحيد لترتب النتيجة الضارة عنه الموجبة للضمان، وإنما توسط آخر بين فعل الفاعل الأول والنتيجة المضرة.

والفاعل المتسبب ضامن لنتائج فعله إيجاباً كان ذلك أو سلباً<sup>(3)</sup>، مع اختلاف النظر في هذا الأخير، فيما إذا حدث التسبب عن طريق الترك، فإن كان الترك تركاً لواجب على الشخص شرعاً ففي هذا اختلاف بين التضمين وعدمه، فالمالكية يقولون بالتضمين والحنفية على خلاف ذلك، وإن كان الترك ليس بواجب عليه شرعاً فلا ضمان عليه اتفاقاً<sup>(4)</sup>.

ويشترط لتضمين المتسبب<sup>(5)</sup>:

- أن يكون متعدياً وهذا باتفاق المذاهب<sup>(6)</sup>.

(1) - أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، (دط)، 1994، ص124. العز بن عبد السلام، مصدر سابق، ج2، ص155.

(2) - القرابي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص27 نرشي، على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية على العدوي، دار الفكر، (دب)، (دط)، (دت)، مج3، ج6، ص132.

(3) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص70.

(4) - الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص167-168. ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص311. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، (دت)، ج6، ص143. الشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر لبنان، (دط)، 1404هـ-1984م، مج5، ص145-155. ابن إدريس البهوتي، مصدر سابق، ج2، ص364. القرابي، الفروق، مصدر سابق، ج2، ص205، ج4، ص27. ابن جزري، مصدر سابق، ص337.

(5) - علي الخفيف، مرجع سابق، ص59-65. النشار، مرجع سابق، ص61-62. الزرقاء، الفعل الضار، مرجع سابق، ص73-81. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص27-77.

(6) - الحرشي، مصدر سابق، مج3، ج6، ص132. أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مصدر سابق، ج3، ص444. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج5، ص449، ج9، ص564. القرابي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص27. أبو حامد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، مصدر سابق، ص206. السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، لبنان، (دط)، 1406هـ-1986م، مج14، ج27، ص15-22. الزيلعي، مصدر سابق، ج6، ص149.

وشرط التعدي لا علاقة له بالتعمد<sup>(1)</sup>؛ إذ لا عبرة لهذا الأخير مع التسبب أو المباشرة على السواء بتوافر التعدي فيضمن المتسبب ولو كان عامداً أو مخطئاً<sup>(2)</sup>، وهناك من يشترط التعمد؛ أي بقصد الفاعل المتسبب وإرادته الفعل الضار بعينه وإلا فلا ضمان عليه<sup>(3)</sup>.

وقد واجه هذا الرأي نقداً وذلك على اعتبار أن التعمد المذكور إنما هو التعدي<sup>(4)</sup>، وفي هذا يرى مصطفى أحمد الزرقا أن التعدي شرط لا بد منه في المباشرة وفي السبب عند الفقهاء بيد أن المشهور عند كل من كتبوا من المعاصرين أنه شرط في التسبب لا في المباشرة<sup>(5)</sup>.

- أن يكون الفعل بالتسبب سببا لحصول الضرر<sup>(6)</sup>؛ أي أن يؤدي السبب إلى النتيجة قطعاً فيفضي إلى تلك النتيجة الضارة على جري العادة<sup>(7)</sup>.

- ألا يقطع سببية الفعل للضرر قاطعاً أجنبي من الفاعل وإلا نسب إلى المباشر تقديماً له على المتسبب<sup>(8)</sup>.

والفعل الضار سواء كان مباشراً حصوله من فاعله أو كان بطريق التسبب هو سبب كاف للتضمنين في الفقه الإسلامي، يقول الشيخ علي الحفيف: «ولا يخرج عن هذه السببية ألا يوصف فاعله

(1) - علق الشيخ علي الحفيف عن حالة مساءلة، أو عدم مساءلة الضي غير المميز، أو المجنون عن نتائج فعله الضار بالتسبب بقوله: «ذلك ما يدعو إلى النظر فيما إذا كان المسبب صيباً أو مجنوناً، فهل ينظر إلى أهليته فلا يعد الفعل الذي يصدر منه اعتداء مسبباً لعدم تصور التعدي منه فلا ضمان عليه حينئذ أو ينظر إلى نفس الفعل وكونه محظوراً ليعتد اعتداء ويكون عليه الضمان، ذلك ما لم أره ويظهر من إطلاقهم في فاعل الفعل الأول اعتبار النظر الثاني والإلزام بالضمان محافظة على الأموال». نقلاً عن محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص 215-216. أنظر: علي حيدر، مرجع سابق، مج 2، ص 604.

(2) - مصطفى الزرقا، الفعل الضار، مرجع سابق، ص 76-79.

(3) - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2، ص 1045. سليم رستم باز اللباني، شرح الخلة، دار الكتب العلمية، لبنان، (دط)، (دت)، المادة 93، ج 1، ص 60. - التسبب لا يضمن إلا بالتعمد. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 27-77. محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص 215. علي حيدر، مرجع سابق، مج 2، ص 616.

(4) - أنظر: مصطفى الزرقا، الفعل الضار، مرجع سابق، ص 77، 78، 79.

(5) - مصطفى الزرقا، المرجع نفسه، ص 83.

(6) - صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط 3، 1983، ج 1، ص 181.

(7) - أنظر: رأي الأستاذ مصطفى الزرقا، هامش 7، ص 12.

(8) - الحارثي، مصدر سابق، مج 3، ج 6، ص 132. القراني، مصدر سابق، ج 4، ص 27. أبو حامد الغزالي، الوجيز، مصدر سابق،

ج 1، ص 206.

بالاعتداء والمخالفة بسبب عارض خارج عنه كفقده أهلية التكليف؛ لأن سببته ترتبط بذاته وبآثاره لا بقصد فاعله وإدراكه»<sup>(1)</sup>.

والفعل الضار أو الاعتداء على نحو الاصطلاح في الفقه الإسلامي يقابله الخطأ في اصطلاح القانون وفقهه.

فالخطأ الذي هو في مدلول الشرع إتيان الفعل على خلاف الإرادة<sup>(2)</sup>، هو مصطلح يعين المعتدي عينه وفق منظور إسلامي على حسب اصطلاح رجال القانون؛ إذ يعدونه ركناً من أركان المسؤولية التقصيرية على التفصيل الآتي:

فالخطأ في اصطلاح القانون تضاربت الآراء وتعددت لتحديد معناه في المسؤولية التقصيرية، لكن الرأي الذي استقر عليه الفقه والقضاء يقرب معناه في المسؤولية التقصيرية في المعنى الخاص بالخطأ في المسؤولية العقدية فهو على هذا إخلال بالتزام قانوني الذي هو التزام ببدل عناية؛ أي أن يصطبغ الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير.

فمتى انحرف وأخل بهذا السلوك الواجب، وكان له من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف، كان هذا الانحراف خطأً يستوجب مسؤولية تقصيرية<sup>(3)</sup>، ولا يشترط في الخطأ في التصرف أن يكون عمدياً، فقد تقوم المسؤولية على الخطأ بالإهمال أو عدم التبصر<sup>(4)</sup>، وعلى ذلك يقارب مضمون الاصطلاح القانوني ما جاء به الفقه الإسلامي بأن الخطأ يرتكز على جانب مادي وهو إتيان الفعل الضار (التعدي)، إلا أنه إلى جوار هذا الجانب المادي اعتمد على جانب آخر وهو ما يعرف بالناحية المعنوية؛ إذ يشترط رجال القانون وفقهه أن يكون فاعل الاعتداء شخصاً مدركاً لفعله الضار الذي أتاه وعليه فالخطأ يرتكز على ركنين يتعين توافرها حتى نقول بخطأ شخص ما:

### 1.1- الركن المادي: ويتحقق بانحراف الشخص عن السلوك المألوف لأي شخص عادي في

مجتمعه بأن يأتي أفعال خلاف ما تقتضيه أو تفترضه لزاماً القواعد التي تجب لاستقرار المجتمع وأسس

(1)- علي الخفيف، مرجع سابق، ص36.

(2)- علي الخفيف، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص778، 779.

(4)- عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص370.

التعایش فيه<sup>(1)</sup>، ويقع الانحراف في السلوك كما يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري<sup>(2)</sup>: «إذا تعمد الشخص الإضرار بالغير، وهذا ما يسمى الجريمة المدنية، أو إذا هو دون أن يتعمد الإضرار بالغير أهمل وقصر، وهذا ما يسمى بشبه الجريمة المدنية»<sup>(3)</sup>.

والسلوك المشكل للركن المادي قد يكون إيجابيا أو سلبيا<sup>(4)</sup>، وكلاهما مؤسس للحكم بالتعويض، والمعيار الضابط لانحراف الشخص في سلوكه أخذ مسلكين اثنين؛ أحدهما شخصي بحيث ينظر إلى الفعل من خلال شخص الفاعل بين كونه عاديا أو بدرجة أعلى من الناس العاديين (في الفطنة والذكاء)، والآخر موضوعي بحيث يضع الفاعل في إطار مجرد بعيدا عن دخائله الشخصية إذ يقاس السلوك الذي أتاه على سلوك شخص يطلق عليه "رب الأسرة الحريص"<sup>(5)</sup>، فإن وافق سلوكه سلوك الشخص المقاس عليه فهو غير معتد وإلا فلا، وحينها يتحقق خطأه<sup>(6)</sup>.

ورأى شراح القانون أن المسلك الشخصي على قدر كبير من العدالة إذ يحاسب كل شخص وتقاس مسؤوليته عن فعله بمعيار ما يجعل من فطنة ويقظة إلا أن بالمسلك عيب جوهري كونه غير منضبط لارتكازه على أمور خفية قد يصعب الكشف عنها (الفطنة، اليقظة...)، كما أن المضرور في طلبه لجبر ضرره يقف على انحراف المعتدي عن السلوك المألوف فيطالبه بالتعويض دون إعارة انتباه إلى شخصه وما يحمله عن يقظة أو تراخ.

لأجل هذا وغيره رجح المسلك الموضوعي الجرد في مساءلة المعتدي، وذلك بتجريدته من كل

(1) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 779. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 141.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، كبير علماء القانون المدني في عصره، هو مصري ولد في الإسكندرية 1895م، وابتدأ حياته موظفا في الجمركة، وتخرج في الحقوق في القاهرة، نال شهادة الدكتوراه في القانون في فرنسا، تولى عدة وظائف سامية في مصر، وضع قوانين عديدة لمصر والعراق وسوريا وليبيا والكويت، توفي بالقاهرة سنة 1971، من كتبه: أصول القانون، نظرية العقد، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الوسيط في شرح القانون المدني. (انظر: الزركلي: مرجع سابق، ج 3، ص 350).

(3) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 779.

(4) - عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 371.

(5) - رب الأسرة الحريص هو اصطلاح الشخص المقاس عليه سلوكات الأشخاص حتى يميز بين ما هو اعتداء وعدم اعتداء، وهو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة، ولا هو محدود الفطنة حامل المهمة فيتزل إلى الخفض. نقلا عن عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 781.

(6) - محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص 197. زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، منشورات المكتبة العصرية، لبنان، ط 1، (دت)، ص 72.

ظروفه الشخصية وهو مقياس منضبط صالح واف بالغرض؛ لأنه حينها لا يختلف من شخص لآخر فكل من أتى سلوكا مخالفا لسلوك رب الأسرة الحريص يكون معتديا، فهو المعيار الأيسر تطبيقا والأضمن استقرارا والأدق ضبطنا للأوضاع القانونية التي تطرحها فكرة الأخطأ، واعتماد مسلك الشخص العادي يتطلب إحاطته بعنصر هام وهو تماثل الظروف الخارجية لا الداخلية عند أعمال القياس<sup>(1)</sup>.

**2.1- الركن المعنوي:** لا يكفي في الفقه القانوني أن يكون مرتكب الفعل الضار قد جاء بالسلوك المخالف للسلوك المعتاد للأشخاص، بل يشترط إلى جانب ذلك أن يكون على قدر من الإدراك، بحيث يدرك تصرفه الخاطئ فيميز الخير والشر، ويتوقع النتائج التي تترتب عليه أو كان له أن يتوقعها، فلا مسؤولية على من لم يكن أهلا للتمييز، علما بما يعلمه<sup>(2)</sup>.

ويقصد بالتمييز تمكن الشخص من قدرتين<sup>(3)</sup>:

- القدرة على تبيين السلوك الواجب، وعلى توقع النتائج التي يجر إليها الانحراف عن هذا السلوك، أو إمكان توقعها عند الفعل.

- القدرة الذهنية لدى الشخص على تفادي الفعل الخاطئ أو النتيجة بتصرفه يستطيعه بعد أن وعى فعله، أو كان في استطاعته أن يعيه وأن يتفادى تلك النتيجة، وتجدد الإشارة في موضع الحديث هذا عن عدم مسؤولية الشخص الغير مدرك لفعله ونتائج فعله، أن عدم الإدراك المقصود إنما هو ما كان قائما في الشخص دون أن يتعمد هو إدخاله على نفسه، فإن كان غير ذلك لزمتم مسؤوليته عن فعله الخاطئ<sup>(4)</sup>.

مع العلم أن هناك من ينادي بضرورة مساءلة الشخص غير المدرك عن فعله الخاطئ ونتائجه

(1)- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص780، 781، 785. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص132، 141. محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص197.

(2)- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص796. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص142. زهدي يكن، مرجع سابق، ص56. عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص370.

(3)- عاطف النقيب، مرجع سابق، ص145.

(4)- أنظر: عوارض الأهلية، السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص279-285.

المرتبة عليه، وهم أصحاب النظرية المادية في المسؤولية التقصيرية<sup>(1)</sup>؛ لأن غير المميز وإن لم يكن قادرا على ارتكاب الخطأ فهو يستطيع إحداث الضرر الذي يجب جبره بضمن التعويض لمن أضر به<sup>(2)</sup>.  
يلحظ من هذا أن أصحاب النظرية المادية وافقوا في رأيهم الأغلبية في الفقه الإسلامي وذلك بتضمين المتعدي عامداً كان أو مخطئاً؛ وذلك لأن رؤية الفقهاء المسلمين كان واضحة للحدود الفاصلة بين المسؤوليتين المدنية والجنائية<sup>(3)</sup>.

ولم يخالف المشرع الجزائري ما ذهب إليه الأغلبية في الفقه القانوني من اعتبار الخطأ ركناً من أركان المسؤولية التقصيرية وذلك بالنص عليه صراحة في المادة 124 قانون مدني جزائري<sup>(4)</sup>، فاعتبر المشرع الجزائري الخطأ بعنصرية المادي والمعنوي ضروري لقيام المسؤولية التقصيرية، وخالف بذلك المشرع الجزائري أصحاب النظرية المادية، وذلك باشتراطها التمييز، موافقة منه للأغلبية في الفقه القانوني، وذلك بمسألة من قام بفعل خاطئ وحقق شقه المادي والمعنوي، ولا مسؤولية حينها على مرتكب الفعل الضار إن لم يكن مميزاً، وهذا ما يستشف من نص المادة 125 من القانون المدني الجزائري «لا يسأل المتسبب..... إلا إذا كان مميزاً»<sup>(5)</sup>.

ويلحظ المادة السالفة الذكر أنها بإغفالها للفقرة الثانية من المادة ذاتها قبل التعديل<sup>(6)</sup> قد

(1) - هذه النظرية التي تنادي بفكرة الخطأ الموضوعي ساهمت كثيراً في حماية المضرورين، وإن وجهت لها انتقادات مفادها إلغاءها للوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية إلا أن هدف هذه الأخيرة حسب أنصار هذه النظرية هو ضمان التفويض للمضرور لا عقاب محدث الضرر. أنظر في هذا: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 797.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 797. عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 375-373.

(3) - عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، المرجع نفسه، ص 375.

(4) - نص المادة 124 «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض» قانون رقم 05.10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر 75.58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل ومتمم.

ولم تشر المادة 124 في ظل القانون السابق إلى ركن الخطأ، إلا أن نصوصاً لاحقة له أكدت أن أحكام المسؤولية المدنية في التشريع الجزائري شيدت على أساس ركن الخطأ نقلاً عن محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج 2، ص 26.

(5) - نص المادة 125 من قانون رقم: 05-10 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل ومتمم «لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطة إلا إذا كان مميزاً».

(6) - تنص المادة 2/125 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل ومتمم على أنه «غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسؤولاً أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم».

أضرت بحقوق الأشخاص إن لحقهم ضرر من غير المميزين وكان الأجدر بالتعديل عدم إغفالها، وذلك كونها مسؤولية موضوعية تقوم على فكرة العدالة، احتياطية إذ لا يلجأ إليها إذا تعذر الحصول على تعويض من الشخص المكلف بالرقابة. جوازية وذلك لحرية القاضي في تقدير التعويض الذي يجب أن لا يضر بعديم التمييز، ومخففة تكون القاضي لا يحكم بالتعويض كله، بل بتعويض يراعى فيه مركز الخصوم<sup>(1)</sup>.

**2- الضرر:** تقوم المسؤولية المدنية إلى جانب ركن التعدي على حد اصطلاح الشرعيين على ركن ثان وهو الضرر.

فإنجاب التعويض لا بد معه من وقوع الضرر أو وجوده، فالضرر سبب للتعويض وهو مسبب عنه، ولا يوجد المسبب دون سببه وهو بحسب الاصطلاحات الأصولية شرط<sup>(2)</sup> في سبب الضمان وهو العدوان، فلا تجب المطالبة بالتعويض إذا كان الفعل لم يرتب ضرراً أصلاً؛ لأن التعويض (الضمان) لم يجب إلا لدفع الضرر عن المعتدي عليه<sup>(3)</sup>، والضرر يعني كل أذى يصيب الإنسان في جسده أو ماله أو عرضه أو عاطفته، فهو إلحاق مفسدة بالغير<sup>(4)</sup>، ولا يخرج ما يعنيه الضرر اصطلاحاً عن مدلول هذه الكلمة لغة<sup>(5)</sup>، فهي تشمل كل ما يعنيه الأذى والضييق بمختلف صورته.

ويلحظ على هذا النوع من التعاريف أنه يشمل كل أنواع الضرر، ولو كان مشروعاً ومأذوناً في إتيانه<sup>(6)</sup>.

والضرر ليس بالنوع الواحد وإنما هو أنواع<sup>(7)</sup>:

(1) - محمد سعدي الصبري، مرجع سابق، ج2، ص40.

(2) - الشرط عند الأصوليين هو الوصف الظاهر المنضبط الذي يتوقف عليه وجود الحكم من غير إفضاء إليه. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج1، ص99.

(3) - علي الخفيف، مرجع سابق، ص38، 39. فتح الله النشار، مرجع سابق، ص163. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص156.

(4) - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص977. علي الخفيف، مرجع سابق، ص38. صبحي محمصاني، مرجع سابق، ج1، ص169. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص23.

(5) - الضرر والضرر لغتان: ضد النفع، والضرر المصدر، والضرر الاسم، الضرر ضد النفع والضرر بالضم الهزال وسوء الحال. ابن منظور، مصدر سابق، مادة ضرر، ج4، ص482.

(6) - محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر، دار إشبيلية، الرياض، ط1، 1419هـ-1999م، ص26.

(7) - علي الخفيف، مرجع سابق، ص44-45. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص155-156. فتح الله النشار، مرجع سابق، ص169-173. محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص29-46.

## 1.2- ضرر مادي: وهو إما جسدي أو مالي.

- **الجسدي:** هو المتعلق بالبدن بأن يصيب الشخص أذى في نفسه فتتلف أو يعتدي على طرف من أطرافها أو جرح أو إذهاب منفعة كعجز عن العمل أو ضعف في الكسب. وهذا النوع فيه الجزء المالي من الشارح وهو جزء يشبه التعويض من جهة والعقوبة من جهة أخرى؛ لأن الأصل إن كان الاعتداء عمدا فالجزاء هو القصاص وهي عقوبة، أما إن لم يكن عمدا أو كان كذلك وامتنع القصاص لسبب من الأسباب أو مانع من الموانع يصار حينها إلى التعويض (الدية<sup>(1)</sup>، الأرش<sup>(2)</sup>) وأكثر ما يعطيها صفة التعويض ويظهرها بمظهره ما يسميه الفقهاء بحكومة العدل<sup>(3)</sup>.

- **المالي:** هو ما كانت نتيجته تلف المال كله أو بعضه أو نقص قيمته عما كانت عليه ويجبر هذا الضرر بالتعويض لا غير؛ إلا لا مجال لمقابلة الإلتلاف بالإلتلاف<sup>(4)</sup>، لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(5)</sup>؛ والضرار هو مقابلة الضرر بالضرر<sup>(6)</sup>، وهذا الحديث كما يقول مصطفى أحمد الزرقا: «أساس لمنع الفعل الضار، وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة»<sup>(7)</sup>.

(1)-الدية هي «مقدار معين من المال، جعلت شرعا عقوبة أصلية للقتل والجرح في شبه العمد والخطأ». أنظر: عبد القادر عودة، مرجع سابق، ج1، ص668. فهو «عوض إلتلاف النفس أو العضو» مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مج1، (طبعة دار القلم)، ص343

(2)-الأرش: هو «مقدار من المال يجب في الاعتداء على ما دون النفس بشروط معينة»، أنظر: عبد الكريم زيدان، المفضل في أحكام المرأة وبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط3، 1420هـ-2000م، ج5، ص431. فهو «العوض الذي يقدر ويجب على الجاني في غير النفس والأعضاء» مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، مج1، (طبعة دار القلم)، ص343.

(3)-علي خفيف، مرجع سابق، ص45. محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص39.40.

(4)-فتح الله النشار، مرجع سابق، ص173.

(5)-أخرجه مالك، الموطأ، كتاب الأفضية، باب: القضاء في المرفق، إعداد: أحمد راتب عرموش، دار النفائس، (دب)، ط11، 1410هـ-1990م، رقم 1426، ص529. الموطأ بشرح الزرقاني، دار المعرفة، لبنان، دط، 1981، حديث رقم 1500، ج4، ص31-32. وأخرجه ابن ماجه، السنن، كتاب الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم 2340، 2341، ج2، ص784. وأخرجه أحمد، المسند، وجماعته منتخب كثر العمال في سنن الأقوال والأفعال، دار الفكر، (دب)، (دط)، (دت)، ج5، ص327. والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب: من قضى فيما بين الناس، ج6، ص157. قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم والبخاري، ولم يخرجاه. عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (دط)، (دت)، ج2، ص57، 58.

(6)-مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص977.

(7)-مصطفى أحمد الزرقا، المرجع نفسه، الجزء نفسه، ص978.

كما أكدت مجمل القواعد الفقهية هذا المبدأ في نحو «الضرر لا يزال بمثله»<sup>(1)</sup>، «الضرر لا يزال بالضرر»<sup>(2)</sup>.

## 2.2- ضرر غير مادي: وهو أدبي ومعنوي وهو ما لا علاقة له بالمال.

- الأدبي<sup>(3)</sup>: وهو ما تعلق بالعرض والشرف والعاطفة حينما يلحقهم أذى بفعل أو قول<sup>(4)</sup>، ويظهر من ذلك أن محل الحماية المقصود بتقرير المسؤولية عن الضرر الأدبي أنه لا علاقة له بالمال؛ أي أن المصلحة المعتدى عليها والمراد حمايتها (الشرف، العرض، العاطفة...) لا تدخل تحت التعامل بالمال قصداً<sup>(5)</sup>.

وهذا النوع من الضرر لا يتطلب تعويضا ماليا باتفاق الفقهاء؛ لأن المال يجل محل آخر قصد الجبر وهذا لا يتحقق هنا، هذا من جهة<sup>(6)</sup>، ولصعوبة تقدير مدى الضرر الأدبي ومقدار التعويض الذي يمكن أن يعطيه من جهة أخرى<sup>(7)</sup>.

إلا أن الأمر فقهيًا لا يخل من إشارات صريحة إلى إمكانية التعويض عن الضرر الأدبي، فذهب صاحبان من الحنفية إلى وجوب التعويض بسبب الضرر الأدبي في حالة الألم الجسماني، إذ يجب عند محمد بن الحسن الشيباني<sup>(8)</sup>، حكومة عدل على الجاني بقدر ما لحق المضروب أو المجروح من الألم وهذا

(1) - المادة 25 من مجلة الأحكام العدلية، أنظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص983.

(2) - جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 1990، ص86.

(3) - هذه العبارة مستحدثة ولم تكن معروفة عند قدامى الفقهاء، وإن كانت أصول فكرتها قد وجدت متناثرة فيما كتبه. أنظر في هذا: مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص121. عبد الله، مبروك النجار، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1411هـ-1990م، ص22.

(4) - علي الخفيف، مرجع سابق، ص44. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص156. محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص175. محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص29.

(5) - عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص23-24.

(6) - علي الخفيف، مرجع سابق، ص45.

(7) - عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص414.

(8) - محمد بن الحسين بن فرقد ينتسب إلى بني شيبان، ولد سنة 131هـ، فقيه أصولي ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف، من المجتهدين المنتسبين، نشر علم أبي حنيفة ولي القضاء، ومات بالرقعة سنة 189هـ، له تصانيف كثيرة منها: الجامع الكبير والجامع الصغير والمبسوط... (انظر: الزركلي، مرجع سابق، ج6، ص80).

ما قاله أبو يوسف<sup>(1)</sup>؛ إذ للمحني عليه أن يرجع على الجاني بقدر ما احتاج إليه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء.

كما قرر أن من أحدث جرحا بغيره ولم يبق له أثر فعلي الجانب أرش الألم وهو حكومة عدل، وذلك خلافا لأبي حنيفة؛ لأنه لا قيمة عنده بمجرد الألم<sup>(2)</sup>.

ويرى الشيخ علي الخفيف أن ما ذهب إليه الصاحبان لا يعد من قبيل التعويض وإنما يعد من قبيل التعزيز بالمال ووجوب رد الحال إلى ما كانت عليه<sup>(3)</sup>.

وما تجدر الإشارة إليه أن مسألة التعويض المالي عن الضرر الأدبي أثارت جدلا واسعا في الفقه الإسلامي قديما وحاضرا ولكل وجهته وسنده الذي لا يخف صوابه، إلا أنه يرجح التعويض وذلك لمصاحبة مثل هذا الضرر غالب حالات الاعتداء فلا يمكن إغفاله في أي حال من الأحوال حتى وإن لم يكن التعويض هذا فيه إصلاح لما انكسر لأنه مما لا إصلاح معه بمثل هذا الطريق، إنما هو مجرد ترضية تخفف عن المضرور واقع ما به. وسيأتي أكثر تفصيل في هذه المسألة في بحث لاحق.

- **المعنوي:** غالبية من كتبوا في هذا الباب إذا ما أطلقوا اصطلاح الضرر المعنوي عنوا به الضرر الأدبي السابق ذكره، حتى أنهم يسمونه (الضرر الأدبي أو المعنوي) إلا أن هناك من يوتر استعمال كلا في غرض معين.

فاصطلاح الضرر المعنوي يقصد به تفويت مصلحة غير مالية وذلك بامتناع الملتزم في تنفيذ التزامه فيفوت مالا مال معه على صاحب العين<sup>(4)</sup>.

ولا يرتب الضرر المعنوي إذا ما حصل تعويضا في الفقه الإسلامي أخذا بما قال به أغلبية الفقهاء

(1)- أبو يوسف: هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب القاضي الإمام، ولد بن عقبة الأنصاري جميعا، ولي القضاء للهادي والمهدي والرشيد، وهو أول من سمي قاضي القضاة، توفي سنة 181 هـ. (انظر: محيي الدين بن سليم بن أبي الوفاء القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية. دار هجر، مصر، ط2، 1993، ج1، ص220-222. الزركلي، مرجع سابق، ج8، ص193).

(2)- السرخسي، مصدر سابق، مح13، ج26، ص81. ابن عابدين، الدر المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 1994، ج5، ص15. صبحي محمصاني، مرجع سابق، ج1، ص154، 155، 171.

(3)- علي الخفيف، مرجع سابق، هامش1، ص60.

(4)- كالمودع لديه عن تسليم الوديعة والمستعير بمتنع عن تسليم العارية.. نقلا عن علي الخفيف، مرجع سابق، ص44.

في مسألة التعويض عن الأضرار الأدبية<sup>(1)</sup>.

ويشترط الفقهاء حتى يستتبع الضرر بالتعويض شروط نجعلها في الآتي:

1- أن يمس الضرر مالا متقوما مملوكا<sup>(2)</sup>، وهو المال الذي يملك فيستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه<sup>(3)</sup>، فإن كان كذلك يحكم بالتعويض المالي عنه إن لحقه ضرر<sup>(4)</sup>، ولا ضمان حينها فيما ليس بمال متقوم وهو ما أسس عليه الحكم بعدم التعويض عن الضرر الأدبي فيما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي، كونه ليس بمال وخولف عند القائلين بالتعويض عنه، مما له من جانب مالي كما ذهب إلى ذلك الصحابان من الحنفية، وقد أشير إلى هذا سابقا.

وقد برر القائلون بالتعويض عن الضرر الأدبي، أن هذا الأخير له أساس في التمول كغيره من الحقوق المالية<sup>(5)</sup>، استنادا للاعتياض في باب الديات.

فإن مس الضرر ما لا يجز بالفعل أو لم يجد شرعا الانتفاع به أو الأمرين معا فلا يعد الإضرار به مما يوجب الضمان لكونه حينها مال غير متقوم عند الفقهاء<sup>(6)</sup>.

2- أن يكون الضرر محققا ماديا كان أو أدبيا<sup>(7)</sup>؛ أي أن يقع الضرر بالفعل كونه سبب في التعويض ولا يتقدم السبب على سببه ولا المعلول على علته، فينشأ الحق في التعويض من الوقت الذي أصبح فيه الضرر محققا، وليس من الوقت الذي وقع فيه الفعل الضار المادي؛ أي الاعتداء.

ففي الفقه الإسلامي لا يعرض عن الضرر الذي يحدث سببه وتتراخى نتيجته إلى المستقبل لأن ذلك ينافي العدالة؛ إذ لا يمكن تقديره حتى يمكن تقدير التعويض الملائم له، فقد يزيد أو ينقص، كما لا

<sup>(1)</sup>-علي الخفيف، مرجع سابق، ص45. محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص178.

<sup>(2)</sup>-علي الخفيف، مرجع سابق، ص48.

<sup>(3)</sup>-أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الفكر، بيروت، (دط)، (دت)، ج2، ص17.

<sup>(4)</sup>-الزيلعي، مصدر سابق، ج5، ص234. السرخسي، مصدر سابق، مج6، ج11، ص78. السيوطي، الأشباه، مصدر سابق، ص327. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج1، ص54. أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة مصدر سابق، ج2، ص17.

<sup>(5)</sup>-عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص56.

<sup>(6)</sup>-محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص192.

<sup>(7)</sup>-محمد فتح الله النشار، المرجع نفسه، ص197. عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص77.

تعويض عن الضرر المحتمل الذي قد يقع أو لا يقع<sup>(1)</sup>، إلا أن هناك من يرى أن الضرر الناتج عن ضياع مصلحة، وإن لم ينص عنه في الفقه الإسلامي، فللقاضي الحكم بالتعويض عنه بناء على القواعد التي تمنع الضرر مطلقا والتي تطالب بضمان الأضرار المترتبة على الفعل بسبب تقصير أو إهمال أو عدم احتراز أو لتعارف الناس ذلك<sup>(2)</sup>، كقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، "الضرر يزال"، "المعروف عرفا كالمشروط شرطا".

والتحقق في الضرر الأدبي يتوفر حين وقوع الفعل الضار نفسه، الذي لا يشترط معه تواجد النية السيئة الباعثة على الشرع فيه<sup>(3)</sup>، لقوله ﷺ: «إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل»<sup>(4)</sup>.

3- أن يكون الضرر مباشرا؛ أي أن يترتب عن فعل الاعتداء ذاته ويتولد عنه، سواء حصل بفعله ذلك مباشرة أم تسببا، فإن حصل بالمباشرة ضمن بلا شروط وإن كان بالتسبب ضمن بشروط وقد سبق الكلام في هذا<sup>(5)</sup>. فيسأل حينها المعتدي عن أثر فعله الضار<sup>(6)</sup>.

4- أن يكون الضرر شخصا، فيكون ماسا بشخص المعتدى عليه على نحو ينال منه شخصا، فيتضرر بأخذ صفة المضرور، وهذا حتى يتسنى له المطالبة بالضمان، ولا يمكن حينها للغير المطالبة به ما لم يفوض أو يوكل أو يكون خلفا للمضرور<sup>(7)</sup>.

(1) - كما هو الحال في الضرر الناتج عن تفويت فرصة والتي من المحتمل إن تحققت أن تخلف كسبا ماليا لصاحبها، فالفقه الإسلامي لا يعرض عن هذا الضرر لعدم اعتباره ماليا، فهو من باب الأضرار المعنوية التي لا يعرض عليها في الفقه الإسلامي لعدم وجود الضرر المتمثل في فقد ملل قائم. انظر: علي الخفيف، مرجع سابق، ص 45. محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 177-197.

(2) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 24-25. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2، ص 977، 982، 1001.

(3) - عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 77.

(4) - أخرجه ابن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب: من طلق في نفسه ولم يتكلم به، رقم: 2040، ج 1، ص 658. البيهقي، السنن الصغير. كتاب الخلع والطلاق، باب: طلاق المكره، تحقيق: عبد السلام عبد الشافعي، أحمد قباي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1992، مج 2، ص 95. ابن أبي شيبة، المصنف، كتاب الطلاق، باب: في رجل يحدث نفسه بالطلاق، تحقيق: مختار أحمد الندوي، الدار السلفية، الهند، ط 1، 1980، ج 5، ص 53.

(5) - راجع في هذا الصفحة

(6) - محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 200-201. عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 80.

(7) - محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 203. عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 93.

وفكرة أن يلحق الخطأ ضرراً، قال بها الفقه القانوني؛ إذ لا يكفي لقيام المسؤولية وإيجاب التعويض أن يثبت الخطأ -التعدي- على من أتاه، بل يتطلب الأمر أن يكون الفعل الخاطئ قد أدى إلى إضرار بالغير؛ أي أن يترتب الخطأ ضرراً، وهو أذى يلحق بحق من حقوق الإنسان أو بمصلحة مشروعة له، سواء ما ارتبط منها بالمال أم لم يرتبط؛ كحق الإنسان في الحياة والاستقرار النفسي واحترام حياته الخاصة<sup>(1)</sup>.

فالضرر يرجع إلى نوعين رئيسيين<sup>(2)</sup>:

- نوع يلتصق بالذمة المالية فيؤثر فيها وما تحويه من عناصر أو يرتد إليها من مصالح ويصطلح عليه بالضرر المادي.

- وآخر يبقى خارج الذمة المالية فيؤثر في الكيان المعنوي للشخص ويصطلح عليه بالضرر المعنوي.

فالضرر المادي هو الإخلال بحق للمضروب أو بمصلحة له ذات قيمة مالية أو بتفويت مصلحة مشروعة له، تقدر فائدتها مالياً<sup>(3)</sup>.

والضرر المعنوي (الأدبي) هو كل مساس بالقيم الأدبية للإنسان أو بعبارة أخرى بدمته الأدبية؛ كالشرف والاعتبار والسمعة والكرامة والعاطفة والشعور<sup>(4)</sup>، فهو ضرر لا يصيب الشخص في ذمته المالية، فلا ينتقص من محتواها وإنما يصيب مصلحة غير مالية<sup>(5)</sup>.

وقد يفرق في الضرر الأدبي بين نوعين اثنين<sup>(6)</sup>:

- نوع ذا أصل مالي أو يكون متصل بالمال؛ كأن يتضرر شخص من حادث خلف له جروح،

(1)- أنظر في هذا: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص855-857. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، (دط)، 1995، ج1، ص482. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص255.

(2)- عاطف النقيب، مرجع سابق، ص256.

(3)- السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص856-857. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ج1، ص482. محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص198-199. زهدي يكن، مرجع سابق، ص35-36. محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص178.

(4)- ياسين محمد يحيى، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربية، (دب)، (دط)، 1991، ص6.

(5)- السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص864. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص267.

(6)- محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص107-108. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج2، ص81، 82.

استتبت آلام نفسية ورتبت عليها مصاريف مالية للعلاج.

- ونوع يتمخض فيه الضرر الأدبي وهو الذي لا صلة له بالمال، وهو ما ينتج عن السب والشتم والقذف وانتزاع صغير من أمه أو الاعتداء على الأسرة أو حتى الاعتداء على حق ثابت؛ كانتهاك حرمة الملكية، إن لم ترتب خسارة مالية إلا أنها استتبت بالآلام نفسية لا علاقة لها بالمال. ويشترط في الضرر حتى يستتبع بالجزاء المالي<sup>(1)</sup>:

1- أن يكون هذا الضرر قد أنتج إخلالا بمصلحة مالية للمتضرر - يتجلى هذا خاصة في الضرر المادي-، هذه الأخيرة -المصلحة المالية- قد تكون حقا للمتضرر؛ كحقه في سلامة حياته وجسمه وأمواله، فكل تعدي عليها يلحق أضرارا ذات صبغة مالية بشخصه.

كما قد تكون إخلالا بمجرد مصلحة مالية له؛ كفقد العائل وإصابة العامل من قبل الغير... كما لم يغفل الفقه القانوني التأكيد بأن تكون المصلحة المالية التي يعد الإخلال بها ضررا، مشروعة في حد ذاتها<sup>(2)</sup>، حتى يمكن القول بأن هذا الإخلال قد أضر ويعتمد عليه في الحكم بالتعويض.

2- أن يكون هذا الضرر محققا؛ بمعنى أن يكون قد وقع فعلا أو يتأكد من وقائع ما وقوعه في المستقبل بحيث تحقق سببه وتراخت آثاره، ولا يؤخذ بعين الاعتبار الضرر إن كان احتماليا وهو الذي لم يقع ولم يتأكد وقوعه مستقبلا<sup>(3)</sup>.

ويعيز الفقهاء بين الضرر الاحتمالي والضرر الناتج عن تفويت فرصة، فالفرصة وإن كانت أمر محتمل التحقق إلا أن تفويتها محقق الوقوع، لذلك كان ضررا يتعين جبره<sup>(4)</sup>.

3- أن يكون الضرر مباشرا، وذلك بأن يكون نتيجة طبيعية للخطأ، وذلك في حالة عدم

<sup>(1)</sup> -السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص855-858. زهدي يكن، مرجع سابق، ص36-37. محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص199. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص270 وما بعدها.

<sup>(2)</sup> -السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص858. محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص200. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص305. محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص99-104.

<sup>(3)</sup> -السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص861. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، (دط)، 1984، ج1، ص326-329. جميل الشوقاوي، مرجع سابق، ج1، ص483. محمد الصبري السعدي، مرجع سابق، ج2، ص78.

<sup>(4)</sup> -السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص862. محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص102. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، مصر، (دط)، 1994، ص244.

الاستطاعة من توقيه، فإن تعددت الأضرار المترتبة عن الخطأ فالمباشر عنه هو المستحق للتعويض<sup>(1)</sup>.

4- أن يكون الضرر شخصيا، وذلك بأن يمس بحق أو مصلحة أو يؤثر في نفس المدعي؛ أي أن يكون من يدعي البديل عنه ذا مصلحة شخصية حتى تسمع دعواه<sup>(2)</sup>، وهذا تطبيق لقاعدة "لا دعوى دون مصلحة"، إلا أنه قد يطالب بالبديل شخص غير المتضرر وذلك في حالات يقرها القانون أو الاتفاق؛ كالوكيل والنائب<sup>(3)</sup>، ويترتب عن هذا مسألة إثبات الضرر، فصاحب الضرر مكلف شخصيا بإثباته عند رفع دعواه، أما إن كان غيره كالوكيل والنائب، يتعين عليه تحمل إثباته بما أنه تلقى الحق عنه<sup>(4)</sup>.

ويلحظ أنه بالإمكان الجمع بين هذا الشرط والشرط الأول على النحو الآتي:

يشترط في الضرر أن يكون قد أحدث خللا بحق أو مصلحة مالية لشخص المدعي الذي يطالب ببديل عنه.

والقانون وفقهه أقر التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية متى تحققت بما شروطها أو خصائصها، وما يجب التنويه إليه أن التعويض عن الضرر المعنوي لاق تفاوتاً في الرأي بين مؤيد ومعارض في ظل القوانين القديمة والحديثة فقها وقضاءها، وإن كان الرأي الغالب يرى جواز التعويض عن الضرر المعنوي في كل الأحوال<sup>(5)</sup>.

والمشرع الجزائري حاله حال كل التشريعات، ربط لزوم التعويض في الجانب المدني منه على توفر عنصر الضرر إلا أنه أطلق اللفظ على عمومته<sup>(6)</sup>، مما جعله يحتمل كلا الضررين المادي والأدبي، ولم يكن من ذي قبل قد نص صراحة على الضرر الأدبي والتعويض عنه. إلا أنه فعل ذلك في قوانين أخرى

(1)- السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص858.

(2)- عاطف النقيب، مرجع سابق، ص271-272.

(3)- ناصر جميل محمد الشمايلة، مرجع سابق، ص34-35.

(4)- بلحاح العربي، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (دط)، 1995، ج2، ص167.

(5)- السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص865-867. ياسين محمد يحيى، مرجع سابق، ص38.

(6)- وذلك في ظل القانون المدني قبل التعديل (الأمر 75-58) وكذا بعد التعديل (قانون 05-10)؛ إذ نصت المادة 124 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني معدل ومتمم على «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض».

وإجراءاتها وشملته تطبيقاتها القضائية<sup>(1)</sup>، مما يوحي اشتغال اللفظ العام -الضرر- على النوعين -المادي والأدبي-.

كما أن التعديل الجديد للقانون المدني جاوز المادة 124 قبل وبعد التعديل بتبنيها لفظ الضرر بعمومه وخص الضرر المعنوي بمادة مستقلة وشمله بالتعويض في المادة 182 مكرر «يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة» وبهذا تتجلى الإرادة التشريعية للمشرع الجزائري صراحة، إذا وافقت ما نحتبه في قوانين أخرى وأنتت حالة اللبس التي كانت فيها.

وعليه الفقه القانوني رمى في تقسيمه للضرر إلى ما نص إليه الفقه الإسلامي باعتبار أنه مادي وأدبي وإن كان وجه الاختلاف بينهما في إمكانية ترتيب التعويض عن كل منهما من عدمها.

فالفقه الإسلامي يرى ضمان الضرر الذي يلحق بالأموال المقومة المملوكة بخلاف إن لحق الضرر بجسم الإنسان، فلا ضمان حينها لكونه مكفول بعقوبة مقدرة من الشارع.

بينما الفقه القانوني يرى التعويض المالي عن الضرر المادي؛ سواء كان مالياً أو جسدياً، ولو حظ الاختلاف ذاته أيضاً في التعويض عن الضرر الأدبي؛ إذ تشعبت فيه الآراء في الفقهاء، إلا أن الفقه القانوني أقر في مختلف القوانين ترتيبه عن الضرر الأدبي، إلا أن الأمر في الفقه الإسلامي لا زال لم يحسم لطبيعة محل الضرر، والذي لا يعد مالا من جهة ولرفعة شخص الإنسان وسمو مكانته في الشريعة الإسلامية من جهة أخرى، هذا لم يمنع من الأخذ بتعزيز الجانب في مثل هذه الأضرار.

وتوافق الفقهاء على تقسيم للضرر أتبعه توافق في شروط هذه الأنواع، مع اختلاف يسير في

---

(1) - كما هو الحال في المادة 3 فقرة 4 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالأمر رقم 69-73 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969: «تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر، سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية...».

وكذا النص عليه في المادة 8 من قانون رقم 78-12 المؤرخ في 05 أوت 1978، الجريدة الرسمية رقم: 32 المتضمن قانون العمل؛ إذ نصت على: «يضمن القانون حماية العامل أثناء ممارسة عمله من كل أشكال الإهانة والقذف والتهديد والضغط أو محاولة حمله على التشيع والتبعية، كما يضمن له التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق له» وهذا قانون الأسرة نص عليه عند الحديث عن العدول عن الخطبة في المادة 4/5 من القانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005.

«إذ يترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.» وورد تطبيقه في الجهات القضائية وحكمت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها ففي جانب الأحوال الشخصية سنقف على العديد منها في حينها.

بعض الجزئيات - كما هو الحال في شرط مالمية الضرر التي يتطلبها الفقه الإسلامى دون الفقه القانونى الذى يرى التعويض عن الأضرار الجسمانية والتي تتطلب عقوبة فى الفقه الإسلامى كما سبق الكلام فيها.

وكذا فى شرط التحقق؛ إذ نرى أن الفقه الإسلامى لا يأخذ بالتعويض عن الضرر المنجر عن تفويت الفرص لكونه محتملاً بخلاف الفقه القانونى إذ يعوض لكون التفويت فى حد ذاته ضرر محقق، وإن كانت الفرصة محتمل الحصول عليها، كما اختلف الفقهاء فى التعويض عن الضرر المستقبل فلا يعوض عليه فى الفقه الإسلامى حتى لا يخس أحد حقه فى الفقه القانونى.

كما اختلفا فى شرط المباشرة؛ إذ يقف الفقه القانونى على الضرر المباشر لا غير بينما يأخذ الفقه الإسلامى بالتعويض عن الأضرار المباشرة وكذا عن الحاصلة بالتسبب.

وأما اختلاف الفقهاء، فمرده كون الفقه الإسلامى يعتمد على الضرر كأساس للتضمين فوسع فى نطاقه حتى لا يفلت من يتسبب فيه من العقاب، بينما الفقه القانونى فالتعويض قوامه قيام عناصر ثلاث خطأ، ضرر وعلاقة سببية بينهما<sup>(1)</sup>.

### 3- علاقة سببية بين الخطأ والضرر:

يشترط الفقهاء ورجال القانون حتى يكون الفرد ملزماً بالضمان قيام رابطة بين فعله المنسوب إليه (الاعتداء) وبين الضرر الواقع للغير، وهى الأساس الثالث<sup>(2)</sup> للضمان، والتي تعرف بالعلاقة السببية، والحقيقة أن اصطلاح السبب عند الفقهاء إذا ما أطلق قابل المباشرة، هذه الأخيرة السبب القريب الذى لا يتوسط بينه وبين نتيجته المتولدة عنه فعل آخر، أما السبب فهو أبعد من المباشرة لتوسط عامل آخر بينه وبين النتيجة<sup>(3)</sup>.

والعلاقة السببية بين فعل الاعتداء والضرر فى الفقه الإسلامى هى الأخرى تكون إما عن طريق المباشرة أو عن طريق التسبب ولا ضمان فى غيرهما<sup>(4)</sup>.

(1)- محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص213.

(2)- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص26. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص873.

(3)- محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص212.

(4)- صبحي محمصاني، مرجع سابق، ج1، ص180.

والمباشرة كما سبق الكلام، هي أن يكون فعل الفاعل قد أنتج الضرر وكان هو سبب الضرر الوحيد دون تدخل فعل آخر بين فعل الفاعل والضرر الناتج عنه مباشرة، والتسبب هو فعل فاعل لم يؤد مباشرة للضرر وإنما نتائجه المترتبة عنه هي التي أحدثت النتيجة الضررية.

فالمباشرة هي إيجاد علة التلف والتسبب هو إيجاد ما يحصل الضرر عنده دون أن ينسب إليه الضرر عادة.

ومن نسبت إليه العلاقة السببية المباشرة ضامن بلا شروط ومن نسبت إليه العلاقة بالتسبب ضامن إذا تحققت به شروط، بأن يحدث تعدد منه وأن يقع الضرر بتعمد وأن يؤدي السبب إلى النتيجة دون تدخل سبب آخر حسب العادة، أي أن لا يتخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر<sup>(1)</sup>.

وعليه فالسببية في التفكير الفقهي هي ربط الضرر الذي أراد الشارع رفعه أو الزجر عنه بفعل من الأفعال الإنسانية لإقامة مسؤولية صاحبه عن هذا الضرر وإيجاب ضمانه أو العقوبة عليه<sup>(2)</sup>.

وهي في التفكير القانوني ربط الضرر بالخطأ؛ أي أن يكون قد نشأ عنه هو نفسه، ولا يمكن القول بتوافرها بين الفعل والضرر؛ لأن المسؤولية لا تتحقق إلا بوجود خطأ ثابت أو مفترض<sup>(3)</sup>، والسببية ركن مستقل عن ركن الخطأ لأنه قد توجد ولا يوجد الخطأ وقد يوجد هو ولا توجد السببية.

وحتى يستطيع المضرور الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه يجب عليه بالإضافة إلى إثبات خطأ المدعى عليه أن يثبت أن الضرر الذي أصابه قد نشأ من خطأ المدعى عليه، حينها يكون قد أدرك علاقة السببية وحق له طلب التعويض، وللمدعى عليه حينها أن يثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، حتى يقي نفسه تبعات المسؤولية<sup>(4)</sup>.

وحقيقة الأمر أن الصعوبة تكمن في كيفية إدراك هذه العلاقة، فقد تضاربت الأفكار بشأن كنهها وإدراكها والعمل بها في الفقهاء الإسلامي والقانوني، لكونها أدق الأمور على مستوى المسؤولية، الكل يجمع على أنها رابطة عقلية تستند في إدراكها إلى التجارب والذكاء ومناهج التفكير العلمي

(1) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 27، 28.

(2) - محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 216.

(3) - زهدي يكن، مرجع سابق، ص 93.

(4) - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 872-873. محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص 200. منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، ط 1، 2001، ص 142.

العامة المتبعة في العلوم المختلفة، وهذا هو مذهب؛ أي فقه أو قانون<sup>(1)</sup>.

لذلك وضع فقهاء الإسلام معايير وضوابط مختلفة لتحديد هذه العلاقة، منها أن المباشرة مقدم على التسبب... هذه المعايير والضوابط تتميز بالمرونة ما يمكن القاضي من الفهم والتقدير المناسبين للوقائع والملاسات التي تحيط بالفعل والنتائج المترتبة عليه.

كما لم يغفل الفقه القانوني التوسع في البحث عن خبايا هذه العلاقة مما أنتج العديد من النظريات التي ساهمت في تيسير العمل القضائي في نسبة الأضرار لفاعليها وإقران الجزاء بما يناسب الفعل، فالأمر من الدقة ما يستحق في باب المسؤولية<sup>(2)</sup> على مستوى الفقهين، خاصة إن كان الفعل اعتداء بالتسبب أو بأن تعددت الاعتداءات المفضية لنتيجة ضررية واحدة<sup>(3)</sup>.

والمشرع الجزائري في هذا حذا حذو غيره وعبر عن العلاقة السببية واشتراط توافرها بنص المادة 124 من القانون المدني<sup>(4)</sup>، «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان

(1) - محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 216. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ط 1، 1987، ص 334.

(2) - أنور سلطان، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 450.

(3) - فعلى مستوى الفقه الإسلامي اختلفت أنظار المذاهب الفقهية بشأن علاقة السببية فالمذهب الحنفي اختلف فقهاءه بشأنها وربطوها بأمرين هما العلة والسبب، فهي عند أبي حنيفة تعلق بأمر أساسي وهو التفريق بين السبب والعلة، فيضاف الحكم للعلة «يطلق على المباشر للضرر صاحب العلة»، إذا كانت هذه الأخيرة متولدة عن السبب «يطلق على صاحب السبب الأول في الوجود» فينسب له؛ أي الأخذ بالأقرب للضرر.

بينما ذهب تلميذه محمد إلى إضافة الحكم للسبب فينسب له وفق الجري العادي للأمر أي الأخذ بالسبب الفعال "المنتج". عند المالكية والشافعية شبيهة بما ذهب إليه صاحب عن الحنفية، فينسب الحكم للفاعل عما أنتجه فعله وفق الجري العادي للأمر، ويخالف في هذا الحنابلة؛ إذ لا يشترط عندهم نسبة الحكم للفعل الذي أحدث الضرر في جري العادة، بينما يتفق الحنابلة مع الشافعية في نسبة الحكم للسبب الأقوى في حالة تعدد الأسباب. (انظر: عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 450-455. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 218-239).

وعلى مستوى الفقه القانوني ظهرت العديد من النظريات بخصوص العلاقة السببية والتي ساهمت في تيسير العمل القضائي بدرجة أولى، من تلك النظريات، نظرية تكافؤ الأسباب، نظرية السبب المنتج (وذلك عند تعدد الأسباب المفضية لنتيجة ضررية واحدة) والتي أخذت الحظ الوافر بالعمل بما قضائياً، كما ظهرت معايير للعمل عند تعاقب الأضرار وذلك للتمييز بين المباشر منها وغيرها، فكان الأنجع الأخذ من الأضرار ما كان نتيجة طبيعية للخطأ فيقف عند الضرر المباشر ويعوض عنه ويغفل عن غير المباشر لانقطاع علاقة السببية بينه وبين الخطأ. (أنظر في هذا: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 904. زهدي يكن، مرجع سابق، ص 95-99. محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص 119-120).

(4) - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون

سببا في حدوثه بالتعويض».

فالمادة صريحة في اشتراط العلاقة بين خطأ الفاعل وبين الضرر الذي أصاب المضرور حتى تتحقق المسؤولية الموجبة للتعويض، وعلى المضرور إثبات وجود هذه العلاقة حتى يمكنه مطالبة الشخص الذي أضر به بالتعويض، وعلى الأخير -المدعى عليه- إذا أراد دفع المسؤولية عنه أن ينفي هذه العلاقة<sup>(1)</sup>، وقد نصت على ذلك مواد منها المادة 127 والمادة 176 من القانون المدني<sup>(2)</sup>.

ويمكن القول بأن المشرع الجزائري قد أخذ عند تعدد الأسباب بنظرية السبب المنتج<sup>(3)</sup>، وذلك بما يفهم من نص المادة 182 قانون مدني<sup>(4)</sup>: «ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر بالوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية؛ إذ لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوخاه بجهد معقول».

أما إذا ساهمت الأسباب جميعها في إنتاج الضرر وقامت العلاقة السببية بينها جميعا وبين النتيجة لضرورية فإنه يجب حينها الاعتداد بها جميعا<sup>(5)</sup>، وذلك ينص المادة 126 قانون مدني<sup>(6)</sup>: «إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض».

وتعتبر المادة 182 السابقة الذكر نصا على اعتبار معيار الضرر المباشر لكون هذا الأخير هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه.

المدني المعدل والمتمم.

(1) - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج2، ص93. محمود حلال حمزة، مرجع سابق، ص113.

(2) - تنص المادة 127 على «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر» كما تنص المادة 176 على أنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا بد له فيه». الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني.

(3) - محمد سعدي الصبري، مرجع سابق، ج2، ص99.

(4) - الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(5) - محمد سعدي الصبري، مرجع سابق، ج2، ص99.

(6) - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

إلا أن هذا المعيار لاق نقدا - في المعنى - واعتراضا - في الصياغة - فقهيين، كونه جعل الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوخاه بجهد معقول، فهذا ما لا يدع مجالاً للقاضي حتى يحدد المباشر من غيره للضرر، والأمر بحاله علاقة سببية ذاتها، فيكون مباشراً ما كان نتيجة مؤكدة للخطأ ويرتبط بعلاقة سببية منتجة معه، وغير المباشر ما لا يرتبط مع الخطأ بعلاقة سببية فعالة ويتم الوقوف على هذا بالنظر في الملابسات والظروف التي أحاطت بالقضية<sup>(1)</sup>.

### البند الثاني: طبيعة الطلاق والمسؤولية التقصيرية

أي فعل تضمن أركان المسؤولية التقصيرية - الفعل الضار - رتب تعويضاً لجبر الضرر والمسؤولية التقصيرية أساسها الفعل غير المشروع، فهل ينطبق مثل هذا الحكم على فعل الفرقة؟، كون المشرع رتب في بعض صورها تعويضاً للطرف المتضرر، وبالتالي إسقاط أركان هذه المسؤولية على فعل الفرقة والجزاء المترتب عنها، والحكم حينها بأن الفرقة هي الأخرى فعل غير مشروع.

### أولاً: طبيعة الطلاق

الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع، دلت على مشروعيته آيات قرآنية وأحاديث نبوية، كما أجمع علماء الأمة على ذلك<sup>(2)</sup>، وسيأتي بسط هذه الأدلة في حينها وكونه مشروع فهو حق. وقد جعل الشرع العصمة بيد الزوج، وله بكامل إرادته المنفردة أن يستعمل الطلاق دونما النظر إلى إرادة الزوجة في وقوعه، وهذا ما استند إليه القائلين بإطلاق حق الطلاق.

فلا يحق بهذا الوجه مساءلة الزوج عما بدر منه ونفذه وفقاً لحقه. إلا أن إعمال هذا الأمر على إطلاقه يؤدي إلى عموم الفوضى الخلقية، ولجاز لكل ستهتر أن يبيح لنفسه بهذا الحق أعراض الأسر، فيعقد ويطلق متى شاء، لغير سبب، ودون مسؤولية يتحملها<sup>(3)</sup>.

هذا ما لم يسمح به الشرع الإسلامي؛ إذ لم يترك حق الزوج في الطلاق على إطلاقه، بحيث يكون خاضعاً لرغباته، فوجب أن يكون مستنداً إلى أسباب معقولة تبرره، لا أن يتجه إليه لأسباب

(1) - محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص 120. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج 2، ص 104-105.

(2) - الكاساني، مصدر سابق، ج 3، ص 88. الدسوقي، مصدر سابق، ج 2، ص 361. بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، دار الفكر، بيروت، (دط)، 1994، ج 13، ص 111. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 7، ص 233.

(3) - عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 244-245.

واهية أو لأخرى يمكن معالجتها أو تغييرها<sup>(1)</sup>.

ودليل عدم الإطلاق لهذا الحق أنه رغم كونه مقرر شرعا للزوج المسلم، إلا أن إتيانه مكروه، وهو ما دلّ عليه قوله ﷺ «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»<sup>(2)</sup>.

فدلّ الحديث أن الطلاق مشروع من وجهة ومحذور من جهة أخرى، فلا يباح إلا الحاجة كبرى وريبة، ويمنع لما فيه من قطع الزواج وما ترتب عليه من مصالح دنيوية وأخروية<sup>(3)</sup>، وعلى هذا فالطلاق ليس حقا مطلقا، وإنما هو مقيد بالحاجة التي دعت له من جهة وبعدم تولد ضرر زائد عن مجرد حل الرابطة الزوجية من جهة أخرى.

### ثانيا: إشكال أعمال المسؤولية التقصيرية

الطلاق حق لما سبق الكلام عنه، مقيد بحسب الأصل لاعتبارات رعاها الشرع والقانون، والحقوق في شقها المدني تبنى على سلطة الاستئثار بالشيء<sup>(4)</sup>، فلا يمكن مساءلة صاحب الحق عما فعله بحقه، ما لم يكن متعسفا في استعماله لهذا الحق، ويتحقق التعسف بأن وقع استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أو كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، أو كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة وهذا بنص المادة 41 قانون مدني جزائري<sup>(5)</sup>.

وأكدت المادة 124 مكرر أن الاستعمال التعسفي للحق يعد خطأ<sup>(6)</sup>، وكونه كذلك فالتعويض

(1) - علي عبد الواحد وافي، حقوق الإنسان في الإسلام، دار النهضة، القاهرة، ط6، 1999، ص124. بن زبطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1428هـ-2007م، ص121.

(2) - أخرجه أبو داود، السنن، كتاب الطلاق، باب: في كراهية الطلاق، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة، مصر، ط2، 1369هـ-1950م، رقم 2178، مج1، ج2، ص255. ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب: حدثنا سويد بن سعيد، رقم: 2018، ج1، ص650. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب: ما جاء في كراهية الطلاق، ج7، ص322.

(3) - عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص244.

(4) - الحق نقيض الباطل وجمعه حقوق وحقق، ابن منظور، مصدر سابق، مادة (حقق)، ج10، ص49.

(5) - الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني معدل ومتمم.

(6) - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

يقع على عاتق محدثه، ما سبب خطأه هذا ضرراً بالغير إجمالاً لنص المادة 124<sup>(1)</sup>، إلا أن الحق في إيقاع الطلاق يختلف عن الحق المؤشر عليه في القانون المدني كون الزوج عندما يعبر عن إرادته في فك الرابطة الزوجية، فإنه مطالب بتقديم التبرير الشرعي الذي جعله يلجأ إلى هذه الإرادة وينبغي أن يكون التبرير منوهاً عنه شرعاً وثابتاً بالشكل الذي يجنبه التعويض عما بدر منه؛ ذلك أن الزوج حتى وإن كانت له الأحقية في إيقاع الطلاق، فإن استعماله لهذا الحق يجب أن يرفق بتحميله تبعاً لإرادته ومسئوليتها<sup>(2)</sup>؛ لأن الغالب في الزوج وهو يوقع حقه يكون متعسفاً فيه، وعليه حينها حتى يجنب نفسه تبعات خطئه أن يثبت خلاف الوضع الذي أسند إليه.

من كل هذا يظهر بأن فعل المطلق لا يدخل ضمن المسؤولية التقصيرية، وإن توفرت أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية، كون الطلاق في أصله ذو طبيعة خاصة، وعلى هذا النحو فالتعويض المقرر لصالح الزوجة لتضررها سبب فرقة واقعة من قبل الزوج، لا يخضع هو الآخر للقواعد العامة المشار إليها في المادة 124 قانون مدني<sup>(3)</sup>.

فالطلاق يستند إلى العصمة الزوجية ذات الأصل الشرعي والتي يملكها الزوج دون الزوجة، لذا كان التعويض للزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادتين 41 و124 قانون مدني وإنما يرتكز إلى مسؤولية الزوج كونه صاحب العصمة الزوجية.

وهذا ما أكدته قرارات المحكمة العليا، إذا أقرت أن العصمة حق الزوج وتوابعها حق المطلقة؛ لأن المقرر شرعاً أن توابع انحلال العصمة واجبة للمطلقة قبل مطلقها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعتد خرقاً للأحكام الشرعية<sup>(4)</sup>.

وأكدت قرارات أخرى للمحكمة العليا أن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق<sup>(5)</sup>.

(1) - المصدر نفسه.

(2) - باديس دياي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (دط)، (دت)، ص 7.

(3) - تنص المادة 124 قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على: «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض».

(4) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 57752، المؤرخ في 1989/12/25، مجلة قضائية، 1991، ع 3، ص 68.

(5) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 235367 المؤرخ في 2000/02/22، مجلة قضائية، 2001، ع 1، ص 275.

إذ جاء في مضمون هذا القرار أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق، وتقدير نفقة الإهمال وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير، كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية، وهي الأضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون.

وعليه فلا مجال لإعمال المسؤولية التقصيرية في باب الطلاق، كون المسؤولية التقصيرية تقوم على سرد أحكام خاصة بالفعل غير المشروع أصلاً، والطلاق مشروع بأصله فلا يتطلب الأمر الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية.

إلا أن هناك أفعال تصاحب الطلاق تكون غير مشروعة تؤدي إلى الإضرار بالزوجة، يحق لها بنها أن تؤسس على إثرها دعوى خاصة بالتعويض على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية يتقدم بها صاحب الشأن إلى الجهات القضائية بعد إثبات الضرر وهذا ما أكدته مضمون القرار السابق الذكر «... غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقاً لمقتضيات المادة 124 من القانون المدني، فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك».

كما أنه قياساً على العدول عن الخطبة والأضرار المترتبة عنه، فالتعويض على إثره لا علاقة له بالمسؤولية التقصيرية، كون الفعل الذي رتبها -المسؤولية التقصيرية- غير مشروع أصلاً. بينما العدول عن الخطبة مشروع الإقدام عليه فلا مسؤولية عنه في الأصل، فكان من باب أولى إدراجها تحت المسؤولية التعسفية، كونها تصرف فيما هو حق<sup>(1)</sup>، ولا يختلف الأمر عن المسؤولية في باب الطلاق من هذا الوجه. لذا يستند التعويض في الفرقة أساسياً على التعسف في استعمال الحق.

والتعويض عن الضرر بصفة عامة حق للزوجة المطلقة؛ لأنه يندرج تحت ثبوت العوض بالإتلافات حيث يجب على المتلف عوض ما أتلفه، وهو ما يعبر عنه الفقهاء بالضمان. كون إتلاف عمر المرأة وصحتها وقدرتها ونشاطها موجب للضمان، كما في حالة إتلاف المال وإتلاف الزرع وقتل الحيوان.

إضافة إلى أن الفقهاء صرحوا بأن إتلاف البضع موجب للضمان، وهو ما يؤيد وجوب التعويض

<sup>(1)</sup> -فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، دار قتيبة، دمشق، ط1، 1988، مج2، ص739.

للمرأة التي طلقت بلا سبب أو طلقت الطلاق بسبب سوء العشرة<sup>(1)</sup>.

وأرى الأخذ بالتعويض للزوجة المطلقة على أساس لتعسف في استعمال حق الطلاق، لا على أساس المسؤولية التقصيرية على حد تعبير القانونيين، والفعل الضار على حد تعبير الفقه الإسلامي وفقهائه، لعلة أستيغها كون الطلاق حق للرجل وهو حق مقيد رغم مشروعيته، بخلاف التعويض في المسؤولية التقصيرية الذي يستند إلى عمل غير مشروع في الأصل، وهو قول الفقهاء المعاصرين.

### الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق

التعسف في استعمال الحق هو أحد تطبيقات فكرة العمل غير المشروع، إلا أن الزوج قد يتعسف في استعمال حقه وحقه عمل مشروع بأصله.

فما هي معايير التعسف التي رآها الفقهاء الإسلاميين والقانونيين لاعتبار عمل ما متعسفا فيه، ويمكن تطبيقها -معايير التعسف- على فرقة الأزواج حتى يعدّ ما يقبل عليه الزوج من فرقة أو حتى الزوجة في أحد الصور للتفريق سببها عملاً يحمل طابع التعسف ويستحق التعويض؟.

### البند الأول: التعريف بالتعسف ومعايير

التعسف كونه أحد تطبيقات العمل غير المشروع، يستلزم الأمر حتى يمكن اعتباره سبباً للحكم بالتعويض في فعل الفرقة، إدراك كنهه والمعايير التي يحتكم إليها.

### أولاً: التعريف بالتعسف في استعمال الحق

الحق<sup>(2)</sup> مكنة أوجبها القانون لحماية مصلحة أرادها الشارع وأوجب اعتبارها، لكون المصلحة هي

<sup>(1)</sup> -نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م، ص123-124.

<sup>(2)</sup> -أفعال الإنسان منها ما هو محمول له من الشارع وتلكم هي الحقوق؛ إذ خص بها صاحبها فكانت له وحده؛ كتصرف الشخص في ماله، وحق بالحقوق ما أباحه الشارع للإنسان وهي الرخص، وهي أمر مشترك لا يختص بها إنسان بعينه كالسير في الطريق وفتح النوافذ عليه والتقاضى، والتي يشترط فيها عدم الإضرار؛ لأنها منافع مشتركة تستوجب الحيطه والحرص عند الانتفاع بها فإن ترتب ضرر استوجب التعويض على من تعمد الإساءة وقصد التقصير. انظر في هذا: علي الخفيف، مرجع سابق، ص71.

الغاية المقصودة من إعطاء الحق، فالحق والمصلحة متلازمان لذا يجب التقييد عند استعمال الحقوق بالمصالح التي أنيطت بها<sup>(1)</sup>.

والحق في الشريعة الإسلامية مقيد استعماله بما يجلب المصالح ويدرك المفسد عن الناس، وما تحققه له من سعادة دنيوية وأخروية، وهو ذو صفة مزدوجة، الفردية والجماعية في نفس الوقت؛ أما الفردية فلأن الحق ليس بذاته وظيفة، بل هو ميزة تخول صاحبها الاستئثار بثمرات حقه، فحق الفرد -أصلاً- شخصي.

وأما الجماعة فتبدو في تقييد هذا الحق بمنع اتخاذه وسيلة إلى الإضرار بغيره فرداً أو جماعة قصداً أو بدون قصد، وذلك بالنظر إلى ما يؤول إليه استعمال الحق<sup>(2)</sup>، على صاحب الحق حتى يظل الحق حقه أن يلتزم حدوده المرسومة له شرعاً عند صدوره.

أي أن يقيد الحق بالنسبة لمستعمله بقيود مؤداها المحافظة على مقصود الشرع وحق الغير<sup>(3)</sup>.

فإن تجاوز حدود الاستعمال بأن اعتدى فيه وترتب ضرر، تحققت مسؤوليته من جراء فعله؛ لأنه خروج من الحق، أما إن التزم حدود حقه وصدرت عنه عند الممارسة تبعات ضارة جراء المخالفة أو عدم الحذر، لحقته المسؤولية كما مع مراعاة الظروف المحيطة، إذ هي حالة تقديرية تختلف باختلاف الأنظار، وهذا ما ذهب إليه الفقه الإسلامي؛ لأنه حينها يعد تعسفاً في استعمال الحق<sup>(4)</sup>.

وقد اعتبر الفقهاء هذا الوضع الأخير -التعسف في استعمال الحق- أحد صورتي الخطأ<sup>(5)</sup>، الذي

---

وهذا الدكتور عبد الرزاق السنهوري يميز بين الحق والرخص فيدلي قائلًا: «الحق مصلحة معينة مرسومة الحدود يحميها القانون كالملكية، وعلى مستعملها ألا يتجاوز الحدود المرسومة له، والرخصة هي حرية مباحة في التصرف كفلتها الدساتير للأفراد كالتملك وعلى مستعملها أن يلتزم قدراً من الحيطة والتبصر واليقظة حتى لا يضر بالغير». عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص810-811.

(1)- محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص386-388.

(2)- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دط)، (دت)، ص216.

(3)- أحمد مواني، الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1418هـ-1997م، ج2، ص644-645.

(4)- علي الخفيف، مرجع سابق، ص71، 72.

(5)- صورنا الخطأ تتمثل في: 1- الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق. 2- التعسف في استعمال الحق. انظر: عبد الرزاق

السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص812.

يثبت مسؤولية صاحبه<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن مصطلح التعسف شائع استعماله لدى القانونيين وطلاب الفقه الإسلامي، على السواء<sup>(2)</sup>، إلا أنه لم يرد في عبارات الفقهاء والأصوليين، وكان بدلا عنه اصطلاح التعنت<sup>(3)</sup>، المضارة في الحقوق<sup>(4)</sup>، أو الاستعمال المدموم<sup>(5)</sup>.

وتفيد في مجملها معنى الظلم والمشقة والإيذاء والإضرار بالغير<sup>(6)</sup>.

وقد عرف الدكتور فتحي الدريني، التعسف من الوجهة الفقهية بقوله: «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل»<sup>(7)</sup>.

أي أن يمارس الشخص فعلا مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي يثبت له -بعوض أو بغير عوض- أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا على وجه يلحق بغيره الأضرار أو يخالف حكمة المشروعية<sup>(8)</sup>.

ويقصد بمناقضة قصد الشارع أن يضار المكلف في تصرفه في استعمال الحق قصد الشارع في الغاية التي شرع الحق من أجلها، فتكون المناقضة لقصد الشارع بالمضادة بقصده؛ أي للمصلحة التي وضعها الشارع لعباده المكلفين من أجل تحصيلها، ولا تخلو هذه المضادة من كونها مقصودة أو غير مقصودة<sup>(9)</sup>، أن يعتمد المكلف المخالفة وذلك بحدم قصد الشارع عينا فيقصد الإضرار

(1) -علي الخفيف، مرجع سابق، ص72. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص151. زهدي يكن، مرجع سابق، ص148-160. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص842.

(2) -محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص391.

(3) -الكاساني، مصدر سابق، ج6، ص264.

(4) -ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، (دت)، ص310.

(5) -أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج3، ص218-219.

(6) -العنت في كلام العرب: الجور والإثم والأذى وقيل المشقة الشديدة، ابن منظور، مادة (عنت)، ج2، ص620. والتعسف من العسف السير بغير هداية والأخذ على غير طريق، ورجل عسوف إذا لم يقصد قصد الحق. ابن منظور، مصدر سابق، مادة (عسف)، ج9، ص245.

(7) -فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط2، 1419هـ-1998م، ص84.

(8) -فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص272، 273.

(9) -فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص85-87. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص392. مجيد محمود سعيد أبو حجر، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، الدار العلمية، عمان الأردن، ط1، 2002،

لا غير من استعمال الحق دون تحقيق أدنى نفع أو مصلحة ولو تافهة، أو بأن يتحيل بفعل المباح لإسقاط واجب عليه أو إلى تحليل ملا حرم الله، وقد بين الإمام الشاطبي<sup>(1)</sup>، حقيقة هذه الحيل بقوله «فإن حقيقتها المشهورة تقدم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر فمال العمل فيها خرم قواعد الشريعة... وهو مفسدة ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية»<sup>(2)</sup>.

وعليه يحكم على الفعل حينها بنية الفاعل طبقاً للقاعدة الفقهية القاضية بأن الأمور بمقاصدها<sup>(3)</sup>.

يرى الدكتور صبحي محمصاني أن هذا أكثر موافقة لروح التشريع الإسلامي وللحديث الشريف<sup>(4)</sup>، «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»<sup>(5)</sup>؛ لأن قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافق لقصد الله في التشريع، فإن لم يكن كذلك كان مناقضاً وعمله حينها باطل، يقول الشاطبي: «كل ما ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة، ولكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف فلم تشرع له ففعله باطل... أما أن العمل المناقض باطل فظاهر، فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد فإن خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة»<sup>(6)</sup>.

ص19-21.

(1) - إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي أبو إسحاق، محدث، لغوي، نحوي، فقيه، أصول، مفسر من أئمة المالكية، توفي سنة 790هـ، له مؤلفات كثيرة منها: الاعتصام، الموافقات في أصول الفقه. (انظر: ابن مخلوف، مصدر سابق، ص231. الزركلي، مرجع سابق، ج1، ص75).

(2) - أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج4، ص201.

(3) - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص965.

(4) - وذلك في مضمون حديثه عن النظرية المعنوية لسوء استعمال الحقوق في الشرع الإسلامي، عند تعرضه لما كتبه الفقيه المالكي أبي إسحاق الشاطبي حول هذه مسألة، فيواصل القول: «ونرى أنها هي بعينها النظرية الحديثة لسوء استعمال الحقوق، إن لم تكن أرقى منها من حيث دقة التفصيل والتعليل، لاسيما إذا نظر إليها بالقياس إلى العصر الذي كتبت فيه». صبحي محمصاني، مرجع سابق، ص52-53.

(5) - أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي، باب: كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ، دار الهدى، موفم = للنشر، الجزائر، (دط)، 1992، رقم: 1، ج1، ص3. أخرجه في مواضع أخرى، رقم 54، 2392، 3685، 4783، 6311، 6553). أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب: قوله ﷺ: إنما الأعمال بالنية...، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط1، 1375هـ-1955م، رقم: 1907، ج3، ص1515.

ويقول العز بن عبد السلام: «كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل»<sup>(1)</sup>.

وعليه جزاء التصرف المناقض لقصد الشارع هو البطلان، كونه هادم لقصد الشارع، يقول الشاطبي: «القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي»<sup>(2)</sup>، وما كان كذلك كان حكمه البطلان، وقد تكون المضادة لقصد الشارع غير مقصودة، وذلك بأن تكون مآلات الأفعال الجزئية مخالفة للأصل العام في الشرع، كون الحقوق ما شرعت إلا لجلب المصالح أو درء المفاسد، فإن آن استعمالها إلى ما يناقض هذا الأصل لم تشرع.

وعلى هذا فالمضادة لقصد الشارع تعتمد معياران أساسيان<sup>(3)</sup>:

- شخصي أو ذاتي وهو النية أو الباعث.

- موضوعي، والذي يعتمد على الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من مصلحة وما يلزم عن عمله من مفسدة.

وقد نكون أمام معيار مختلط كما يقول فتحي الدبري: «قد يكون ثمة معيار مختلط في صورة تحقيق مصلحة تافهة أو ضئيلة، لا تتناسب مطلقاً مع ما يلزم عن الاستعمال من ضرر، فهذا معيار موضوعي، يستعان به كقرينة على كشف الباعث أو نية قصد الإضرار»<sup>(4)</sup>، والتعسف في استعمال الحق من الوجهة القانونية أساسه أنه ليس إلا المسؤولية التقصيرية، إذ أنه خطأ يوجب التعويض<sup>(5)</sup>، يقول السنهوري: «ويبقى التعسف داخلاً في نطاق المسؤولية التقصيرية، حتى لو كان تعسفاً متصلاً ند... ويكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية، كذلك من تعسف في إنهاء عقد جعل له الحق في إنجائه»<sup>(6)</sup>.

(6) - أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج2، ص 331-332.

(1) - العز بن عبد السلام، مصدر سابق، ج2، ص 143.

(2) - أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج2، ص 386.

(3) - فتحي الدبري، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 87.

(4) - فتحي الدبري، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 87.

(5) - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص 842.

(6) - السنهوري، المرجع نفسه، مج1، ص 843.

فيعتبر انحراف الشخص في استعماله لحقه في غير الغاية التي أعد لها نوعاً من الخطأ<sup>(1)</sup>. والخطأ كما يكون بالاعتداء على الحق، يكون بالتعسف في استعماله أيضاً<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: معايير التعسف في استعمال الحق

التعسف حتى يفضي إلى جزاء مرتب عليه، يتعين توفره على معايير، تتنوع كما ذكر سابقاً في الفقه الإسلامي إلى نوعين شخصي (ذاتي)<sup>(3)</sup>، والآخر عادي (موضوعي)، والتي لم يغفل الفقه القانوني هو الآخر عنها<sup>(4)</sup>، لاعتبار مبدأ التعسف.

**1- المعيار الشخصي: - معيار القصد أو النية-:** وذلك بأن يقصد المستعمل لحقه الإضرار بالغير، والمرء يمنع من الفعل الضار إذا يتمحض قصده للإضرار بالغير أو كان مظنة القصد إلى ذلك، كما هو الشأن في الوصية إن قصد بها صاحبها الإضرار بالغير، لقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةً يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرَ مُضَاكِرٍ﴾<sup>(5)</sup>، بأن تكون لوارث أو يزداد فيها عن الثلث فيمنع صاحبها<sup>(6)</sup>.

كما يعد قاصداً الإضرار إذا جمع بين نفع النفس ونية الإضرار بالغير. والكشف عن قصد الإضرار له من الصعوبة بما كان لذا يعتقد في تبيانه على الأمور المادية من قرائن وغيرها<sup>(7)</sup>.

**2- المعيار الموضوعي -المادي-:** والذي ينظر إلى مآلات الأفعال، وينطوي هذا المعيار على تطبيقات منها<sup>(8)</sup>:

(1) - زهدي يكن، مرجع سابق، ص 148.

(2) - محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص 90.

(3) - هذا المعيار بدوره ينقسم إلى شقين: تمحض قصد الإضرار والباعث غير المشروع، انظر: فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 226.

(4) - محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 395-396-398. علي الخفيف، مرجع سابق، ص 76-77. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 226. زهدي يكن، مرجع سابق، ص 149. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 844-847.

(5) - سورة النساء، الآية: 12.

(6) - أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 2005، ج 2، ص 80-81.

(7) - فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 227.

(8) - فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص 247-226.

- معيار النظر إلى نتيجة الفعل وثمرته، ويتحقق ذلك بأن تتعارض المصلحة من الفعل مع مصلحة عامة أو خاصة تفوقها ولا تناسب بينها عند المقارنة

- معيار اختلال التناسب بين مصلحة صاحب الحق والمفسدة التي تترتب على استعمال ذلك الحق، وذلك بأن تكون المصلحة الرامي إلى تحقيقها قليلة الأهمية أو تؤدي إلى ضرر فاحش يلحق بالغير، حينها يكون التفاوت بينا فيكون الاستعمال من أساسه غير مشروع؛ لأنه لا يستقيم ميزان العدل معها بالمقارنة بين المصلحة التافهة المرجوة منه وما يلحق الغير من ضرر بين.

- معيار الضرر الفاحش: إن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تقيد الحق، وهو يرمي إلى أغراض غير مشروعة فحسب، بل تقيده حتى وهو يرمي إلى تحقيق أغراض مشروعة في ذاتها، إن كانت هذه الأخيرة على قدر من التفاهة والضآلة بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يلزم عنها من أضرار فاحشة بالغير. والضرر الفاحش أعم من أن يكون مادياً، فيعتبر منه أيضاً ما كان معنوياً، وهو مساوي للمادي في نظر الشريعة.

والملاحظ أن هذا المعيار الأخير يمكن دمجاً وسابقه.

ومعيار التعسف في الفقه القانوني<sup>(1)</sup> لا يخرج عن المعيار المتخذ للخطأ التقصيري، كون التعسف أحد صورتي الخطأ، والمتمثل في عدم انحراف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي، إلا أن هذا الانحراف لا يعتد به، إلا إذا أخذ صورة من الصور الآتية:

- قصد الإضرار بالغير.

- رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً.

- تحقيق مصلحة غير مشروعة.

والملاحظ أن الصورة الأولى ما هي إلا المعيار الشخصي، إلا أنه يندرج في الفقه القانوني ضمن المعيار الموضوعي للخطأ؛ إذ لا يكف قصد صاحب الحق في استعمال حقه الإضرار بالغير، بل يتعين أن يكون سلوكه عند الاستعمال لحقه منحرفاً عن السلوك المألوف للرجل العادي، فلا يعتبر متعسفاً من أضر بالغير قصد تحقيق مصلحة مشروعة تفوق كثيراً الضرر الذي يلحق الغير؛ لأنه حينها ماثل السلوك

(1) - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 843-844. زهدي يكن، مرجع سابق، ص 159-160.

المعتاد للرجل العادي أما إن كان العامل الأصلي هو قصد إحداث الضرر اعتبر تعسفا ولو كان هذا القصد مصحوبا بنية جلب منفعة كعامل ثانوي<sup>(1)</sup>، بينما تندرج الصورة الثانية ضمن المعيار الموضوعي، فما هي إلا تطبيق لمعيار الخطأ (معيار السلوك المألوف للرجل العادي)، فإن كانت مصلحة الرجل ضئيلة تافهة فاستعمال حقه في مقابل الضرر البليغ الذي يلحقه بالغير عند الاستعمال، فلا تناسب حينها وثمة وجه تعسف، فيخالف بذلك السلوك المألوف لرجل العادي<sup>(2)</sup>، ويسأل عنه؛ هذا يعني أنه لا يسأل إذا كان يهدف إلى مصالح هامة ملموسة<sup>(3)</sup>.

والمعيار في الصورة الثالثة أيضا موضوعي، إلا أن الوصول إليه يحتاج إلى عامل ذاتي، هو نية صاحب الحق<sup>(4)</sup>؛ فيظهر أنه حتى تُدرك حقيقة المصلحة غير المشروعة التي رمى صاحب الحق إلى تحقيقها أن تعلم نيته فتحتاج إلى إدراك عامل شخص حتى يدرك الفاعل الموضوعي وقد أخذت الإدارة التشريعية الجزائرية بنظرية التعسف في استعمال الحق ونصت عليها في المادة 124 مكرر<sup>(5)</sup>، والتي تقضي بأنه:

يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

ويلحظ أن المشرع الجزائري عندما تم القانون المدني بالمادة 124 مكرر، قد أقر صراحة أن التعسف في استعمال الحق هو خطأ لذا جعله ضمن فصل الفعل المستحق للتعويض في قسم المسؤولية عن الأفعال الشخصية، ويظهر من هذا أنه مكانها الأنسب خلافا لما كانت عليه المادة في ظل

(1)- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج2، ص56.

(2)- السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص845.

(3)- زهدي يكن، مرجع سابق، ص148.

(4)- السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص846.

(5)- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن لقانون المدني المعدل والمتمم.

التقنين القديم المعدل والمتمم<sup>(1)</sup>؛ إذ نص على التعسف في الفصل الأول من الباب الثاني المخصص لأحكام الأشخاص الطبيعية، وجاء ضمن المواد الخاصة بالأهلية ونصت عليها المادة 41 من هذا التقنين.

ويرى الأستاذ فتحي الدريني أن المشرع الجزائري في ظل التقنين القديم -المادة 41- قد أحسن صنعا؛ إذ وصف استعمال الحق في الحالات الثلاث المنصوص عليها بأنه تعسفي، ولم يصفه بأنه استعمال غير مشروع، فكان بذلك أكثر دقة في التعبير عن مقصوده، كون استعمال الحق على الوجه المحدد في الحالات الثلاث المنصوص عليها ذو طبيعة خاصة متميزة عن طبيعة الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية، وهذا يختلف عن طبيعة التعسف قطعاً، إلا أن نص المادة 124 مكرر يؤكد خلاف هذا الرأي إذ اصطلح المشرع بمصطلح التعسف، ولم يقصد به سوى العمل غير المشروع بوصفه خطأ، فلم يميز حينها ما بين العمل غير المشروع ما لم يكن ناشئاً عن حق أصلاً، أو بأن كان فعلاً يجاوز الحدود الموضوعية للحق فيشكل اعتداءً على حق الغير تعمداً أو إهمالاً وتقصيراً، وهذا هو الخطأ التقصيري في حين الفعل التعسفي ليس كذلك؛ لأنه في الأصل مشروع لكونه ناشئاً عن حق وليس مجاوزاً لمضمونه وسلطاته، ولكنه يصبح تعسفياً لا لذاته بل لما فيه من الانحراف من الغاية أو المصلحة التي شرع الحق من أجلها ولنية الإضرار أو لبواعث نفسية غير مشروعة أو لنتائجه<sup>(2)</sup>، وعليه جعل المشرع فعل التعسف مستحقاً للتعويض إذا ارتبط بالحالات المنصوص عليها في المادة 124 مكرر، وهي ذات الحالات التي اعتمدها المادة 41 السابقة الذكر وهي المعايير التي اعتد بها المشرع الجزائري لاعتبار فعل التعسف خطأً يوجب التعويض، وهي معايير يوافق فيها التشريع الجزائري الفقه القانوني وما نحى إليه، حتى أن عبارته تكاد تتطابق مع عبارات نصوص مواد التقنينات العربية مع اختلاف يسير<sup>(3)</sup>؛ إذ يؤكد الفقه القانوني في معايير التعسف أن الضرر إنما يلحق (مصلحة) وهو إصلاح أدق من إصلاح (فائدة) كون الحق إنما يتقرر لتحقيق مصلحة<sup>(4)</sup>.

أما بشأن التعويض عن التعسف في استعمال الحق، فقد اختلفت أنظار الفقهاء بشأنه إلى مانع

(1) -الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(2) -فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص 276-277-297-280.

(3) -إذ استبدل كلمة (مصلحة) كما هو الحال في القانون المدني المصري، المادة 5 منه بكلمة (فائدة). أنظر: محمد صبري السعدي،

مرجع سابق، ج 2، ص 55-59.

(4) -محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ج 2، ص 59.

للمتابعة ومسقط للمسؤولية، حجتهم في ذلك أن الإنسان حر التصرف في حقه ولا يقيد حقه في ذلك ولو تضرر الغير، كون الحق مصلحة يقرها الشرع بسلطته وبجملتها بقوته؛ وهو معنى الحدود والمدى، والإنسان إذا استعمل حقه يفهم منه أنه لا يستعمل إلا ما أولاه إياه الشرع وأجاز له، وهذه الإجازة ترفع عنه كل تبعه اتجاه الغير ما دام يستعمله ضمن حدوده<sup>(1)</sup>، وتصرفه هذا في خالص حق له عملا بالقاعدة الفقهية القائلة: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»<sup>(2)</sup>.

هذا ما ذهب إليه أبو حنيفة؛ إذ يرى أن المالك يتصرف في ملكه، أي تصرف شاء، سواء كان تصرفا يتعدى ضرره إلى غيره أو لا يتعدى...؛ لأن المالك مطلق التصرف في الأصل والمنع فيه لعارض تعلق حق الغير، فإذا لم يوجد التعلق لا يمنع، إلا أن الامتناع مما يؤدي الجار ديانة واجب<sup>(3)</sup>، فمفاد رأي متقدمي الحنفية هو تقييد حق المالك في التصرف في ملكه بالنظر إلى الحقوق القانونية لغيره في ملكه لا بالنظر إلى الإضرار بالغير<sup>(4)</sup>، كونه يغلب ما يقتضيه حق المالك على حديث: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(5)</sup>.

وهو رأي الشافعي وداود الظاهري؛ إذ أطلق الشافعية حرية المالك ولو ترتب عليها الإضرار بالغير، ويرون أنه لا يمنع من التصرف في ملكه مراعاة لإضرار هذا التصرف بغيره، إلا إذا جاء تصرفه على غير المعروف وبخلاف العادة فإنه يكون ممنوعا منه، ويضمن المتصرف ما تلف به ضمان المتعدي على الجملة<sup>(6)</sup>.

ويقول ابن حزم<sup>(7)</sup>: «لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره

(1) - صبحي محمصاني، مرجع سابق، مج 1، ص 35-36.

(2) - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2، ص 1032.

(3) - الكاساني، مصدر سابق، ج 6، ص 264. السرخسي، مصدر سابق، ج 15، ص 21. الزيلعي، مصدر سابق، ج 4، ص 196.

ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط 2 (دت)، ج 5، ص 506.

(4) - محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 399.

(5) - أحمد موابي، الضرر، مرجع سابق، ج 1، ص 253-254، وحديث «لا ضرر ولا ضرار» سبق تخريجه.

(6) - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الوفاء، المنصورة، ط 3، 2005، ج 3، ص 65، ص 222.

(7) - علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، ولد سنة 384هـ، كان فقيها حافظا، يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة، انتقد كثيرا

من العلماء والفقهاء، وكان يقال لسان ابن حزم وسيف الحجاج شقيقان. توفي سنة 456هـ، أشهر مصنفاته: الفصل في الملل والأهواء

والنحل، المحلى. (انظر: محمد بن أحمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1985، ج 18، ص 182.

الزركلي، مرجع سابق، ج 4، ص 254.

فهذا هو الضرر حقا<sup>(1)</sup>، لكن لا يجوز أن يؤدي إلى الإضرار بحقوق الغير<sup>(2)</sup>، لقوله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»<sup>(3)</sup>.

بينما ذهب الإمام مالك إلى أن تصرف الإنسان في خالص ملكه ليس مطلقا، وإنما هو مقيد بحديث «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(4)</sup>، وإلى هذا ذهب الصحابان وجماعة من متأخري الحنفية ومجلة الأحكام العدلية إلى أن للمالك الحرية المطلقة في ملكه ما لم يترتب على ذلك ضرر فاحش بالغير؛ أي أنه مقيد بعدم الإضرار بالغير ضررا بينا<sup>(5)</sup>، بغض النظر عن النية التي يخفيها مستعمل الحق من قصد للإضرار أو عدمه<sup>(6)</sup>، وذلك عملا بقول الرسول ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، والقواعد الفقهية المدعمة لهذا الباب "الضرر يزال" "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" و"تصرف الإنسان في خالص ملكه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره"<sup>(7)</sup>.

ويرى الإمامان مالك وأحمد في مذهب ثالث لهذه النظرية في الفقه الإسلامي، إلى أن لصاحب الحق استعمال حقه ما لم يكن قصده من ذلك الاستعمال قصد الإضرار بالغير، أو يترتب على استعماله ذلك الإضرار، فإن تبين قصد الإضرار أو لزم من استعمال الحق إضرار بالغير وجب منعه وإزالة الضرر عينا أو بدلا عنه<sup>(8)</sup>، فمنحى هذا المذهب النظر إلى مآلات الأفعال ثم الحكم عليها<sup>(9)</sup>. وتتفق كلمة

(1)- ابن حزم، المحلى، بالأثار، دار الكتب العلمية، لبنان، (دط)، (دت)، ج8، ص241-242.

(2)- ابن حزم، المصدر نفسه، ص242.

(3)- أخرجه البخاري، الصحيح، كتاب الحج، باب: الخطبة أيام منى، رقم: 1654، ج2، ص620. ومسلم، الصحيح، كتاب القسامة، باب: تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، رقم 1679، ج3، 1305. أبو داود، السنن، كتاب المناسك، باب صفة حجة النبي ﷺ، رقم 1905، مج1، ج2، ص185. ابن ماجه، كتاب المناسك، باب: حجة رسول الله ﷺ، رقم 3074، ص1024.

(4)- مالك بن أنس، المدونة، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، (دط)، 2004، ج4، ص274. أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج2، ص348-364.

(5)- الكاساني، مصدر سابق، ج6، ص258. ابن عابدين، مصدر سابق، ج4، ص461. ابن نجيم، الشباه والنظائر، مصدر سابق، ص121. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ج1، ص121. علي خيدر، مرجع سابق، المواد من 1192 إلى 1197.

(6)- علي الخفيف، مرجع سابق، ص74.

(7)- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص982-985.

(8)- ابن جزري، مصدر سابق، ص341. أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج2، ص348. ابن رجب الحنبلي، جامع

العلوم والحكم، دار ابن حزم، بيروت، ط2، 2002، ص267 وما بعدها

(9)- محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص405.

الفقهاء<sup>(1)</sup>، على أنه إذا لم يحمل صاحب الحق على استعمال حقه سوى قصد الضرر دون مصلحة له يبرجوها من استعماله وجب عليه الكف، وعدّ معتدياً بإقدام على الإضرار بغيره باستعمال حقه، سواء أكان ذلك الضرر محقق الوقوع أم مضموناً، وذلك لكون الضرر يجب منعه؛ لأن مدار الحقوق في الشريعة الإسلامية هو جلب المصالح ودفع المضار، فكل حق ثابت مقيد بعدم الإضرار عند استعماله، قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾<sup>(2)</sup>.

فإن لم يكن لصاحب الحق من بد وكان في حاجة لاستعمال حقه وكان في الإقدام عليه ضرر بغيره، فينظر حينها إن كان الضرر عاماً قدّم على استعمال حقه وفقاً لقاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة<sup>(3)</sup> وقاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام. وإن كان خاصاً قدّم حقه، إذ هو حينها على بينة منه وظن من ضرر غيره<sup>(4)</sup> وعلى هذا نلاحظ أن ما ذهب إليه غير الفريق الأول، ممن لا يقيدون استعمال الحق، بتبنيهم نظريتين بشأن الإساءة في استعمال الحق<sup>(5)</sup>، هما النظرية المادية والتي مفادها أن الحق معتد بما يترتب استعماله من نتائج ضرورية في أرض الواقع، دون اهتمام بنية مستعمل الحق أقصد الإساءة أم لم يقصد، فكان المعيار الذي يحدد نسبية استعمال الحق من طرف صاحبه مادياً، وقد اعتمد أصحاب هذه النظرية على ضابط محدد وهو "درء المفاسد أولى من جلب المصالح" وكون "الضرر يزال"<sup>(6)</sup>.

ذلك أن الأولى بالدفع والرفع هو الضرر الواقع، وليس اعتبار بقاء المنفعة لصاحب الحق، وفي المقابل لهذه النظرية تبنت جماعة أخرى، -ممن ذكروا سابقاً من الفقهاء-، نظرية معنوية مفادها توافر نية الإضرار بالغير عند استعمال الحق، فنية مستعمل الحق هي التي تحدد إساءته لاستعمال الحق من عدمها، ومساءلته، عما لحق بغيره من أضرار موقوفة على هذا القصد.

فإن لم يكن لصاحب الحق عند مباشرته لحقه قصد غير جلب، ضرر بالغير، كان ذلك مناقضة

(1)- أنظر: ابن عابدين، مصدر سابق، ج5، ص37. الزيلعي، مصدر سابق، ج6، ص225. أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج2، ص349. ابن إدريس الشافعي، مصدر سابق، ج3، ص222. ابن حزم، مصدر سابق، ج8، ص241.

(2)- سورة البقرة، الآية: 190.

(3)- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص984.

(4)- علي الخفيف، مرجع سابق، ص74.

(5)- صبحي محمصاني، مرجع سابق، مج1، ص44-53.

(6)- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص982-985. علي حيدر، مرجع سابق، ج1، ص37-41.

لأمر الشريعة، فحق مساءلته ومتابعته.

وميزان التفرقة بين ما هو ضرر أو نفع يرجع إلى ما هو معروف عند الناس، حتى يحكم أن النفع نفع والضرر ضرر<sup>(1)</sup>.

يقول الإمام الشاطبي: «... فالمصالح والمفاسد الراجحة إلى الدين إنما تفهم على مقتضى ما غلب، فإذا كان الغالب جهة المصلحة، فهي المصلحة المفهومة عرفاً، وإذا غلبت الجهة الأخرى فهي المفسدة المفهومة عرفاً، فإذا رجحت المصلحة فمطلوب وإذا غلب جهة المفسدة فهروب منه ويقال مفسدة»<sup>(2)</sup>.

إلا أنه لا يجب الضمان في الفقه الإسلامي على المتعسف في استعمال حقه، متى توفرت المعايير والأسس السابق ذكرها، إلا إذا تحققت شروط التضمنين، من أن يكون الضرر مالياً، حادثاً بالفعل<sup>(3)</sup>.

وكما اختلفت أنظار فقهاء الإسلام بشأن متابعة ومساءلة ومطالبة المتعسف في استعمال حقه بالتعويض، كان الأمر كذلك عند فقهاء القانون؛ إذ لم تسلم النظرية من خصوم ناهضوها وبينوا لها العداء<sup>(4)</sup>، وما نقدهم هذا إلا ذو طابع شكلي، كما يقول الأستاذ السنهوري، إذ ينصب على التسمية لا على الحكم، إذ يصح أن يكون العمل الواحد متفقاً مع حدود الحق، ويكون في الوقت ذاته مخالفاً للقانون<sup>(5)</sup>.

وها هو القانون الإنجليزي - الأمريكي - المتأثر بالنظرية الفردية التي تأثرت بها الثورة الفرنسية، نادى بالحق المطلق، ويصرح أن لا تبعية عن الأضرار الناتجة عن استعمال الحق<sup>(6)</sup>، فشابه بذلك الحنفية

(1) - أحمد مواني، مرجع سابق، ج 1، ص 535.

(2) - أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، مصدر سابق، ج 2، ص 26.

(3) - علي الخفيف، مرجع سابق، ص 77. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 57-62.

(4) - منهم الفقيه الفرنسي بلانيول الذي يقول: «إني إذا استعملت حقاً لي فعلي يكون مشروعاً، وإذا كان عملي غير مشروع فذاك لأني تجاوزت حقي وعملت دون حق»، وهو لا ينكر قيام المسؤولية داخل حدود الحق، ولكنه يعتبر التعسف خروجاً عن حدوده، وليس تعسفاً في استعماله وهو الذي يقول: «لأن الحق ينتهي عندما يبدأ التعسف، ولا يمكن أن يوجد تعسف في حق ما...».

انظر: السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 838-839. زهدي يكن، مرجع سابق، ص 151. فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص 315. صبري السعدي، مرجع سابق، ج 2، ص 52-53.

(5) - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 838-839.

(6) - صبحي الحمصاني، مرجع سابق، مج 1، ص 40-41.

والشافية وأهل الظاهر، فيما ذهبوا إليه، بينما ذهب إلى نسبية الحقوق باعتبارها مبنية على مقاصد معينة، فيقيد بعضها البعض، ومنها نشأت نظرية سوء استعمال الحق بنظريتها المادية والمعنوية.

ومعظم القوانين الحديثة الأوروبية التي اعتنقت النظرية المعنوية لسوء استعمال الحقوق المبنية على القصد وعلى نسبية الحقوق من هذه الجهة، فشاحت بذلك المالكية والحنابلة فيما نحو إليه<sup>(1)</sup>.

ولم ينص التقنين الجزائري - كما سبقت الإشارة إليه - في ظل القانون المدني قبل التعديل<sup>(2)</sup>، إلى أن استعمال الحق يكون غير مشروع، ومن ثم يترتب عليه الجزاء المعروف في ارتكاب الأفعال غير المشروعة، ويلزم صاحبها بالتعويض<sup>(3)</sup>، في حين أن التعديل الجديد للقانون المدني<sup>(4)</sup>، نص صراحة على أن التعسفي استعمال الحق بعد خطأ، ورتبه ضمن فصل الفعل المستحق للتعويض.

والفقه الإسلامي بنظرياته وقواعده الفقهية تطرق إلى أغلب الحلول المعالجة لما يصاحب تعاملات الأشخاص من تصرفات قد تنتج أضرار تلحق ببعضهم، فغطي بشموليته الزمان والمكان.

### البند الثاني: فعل التعسف في الفرقة الزوجية

يوصف الطلاق في أحد صورته بأنه تعسفي، فهل حقيقة التعسف المنعوت بها؛ هي تلك الصورة نفسها للتعسف التي قال بها الفقه الإسلامي والقانون المدني بذات المعايير و ذات الجزاء؟.

### أولاً: مفهوم الطلاق التعسفي

التعسف في استعمال الحقوق لا يقتصر على روابط القانون الخاص المتصل بالأموال بل يمتد إلى روابط أخرى تشمل كافة فروع القانون، كون التعسف نظرية لها من العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون، دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع.

فهي تسري في شأن الحقوق العينية سرياتها في شأن الحقوق الشخصية، وهي لا تقف عند حدود القانون الخاص، بل تجاوزه إلى القانون العام.

فنظرية التعسف في استعمال الحق تهيمن على الروابط المالية، كما تخضع لها روابط الأحوال

(1) - صبحي الحمصاني، المرجع نفسه، ص 53. وسيلة شريط، مرجع سابق، ص 158.

(2) - المادة 41 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدنى المعدل والمتمم.

(3) - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج 2، ص 60.

(4) - المادة 124 مكرر من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم، للأمر، رقم 75-58 المتضمن للقانون المدني.

الشخصية<sup>(1)</sup>، ومنها الفرقة بين الأزواج، سواء من قبل الزواج أو من قبل الزوجة.

## 1- تعريف التعسف في الفرقة:

إن تعريف التعسف كشق منفصل وهو «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرع بحسب الأصل»<sup>(2)</sup>، يمكن إسقاطه على الشق الثاني وهو الفرقة، فالطلاق حق الرجل يوقعه بتمام، إرادته المنفردة وهو تصرف مأذون فيه شرعا، يخرج إلى دائرة التعسف إن ناقض قصد الشارع من الطلاق، وهو دفع الضرر برفعه عن الزوجين.

وعلى هذا فالطلاق التعسفي هو كل طلاق يكون إيقاعه مخالفا لقصد الشارع من إيقاعه، وهو بهذا أوجه مختلفة يظهر منها جميعا التعسف عند إعمال الطلاق بها.

## 2- أنواع الطلاق التعسفي: هي أنواع كثيرة تطرق إلى التفصيل فيها الفقه الإسلامي من تلك

الأنواع:

- الطلاق في مرض الموت<sup>(3)</sup>: وهو ما اصطلح عليه الفقهاء بطلاق الفرار.

وهو إذا ما طلق الزوج زوجته طلاقا بائنا في مرض موته، أو ما في حكمه كإشراف سفينة على الغرق، وسمي طلاق الفرار أو الفرار، لفرار الزوج من إرث زوجته<sup>(4)</sup>.

وطلاق المريض نافذ صحيح اتفاقا<sup>(5)</sup>، ووجه التعسف فيه أن الطلاق لم يشرع للزوج ليتخذه وسيلة إلى الإضرار بالزوجة، وحرمانها من حقها في الإرث، فإذا كان الباعث على الطلاق هو حرمان زوجته من ميراثها، عومل بنقيض قصده، محافظة على حقها، ودفعاً للظلم والهضم عنها، ومرض الموت

<sup>(1)</sup> - نزيه نعيم شلالة، دعاوى التعسف وإساءة استعمال الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2006، ص127.

<sup>(2)</sup> - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص84.

<sup>(3)</sup> - المريض مرض الموت: هو كل من غالب حاله الهلاك بمرض أو غيره له حكم مرض الموت، وهو المرض الذي يعجز الرجل عن ممارسة أعماله، المعتادة خارج البيت، ويعجز المرأة عن أعمالها المعتادة داخل البيت، ويتصل به الموت دون أن يستمر سنة كاملة على حال واحدة من غير ازدياد واصطلاح المريض، إذا أطلقه الفقهاء عنوا به من هو في مرض الموت.

انظر: مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص803-804. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط2، 1985، ج7، ص452.

<sup>(4)</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص452-531.

<sup>(5)</sup> - ابن جزري، مصدر سابق، ص222.

هو مظنة هذا القصد، وقرينة عليه<sup>(1)</sup>، وما أقدم عليه الزوج بهذه الصفة عدوان لا يرضاه الله وتآباه المرأة<sup>(2)</sup>، وكما يكون الطلاق بهذه الوضعية من قبل الزوج، يكون أيضا من قبل الزوجة، فقد تعمد الزوجة إلى الخلع من زوجها في مرض موتها لفرارها من إرث زوجها، ولا خلاف في وقوع الخلع من قبل الزوجة المريضة مرض الموت، فهو كخلع الزوجة الصحيحة<sup>(3)</sup>، وعملت هي الأخرى بنقيض قصدها لأن شرعنا قائم على عدم الإضرار.

- الطلاق في الحيض: وهو طلاق بدعي، سمي كذلك لمخالفته طلاق السنة. والطلاق في الحيض هو أحد قسمي الطلاق البدعي، جاء في فتح القدير «وطلاق البدعة ما خالف قسمي السنة»<sup>(4)</sup>، فيكون بذلك الطلاق البدعي قسمين كذلك، وهما ما خالف السنة من جهة الوقت ومن جهة العدد.

ويلحق بالطلاق في الحيض، ما أوقعه الزوج في حاله طهر جامعها فيه، والطلاق بهذه الصفة يقع وذلك بأن يطلقها حائضا أو في ظهر أصابها فيه، وهو إثم ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم<sup>(5)</sup>.

وما كان قصد الزوج في تطليقه زوجته على هذا الوجه، إلا تطويلا لعدتها وإضرارها بها، وهو وجه التعسف بلا خلاف.

- طلاق الثلاث بلفظ واحد: وهو الآخر طلاق بدعي كونه خالف السنة من جهة العدد، وجمهور الفقهاء على تأكيد وقوعه وبينونة الزوجة به، ولا تحل حتى تنكح زوجا غيره، وتنتهي عدتها منه بالموت أو الطلاق<sup>(6)</sup>.

والفقه المعاصر يذهب إلى اعتباره طلقة واحدة، تيسيرا على الناس وصونا للرابطة الزوجية ومراعاة لمصلحة الأولاد<sup>(7)</sup>.

(1)- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص161.

(2)- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ط6، 1984، ص100.

(3)- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص88.

(4)- ابن الهمام، مصدر سابق، ج3، ص24.

(5)- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص99، 230.

(6)- الكاساني، مصدر سابق، ج3، ص96. الدسوقي، حاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص364. الماوردي، مصدر سابق،

ج10، ص114-115. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص243.

(7)- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص413.

وتعسف الزوج في هذه الصورة جلي؛ كونه أهمل حكمة التشريع من جعل الطلاق ثلاث طلقات متفرقات، ألا وهي تدارك المفرط واعتباره، وبفعله ذلك يكون قد ناقض قصد الشارع<sup>(1)</sup>.

- طلاق السكران والهازل: عامة الفقهاء يفرقون بين سكران بطريق محظور وسكران بطريق غير محظور، فمن سكر بطريق غير محظور<sup>(2)</sup>، وطلق امرأته، لم يقع طلاقه باتفاق الفقهاء<sup>(3)</sup>، وإن سكر بطريق محظور، بأن تناول المسكر مع علمه به، وطلق امرأته، اختلف في هذا الأمر الفقهاء، ذهب جمهورهم من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة وغيرهم بصحة طلاق من سكر بطريق محظور<sup>(4)</sup>، وذهب الظاهرية إلى أن طلاقه غير لازم<sup>(5)</sup>.

وفيما يخص طلاق الهازل وهو من تلفظ بالطلاق ولا يريد حكمه، اختلف الفقهاء بشأن وقوعه من عدم ذلك، إلا أن جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة ذهبوا إلى لزوم وقوعه<sup>(6)</sup>.

وفعل التعسف من فعل السكران والهازل يتجلى في استخفاف الزوج بقداسة عقد الزاج ومقصد الشارع منه.

وعدّت هذه الأوجه تعسفا في استعمال حق الطلاق؛ لأنّ التعسف ظاهر بما من حيث (الباعث) غير المشروع، كالتقصّد السيء، ونية الإضرار، وهو ما يوافق (المعيار الشخصي) في فعل التعسف، كما أن التعسف ظاهر بما من حيث (النتيجة) المترتبة عن استعمال الحق، وهو ما يوافق (المعيار الموضوعي).

(1)- الدهلوي، حجة الله البالغة، دار التراث، القاهرة، (دط)، 1978، ج2، ص253.

(2)- والمسكر غير المحظور كمن شرب شرابا فأسكره أو تناول دواء فغيب عقله، أو تناول مسكر ولم يعلم أنه مسكر فأسكره.

(3)- ابن الهمام، مصدر سابق، ج3، ص40-489. الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه، مصدر سابق، ج2، ص365. النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، القاهرة، (دط)، (دت)، ج16، ص56. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص114. ج8، ص254.

(4)- الكاساني، مصدر سابق، ج3، ص100. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص365. ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص81-82. الخطيب الشربيني، مصدر سابق، ج3، ص279. الماوردي، المصدر سابق، ج10، ص236. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص254، ج7، ص114-115.

(5)- ابن حزم، مصدر سابق، ج10، ص208.

(6)- الكاساني، مصدر سابق، ج3، ص100. الخطاب، مصدر سابق، ج4، ص44. الشربيني، مصدر سابق، ج3، ص239. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص135.

ولم يأت المشرع الجزائري في التقنين الأسري، -قانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005-، على ذكر فعل التعسف في الطلاق، كما لم يأت على ذكر الأوجه السابقة، في الفرقة والتي تعد تعسفا<sup>(1)</sup>، إلا فيما تعلق بالحكم بالتعويض الناشئ عن تعسف الزوج في الطلاق، وترك مهمة كشف هذا التعسف على عاتق القاضي، إذ يخضع لسلطته التقديرية، بنص المادة 52 «قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة».

ويلحظ أن المشرع الجزائري لهذا، قد ألحق بفعل التعسف جزاء، وهو التعويض، وهو بذلك إقرار منه على أن هذا الفعل يستحق تعويضا، خلافا لما ذهب إليه بعض الفقهاء المسلمين في أصل نظرية التعسف، إلى أنه حق لا يجوز تحميل صاحبه تبعه التعويض.

ذهب إلى هذا أو حنيفة على -ما قرر سابقا- وعلى ما ذهب إليه جانب من الفقه القانوني ممن ادعوا أن الطلاق من الحقوق المطلقة الموضوعية بيد الرجل.

ومسيرة لما نهي إليه جمهور الفقهاء المسلمين -سواء من تبنا النظرية المادية أو المعنوية- إلى جواز التعويض، جراء التعسف في استعمال الحق -من مالكية ومتأخري الحنفية والحنابلة على ما ذكر سابقا-، وما نحت إليه جل التشريعات القانونية.

### ثانيا: جزاء الطلاق التعسفي

تبقى مسألة التعويض عن فعل التعسف شائكة المآخذ، لأنه لا يحكم بأن فعلا ما قد تعسف صاحبه في إتيانه إلا بالنظر إلى ما هو متعارف عليه في ذاك الزمان وذاك المكان، لذا ترك ذلك في التشريع الجزائري إلى سلطة القاضي التقديرية لتبيين تحقق أو عدم تحقق التعسف.

كما يبقى فعل التعسف في فرقة الأزواج والتعويض عنه محل أخذ ورد في الفقه الإسلامي الحديث، إذ لا يكتفي بتوافر معايير وأسس التعسف في الفعل حتى يترتب عنه التعويض، وإنما يشترط

(1)-وقد ذكر المشرع الجزائري المريض مرض الموت في المادة 408 قانون 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني معدل ومتمم، عند حديثه عن البيع في مرض الموت، إذ غير القانون من بعض أحكام من يصاب به حماية للغير من تصرفاته، وعرفته المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية في قرار رقم 33719 المؤرخ في 9 جويلية 1984 (غير منشور)، نقلا عن: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (دط)، 1999، ص242. «مرض الموت الذي يبطل التصرف في المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ويجب على الطاعن إثبات ذلك وقت التصرف».

لهذا الأخير تحقق شروطه من أن يكون ضررا ماليا وحادثا بالفعل<sup>(1)</sup>.

ويرى الأستاذ عبد الكريم زيدان بأن الطلاق جائز، والجواز الشرعي ينافي الضمان... وإن كانت هناك مسؤولية على الزوج في إساءة استعماله حق الطلاق، فهي مسؤولية دينية لا تدخل تحت سلطان القضاء، كما أن جواز هذا الأمر -تعويض المطلقة على وجه التعسف-، يستلزم تبيين الأسباب التي دعت إليه -لينظر فيها القاضي وهذا ليس في مصلحة الزوج قطعاً، ولا من مصلحة أهلها ومن له صلة بما... ومصلحة الستر أولى من مصلحة السعي لكسب التعويض المادي<sup>(2)</sup>.

ولأحب عندي هنا من أقف على رأي الأستاذ فتحي الدريني، في تحليله لقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"؛ إذ قال: «ولكنهم استدلوا بما في غير هذا الموضوع، وهذا تجهل منهم لموضوعها؛ إذ يعارض هذه القاعدة في حكمها نظرية التعسف، حيث تحكم بالتعويض، فكان التوفيق بينهما، إن نظرية التعسف تحكم العوارض الطارئة على ممارسة الحق، بفعل من المكلف، وتسببه في إحداث الأضرار بالغير، وأما قاعدة «الجواز الشرعي ينافي الضمان»، فمجال تطبيقها في غير مجال التعسف، جمعا بين الدليلين، وعملا بحقائق التشريع دون إهمال لأي منهما، كيلا يختل ميزان العدالة... ويمكن تطبيق هذه القاعدة في مجال التعسف، ولكن بإضافة (قيد) على نصّها «الجواز المقيد ينافي الضمان»<sup>(3)</sup>.

والتعويض من الطلاق التعسفي في جانب التشريع والفقهاء الأسري الجزائري يرتكز إلى توافر شروط<sup>(4)</sup>:

- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين؛ لأنه لا طلاق لعدم قيامها<sup>(5)</sup>.

- أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة؛ لأنه لا تعويض من طرفه إن كانت الفرقة من قبل الزوجة أو بسبب منها<sup>(6)</sup>.

(1)- علي الخفيف، مرجع سابق، ص77. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص57-62.

(2)- عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج7، ص358-359.

(3)- فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، مرجع سابق، مج2، ص744.

(4)- باديس ديايي، مرجع سابق، ص8.

(5)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 41560 المؤرخ في 07-04-1986 المجلة القضائية، 1989، ع2، ص69. «من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة.. وكذلك التعويض».

(6)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 853017 المؤرخ في 27-03-1989، المجلة القضائية، 1991، ع1، ص56.

- أن يكون الزوج متعسفا في طلبه الرامي لإيقاع الطلاق، ويتحقق ذلك بأن لا يستطيع المطلق تبرير طلبه الرامي للطلاق، ويبقى تقدير التعسف خاضع لسلطة القاضي التقديرية<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: استيفاء التعويض وتطبيقه في دعاوى الفرقة

التعويض المقرر شرعا وقانونا لجبر الأضرار ليس منحة معطاة إلى جانب الضرر، إنما تحققه يتطلب سلوك طريق رسمه الفقهاء الإسلامي والقانوني؛ وهو دعوى استيفاء التعويض، وهذا ما أتعرض له في الفرع الأول بالتحليل عن كيفية استعمال هذه الدعوى. أما الفرع الثاني فأفصل فيه التعويض الذي يصاحب دعاوى الفرقة، وحكمه في الشرع والقانون وفقهيهما.

#### الفرع الأول: التعويض ودعوى استيفائه

التعويض كمصطلح قانوني قابله الضمان في اصطلاح الفقه الإسلامي؛ وهو كيان مستقل تعددت أشكاله لجبر الضرر، بين عيني ومثلي وقيمي، على اختلاف بين الفقهاء، فيما يقدم للعمل به، هذا ما بحثته في البند أول.

ثم انتقلت بعدها إلى بحث كيفية استيفاء التعويض، والتي تحتاج إلى قيام دعوى على مستوى الفقهاء. بكل ما تعنيه كلمة دعوى بأصولها من طرفي الدعوى، ومتطلباتها، وهذا ما بحثته في بند ثاني.

وموقع التعويض المقرر في مسائل الفرقة الزوجية من هذا الأصل العام.

#### البند الأول: التعويض وشكله

عرض الفقه الإسلامي لتعريف التعويض، وإن اصطلاح عليه بالضمان، في حين لم يعرض الفقه القانوني إلى هذا الأمر واستخلص من أحكامه.

<sup>(1)</sup> - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 39731 المؤرخ في 27-01-1986، المجلة القضائية، 1993، ع4، ص61. «من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بما من طلاق غير مبرر...».

كما قررت المحكمة العليا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، في العديد من قراراتها، منها: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 216865 المؤرخ في 16-03-1989. المجلة القضائية، 2001. عدد خاص، ص256.

والتعويض ليس بالشكل الواحد بل هو أنواع على مستوى الفقهاء، ذلك على ما سيفصل في هذا البند.

### أولاً: تعريف التعويض<sup>(1)</sup>

جرى على لسان الفقهاء عند الحديث عن جبر الضرر مصطلح الضمان أو التضمين، يقول الأستاذ وهبة الزحيلي: «ويعبر عنه بالتضمين وهو إيجاب الضمان أو التعويض»<sup>(2)</sup>.

وغالبية الفقهاء يستعملون كلمتي الضمان والكفالة، ويريدون بهذه الأخيرة الأولى في المعنى، ويراد بهما ضمان المال وضمان النفس، وذلك عند الالتزام بعقد الكفالة أو الضمان<sup>(3)</sup>.

ويرى أحمد سراج بأن الكفالة هي أحد معاني اصطلاح الضمان<sup>(4)</sup>، وقد وردت بهذا المعنى، عنواناً لمبحث الكفالة في كتب الفقه المالكي والشافعي والحنبلي، بينما تناول الفقه الحنفي أحكام الكفالة، تحت عناونها الخاص بها، وإن صادف استعمالهم لعنوان الضمان في بعض الحالات لتناول أحكام الكفالة تحته<sup>(5)</sup>.

وعلى هذا المعنى، عرف المالكية الضمان بأنه «شغل ذمة أخرى بالحق»<sup>(6)</sup>، وهو عند الشافعية «ضم ذمة إلى أخرى»<sup>(7)</sup>، وعند الحنابلة «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»<sup>(8)</sup>.

ويلحظ من هذا أن الفقهاء عند تعريفهم للضمان ضمنوه عنصرين أساسيين هما: شغل الذمة والالتزام بالحق، وأرادوا به الكفالة لا الضمان بمعنى التعويض، بينما تعريف الضمان بمعنى التعويض المراد دراسته، فقد جاء الفقهاء المتأخرون على ذكره.

(1) - التعويض لغة هو العوض، بمعنى البديل والخلف والجمع أعواض، وعاضه بكذا عوضاً: أعطاه إياه بدل ما ذهب منه، فهو عاض وعاض منه: أخذ العوض، واعتاض فلاناً: سأله العوض مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، إصدار مجمع اللغة العربية، القاهرة، ط2، 1972، ص637. ابن منظور، مصدر سابق، مادة: (عوض)، مج7، ص192.

(2) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص76.

(3) - علي الخفيف، مرجع سابق، 8، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص15.

(4) - أحمد سراج، مرجع سابق، ص57-59.

(5) - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدى، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 1990، ج3، ص95.

(6) - الدسوقي، مصدر سابق، ج3، ص330. الدردير، الشجر الكبير، مصدر سابق، ج3، ص329.

(7) - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، (دط)، (دت)، ج1، ص399.

(8) - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج4، ص534.

يقول الغزالي<sup>(1)</sup>: «هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة»<sup>(2)</sup>.

وعرفه الشوكاني<sup>(3)</sup>: «عبارة عن غرامة التالف»<sup>(4)</sup>.

ويلحظ أن تعريف الغزالي يتعلق بأداء ما وجب في ذمة الشخص نتيجة الاعتداء على الأموال، في حين تعريف الشوكاني يتعلق بأداء ما وجب في ذمة الشخص نتيجة اعتدائه على الأموال أو على الأبدان<sup>(5)</sup>.

كما عرفه الشيخ علي الخفيف بقوله «إن الضمان بمعناه الأهم في لسان الفقهاء هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل والمراد ثبوته، فيها مطلوباً أداءه شرعاً عند تحقق شرط أدائه»<sup>(6)</sup>. وتعريف الشيخ هنا شابه ما قال به الغزالي والشوكاني، إلا أنه لم يرم إلى أداء هذا وجب في الذمة لسبب من الأسباب<sup>(7)</sup>.

وتتالت التعريفات الحديثة للضمان في ذات سياق تعاريف الفقهاء المتأخرين، فتناوله الأستاذ الزرقا بقوله: «بتعويض مالي عن ضرر للغير»<sup>(8)</sup>.

ويصوب في نفس المعنى تعريف الأستاذ وهبة الزحيلي، إذ الضمان عنده هو «التزام بتعويض الغير

---

(1) - أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الملقب بحجة الإسلام، فقيه شافعي أصولي، برع في فنون علمية كثيرة، كالفلسفة والمنطق والجدل والخلافات، توفي سنة 505هـ، له آثار علمية قيمة منها: إحياء علوم الدين، الوجيز في الفقه، المستصفي في الأصول، شفاء الغليل. (انظر: ابن العماد، مصدر سابق، ج4، ص10. ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، دار صادر، بيروت، (دط)، 1977، ج4، ص216. عبد الرحيم الأسنوي، طبقات الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1987، ج2، ص111 وما بعدها).

(2) - أبو حامد الغزالي، الوجيز، مصدر سابق، ج1، ص208.

(3) - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ولد بحجرة شكان من بلاد خولان باليمن سنة 1173هـ، عالم في التفسير والحديث والفقه والأصول، ينتسب إلى الزيدية، وإن كان لا يتقيد بمذهب، نشأ بصنعاء وولي قضاءها ومات حاكماً بها سنة 1250هـ، له مصنفات كثيرة منها: فتح القدير في التفسير، نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار، إرشاد الفحول في الأصول. (انظر: الزركلي، مرجع سابق، ج6، ص298).

(4) - الشوكاني، نيل الأوطار، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، (دط)، (دت)، ج5، ص299.

(5) - أحمد سراج، مرجع سابق، ص59.

(6) - علي الخفيف، مرجع سابق، ص8.

(7) - أحمد سراج، مرجع سابق، ص58-59.

(8) - مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص1032.

عما لحقه عن تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي، الحادث بالنفس الإنسانية»<sup>(1)</sup>، وذلك في إطار حديثه عن المسؤوليتين المدنية والجنائية.

فيلاحظ عن تعريف الأستاذين الزرقا والزحيلي؛ أنهما ركزا على السبب الموجب للتعويض ألا وهو الضرر، فيرمي تعريفهما إلى إيجاب التعويض في ذمة الضمان رفعا لسبب إيجابه وهو الضرر.

ويلحظ أن تعريف الضمان في الفقه الإسلامي يأخذ في الدقة كلما ضبط القصد من الضمان نفسه، هذا وأراني أنحو إلى تعريف الأستاذين الزرقا والزحيلي، كونه أبلغ في التركيز على سبب التعويض؛ إذ هذا الأخير هو التزام بتعويض مال تعلق بذمة شخص نتيجة ضرر ألحقه بالغير.

وأحب أن أذكر في هذا المقام ما ذكره الأستاذ أحمد سراج، عند تعريفه للضمان كونه أراه شاملا لحقيقته؛ إذ يتضمن محل الواجب بالضمان وهو الذمة، وسبب الضمان وهو التعدي والذي يشترط فيه أن ينشأ عنه ضرر وأن تقوم بين هذا الأخير والتعدي علاقة سببية، فيقول في هذا:

«الضمان هو شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أدائه جبرا لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره، سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك حرمه الشارع ذاتا أو مآلا»<sup>(2)</sup>.

بينما فقهاء القانون لم يتعرضوا لتعريف التعويض خلافا لما قام به فقهاء الفقه الإسلامي على نحو ما ذكر سابقا، إذا اكتفوا بإظهار طرقة وتقديره، قد يرجع أمرهم هذا كون معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة إيضاح<sup>(3)</sup>.

إذ التعويض عندهم هو الحكم الذي يترتب على تحقيق المسؤولية وهو جزاءها ويسبق ذلك دعوى المسؤولية<sup>(4)</sup>، ذلك الحكم يجبر به الضرر الذي لحق بالمصاب<sup>(5)</sup>.

(1) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 15.

(2) - أحمد سراج، مرجع سابق، ص 58-59.

(3) - محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 35.

(4) - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 916.

(5) - محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص 218.

والأمر ذاته عند المشرع الجزائري؛ إذ لم يأت بتعريف للتعويض، وما ذكر في المادة 124<sup>(1)</sup> ما هو إلا ذكر للأسباب الملحثة للتعويض، وهي أركان المسؤولية التقصيرية - الخطأ - الضرر - العلاقة السببية. وتطرق في المادة 132 مدني جزائري إلى طرق التعويض، وفي المادة 131 مدني جزائري أيضا إلى تقرير القاضي للتعويض، ومتى تسقط دعوى التعويض في المادة 133 من القانون نفسه<sup>(2)</sup>، وسيأتي الكلام عن هذا في مباحث لاحقة.

### ثانيا: شكل التعويض

إن الواجب في الضمان هو التعويض الذي يجبر الضرر الحاصل بالغير، هذا التعويض يأخذ أشكالا متفق عليها في العموم، على المستوى الفقهي والقانوني وهي:

**1- رد عين الشيء:** وهو ما يصطلح عليه في الفقه القانوني بالتنفيذ العيني، إن الأصل العام المقرر في الفقه الإسلامي هو رد الحقوق بأعيانها عند الإمكان<sup>(3)</sup>، وذلك امتثالا لنصوص القرآن والسنة وإجماع الفقهاء.

فمن القرآن الكريم، قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾<sup>(4)</sup>.

ومن السنة قوله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم»<sup>(5)</sup>. وقوله أيضا: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»<sup>(6)</sup>.

وفي حالة رد عين الشيء كاملة غير منقوصة، فلا نكون بصدد تعويض المضرور، لأن التعويض

<sup>(1)</sup> - من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1979 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>(2)</sup> - المواد 131، 132، 133 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المشار إليه سابقا.

<sup>(3)</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 91.

<sup>(4)</sup> - سورة النساء، الآية: 29.

<sup>(5)</sup> - سبق تخريجه، ص 41.

<sup>(6)</sup> - أخرجه الدار قطني، السنن، كتاب البيوع، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 2004، ج 3، ص 26. البيهقي، السنن الكبرى، باب من غضب لوجحا... ج 6، ص 100. الحاكم في مستدرکه، كتاب العلم، باب: خطبته ﷺ في حجة الوداع، وقال بأن البخاري ومسلم احتجا بأحاديث عكرمة وبني أويس، وأن سائر رواة هذا الحديث متفق عليهم، ج 1، ص 93.

يقصد به البدل، وهو هنا إعادة الحال إلى ما كانت عليه<sup>(1)</sup>.

أما إذا لزم عين الشيء نقص لحق بذاته أو بصفة من صفاته فحينها يكون إتمام الناقص بتعويض المتضرور عم نقصه<sup>(2)</sup>.

فتبرأ ذمة المسؤول في الحال الأول بخلاف الحال الثاني، إلى أن يتم التعويض بأن يجبر ما نقص<sup>(3)</sup>؛ لأن الأصل في الشريعة هو إزالة الضرر عملاً بالقاعدة الفقهية «الضرر يزال»<sup>(4)</sup>، يعرف الحال الأول بالأداء الكامل وهو الموجب الأصلي، ولا يعدل عنه إلى المثل أو القيمة؛ لأنه لا يصار إلى القضاء مع إمكان الأداء<sup>(5)</sup>، ودليلاً قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»<sup>(6)</sup>. وقوله ﷺ: «لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه لا عبا ولا جادا، وإن أخذ عصا صاحبه فليردها عليه»<sup>(7)</sup>.

وفي الحديثين دليل على وجوب رد العين لمالكها. ويعرف الحال الثاني بالأداء الناقص<sup>(8)</sup>، ويصار له عند تعذر الحال الأول.

وقد أجمع الفقهاء على مبدأ رد العين، يقول ابن رشد<sup>(9)</sup>: «الواجب على الغاصب إن كان المال قائماً عنده بعينه، لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه، وهذا لا خلاف فيه»<sup>(10)</sup>.

(1) - محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 231.

(2) - محمد فتح الله النشار، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 92.

(4) - السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص 83. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص 85. الحموي، غمز عيون البصائر، مصدر سابق، ص 274.

(5) - محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 231-232.

(6) - أخرجه ابن ماجه، السنن، كتاب الصدقات، باب: العارية، رقم: 2400، ج 2، ص 802. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب

العارية، باب: العارية مضمونة، ج 6، ص 90. ابن أبي شيبة، المصنف، كتاب البيوع والأقضية، باب: في العارية...، ج 6، ص 146

(7) - أخرجه أحمد، المسند، حديث يزيد بن السائب بن يزيد، ج 36، ص 371-373.

(8) - محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 235.

(9) - محمد بن أحمد أبو الوليد، يلقب بالحفيد، ليطمئز عن جده، ولد بقرطبة سنة 520هـ، فقيه مالكي، أصولي، طبيب، فيلسوف، توفي

بمراكش سنة 595هـ. من كتبه: تحافت التهافت، بداية المجتهد. (انظر: الذهبي، مصدر سابق، ج 21، ص 307).

(10) - ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج 2، ص 312.

ويقول السرخسي<sup>(1)</sup>: «واليد لصاحب المال في ماله مقصود، به يتوصل على التصرف والانتفاع ويحصل ثمرات الملك، فعلى المفوت بطريق العدوان نسخ فعله ليندفع به الضرر والخسران عن صاحبه، وأتم وجوهه رد العين إليه، ففيه إعادة العين إلى يده كما كان فهو الواجب الأصلي لا يصار إلى غيره إلا عند العجز عنه»<sup>(2)</sup>.

والعقل يقتضي ذلك والله أعلم.

ويذهب الفقه القانوني في هذا نفس المنحى إذ التنفيذ العيني هو الوفاء بالالتزام عينا<sup>(3)</sup>.

والتعويض العيني هو خير وسيلة لجبر الضرر، إلا أنه في أحيان كثيرة يتعذر كما في حال جبر الضرر الأدبي<sup>(4)</sup>، وهذا النوع من التعويض قليل الوقوع في نطاق المسؤولية التقصيرية خلافاً عنه في العقدية<sup>(5)</sup>، والقاضي غير ملزم بأن يحكم به، ولكن يتعين عليه أن يقضي به بشروط<sup>(6)</sup>.

- أن يكون ذلك ممكناً وطالب به الدائن أو تقدم به المدين، وإلا استحال إلى تعويض.

- أن لا يكون في التنفيذ به إرهاب للمدين، فإن حصل ذلك؛ بأن جاوز فيه الضرر ما لحق بالدائن، فإنه لا محل للإجبار بالتنفيذ العيني.

- أن يكون جسيماً تقتضيه الظروف، فللقاضي حينها أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كان عليه، أو يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع على سبيل التعويض والتنفيذ العيني في الفقه الإسلامي هو المعتمد أولاً قبل أي تنفيذ آخر بخلاف في الفقه القانوني يأتي في مرتبة لاحقة<sup>(7)</sup>.

(1) - محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي، من سرخس بخراسان، لقب بشمس الأئمة، كان إماماً وحجة في الفقه الحنفي، متكلماً، فقيهاً، أصولياً، مناظراً، وشيع عنه أنه أملى المبسوط من حفظه وهو مسجون في بئر، سكن فرغانة إلى أن توفي سنة 483هـ، له المبسوط السابق الذكر وشرح الجامع الكبير للإمام محمد وشرح السير الكبير للإمام محمد، وشرح مختصر الطحاوي. (انظر: أبو الوفاء القرشي، مصدر سابق، ج3، ص78، 80. الزركلي، مرجع سابق، ج5، ص315.

(2) - السرخسي، مصدر سابق، ج11، ص50.

(3) - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص966.

(4) - محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص219. منير قرمان، مرجع سابق، ص77.

(5) - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص966. زهدي يكن، مرجع سابق، ص132. منير قرمان، مرجع سابق، ص17.

(6) - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص967. زهدي يكن، مرجع سابق، ص133-134. منير قرمان، مرجع سابق،

ص33.

(7) - محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص220.

2- التعويض المثلي: إن كان الأصل العام في التعويض المقرر في الفقه الإسلامي هو رد عين الشيء عند الإمكان، هذا إن كان موجب التعويض هو الغضب، وكان المغضوب قائماً، أما إن كان الموجب هو الإتلاف، سواء تلف عند الغاصب أو بغير غصب، فإنه يلزم التعويض عما تلف<sup>(1)</sup>، وحينها ينظر إلى المال المتلف، هل هو من ذوات الأمثال أم من ذوات القيم؟<sup>(2)</sup>.

فإذا كان المال مثلياً وجب التعويض بالمثل باتفاق العلماء<sup>(3)</sup>، استناداً إلى قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعِدَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ﴾<sup>(4)</sup>، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾<sup>(5)</sup>.

وقوله ﷺ للسيدة عائشة: «طعام بطعام وإناء بإناء»<sup>(6)</sup>، وضمن العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والإجماع<sup>(7)</sup>؛ فالملاحظ أن الشرع قد أقام ضابطاً لتقدير التعويض وهو المثلية<sup>(8)</sup>، كون الواجب في الضمان الاقتراب عن الأصل بقدر الإمكان تعويضاً للضرر؛ لأن المقصود من الضمان هو جبر الضرر

<sup>(1)</sup> - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 91-92. محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 254. أحمد سراج، مرجع سابق، ص 526.

<sup>(2)</sup> - المال المثلي هو ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به، أو هو ما تماثلت آحاده أو أجزاءه؛ بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به، وهو ما حصره كيل أو وزن أو عدد، والأموال المثلية أربعة أنواع: المكيلات، وهي التي تباع بالكيل = كالمح والشمع والشعير والمرزونات؛ وهي التي تباع بالوزن؛ كالفاكهة والحلوى واللحم، والذريعات، وهي التي تباع بالذراع؛ كالأقمشة والأراضي، والعديدات المتقاربة؛ وهي التي لا تتفاوت أحادها إلا تفاوتاً بسيطاً؛ كالبيض والجوز والكؤوس.

والمال القيمي هو ما لا يوجد له مثل في الأسواق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة، أو هو ما تفاوتت أفرادها، فلا يقوم بعضها مقام بعض بلا فرق كالذوار والأراضي والأشجار والحيوان. انظر: ابن عابدين، مصدر سابق، ج 6، ص 185.

الزليعي، مصدر سابق، ج 5، ص 223. عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، (دط)، 1978، ج 6، ص 143. الخطيب الشربيني، مصدر سابق، ج 3، ص 281. السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص 277.

<sup>(3)</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 5، ص 240. ابن رشد، بداية المجتهد، مصدر سابق، ج 2، ص 312.

<sup>(4)</sup> - سورة البقرة، الآية: 194.

<sup>(5)</sup> - سورة الشورى، الآية: 40.

<sup>(6)</sup> - أخرجه الترمذي، السنن، كتاب الأحكام، باب: ما جاء فيمن يكسر له الشيء ما يُحكم له من مال الكاسر، ابن العربي المالكي، عارضة الأحوذ شرح صحيح الترمذي، دار العلم للجميع، سوريا، (دط)، (دت)، مج 3، ج 6، ص 113.

<sup>(7)</sup> - الزليعي، مصدر سابق، ج 5، ص 223.

<sup>(8)</sup> - أحمد سراج، مرجع سابق، ص 508.

وأعدل صورته له تتحقق في مثل الشيء المتلف، كونه يراعى فيه جنس التالف وماليته<sup>(1)</sup>.

هذا التعويض بالمثل لم يتطرق إليه الفقه القانوني، كونه يعتمد في أصل ترتيب التعويض على البديل بطريق النقد أو ما يعرف بالتعويض بالمقابل<sup>(2)</sup>.

إلا أن نصوص القانون المدني في نحو المادة 132 الفقرة الثانية منها<sup>(3)</sup>، والتي تنص على أنه: «يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الجابة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم، وذلك على سبيل التعويض بأداء إعانات تتصل بالفعل غير المشروع».

فالمادة تصرح بأن التعويض في الجانب القانوني يأخذ صورة النقد أولا، ثم يجوز للقاضي في صورته الثانية وهي الأمر بإعادة الحال إلى ما كان عليه، أي حال قبل الفعل غير المشروع؛ وذلك بناء على طلب من المضرور، وهذا ترخيص بالتعويض العيني، هذا الأخير الذي يأخذ شقين، رد عين الشيء، كما هو الحال في الفقه الإسلامي في شفه الأول من أشكال التعويض، أو إعادة الحال إلى ما كان عليه وهو يشابه الفقه الإسلامي في شقه الثاني من أشكال التعويض؛ إذ يقارب بهذا المفهوم التعويض بالمثل<sup>(4)</sup>؛ أي إعادة الحال إلى مثل الهيئة التي كان عليها.

وقد أعقبت التشريعات الوصفية هذا الوجه من التعويض بوجه آخر، ألا وهو إمكانية أن يحكم القاضي بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض، قد يكون هذا الأداء وهو تعويض غير نقدي في صورة نشر الحكم القاضي، بإدانة المدعى عليه في الصحف تعويضا عن الضرر الأدبي على سبيل التمثيل<sup>(5)</sup>.

وقد يكون هذا ما عناه المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 132 المذكورة سابقا، بقوله:

(1) - علي الخفيف، مرجع سابق، ص 45. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 93. والفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 720.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 966.

(3) - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم: 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975. المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(4) - محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 266.

(5) - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 967.

«أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع»، إلا أن عبارة «بعض الإعانات» أضفت غموضاً لا يمكن تفسيره، إلا بالوقوف على التطبيقات القضائية الواردة بشأنها.

**3- التعويض القيمي: القاعدة في الفقه الإسلامي أنه يجب ضمان المثل باتفاق العلماء، إذا كان المال مثلياً، وقيمته إذا كان قيمياً، فإن تعذر وجود المثل وجبت القيمة للضرورة<sup>(1)</sup>، ويلجأها عند تعذر الوفاء بالمثل صورة ومعنى، فيجب المثل المعنوي وهو القيمة، لأنها تقوم مقامه ويحصل بها مثله<sup>(2)</sup>.**

والقيمة تجب في حالات ثلاث<sup>(3)</sup>:

- 1- إذا كان الشيء غير مثلي.
- 2- إذا كان الشيء خليطاً مما هو مثلي بغير جنسه.
- 3- إذا كان الشيء مثلياً تعذر وجود مثله.

وعليه فالفقه الإسلامي يعتمد قاعدة عامة في التعويض، تقوم على رد العين أولاً، فإن تعذر ذلك، فقد وضع ضابطاً آخر وهو التعويض المثلي في المثليات والقيمي في القيميّات، كما تجب القيمة عند تعذر الرد المثلي.

في حين يذهب الفقه القانوني إلى اعتبار التعويض القيمي هو الأصل، وهو ما يصطلح عليه بالتنفيذ بمقابل عن طريق التعويض المالي<sup>(4)</sup>، وهو مبلغ من النقود تشغل به ذمة من أقدم على فعل الضرر، يدفع إلى من تضرر حتى يجبر ضرره، فيكون -المبلغ- بقدر الإمكان معادلاً له -الضرر-. وهذا النوع من التعويض هو الأكثر شيوعاً في التعامل القضائي، والأدق تكيفاً مع تنوع الأضرار، والأسهل تنفيذاً بعد القضاء به<sup>(5)</sup>.

وهذا التعويض -النقدي- هو الذي يغلب الحكم به في دعاوى المسؤولية التقصيرية، فكل ضرر

(1) -علي الخفيف، مرجع سابق، ص56. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص719.

(2) -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع نفسه، ج5، ص720.

(3) -أحمد سراج، مرجع سابق، ص526. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص721.

(4) -السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص967. زهدي يكن، مرجع سابق، ص132.

(5) -عاطف النقيب، مرجع سابق، ص384.

حتى الأدبي منه يمكن تقويمه بالنقد<sup>(1)</sup>، خلافا لما هو في المسؤولية التعاقدية، فالتنفيذ العيني هو الأصل في التعويض<sup>(2)</sup>.

والتعويض النقدي الأصل فيه أن يدفع مرة واحدة، إلا أنه ليس ما يمنع القاضي من الحكم، وتبعا للظروف بتعويض نقدي مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة<sup>(3)</sup>.

وينحو المشرع الجزائري منحى الفقه القانوني، باعتبار التعويض النقدي هو الأصل، ويظهر ذلك جليا في نص المادة 132 الفقرة 2 السالف ذكرها.

فالملاحظ أن الفقهاء الإسلامي والقانوني اختلفا في اعتبار الأصل الأول في التعويض، أو ما يجب أولا للتعويض عن الأضرار، بينما يرى الفقه الإسلامي أن رد الأعيان هو الأصل، فإن تعذر نحي إلى التعويض المثلي، فالقيمي، في حين يرى الفقه القانوني التعويض القيمي هو الأصل.

فيكون الفقه الإسلامي بتنوعه للتعويض في رد للعين من المثلي إلى القيمي أجدر للعمل به، كون رد العين يلغي الضرر من أصله، فإن تعذر حجب الضرر بالتعويض المثلي، كون المثل يشابه الأصل فتطمئن له النفوس، فإن تعذر يوجه إلى التعويض القيمي، وإنما جعل هذا آخره كونه يخضع للتقدير، وهذا الأخير يختلف من شخص لآخر، لذا قد يرضى به البعض دون الآخر، لذلك لم يجعل هو الأصل، وكونه يرمي إلى جبر الضرر لا محوه<sup>(4)</sup>.

والضرر الذي يصيب المضرور هو المسوغ الأساسي لرفع الدعوى، التي ترمي إلى تعويض الطرف المتضرر، كون فاعل الضرر غالبا ما يتهرب من تبعات فعله الضار، ما يضطر المضرور إلى رفع دعوى أمام الجهات المعنية، قصد استيفاء حقه عن طريق المطالبة به.

فالضرر هو سبب الدعوى والمصلحة هي أساسها، وحيث لا ضرر فلا مصلحة، وحيث لا مصلحة فلا أساس واقعي لرفع الدعوى.

### البند الثاني: دعوى استيفاء التعويض

(1) - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 967. منير قزمان، مرجع سابق، ص 32-33.

(2) - منير قزمان، المرجع نفسه، ص 32.

(3) - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 967.

(4) - محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص 152.

وحتى يُتعرف على كيفية استيفاء التعويض، يجب معرفة وسيلة الوصول إليه أولاً، وأطراف هذه الوسيلة، وما تتطلبه ثانياً.

### أولاً: تعريف الدعوى وأطرافها

لإدراك مدلول الدعوى وأطرافها يتعين التعريف بها، والدعوى لا يعقل قيامها من قبل شخص واحد فهي تتطلب أطرافاً.

#### 1- تعريف الدعوى<sup>(1)</sup>:

الدعوى في الاصطلاح الفقهي ذكر لها الفقهاء تعريفات كثيرة؛ إلا أنهم لم يختلفوا في تحديد طبيعة الدعوى، واعتبروها تصرفاً قولياً، له شروط خاصة بوجودها جميعها يعترف الشارع بقيامها وبآثارها<sup>(2)</sup>.

ومن تلك التعريفات أنها: مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته<sup>(3)</sup>، فهي بهذا تتضمن المطالبة بحق من الحقوق المشروعة التي أقرها الشرع، وأن تكون هذه المطالبة في مجلس قضاء، بأن يتولى القاضي إخلاص الحق لمن طالب به، وهذا الإخلاص لا يتم إلا بعد أن يثبت صاحب الحق حقه أمام القاضي.

وفي نفس هذا السياق: أي كون الدعوى طلب عرفها القرافي، بأنها «طلب معين أو ما في ذمة

(1)- الدعوى لغة يقصد بها انتساب إيجاب حق على غيره، وتأتي دعوة بفتح الدال ودعوة بكسرها، وتجمع دعاوى ودعاوى، وقد وردت

بعده معاني أهمها معنى الطلب والتمني، ومنه قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُ اللَّهَ الرَّحْمَنَ الرَّحِيمَ﴾ سورة يس، الآية: 57. وترد بمعنى الدعاء، قال تعالى: ﴿يَدْعُونَ رَبَّهُمْ بِالْغَدْوَةِ وَالْعَفْشِ يُرِيدُونَ وَجْهَهُ﴾ سورة الأنعام، الآية: 52 وسورة الكهف، الآية: 28]، وترد بمعنى الزعم، ومنه قوله تعالى: ﴿أَنْ دَعَا لِلرَّحْمَنِ وَلَدًا﴾ سورة مريم، الآية: 91.

انظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المطبعة الميرية ببولاق، مصر، ط3، 1302هـ، مج4، ص321-322. المعجم الوسيط، مصدر سابق، مادة (دعوة)، ج1، ص286.

(2)- محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوة في الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، الأردن، ط1، 1419هـ-1999م، ص78.

(3)- علي حيدر، مرجع سابق، ج2، ص329. البابرتي، شرح العناية على الهداية، دار الفكر، بيروت، ط2، (دت)، ج6، ص137.

معين أو ما يترتب عليه أحدهما، معتبرة شرعا لا تكذبها العادة»<sup>(1)</sup>، فقوله (معين) بمعنى أن يكون الحق المدعى معلوما، وقوله «ما في ذمة معين» إشارة إلى دعوى الذين وقوله «أو ما يترتب عليه أحدهما» إشارة إلى الحالة التي لا يكون المدعى به فيها حقا من الحقوق، ولكنه يترتب عليه طلب حق معين، وذلك كدعوى المرأة الطلاق... وقوله أن «لا تكذبها العادة»، كدعوى من تقادم حقه على حائزه، الذي مضى عليه وقت طويل يتصرف به على عين الآخر<sup>(2)</sup>.

ويلحظ من تعريف القرابي أنه لم يأت على ذكر كون الدعوى يجب أن تكون في مجلس القضاء ويحكم فيها قاضي.

وقريبا من هذا عرفها ابن قدامة<sup>(3)</sup>: «الدعوى في الشرع إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته»<sup>(4)</sup>.

وعرفت بأنها «أخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند الحاكم ليلزمه به»<sup>(5)</sup>، ولا يختلف هذا التعريف عن سابقه في المضمون؛ إذ فيه مطالبة بحق لذا تم الإخبار عنه في مجلس قضاء، والقاضي لا يقر حقا، إلا إذا كان مشروعا، قد أقره الشرع سابقا.

وهذا التعريف الأخير ينطوي على قيود ومضامين خفية منها<sup>(6)</sup>.

- كون الدعوى خبر، فهو يحتمل الصدق والكذب، حتى يؤيده صاحبه بوسيلة من وسائل الإثبات، فيترجع جانب الصدق فيه، فهو بهذا يرمي على جانب ذكر في التعريف السابق وهو إثبات الحق.

ومن القيود المتضمنة كذلك، تقييد الحق المطالب به في الدعوى بالشخص صاحب الحق نفسه،

<sup>(1)</sup> - القرابي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص72.

<sup>(2)</sup> - القرابي، المصدر نفسه، ج4، ص72. محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص80.

<sup>(3)</sup> - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي موفق الدين، ولد سنة 541هـ، من أهل الشام، علامة مجتهد، برع في الفقه والفرائض، عزوف عن الدنيا، توفي سنة 620هـ، من كتبه: المغني، والكافي، والمقنع، (انظر: ابن العماد، مصدر سابق، ج7، ص155. الزركلي، مرجع سابق، ج4، ص67).

<sup>(4)</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص271.

<sup>(5)</sup> - ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دط)، (دط)، ج10، ص285.

<sup>(6)</sup> - محمد الزحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، ط2، 1423هـ-2002م، ص294. وهبة الزحيلي،

الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج6، ص511.

وهو بهذا يميزها عن الإقرار، إذ فيه إخبار بالحق على النفس، هذا من جهة، ويميزها عن الشهادة إذ فيها إخبار بحق للغير من جهة أخرى.

-وتقييد الدعوى بأن تكون (على الغير) يظهر جانب الخصومة<sup>(1)</sup>، وإلا فلا تكون أمام دعوى. وعرفت بأنها «قول مقبول عند القاضي، يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه»<sup>(2)</sup>.

حمل هذا التعريف أيضا قيود تشبه سابقه، فقله «قول مقبول»؛ أي قول تتوفر فيه شروط الدعوى، من أن يكون مثبت من قبل قائله، وتحديد به بأن يكون «عند القاضي»؛ أي في مجلس قضاء لا غيره، وقوله: «طلب حق لنفسه قبل غيره»، يوضح أن مضمون الإدعاء هو المطالبة بالحق، وقوله «أو دفعه عن حق نفسه»، يوضح أنه قد يكون مضمون الإدعاء هو عدم التعرض للحق.

وعرفها الدكتور عبد الكريم زيدان بقوله: «القول الذي يصدر عن المدعى أمام القاضي لإخباره بأنه له حقا معيناً، في ذمة المدعى عليه، وأنه يطالبه به، ويريد من القاضي الحكم له به على المدعى عليه، هذا القول يسمى (الدعوى)»<sup>(3)</sup>.

فيكون هذا التعريف قد ملّم شتات التعاريف التي قال بها الفقهاء، وضمنها تعريفاً واحداً، يشمل أغلب ما قيد به تعريف الدعوى عندهم.

والدعوى مشروع العمل بما استناداً لفعله ﷺ<sup>(4)</sup>، فكثيراً ما كانت تعرض عليه الخصومات والنزاعات، فينظر فيها ويطلب الإثبات من المدعى واليمين من المدعى عليه، ويحكم بالحق لمن أدلى بحجته على الآخر، وفعله ﷺ سنة وتشريع للمسلمين، يجب الاقتداء والعمل به، فكانت الدعوى بذلك هي الوسيلة الأساسية لوصول الإنسان إلى حقه، متى حصل بشأنه إنكار وتجاهد واعتداء، والدعوى تصرف مباح؛ أي أنها ليست واجبا مفروضاً، وهذا ما يفهم من قول العلماء عند تعريفهم للمدعى بأنه:

(1)- تبدأ الخصومة بعد أن يلجأ الشخص إلى القضاء، وتستمر إلى حين صدور الحكم في موضوع المنازعة، وهي مجموعة من الإجراءات بدأ برفع الدعوى وتنتهي بصدر الحكم فيها. محمد نصر الدين كامل، الدعوى وإجراءاتها في القضاء العادي والإداري، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 1989، ص8-9.

(2)- ابن عابدين، مصدر سابق، ج5، ص541.

(3)- عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط3، 1421هـ-2000م، ص92.

(4)- أبو عبد الله محمد بن فرج المالكي القرطبي، أفضية رسول الله ﷺ، دار الوعي، حلب، ط2، 1982، ص83.

«من لا يجبر على الدعوى إذا ترك»<sup>(1)</sup>، فهو تصرف إرادي مرتبط بإرادة الشخص ذاته، وقد كلفه الشارع للعباد لحماية حقوقهم التي اعترف بها لهم<sup>(2)</sup>.

في المقابل لما عرفت به الدعوى في الفقه الإسلامي، وكيف كان الاتفاق في الجملة حولها، لاتفاقهم حول طبيعتها في الأصل، فالفقه القانوني اختلف فقهاء اختلفا بينا، لا يكاد المتصفح لها يقف على نقاط اتفاق في الجملة منها:

«الدعوى هي سلطة اللجوء إلى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو حمايته؛ أي أنها الوسيلة التي رسمها القانون لتقرير حق أو حمايته»<sup>(3)</sup>.

وعرفت بأنها «وسيلة قانونية للتقاضي بالإدعاء أمام المحاكم في مواجهة الخصوم لحسم المنازعات فيما بينهم بإصدار الأحكام»<sup>(4)</sup>.

فكون الدعوى تعنت بأنها سلطة يملكها الشخص، فهذا يعني أنها اعتبرت حق من الحقوق، حتى أن القدماء من فقهاء يرون أن الدعوى حق من الحقوق، هي ذلك الحق نفسه يتحرك إذا تعرض للعدوان<sup>(5)</sup>.

فهم بذلك يخلطون بين الدعوى والحق، هذه الثنائية التي أثير جدل حول العلاقة بين عنصريها<sup>(6)</sup>، إلا أن الرأي الراجح الذي ينادي به القضاء ينادي به الفقه الحديث، أن الحق شيء والدعوى شيء آخر مستقل عن الحق، فهي ليست ذات الحق الذي تحميه، وإنما هي كما وردت في التعاريف السابقة وسيلة حمايته، فلا يتصور وجود الدعوى دون حق تحميه، بعكس الحق، فإنه يتصور

(1) -السرخسي، مصدر سابق، ج7ص32. الكاساني، مصدر سابق، ج6، ص224. عبد الله بن سليمان بدا ماد أفندي، مجمع الأزهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث، بيروت، (دط)، (دت)، ج2، ص250. الزيلعي، مصدر سابق، ج4، ص291. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج3، ص271. بن إدريس البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص311.

(2) -محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص85.

(3) -أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، مصر، ط14، 1986، ص112. محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق، ص7.

(4) -أمينة مصطفى النمر، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، (دط)، (دت)، ص11.

(5) -انظر: محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص87.

(6) -محمد نعيم ياسين، المرجع نفسه، ص99 إلى ص105.

وجوده بغير دعوى تحميه<sup>(1)</sup>.

كما نعت الفقه القانوني الدعوى بالوسيلة، هذه الأخيرة يقرها المشرع<sup>(2)</sup>، أو يقرها<sup>(3)</sup>، وأن تكون أمام جهة معينة (القضاء) قصد إصدار أحكام بشأن المنازعات المعروضة، قد تكون هذه الأحكام تقرير حق أو حماية له.

وعرفت الدعوى أيضاً بأنها «حق الالتجاء إلى القضاء للحصول على حماية قانونية للحق المدعى به»<sup>(4)</sup>، فلم تعتبر وسيلة وفق هذا الرأي، وإنما خصت الخصومة بهذه الصفة «أما الخصومة فهي وسيلة، ذلك أنها مجموعة الأعمال الإجرائية التي يطرح بها هذا الإدعاء على القضاء، ويتم بها تحقيقه والفصل فيه»<sup>(5)</sup>.

وهناك من نحى في تعريفه منحى الفقه الإسلامي فقول: «الدعوى هي طلب أحد حقه من آخر في حضور الحاكم، ويقال للطالب المدعي وللمطلوب منه المدعى عليه، والمدعى به هو الشيء الذي ادعاه المدعي، ويجب أن يكون معلوماً ومختتم الثبوت»<sup>(6)</sup>.

فالدعوى هي طلب يتضمن إجراءات يقوم بها لك من تقدم للقضاء، والتي يجب توافرها في دعواه قصد حصوله على حق له، أو لمن يمثله، أو حماية لحقه.

والحق في التقاضي حق عام مقرر لكل شخص بشرط أن يستعملها في الحدود التي يجيزها القانون، كونها وسيلة من الوسائل التي يقرها القانون للأشخاص للحصول على الحماية القانونية، كونهم ممنوعين من حماية أنفسهم وأموالهم، بطرائقهم الخاصة لاستتباب الأمن والنظام في المجتمع<sup>(7)</sup>.

والشخص المتضرر غالباً ما ينتظر من فاعل الضرر أن يخبره، إلا أن هذا الأمر قد يستحيل

(1) - محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق، ص 7.

(2) - كأن يكون تقريره في شكل قاعدة قانونية.

(3) - كأن يقر المشرع طريقة تداولها الناس وتعارف عليها في الادعاء.

(4) - سيد حسن البغال، المطول في شرح الصيغ القانونية للدعوى والأوراق القضائية، عالم الكتب القاهرة، مصر، (دط)، 1987، مج 1، ص 110.

(5) - سيد حسن البغال، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(6) - أنس حسن الصغير المعروف بالخمرة، الدعوى من البداية إلى النهاية، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الأردن، ط 2، 1981، ص 11.

(7) - محمد نصر الدين كامل، مرجع سابق، ص 9. أمينة مصفى النمر، مرجع سابق، ص 12-13.

لمحاولة من أقدم على فعل الضرر التهرب من تعويض المتضرر، فما على هذا الأخير، إلا اتخاذ وسيلة وحيدة للمطالبة به، وهي تحريك دعوى التعويض أو المسؤولية، وحتى يتحقق له صدور حكم لصالحه من الجهات القضائية، عليه أن يثبت الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، حينما تتوافر أركان المسؤولية الموجبة للتعويض، وأول أثر عن تحقق المسؤولية هو الحق في رفع دعوى قصد استيفاء الحق<sup>(1)</sup>؛ إذ الهدف منها تزويد ذمة المضرور بمبلغ من المال تعويضاً له عن الأضرار التي حاقت به.<sup>(2)</sup>

فيظهر من هذا أن الدعوى تتطلب تواجد طرفين لقيامها.

## 2- أطراف الدعوى:

بما أن دعوى التعويض يحركها من تضرر، والضرر لا يأت من عدم، إلا بفاعل أقدم على إيجاده، فهي تتطلب طرفان هما المدعي والمدعى عليه، وقد وضع الفقه الإسلامي ضوابط ومعايير للتمييز بينهما.

### 1.2- المدعى: هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، وقال بهذا الحنفية وفي قول للشافعية

والحنابلة<sup>(3)</sup>.

قال الشوكاني: «إنه أسلم تعريف»<sup>(4)</sup>.

وهو عند المالكية «من تجردت دعواه عن أمر يصدق»<sup>(5)</sup>؛ أي من كان قوله على خلاف أصل

أو عرف<sup>(6)</sup>.

(1)- السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص915-916.

(2)- محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص141.

(3)- السرخسي، مصدر سابق، ج17، ص31. الكاساني، مصدر سابق، ج6، ص224. الزيلعي، مصدر سابق، ج4، ص291. ابن عابدين، مصدر سابق، ج5، ص542. حافظ الدين النسقي، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 1997، ج7، ص193. بدامار افندي، مفسر سابق، ج2، ص250. أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيق، معين الحكام على القضايا والأحكام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، (دط)، 1989، ص59. ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبات الكليات الأزهرية، مصر، (دط)، 1986، ج1، ص124. أبو حامد الغزالي، الوجيز، مصدر سابق، ج2، ص260. الخطيب الشربيني، مصدر سابق، ج4، ص464. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص272.

(4)- الشوكاني، نيل الأوطار، مصدر سابق، ج8، ص316.

(5)- أحمد الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 2005، ج6، ص124.

(6)- القرافي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص75.

وهو «من لم يترجح قوله بمعهود أو أصل»<sup>(1)</sup>، والمعهود هو العرف والعادة والغالب<sup>(2)</sup>، وهو عند الشافعية «المخبر بحق له على غيره»، وهو «من يلتمس خلاف الظاهر»<sup>(3)</sup>، وعند الحنابلة هو «من يضيف إلى نفسه استحقاق شيء على الآخر»<sup>(4)</sup>؛ أي من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه<sup>(5)</sup>.

وشخص المدعى في الفقه القانوني هو صاحب الحق الذي يرفع دعواه أمام القضاء طالبا تقرير حقه أو منع الاعتداء عليه في مواجهة الغير<sup>(6)</sup>.

وفي دعوى التعويض هو شخص المضرور المطالب بالتعويض<sup>(7)</sup>، أو نائبه أو خلفه<sup>(8)</sup>، ولا علاقة للخلف إن كان التعويض عن الضرر الأدبي أو المعنوي، إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق بين المضرور والمسؤول، أو طالب به المضرور فعلا أمام القضاء، غير أنه لا يجوز الحكم بالتعويض الأدبي، إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب<sup>(9)</sup>.

وشخص المدعى قد يكون طبيعيا أو اعتباريا<sup>(10)</sup>.

## 2.2- المدعى عليه: وهو في مقابل ما عرف به الفقه الإسلامي شخص المدعى: «من إذا

(1) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 123. ابن جزى، مصدر سابق، ص 288. أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الفكر، (دب)، (دط)، (دت)، ج 1، ص 28.

(2) - ابن جزى، مصدر سابق، ص 288. الخرشى، مصدر سابق، ج 7، ص 154.

(3) - أبو حامد الغزالي، الوجيز، مصدر سابق، ج 2، ص 260. الشريبي، مصدر سابق، ج 4، ص 464. العز بن عبد السلام، مصدر سابق، ج 2، ص 32. الشوكاني، مصدر سابق، ج 8، ص 346.

(4) - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 9، ص 272.

(5) - ابن إدريس الباهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج 4، ص 227.

(6) - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (دط)، 1985، ص 343.

(7) - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 916.

(8) - نائب المضرور يتولى الدعوى إذا كان المدعى قاصرا فينوب عنه وليه أو وصيه، وإذا كان محجورا ينوب عنه القيم، وإذا كان مفلسا ينوب عنه السنديك، وإذا كان وقفا هو ناظر الوقف، وإذا كان رشيدا هو الوكيل. وخلف المضرور هم الوارث، والدائن والمحال له.

(9) - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ج 2، ص 221.

انظر: المحكمة العليا، قرار رقم: 24770 المؤرخ في 14 أبريل 1982، نشرة قضائية، 1982، ص 153. الأمر رقم 75-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974 والقانون رقم 88-31 المؤرخ في 19 جويلية، 1986، والمتعلق بالتعويض عن حوادث المرور.

(10) - محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص 141. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 920-923. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج 2، ص 129. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ج 2، ص 222.

ترك الخصومة يجبر عليها»، هذا عند الحنفية وقول للشافعية والحنابلة<sup>(1)</sup>، وهو عند المالكية «من ترجح قوله بمعهود أو أصل»<sup>(2)</sup>؛ أي من كان قوله على وفق أصل أو عرف<sup>(3)</sup>.

وعند الشافعية هو «من يتمسك بالظاهر»<sup>(4)</sup>، وعند الحنابلة هو «من يضاف استحقاق شيء عليه»<sup>(5)</sup>، أي من يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه<sup>(6)</sup>.

فيلاحظ من تعريف الفقهاء للمدعي والمدعى عليه؛ أن تعريفاتهم قد اختلفت، وذلك لاعتبار نسق معايير ضوابط واعتبارها لتمييز كل طرف عن الآخر، في إطار الدعوى المرفوعة أمام الجهات القضائية، حتى يتسنى للقاضي الحكم بأن هذا مدعى وذاك مدعى عليه، ويمكن القول إماما لما سبق «المدعى هو من تقدم أمام الحاكم بطلب يلتمس خلاف الظاهر، يخبر فيه بحق له على غيره، يتعين عليه إثباته، والذي إذا ما تراجع عن دعواه لا يجبر عليها والمدعى عليه خلاف لك».

وشخص المدعى عليه في الفقه القانوني هو من ينكر الحق أو يعتدي عليه<sup>(7)</sup>.

وهو في دعوى التعويض المسؤول عن الفعل الضار أو نائبه أو خلفه<sup>(8)</sup>، والمدعى عليه شأنه شأن المدعي، قد يكون شخصا طبيعيا كما قد يكون اعتباريا<sup>(9)</sup>.

(1) - السرخسي، مصدر سابق، ج 17، ص 31. الكاساني، مصدر سابق، ج 6، ص 224. الزيلعي، مصدر سابق، ج 4، ص 291. ابن عابدين، مصدر سابق، ج 5، ص 542. حافظ الدين النسفي، مصدر سابق، ص 193. بدار افندي، مصدر سابق، ج 2، ص 250. أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيق، مصدر سابق، ص 59. ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 124. أبو حامد الغزالي، الوجيز، مصدر سابق، ج 2، ص 260. الخطيب الشربيني، مصدر سابق، ج 4، ص 464. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 9، ص 272.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 123. ابن جزوي، مصدر سابق، ص 288.

(3) - القرافي، الفرق، مصدر سابق، ج 4، ص 75.

(4) - الغزالي، الوجيز، مصدر سابق، ج 2، ص 260. الشربيني، مصدر سابق، ج 4، ص 464. العز بن عبد السلام، مصدر سابق، ج 2، ص 32. الشوكاني، مصدر سابق، ج 8، ص 316.

(5) - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 9، ص 272.

(6) - ابن إدريس الباهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 4، ص 227.

(7) - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 343.

(8) - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 923. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ج 2، ص 223.

(9) - محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص 145. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج 2، ص 132. العربي بلحاج، النظرية العامة

لالتزام، مرجع سابق، ج 2، ص 225.

وإذا توفر الطرفان في دعوى المسؤولية، فإنه حتى تنظر يجب أن يكون طرفاها أهلا للتقاضي؛ فقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في المدعي والمدعى عليه أن يكونا أهلا للقيام بالتصرفات الشرعية<sup>(1)</sup>، ومن ليس أهلا يحل محله ممثله الشرعي من ولي أو وصي، في رفع الدعوى أو الجواب عنها<sup>(2)</sup>، كون الدعوى تصرفا يترتب عليه نتائج وأحكام شرعية وكذلك الجواب عليها<sup>(3)</sup>.

وهذا ما ذهب إليه الفقه القانوني؛ إذ رتب في أحكامه ضرورة أن يكون طرفا الدعوى أهلا للتقاضي؛ أي أهلا للتصرفات التي تترتب عليها الحقوق التي ترفع بشأنها الدعوى<sup>(4)</sup>، والأهلية شرط لصحة إجراءات الدعوى<sup>(5)</sup>.

إضافة إلى شرط الأهلية اشترط الفقه الإسلامي الصفة المخولة للإدعاء والمخولة لتلقيه، وهو شرط صحة في كل دعاوى، أي أن يكون طرفا الدعوى ذا شأن وعلاقة وارتباط بالقضية التي أثرت حولها الدعوى<sup>(6)</sup>.

هذا ما لم يعقل عنه الفقه القانوني، إلا أنه ركز في شرط الصفة على شخص المدعي، سواء كانت دعواه طلبا أو دفعا؛ كونها -الدعوى- وسيلة للالتجاء إلى القضاء للمطالبة بالحماية القانونية، فاستعمال هذه الوسيلة يجب أن يكون ممن له سلطة هذا الالتجاء، فيجب توفر الصفة في شخصه<sup>(7)</sup>، ويكون ذا صفة في المطالبة إذا كان هو صاحب الحق المطالب به أو ممثله القانوني<sup>(8)</sup>.

وشرطها في المدعى عليه يختلف عنه عما عند المدعي؛ إذ عند الأخير تلتزم لقبول الدعوى، وهي عند المدعى عليه تلتزم للحكم في الدعوى لصالح المدعي، إذا كان هو المدعى عليه المنازع في الحق

(1) -حافظ الدين النسفي، مصدر سابق، ج7، ص191. ابن فرحون، التبصرة، مصدر سابق، ج1، ص133. الشريبي، مصدر

سابق، ج4، ص407-408. ابن إدريس الباهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج4، ص277.

(2) -محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص301.

(3) -محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص274.

(4) -محمد حسين، مرجع سابق، ص343.

(5) -أمينة مصطفى النمر، مرجع سابق، ص31.

(6) -محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص278. محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص301.

(7) -أمينة مصطفى النمر، مرجع سابق، ص86.

(8) -سيد حسن البغال، المطول، مرجع سابق، مج1، ص176.

المطالب به، أو المنكر له، أو إذا كان نائبا قانونيا عن هذا أو ذاك<sup>(1)</sup>.

وعليه فانتهاء الصفة عن شخص المدعى تجعل الدعوى غير مقبولة، وتكون مرفوضة إذا أقيمت على غير ذي صفة، ويلزم توافرها في جميع حالات الالتجاء إلى القضاء، وفي كل الإجراءات المتخذة<sup>(2)</sup>. كما اشترط الفقه القانوني شرطا آخر، وجعله أساسيا لصحة الدعوى، وهو المصلحة، وهذا الأخير يتعلق بشخص المدعى دون المدعى عليه، والمقصود بالمصلحة الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء، ولا تقبل الدعوى حيث لا مصلحة لذا يقال، بأنها مناط الدعوى، ويشترط فيها أن تكون مباشرة، مشروعة، وأن تكون مصلحة شخصية للمدعي، كما يشترط فيها أن تكون قائمة وحالة<sup>(3)</sup>.

والشروط التي نادى بها الفقهاء وخص بها طرفي الدعوى عامة في كل دعاوى، ومنها دعوى التعويض، وقد نص عليها - بشروط الدعوى - التشريع الجزائري بالمادة 13 الفقرة 1 قانون إجراءات مدنية وإدارية<sup>(4)</sup>، إلا أنه أغفل شرط الأهلية التي كان قد نص عليها بالمادة 459 في ظل الأمر 154-66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى<sup>(5)</sup>.

### ثانيا: متطلبات الدعوى

الدعوى تتطلب أمورا يلتزم الإتيان بها المدعي، وأخرى يلتزم بها المدعى عليه.

#### 1- ما يلزم المدعي في الدعوى:

إن القاضي في الفقه الإسلامي لا يتمكن من بدء النظر في الدعوى، إلا إذا تقدم صاحب الشأن بطلب أمام القضاء؛ أي أن يدعي أمام القاضي بالحق المطلوب، حينها يدعى الخصم إلى حضور

(1) - سيد حسن البغال، المطول، مرجع سابق، مج1، ص176.

(2) - أمينة مصطفى النمر، مرجع سابق، ص87-88، 91.

(3) - محمد حسنين، مرجع سابق، ص343. أمينة مصطفى النمر، مرجع سابق، ص35. سيد حسن البغال، مرجع سابق، مج1، ص188-189.

(4) - تنص المادة 1/13 على أنه «لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون». القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، ع21، 2008/04/23.

(5) - تنص المادة 459 على أنه: «لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك» الأمر 154-66. (المؤرخ في 8 أوت 1966)، المتضمن قانون الإجراءات المدنية. جريدة رسمية، ع47 بتاريخ 9 جوان، 1966.

مجلس القضاء قصد التقاضي<sup>(1)</sup>، وهذا ما يتطلبه مبدأ المساواة بين الخصوم الذي يوجب حضور المتخاصمين، إذ الأصل عدم صحة نظر الدعوى من القاضي مع غياب أحد الخصوم<sup>(2)</sup>، قال عليه السلام: «من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومعقده»<sup>(3)</sup>.

فمن باب المساواة أن يحضر الخصمان مجلس القضاء، ويحصل ذلك بتوجه المدعي إلى القضاء مباشرة ويطلب إدخال خصمه في الدعوى، أو أن يتوجه على خصمه يطلب منه الإتيان معه في موعد متفق عليه أمام القاضي<sup>(4)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء؛ من حنفية وشافعية وحنابلة في مسألة أن يذكر المدعي في دعواه حقه الذي يطالب به ويدعيه، حتى يحكم بصحة الدعوى، أم يكفي بالحضور إلى مجلس القضاء ويعرض حينها قضية ويضمنها حقه الذي يدعيه، فلا يشترط ذكر المطالبة في الدعوى ويكتفي بدلالة الحال عليها<sup>(5)</sup>.

أما الملكية فلم يأتوا على ذكر هذا الشرط في كتبهم، وقد يكون عدم اشتراطهم لاكتفائهم بدلالة حال المدعي من قدومه، إلى مجلس القضاء وإنشائه دعوى صحيحة، تلزم شيئاً على المطلوب على كونه مطالباً بحقه، وهذا هو الراجح في المذاهب الأخرى<sup>(6)</sup>.

ولم يشترط الفقهاء أن يتقدم بالطلب المدعي نفسه أو نائبه، إذ يجوز التوكيل بالخصومة<sup>(7)</sup>، وقد خالفهم أبو حنيفة من غير الصاحبين في اشتراط ذلك<sup>(8)</sup>.

هذا ويحدد الفقه القانوني ابتداء الدعوى القضائية بطلب من أحد الأشخاص، قصد الحصول

(1) - محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص 462. محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 313-314.

(2) - ابن جزى، مصدر سابق، ص 285. ابن فرحون التبصرة، مصدر سابق، ج 1، ص 42.

(3) - أخرجه الدارقطني، السنن، ج 4، ص 205. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب: إنصاف الخصمين...، ج 10، ص 135. وفي السنن الصغير، كتاب آداب القاضي، باب: ما على القاضي في الخصوم والشهود، ج 2، ص 473.

(4) - محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص 463.

(5) - انظر: الكاساني، مصدر سابق، ج 6، ص 222. الماوردي، مصدر سابق، ج 13، ق 44أ. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 9، ص 86. ابن إدريس البهوتي، شرح المنتهي، دار الفكر، بيروت، (دط)، (دت)، ج 4، ص 276. ابن إدريس البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 4، ص 203.

(6) - محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص 418.

(7) - ابن فرحون، مصدر سابق، ج 1، ص 111. تقي الدين محمد الفتوحى، منتهى الإرادات في جمع المقنع على التنقيح وزيادات، مؤسسة الرسالة، بيروت، (دط)، 1999، ج 1، ص 444.

(8) - الكاساني، مصدر سابق، ج 6، ص 222.

على الحماية القانونية، لذا يعرف الطلب القضائي على أنه طريق لاستعمال الدعوى، للحصول على الحماية القانونية، هذا على العموم، وبصورة أخص هو العمل القانوني، أو الإجراء الذي يبيده شخص أمام المحكمة، ويتضمن ادعاء في مواجهة خصمه ليحصل على حكم به<sup>(1)</sup>.

وفي باب الأحوال الشخصية وفقا للتقنين الجزائري، فإن الدعوى تبتدأ بعريضة من المدعي تُودع المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، - وذلك في دعاوى الرجوع إلى محل الزوجية والطلاق-، وذلك بنص المادة 40 الفقرة 2 و 426 الفقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(2)</sup>.  
فرع الدعوى وفقا للتشريع الجزائري، والذي يطبق أيضا على مسائل الفرقة الزوجية يتطلب أمرين اثنين<sup>(3)</sup>.

- أن يتقدم المدعي بعريضة إلى المحكمة المختصة.

- تولى المحكمة المختصة أمر إبلاغ المدعي عليه بعزم المدعي على مقاضاته ثم تكليفه بالحضور. والطلب المقدم أمام الجهات القضائية يتعين تضمنه لسبب الدعوى وموضوعها، ويتعلق سبب الطلب أساسا بواقعة يستمد منها المدعي الحق في الطلب<sup>(4)</sup>، والذي لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية أو الحجج القانونية التي يستند إليها الخصم، ويتمثل في إخلال المدعي عليه بمصلحة له مشروعة<sup>(5)</sup>، وهو في دعوى التعويض العمل الضار ذاته، الذي أحدث الضرر المطلوب تعويضه<sup>(6)</sup>، وحيث لا ضرر لا مصلحة، وحيث لا مصلحة لا دعوى<sup>(7)</sup>، استنادا لنص المادة 1/13 قانون إجراءات مدنية وإدارية السابق ذكره.

بينما موضوع الطلب فهو ما يطلبه المدعي من القضاء أن يقضي له به<sup>(8)</sup>، وهو أمر ضروري، إذ يعد من الأركان المهمة في الدعوى، لذا يجب تحديده بدقة حتى لا يقض بالمجهول<sup>(9)</sup>، وهو في دعوى

(1) - أمينة مصطفى النمر، مرجع سابق، ص 126.

(2) - قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) - سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (دط)، 2006، ج 1، ص 35-37.

(4) - سيد حسن البغال، مرجع سابق، مج 1، ص 127.

(5) - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 932.

(6) - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ج 2، ص 226.

(7) - العربي بلحاج، المرجع نفسه، ج 2، ص 226.

(8) - سيد حسن البغال، مرجع سابق، مج 1، ص 127.

(9) - عباس العبودي، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 2007، ص 211.

المسؤولية التعويضية عن الضرر الذي لحق المدعى بفعل المدعى عليه<sup>(1)</sup>.

إلى جانب تضمن الطلب القضائي لسبب الدعوى وموضوعها، يُدون وفقا لأحكام التشريع الجزائري، ضمن عريضة يودعها صاحبها أو وكيله أو محاميه أمانة ضبط المحكمة المختصة مؤرخة وموقعة عملا بنص المادة 14 قانون إجراءات مدنية وإدارية، وقد كان بإمكانه في إطار القانون الإجرائي الملغى وإعمالا للمادة 12 منه<sup>(2)</sup> أن يتوجه المدعى إلى رئيس مكتب الضبط بالمحكمة، ويصرح شفاهة برغبته في رفع دعوى بذكر الأسباب الملحجة لذلك، ويحدد طلباته من رفع الدعوى وأدلته المؤيدة، فيحرر محضرا بذلك ويوقع عليه من قبل المدعي، فإن لم يحسن التوقيع أولا يستطيع يؤشر الكاتب في آخر المحضر بذلك.

هذه الوثيقة الرسمية -العريضة- حدد لها القانون شروط يجب أن تتوفر بها<sup>(3)</sup>.

- هوية الأطراف والموطن، هذه البيانات جوهرية وأساسية لقبول الدعوى، تخلفها يعرض الدعوى للبطلان مع قابليته للتصحيح.

- تحديد المحكمة والقسم المختص بنظر الطلب، ولا يرتب الخطأ في التخصيص البطلان؛ إذ يمكن معالجته.

- أن تتضمن العريضة وقائع النزاع ويرفق بما مودعها المستندات التي على ضوءها يتحدد الطلب، منها اللازمة تقدم مع العريضة كعقد الزواج في دعوى الطلاق<sup>(4)</sup>، ومنها المدعمة للطلب التي يمكن تقديمها عند انعقاد الخصومة.

<sup>(1)</sup> -السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص935. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ج2، ص225.

<sup>(2)</sup> -تنص المادة 12 من الأمر 80-71 المعدل والمتمم للأمر 154-66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية «ترفع الدعوى إلى المحكمة إما بإيداع عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله ومؤرخه وموقعه منه لدى مكتب الضبط، وإما بحضور المدعى أمام المحكمة، وفي الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع...».

<sup>(3)</sup> -سليمان بارش، مرجع سابق، ج1، ص36.

<sup>(4)</sup> -تنص المادة 5 من القانون رقم 224-63 الصادر بتاريخ 29 جوان 1963، على أنه: «لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج، وأن يطالب بما يترتب عن الزواج من آثار، إذا لم يقدم نسخة من عقد زواج مسجل أو مقيد في سجلات الحالة المدنية».

- أن تقدم العريضة على نسخ لأمانة الضبط بعدد الأطراف<sup>(1)</sup> -المادة 14 قانون إجراءات مدنية وإدارية-، وفي دعوى الطلاق يبلغ رسميا المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة -المادة 438 قانون إجراءات مدنية وإدارية-

وعلى المدعي الذي تقدم إلى المحكمة المختصة بوثيقة رسمية هي العريضة، والتي تتضمن طلبه وفق الشروط والإجراءات القانونية وحتى يحكم له بطلباته عليه أن يثبت ما ادعاه، حتى يقر له القانون حقا أو حميه له تبعا لطلبه.

ومسألة الإثبات ستعالج في فروع لاحقة -إذن الله-.

وكما أقر الفقهاء الإسلامي والقانوني أن بدء الدعوى لا يكون إلا بعريضة يتقدم به المدعي، فقد أقرنا جانبا آخر كآثر لازم لسير الدعوى أمام القضاء، يتمثل في الدفع التي يتقدم بها طرفي الدعوى؛ إذ يجب على القاضي أن يمنح الوقت الكافي للمتقاضين لأجل تحضير حججهم أو دفعهم أو إكمالها<sup>(2)</sup>.

## 2- ما يلزم المدعى عليه في الدعوى:

إن اعتبرت الطلبات هي ما يتقدم بها المدعى لبدء الدعوى، فالدفع هي أحد أوجه جواب الدعوى، والتي لا تخرج عن كونها إقرار بالحق المدعى به، أو إنكار له، أو دفعا لأصل الخصومة، ولا يتم إلا من الطرف الثاني في الدعوى، وهو المدعى عليه.

ويقصد بالدفع عند الفقهاء أنه نوع من الدعاوى ترمي لأحد أمرين<sup>(3)</sup>:

- إسقاط الخصومة وإثبات عدم صحة توجيه المطالبة إليه.

- إسقاط دعوى المدعي وإثبات عدم توجه أي حق له على المطلوب.

وقد أقر الفقه القانوني من جانبه هو أيضا حق المدعى عليه في الدفاع عن نفسه وحماية مصالحه في الدعوى المرفوعة عليه، وذلك عن طريق الدفع.

والدفع وسيلة قانونية يملكها المدعى عليه ويستعين بها ليحجب عن دعوى المدعى بقصد تفادي

(1) - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط2، 1989، ص327.

(2) - انظر: السرخسي، مصدر سابق، ج16، ص63. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص47. ابن الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج4، ص146-147. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص89.

(3) - محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص586.

الحكم له بما يدعيه<sup>(1)</sup>.

فالدفع في حقيقته إذن؛ وسيلة يلجأ إليها المدعى عليه للرد على طلبات المدعي، وهي على أهمية كبرى للمدعى عليه، كونها تحميه أو تحمي حقه، لذا فهي تصل إلى مستوى الدعوى<sup>(2)</sup>، لذا يجب أن تتوافر بها الشروط الواجب توافرها في الدعاوى من أهلية وصفة ومصلحة<sup>(3)</sup>.

والدفع في دعاوى التعويض تتم على نحو أمرين:

- الإدعاء بأن أحد أركان المسؤولية (خطأ، ضرر، علاقة سببية) غير ثابت، وهو بذلك ينكر قيام المسؤولية ذاتها<sup>(4)</sup>.

- الإدعاء بأن الالتزام المترتب على المسؤولية قد انقضض بأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام (الوفاء، الإبراء، المقاصة، التقادم...)، على الرغم من الاعتراف بقيام المسؤولية<sup>(5)</sup>، وعليه فالدفع الذي ينفذه المدعى عليه في مواجهة المدعي أنواع على مستوى الفقهاء الإسلامي والقانوني. فعلى مستوى الفقه الإسلامي الدفع نوعان<sup>(6)</sup>:

**الأول:** دفع بقصد إبطال نفس دعوى المدعي، والغرض الذي يرمي إليه بها، وهو ما يعرف بالدفع الموضوعي للدعوى.

**الثاني:** دفع يقصد به دفع الخصومة عن المدعى عليه، وله صور عدة منها:

- الدفع بإنكار المدعى عليه لصفته في الخصومة، أو لعدم صفة المدعي في رفع الدعوى، كالدفع بأن المدعي قد أبرأ المدعى عليه من الدعوى.

- وكذا الدفع بنقصان أهليته أو أهلية المدعي.

- ومن صور الدفع بكون الدعوى ليس لها غرض صحيح.

(1)-عباس العبودي، مرجع سابق، ص274. سليمان بارش، مرجع سابق، ص117.

(2)-عباس العبودي، المرجع نفسه، ص274.

(3)-عباس العبودي، المرجع نفسه، ص274. أمينة مصطفى النمر، مرجع سابق، ص163.

(4)-محمد المنجي، دعوى التعويض، منشأة المعارف، مصر، ط1، 1990، ص297.

(5)-السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص935.

(6)-محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص588-594.

وعلى مستوى الفقه القانوني الدفع نوعان أيضا<sup>(1)</sup>:

**الأول:** موضوعي، وهو الموجه إلى موضوع الطلب الذي تقدم به المدعي، هدف هذا الدفع بأن لا يقض للمدعي بطلبه؛ إذ مبنى هذا الدفع هو عدم أحقية المدعي في إدعائه.

**الثاني:** شكلي؛ وهو الموجه إلى إجراءات الدعوى التي تقدم بها المدعي، يهدف هذا الدفع إلى منع المحكمة من الفصل في الدعوى والقضاء فيها أو بتأخيرها.

الدفع في الفقه الإسلامي يعتبر دعوى في حد ذاته، وليس مجرد جواب على دعوى المدعي بالإنكار، وإنما هو إدعاء جديد يقدمه المدعي عليه يطالب بإثباته ويتبع فيه ذات خطوات الدعوى الأصلية، بخلاف عند أهل القانون فمجرد إنكار الدعوى يعتبر من قبيل الدعوى.

كما لم يهتم الفقه الإسلامي بالدفع الشكلية خلافا للفقه القانوني<sup>(2)</sup>.

والتعويض في الفرقة الزوجية ليس بدعوى مستقلة بذاتها، وإنما يقضى به تبعا لدعوى الفرقة من دعوى طلاق أو تطليق...

لذا فأساسيات الدعوى من أطرافها ومتطلباتها بشروطها يتعين توفرها في دعوى الطلاق.

فيتعين أن يكون رافع الدعوى المتقدم بالطلب إلى الجهات المختصة من زوج أو زوجة صاحب مصلحة؛ أي أن الهدف من إقامة الدعوى هو الحصول على حكم يضمن حماية مصلحة شرعية وإقرارها.

كما يتعين أن يكون لرافع الدعوى أحد الزوجين، صفة في إقامتها وتقديمها للمحكمة، بمعنى أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة نفسيهما أو أحد ممثليهما قانونا، كما يتطلب تمتع الزوجان بأهلية التقاضي وبالغين سن الرشد المدني، وللقاضي كامل الصلاحية في استعمال سلطته التقديرية في تقرير توفر أو عدم توفر الشروط السابقة.

ودعوى الطلاق تتطلب شرطا آخر حتى تقبل أمام المحكمة المختصة؛ وهو ضرورة تقديم نسخة

(1) - أمينة مصطفى النمر، مرجع سابق، ص 166-171-172. عباس العبودي، مرجع سابق، ص 277-278.

(2) - محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص 587.

من عقد الزواج، مستخرجة من سجلات الحالة المدنية الموجودة بالبلدية<sup>(1)</sup>، ويحق للطرف الآخر الممثل في طرف المدعى عليه الدفع بعدم قبول الدعوى وتحميل المدعي الرسوم والمصاريف القضائية، كأن يدفع بسبق الحكم في موضوع النزاع. ولنفس الأسباب، أو أن يكونا قد اتفقا على اللجوء إلى التحكيم قبل اللجوء إلى المحكمة، أو أن يكونا قد تصالحا بشأن ذات النزاع...<sup>(2)</sup>.

وعلى المدعي منهما إثبات ما ادعاه.

### الفرع الثاني: التعويض في دعاوى الفرقة

الفرقة بين الأزواج ترتب أثرا فقهيًا وقانونيًا هاما يعرف بالتعويض، هذا الأثر الذي صادف اختلاف وجهات النظر بسبب الضرر المترتب عن الفرقة كونه في الغالب ذو طبيعة معنوية، تعددت بشأن التعويض عنه آراء الفقهاء في الفقهين الإسلامي والقانوني، بين مرتب للتعويض عنه، وبين مانع له، وهذا ما أشرت إليه في بند أول وفصلت فيه لمعرفة حكم التعويض عن ضرر الفرقة في الفقهين.

ثم تطرقت في بند ثاني إلى شكل التعويض الذي رتبته التشريع والفقه الإسلاميين وكذا شكل التعويض الذي رتبته القانون وفقهه عن فعل الفرقة بين الأزواج ووقفت على أوجه التشابه والاختلاف في ترتيب كلا الفقهين للتعويض، ومواضع التداخل بين التعويض والمتعة كأثرين للفرقة التي أخذ بها الفقه القانوني على التفصيل الآتي:

#### - البند الأول: حكم التعويض عن ضرر الفرقة

إن مستند التعويض في فرقة الأزواج هو في الأساس للضرر الأدبي الذي يصيب مشاعر أحد طرفي العلاقة الزوجية، وهو المعتمد في أغلب حالات تقريره، إلا أن الأمر لا يخل من أن يكون ثمة ضرر مادي في فعل الفرقة.

والضرر الأدبي هو ما يمس الإنسان في عاطفته وشعوره وطاقته الحنان الموجودة في فطرته<sup>(3)</sup>، وهذا النوع من الضرر كثير الوقوع في الحياة الاجتماعية، أين يجتمع الجنسَان ويرتبطا معا بروابط الود ووشائج

<sup>(1)</sup> - المادة 4/429 قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>(2)</sup> - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 329-330.

<sup>(3)</sup> - عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 203. أنظر: تفصيلاً أكثر في المبحث الأول منه، ص



## - أولاً: حكم تعويض ضرر الفرقة الزوجية في الفقه الإسلامي

إن الضرر الأدبي الذي يمس جانب العاطفة والمشاعر، قد يحصل في مقدمات الزواج عند فسخ الخطبة، وهذا لاق اهتمام الفقهاء، خاصة فيما يتعلق بمشروعية ضمانه عند المحدثين منهم؛ لأنه ليس له من ذكر في كتب القدامى<sup>(1)</sup>.

وقد يبرز الضرر بعد الزواج ويتعلق الأمر حينها بوقوع الطلاق أو إيقاعه، فإن كان الضرر بفسخ الخطبة محتملاً فهو في إيقاع الطلاق محققاً.

وقد رتب التشريع الإسلامي تعويضاً مالياً عن الضرر الأدبي الناتج عن الفرقة وذلك بإقرار المتعة وبدل الخلع كأثرين ماليين مهمين عن ضرر الفرقة<sup>(2)</sup>.

وصادف ضمان هذا الضرر بالتعويض المالي زيادة عما هو مقرر شرعاً، تباين وجهات النظر بين الفقهاء، خاصة المحدثين منهم على التفصيل الآتي:

### 1- القول بعدم التعويض عن الضرر الأدبي:

إن مسألة التعويض عن الضرر الأدبي لم يعرض للفقهاء الأوائل، بل كان جل اهتمامهم منصباً على الماديات والمتقومات في الضمان، لذا قرر بعض الفقهاء المعاصرين أن سكوت المتقدمين في هذه المسألة يعني أن الفقه الإسلامي لا يعوض عن الضرر الأدبي<sup>(3)</sup>.

كأنهم ركزوا على الأضرار المادية المالية الجسمانية أما ما عداها من صور الأذى التي لا يفوت بها مال ولا يكون لها أثر باد في الجسم فلا ضمان فيها<sup>(4)</sup>.

هذا لا يعني إغفالهم لهذا الأمر، بل يشهد له جزئيات كثيرة متفرقة في بطون أمهات الكتب، كما هو في باب الجنايات وباب الغضب وفي أبواب العقود، إنما أثير الجدل في هذا الأمر حديثاً بسبب فكرة

(1)- أنظر: أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، ط2، 2005م، ص47-73. عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص215.

(2)- سياتي الكلام عنها في بحث مستقل "أنماط الفرقة الزوجية المرتبة للتعويض".

(3)- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، (دط)، (دت)، ص61. علي الخفيف، مرجع سابق، ص45-60.

(4)- السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج6، ص168. محمد إبراهيم، دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، (دط)، (دت)، ص70.

عدم اعتبار الشريعة الإسلامية للضرر الأدبي في المعاملات الشخصية، هذا الأخير -الضرر الأدبي- الذي برز مسماه في ساحة الدراسات الفقهية المقارنة بعد أن ظهر في التشريعات الوصفية، وأصبح وجوده ضرورة أملت ظروف الحياة<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا انقسم الفقهاء بين مؤيد للتعويض كونه كالضرر المادي، ينطوي على اعتداء ملحق، ويمثل فوات مصلحة للمعتدى عليه، وبين معارض سندهم كون الشريعة قررت من الأحكام ما فيه جبرا للأضرار وردا للاعتداء<sup>(2)</sup>.

يقول الأستاذ الزرقا: «لقد تضافرت النصوص الشرعية على تأكيد شدة تحريم الشريعة للأضرار الأدبية، وإن حد القذف في الشريعة مثال واضح على ذلك، لكن الأسلوب الذي اتبعته الشريعة في معالجة الأضرار الأدبية إنما هو التعزير الزاجر وليس التعويض المالي، إذ لا تعد الشريعة شرف الإنسان وسمعه مالا متقوما يعوض بمال آخر إذا اعتدى عليه... نحن لا نرى مبررا لمعالجة الأضرار الأدبية بالتعويض المالي، مادامت الشريعة قد فتحت مجالا لمنعه بالزواج التعزيرية»<sup>(3)</sup>.

والأمر نفسه في باب الطلاق والتطليق، وقد استند الفقهاء إلى جانب ما ذكر آنفا في أمر الفرقة إلى الآتي:

-واقعة الطلاق حق ثابت شرعا بالنسبة للرجل، وكذا التطليق والخلع حق المرأة إن هي تضررت أو لم ترض بحال زواجها، فإن مارس كل صاحب حق حقه فلا يمكن الرجوع عليه بالتعويض، إن ترتب على استعمال حقه ضرر بالغير، لأنه لا اعتداء من جانبه، تطبيقا للقاعدة الشرعية (الجواز الشرعي ينافي الضمان)<sup>(4)</sup>.

-التشريع الإسلامي رتب على الطلاق أحكاما خاصة منها استحقاق المطلقة لمؤخر صداقها،

(1)- عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص347. عبد الهادي بن زينة، مرجع سابق، ص180.

(2)- مصطفى الزرقا، الفعل الضار، مرجع سابق، ص124. علي الخفيف، مرجع سابق، ص213. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص96. السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج6، ص168. عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص348-351-349.

(3)- مصطفى الزرقا، الفعل الضار، مرجع سابق، ص124. صبحي محمصاني، مرجع سابق، ج1، ص169.

(4)- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص1032. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، (دط)، 1967م، ص311.

ونفقة عدتها والمتعة في بعض الأحوال<sup>(1)</sup>، فلا يستدعي الأمر استحقاقا آخر.

- إن أمر إثبات الضرر المعنوي على قدر من الصعوبة<sup>(2)</sup>، وأمر تقويمه ماديا على قدر آخر منها، إن لم يكن غير ممكن<sup>(3)</sup>.

- المطالبة بتعويض الضرر الأدبي، قد يؤدي إلى إفشاء الأسرار وانتهاك ما أمر الشرع بسره<sup>(4)</sup>، لأن مثل هذه القضايا تستدعي من القاضي التعرف بقدر الإمكان على أسباب المطالبة بالتعويض، مما يجعله يقف على خفايا وأسرار، مما يجب ستره ولا كشفه<sup>(5)</sup>.

- القضاء بالتعويض قد يكون سببا من أسباب الإكراه التي تمارس على الزوج مما يدفعه إلى عدم الطلاق أو التطلق<sup>(6)</sup>.

## 2- القول بالتعويض عن الضرر الأدبي:

القول الأول يرى المقيّمون له، أنه لم يقدم تأصيلا شرعيا لكثير من الأحكام الفقهية التي تقررت بصدد أمور لا يمكن تخريجها إلا على أساس أنها بمثابة التعويض عن ضرر أدبي، إذ أن سببها فعل ضار بغير المال والتعويض فيها مقابل لهذا الضرر الأدبي غير المالي<sup>(7)</sup>.

وهاهم أئمة المذاهب الفقهية يؤكدون ذلك<sup>(8)</sup>، إذ يرى محمد بن الحسن، وأبو يوسف، أنه تجب حكومة العدل في الجراحات التي تندمل دون أن يبقى لها أثر، وهي تقدير الخبراء<sup>(9)</sup>، وجاء في المغني أنه

(1)- أبو عبد الله المالكي، شرح ميارة الفاسي، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 2000، ج1، ص411. ابن إدريس الشافعي،

الأم، مصدر سابق، ج5، ص343. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص288.

(2)- عبد الهادي بن زينة، مرجع سابق، ص181.

(3)- علي الخفيف، مرجع سابق، ص45.

(4)- سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ع9، 2004، ص6.

(5)- أسامة عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص60.

(6)- عبد الهادي بن زينة، مرجع سابق، ص180.

(7)- عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص352.

(8)- أنظر تفصيل هذا في المطلب الأول من المبحث الأول، ص

(9)- السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج26، ص81. الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص316.

عند مالك<sup>(1)</sup>، تجب الدية بذهاب اللبن عند قطع حلمتي الثديين، وإلا وجبت حكومة بقدر شينه<sup>(2)</sup>.  
يقول ابن قدامة: «وما لم يكن من الجراح توقيت ولم يكن له نظير فيه أرش مقدر ففيه حكومة»<sup>(3)</sup>.

ويقول الكاساني<sup>(4)</sup>: «الأصل أن ما لا قصاص فيه من الجنايات وليس له أرش مقدر ففيه الحكومة لأن الأصل في الجناية الواردة على محل معصوم اعتبارها بإيجاب الجابر أو الزاجر ما أمكن، ومعنى حكومة العدل بتقدير القاضي»<sup>(5)</sup>، وفي نحو هذا الكثير الكثير، وإن كان الأمر كذلك فلا مانع من تعويض مالي يقدر بتقدير من القاضي عن الضرر الأدبي المترتب عن الطلاق والتطليق، والأدلة على هذا الأمر نسرد منها الآتي:

1-الشارع الحكيم بإقراره نص المهر للمطلقة المسمى مهرها، والمتعة عند عدم التسمية جبر ضرر المرأة الأدبي لا المادي، لأن بطلانها تنكسر وتتضرر.

قال الخرشي<sup>(6)</sup>: «إن المتعة هي ما يعطيه الزوج لزوجته ليحبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب

(1)- أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الأنصاري، ولد سنة 93هـ، إمام دار الهجرة، أحد الأئمة الأربعة، أخذ العلم عن نافع، مولى ابن عمر والزهري وربيعة الرأي، ونظرائهم، كان متحريراً في الحديث، فقيها مهيباً لا يبالي أن يقول في الفتيا لا أدري، توفي سنة 179هـ. له تصانيف كثيرة منها: الموطأ، تفسير غريب القرآن، والمدونة وغيرها. (انظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، مصدر سابق، ج11، ص28. ابن خلكان، مصدر سابق، ج1، ص439. ابن مخلوف، مصدر سابق، ص27، 52. الزركلي، مرجع سابق، ج5، ص257.

(2)- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص623. ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الجبل، بيروت، ط2، 1988، ص313.

(3)- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص659.

(4)- أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين، لقب بملك العلماء من أهل حلب من أعلام الحنفية، صاحب كتاب بدائع الذي شرح فيه كتاب تحفة الفقهاء لأستاذه السمرقندي. توفي سنة 587هـ. (انظر: أبو الوفاء القرشي، مصدر سابق، ج2، ص244. الزركلي، مرجع سابق، ج2، ص270).

(5)- الكاساني مصدر سابق، ج7، ص323. ابن عابدين، مصدر سابق، ج5، ص412. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج4، ص371. ابن جزري، مصدر سابق، ص354. الخطيب الشربيني، مصدر سابق، ج4، ص77.

(6)- أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، انتهت إليه الرئاسة بمصر، أخذ عن والده والبرهان اللقاني، والنور الأجهوري، وأخذ عنه علي النوري ومحمد الزرقاني وغيرهما، توفي سنة 1101هـ. له شرح كبير على مختصر خليل. (انظر: ابن مخلوف، مصدر سابق، ص317).

الفراق»<sup>(1)</sup>.

2- ويلحظ هذا الأمر أيضا في جواز رجوع الزوجة على زوجها ببدل الخلع، إذا ثبت تضررها منه، مما اضطرها إلى افتداء نفسها، وما يكون هذا إلا ضررا أدبيا ألمّ بها.

يقول الإمام مالك: «إذا علم في المفتدية نفسها أن زوجها أضر بها وضيق عليها مضى الطلاق ورد عليها مالها»<sup>(2)</sup>.

3- وهاهو ابن القيم<sup>(3)</sup> يرى أن: «في تسميته سبحانه للخلع فدية دليل على أن فيه معنى المعاوضة، ولهذا اعتبر فيه رضی الزوجين»<sup>(4)</sup>.

وإن كان الحال كذلك في الخلع فالتعويض المالي في الطلاق من باب أول.

4- يجوز للزوج أخذ العوض من الزوجة في الخلع تعويضا مما لحقه من إيذاء معنوي من قبل الزوجة، فقد جاء في المدونة أنه إذا كان النشوز من قبل المرأة فإنه يجوز للزوج ما أخذ منها على الخلع<sup>(5)</sup>.

5- الطلاق في أحد أوجهه يكون من باب التعسف، وهو استعمال للحق أو الإباحة في غير الغاية التي تمثل وظيفته الاجتماعية، وهو منشأ المسؤولية عن الضرر الناجم عن هذا التعسف قصدا أو مآلا، ولو لم يكن ثمة تعريض أو أفعال ضارة مستتلة مصاحبة<sup>(6)</sup>.

هذا ما قاله الدريني في باب كلامه عن العدول عن الخطبة، فقياسا للتعسف في الطلاق على التعسف في الخطبة، يلحظ جواز التعويض عما يترتب عنه من ضرر أدبي كان أو مادي.

6- إضافة إلى هذا فكل حق في الفقه الإسلامي مقيد بمنع الضرر قصدا أو مآلا، أي كان

(1)- الخرشبي، مصدر سابق، ج4، ص563.

(2)- مالك بن أنس، الموطأ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1993، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، رقم 1199، ص345.

(3)- محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي الحنبلي المعروف بابن قيم الجوزية، شمس الدين أبو عبد الله، ولد سنة 691هـ بدمشق، تلميذ ابن تيمية، برع في التفسير والحديث والفقه والأصول والتصوف واللغة، سجن بقلعة دمشق، توفي سنة 751هـ، من مصنفاته: زاد المعاد، إعلام الموقعين، الطرق الحكمية. (انظر: أحمد بن رجب، ذيل طبقات الحنابلة، مرجع سابق، ج4، ص447).

(4)- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط14، 1986، ج5، ص196.

(5)- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مصدر سابق، ج4، ص158.

(6)- فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، مرجع سابق، مج2، ص739.

منشؤه، فالضرر ممنوع في الفقه الإسلامي إيقاعا ووقوعا، بقطع النظر عن منشئه، إذا كان بغير حق، كون القاعدة الفقهية تقرر أنه "لا ضرر ولا ضرار"<sup>(1)</sup>، وهذا أصل عام حاكم على التشريع كله، تؤيده جزئيات وكليات لا تحصر<sup>(2)</sup>.

7- كما أن من مقاصد الشريعة الإسلامية رفع الحرج عن العباد، فالتعامل بين الناس الأصل فيه الإباحة ما لم يشتمل على أمور قد نهي عنها الشارع، أو تتضمن شروطا ليست في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، فإن كان التعويض المالي عن ضرر الفرقة من باب التعامل المذكور ففيه من رفع الحرج وتيسير الحال على المطلقين وقرابتهم الشيء الكثير.

وهذا ما ذهب إليه الفقه المعاصر والمتمثل في الاجتهاد الفقهي للمجالس الفقهية، إذ التعويض ضرورة لجبر الضرر الأدبي المترتب عن الطلاق أو التطليق.

ففي بحث عنون بالتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق، والذي قدمه الدكتور علي محي الدين القرّة داغي، وناقشه أعضاء المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث<sup>(3)</sup> والذي يترأسه الدكتور يوسف القرضاوي وبعد المداولة بشأنه قرر المجلس<sup>(4)</sup>: أنه لا مانع شرعا من المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب أحد الزوجين بسبب الطلاق أو التطليق، إذا صاحب ضرر أدى إلى إلحاق الأذى بنفسية الطرف الآخر أو شرفه أو مشاعره، وذلك للأدلة الدالة على جريمة الإيذاء ودفع الضرر وذلك إذا توفرت الشروط الآتية:

- أن يكون الضرر المعنوي قد أحدث أثرا فعليا.

- أن يكون الضرر المعنوي محقق الوقوع، تشهد عليه الأدلة والقرائن.

(1)- السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص83.

(2)- أسامة عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص68. فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، مرجع سابق، مج2، ص739.

(3)- المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث عبارة عن هيئة شرعية للاجتهاد الفقهي تحتم بشؤون المسلمين في المهجر عموما وأوروبا خاصة، مقره دبلن ويرأسه الدكتور يوسف القرضاوي، ويضم نخبة من خيرة علماء وفقهاء الأمة الإسلامية. www. ecf. org.

(4)- قرار رقم: 10-14، البيان الختامي للدورة الرابعة عشر للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث المنعقدة في الفترة من 23 إلى 27 فيفري 2005، منشور بالموقع التالي:

- أن لا يرفع الأمر إلى القضاء إلا بعد إعطاء مهلة للتصالح والتراضي.

### ثانياً: حكم تعويض ضرر الفرقة الزوجية في القانون وفقهه

تضاربت الآراء بشأن تعويض ضرر الفرقة الزوجية في الفقه الإسلامي، كون الضرر ذو صبغة أدبية، هذا التضارب شهده أيضاً القانون وفقهه، بين إجازة تعويض عنه وعدمها في مختلف النزاعات، ومنها ذات الصلة بالأحوال الشخصية -فرقة الأزواج-.

### 1- الموقف من التعويض عن الضرر الأدبي في التشريع وفقهه:

الضرر الأدبي قابل للتعويض بالمال على المستوى القانوني وفقهه في أغلب حالاته، وهو الذي لا علاقة له بالمال، إنما يصيب مصلحة غير مالية يمكن أن ترجع إلى أحوال معينة؛ منها ما يصيب الجسم... ومنها ما يصيب الشرف والاعتبار والعرض... ومنها ما يصيب العاطفة والشعور والحنان... ومنها ما يصيب الشخص مجرد الاعتداء على حق ثابت له<sup>(1)</sup>.

وأمر التعويض هذا عن الضرر الأدبي شأنه في الفقه القانوني شأن الفقه الإسلامي

إذ كان محل جدل كبير في الفقه والقضاء، خاصة في كل من فرنسا ومصر بين مانع ومجيز له. حجة المانع منهم، كون المقصود بالتعويض هو جبر النقص الحاصل بالمال هذا من جهة، وكونه لا يتلاءم مع الأخلاق فلا يستساغ أخذ مال تعويضاً عما أصاب الشرف والسمعة... هذا من جهة ثانية، كما أن تقدير الضرر الأدبي بالمال من الصعوبة بما كان من جهة ثالثة<sup>(2)</sup>.

ومن المانعين للتعويض المالي عن الضرر الأدبي من يميز بين ضرر يجوز التعويض عنه وآخر لا يجوز عنه، فيعوض الضرر الأدبي المتصل بضرر مادي وحينها ينصب التعويض على هذا الأخير -المادي- فقط، كما يعوض الضرر الأدبي المترتب على جريمة جنائية<sup>(3)</sup>، وإلا فلا تعويض.

بينما يرى المحيزون له، أنه من غير العدالة ألا يجازي المحطى، فالتعويض في هذه الحالة يعتبر نوعاً من العقوبة التي يحكم بها لصالح المضرور، أو هو على الأقل يشكل بديلاً لإرضاء المضرور<sup>(4)</sup>.

(1)- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 864-865.

(2)- إبراهيم الدسوقي، مرجع سابق، ص 465.

(3)- عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 335-336.

(4)- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، (دط)، 1988، ص 253.

لكن الخلاف انقضى وأصبح الإجماع قائما لانعقاده في الفقه وفي القضاء على أن الضرر الأدبي يستوجب التعويض عنه كالضرر المادي<sup>(1)</sup>؛ لأن الذمة المادية والذمة المعنوية سيان من حيث وجوب حمايتها والتعويض عن أي اعتداء يقع عليها.

إلا أن المشرع الجزائري لم يأت على ذكر نص صريح يتناول مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي في ظل القانون المدني قبل آخر تعديل، إلا أن الغالب هو عدم إغفاله لمثل هذا الضرر بدليل ذكره في قوانين أخرى، كما هو الحال في القانون الأساسي العام للعامل بالمادة 8 منه<sup>(2)</sup>، التي تنص على أن «القانون يضمن حماية العامل أثناء ممارسته عمله... من كل أشكال الإهانة والقذف والتهديد والضغط... كما يضمن التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق العامل».

وكذا في قانون الإجراءات الجزائية<sup>(3)</sup> المادة 3 منه الفقرة 4 التي تنص على أنه: «تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر، سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية».

حتى أن إرادته التشريعية ثبتت في قانون الأسرة<sup>(4)</sup>، المادة 5 الفقرة 1 منه إذ قضت ب: «...إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض»، وذلك إذا ما حدث عدول عن الخطبة.

حتى أن لفظ -ضرر- فيما نصت عليه المادة 131 من القانون المدني<sup>(5)</sup>: «يقدر القاضي مدى

(1)- السعيد مقدم، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، ص193. وهذا ما أشارت إليه مجلة الشرطة عند تعرضها للرسائل الجامعية في باب الحقوق، وعرضها لرسالة الأستاذ السعيد مقدم، مجلة الشرطة، ع 23، جانفي 1984، ص58.

(2)- قانون رقم 78-12 المؤرخ في 05 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل، الجريدة الرسمية، رقم: 32، سنة 1978.

(3)- الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 12 صفر عام 1386 هـ، الموافق لـ 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالأمر رقم 69-73 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969.

(4)- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المعدل والمتمم بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 4 ماي 2005 المتضمن قانون الأسرة.

(5)- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب» لفظ عام، غير مخصص فيشمل كل أنواع الضرر ومنها الضرر الأدبي، وهذا ينطبق أيضا على لفظ الضرر في نص المادة 124 من القانون نفسه<sup>(1)</sup> «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض».

وقد ترجمت إرادة المشرع في الأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي في المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري المعدل<sup>(2)</sup> إذ نصت على أنه (يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة).

بهذا يقر المشرع الجزائري صراحة الأخذ بالضرر المعنوي والتعويض عنه، والذي حصره في كل ماله علاقة بثلاث عناصر هي الحرية، الشرف والسمعة.

هذا الاتجاه للمشرع نادى به العديد من الباحثين والأساتذة إذ كانوا يرون وجوب الأخذ به وذلك إحقاقا للحق واحتراما للعدالة، لأنه من غير المنطق والعدالة في شيء أن يؤخذ بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي إذا رفعت الدعوى أمام المحاكم الجزائية، ولا يؤخذ به إذا ما رفعت أمام القضاء المدني<sup>(3)</sup>.

## 2- الموقف من التعويض عن الضرر الأدبي في فعل الفرقة الزوجية:

تجسدت إرادة المشرع بإقرار التعويض أيضا عن الضرر الأدبي الناتج عن فرقة الأزواج بالأمر نفسه، وبالطريقة ذاتها والقوانين السابق ذكرها.

نصت المادة 52 من قانون الأسرة<sup>(4)</sup>: (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها).

فالمشرع يرمي إلى إيجاب التعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة تعسفا، إلا أنه أيضا لم يميز بين نوع الضرر المراد التعويض بشأنه أهو مادي أم أدبي؟

والأمر يتكرر كذلك في نص المادة 55 من القانون نفسه «عند نشوز أحد الزوجين يحكم

<sup>(1)</sup> -قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>(2)</sup> -المصدر نفسه.

<sup>(3)</sup> -محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص 113.

<sup>(4)</sup> -قانون رقم 84-11 مؤرخ في جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالقانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005.

القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر»، فالطرف المتضرر لم يؤكد المشرع طبيعة تضرره أحصل به ماديا أم أدبيا؟

فجعل أمر الضرر عاما يشمل الضرر المادي والمعنوي بهذا الإطلاق، وبقي في سياق هذا العموم؛ إذ نصت المادة 53 مكرر من القانون ذاته على أنه «يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»، وكذلك عند ذكره للأسباب التي يجوز فيها للزوجة طلب التطليق في المادة 53 من قانون الأسرة السالف ذكره، أشار إلى الأخذ بكل ضرر معتبر شرعا كسبب من أسباب جواز طلب التطليق في الفقرة 10 منها.

وإن كان أمر المواد القانونية في التشريع الأسري يوحي بالتعويض عن الضرر في عمومه، فتطبيقاتها القضائية تؤكد الاتجاه الصريح للتعويض عن الضرر الأدبي الحاصل بالطلاق التعسفي، من هذه التطبيقات القاضي بأن: «المتعة تعطي للزوجة تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا»<sup>(1)</sup>.

وما ألم الفراق إلا ضررا أدبيا أوجب الحكم بالتعويض.

كما استقر قضاءهم على أن حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية<sup>(2)</sup>.

فإقرار التعويض المعنوي دليل باعتبار الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق.

كما أكدت المحكمة العليا في أحد قراراتها أن الضرر الذي لأجله حكم بالتطليق كان مبالغا فيه ومتعسفا فيه من قبل الزوج فحكم المحكمة بالتعويض زيادة على التطليق هو تطبيق للقانون<sup>(3)</sup>.

وفي قرار آخر أقرت التعويض بسبب ضرر معنوي لحق الزوجة، جراء تأخر الزوج في الدخول

<sup>(1)</sup> - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 35912، المؤرخ في 18/04/1985، مجلة قضائية، 1989، ع1، ص89.

<sup>(2)</sup> - المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، المؤرخ في 29/05/1969، نقلا عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (دط)، 2000، ص 75.

<sup>(3)</sup> - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 181649 المؤرخ في 23/12/1997، المجلة القضائية، 1997، ع1، ص49.

بزوجته لمدة 5 سنوات، فهو من باب التعسف الذي ألحق بالزوجة ضرراً معنوياً أو جب التعويض<sup>(1)</sup>.  
ومن خلال نصوص القانون واجتهادات القضاء يلحظ أن المشرع يقر التعويض عن الأضرار المعنوية، ولو لم يتم التصريح بهذا في نصوص قانون الأسرة؛ لأن تطبيقها أغنى عن سؤال فحواها.  
ومن كل ما سبق، وعن الاختلاف الوارد بشأن التعويض عن الضرر الأدبي، فإن القول بأن طبيعة الضرر الأدبي لا تقبل التعويض، وأن تقدير التعويض عنه مستعص شاق مبني على لبس في فهم معنى التعويض؛ إذ لا يقصد بتعويض الضرر محوه وإزالته من الوجود، فالضرر الأدبي لا يمحي ولا يزول بتعويض مادي، ولكن يقصد بالتعويض أن يستحدث الضرر لنفسه بديلاً عما أصابه من الضرر الأدبي، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها، فالمال إن لم يستطيع إصلاح كل ضرر فإنه على الأقل يساعد على التخفيف منه.

وفيما يخص مبلغ التعويض عند تقديره، فهذا ليس بأشد صعوبة من تقدير التعويض في بعض أنواع الضرر المادي، وما على القاضي إلا أن يقدر مبلغاً يكفي عوضاً عن الضرر الأدبي، دون غلو في التقدير ولا إسراف<sup>(2)</sup>.

حتى أن تحقيق النظر في أساس هذا التمييز بين الضررين والتعويض المتعلق بهما يلحظ عدم قيامه على سبب معقول أو معيار مستساغ.

ولا يصل الأمر إلى حد التمييز بين الضررين، المادي والأدبي، فهو حاصل بالضرر الأدبي نفسه، فهناك من يجيز التعويض في الضرر الأدبي الذي يصيب الشرف والاعتبار؛ لأنه يجد في العادة إلى ضرر مادي، ولا يجيزه في الضرر الأدبي الذي يصيب العاطفة والشعور؛ لأنه يتمحض ضرراً أدبياً خالصاً لا يمتزج به ضرر مادي<sup>(3)</sup>.

فكان الأولى تحديد الموقف فيما يخص التعويض عن الضرر الأدبي المترتب عن الفرقة، بنصوص

<sup>(1)</sup> - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 135435 المؤرخ في 23/04/1996، المجلة القضائية، 1998، ع1، ص129.

<sup>(2)</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص867.

<sup>(3)</sup> - عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، مج1، ص866.

قانونية مستقلة، كما فعل المشرع الجزائري في نص المادة 825 مكرر من القانون المدني<sup>(1)</sup>.

خاصة وأن التطبيقات القضائية جعلها تؤكد التعريض عن كل ضرر أدبي ناتج عن فرقة الأزواج.

### البند الثاني: شكل التعويض في دعاوى الفرقة

تعويض ضرر الفرقة الزوجية باختلاف أنواعها، اتخذ أشكالا عدة على مستوى الفقهاء الإسلامي والقانوني، وعلى اختلاف في كيفية ترتيبه عن محل الضرر نفسه في بعض الحالات، وهذا ما سيفصل إن شاء الله، لإدراك حالة الاتفاق بين الفقهاء في هذا النوع من التعويض، وحالة التباين للآراء فيما اختلف فيه؛ يعالج ذلك من خلال عرض أشكال التعويض المقررة لفرقة الأزواج بالفقهاء - الإسلامي والقانوني-.

### أولا: شكل تعويض الفرقة في الفقه الإسلامي

التشريع الإسلامي رتب تعويضات هامة عن فعل الفرقة من إيجاب نصف المهر للمطلقة المسمى صداقها غير المدخول بها، وإيجاب المتعة باختلاف حالات المرأة المطلقة وحال صداقها على تفصيل يأتي في حينه، وكذا بدل الخلع المعتبر تعويضا، وسأركز الكلام حول المتعة، وبدل الخلع كونهما خاضعين للتقدير قبل الحكم بها، بخلاف نصف الصداق الذي قدر بحكم إلهي.

#### 1- المتعة:

المتبع لنصوص القرآن الكريم وسنة الرسول الأمين ﷺ وفقه الفقهاء يجد أنه ما من ذكر للتعويض من الفراق الحاصل بسبب الطلاق بين الزوجين إلا المتعة.

#### 1.1- تعريف المتعة<sup>(2)</sup> ودليل مشروعيتها:

المتعة في إصلاح الفقهاء هي ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر

<sup>(1)</sup> - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

<sup>(2)</sup> - المتعة لغة من التمتع والاستمتاع والمتاع: السلعة والمنفعة وكل شيء ينتفع به ويتبلغ به، ويتزود ويأتي الغناء عليه في الدنيا، ومتعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق، مما ينتفع به، أنظر: ابن منظور، مصدر سابق، مادة (متع)، ج8، ص329-330. الفيروز أبادي، مصدر سابق، مادة (متع)، ج3، ص81.

بألم الفراق<sup>(1)</sup>، فهي مال يجب على الزوج لامرأته لمفارقتها إياها<sup>(2)</sup>؛ أي أن شرطها أن تكون الفرقة من قبله<sup>(3)</sup>.

هذه الزيادة ليست من قبيل المعاوضات المالية، وإنما هي نوع من التعويض عن ألم الفراق<sup>(4)</sup>.

كما نعتت المتعة بأنها ليست تعويضا كونها تجب للمطلقة أو تستحب لها بصرف النظر عما إذا كانت الزوجة مخطئة أم غير مخطئة، مقصورة في حق زوجها أم غير مقصورة، أصاب زوجها ضرر ما تصرفاتها أم لم يصبه أي ضرر.

وأما ليست أجرا؛ لأن عقد الزواج ليس عقد عمل تعمل فيه المرأة لحساب زوجها وفي خدمته وتحت إشرافه، وإنما هو عقد يشترك فيه الزوجان في إقامة أسرة، وهي ليس بتأمين لحياة المطلقة، لأن حياتها مؤمنة بما لها أو بالنفقة عليها.

وليست عقوبة للمطلق؛ لأن كل المذاهب الإسلامية التي أوجبتهما على المطلق أو استحبت له ذلك، لم تفرق بين المطلق المخطئ، والمطلق البريء، واعتبرت المتعة من قبيل التسريح بإحسان، أي يدفعها المطلق امثالاً لأمر الله<sup>(5)</sup>.

في حين نعتها كثيرون؛ بأنها ما تمتع به الزوجة، وتعطاه تعويضا لها عن الفرقة بينها وبين زوجها، من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو أي عوض<sup>(6)</sup>.

ودليل مشروعيتها من القرآن، قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾<sup>(7)</sup>. وكذا قوله جلّ وعلى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>(8)</sup>. وكذا قوله سبحانه:

(1)-الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص425.

(2)-أبو يحيى زكريا الأنصار، فتح الوهاب، شرح منهج الطلاب، دار الفكر، بيروت، (دط)، (دت)، ج2، ص102.

(3)-ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص716.

(4)-عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص224.

(5)-عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، المؤسسة العربية الحديثة، القاهرة، (دط)، (دت)، ص129.

(6)-مجسسي أحمد، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1988، ص25.

(7)-سورة البقرة، الآية: 236.

(8)-سورة البقرة، الآية: 241.

﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾<sup>(1)</sup>.

ودليل مشروعيتها من السنة، أنه روي أن النبي ﷺ طلق المستعيذة منه ومتعها برازقين<sup>(2)</sup>.

كما روي أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه متع امرأة له بعد طلاقها بوليدة<sup>(3)</sup>.

وفي حديث مالك عن نافع بن عبد الله بن عمر أنه كان يقول: «لكل مطلقة متعة إلا التي تطلق، وقد فرض لها صداق ولم تمسس فحسبها نصف ما فرض لها»<sup>(4)</sup>.

## 2.1- حكم المتعة في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال:

- القول الأول: وبه قال الحنفية<sup>(5)</sup> والظاهر من مذهب الشافعية<sup>(6)</sup>، والمشهور عند الحنابلة<sup>(7)</sup>، وهو قول علي وابن عباس وابن عمر<sup>(8)</sup>.

<sup>(1)</sup> -سورة الأحزاب، الآية 49.

<sup>(2)</sup> -الرازقية: ثياب كتان بيض، وقيل كل ثوب رقيق رازقي، ابن منظور، مرجع سابق، مادة (رزق)، مج 10، ص 116، والرواية في صحيح البخاري: «يا أبا أسيد اكسها برازقين وألحقها بأهلها»، كتاب الطلاق، باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق، رقم 4956-4957، ج 5، ص 2012. ابن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب: متعة الطلاق، رقم: 2037، ج 1، ص 657. ج 3، ص 269.

<sup>(3)</sup> -أخرجه مالك، الموطأ، بشرح الزرقاني، كتاب الطلاق، باب: ما جاء في متعة الطلاق، رقم: 1243، ج 3، ص 197. ابن أبي شيبه في مصنفه، كتاب الطلاق، باب ما قالوا في المتعة، ج 5، ص 156.

<sup>(4)</sup> -أخرجه مالك، الموطأ بشرح الزرقاني، باب: ما جاء في متعة الطلاق، رقم: 1244، ج 3، ص 197. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصداق، باب: المتعة، ج 7، ص 257. ابن أبي شيبه، المصنف، كتاب الطلاق، باب: من قال لكل مطلقة متعة، ج 5، ص 154.

<sup>(5)</sup> -السنفي، مصدر سابق، ج 3، ص 157. ابن عابدين، مصدر سابق، ج 4، ص 243. علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 1993، ج 2، ص 141.

<sup>(6)</sup> -الشيرازي، مصدر سابق، ج 2، ص 164.

<sup>(7)</sup> -ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 8، ص 47-50-51. ابن قدامة، المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، (دون معلومات النشر)، 1973، ج 3، ص 93. مجد الدين أبي البركات، المحرر في الفقه، دار الكتاب العربي، بيروت، (دط)، (ت)، ج 2، ص 37.

<sup>(8)</sup> -القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج 3، ص 100.

مفاده ان المتعة تجب للمطلقة قبل الدخول وتسمية الصداق، وتستحب في غيرها.

ويستدلون بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ التَّوَسُّعِ قَدْرُهُ وَعَلَىٰ الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ﴾<sup>(1)</sup>. وبقوله أيضا: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتْعُ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْمُتَّقِينَ﴾<sup>(2)</sup>.

فالفعل (متعهن) في الآية الأولى يدل على الأمر، وهذا الخير يحمل على الوجوب ما لم تقم قرينة تصرفه إلى النذب<sup>(3)</sup>.

واللام في قوله تعالى (للمطلقات) فيه دلالة على إضافة الإمتاع إليهن بلام التمليك والوجوب منه أبدى من النذب<sup>(4)</sup>.

قال الحنفية: إن المتعة بدل عن الأمر الواجب، وهو نص المهر، وبدل الواجب يكون واجبا، فتكون المتعة واجبة<sup>(5)</sup>.

وعليه فالمطلقة قبل الدخول المسمى مهرها لا متعة لها إذ فرض لها نصف مهرها، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾<sup>(6)</sup> بخلاف المفوضة التي لم يفرض لها مهر فتجب لها المتعة؛ لأن الله تعالى قسم المطلقات على قسمين: واجب المتعة لغير المفروض لهن ونصف المسمى للمفروض لهن، وهو يدل على اختصاص كل قسم بحكمه<sup>(7)</sup>.

(1) -سورة البقرة: الآية: 236.

(2) -سورة البقرة: الآية: 241.

(3) -أبو بكر السرخسي، أصول السرخسي، إحياء المعارف، الهند، (دط)، (دت)، ج1، ص15. الأملدي، الأحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، (دت)، ج2، ص367.

(4) -القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص200.

(5) -ابن الهمام، مصدر سابق، ج2، ص449. الكاساني، مصدر سابق، ج2، ص300.

(6) -سورة البقرة، الآية: 237.

(7) -ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص715.

- القول الثاني: وبه قال الشافعية<sup>(1)</sup>، ورواية عن أحمد<sup>(2)</sup>.

مفاده أن المتعة تجب لكل مطلقة إلا المطلقة قبل الدخول، وسمى صداقها، فبحكم الآية لها نصفه.

ويستدلون بقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾<sup>(3)</sup>، وقوله أيضا: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَّعُوا بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>(4)</sup>؛ إذ الآيتين فرضت المتعة للمطلقة بمعزل عن ذكر الدخول والتسمية. وكذا قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلًّا لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتَن تَرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْن أُمْتِعَنَّ وَأُسْرِحَنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾<sup>(5)</sup>.  
إذ نزول الآية بالتمتع كان وزوجات النبي مدخول بهن.

- القول الثالث: وبه قال المالكية، إذ المتعة عندهم مستحبة لكل مطلقة؛ لأن الله تعالى جعلها حقا على المحسنين وخصهم بما فذل ذلك على أنها على سبيل التفضل والإحسان<sup>(6)</sup>.

والمالكية في المطلقات على التفصيل الآتي:

المطلقات قبل الدخول وقبل التسمية: فلهن المتعة ولا شيء، لهن من الصداق<sup>(7)</sup>، وتخصيص المتعة بالمحسنين في الآية يصرف الوجوب إلى الندب<sup>(8)</sup>.

- المطلقات قبل الدخول وبعد التسمية، فلهن نصف المهر ولا متعة لهن بنص الآية الصريح في ذلك - سورة البقرة، الآية: 237-.

إذ الآية التي نصت على المطلقة قبل الدخول والمسمى صداقها، والتي يجب لها نصفه، أعقبت

(1)- ابن شرف النووي، المجموع، مصدر سابق، ج 16، ص 387.

(2)- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 8، ص 50.

(3)- سورة البقرة، الآية: 236.

(4)- سورة البقرة، الآية 241.

(5)- سورة الأحزاب، الآية 28.

(6)- ابن رشد القرطبي، مصدر سابق، ج 2، ص 97. الدسوقي، مصدر سابق، ج 2، ص 320 وما بعدها.

(7)- ابن رشد أبو الوليد، المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته المدونة من أحكام، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، (دط)، 2004، ج 1، ص 548-549. ابن جزري، مصدر سابق، ص 248.

(8)- ابن رشد أبو الوليد، مصدر سابق، ج 1، ص 549. ابن رشد القرطبي، مصدر سابق، ج 2، ص 97. شهاب الدين القرطبي،

الذخيرة، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 2001، ج 4، ص 221.

الآية التي نصت على المطلقة قبل الدخول والتسمية والتي لها المتعة لا غير، وهذا دليل على أن الأولى - غير المدخول بها المسمى صداقها- لا متعة لها<sup>(1)</sup>.

- المطلقات بعد الدخول سمي لهن الصداق أو لم يسم.

أمرهن بين الواجب إمتاعهن وعدم ذلك عند السادة المالكية، فقد جاء في المدونة أن المطلقة المدخول بها والمسمى صداقها تجب لها المتعة، لكن زوجها لا يجبر على ذلك<sup>(2)</sup>.

- القول الرابع: وبه قال الظاهرية<sup>(3)</sup> ورواية عن أحمد<sup>(4)</sup> فالمتعة واجبة لكل مطلقة مهما كانت صفتها، إذ يوجب ابن حزم المتعة للمختلعة أيضا<sup>(5)</sup>.

وباختلاف الأقوال وبالوقوف على الأدلة المستعان بها، فالقول بوجوب المتعة لكل مطلقة على الإطلاق، ما عدا المسمى صداقها وطلقت قبل الدخول فلها نصفه بالآية، يكون راجحا؛ لأن مقصد الشرع لم الشمل، بفرض المتعة تخفض حدة وقع الطلاق بتضميد بعض الجراح من ألم الفراق ووحشته وغيرهما...

## 2- بدل الخلع - عوض الخلع:-

إن الأثر النفسي المترتب عن الفرقة ليس مقتصرًا على المرأة وحدها، إن طلقها زوجها فالأمر سيان، إذ الرجل هو الآخر يتأثر نفسيا ويتضرر إن رغبت عنه زوجته وخالعتة فيتمخض عن هذا تعويضه عم لحقه وأصابه من ضرر، ويستحق بدل الخلع الذي قرره الشرع.

## 1.2- تعريف بدل الخلع ودليل مشروعيته:

بدل الخلع هو ما يترتب في ذمة الزوجة المخالعة لزوجها، فتدفعه هذه المرأة المفارقة بسبب من جهتها، ترفع به ضررا نفسيا محققا لزوجها، فهو من قبيل التعويض عن الضرر الذي يمكن أن يكون قد

(1)- ابن رشد أبو الوليد، مصدر سابق، ج1، ص550. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص229.

(2)- مالك بن أنس، المدونة، مصدر سابق، ج4، ص151.

(3)- ابن حزم، مصدر سابق، ج10، ص3.

(4)- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص49.

(5)- ابن حزم، مصدر سابق، ج10، ص3.

حل به (1).

هذا البديل - العوض - قد تعطيه الزوجة نفسها أو وليها أو أجنبي للزوج مقابل خلعه من عصمته (2).

والخلع والبديل المترتب عنه مشروعان بالكتاب والسنة وعمل الصحابة والإجماع والمعقول.

- فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ (3).

فدلت الآية الكريمة على رفع الجناح عن الزوجين حال افتدائه الزوجة نفسها بمال تدفعه لزوجها خوفا منها أن لا تؤدي حق الله في طاعته (4) لكرهها إياه والرغبة عنه (5) ببغضها له وعدم القدرة على معاشرته فتقصر في حقوقه (6).

وقوله سبحانه: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْكًا مَرِيئًا﴾ (7). فالزوجة إذا طابت نفسها بتقديم صداقها لزوجها بعد تسميته أو عن شيء منه فيأكله حلالا طيبا (8).

- ومن السنة ما روى البخاري عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: إن امرأة ثابت بن قيس (9)

(1) - عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 236-238.

(2) - جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الخلع في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، (دط)، 2003، ص 87.

(3) - سورة البقرة، الآية: 229.

(4) - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ص 231.

(5) - عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 231.

(6) - نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، (دط)، (دت)، الجزائر، ص 150.

(7) - سورة النساء، الآية: 4.

(8) - المحافظ بن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار البصائر، (دط)، 2003، ج 1، ص 556. أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير،

مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط 2، 1996، ج 1، ص 436.

(9) - ثابت بن قيس بن شماس بن ظهير بن مالك بن امرؤ القيس الأنصاري الخزرجي، كان خطيب الأنصار، شهد غزوة أحد وما بعدها، بشره النبي صلى الله عليه وسلم بالجنة واستشهد يوم اليمامة. (انظر: ابن حجر العسقلاني، الإصابة، مصدر سابق، ج 1، ص 197، ابن عبد البر أبو عمر، الاستيعاب في أسماء الأصحاب، مكتبة مصر، مصر، (دط)، (دت)، ج 1، ص 100 وما بعدها)، وامرأته =

أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام. فقال ﷺ: «أترددين عليه حديثه؟» قالت: نعم، قال ﷺ: «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة»<sup>(1)</sup>.

فدلّ هذا الحديث على شرعية الخلع والبدل المترتب عنه فيحل أخذه من المرأة<sup>(2)</sup>.

- ومن عمل الصحابة في هذا الشأن، ما روى أيوب عن كثير مولى سمرة أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أتى بامرأة ناشز، فأمر بها إلى بيت كثير الزبل فحبسها فيه ثلاثاً، ثم دعاها فقال لها: كيف وجدت مكانك؟ قالت: ما وجدت راحة مدي كنت عنده إلا هذه الليالي التي حبستني، فقال لزوجها: اخلعها ولو من قرطها<sup>(3)</sup>، اخلعها بما دون عقاص رأسها<sup>(4)</sup> فلا خير لك فيها<sup>(5)</sup>.

كما روى عبد الله بن محمد بن عقيل أن الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته قالت: كان لي زوج يقل عليّ الخير إذا حضر ويحرمني إذا غاب، قالت: وكانت مني ذلة يوماً، فقالت: أخلع منك بكل شيء أملكه، قال: نعم، قالت: ففعلت، فخاصم عني معاذ بن عفراء إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه فأجاز

= التي اخلعت منه هي حبيبة بنت سهل بن ثعلبة بن الحارث بن زيد بن ثعلبة بن غنم بن مالك بن النجار الأنصارية، وتزوجت بعده بأبي بن كعب (انظر: ابن حجر العسقلاني، الإصابة، ج4، ص262).

<sup>(1)</sup> - أخرجه البخاري، كتاب الطلاق، باب: الخلع وكيف الطلاق فيه؟، رقم: 4971 ج3، ص2021. الترمذي، السنن، عارضة الأحمدي، كتاب الطلاق، باب: ما جاء في الخلع، ص160-161. أبو داود، السنن، كتاب الطلاق، باب: في الخلع، رقم: 2228، ج1، ص2، ص269 بلفظ: (خذهما ففارقها). ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب: المختلعة تأخذ ما أعطها، رقم: 2057، ج1، ص663. باب: عدة المختلعة، رقم: 2058، ج1، ص663-664. مالك، الموطأ، بشرح الزرقاني، كتاب الطلاق، باب: ما جاء في الخلع، رقم: 1228، ج3، ص183-184. الدارقطني، السنن، باب: المهر، ج3، ص321. الدارمي، السنن، كتاب الطلاق، باب: في الخلع، ج2، ص216.

<sup>(2)</sup> - محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ابن حجر العسقلاني، المكتبة العصرية، بيروت - صيدا، (دط)، 1992، ج3، ص297.

<sup>(3)</sup> - قرطها: القُرط الذي يعلق في شحمة الأذن، والجمع أقرط وقراط وقروط وقرطة، وهو نوع من حلي الأذن معروف، ويقال للذرة وللتومة من الفضة وللمعاليق من الذهب قرط. ابن منظور، مصدر سابق، مادة (قرط)، ج7، ص374-375.

<sup>(4)</sup> - عقاص رأسها: أصل العقص اللَّيُّ وإدخال أطراف الشعر في أصوله والجمع عقائص وعقاص والعقوص خيوط تقتل من صوف وتصبغ بالسواد وتصل به المرأة شعرها، ابن منظور، المصدر نفسه، مادة (عقص)، ج7، ص56.

<sup>(5)</sup> - ابن جرير الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن، دار الفكر، بيروت، (دط)، 1978، ج2، ص287. أخرجه البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب: الوجه الذي تحل به الفدية، ج7، ص315.

الخلع وأمره أن يأخذ ما دون عقاص الرأس<sup>(1)</sup>.

وفي هذا إجماع من الصحابة على ثبوت حكم الخلع وجواز أخذه بدله (العوض)؛ إذ فيما سبق ذكره قضاء لإمامين بعد رسول الله ﷺ ولم يخالفهما أحد من الصحابة أو اعترض<sup>(2)</sup>.

يقول الإمام مالك: لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم، وهو الأمر المجتمع عليه عندنا، وهو أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسيء إليها ولم تؤت من قبله وأحبت فراقه، فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به كما فعل النبي ﷺ في امرأة ثابت بن قيس وإن كان النشوز من قبله بأن يضيق عليها ويضرها ردّ عليها ما أخذ منها<sup>(3)</sup>.

- وهذا دليل على أن الخلع وبدله قد أجمع الفقهاء على جوازه، ومشروعية العمل به.

- ومن المعقول أنه لما جاز للزوج أن يملك البضع بعوض، جاز له أن يزيل هذا الملك بعوض كالشراء والبيع، فيكون عقد النكاح كالشراء والخلع كالبيع<sup>(4)</sup>.

## 2.2- حكم عوض الخلع:

لا خلاف بين الفقهاء في جواز الخلع بما له قيمة مالية معتبرة شرعاً، معلومة الصفة والمقدار، مقدور على تسليمها، إلا أن اختلافهم فيما إذا كان العوض مجهولاً أو فاسداً<sup>(5)</sup>.

(1)- أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الطلاق، باب عدة المختلعة، ج1، ص 663. البيهقي، السنن الكبرى، المخاضمة أمام عمر ﷺ، كتاب الخلع والطلاق، باب: الوجه الذي تحل به الفدية، ج7، ص315.

(2)- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص 52 وما بعدها.

(3)- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج4، ص 139.

(4)- الماوردي، مصدر سابق، ج10، ص 5. عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، دار الفكر، بيروت، (دط)، 1999، ج2، ص769.

(5)- أنظر: ابن المنذر النيسابوري، الإشراف على مذاهب أهل العلم، دار الثقافة، الدوحة، (دط)، 1986، ج1، ص199. ابن حزم، مصدر سابق، ج10، ص 243-244. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص 187-189-190-203. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج6، ص 176-186-189-191. الكاساني، مصدر سابق، ج2، ص 147. مالك، المدونة، مصدر سابق، ج2، ص 27. الدسوقي، حاشيته والدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص 248-250. الشريبي، مرجع سابق، ج3، ص 265. ابن شرف النووي، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، (دت)، ج5، ص 693-694. الشيرازي، مصدر سابق، ج2، ص 73. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص 873-874. ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص 67. ابن الهمام، مصدر سابق، ج4، ص 65-67. بن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة=

## ثانيا: شكل تعويض الفرقة في الفقه القانوني

إن الفقه الوصفي في مجال الأحوال الشخصية مستندة الأصلي هو الشريعة الإسلامية، لذا نجد في مختلف الأبواب المتعلقة بهذا المجال لا يكاد يختلف عما هو مذكور في الفقه الإسلامي.

فالقانون وفقهه وهو يرتب تعويضات عن الفرقة الزوجية لم يفعل عن المتعة المذكورة شرعا وفقها بين، إلا أنه يلحق بها التعويض في الكثير من التطبيقات القضائية ويجعله هو الأساس، هذا التعويض الذي هو مستقر أغلب مواد التشريع الأسري التي عاجلت باب الصفات وجبر الخاطر لكل من تضرر من وحشة الفراق.

هذا الجمع بين التعويض والمتعة يثير إشكالا على مستوى الفقه القانوني سببه، الأساس المعتمد للتفريق بينهما حتى يمكن القضاء بهما معا.

**1- التعويض:** ورد في العديد من المواد القانونية للتقنين الأسري وشهد تطبيقا قضائيا واسعا لكل الحالات المذكورة قانونا قبل التعديل<sup>(1)</sup> أو بعده<sup>(2)</sup>.

### 1.1- تعويض الفرقة في التقنين الأسري:

إن قانون الأسرة وبالنظر إلى موجبات التعويض - طلاق تعسفي قبل الدخول أو بعده، خلع نشوز وتطليق - التي أقرته، يلمس استقرارا واضحا في ترتيبه عن موجباته تلك،.

أقر قانون الأسرة الجزائري التعويض عن تعسف في الطلاق وذلك بنص المادة 52 قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها».

والمادة هنا صريحة في إلزام الحكم بالتعويض للمطلقة تعسفا.

كما نصت عليه المادة 53 مكرر، قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09، وتعلق بالتطليق، «يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق

= المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1992، ص277. عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على مسائل الخلاف، دار النشر الدولي، (د. بلد)، (دط)، (دت)، ج2، ص 118.

<sup>(1)</sup>- في القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

<sup>(2)</sup>- القانون رقم: 05-09 المؤرخ في 4 ماي 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المذكور سابقا.

بها»، والمادة هنا جعلت الحكم به جوازيا (يجوز للقاضي) لا إلزاميا كما في حالة الحكم بالطلاق التعسفي، فيرجع تطبيق ذلك إلى محض سلطة القاضي التقديرية.

ونصت المادة 1/54 قانون 11-84 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 على أنه «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي».

دة بفقرتها الأولى هذه تتعلق بالخلع والذي يأخذ حكم الجواز والعض الذي اصطلح عليه بالمقابل المالي، فهو بدل الخلع الذي تقدمه الزوجة مقابل فك الرابطة الزوجية من قبلها، وتعويضا منها عما ألحقته بزوجها من ضرر.

والمادة 55 من قانون 11-84 هي الأخرى نصت على التعويض والذي موجه هو النشوز «عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر».

يظهر أن الحكم بالتعويض واجب حين الحكم بالطلاق لأجل النشوز، وعليه التعويض في التشريع الجزائري في باب الأحوال الشخصية في مسائل الفرقة الزوجية مرتبطة أساسا بحكم الفرقة (طلاق، تطليق،...).

## 2.1- تعويض الفرقة في التطبيقات القضائية:

حلُّ قرارات المحكمة العليا الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية المتعلقة بالطلاق أشارت إلى حق المطلقة في مبالغ نقدية معينة تكون من نصيب الزوجة المفارقة زوجها لها فرقة تعسف ومنها التعويض المالي.

من تلك القرارات الذي مفاده أنه من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند ثم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي<sup>(1)</sup>.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 41560 المؤرخ في 07-04-1986، مجلة قضائية 1989، ع 2، ص

فالقرار بمعناه (قد يحكم) يوحي وكأن التعويض عن الطلاق التعسفي أمر جوازي قد يحكم به وقد لا يحكم، إلا أن الأمر غير ذلك فالتعويض عن الطلاق التعسفي واجب الحكم به بنص المادة 52 من قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 السابق ذكرها.

وقرارات المحكمة تواترت على تطبيق نص المادة.

إلا أن المتتبع لقرارات المحكمة العليا يلحظ عدم الاستقرار فيما يتعلق بمنح التعويض للزوجة الراغبة في التطلق، إذ جاء في مضمون العديد من القرارات أن التعويض تستحقه الزوجة المطلقة تعسفاً، ولا يحق للزوجة التي أرادت هي فراق زوجها<sup>(1)</sup>.

بينما المتتبع لقرارات أخرى خاصة الصادرة في السنوات الأخيرة يلمح اتجاهها آخر وهو إقرار التعويض بسبب التطلق، لثبوت تضرر الزوجة<sup>(2)</sup>.

حيث اعتبرت مثل هذه القرارات التعويض حق الزوجة بسبب تضررها الذي أوجها للقضاء ورفع دعوى التطلق من زوجها.

والأصل الذي استندت إليه الاجتهادات القضائية المترجمة في القرارات الأولى للمحكمة العليا والقاضية بعدم التعويض لسبب التطلق هو التقييد بنص المادة 53 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة والتي مفادها الحكم بالتطلق للزوجة متى توفرت أحد الأسباب المذكورة في المادة<sup>(3)</sup>، ولم تتعرض المادة البتة لمسألة التعويض، وفي ذلك مسايرة لأحكام الشريعة الإسلامية فقياساً على المتعة، لا يحق للزوجة المدعية في دعوى التطلق التعويض لأن المتعة لا حق للزوجة المطالبة للتطلق فيها، بينما استندت

(1) - من بين القرارات التي لم تقرر التعويض لسبب التطلق الآتية:

القرار رقم 41104 المؤرخ في 05-05-1986 غير منشور، نقلاً عن العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي في قرارات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 87.

وفي نحو القرار رقم 53017 المؤرخ في 27-03-1989، مجلة قضائية، 1991، ع 1، ص 56.

(2) - من القرارات المقررة بالتعويض للزوجة المدعية بالضرر المطالبة بالتطلق، القرار رقم 245159، المؤرخ في 20-06-2000، مجلة قضائية 2001، عدد خاص، ص 259

وفي نحو القرار رقم: 245209 المؤرخ في 20-06-2000، مجلة قضائية 2001، عدد خاص، ص 262.

(3) - تنص المادة 53 - قبل التعديل بالقانون 05-09- عن قانون 84-11 على أنه (يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه..، العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج، الغيبة بعد مضي سنة، لكل ضرر معتبر شرعاً، ارتكاب فاحشة مبينة).

الاجتهادات القضائية المترجمة في القرارات الثانية للمحكمة العليا والقاضية بالتعويض لسبب التطليق إلى الأحكام المتعلقة بعدم الإضرار بالغير والذي هو أصل عام في الشريعة الإسلامية أيضا.

والتعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري، المادة 53 مكرر منه<sup>(1)</sup> نحي منحى الاجتهادات التي تقر بالتعويض مع الحكم بتطليق الزوجة، وجعل الحكم به - التعويض - جوازيا للقاضي؛ أي أن يخضع لسلطته التقديرية، كما ذكر سابقا، بعد تقديره للضرر اللاحق بالزوجة، وهذا ما ظهر جليا في قرارات المحكمة العليا التي قضت بأن التعويض خاضع لسلطة قضاة الموضوع الذي تستنتجه من الوثائق المعروضة، ولا يخضع ذلك لرقابة المحكمة العليا، إلا إذا كان فيها إجحافا لأحد الزوجين إجحافا غير مألوف<sup>(2)</sup>.

أما قرارات المحكمة العليا فيما يتعلق بعوض الخلع فتماشيا والمادة 54 من قانون 11-84 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 أو المادة نفسها قبل التعديل فإن عوض الخلع يتم الاتفاق عليه بين الزوجين، فإن لم يتم ذلك يقول الأمر حينها إلى القاضي الذي يحكم بعوض يقدره بما لا يتجاوز صدق المثل وقت صدور الحكم<sup>(3)</sup>.

وفيما يخص التعويض عن النشوز، فقد أخذ حظه وحال التعويض عن التعسف في الطلاق؛ فكل قرارات المحكمة تؤكد ضرورة أن يصحب حكم الطلاق لنشوز أحد الزوجين بالتعويض للطرف المتضرر، والقضاء بخلاف هذا يعد خرقا للقانون<sup>(4)</sup>، وذلك إعمالا للمادة 55 من قانون 11-84 المتضمن قانون الأسرة.

**2- المتعة:** وردت المتعة أيضا ، جل حالات الفرقة بين الأزواج خاصة عند الحكم بها عما يثير عن وضعها القانوني إشكالا، وفي أي إطار تندرج هي؟

(1) -المادة 53 مكرر من القانون 11-84 المعدل والمتمم بالقانون 05-09، والمتضمن قانون الأسرة.

(2) -المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 39689 المؤرخ بتاريخ 24-02-1986، والقرار رقم 40853 المؤرخ بتاريخ 05-05-1986، كلاهما غير منشور، نقلا عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي في قرارات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 76-77.

(3) -المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 83603، المؤرخ بتاريخ 21-07-1992، مجلة قضائية، 2001، ع خاص، ص134.

(4) -المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 90947، المؤرخ بتاريخ 27-04-1993، مجلة قضائية، 1994، ع 2، ص71. قرار رقم 210451 المؤرخ بتاريخ 17-11-1998، مجلة قضائية، 2001، ع خاص، ص 252.

## 1.2- المتعة في التقنين الأسري:

قانون الأسرة الجزائري في هيئته قبل التعديل (قانون 84-11) وحتى بعد التعديل (بالقانون 05-09) وبرؤية عامة وأخرى مدققة لمواده -المتعلقة بالفرقة وآثارها- يلحظ عدم تطرقها كلية لنفقة المتعة. فالباب الثاني المؤطر بعنوان انحلال الزواج وفصله الأول منه المعنون بالطلاق، وفي كل مواده لم يأت على ذكر المتعة.

المادة 48 منه تطرقت إلى صور فك الرابطة الزوجية، وفي المادة 49 نص على إجراء محاولات الصلح قبل إيقاع الطلاق، المادة 50 نصت على المراجعة خلال الصلح أو بعد الحكم بالطلاق وصلتها بالعقد، المادة 51 نصت على إمكانية مراجعة المطلقة ثلاثا بعد زواجها بغيره وطلاقها منه أو ترملها بالموت. المادة 52 نصت على حق المطلقة في التعويض إن كان زوجها متعسفا في طلاقها. المادة 53 رتبت الحالات التي يرخص بها للزوجة طلب التطليق. المادة 53 مكرراً أقرت حكماً جديداً وهو جواز التعويض للزوجة بعد الحكم لها بالتطليق. المادة 54 عاجلت الخلع وعوضه. المادة 55 أقرت الحكم بالتعويض إلى جانب الحكم بالطلاق لنشوز أحد الزوجين.

المادة 56 نصت على اللجوء إلى التحكيم في حال اشتداد الشقاق وأليته.

المادة 57 تتضمن فاعلية أحكام الطلاق والتطليق والخلع والحضانة أمام الجهات القضائية. المادة 57 مكرراً جاءت بسرد حالات الفصل الاستعجالي.

والمواد من 58-73 دفت سابقاً بالنص على آثار فك الرابطة الزوجية من عدة وحضانة، ونزاع حول آثار بيت الزوجية في فصل ثاني عنون بآثار الطلاق.

وخصصت المواد من 74 إلى 80 بالنفقة في باب خاص وهو الباب الثالث. كما أن المادة 16 من قانون 84-11 والتي نصت على أن الزوجة تستحق الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، ولم يأت على ذكر المتعة في هذه الحالة تماشياً والتشريع والفقهاء الإسلاميين.

أن المشرع خالف بهذا بعض التشريعات ومنها مشروع القانون العربي الموحد للأحوال

الشخصية<sup>(1)</sup> والذي نص في المادة 1/96 منه على الآتي: «تستحق المطلقة المدخول بما المتعة حسب يسر المطلق وحال المطلقة».

والمطلقة حسب المشروع المادة 2/96 تستحق التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه هذا، والمشروع العربي هو الآخر خالف المعمول به في مسألة المتعة على نحو ما قرره الشريعة والفقهاء الإسلامي؛ إذ هي من حق المطلقة قبل الدخول والتي لم يفرض لها صداق. في حين اعتبرها المشروع العربي من حق المطلقة بعد الدخول لا بعده.

## 2.2- المتعة في التطبيقات القضائية

المشروع الجزائري وكما ذكر سالفاً لم ينص على المتعة كنوع من التعويض عن الفرقة الزوجية إلا أنها ذكرت إلى جانب التعويض في العديد من قرارات المحكمة العليا، كوجه من وجوه التعويض تستحقه المطلقة؛ إذ هو تعويض للزوجة التي يختار زوجها فراقها، وليس للزوجة التي تختار هي فراق زوجها<sup>(2)</sup>؛ لأن من القواعد المقررة شرعاً أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم<sup>(3)</sup> وتؤكد هذا قرارات عدة منها القاضية بأن الأصل في المتعة أنها تمنح للزوجة مقابل الضرر اللاحق بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزءاً من المسؤولية<sup>(4)</sup>.

إلا أن قرارات المحكمة العليا تضاربت بشأن الوضع القانوني للمتعة بمعية التعويض منها ما اعتبرت المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي بمعنى واحد فلا يقضى بمبلغ يسمى تعويضاً وبمبلغ آخر يسمى متعة في نحو القرار القاضي بالآتي:

«المتعة تعطي للزوجة تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضاً، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية فلا يجوز دفع باسم المتعة وآخر باسم التعويض»<sup>(5)</sup>.

(1) - مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، الكتاب الثاني، الباب الأول، المادة 96، ص 25.

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 61614، المؤرخ في 21-11-1988، مجلة قضائية 1990، ع 4، ص 64.

نقلاً عن العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص 91.

(3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 43860 المؤرخ في 29-12-1986، مجلة قضائية، 1993، ع 2، ص 41.

(4) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 39731 المؤرخ في 27-01-1986، مجلة قضائية، 1993، ع 4، ص 61.

(5) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 35912 المؤرخ في 18-04-1985، مجلة قضائية، 1989، ع 1، ص 89.

في حين قرارات أخرى جعلت من حقوق المطلقة التعويض والمتعة، استحقاقين مختلفين، فهذا الجانب من القضاء الجزائري سلك مسلكا آخر باعتماده الفصل بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، فكلاهما مستقل عن الآخر وله آثاره وأحكامه الخاصة به<sup>(1)</sup>، وهذا ما جسده قرارات قضائية منها الآتي: «من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة ونفقة إهمال ونفقة متعة وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي»<sup>(2)</sup>.

فالملاحظ أن مثل هذا القرار رغم أنه معاصر للقرارات السابقة إلا أنه تبني موقفا منفردا لم يدعمه لا التشريع الأسري ولا آراء الفقهاء، فيبقى قرارا معزولا دون أساس، كونه لم يفصل في الأمر تفصيلا دقيقا ولم يحدد الاتجاه الذي بنى عليه موقفه<sup>(3)</sup>.

بعد هذه الوقفة السريعة على شكل التعويض في الفقه القانوني والذي لوحظ تمحوره حول عنصرين اثنين هذا التعويض والمتعة كما ذكر سالفنا على تفصيل.

إلا أن الأمر الذي يشد الانتباه كون التشريع القانوني والتطبيق القضائي اختلفا من حيث مبدأ التعويض؛ إذ أضاف التطبيق القضائي على التشريع القانوني الأسري عنصر المتعة الإسلامية الأصل التشريعي.

وما يمكن تقريره بشأن التعويض والمتعة أن كليهما فيه جبر للضرر، إلا أنهما يختلفان من النواحي الآتية<sup>(4)</sup>:

- من حيث المصدر: المتعة مصدرها الشرع الإسلامي من كتاب وسنة وإجماع، بينما التعويض مصدره القانوني على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق.

- من حيث الغرض: المتعة تتعلق بالضرر المعنوي بينما التعويض عام لجبر؛ أي ضرر من فعل غير مشروع.

(1) - باديس دياي، أثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (دط)، 2008، ص26.

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 41560 المؤرخ في 07-04-1986، مجلة قضائية 1989، ع2، ص69.

(3) - باديس دياي، مرجع سابق، ص 27.

(4) - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص309-310. عبد القادر بن داود، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ع9، 2004، ص256.

- من حيث التقدير: يراعى في المتعة حال المطلق والمطلقة بينما يراعى في التعويض مقدار الخسارة وفوات الكسب.

يقول الأستاذ عبد العزيز سعد<sup>(1)</sup>: «إن مجال استعمال كلمة المتعة في الشريعة الإسلامية أضيق كثيرا مما هي عليه كلمة التعويض في القوانين الوضعية، وذلك نظرا إلى أن الأولى مخصصة لجر خاطر الزوجة المطلقة، ويدعى في تقديرها الحالة الاقتصادية لكل من المطلق والمطلقة، وليس لأدناها ولا لأقصاها حد معين، وباعتبار أن الثانية يجوز استعمالها لجر أي ضرر عن أي فعل غير مشروع، ويراعي القاضي في تقديره مقدار الخسارة وفوات الكسب، ولا يجوز له أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر أو بما يقل عنه»<sup>(2)</sup>.

وكان الأفضل أن ينص على التعويضين معا في قانون الأسرة الجزائري المتعة تعويضا عن ضرر الفراق لتضميد جرح الضرر المعنوي، والتعويض إن ثبت تعسف الزوج لفراق زوجته.

(1) - عبد العزيز سعد من مواليد الحروش ولاية سكيكدة، حفظ القرآن في سن مبكرة، زاول تعليمه الابتدائي والمتوسط بمدارس جمعية العلماء المسلمين، تحصل على شهادة البكالوريا، من ثانوية الشويخ بالكويت، وعلى شهادة الليسانس في الحقوق من جامعة دمشق بسوريا، اشتغل بالصحافة والتحق بسلك القضاء سنة 1965، اختير رئيسا لمجلس أمن الدولة سنة 1982، ثم مستشارا بالحكمة العليا سنة 1991، له مؤلفات وبحوث عدة. (انظر: عبد العزيز سعد، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، دار هومة، الجزائر، ط3، 2006 (ظهر الغلاف)).

(2) - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 310.

## المبحث الثاني: أنماط الفرقة الزوجية المرتبة للتعويض

قدم الإسلام للزوجين حلاً لارتباطهما، إذا شعر أحدهما أو كلاهما بانقطاع المودة اتجاه الآخر، ويظهر ذلك بالكره والرغبة الشديدة في الانفصال، فأجاز الفرقة بنص القرآن والسنة والإجماع والمعقول.

- بنص القرآن قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(1)</sup>. وقوله جل وعلى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾<sup>(2)</sup>. وقوله سبحانه: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ﴾<sup>(3)</sup>.

ومن السنة حديث عمر بن الخطاب أن رسول الله ﷺ طلق حفصة ثم راجعها<sup>(4)</sup>.

ومنها ما روي عن ابن عمر، قال: «كانت تحتي المرأة أحبها وكان أبي يكرهها، فأمرني أن أطلقها فأبيت، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: «يا عبد الله بن عمر طلق امرأتك»<sup>(5)</sup>.

كما أجمع العلماء على جواز الطلاق<sup>(6)</sup>.

والعقل يقرر ذلك فإن كره أحد الطرفين خلق الآخر، ولم تبح الشرائع الطلاق فكيف للحياة أن تستقر بينهما وتستمر، ولفتح ذلك الباب لا تخاذ الأخذان ونحو ذلك<sup>(7)</sup>، فأجاز الشرع الفرقة من الطرفين.

(1) -سورة البقرة، الآية: 229.

(2) -سورة الطلاق، الآية: 1.

(3) -سورة البقرة، الآية 236.

(4) -أخرجه أبو داود، السنن، كتاب الطلاق، باب: المراجعة، رقم: 2283، مج 1، ج 2، ص 285. ابن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب: حدثنا سويد بن سعيد، رقم: 2016، ج 1، ص 650. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب: إباحة الطلاق، ج 7، ص 322، كتاب الرجعة، ص 368.

(5) -الترمذي، السنن، كتاب الطلاق، باب: ما جاء في الرجل يسأله أبوه أن يطلق زوجته، عارضة الأحوذى، ج 5، ص 164. ابن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب: الرجل يأمره أبوه بطلاق امرأته، رقم: 2088، ج 1، ص 675. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب: إباحة الطلاق، ج 7، ص 322.

(6) -ابن قدامة المغني، مصدر سابق، ج 7، ص 96.

(7) -محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، لبنان، ط 1، 1984، ص 242.

والطلاق جائز إلا أن الإسلام كرهه لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾<sup>(1)</sup>، وقوله ﷺ: «إن أبغض الحلال عند الله الطلاق»<sup>(2)</sup>.

كما يدعو الرسول الكريم ﷺ ألا تطلق النساء إلا من رغبة، معلنا أن الله تعالى لا يحب الذواقين ولا الذواقات، وإنه إن كره المؤمن في زوجته طبعاً فإنه يجد فيها طبعاً أخرى حسنة<sup>(3)</sup>.

وأرشد الرسول ﷺ لسلمين في ألا يطلق الزوج زوجته التي دخل بها إلا في طهر لم يمسهها فيه؛ أي أن الزوج إذا أراد طلاق زوجته عليه انتظار طهرها، على اعتبار أن انتظاره هذا الوقت قد يؤدي به إلى العدول عن قراره بالفرقة.

كما أن الشرع الإسلامي أعطى للزوج المطلق أكثر من فرصة لتعود مطلقته إليه، فجعل الطلاق رجعياً في الأصل أثناء العدة، فإن انتهت جاز للمطلق الزواج من جديد بعقد جديد كما أجاز للمطلق ثلاثاً رد مطلقته بعد انتهاء عدة الطلاق أو الوفاة من زوجها الجديد.

وفي هذا كله اعتبار للعلاقة الزوجية، فإن استفحل الشقاق أجاز الشرع للزوج الكاره الطلاق وللزوجة الكارهة الخلع والتطليق.

والأمر الأكيد أن فعل الفرقة يخلف ضرراً، كون الطرف الغير موافق يتضرر وتضرره راعاه الشرع والقانون، ورتب عنه تعويضاً يجبر به ضرر الطرف المتضرر.

وعليه فالفرقة محتملة من الطرفين والضرر أيضاً قد يلحق بأحدهما، لذا فالبحث ينصب أولاً على معرفة أنواع الفرقة بفعل من المطلق والتعويض المتعلق بذمته، فمعرفة أنواع الفرقة الحاصلة بسبب من الزوجة والتعويض المتعلق بذمتها ثانياً.

(1) -سورة النساء، الآية: 19.

(2) -سبق تخريجه ص

(3) -محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، دار المنار، القاهرة، (دط)، 2003، ج10، ص58. بدر الدين العيني، عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، دار الفكر، (دب)، (دط)، (دت)، ج20، ص262.

## المطلب الأول: الفرقة المرتبة للتعويض بفعل من الزوج

الفرقة بفعل من الزوج قد تقع قبل الدخول بالزوجة، كما يمكن إيقاعها بعد الدخول بها، ولكل أحكامها الخاصة وأثارها المترتبة عنها.

### الفرع الأول: فرقة ما قبل البناء

قد يتعسر إتمام خطوة الزواج بين الطرفين الذين أقبلوا على خطوة الخطبة، فالعقد الشرعي، إلا أن ثمة ما حال لإتمام البناء بالزوجة، فينشأ الطلاق أو الفرقة مرتبة ضررا يحتاج إلى تعويض لجبره.

### البند الأول: مدلول الفرقة ما قبل البناء ونوعها

فرقة ما قبل البناء بالزوجة والتي يوقعها الزوج، حتى يحتكم إلى الأحكام المترتبة منها ويعمل بما هو من أثارها، يتعين الأمر معرفة مدلولها ومشروعيتها من جهة، ونوع الفرقة الواقعة بها من جهة ثانية.

### أولاً: مفهوم الفرقة ما قبل البناء ومشروعيتها

فرقة ما قبل البناء جاء ذكرها في التشريع الإسلامي، وهو سندها التشريعي لإثبات مشروعيتها، وكون قوانين الأحوال الشخصية مستمدة من التشريع الإسلامي وفقهه، فقد تعرضت لجل المسائل، وإن لم يكن على تفصيل الفقه الإسلامي وشموليته للوقائع والأحداث، فقد اضطلع القانون وفقهه إلى مسألة الطلاق قبل البناء وفصل فيها وفي آثرها، ومنه تستمد أيضا مشروعيتها والكلام في هذا نحت فيه هذا التفصيل.

### 1- المفهوم من منظور إسلامي وقانوني:

الفرقة قبل البناء جاء النص عليه في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمِتَعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾<sup>(1)</sup>؛ يفهم من الآية مباشرة أن الله عز وجل سمى الفرقة الواقعة قبل الدخول طلاقا لقوله: ﴿طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾. ويقصد بفرقة قبل البناء الفرقة الحاصلة

<sup>(1)</sup> -سورة الأحزاب، الآية: 49.

قبل المساس.

ونفى أن يكون على المرأة بهذه الصفة العدة، وذلك يستلزم البتة؛ إذ الزوج لا يملك مراجعتها وردها إلى عصمته بدون عقد جديد؛ لأنه إنما يملك المراجعة والرد إلى العصمة بدون عقد جديد، إن كانت في العدة، فإن انقضت خرجت عن ملكه، فالمراجعة تتبع العدة وجودا وعدما<sup>(1)</sup>.

وقوله تعالى: ﴿وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ جعل الواجب على الأزواج شيئا واحدا وهو التسريح الجميل، ولم يجعل الزوج مخيرا بين الإمساك والتسريح، كما جعله في قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(2)</sup>. فالترخيص بالتحخير بين الأمرين يدل على أن الطلاق في هذه الصورة رجعيا بعد كل مرة من المرتين، لأن الطلاق المكمل للثلاث ورد بشأنه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾<sup>(3)</sup>.

وأشار القانون الأسري إلى فرقة ما قبل الدخول في المادة 16 منه<sup>(4)</sup>، إلا أنه ذهب إلى الاستحقاقات المالية المترتبة عنها دون الوقوف على مدلولها حقيقة، كما لم يتطرق إلى الآثار غير المالية من عدة ورجعة، الأولى - العدة - التي يفهم ضمنا ما يتعلق بالفرقة قبل الدخول بالرجوع إلى ما يخص عدة المطلقة بعد الدخول بنص المادة 58 قانون أسرة<sup>(5)</sup>، كون هذه المادة خصت المدخول بها بالعدة فهذا يعني نفيها من غير المدخول بها وأخذنا بمسلك التشريع الإسلامي وفقهه في مسألة العدة إعمالا لنص المادة 222 قانون أسرة<sup>(6)</sup>.

الأمر نفسه يتعلق بالرجعة؛ إذ لا إشارة تتعلق بإمكانية إرجاع المطلقة قبل الدخول؛ وهذا أمر

(1) - محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 269.

(2) - سورة البقرة، الآية: 229.

(3) - سورة البقرة، الآية: 230.

(4) - «تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول» المادة 16 قانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

(5) - «تعند المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، واليائس من الحيض بثلاث أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق» المادة 58 قانون 84-11، المصدر نفسه. وأخرج منها عدة الحامل لأنه خصها بمادة مستقلة هي المادة 60 من قانون 84-11 فبرط العدة بالمطلقة المدخول بها قيد تخرج به غير المدخول بها فلا عدة لها.

(6) - «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية» المادة 222 قانون 84-11، المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

أكد إذ الرجعة والعدة مترابطان فلا رجعة لمن لا عدة لها.

به فهي تخص المدخول بها لا غير، وقد أشارت إلى ذلك المادتين 50 و 51 من قانون الأسرة<sup>(1)</sup>، أقرت المادة 50 بأن المراجعة أثناء محاولة الصلح لا تحتاج إلى عقد جديد، بينما ما تعلق بها بعد الحكم بالطلاق فيحتاج إليه.

ونفت المادة 51 المراجعة للمطلقة ثلاثا -وقيدت الطلاق بالتالي- إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.

فالتشريع القانوني للأسرة يأخذ بأحكام التشريع الإسلامي وإن لم ينص عليها في بعض الأوجه.

## 2- مشروعية الفرقة قبل البناء:

فرقة قبل البناء مشروعة بنصوص التشريع الإسلامي وفقهه وبنصوص القانون وفقهه.

### 1.2- دليل المشروعية في التشريع الإسلامي

الفرقة قبل البناء مشروعة بالقرآن الكريم؛ وذلك في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾<sup>(2)</sup>. وفي قوله سبحانه: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَبِّحِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾<sup>(3)</sup>. وقوله عز وجل: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصَفْ مَا فَرَضْتُمْ﴾<sup>(4)</sup>.

فالآيات الثلاث تؤكد مشروعية الفرقة قبل البناء بالزوجة.

أما الآية الأولى من سورة الأحزاب نزلت بمناسبة طلاق زيد لأُم المؤمنين زينب رضي الله عنها

(1)- قانون 84-11 المصدر نفسه.

(2)- سورة الأحزاب، الآية: 49.

(3)- سورة البقرة، الآية: 236.

(4)- سورة البقرة، الآية: 237.

وقد خطبها رسول الله ﷺ وزوجه ربه بها (1).

وفي الآية دليل على جواز الفرقة قبل البناء بدليل إقراره من قبل رب الخلق، وهذا ما ترمي له الآية الثانية من سورة الأحزاب بدليل رفع الجناح عن فاعله؛ لأن الرسول ﷺ نهي عن التزوج لمعنى الذوق، وقضاء الشهوة، وأمر بالتزوج لطلب العصمة والتماس ثواب الله وقصد دوام الصحبة، وقع في نفوس المؤمنين أن من طلق قبل البناء قد واقع جزء من هذا المكروه فنزلت الآية رافعة للجناح في ذلك إذا كان أصل النكاح على المقصد الحسن (2).

كما أن الآية الثالثة أيضا تضمنت الإقرار بالفرقة وهذا دليل جوازه، وكونه جائز، فقد رتبت عنه أحكام خاصة بالعدة والرجعة والصداق والمتعة.

## 2.2- دليل مشروعيته في القانون وفقهه

المشرع الجزائري وكما سبقت الإشارة إليه، تطرق إلى الفرقة قبل الدخول في معرض سرد أحوال الصداق من المادة 16 قانون أسرة (3)، «تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول»، وتطرق له.

وهو بذات السياق أي بباب الصداق دائما وبالتحديد عند النزاع فيه بين الزوجين أو ورثتهما من المادة 17 قانون أسرة (4)، جاء في نصها: «في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين».

وفي هذا دليل على أن التشريع الأسري يأخذ بالفرقة الواقعة بين الأزواج قبل البناء ويرتب عليها أحكاما منها ما يتعلق بالصداق، وإن أغفل ما تعلق بها من أمور أخرى كالعدة والرجعة، كما سبقت الإشارة إليه.

وما يدل على مشروعيتها العمل بها أمام الجهات القضائية وما تحمله من أحكام خاصة تتعلق

(1)- بو بكر جابر الجزائري، نهر الخير على، أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط2، 1996، مج4، ص278.

(2)- علي محمود قراة، فقه القرآن والسنة في موضوع الطلاق في الإسلام، دار مصر للطباعة، مصر، ط2، (دت)، ص76.

(3)- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 والمتضمن قانون الأسرة.

(4)- المصدر نفسه.

بها، ودليل ذلك ورود قرارات قضائية بشأنها من المحكمة العليا.

منها القاضي بأن دعوى طلب التطليق من قبل الزوجة قبل الدخول لا تقبل إلا إذا كانت من وليها، ولا يجاب إليه إلا إذا كان له سبب وجيه، هذا ما استقر عليه الفقه والقضاء<sup>(1)</sup>.  
ومنها الذي يقضي بأن الطلاق الذي يقع قبل الدخول هو طلاق بائن<sup>(2)</sup>.  
ومنها القاضي بأن الطلاق قبل الدخول يوجب نصف المهر<sup>(3)</sup>.

### ثانيا: نوع الفرقة الواقعة قبل البناء

الدليل الشرعي لفرقة ما قبل الدخول بالزوجة، والذي مستنده كتاب الله عز وجل سمي هذه الفرقة ونعتها بأنها طلاق.

قوله تعالى: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾<sup>(4)</sup>. وقوله: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ﴾<sup>(5)</sup>. وقوله: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾<sup>(6)</sup>.  
والطلاق في الفقه الإسلامي له حكمان رجعي وبائن؛ الأول هو الذي يملك الزوج فيه مراجعة الزوجة إلى العصمة دونما عقد جديد ويثبت بتوفر ثلاث أمور هي<sup>(7)</sup>:

- أن تكون الزوجة مدخولا بها.

- أن يقع فيما دون الثلاث.

- أن تتم المراجعة في زمن العدة.

والثاني -البائن-؛ هو الذي لا يملك الزوج فيه الرجعة، وينقسم إلى بائن بينونة صغرى؛ وهو

(1)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 47059 المؤرخ 09-11-1987، مجلة قضائية، 1992، ع3، ص72.

(2)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39463، المؤرخ 10-02-1986، مجلة قضائية 1989، ع1، ص115.

(3)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39022، المؤرخ 27-01-1986، مجلة قضائية 1989، ع1، ص105.

(4)-سورة الأحزاب، الآية: 49.

(5)-سورة البقرة، الآية 236.

(6)-سورة البقرة، الآية 237.

(7)-ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص83. ابن جزري، مصدر سابق، ص220. عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، ج2،

ص725. الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج5، ص243.

الذي يمكن فيه استئناف الحياة الزوجية بعقد وصدّق جديدين، ولا خلاف بين الفقهاء في أن الطلاق البائن بينونة صغرى هو ما كان قبل الدخول، وما كان على عوض -الخلع-، والطلاق الرجعي الذي مضت فيه العدة دون مراجعة من الزوج<sup>(1)</sup>، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع<sup>(2)</sup>. فالطلاق البائن بينونة صغرى يزيل الملك، ولكن لا يزيل الحل، كون الزوج يحق له أن يعقد على زوجته من جديد في أي وقت شاء في العدة أو بعدها<sup>(3)</sup>، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 50 قانون أسرة<sup>(4)</sup>، «...ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد».

والصورة الثانية للطلاق البائن، هي البائن بينونة كبرى؛ وهو الذي لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته في العدة كالطلاق الرجعي، ولا استئناف الحياة الزوجية بينهما بعقد وصدّق جديدين كالبائن بينونة صغرى، فهو طلاق لا يستطيع فيه الزوج أن يرجع مطلّقة إلى عصمته<sup>(5)</sup>، كما في حال الطلاق الثلاث؛ إذ تحرم الزوجة حرمة مؤقتة تتوقف على زواجها من غيره ثم طلاقها أو ترمّلها بموت زوجها الثاني فتحل له بعقد وصدّق جديد بعد انتهاء عدتها.

وهي الحالة التي استقر عليها التشريع الأسري الجزائري<sup>(6)</sup>، ونصت بشأنها المادة 51 منه<sup>(7)</sup> «لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء».

وعليه فالفرقة الواقعة قبل الدخول بالزوجة؛ وصفت بأنها طلاق، والدليل ترتب أحكامها على وقوعها (عدة، مراجعة، صدّق، متعة).

(1) -ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص86. ابن جزري، مصدر سابق، ص220. عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص725. الكاساني، مصدر سابق، ج4، ص241. الشافعي الأم، مصدر سابق، ج5، ص241.

(2) -المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 39463، المؤرخ بتاريخ 10-02-1986، مجلة قضائية، 1989، ع1، ص115.

(3) -العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص328.

(4) -قانون رقم 84-11، مصدر سابق.

(5) -الكمال بن الهمام، مصدر سابق، ج3، ص25. ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص86. عبد الوهاب، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص829-830. الشيرازي، مصدر سابق، ج2، ص104. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص243.

(6) -العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص331.

(7) -قانون رقم 84-11، مصدر سابق.

وهي بوصف أدق طلاق بائن بينونة صغرى، لعدم إمكان الزوج مراجعة زوجته، إلا بعقد وصادق جديدين.

### البند الثاني: التعويض المقرر لفرقة ما قبل البناء ومستنده

المتتبع لآيات القرآن الكريم، وسنة النبي الكريم، وعمل الصحابة، وباستقراء النصوص القانونية للتشريع الأسري وفقهها فيما تعلق بطلاق قبل الدخول، يقف على نوع من التعويض، خص به المشرع المطلقة بهذه الصفة، ويتعلق الأمر بنصف المهر وكذا المتعة.

### أولاً: إيجاب نصف المهر ودليله

ورد إيجاب نصف المهر للمطلقة قبل الدخول في الشرع الإسلامي وفقهه والتشريع القانوني وفقهه.

## 1- في التشريع والفقهاء الإسلاميين

أكد الفقه الإسلامي أنه في حالة قيام عقد زواج صحيح، وكذا المهر مسمى في العقد تسمية صحيحة، ووقعت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول، حقيقة أو حكماً من قبل الزوج؛ وسواء كانت الفرقة طلاقاً أو فسخاً<sup>(1)</sup>، ففي الحالتين تستحق الزوجة نصف مهرها المسمى لها، لقوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾<sup>(2)</sup>.

(1)- الطلاق هو إنهاء لعقد الزواج أما الفسخ فهو نقض العقد وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه، ويكون الفسخ بسبب خلل مقارن للعقد كعدم الكفاءة أو عارض طراً عليه فمنع بقاءه كالذي يكون بسبب ردة الزوج أو إباء الزوج غير المسلم الإسلام بعد إسلام زوجته، أو الذي يكون بسبب فعل الزوج بإحدى أصول زوجته أو فرعها ما يوجب حرمة المصاهرة.

والطلاق يتنوع إلى بائن تنفك به الرابطة الزوجية في الحال وإلى رجعي يجوز للزوج مراجعة زوجته مادامت في العدة، أما الفسخ فتتحل به عقدة الزواج في الحال، والطلاق ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج أما الفسخ فلا ينقص عدداً. فالزوج لو تزوج بزوجه ثانية بعد الطلاق لرجعت إليه بما يبقى له من التطبيقات الثلاث، وإذا تزوجها بعد الفسخ ولو صح زواجه بما ترجع إليه بجميع التطبيقات الثلاث، والفرق بين الطلاق والفسخ أخذ تفصيلات عند الفقهاء على نحو أكثر مما ذكر، أنظر: ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص70. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته مرجع سابق، ج7، ص348. رمضان السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، (د.ب)، (دط)، 2001، ص182. أحمد الغندور، =

الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي وما عليه العمل في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح، الكويت، ط2، 1982، ص540.

(2)- سورة البقرة، الآية: 237.

يترتب على ذلك؛ أنه إن كانت الزوجة أو وليها أو وكيلها قد قبض المهر كله قبل انحلال عروة الزوجية، كان للزوج أن يطالب بعدما حل العقد بالنصف إلا أن يتجاوز عن حقه ويعفو لها عما يستحقه، فيترك جميع المهر، وإن كان المهر لا يزال باقيا في ذمة الزوج، كان للزوجة أو وليها أن يطالب الزوج بدفع نصف المفروض كله، إلا أن تعفو الزوجة بشرط أن تكون أهلا للإسقاط وتترك حقها كله أو بعضه، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ (1).

يخبر الله تعالى في هذه الآية أن من طلق امرأته قبل البناء وقد سمى لها مهرا قل أو أكثر، فإن عليه أن يعطيها وجوبا نصفه، إلا أن تعفو عنه المطلقة فلا تأخذه تكرما، أو يعفو المطلق تكرما، فلا يأخذ منه شيئا فيعطيها إياه كاملا.

فسبحانه عفو كريم أرف الحكم بنصف المهر للمطلقة قبل البناء بمكرمة العفو، فبعد تقرير هذا الحكم العادل الرحيم دعا تعالى الطرفين إلى العفو كونه أقرب للتقوى (2)، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ (3).

يعلق الأستاذ أبو بكر جابر الجزائري عن مسألة العفو فيقول: «وإن كان الخطاب صالحا لكل من الزوج والزوجة إلا أن العفو من الزوج أولى لأن الطلاق كان منه ولو كانت هي سببه لكان عفوها هي أولى ولعل هذا سر قوله تعالى: ﴿أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾» (4).

يقول الأستاذ محمد محي الدين عبد الحميد: «ولا شك في أن هذا الحكم من أعدل الأحكام وأقربها إلى أنصاف الطرفين، والنظر إلى كل منهما نظرة الرحمة» (5).

فإقرار نصف المهر للمطلقة قبل الدخول المسمى المهر لها، تعويض عن ألمها النفسي الواقع لها بالطلاق.

(1) -سورة البقرة، الآية: 237

(2) -أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير، مرجع سابق، مج1، ص 227.

(3) -سورة البقرة، الآية: 237.

(4) -أبو بكر جابر الجزائري، نهر الخيز على أيسر التفاسير، هامش أيسر التفاسير، مرجع سابق، مج1، ص 227.

(5) -محمد محيي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 146.

يقول ابن رشد: «إنه إنما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمكان الجبر»<sup>(1)</sup>.

## 2- في التشريع الأسري وفقهه:

إيجاب نصف المهر هذا للمطلقة قبل الدخول المسمى مهرها في عقد الزواج، لم يغفله قانون الأسرة الجزائري وذلك بالنص عليه في المادة 16 من قانون الأسرة<sup>(2)</sup>.

وذلك في معرض ذكر مسألة الصداق وكيفية استحقاقه من طرف الزوجة، «تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول».

يستشف من نص المادة أن الزوجة تستحق نصف صداقها في حالة واحدة وهي حال قيام عقد صحيح وتسمية الصداق وإن كان لم يصرح بذلك.

يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: «الزوجة تستحق نصف الصداق فقط لا غير في حالة تسمية الصداق لها بمبلغ معين دون أن تستلمه الزوجة، وذلك عندما يكشف أحد الطرفين عيبا كان خفيا لدى الزوج الآخر، أو عندما يقع خلاف من أي نوع ويؤدي إلى وقوع الطلاق بين الزوجين المنتظرين قبل أن يتماسا»<sup>(3)</sup>.

وعليه قانون الأسرة الجزائري يتفق ووجوب نصف المهر للزوجة ولم تكن كذلك -أي الزوجة- لا قيام عقد صحيح، ولم يجب لها نصفه إن لم يسم، وطلقت بعدها قبل الدخول بها، يفهم من هذا أن هناك حالات لا ينتصف فيها المهر بالطلاق قبل الدخول، كما في حالة ما إذا تم في عقد النكاح الفاسد قبل الدخول؛ لأنه لا مهر في النكاح الفاسد قبل الدخول. كما لا ينتصف أيضا في حالة ما زيد على المهر، بعد إنشاء العقد وإنما ينتصف المسمى وقت العقد لا غير، وكذلك لا ينتصف في حالة مهر المثل، لأن النص ورد بتنصيف المسمى، وما يجب في هذه الحال هو المتعة عوضا من نصف المهر<sup>(4)</sup> كما سيأتي الكلام فيها لاحقا في الشرع والقانون.

أجت المحكمة العليا في قراراتها حق المطلقة قبل الدخول، المسمى مهرها أمر استحقاقها

(1)-ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص 24.

(2)-قانون 84-11، المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة.

(3)-سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 135.

(4)-العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 110-111.

لنصف مهرها فهي القاضية بأن الرجل إذا طلق امرأته قبل البناء بما وجب عليه نصف المهر (1).

ثانيا: إيجاب المتعة للمطلقة قبل البناء ودليها

إيجاب المتعة للمطلقة قبل البناء أيضا جاء تفصيله بأحكامه في الشرع و الفقه الإسلاميين  
خلافًا للتشريع الأسري على هذا النحو

## 1- في التشريع والفقه الإسلاميين:

أقر الشرع الإسلامي للمطلقة قبل البناء بما نصف الصداق، إن سمي لها في عقد زواجها، وفي  
حالة عدم تسمية الصداق خص الشرع المطلقة بتعويض مكان نصف الصداق، ألا وهو المتعة.

قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ (2)؛ والآية فيها بيان حال المطلقة قبل البناء، التي لم يسم صداقها، وهما شرطا إيجاب المتعة التي يدفعها الزوج المطلق لزوجته قبل البناء بما جبرها لحاطرها (3)، وحرف العطف (أو) من قوله تعالى: ﴿مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ بقرينة أنه عطف عليه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾، فلو كان المعنى هنا (ما لم تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة أو لم تفرضوا) لما عطف عليهما المفروض لها فدل ذلك على أن معناه (ما لم تمسوهن ولم تفرضوا)، واستعمال (أو) بمعنى (الواو) في النفي أظهر (4).

كما جاء ذكر المتعة التي يحق للمطلقة قبل البناء أخذها في قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ (5).

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 39022 المؤرخ في 27-01-1986، مجلة قضائية، 1989، ع 1، ص 105.

(2)- سورة البقرة، الآية: 236.

(3)- أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مرجع سابق، مج 1، ص 227.

(4)- علي محمود قراعة، مرجع سابق، ص 76.

(5)- سورة الأحزاب، الآية: 49.

الآية نداء من الله تعالى عبادة المؤمنين المسلمين وفيه تعليم وتشريع لأحكامهم؛ إذ استهلها بـ ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾؛ أي عقدتم عليهن، ﴿ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾؛ أي من قبل الدخول عليهن، الذي يتم بالخلوة في الفراش، ثم يأتي على ذكر عدم ثبوت العدة للزوجة من هذا الحال<sup>(1)</sup>.

وعليه فالمطلقة قبل البناء إن سمي لها مهر فلها نصفه والمتعة لها على سبيل الاستحباب، فإن لم يسم لها مهر فالمتعة واجبة في حقها.

يقول الأستاذ أبو بكر الجزائري: «استدل بعض العلماء بقوله تعالى: ﴿ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ﴾ لما في ثم من المهلة على أن الطلاق لا يكون إلا بعد النكاح؛ أي العقد وأن من طلق امرأة قبل العقد عليها طلاقه لاغ لا عبرة به»<sup>(2)</sup>.

فالأيات الثلاث - الآية 236 من سورة البقرة، والآية 237 من سورة البقرة، والآية 49 من سورة الأحزاب - المتعلقة بالمطلقة قبل الدخول هي المستند الشرعي من القرآن الكريم لتعويض المطلقة نه الصفة فلها نصف المهر إن سمي لها وتمتع استحبابا ولها الإمتاع إن لم يسم لها مهر على وجه الوجوب.

وقد خص عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما المتعة على وجه الوجوب لكل مطلقة سواء دخل بها أو لم يدخل بها، وأسقطها عن غير المدخول بها المسمى صداقها، فحسبها ما خصها به القرآن الكريم من ثبوت نصفه لها.

ففي حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول: «لكل مطلقة متعة إلا التي تطلق وقد فرض لها صداق ولم تمس فحسبها نصف ما فرض لها»<sup>(3)</sup>.

## 2- في التشريع الأسري وفقهه:

المشروع الجزائري في التقنين الأسري لم يأت على ذكر الإمتاع للمطلقة قبل الدخول كتعويض لها

(1) - أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مرجع سابق، مج4، ص 278-279.

(2) - أبو بكر جابر الجزائري، نهر الخيزر على أيسر التفاسير، هامش أيسر التفاسير، مرجع سابق، مج4، ص 279.

(3) - سبق تخريجه، انظر: ص

عمّ بها من ضرر، إلا أنه يحيل بنص المادة 222 قانون أسرة<sup>(1)</sup>. إلى الأخذ بأحكام التشريع الإسلامي في كل ما لم يرد النص بشأنه وتثبت له أحكام خاصة بمواد مخصوصة، منها المتعة للمطلقة قبل الدخول غير المسمى مهرها؛ لأنه لا انتصاف للمهر في حالة مهر المثل كما سبقت الإشارة له<sup>(2)</sup>:

فمن القرارات التي كملت النصوص التشريعية وتحتكم إلى أحكام الشريعة الإسلامية هي تلك التي توجب المتعة بدل نصف المهر للمطلقة قبل البناء، غير المسمى مهرها، فالقرار يقتضي بأنه في جميع الأحوال التي يجب فيها صداق المثل، إذا تم الطلاق قبل الدخول وجب للزوجة المتعة عوضاً عن نصف الصداق، والمتعة عبارة عن مبلغ من المال يشترط فيه أن لا يتجاوز نصف الصداق لأنه بدله، ويراعى فيه حال الزوجين من حيث الغنى واليسار<sup>(3)</sup>.

فالقضاء باجتهاده هذا أقر صريحاً بأ، غير المدخول بها التي لم يسم لها صداق تجب لها المتعة بدل نصف صداقها تماشياً وأحكام الشريعة من قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ الْمُسَبِّحِ قَدْرَهُ وَعَلَىٰ الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَىٰ الْمُحْسِنِينَ﴾<sup>(4)</sup>.

لها صداق ولم يدخل بها اكتفت بنصفه عملاً أيضاً بالنص القرآني: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾<sup>(5)</sup>.

كما يلحظ عدم تطرق النصوص التشريعية لتعويض المطلقة غير المدخول بها، زيادة على حقها في نصف صداقها، خلافاً لما عملت به الجهات القضائية وأقرته المحكمة العليا، فقد تنوعت مضامين القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بشأن الطلاق قبل الدخول بين مؤكدة لحق المطلقة في نصف صداقها، وأخرى أقرت لها التعويض، إلى جانب حقها الأول -نصف الصداق-، وإن كانت

(1)- قانون 84-11، المؤرخ في 9 جوان 1984، المعدل والمتمم والمتضمن قانون الأسرة، مصدر سابق.

(2)- العربي بلحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 110-111.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 39689، المؤرخ في 24-02-1986، غير منشور، نقلاً عن: العربي

بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، هامش ص111.

(4)- سورة البقرة، الآية: 236.

(5)- سورة البقرة، الآية: 237.

لا تصرح به إلا أنه مما يجب عدم إغفاله، من القرارات ذات النوع الأول، القرار القاضي بأن الطلاق بل الدخول يوجب نصف المهر، فمتى كان من المقرر شرعا أن عقد الزواج الصحيح والرابطة الزوجية حل بالطلاق سواء قبل البناء أو بعده، فإذا فارق الرجل امرأته قبل الدخول بها وجب عليه نصف المهر<sup>(1)</sup>.

ومن القرارات ذات النوع الثاني القرار القاضي بأن التطليق قبل البناء بسبب تضرر الزوجة ماديا ومعنويا، يحكم لها إلى جانب التطليق بالتعويض<sup>(2)</sup>، وقد استند القرار لنص المادة 53 الفقرة 6 من قانون الأسرة قبل التعديل والفقرة 10 بعد التعديل<sup>(3)</sup>.

وفي قرار آخر ترى المحكمة العليا بأن تضرر الزوجة معنويا بطلاق قبل الدخول تستحق لأجله التعويض، وهذا اجتهاد خاص من المحكمة العليا<sup>(4)</sup>.

فالقراران عاجلا في أصليهما مسألة الفرقة قبل الدخول، ومنحا التعويض في الأصل لقيام حالة الضرر، وكان يكفي إقرار نصف الصداق الذي أوجبه الشريعة الإسلامية لطلاق قبل البناء، كونه يجز الضرر اللاحق بالمطلقة بهذا الوضع -غير المدخول بها-

ومسألة التعويض لم تقرها الشريعة الإسلامية زيادة على ما أقرته من نصف المهر في توفر شرطه ومتعة بتوفر شرطها.

كما أن الشريعة الإسلامية لم تقر التعويض أو المتعة في حالة الزوجة المطالبة بالطلاق ووافق الفقه القانوني في نحو هذا في بعض القرارات القضائية على ما مر الحديث فيه في مباحث سابقة.

### الفرع الثاني: فرقة ما بعد البناء

من النادر حدوث فرقة قبل البناء، وإن كان وقعها ثابت؛ وقلة وقوعها كون فترة قبل البناء

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 39022، المؤرخ في 27-01-1986، مجلة قضائية، 1989، ع1، ص105.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 217179، المؤرخ في 16-03-1999، مجلة قضائية، 2001، عدد

خاص، ص122.

(3)- تنص المادة 10/53 من قانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 والمعدل والمتمم بالقانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي

2005: «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية/ كل ضرر معتبر شرعا».

(4)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 216865، المؤرخ في 16-03-1999، مجلة قضائية، 2001، عدد

خاص، ص256.

فيها من ستر للواقع ما يجعلها تتم، إلا أنه بالدخول والعشرة تتكشف الخفايا ويقع غير المرغوب فيه، فيتبع كل ذلك فرقة هي الأخرى ترتب ضررا يستوجب تعويضا.

### البند الأول: مدلول الفرقة ما بعد البناء ونوعها

فرقة ما بعد البناء بإيقاع من الزوج، كسابقتها فرقة ما قبل البناء، حتى يحتكم إلى الأحكام المترتبة عنها، ويعمل بما هو من أثارها، يتعين الأمر معرفة مدلولها ومشروعيتها من جهة ونوع الفرقة الواقعة بما من جهة ثانية.

### أولا: مفهوم الفرقة ما بعد البناء ومشروعيتها

فرقة ما بعد البناء هي الأخرى تستند إلى أصل تشريعي إسلامي وقانوني يثبت مشروعيتها، وقبل التفصيل في مشروعية هذا النوع من الفرقة، يتطلب الأمر معرفة كنهها بالوقوف على مفهومها على هذا النحو.

### 1- المفهوم من منظور إسلامي وقانوني:

الأصل أن الطلاق هو حق للزوج، إلا أن هذه الصلاحية قد تتعدى إلى القاضي، فيما يأمر به من تفريق بين الزوجين وقد تكون من نصيب الزوجة في حالات ستوضح في مواضعها.

وجعل الطلاق بيد الزوج لا بيد القاضي ولا بيد الزوجة، أصح نظرا وأولى بالعمل به لصالح المرأة ولصالح الرجل والأسرة كذلك، ذلك أن مفتاح بقاء الحياة الزوجية يجب أن يكون بيد الزوج في الأصل، تبار هو منشئها والقائم بشؤونها، فهو المسؤول الأول عنها، لذا كان ولا زال المكلف بالإفناق عليها.

فالزوج لا يقدم على هذه الخطوة إلا بعد تفكير ومحاولات للصلح بينه وبين زوجته نظرا لما سيلقى عليه من أعباء الطلاق، فهذا الذي دفع المهر وأنفق على الزوجة والبيت يكون عادة أكثر تقديرا لعواقب الأمور، من دفع نفقة عدة ومتعة ونفقة حضانة إن كان بينهما أولاد، واحتياجه بعدها إلى التفكير في زواج جديد بنفقات ومشكلات جديدة.

فمن الخير والمصلحة جعله بيد الزوج كونه سيكون الأحرص على هذه الحياة تبعا لما يستتبعه هذا الأمر من عواقب وخيمة تدفع بالزوج إلى التروي وإحكام العقل قبل إيقاع الطلاق، بخلاف

الزوجة التي لا تلحقها هذه التبعات<sup>(1)</sup>.

وقد تتعدى هذه الصلاحية كما سبق التنويه إليه إلى القاضي فيحكم بالفرقة يقول الأستاذ وهبة الزحيلي: «وليست الدعوة المعاصرة إلى جعل الطلاق بيد القاضي ذات فائدة لمصادمة المقرر شرعاً؛ ولأن الرجل يعتقد ديانة أن الحق له فإذا أوقع الطلاق حدثت الحرمة دون انتظار حكم القاضي»<sup>(2)</sup>.

كما أنه لا يستساغ للقاضي بأن يحكم برجعة الزوجة بعد طلاق زوجها إياها، كون ذلك فيه تضيق أكثر منه تفريج لضيق، مما يمنع تحقق السكن والمودة والرحمة المراد توافرهم في الحياة الزوجية، كون الطرف الأقوى يرفض الاستمرار في الارتباط.

كما أن هذا الطريق ثبتت أضراره من جهة وعدم جدواه من جهة أخرى، أما أضراره فلما يقتضيه من فضح الأسرار الزوجية أمام المحكمة والمحامين عن الطرفين، وقد تكون هذه الأسرار مخزية، من الخير لأصحابها سترها...

وأما عدم جدواه فإن المتتبع لحوادث الطلاق في المحاكم في الغرب يتأكد من أن تدخل المحكمة لا يتعداه إلى مجرد تدخل في الشكل لا الموضوع، فكان من الأولى أن يتم الطلاق دون فضائح لأسرار الزوجية<sup>(3)</sup>.

إلا أن الزوج لا يطلق دائماً بعذر، أو هو مضطر، بل قد يجاوز الضرورة ويصل إلى التعسف في استعمال حقه المخوّل له شرعاً، والتعسف هو استعمال الحق على وجه يؤدي إلى ضرر بالغير في نحو الطلاق في مرض الموت أو الطلاق بغير عذر.

يقول الدكتور مصطفى السباعي: «إن كل نظام في الدنيا يساء استعماله، وكل صاحب سلطة لا بد من أن يتجاوزها إذا كان سيء الأخلاق ضعيف الوازع الديني، ومع ذلك فلا يخطر في البال أن تلغى الأنظمة الصالحة، لأن بعض الناس يسيئون استعمالها... الإسلام أقام دعامة الأولى في أنظمتها على يقظة ضمير المسلم واستقامته ومراقبته لربه وقد سلك لذلك سبلا متعددة تؤدي إذا

(1) -أنظر: عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 97. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 7، ص 360-361.

(2) -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع نفسه، ج 7، ص 361.

(3) -مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص 128-129.

روعت بدقة وصدق إلى يقظة ضمير المسلم وعدم إساءته ما وكل إليه من صلاحيات وأكبر دليل على ذلك أن الطلاق لا يقع عندنا في البيئات المتدينة... ومقياس صلاح النظام أو فساده هو نفعه لأكبر قدر من الناس أو إساءته إليهم»<sup>(1)</sup>.

وهذا هو حال الطلاق فاستعماله بشكل سيء من طرف البعض لا يعني أن ما شرعه الإسلام من جعله -الطلاق- بيد الرجل غير ذي جدوى ونفع، فكونه بيد الرجل أصلح؛ لأن الخيرة في هذا الأمر لرجحان جانب النفع فيه عن جانب الضرر.

والطلاق بيد الرجل يكون بكامل إرادته، ولعذر في الأصل كان يكون لنشوز الزوجة مثلا أو لكرهها أو لعذر تصعب معه الاستمرارية في الحياة الزوجية.

والطلاق بالإرادة المنفردة يتم بتقديم الزوج إلى الهيئة القضائية المختصة طالبا من هيئتها حل الرابطة الزوجية والحكم له كمدعي بالطلاق بينه وبين المدعى عليها زوجته على مستوى التشريع القانوني، مؤسسا طلبه ذاك بأسباب شرعية وقانونية، وذلك بموجب عريضة يودعها كتابة ضبط المحكمة المختصة<sup>(2)</sup>، وطلاق الزوج زوجته نصت عليه مواد بالتشريع الأسري الجزائري<sup>(3)</sup> في مواد متتالية:

فالزوج طلاق زوجته بكامل إرادته، وذلك بنص المادة 48؛ إذ عدّ المشرع هذا الوضع من الفرقة من بين ثلاث وضعيات تحقق الفرقة بين الأزواج.

-الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54.

كما قرر التشريع الأسري أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي بنص المادة 49<sup>(4)</sup>.

(1)-مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص 130-131.

(2)-أكثر تفصيل أنظر: الدعوى وإجراءات رفع دعوى، ص

(3)-قانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005 المتضمن قانون الأسرة.

(4)-نصت المادة 49 من القانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 على أنه: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم...»، أمدت المادة بعد التعديل أكثر تفصيل للإجراءات الواجب مراعاتها في محاولة الصلح السابقة على الحكم بالطلاق، خلافا لما كانت عليه المادة قبل التعديل إذ أخذت صفة العموم.

وحق الزوج في الطلاق بكامل إرادته أكدته الاجتهادات القضائية؛ لأنه سبيل إلى إنكاره، من المقرر شرعا أن للزوج حق الطلاق من جانبه وحده عملا بالقاعدة الشرعية (العصمة بيد الزوج)، ومن ثم فإن القضاء بإبقاء روابط الزوجية قائمة بين الزوجين حتى بعد إبداء الزوج لإرادته في الطلاق، يعد خرقا صريحا لهذه القاعدة الشرعية<sup>(1)</sup>.

ولم يتوان المشرع في إعطاء رأيه بشأن الطلاق، بأن كان بإرادة الزوج وصاحبه تعسف؛ إذ يتعين أن يكون الحكم بالطلاق لسبب أو حاجة شرعية دعت له<sup>(2)</sup>.

إذ يتعرض فاعل التعسف للجزاء إن تبين فعله ذلك أمام القضاء بنص المادة 52<sup>(3)</sup> على أنه: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها».

ويظهر أمر التعسف من غيره فيما اعتمده الزوج من مبررات للطلاق أمام القضاء، فيتضح حينها تضرر الزوجة من عدمه، ويرجع كل هذا إلى سلطة القاضي التقديرية فالأمر يتطلب توفر شرطين<sup>(4)</sup>:

- أولهما: أن يثبت القاضي أن الزوج طالب للطلاق، لم يكن يرغب فيه لتفادي مشكلة معينة، ولا دفعا لضرر من الزوجة، وإنما لنزوة شخصية ويقصد الإضرار بالزوجة، ودون أن تكون له مصلحة أو فائدة شرعية أو عقلانية أو منطقية...

- ثانيهما: أن يلحقها ضررا حقيقيا بسبب طلاقها، وإن كان الضرر المعنوي للزوجة يعتبر بمجرد الحكم بالطلاق، فإن الضرر المادي إذا وجد يجب على الزوجة إثباته.

والمشرع الجزائري في باب انحلال الزواج، وفيما يتعلق بأحكام الطلاق بإرادة الزوج لم يميز بين ما قبل الدخول بالزوجة الدخول بها، وإنما هو تقسيم ارتأته تبعا لترتب الأثر المادي عن

(1)- قرار رقم 35346 بتاريخ 31-12-1984 نقلا عن كتاب قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، الجزائر، (دط)، 2009-2010، ص 22.

(2)- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 234؛ لأنه من المقرر قانونا أن كل حكم أو قرار يجب أن يسبب قانونيا لتبرير ما قضى به، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 32786 المؤرخ في 14-05-1984، مجلة قضائية 1989، ع 2، ص 66.

(3)- قانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005 المتضمن قانون الأسرة.

(4)- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 305-306.

الطلاق، لتضمنه ضرر بقسميه في الشرع والقانون.

والمشرع في هذا شأنه شأن الشرع والفقهاء الإسلاميين؛ إذ لم يفصلا في أحكام القسمين إلا ما تعلق بالجانب المادي - طلاق قبل الدخول وطلاق بعد الدخول - من نصف مهر ومتمعة وتعويض. وعليه فالطلاق بالإرادة المنفردة فرع عام يشمل الطلاق قبل وبعد البناء بالزوجة ويلحظ بأن المشرع اختلف اختلافا شكليا وما جاء به الفقه الإسلامي من أحكام للطلاق؛ إذ أساسه أن الطلاق بيد الزوج، لا دخل للقاضي فيه، وهو ما أقره اجتهاد القضاة المترجم في قرارات المحكمة العليا، إلا أن التشريع وكما سبق الذكر لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي بنص المادة 49، وما هذا في حقيقته باختلاف؛ إذ الطلاق بيد الزوج صاحب العصمة شرعا وقانونا، إلا أن تغير الزمان والمكان وطباع العباد حمل على أخذ الاحتياط بالتحقيق والتأكد ثم الحكم بما يجب الحكم به، لضمان حقوق الغير.

وقد أحسن المشرع الجزائري - كما يقول الأستاذ العربي بلحاج - صنعا عندما جعل الطلاق يخضع لإشراف القضاء، وتحت مراقبة القاضي، مما يخول لهذا الأخير سلطة التأكد من توافر الشروط الواجب توافرها في المطلق وصحة القصد في الطلاق بكل وعي وإدراك، وإرادة واختيار بعيدا عن التعسف أو سوء استغلال حق الطلاق<sup>(1)</sup>.

## 2- مشروعية الفرقة ما بعد البناء:

فرقة ما بعد البناء مشروعية بنصوص التشريع الإسلامي وفقهه وبنصوص القانون وفقهه.

### 1.2- دليل مشروعيته في التشريع الإسلامي:

الطلاق مشروع وأصل مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع.

- من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾<sup>(2)</sup>، وقوله سبحانه وتعالى:

﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(3)</sup>، وقوله عز وجل: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ

(1) - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص231.

(2) - سورة البقرة، الآية 227.

(3) - سورة البقرة، الآية: 229.

النساء فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴿١﴾، وآيات غيرها كثيرة.

فتشريعه سبحانه وتعالى للطلاق دليل جوازه، فهاهي الأحكام المتعلقة به تنال وكلها تشريع لما يجب ولا يجب، حتى يكون هذا الذي أبغض الحلال إلى الله جائزا في لفظه وصفته وما يترتب عنه. فإن عزم المؤمنون الطلاق، فليعلموا بأن الله سميع عليم لأقوالهم، عليم بما في قلوبهم، فليحذروه بفعل ما يكره، وترك فعل ما يجب.

وبين تعالى بأن الطلاق الذي يملكه الزوج طلقان له فيهما مراجعة زوجته، فإن فاتتا فله الإمساك بمعروف أو تسريح أي تطليق بإحسان بأن يعطيها باقي صداقها إن كان ويمتنعها بشيء من المال ولا يذكرها بسوء<sup>(2)</sup>.

على أن يراعي الزوج في طلاقه عدة المرأة؛ بل لأول عدتها وذلك في طهر لم تجامع فيه لتعد ذلك الطهر أول عدتها<sup>(3)</sup>.

ولكونه فعلا مشروعاً فقد جاءت أحكامه تترى في بيان شامل لكل ما يتعلق به في القرآن الكريم.

ومشروعيته ثابتة بسنة النبي ﷺ بفعله؛ إذ ثبت أنه ﷺ طلق السيدة حفصة رضي الله عنها ثم راجعها<sup>(4)</sup>. وبقوله ﷺ: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»<sup>(5)</sup>. وقوله: «ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة»<sup>(6)</sup>.

ومما وقع أمامه وقرر الرسول الكريم بشأنه أحكاماً أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رضي الله عنهما رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال: «مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر

(1) -سورة الطلاق، الآية: 1.

(2) -أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مرجع سابق، مج 1، ص 209-214.

(3) -أبو بكر جابر الجزائري، المرجع نفسه، مج 5، ص 372.

(4) -سبق تخريجه، ص

(5) -سبق تخريجه، ص

(6) -أخرجه أبو داود، السنن، كتاب الطلاق، باب: في الطلاق على الهزل، رقم: 2194، مج 1، ج 2، ص 259. الترميذي، السنن، عارضة الأحوذى، كتاب الطلاق، باب: ما جاء في الجد والهزل في الطلاق، ج 5، ص 156-157. وابن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب: من طلق أو نكح أو راجع لاعتبا، رقم: 2039، ج 1، ص 257-258. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب: صريح ألفاظ الطلاق، ج 7، ص 341.

ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق»<sup>(1)</sup>.

كما أجمع المسلمون على جوازه<sup>(2)</sup>.

## 2.2- دليل مشروعيته في القانون وفقهه:

الطلاق مشروع بنصوص قانونية احتواها باب خاص في التشريع الأسري<sup>(3)</sup>، وهو الباب الثاني المعنون بانحلال الزواج، حُصَّ الفصل الأول منه للطلاق فأكد في المادة 48 منه بأن الطلاق هو الوسيلة الوحيدة لحل عقد الزواج والذي يتم بشكل أساسي بإرادة الزوج، إضافة إلى أشكال أخرى<sup>(4)</sup>، يجب في جميعها مراعاة أحكام المادة 49، والتي تقرر بأنه (لا يثبت الطلاق إلا بحكم)، إضافة إلى إلزامية إجراءات تسبق الحكم به.

وتبعتها نصوص لاحقة فيها تفصيل للأحكام المترتبة عنه خاصة الرجعة للزوجة المطلقة -المادة 50-51- والتعويض إن تعسف الزوج في إيقاع الطلاق -المادة 52- أو كان أحد طرفي العلاقة الزوجية ناشزا -المادة 55-

وكونه مشروعاً فقد استفحل وقوعه في المجتمعات بداع وغير داع.

وكونه لا ينفذ إلا بحكم عن طريق القضاء، فقد شغلت المحاكم بمثل هذه القضايا وصدرت بشأنها أحكاماً وقرارات من الجهات القضائية المختصة.

ولو لم يكن الطلاق الذي يقدم عليه الزوج مشروعاً لما أقره القانون وفقهه.

فهذه قرارات المحكمة العليا كما مرّ معنا تؤكد أن اجتهاد القضاء يقر الطلاق ويقوم إيقاعه الآثار المترتبة عنه.

## ثانياً: نوع الفرقة الواقعة بعد البناء

(1)-أخرجه البخاري، الصحيح، كتاب الطلاق، باب: إذا طلقت الحائض يعتد بذلك الطلاق، رقم: 4954، ج5، ص2011. مسلم، الصحيح، كتاب الطلاق، باب: تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، رقم: 1471، ج2، ص1095. النسائي، السنن، كتاب الطلاق، باب: الرجعة، ج6، ص212-213.

(2)-ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص96.

(3)-قانون 84-11 المؤرخ في جوان 1984 والمعدل والمتمم بالقانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005 والمتضمن قانون الأسرة.

(4)-إضافة إلى إرادة الزوج بالطلاق، يقع بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة.

فرقة ما بعد البناء بالزوجة تعتبرها أنواع الطلاق الثلاث: الرجعي والبائن بقسميه.

- إن طلاق الزوجة المدخول بها يقع في أصله طلاقاً رجعياً، فهو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ما دامت في العدة، بمحض إرادته رضيته زوجته أم لم ترض دون الحاجة إلى عقد نكاح جديد.

والطلاق الرجعي هو الأصل؛ لأن الأصل أيضاً في الطلاق هو الحضر، وإنما شرع للحاجة، والحاجة تندفع بالطلاق الرجعي، فيكون هو الأصل في الطلاق المشروع<sup>(1)</sup> تدعمه أدلة من القرآن الكريم:

- قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(2)</sup>.

لآية بينت عدد الطلقات التي يملك بها الزوج المراجعة، ما دامت الزوجة في العدة، دون تحديد مهر وعقد وفسخ ما كانوا عليه، فإن طلقت للمرة الثانية فالواجب إرجاعها وإمسакها عروف أو تركها إلى أن تنقضي عدتها فتملك حينها نفسها وهو التسريح بإحسان<sup>(3)</sup>.

- وقوله عز وجل: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبِنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْنُدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾<sup>(4)</sup>؛ والمقصود من قوله تعالى: ﴿فَلَبِنَ أَجَلَهُنَّ﴾ ؛ قارين نهاية العدة وليس انقضاء أجلها لأن بانقضائها لا يمكنه إمساكها بمعروف أي إرجاعها؛ لأنه لا رجعة بعد انقضاء العدة<sup>(5)</sup>.

- وقوله سبحانه: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبِعُولِهِنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾<sup>(6)</sup>، وزمن التربص هو زمن

(1)- عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج8، ص 6.

(2)- سورة البقرة، الآية: 229.

(3)- القرطبي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص 126-128.

(4)- سورة البقرة، الآية 231.

(5)- القرطبي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص 159. الجصاص، أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت-لبنان،

(دط)، (دت)، ج1، ص380.

(6)- سورة البقرة، الآية: 228.

العدة، والبعل هو الزوج، والحر إذا طلق زوجته الحرة وكانت مدخولا بها تطليقة أو تطليقتين فله الحق برجعتهما ما لم تنقض عدتها وإن كرهت هي (1).

- وقوله أيضا: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ (2)، وفي الآية خطاب لرجال الأمة الإسلامية في شخصية نبيها محمد ﷺ، وأمرهم إذا طلقوا بقوله: ﴿وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ أي احفظوها فاعرفوا بدايتها ونهايتها لما يترتب على ذلك من أحكام من صحة المراجعة وعدمها، ومن النفقة والإسكان وعدمهما (3).

يقع طلاق المدخول بها بائنا بينونة صغرى، وهو الذي لا يستطيع فيه الرجل أن يعيد مطلقته على عصمته إلا بعقد جديد وبموافقتها (4).

يقول الفقيه ابن رشد: «وأما الطلاق البائن فإنهم اتفقوا على أن البينونة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول، ومن قبل عدد الطلقات ومن قبل العوض في الخلع» (5).

فمن بين ما ذكره ابن رشد وله علاقة بما يفصل في هذا الجزء من البحث، الحالة الثانية وهو ما وجد من قبل عدد الطلقات، لأن حالة ما قبل الدخول تم الحديث فيها وما تعلق بالخلع فسيأتي الحديث عنها لاحقا.

فيكون طلاق الزوجة المدخول بها بائنا بينونة صغرى بانتهاء العدة الشرعية (6) من طلاق رجعي لم يراجع الزوج فيه زوجته إلى أن انتهت العدة، فلا يملك حينها مراجعتها إلا بعقد ومهر جديدين وموافقة الزوجة.

ودليله من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ

(1)- القرطبي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص 120.

(2)- سورة الطلاق، الآية: 1.

(3)- أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مرجع سابق، مج5، ص 372-373.

(4)- نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 82.

(5)- ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص 86.

(6)- ابن جزري، مصدر سابق، ص 220. الشيرازي، مصدر سابق، ج2، ص 102. الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج5، ص 244.

﴿أَزْوَجَهُنَّ﴾<sup>(1)</sup>، وقوله سبحانه: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>(2)</sup>؛ فالآية الأولى تنهى أولياء الأمور أن يمنعوا المطلقة طلقة أو طلقتين فقط من أن تعود زوجها الذي طلقها وبانت منه بانقضاء عدتها إذا رضيت هي بالزواج منه مرة أخرى. بينما أشارت الآية الثانية إلى انتهاء المدة التي هي محددة فلا جناح على ذوي زوجها المتوفى<sup>(3)</sup> ولا على ذويها هي فيما تفعله بنفسها<sup>(4)</sup> إن انقضت عدتها.

وفي هذا بيان أن الزوجة تبين بينونة صغرى فيما لم يكتمل عدد الطلقات، فلمطلقها إرجاعها بعقد جديد بكل أركانها.

وقد يقع طلاق المدخول بها بائنا بينونة كبرى، وهو الذي لا يملك فيه الزوج إرجاع مطلقته إلى سمته لا في عدتها ولا بعد انتهاء عدتها إلا بعقد جديد، وبعد أن تكون قد نكحت زوجاً آخر ودخل بها هذا الزوج، ثم فارقتها بموته أو طلاقه، ثم انتهت عدتها منه<sup>(5)</sup>.

إذ لا رجعة في الطلاق الثلاث؛ لأنه لم يبق له من الطلاق شيء، فالرجعة هي ردها إلى النكاح، فلا يجوز أن يملك نكاحاً لا رجعة فيه<sup>(6)</sup>.

ودليله قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾<sup>(7)</sup>، فالمطلقة ثلاثاً لا تحل لمطلقها إلا بشرطين:

**الأول:** أن تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويبنى بها.

**الثاني:** أن يموت الزوج الثاني أو يطلقها<sup>(8)</sup>.

(1) -سورة البقرة، الآية: 232.

(2) -سورة البقرة، الآية: 234.

(3) -لأن الآية تتعلق بعدة المتوفى عنها زوجها، واستندل بها لما يلحق العدة من أحكام قبل انتهائها وبعد ذلك، سواء في الطلاق أو الوفاة؛ ولأن بكليهما تفك الرابطة الزوجية.

(4) -أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مرجع سابق، مج1، ص 219-223-224.

(5) -عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج8، ص62. سلمان نصر، سعاد سطحي، أحكام الطلاق، مرجع سابق، ص84.

(6) -عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص829.

(7) -سورة البقرة، الآية 230.

(8) -أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مرجع سابق، مج1، ص216.

وقوله ﷺ لابن عمر رضي الله عنهما بعد سؤاله: «أرأيت لو طلقها ثلاثاً؟»، فقال: «عصيت ربك وبانت منك امرأتك»<sup>(1)</sup>.

ولم يخالف المشرع الجزائري التفصيل في حال الطلاق بعد الدخول ونوع الطلاق المترتب عنه. فهو طلاق رجعي قبل أن تصدر المحكمة الحكم بالطلاق، فيإمكان المطلق مراجعة مطلقته وإعادةهما إلى الزوجية ما دامت في العدة من غير عقد جديد.

وذلك بنص المادة 50 من قانون الأسرة<sup>(2)</sup>: «من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد...».

فيظهر بأن الشرع اعتبر فترة الصلح، هي فترة العدة بنص المادة 50، لإقراره الرجعة فيها دون عقد جديد، وكان قد نص في المادة 49 من القانون نفسه أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، وكان المشرع اعتبر عدة ثلاثة أشهر هي مدة العدة.

وهذا فيه مغالطة كون العدة مخصوصة بمواد ضمنها الفصل الثاني المعنون بآثار الطلاق فصلت فيها المواد 58-59-60 المدد المقررة لعدة الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها على اختلاف حالات النساء وجاءت كلها بما يوافق أحكام الفقه الإسلامي<sup>(3)</sup>.

فكان على المشرع في نص المادة 50 أن يراعي في الرجعة بدون عقد جديد على الزوجة هذه المدد، وليس مدة الصلح التي يجريها القاضي، وما يؤكد اعتباره لهذه المدد أنه في المادة 61 من

(1)-أخرجه مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، رقم: 1471، ج2، ص1094.

(2)-قانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005.

(3)-نصت المادة 58: «تد المطلقة المدحول بما غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق».

ونصت المادة 59: «تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده». والمادة 60 «عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة». المواد من قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة.

القانون نفسه أقر عدم خروج الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، فبإمكان المطلق بنص المادة مراجعة زوجته كونها لازالت كذلك بمكوئها في بيت الزوجية ويوافق حينها الفقه الإسلامي.

والطلاق بمنظور التشريع الأسري إلى جانب النوع الأول -الرجعي- قد يكون بائنا بينونة صغرى ويتحقق ذلك بعد انقضاء مدة الصلح وصدور حكم بالطلاق، فمراجعة الزوج حينها تحتاج إلى عقد جديد، وذلك بنص المادة 50 نفسها: «...ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد».

فيلحظ عدم موافقة التشريع القانوني للشرع الإسلامي بمطالبة الزوج الراغب في إرجاع زوجته بعقد جديد كامل الأركان بمجرد صدور الحكم بالطلاق، دون اعتبار لحال الزوجة المطلقة مع عدتها أهي تحيض أم يائس أم حامل.

والطلاق بعد الدخول يأخذ صفة النوع الثالث موافقة للفقه الإسلامي، وهو البائن بينونة كبرى، وهو الذي لا يستطيع الزوج مراجعة زوجته المطلقة إلا بعد أن تتزوج بزواج آخر زواجا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يفارقها أو يموت عنها.

ضحي عدتها منه، وذلك بعد الطلاق الثلاث وهذا ما قضت به المادة 51 من القانون نفسه: «لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء».

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي يُلاحظ توافقه والتشريع الإسلامي ففي قرار للمحكمة العليا، وفي معرض التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن قررت أنه من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وإن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق.

أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول، أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه. وكذلك الطلاق الذي يوقع القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها.

وتقرر بأن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية

ويستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً<sup>(1)</sup>.

القرار فيما يتعلق بالطلاق الرجعي يوافق الشريعة الإسلامية إلا أنه يخالف ما نص عليه قانون الأسرة المادة 50: «من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد» فجعلت المادة الحكم بالطلاق إنهاء لرجعيته دون عقد جديد فهو بصدور الحكم يأخذ صفة البائن بينونة صغرى.

ما أن القرار أغفل تسمية البينة الصغرى مع سرده لحالاتها، وأغفل منها حالة الطلاق الرجعي الذي مضت فيه العدة ولم يراجع الزوج زوجته، فهو من باب البائن بينونة صغرى.

### البند الثاني: التعويض المقرر لفارقة ما بعد البناء ومستنده

كما هو الحال وبنفس الخطوات المؤداة ففتح آيات القرآن الكريم وسنة الرسول الكريم وبالوقوف على نصوص التشريع الأسري وفقهه فيما تعلق بطلاق بعد الدخول يقف على نوعين من التعويض، المتعة والتعويض كمصطلح عند أهل القانون.

#### أولاً: إيجاب المتعة للمطلقة بعد البناء ودليله

إيجاب المتعة للمطلقة بعد البناء وأحكامها فصلت في الشرع والفقهاء الإسلاميين، وفي الفقه القانوني على اختلاف العمل بها وعدمه على ما سيفصل.

### 1- في التشريع والفقهاء الإسلاميين:

وردت أحكام المتعة تبعاً في نصوص القرآن الكريم فبعد أن شرعت للمطلقة قبل الدخول [سورة البقرة الآيتين 236-237] [سورة الأحزاب، الآية 49]، أتى تبيان حالها والمطلقة بعد الدخول.

- قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>(2)</sup>.

فلمطلقة من هذا الحال على مطلقها المتعة بالمعروف بمعنى متعة لا مبالغة فيها ولا تقصير؛ وذلك سواء قيل هي على الوجوب، أو على الاستحباب على الاختلاف السابق ذكره<sup>(3)</sup>؛ لأن

<sup>(1)</sup>- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 39463، المؤرخ في 10-02-1986، مجلة قضائية، 1989، ع1، ص115.

<sup>(2)</sup>- سورة البقرة، الآية: 241.

<sup>(3)</sup>- أنظر حكم المتعة في الفقه الإسلامي، ص

للزوجة المطلقة بعد الدخول المهر كاملا بطلاقها<sup>(1)</sup>.

-وقال سبحانه: ﴿فَنَعَالَيْكَ أُمَّتَعَكْنَ﴾<sup>(2)</sup>، وهو قول الله عز وجل في زوجات النبي ﷺ وهو محمول على أنه تطوع من النبي ﷺ، لا وجوب له، والآية تهدي إلى مشروعية المتعة بعد الطلاق، وهي أن تعطى المرأة شيئاً من المال بحسب غنى المطلق وفقره<sup>(3)</sup> لقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ﴾<sup>(4)</sup>، وفي الآية تأكيد على الترخيص للمطلقة بالمتعة.

وروي أن النبي ﷺ طلق المستعيذة منه ومتعها برازقين<sup>(5)</sup>. وما روي أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه متع امرأة له بعد طلاقها<sup>(6)</sup>.

وقد كانت المتعة للمطلقة محل اهتمام الفقهاء على اختلاف مواقفهم بشأن حكمها، هل هي على الوجوب؟ أو على الاستحباب؟ على تفصيل ذكر في موضعه في مباحث سابقة<sup>(7)</sup>.

## 2- في التشريع الأسري وفقهه

اعتماد المشرع الجزائري على نص المادة 222 قانون الأسرة<sup>(8)</sup>، يغني عمّ ألم من نقص أو عدم تشريع لبعض الأحكام الموافقة للفقهاء الإسلاميين.

فالمشرع وكما سبق الحديث عنه في قانون الأسرة لم يأت على ذكر المتعة، كتعويض للمطلقة ل الدخول بها ولا بعده، إلا أن تطبيقاتها القضائية عملت بالمتعة واعتبرتها كوجه من وجوه التعويض، فالمتعة لمن طلقها زوجها وليس لمن طلقت نفسها بحكم<sup>(9)</sup> والأصل فيها أنها تمنح للزوجة

(1)- أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مرجع سابق، مج1، ص229-230.

(2)- سورة الأحزاب، الآية: 28.

(3)- أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مرجع سابق، مج4، ص264.

(4)- سورة البقرة، الآية: 236.

(5)- سبق تخريجه.

(6)- سبق تخريجه.

(7)- أنظر: المتعة كشكل من أشكال التعويض في الفقه الإسلامي، ص

(8)- «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»، المادة 222، قانون 84-11.

(9)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 43860، المؤرخ في 29-12-1986، مجلة قضائية 1993، ع2،

أبل الضرر اللاحق بها من طلاق غير مبرر<sup>(1)</sup> كون بهذا القضاء قد وافق أحكام التشريع الإسلامي في تشريع المتعة للمطلقة جبراً لحاظها.

إلا أن الأمر إلتبس عليها في بعض القرارات التي جمعت بين المتعة والتعويض. منها قرارات قضت بأحما أمر واحد وأخرى قضت بأحما أمرين منفصلين يحكم بهما معا<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: إيجاب التعويض للمطلقة بعد البناء ودليله

اختلف الفقهاء الإسلامي والقانوني وتشريعهما فيما يجبر به الضرر الحاصل في الفرقة الزوجية الواقعة من قبل الزوج بعد البناء. فأقر التشريع والفقهاء الإسلامي المتعة عملة واحدة ذات وجه واحد، تعويضا للزوجة عن ألم الفراق، وأخذ التشريع القانوني بعملة واحدة لجبر هذا الألم سماها تعويضا في مواده القانونية، واختلف وجه هذه العملة في التطبيقات القضائية بين متعة وتعويض حكمين منفصلين، أو الحكم بأحدهما، كونه يغني عن الآخر؛ لأحما شيء واحد.

وعلى هذا فاصطلاح التعويض يقصد به ما أقره القانون وأوجب تطبيقه، ولم يأخذ به التشريع الإسلامي ولا فقهاء في باب الفرقة بين الأزواج.

### 1- مستند التعويض من التشريع الأسري:

التعويض أقر في التشريع الأسري نتيجة للتعسف أو النشوز.

#### 1.1- التعويض عن التعسف:

نصت المادة 52 من القانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005 والمتضمن قانون الأسرة على أنه: «إذ تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها».

نا يكون قد أعطى المشرع للقاضي صلاحية معاقبة من يسيء استعمال حقه المخول له شرعا وقانونا وهو الطلاق، يتمثل هذا العقاب في فرض تعويض مالي، يدفعه هذا الزوج المطلق

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 39731 المؤرخ في 27-01-1986، المجلة القضائية 1993، ع4،

ص61.

(2)- أنظر: المتعة في التطبيقات القضائية، ص

لزوجته بسبب الضرر الذي ألحقه بها جراء طلاقه التعسفي.

هذا الحكم الذي أخذ به المشرع الجزائري يركز إلى سند من السياسة الشرعية والمبادئ الاجتماعية؛ لأن الشرع حينما قرر أحكام الطلاق قررها لمن يستعمل حقه استعمالاً شرعياً، لا ينجر عن فعله هذا المنعوت بأنه حق إضرار بالزوجة، وما التعسف في استعمال الطلاق إلا هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت إباحته.

والتعويض في هذا الباب يقوم على تواجد عنصرين:

- التعسف في استعمال حق طلب الطلاق والحكم به.

- الضرر الذي يلحق بالزوجة المطلقة معنوياً ومادياً.

فإذا ما اجتمعا هذان العنصران أو السببان يجوز للمطلقة حينها أن تطلب من المحكمة أن تقضي لها بتعويض مالي عما يكون قد ألم بها.

فالطلاق شأنه شأن سائر الحقوق، يخضع لإشراف القضاء، فإن تبين للقاضي أن استعماله كان لغرض غير مشروع، أو بدون سبب معقول قضى بالتعويض<sup>(1)</sup>.

## 2.1- التعويض عن النشوز:

نصت المادة 55 من قانون الأسرة - قانون 84-11 السابق ذكره - على أنه: «عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر»، والنشوز هو جحود الزوجة لغير سبب شرعي<sup>(2)</sup>.

ويكون كذلك بترك الزوج لدار الزوجية والتخلي عن الواجبات الزوجية أو تماطله في إرجاع زوجته إلى السكن الزوجي<sup>(3)</sup>.

وأمر النشوز محكوم من قبل القاضي فإذا ما ثبت أمامه من حيثيات القضية نشوز الزوج حكم بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر وهي الزوجة هنا.

(1) - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 236-237-238.

(2) - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، سوريا، (دط)، (دت)، ص 277.

(3) - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 310.

## 2- مستند التعويض من الاجتهادات القضائية:

الأصل أن الطلاق هو حق للزوج، ولا تعويض للزوجة عنه غير أن المحكمة العليا قضت بتعويض الزوجة للحالتين المذكورتين آنفا - التعسف والنشوز -.

فإن تعسف الزوج في طلاقه، فتعسفه هذا يلحق ضررا بالزوجة الذي يخضع لتقدير القاضي الذي يقضي بتعويضها<sup>(1)</sup>.

فمن المقرر شرعا وقانونا إذا كان طلاق الزوج غير مبرر فإنه للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة<sup>(2)</sup>.

وهذا ما أكدته قرار آخر؛ إذ أنه من الأحكام الشرعية، أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، ونفقة إهمال ونفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل<sup>(3)</sup>.

وموقف المحكمة العليا بشأن التعويض عن طلاق غير مبرر، مستندة المادة 52 قانون أسرة السالف ذكرها، والقاضية بحق القاضي الحكم بالتعويض للمطلقة متى تبين له مما يعتمده الزوج في مبررات الطلاق، أن هذا الزوج قد تعسف في طلبه تعسفا ألحق ضررا بالزوجة.

إلا أن إقرار المحكمة العليا للزوجة المطلقة الحق في التعويض بسبب الضرر اللاحق بها مخالف لما ذهب إليه بعض الفقهاء؛ حيث أن المطلقة عندهم لا تستحق تعويضا عن طلاقها حتى ولو تعهد زوجها - عند الزواج بها أو بعد ذلك - بهذا التعويض، على أساس أن الطلاق حق الزوج ولا يسأل الشخص عن استعمال حقه استعمالا مشروعاً، ولو أضر هذا الاستعمال بغيره<sup>(4)</sup>.

كما تعوض الزوجة أيضا لنشوز زوجها، وثبوت ذلك أمام القضاء، من تلك القرارات

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 216850 المؤرخ في 16-02-1999، مجلة قضائية 2001، عدد خاص، ص 100.

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 28784 المؤرخ في 12-11-1982، نقلا عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 76.

(3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 41560، المؤرخ في 07-04-1986، نقلا عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 77.

(4) - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 282. عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص 135.

للمحكمة العليا القاضي بالحكم بالطلاق بسبب تماطل الزوج في إرجاع زوجته إلى بيت الزوجية والحكم لها بالتعويض<sup>(1)</sup>.

وموقف المحكمة العليا بشأن التعويض عن طلاق بسبب النشوز مستندة المادة 55 قانون أسرة السالف ذكرها، والتي تمنح للقاضي الحق في الحكم بالطلاق وإصدار التعويض المناسب للطرف المتضرر من النشوز.

### المطلب الثاني: الفرقة المرتبة للتعويض بطلب من الزوجة

الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت شاء عندما يتحقق ما يستوجه، والزوجة لا تملكه إلا بتملك الزوج بالتفويض لها، فلها حينئذ إيقاعه على ما يقتضيه وضع التفويض، والطلاق حق للزوج من دون الزوجة لما ذكرناه آنفا كونه هو الملمزم بالأعباء المالية (من مقدمات الزواج فمتطلبات الحياة الزوجية فتبعات الطلاق إن حصل) إضافة إلى قوة صبره فلا يتسرع في إنهاء العلاقة دوئما سبب.

هذا الأمر لا يعني أن الشارع الحكيم لم يترك مجالاً للزوجة للتخلص من قيود الزوجية إن هي صارت جحيماً لا يطاق، بل هداها لطرق تسلكها للخلاص من حياة لا تجد فيها راحتها واستقرارها فشرع لها الخلع للتخلص من الرابطة الزوجية على وجه لا رجعة فيه للزوج إلا برضاها، يقول ابن رشد: «والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل»<sup>(2)</sup>، وفرك المرأة أي كرهها.

كما يسر لها سبل الالتجاء للقضاء للتفريق بينها وبين زوجها جراء تضررها، وهذا ما أكد عليه الشرع، إذا لا ينبغي أن يكون طلب الزوجة الفرقة إلا لسبب يقتضي الطلب، فحذر المرأة من الافتداء والرغبة في الافتراق من غير حاجة إليهما، قال ﷺ: «أيماً امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»<sup>(3)</sup>.

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في 26 سبتمبر 1988، مجلة قضائية، 1992، ع2، ص48، والقرار المؤرخ في 26 جانفي 1987، مجلة قضائية، 1991، ع4، ص88، نقلاً عن: العربي بلحاج، الموجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص311.

(2) - ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص68.

(3) - أخرجه أبو داود، السنن، كتاب الطلاق، باب: في الخلع، رقم: 2226، مج1، ج2، ص268. ابن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب: كراهية الخلع للمرأة رقم: 2055، ج1، ص662. الدارمي، السنن، باب: النهي عن أن تسأل المرأة، ج7، ص73.

وهي في ذلك شأنها شأن الرجل؛ إذ أبغض الطلاق له، لقوله ﷺ: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»<sup>(1)</sup>، وفوق كل هذا يرشد القرآن الأزواج إلى مواضع جهلهم بالعاقبة<sup>(2)</sup> فيقول سبحانه وتعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾<sup>(3)</sup>.

وعليه خلاص المرأة من قيود الزوجية حصرها الشرع إن ثبت تضررها بسبيلين اثنين؛ هما الخلع والتفريق القضائي.

### الفرع الأول: الخلع

ثبت العمل بالخلع كسبيل لخلاص الزوجة من عرى الزوجية في الشرع والفقهاء الإسلاميين والقانون وفقهاء، وإن اختلفوا في نوع الفرقة الواقعة به على ما يأتي بيانه، ومصير بدله بين حالات الأخذ والمنع على تفصيل لاحق:

#### البند الأول: مدلول الخلع ونوع الفرقة الواقعة به

لمعرفة الفرقة الواقعة من جهة الزوجة، أو بسبب منها والمصطلح عليها بالخلع، يتعين إدراك مدلولها والأحكام المتعلقة بها ونوع الفرقة المترتبة عنها.

#### أولاً: مفهوم الخلع ومستنده:

الخلع كمفهوم للفرقة من جهة الزوجة، ورد بالتشريعين الإسلامي والقانوني، وذلك مستند مشروعيته، وهذا ما سيتطرق له بالتفصيل في الآتي:

#### 1- مفهوم الخلع من منظور إسلامي وقانوني:

الخلع هو حل عقدة الزوجية، بلغة الخلع وما في معناه، في مقابل عوض تلتزم به المرأة<sup>(4)</sup> وقد استعار علماء الشريعة لفظ الخلع من أهل اللغة، كون الخلع لغة هو من خلع الشيء إذا نزع، وسمي

(1) - سبق تخريجه.

(2) - محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، ط2، 1977، ص531.

(3) - سورة النساء، الآية: 19.

(4) - محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص313.

بذلك لأن المرأة لباس للرجل لقوله تعالى: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ ﴾<sup>(1)</sup>؛ فإذا خالعهما فكأنه أزال اللباس وأبان الزوجة عن نفسه<sup>(2)</sup>.

ولفظ الخلع بفتح الخاء أو ضمها يستعمل في المعنيين اللغوي والفقهني. وقيل هو بفتح الخاء مصدر قياسي (خَلَعَ) يستعمل في أمور حسية كخلع الثوب، وفي الأمور المعنوية كخلع الرجل امرأته خلعا إذا أزال زوجيتها، وخلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه، والخلع بالضم مصدر سماعي (خُلِعَ) يستعمل في المعنيين أيضا لكن الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجازا باعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس، إلا أن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية وبالضم في إزالتها<sup>(3)</sup>.

والخلع هو إزالة ملك النكاح المتوقف على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه، هذا عند الحنفية<sup>(4)</sup>، وهو طلاق بعوض تبدله هي أو غيرها برضاها فيلزم هذا عند المالكية<sup>(5)</sup>، وهو عند الشافعية فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع<sup>(6)</sup> وعند الحنابلة هو فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة<sup>(7)</sup>.

فيفهم من تعريفات الفقهاء للخلع أنه إزالة حكم الزوجية، أي فرقة تقوم على بدل الزوجة عوض لزوجها برضاها مقابل تسريحها.

وحتى تترتب على صيغة الخلع أحكامه الشرعية، لا بد من تحقق أمور هي<sup>(8)</sup>:

(1) -سورة البقرة، الآية: 187.

(2) -ابن منظور، مصدر سابق، مادة خلع، ج8، ص 76.

(3) -محمد مصطفى شلي، مرجع سابق، ص 531-532.

(4) -ابن الهمام، مصدر سابق، ج4، ص 210-211. ابن عابدين، مصدر سابق، ج3، ص 421-439.

(5) -أحمد الدردير، الشرح الصغير، مؤسسة العصر، الجزائر، (دط)، 1992، ج2، ص 296. أحمد الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص 347.

(6) -زكريا الأنصاري، مصدر سابق، ج2، ص 66. الشريبي، مصدر سابق، ج3، ص 262.

(7) -البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج5، ص 167.

(8) -محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 314. محمد مصطفى شلي، مرجع سابق، ص 532.

الأول: أن يكون ملك المتعة قائما حتى يمكن إزالته.

الثاني: أن تكون بلفظ الخلع وما أخذ منه أو يؤدي معناه.

الثالث: لا بد من ذكر العوض.

الرابع: لا بد من قبول الزوجة.

ومرد الشقاق الذي استدعى الخلع قد يكون بسبب من الزوج، وقد يكون بسبب من الزوجة وقد يكون من الطرفين، وبغض النظر عن الطرف المتسبب في الضرر، فإن الخلع جائز إن توافرت فيه الشروط الأربع السابق ذكرها، وكذا الحال بالنسبة لبدله فيقع بقيمة المهر أو أقل منه أو بأكثر منه.

وللزواج الحق في امتلاك هذا البدل، وإن اختلفت الوضعيات كما ذكر آنفاً، والمتعلقة بطرف الشقاق من جهة أو مقدار البدل من جهة أخرى؛ وذلك لكونه أسقط حقه في احتباس زوجته لمنفعته، في مقابل ما يأخذه منها من عوض، بكامل رضاها، ولهذا الحق الذي يمتلكه الزوج سنده الشرعي كما سيأتي تفصيله في حينه، إلا أنه ديانة، إن كان الشقاق الذي استوجب الخلع من جهة الزوج وهو الذي أراد أن يستبدل زوجته بأخرى، فيحرم عليه أن يأخذ منها مالا، قل أو كثر، وكان الأفضل أن يطلقها بلا عوض؛ لأنه إن فعل ذلك يكون قد جمع عليها ضررين، ضرر إجحاشها بفرقة لا شأن لها فيها، وضرر إرهاقها بدفع البدل، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾<sup>(1)</sup>، فإن كان ما استوجب الخلع شقاق من جهتها وحدها أو من جهتهما معاً، فللزواج حينها أن يأخذ منها عوضاً عن ترخيصها بمفارقتها إياها، ولكن يكره له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاهما<sup>(2)</sup>.

لكل هذا وللأدلة التي ستساق في محلها، الخلع كنوع من أنواع الفرقة بين الزوجين حكمه الجواز بتحقيق شروطه<sup>(3)</sup>؛ لأن المرأة إن كرهت زوجها خلّقه أو خلّقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو

(1) -سورة النساء، الآية: 20.

(2) -محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص321-322.

(3) -أبو محمد البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2008، ج1، ص328. عبد الوهاب البغدادي، الإشراف، مصدر سابق، ج2، ص725. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص869. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص173.

ذلك، وخشيت ألا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها منه<sup>(1)</sup>. إلا أن الخلع قطع للرابطة الزوجية بعوض، فهو كالطلاق المعروف الذي تنقطع به الرابطة الزوجية، وهذا التشبيه قال به المالكية في تعريفهم للخلع بأنه (طلاق بعوض)<sup>(2)</sup>.

فحكمه حينها الحظر كالطلاق ولا جواز له إلا لحاجة مشروعة أو لسبب مقبول شرعاً<sup>(3)</sup>، وهذا ما قال به العديد من الفقهاء، يقول ابن حجر العسقلاني<sup>(4)</sup>: «هو مكروه إلا في حالة مخافة أن لا يقيما أو أحد منها ما أمر به»<sup>(5)</sup>، وحكم الكره مرده حديث النبي ﷺ: «أيا امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة»<sup>(6)</sup>.

فالخلع جائز الإقدام عليه لحاجة ملحة، وتتوافر شروطه وكُره في غير هذا بأن كان في غير الحاجة إليه، وعليه فالأصل في حكمه هو الكره ويخرج عن هذا الأصل إلى الجواز للحاجة.

وقد أدرج الفقه القانوني الفرقة بالخلع ضمن الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين وهو إنهاء الرابطة الزوجية باتفاقهما وبناء على رغبتهما معا - كما ثبت في بعض الاجتهادات - وتضم الطلاق بالتراضي والطلاق بواسطة الخلع.

والبحث تمحور حول الفرقة بالخلع لتبنيه العوض كأساس لثبوته بخلاف الطلاق بالتراضي.

فالخلع عقدا اتفاقي وثنائي الأطراف، ينعقد عادة بعرض من الزوجة لمبلغ من المال المعلوم المتقوم شرعا مقابل طلاقها، ويقبول صريح من الزوج لهذا العرض وللطلاق، ويمكن أن يكون بعرض من الزوج وقبول من الزوجة.

لذا عرّفه عبد العزيز سعد: «الخلع عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف، شرع لمصلحة

(1) - نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 149.

(2) - الدردير الشرح الصغير، مصدر سابق، ج 2، ص 296. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 2، ص 347.

(3) - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، مج 8، ص 117.

(4) - أحمد بن علي بن محمد المعروف بابن حجر العسقلاني أبو الفضل، ولد سنة 774هـ، مصر، وتوفي سنة 852هـ، من نه: فتح الباري شرح صحيح البخاري، لسان الميزان، تهذيب التهذيب. (انظر: محمد الشوكاني، البدر الطالع، دار الكتب

العلمية، بيروت، (دط)، 1977، ج 1، ص 87-92).

(5) - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار السلام، المملكة العربية السعودية، (دط)، 2000، ج 9، ص 396.

(6) - سبق تخرجه، ص

الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي، بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر: تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال»<sup>(1)</sup>.

من تعريف عبد العزيز سعد للخلع نخلص إلى كون هذه الفرقة عقد يتضمن:

-قيام الزوجية الصحيحة.

-ثنائية الأطراف (الزوج والزوجة).

-الإيجاب والقبول بين طرفيه (العادة أن يكون الإيجاب من الزوجة ويمكن أن يكون من الزوج).

-توافره على العوض (بدل الخلع) الذي تقدمه الزوجة.

-صدور حكم قضائي بشأنه.

## 2- المستند الشرعي والقانوني لفرقة الخلع:

مستند الخلع في الفقه الإسلامي كتاب الله وسنة نبيه ﷺ وإجماع العلماء.

-فمن كتاب الله قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا

أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾<sup>(2)</sup>. الخطاب هنا للأزواج، فقد حرم الله تعالى على الزوج أن يأخذ من مهر زوجته شيئاً بدون رضاها، إلا في حال واحدة وهي إذا كرهت المرأة الزوج ولم تنطق بالبقاء معه وهو غير ظالم لها، في هذه الحال يجوز أن تعطي الزوجة مالا ويطلقها ويسمى هذا خلعا، وهو حلال على الزوج غير الظالم.

-وقوله سبحانه: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ﴾ الخطاب فيه موجه للحكام وولاية الأمور؛ أي ألا يقيما

حدود الله في المعاشرة الحسنة، فلا جناح أي لا إثم فيما فدت به نفسها<sup>(3)</sup>.

وجاء في قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَيْئًا

مَرِيئًا﴾<sup>(4)</sup>؛ ففي هذه الآية يأمر الله تعالى المؤمنين بأن يعطوا النساء مهورهن فريضة منه تعالى،

(1)-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 248.

(2)-سورة البقرة، الآية: 229.

(3)-أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مرجع سابق، مج 1، ص 214.

(4)-سورة النساء، الآية: 4.

فرضها على الرجل لا على المرأة، فلا يحل له ولا لغيره أن يأخذ منه شيئاً إلا برضى الزوجة، فإن هي رضيت فلا حرج في الأكل من الصداق<sup>(1)</sup>.

- ومن السنة النبوية الشريفة: حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال: «أتردين عليه حديقته؟»، قالت: نعم، قال ﷺ: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»<sup>(2)</sup>.

- ومن الإجماع:

قول الإمام مالك: «مأزل أسمع ذلك من أهل العلم، وهو الأمر المجتمع عليه عندنا، وهو أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة، ولم يسيء إليها ولم تؤت من قبله وأحبت فراقه، فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما افتدت به كما فعل النبي ﷺ في امرأة ثابت بن قيس، وإن كان النشوز من قبله بأن يضيء عليها ويضرها، ردّ عليها ما أخذ منها»<sup>(3)</sup>.

وقال ابن قدامة: «وبهذا - أي بجواز الخلع - قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام»<sup>(4)</sup>، وقال ابن حجر: «وأجمع العلماء على مشروعيته، إلا ابن عبد الله المزني التابعي... فادعى نسخها... وانعقد الإجماع بعده على اعتباره»<sup>(5)</sup>.

ومستند هذه الفرقة في التشريع الأسري الجزائري المادة 54 من قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 والتي نصها: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم» ألغى التعديل<sup>(6)</sup> أمر الاتفاق المسبق على المقابل المالي، وجعله مما يفهم ضمناً، أنه يتعين على الزوجين بكامل إرادتهما أن يتفقا على مقدار الخلع تبعاً لاتفاقهما على الافتراق بالخلع،

(1)- أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مرجع سابق، مج1، ص 435-436.

(2)- سبق تخريجه ص

(3)- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج4، ص 139.

(4)- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص 52-53.

(5)- ابن حجر العسقلاني، مصدر سابق، ج9، ص 395-396.

(6)- المادة 54 قبل التعديل نصت على: «يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم».

وتجاوز ذلك إلى حالة عدم الاتفاق مباشرة، موكلا حينها المهمة للقاضي الذي يستعمل كامل سلطته التقديرية في تقدير البديل الذي لا يتجاوز حدا أقصى وهو صدق المثل وقت صدور الحكم بالخلع.

كما أشار التعديل إلى إمكانية لجوء الزوجة للخلع دون موافقة الزوج، وهذا ما لم يأت على ذكره قبل التعديل؛ إذ فقها لهذا التشريع السابق، لا يجوز للقاضي أن يحكم بالخلع بمجرد طلبه من الزوجة دون رضى الزوج، وموافقته الصريحة وإلا أصبح من الجائز لكل زوجة تطلب الخلع، وتعرض مبلغا من المال على زوجها أن تتحصل على الطلاق وتتخلص من زوجها ظالمة كانت أو مظلومة، دون حاجة إلى إثبات أي مبرر شرعي أو قانوني<sup>(1)</sup>، وهذا تماشيا مع أحكام الفقه الإسلامي وشروط الخلع فيه السابق ذكرها.

كما أن الطبيعة القانونية للخلع تؤكد أنه عقد ثنائي الطرف، لا يتم إلا بالإيجاب والقبول ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج، وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما، فالتكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على مال<sup>(2)</sup> يعتبر يمينا في جانب الزوج، لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال، ويعتبر معاوضة لها شبه بالتبرع من جانب الزوجة التي تدفع له مبلغا من المال<sup>(3)</sup>.

(1)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 249.

(2)- الخلع طلاق بعوض كما عرفه المالكية، وليس عندهم فرق بين الخلع والطلاق على مال، الخرشبي، مصدر سابق، ج 4، ص 12. بينما عند الحنفية فالخلع والطلاق على مال يتفقان في أمور هي:

1- كليهما يشترط فيه قول الزوجة.

2- الواقع بمما طلاق بائن.

3- البديل يلزم ذمة الزوجة فيهما.

4- كل منهما لا يسقط حقا من حقوق الزوجية، إلا بالنص عليه عند أبي يوسف ومحمد.

ويختلفان في أمور هي:

1- الخلع المستكمل لشروطه تسقط به الحقوق الثابتة لكل واحد من الزوجين قبل الآخر عند أبي حنيفة، سواء نص على سقوطه أم لم ينص، أما الطلاق على المال فلا يسقط به شيء من الحقوق إلا بالنص على سقوطه.

2- لو بطل البديل في الخلع، كأن يخالعه على خمر أو خنزير، وقع به طلاق بائن بدون عوض، ولو بطل البديل في الطلاق على مال وقع به طلاق رجعي.

3- الخلع يقع بصيغة الخلع أو ما يقوم مقامه، أما الطلاق على مال فقد تكون عبارته من مادة الخلع كما تكون من غير هذه المادة.

أنظر: محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 324-325. محمد مصطفى شلي، مرجع سابق، ص 538-539.

(3)- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 263-264.

وخلافا لهذا لما جاء على لسان الدكتور أحمد الغندور من أن الإمام مالك كان قد أجاز نبي أن يخلع الزوجة من زوجها، بعد أخذ رأي الحكّمين كلما قالت الزوجة عن زوجها أنها تبغضه ولا تطيقه، وأثبتت نشوزها منه، على أن تدفع له ما كان قد قدمه لها في سبيل الزواج<sup>(1)</sup>، وإلى هذا الاضطراب أشارت القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، بين التي أوجبت تراضي الطرفين للقول بوقوع فرقة الخلع وبين التي أقرت القول بوقوعها بطلب منفرد من الزوجة.

من القرارات ذات النوع الأول؛ القاضية بأن الخلع يعتبر عقدا رضائيا، وذلك مما هو مقرر شرعا، فلا يجوز للقاضي مثلا أن يحكم به من تلقاء نفسه<sup>(2)</sup>؛ لأن المتفق عليه في أحكام الشريعة الإسلامية، أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع، يعتبر ذلك اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع<sup>(3)</sup>.

فقبول الزوج للخلع أمر وجوبي وليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج<sup>(4)</sup> فلا يجوز فرضه عليه<sup>(5)</sup>.

ومن القرارات ذات النوع الثاني؛ القاضية بأن المقرر قانونا 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...دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة<sup>(6)</sup>.

لأنه حق خولته لها الشريعة الإسلامية لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا<sup>(7)</sup> وفي قرار آخر وصفه بأنه رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها...دون موافقة الزوج<sup>(8)</sup>؛

(1)- أحمد الغندور، مرجع سابق، ص336.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 33652 المؤرخ في 11-06-1984، مجلة قضائية، 1989، ع3، ص38.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 36709 المؤرخ في 22-04-1985، مجلة قضائية، 1989، ع1، ص92.

(4)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 51728 المؤرخ في 21-11-1988، مجلة قضائية، 1990، ع3، ص72.

(5)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 73885 المؤرخ في 23-04-1991، مجلة قضائية، 1993، ع2، ص55.

(6)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 83603 المؤرخ في 21-07-1992، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص134.

(7)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 141262 المؤرخ في 30-07-1996، مجلة قضائية، 1998، ع1، ص120.

(8)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 216239 المؤرخ في 16-03-1999، مجلة قضائية، 2001، عدد

خاص، ص138.

لأن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانوناً<sup>(1)</sup>، وعللت مثل هذه القرارات عدم اشتراط قبول الزوج للخلع، وذلك منعاً له من الابتزاز والاستغلال والتعسف الممنوعين شرعاً<sup>(2)</sup>.

الملاحظ أن التعديل الجديد للمادة 54 قانون 84-11 (المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة) وإن حسن جوانب مادية تتمثل في الاتفاق على بدل الخلع من قبل الزوجين، فإن لم يتفقاً يؤول أمر تقدير البديل للقاضي الذي يراعي في تقديره صداق المثل كحد أقصى، وقت صدور الحكم بالخلع، والحكمة من هذا تدور حول زمن التقدير الذي علقته المادة بوقت الحكم؛ إذ لو حكم للزوج بصداقتها الذي أصدقها إياه قبل عشر سنوات، فإنه قد لا يتعدّ عشر الصداق المتعامل به وقت الحكم، فلا يكفل حينها للزوج المخالع مقدار مهر جديد لزوجة جديدة بدل التي خالعت منه<sup>(3)</sup>.

إلا أن جعل الخلع طلاقاً غير إراضي، بتمكين الزوجة من مخالعة نفسها دون الحاجة إلى موافقة الزوج لعله وهي إمكانية ابتزازها واستغلالها؛ إذ لا يجوز للزوج أن يظلم زوجته لتدفع له مبلغاً من المال لقاء طلاقها، أو تبرئته من مؤخر صداقتها، كما يفعل بعض الجهلة في عصرنا الحالي طمعاً في أموال زوجاتهم<sup>(4)</sup>، قد يفتح هذا الأمر الباب أمام الزوجات للخلاص من الحياة الزوجية متى أردن، ولو لأتفه الأسباب، إلا أن الثقة في القضاء قد تمون هذا الأمر.

### ثانياً: نوع الفرقة الواقعة بالخلع

انقسم الفقهاء بشأن نوع الفرقة المترتبة عن الخلع، بين معتبر إياها طلاقاً، أو على اعتبارها أنها فسخ.

- الخلع طلاق بائن: وقال بهذا الحنفية<sup>(5)</sup>، يقول السرخسي صاحب كتاب المبسوط: «والخلع تطليقة بائنة عندنا»<sup>(6)</sup>، وهو هب المالكية، جاء في بداية المجتهد: «وأما نوع الخلع فجمهور

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 252994 المؤرخ في 21-11-2000، مجلة قضائية، 2001، ع 1، ص 293.

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 83603 المؤرخ في 21-07-1992، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص 134. قرار رقم: 252994 المؤرخ في 21-11-2000، مجلة قضائية، 2001، ع 1، ص 293.

(3) - سلمان نصر، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 154.

(4) - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 264.

(5) - الكاساني، مصدر سابق، ج 3، ص 144.

(6) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 6، ص 171.

العلماء على أنه طلاق وبه قال مالك<sup>(1)</sup>.

يقول ابن جزى<sup>(2)</sup>: «الخلع جائز عند الجمهور... فتقع بذلك طلاقه بائنة»<sup>(3)</sup>.

وهو رواية عن الحنابلة، فقد اختلفت الرواية عن أحمد، في إحداها هو طلاقه بائنة<sup>(4)</sup>، وبه أخذ المتأخرون من فقهاء الحنابلة<sup>(5)</sup>، وهو طلاق كذلك في قول للشافعية<sup>(6)</sup>.

واستدل أصحاب هذا الرأي بالعديد من الأدلة منها<sup>(7)</sup>:

1- أنه ﷺ لما خالغ حبيبة وثابت بن قيس، قال لها: «اعتدي» ثم التفت إليه فقال له: «هي واحدة»، وفي رواية «طلقها تطليقة»<sup>(8)</sup>؛ أي طلاقه وهذا نص في الباب.

2- إن الخلع طلاق بعوض، وقد ملك الزوج العوض بقبولها، فلا بد أن تملك الزوجة نفسها تحقيقاً للمعاوضة، ولا تملك نفسها إلا بالطلاق البائن.

3- إنما بذلت العوض لتخليص نفسها من قيد الزوجية ولا تتخلص إلا بالطلاق البائن؛ لأن الزوج يراجعها في الطلاق الرجعي، فلا تتخلص من زوجها مع ما بذلته من مال.

4- إن الزوج أخذ العوض على ما يملكه، والذي يملكه الطلاق دون الفسخ.

5- إن كل فرقة تعلقت بإرادة الزوجين لا عن غلبة فإنها لا تكون فسخاً بل تكون طلاقاً.

6- لفظ المخالعة من الكنايات التي يراد بها الطلاق.

(1)- ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص 69.

(2)- محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن جزى الكلبي أبو القاسم، ولد سنة 693هـ، فقيه أصولي لغوي، توفي سنة 741هـ، كتب في الفقه، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، وفي الأصول: تقريب الوصول إلى علم الأصول، إلى جانب مؤلفات أخرى كثيرة. (انظر: الزركلي، مرجع سابق، ج5، ص325).

(3)- ابن جزى، مصدر سابق، ص 257.

(4)- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص 56-57.

(5)- البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج3، ص 128.

(6)- الشربيني، مصدر سابق، ج3، ص 268.

(7)- أنظر: الكاساني، مصدر سابق، ج3، ص 144-145. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج6، ص 171-172. عبد

الوهاب البغدادي، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص 878. عبد الوهاب البغدادي، الإشراف، مصدر سابق، ج2، ص

725. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص 181.

(8)- سبق تخريجه، ص

7- لفظ الخلع يدل على الطلاق لا على الفسخ؛ لأنه مأخوذ من الخلع وهو النزع، والنزع إخراج الشيء من الشيء في اللغة، قال تعالى: ﴿وَنَزَعْنَا مَا فِي صُدُورِهِمْ مِّنْ غَلِيٍّ﴾<sup>(1)</sup>؛ أي أخرجنا، وقوله تعالى: ﴿وَنَزَعَ يَدَهُ﴾<sup>(2)</sup>؛ أي أخرجها من جيبه، فيكون بذلك قول الزوج لزوجته (خالعتك)؛ أي أخرجتك من ملك النكاح، وهذا معنى الطلاق البائن.

8- كما روي عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفا عليهم ومرفوعا إلى رسول الله ﷺ: «الخلع تطليقة بائنة»<sup>(3)</sup>.

9- إن فسخ العقد لا يكون إلا بالعرض الذي وقع عليه العقد، كما أن الإقالة في البيع توجب استرجاع الثمن، بينما يجوز في الخلع إيقاعه على ما وقع عليه النكاح من مهر وعلى غيره، وهذا يدل على أن الخلع ليس فسخا.

10- إن الله تعالى ذكره بين طلاقين في قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ﴾<sup>(4)</sup>. ثم قال تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾<sup>(5)</sup>، ثم قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾<sup>(6)</sup>، فدل ذلك على أن الخلع ملحق بهما.

- الخلع فسخ: وهو الرواية الثانية عن أحمد<sup>(7)</sup>، وأحد قولي الشافعي<sup>(8)</sup> ورجحه شيخ الإسلام ابن تيمية<sup>(9)</sup>، واستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة منها<sup>(10)</sup>:

(1) -سورة الأعراف، الآية: 43.-سورة الحجر، الآية: 47.

(2) -سورة الأعراف، الآية: 108.-سورة الشعراء، الآية: 33.

(3) -أخرجه الدار قطني، السنن، كتاب الطلاق، باب: الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، ج4، ص45-46. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب: الخلع هل هو فسخ أو طلاق؟، ج7، ص316. ابن أبي شيبة، المصنف، كتاب الطلاق، باب: ما قالوا في الرجل إذا خلع، ج5، ص110-112.

(4) -سورة البقرة، الآية: 229.

(5) -سورة البقرة، الآية: 229.

(6) -سورة البقرة، الآية: 230.

(7) -ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص181.

(8) -الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج5، ص198-199.

(9) -ابن تيمية، الفتاوى، مصدر سابق، ج32، ص289.

(10) -ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص180-181. البهوتي، الكشاف، مرجع سابق، ج3، ص128.

- 1- احتجوا بأنه فسخ بقوله تعالى: ﴿أَطْلَقُ مَرَّتَانٍ﴾<sup>(1)</sup>، ثم قوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا أَفَدَّتْ بِهِ﴾<sup>(2)</sup>، ثم قوله كذلك: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾<sup>(3)</sup>. فذكر سبحانه تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا.
- 2- إنهاء فرقة حلت من صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ.
- 3- أن يقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة ولا ينوي به الطلاق، فيكون فسخا لا ينقص به عدد الطلاق، ولو لم ينو بهذه الألفاظ الخلع، لأنها صريحة فيه.
- 4- ما رواه الترميذي وأبو داود والدارقطني عن ابن عباس: أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد رسول الله ﷺ، فأمرها رسول الله ﷺ: «أَنْ تَعْتَدَّ بِحَيْضَةٍ»<sup>(4)</sup>.
- وهذا يدل على أن الخلع فسخ لا طلاق، وذلك أن الله تعالى قال: ﴿وَأَلْمَطَلَّقَتْ يَرَبِّصَنَّ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾<sup>(5)</sup> ولو كانت المختلعة مطلقة لم يقتصر بها على قرء واحد، ويترتب على القول بأن الخلع طلاق أو فسخ النتائج الآتية<sup>(6)</sup>:
  - القول بأنه طلاق بائن؛ والبائن ينقسم إلى بائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى، فأيهما نواه صح؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه فتصح نيته ويقع ما نواه، وكونه طلاق، احتسب على المخالعة ونقص به عدد الطلاق الذي يملكه على زوجته، فإن طلقها اثنتين ثم خالعهما لم يمكنه ارتجاعها حتى تنكح زوجا غيره.
  - ولا يمكن بأي حال اعتبار الخلع طلاق رجعي، وقد خطأه شيخ الإسلام ابن تيمية، قال رحمه

(1)- سورة البقرة، الآية: 229.

(2)- سورة البقرة، الآية: 229.

(3)- سورة البقرة، الآية: 230.

(4)- أخرجه الترميذي، السنن، عارضة الأحوذى، كتاب الطلاق، باب: ما جاء في الخلع، ج5، ص158-159. أبو داود، السنن، كتاب الطلاق، باب: في الخلع، رقم: 2229، مج1، ج2، ص269. ابن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب: عدة المختلعة (بلفظ - حتى تحيضين حيضة-) رقم: 2058، ج1، ص664. الدارقطني، السنن، ج9، ص304. ابن أبي شيبة، المصنف، كتاب الطلاق، باب: من قال عدتها حيضة، ج5، ص114.

(5)- سورة البقرة، الآية: 228.

(6)- علي محمود قراة، مرجع سابق، ص52-53.

الله: «وهذا خطأ، فإن مقصود الافتداء لا يحصل إلا مع البينونة، ولهذا كان حصول البينونة بالخلع مما لم يعرف فيه خلاف بين المسلمين»<sup>(1)</sup>.

وقال ابن قدامة: «إن قوله تعالى: ﴿فِيمَا أَفْنَدْتُمْ بِهِ﴾ يدل على أن الفرقة بالخلع لا تكون فداء بالطلاق الرجعي، لأنها تكون فداء إذا خرجت عن سلطان الزوج، ولا تخرج عن سلطانه إلا إذا وقعت البينونة دون أن يكون للزوج حق الرجعة، ولأن القصد من الخلع إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر؛ ولأن المرأة إنما بذلت المال لتملك نفسها، فلا يملك الزوج إرجاعها بإرادته، فالقول بأن الفرقة بالخلع طلاق رجعي يناقض طبيعة الخلع وحكمة تشريعه»<sup>(2)</sup>.

-القول بأنه فسخ يترتب عنه؛ أنه لو طلق امرأته تطليقتين ثم خالعهما ثم أراد أن يتزوجها كان له ذلك، وإن لم تنكح زوجا غيره، لأنه ليس له غير تطليقتين والخلع لغو.

بعرض سريع لرأي الفريقين، يتضح قوة أدلة الفريق الأول؛ أي أن الخلع طلاقا، ولم يورد قانون الأسرة الجزائري<sup>(3)</sup>؛ أي نص بشأن نوع الفرقة المترتبة على الخلع أهى طلاق بائن أم فسخ؟ كما ذهب إلى ذلك الفقه الإسلامي.

وفي مثل هذه الحال يحتكم الفقه القانوني إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

وكوننا نحتكم للمذهب المالكي؛ والسادة المالكية يقررون بشأن فرقة الخلع طلاقا بائنا، فإن كل ما يحكم به في محاكمنا من فرقة عن طريق الخلع هي طلاق بائن<sup>(4)</sup>. يقع بمجرد توافق الإيجاب والقبول، ويكون المال دينا في ذمة الزوجة يجب أدائه، وأن الخلع لا يسقط من الحقوق والديون التي لأحد الزوجين على الآخر، إلا ما اتفقا عليه<sup>(5)</sup> على أساس انه طلاق على مال - كما قال به

(1)-ابن تيمية، الفتاوى، مصدر سابق، ج32، ص310.

(2)-ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص60.

(3)-قانون 84-11، المؤرخ في 9 جوان 1984 والمعدل والمتمم بالقانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005 والمتضمن قانون الأسرة.

(4)-من القرارات القضائية التي تصرح بأنه طلاق لا فسخ القاضية بأن: «...يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق». المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 36709 المؤرخ في 22-04-1985، مجلة قضائية، 1989، ع1، ص92.

(5)-العربي بلحاج، الموجز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص271.

المالكية-

ويرى عبد العزيز سعد أنه يسقط كل ما نشأ من حقوق بين الزوجين باستثناء حق نفقة العدة؛ لأنه نشأ بعد الفرقة<sup>(1)</sup> على أساس أنه خلع وليس طلاقاً على مال كما قال به الحنفية.

### البند الثاني: التعويض المقرر لفرقة الخلع أخذاً ومنعاً

التعويض المقرر لفرقة الخلع، والمسمى ببطل الخلع، والذي هو ركن من أركان المخالعة باتفاق الشرع والقانون، الأصل فيه أخذه من قبل الزوج، إلا أن ثمة حالات يمتنع فيها هذا الأخذ، على نحو هذا التفصيل:

### أولاً: إيجاب بدل الخلع

بدل الخلع كونه الواجب المالي المقرر في فرقة الخلع، اختلف بشأن اشتراطه من عدم ذلك في عقد الخلع، كما ورد بشأن نوعه لتمام العقد، تفصيلات في الفقه الإسلامي والقانوني.

### 1- بدل الخلع بين الاشتراط وعدمه في عقد الخلع:

بدل الخلع هو ما تلتزم الزوجة ببذله إلى الزوج وينعقد عليه عقد الخلع، فلا يصح دونه<sup>(2)</sup>، وبدل الخلع مشروع بالكتاب والسنة وعمل الصحابة والإجماع والعقل يقتضيه لما سبق تفصيله في مبحث سابق<sup>(3)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط البطل لصحة عقد الخلع في مذاهب على النحو الآتي:

**القول الأول:** يصح الخلع بلا ذكر العوض؛ لأنه قطع للنكاح، فصح من غير عوض كالطلاق، ولأن الأصل في مشروعية الخلع أن توجد من المرأة رغبة عن زوجها وحاجة إلى فراقه فتسأله فراقها، فإن أجابها حصل المقصود وإن لم يذكر العوض.

فإن قال الزوج لزوجته خالعتك، أو قال لها اختلعي ولم يذكر مالا فقبلت الزوجة وقع الخلع

(1)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 251.

(2)- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مرجع سابق، ج 8، ص 171.

(3)- أنظر: شكل التعويض في دعاوى الفرقة، ص

صحيحاً، فإن قال لها ذلك ناويا الطلاق، وقع كذلك لأن لفظ (خلعتك) من كنايات الطلاق فيقع به، وهذا مذهب الحنفية<sup>(1)</sup>، والمالكية<sup>(2)</sup>؛ إذ لا يشترط عندهم ذكر العوض، فالخلع يصح به ومن دونه والواقع به في الحالتين طلاق بائن وهو رواية عن الإمام أحمد<sup>(3)</sup>.

**القول الثاني:** لا يصح الخلع بلا ذكر للعوض، فإذا وقع بلفظ الخلع وقلنا إنه صريح في الطلاق ولم يذكر عوضاً وقبلت الزوجة بانته منه ووجب للزوج مهر مثلها في الأصح لإطراد العرف بجريان ذلك بعوض، فرجع عند الإطلاق إلى مهر المثل، لأن إليه المرد كالخلع على مجهول، ولو نفى العوض وقع طلاقاً رجعياً. وعلى القول بأن لفظ الخلع من الكنايات فإن وقع به مع النية كان الطلاق رجعياً وهو مذهب الشافعية<sup>(4)</sup>، والرواية الثانية عن الإمام أحمد<sup>(5)</sup>، والذي استقر عليه متأخروا الحنابلة هو عدم صحة الخلع بغير عوض، لأن العوض ركن فيه، فلم يصح تركه كالثمن في البيع، فإن خالعهها بغير عوض لم يقع منه خلع ولا طلاق، إلا أن يكون بلفظ الطلاق أو نيته مع التلفظ بالخلع؛ لأنه كناية فيقع طلاقاً رجعياً<sup>(6)</sup>، والفقه القانوني يأخذ بصور ثلاث لبدل الخلع وذلك بأن يكون صريحاً في المخالعة، أو مسكوتاً عنه أو ينفي الزوجان أي مقابل في المخالعة.

فيكون صريحاً بأن يسمي الزوجان بدل الخلع ويتفقا عليه، فتحصل الفرقة ويلزم المبلغ ذمة الزوجة، وتطالبه ببقية الحقوق كالصداق والنفقة الزوجية.

ويكون مسكوتاً عنه إذا لم يسم الزوجان بدلاً للخلع بأن قال لها: «خالعتك، فقالت: قبلت» برئ كل منهما من حقوق الآخر بالصداق والنفقة الزوجية.

وينفي الزوجان أي مقابل صراحة، كما لو قال لها «خالعتك دون عوض فقالت قبلت»، كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض، ووقع بها طلاقاً رجعياً، ولا يطالب الزوج زوجته بشيء، ولا يسقط شيء من حقوق الزوجية التي في ذمة أحدهما للآخر<sup>(7)</sup>، وقد نص المشرع الجزائري في المادة

(1)-ابن عابدين، مصدر سابق، ج3، ص 440.

(2)-الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج1، ص 441.

(3)-ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص 67.

(4)-الشريبي، مصدر سابق، ج3، ص 268.

(5)-ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص 67.

(6)-البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج3، ص 130.

(7)-العربي بلحاج، الموجز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 268.

54 قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة. على حالي التصريح ببدل الخلع «يجوز للزوجة... أن تخالع نفسها بمقابل مالي»، أو السكوت عنه «إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم»، فإن اتفقا عليه حصلت الفرقة ولزم المبلغ ذمة الزوجة<sup>(1)</sup>.

وإن لم يحدث الاتفاق أرشد المشرع إلى كيفية تحديده بأن يتولى الأمر القاضي فيحدد مبلغا للبدل بما لا يجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم بالخلع وبدله هذا من جانب، ويحتمل عدم الاتفاق ذكره والتصريح به إلا أنه أخذ طابع الأخذ والرد بشأنه من جانب آخر.

## 2- نوع بدل الخلع في الفقهين:

بدل الخلع في الفقه الإسلامي، يشترط فيه أن يكون مالا متقوما أو منفعة مباحة تقابل بالمال وهو بهذا أنواع:

-المهر المؤجل كونه دينا في ذمة الزوج، والدين اسم مال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال أتلفه أو قرض اقترضه، أو بيع عقد بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة، وهو المهر أو استئجار عين<sup>(2)</sup> فيصح بدل الخلع بذلك قليلا وكثيرا دينا وعينا ومنفعة كالصداق<sup>(3)</sup>.

-نفقة المختلعة ونفقة ولدها، فيصح البديل نفقة ماضية وجبت في ذمة الزوج للزوجة وكذا نفقة معتمدة في زمن العدة<sup>(4)</sup>.

جاء في الفتاوى الهندية: «امرأة اختلعت مع زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى أن تمسك ولدها ثلاث سنين أو عشر سنين بنفقتها، صح الخلع وتجبر على ذلك»<sup>(5)</sup>.

كما يجوز البديل بنفقة حمل، وبالإنفاق على ولدها منه، وقال المالكية إذا اجتمعا هذان

(1)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 21305 المؤرخ في 25 فيفري 1980، نشرة قضائية، 1980، ص79، نقلا عن العربي بلحاج، الموجز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص268.

(2)-الكمال بن الهمام، مصدر سابق، ج5، ص431.

(3)-الشافعي الصغير، مصدر سابق، ج6، ص391.

(4)-الكاساني، مصدر سابق، ج3، ص153.

(5)-الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط4، 1406هـ-1986م، ج1، ص490.

البدلان لا يسقط الأول، لأنهما حقان أسقطت أحدهما عنه في نظير الخلع فبقي الآخر<sup>(1)</sup>.

- حق السكن في زمن العدة، فما تعلق بتنازل المختلعة عن حق السكن في زمن العدة كبديل للخلع، فلا يجوز الفقهاء على اعتبار أنه ليس بحق لها وإنما هو حق لله تعالى<sup>(2)</sup>: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾<sup>(3)</sup>، أما ما تعلق بأجرة السكن فلها أن تحتلج بها وكل ما تعلق بمؤونة السكن<sup>(4)</sup>.

- إرضاع ولدها منه، ويصح هذا الأخير أن يكون بدلا للخلع، كون الرضاعة مما يصح الاستئجار عليها<sup>(5)</sup> لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ بِأَجْرِهِنَّ﴾<sup>(6)</sup>.

إلا أن الاختلاف بين الفقهاء في هذا البديل تعلق بتحديد مدته من عدمها، كما تعلق بحالة موت الرضيع قبل الإرضاع أو قبل مضي المدة<sup>(7)</sup>.

كما يجوز أن يكون بدل الخلع نفقة الصغير وحضانتها أو إسقاطها على اختلاف وجهات النظر عند الفقهاء في الكيفيات المرغوب الإتيان بها<sup>(8)</sup>.

والتشريع القانوني وفقهه بمقتضى المادة 54 قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 أكدا أن بدل الخلع يكون بمقابل مالي ولم يذهب إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من تنوع أوجه بدل الخلع.

(1)- الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج1، ص 442.

(2)- الكاساني، مصدر سابق، ج3، ص 153. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص 350.

(3)- سورة الطلاق، الآية: 1.

(4)- ابن عابدين، مصدر سابق، ج3، ص 455. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص 350.

(5)- أنظر: الكاساني، مصدر سابق، ج3، ص 149. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص 357-358. النووي،

المجموع، مصدر سابق، ج 16، ص 24-25/ البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج3، ص 131.

(6)- سورة الطلاق، الآية: 6.

(7)- أنظر تفصيل هذا: ابن عابدين، مصدر سابق، ج3، ص 455. الكاساني، مصدر سابق، ج3، ص 149. الدردير، الشرح

الكبير، مصدر سابق، ج2، ص 357-358. النووي، المجموع، مصدر سابق، ج16، ص 24-25. البهوتي، كشاف القناع،

مصدر سابق، ج3، ص 131.

(8)- السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج6، ص 169. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص 357-358، الشرح

الصغير، مصدر سابق، ج1، ص 442-443. الشيرازي، مصدر سابق، ج16، ص 23.

فلا يمكن أن يكون بدل الخلع إلا مبلغا من المال، والمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة داخل الوطن، ويمكن أن تكون من النقود والأوراق المالية المتداولة خارج الوطن<sup>(1)</sup>.

كما أن المادة 54 بل التعديل قد وصفت البديل في فقرتها الأولى بالمال ونعته في الفقرة الثانية من المادة نفسها بالشيء، هذا الأخير الذي يحتمل المال وغيره.

أي يمكن أن يكون بدل الخلع من نوع الأشياء التي يمكن تقويمها بالمال شرعا، وبعبارة فقهية أكثر دقة أن كل ما صح أن يكون صداقا ومهرا شرعا يصح أن يكون مقابل الخلع، فيمكن أن يكون سيارة أو بيتا، كما يمكن أن يكون ديناً للزوج على الزوجة أو شيئا غيره من الأشياء التي تُقوّم بالمال شرعا، في نحو مؤجل صداقها أو نفقة المحضون لعدد من السنوات، أو نفقة عدة..<sup>(2)</sup>.

فالمادة قبل التعديل فقها لها، يجوز الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي وكل ما رمى إليه، إلا أن المادة بعد التعديل وبتحديدها البديل بالمقابل المالي ترمي إلى معنيين:

- مقابل مالي محض وحينها حتى يتسنى الأخذ بغيره على القاضي إعمال نص المادة 222 قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

- وقد يعني به؛ المقابل المالي، وما يؤول في حكمه إلى المال على نحو ما ذكر سابقا.

ثانيا: منع أخذ البديل:

الخلع جائز بحكم الشرع وبذله يصح أخذه من قبل الزوج حتى تُوقَع الفرقة، إلا أن هناك حالات يمنع فيها الشرع أخذ الرجل للبديل ومع ذلك تطلق امرأته منه على خلاف من ذلك:

1- حالة العضل<sup>(3)</sup>:

قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ

(1)-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص249.

(2)-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص249-250.

(3)-عَضَلُ المرأة عن الزوج حَبَسَهَا، وَعَضَلُ الرجل أَيْمَهُ، منعها الزوج ظلما، والعضل يكون من الزوج لامرأته وهو أن يضارها ولا يحسن عشرتها، ابن منظور، مصدر سابق، مادة: عضل، ج11، ص451.

مُبَيَّنَةٌ ﴿١﴾؛ وهذه الآية هي حجة جمهور الفقهاء القائلين ببطان الخلع؛ لأنه عوض أكرهن على بذله بغير حق، فلم يستحقه الأزواج.

وهذا مذهب الحنابلة وبه قال المالكية والشافعية، إلا أن أبو حنيفة العقد عنده والعوض لازم وهو آثم عاص (٢).

قال الإمام مالك: «لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجتمع عليه عندنا، وهو إن كان النشوز من قبل الزوج بأن يضيق على امرأته ويضرها ردّ عليها ما أخذ منها (٣) ولها أن تثبت ذلك بالبينة، وإن أسقطت حقها في ذلك مقابل الخلع فلها أن تقيمه بعد الطلاق وتأخذ منه المال» (٤).

والفرقة حاصلة ولو يصحبه العضل، هذا ما قال به المالكية (٥) خلافا للحنابلة القائلين ببقاء الزوجية (٦)، واستثنى من حالة العضل، الخلع عن طريقة إن هي أتت بفاحشة مبينة بنص الآية.

## 2- حالة كره الزوج لزوجته:

قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾ (٧).

يقول الكمال بن الهمام (٨): «فإن الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق، وفي إمساكها لا لرغبة، بل لإضرار وتضييقا ليقطع مالها في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي فيها معه،

(١) - سورة النساء، الآية: 19.

(٢) - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص 54-55.

(٣) - القرطبي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج3، ص 139.

(٤) - الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج1، ص 445-446.

(٥) - الدردير، المصدر نفسه، ج1، ص 445-446.

(٦) - البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج3، ص 126.

(٧) - سورة النساء، الآية: 20.

(٨) - محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود، كمال الدين المعروف بابن الهمام، أصله من سيواس، ولد بالإسكندرية سنة 790هـ، إمام من علماء الحنفية، عارف بأصول الديانات والتفسير والفرائض والفقهاء والحساب، واللغة والموسيقى والمنطق، كان شيخ الشيوخ ومعظما عند الملوك وأرباب الدولة، توفي بالقاهرة سنة 861هـ، من كتبه: فتح القدير في شرح الهداية، التحرير في أصول الفقه. (انظر: الزركلي، مرجع سابق، ج6، ص255).

أخذ لما لها بغير حق، وقال تعالى: ﴿وَلَا تُنْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾<sup>(1)</sup>. فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ مالها كذلك فيكون حراما... فالأخذ حرام في حالة عدم نشوزها وإن كان برضاها، ولو فعل كان أخذه سببا للتملك كما في البيع وقت النداء لصلاة الجمعة حيث يملك بسبب ممنوع<sup>(2)</sup>.

ويظهر من الآية الكريمة ومن قول الفقيه؛ أن أخذ مال على هذه الصفة بطريق المخالعة حرام، ولا يحق أخذه؛ لأنه من باب أخذ مال الغير على غير وجه.

أما فيما يخص التشريع والفقهاء القانونيين، فلم يأتي على ذكر هذه الحالات بالتفصيل فما تعلق بتحديد الطرف الناشئ فقد ضم التشريع القانوني وفقهه إلى ذمته التعويض دون إسناد هذا الوضع وحالة بدل الخلع وكيف يتصرف فيه إذا كان النشوز من الزوج وهو المطلبُ ببدل الخلع، كما لم يرتب وصفات تعالج حالة ما إذا أضر الزوج بزوجته وعضلها لأجل دفع البدل له، لكن قد يؤول الحل في مثل هذه الحالات وفق التشريع الأسري إلى نص المادة 222 قانون 84-11 التي تحيل إلى إعمال قواعد وأحكام الشرع الإسلامي في كل ما لم ينص عليه.

واعتبار الحالتين -العضل والكره- ضرر قد يؤول علاجهما بالرجوع إلى أحكام المادة 53 الفقرة 10 قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة، التي يحق للزوجة ويجوز لها رفع الضرر عنها بطلب التطلاق، وفي كل هذا لم يشر إلى بدل الخلع هل يمنع عن الزوجة أم يستحقه.

وما أقرته اجتهادات القضاء هو عدم اشتراط قبول الزوج لمبدأ الخلع والمبلغ الذي طلبه في بعض قراراتها السابقة الذكر، وذلك منعا للائزاز والاستغلال والتعسف، الممنوعين شرعا<sup>(3)</sup> وفي هذا إشارة إلى منع العضل الممارس على الزوجات.

### الفرع الثاني: التفريق القضائي

(1) -سورة البقرة، الآية: 231.

(2) -الكمال ابن همام، مصدر سابق، ج3، ص203.

(3) -الحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 83603 المؤرخ في 21-07-1992، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص 134. قرار رقم 252994 المؤرخ في 21-11-2000، مجلة قضائية، 2001، ع1، ص 293.

إلى جانب حق الزوجة في الفرقة بطريق الخلع إن هي كرهت زوجها ورغبت عن العيش معه وخافت ألا تقيم حدود الله، فُتِحَ أمامها باب آخر للتخلص من زوج يكون قد أضر بها، وهو حقها في اللجوء إلى القضاء وطلب التفريق بينها وبين زوجها.

### البند الأول: مدلول التفريق القضائي وأسبابه

التفريق القضائي من تسميته يتضح أن الفرقة لا تتم إلا قضاء؛ أي عن طريق دعوى إلى الجهة القضائية المختصة بفصل النزاعات الشخصية، والتي لها حق التفريق استناداً إلى أسباب حصرية. يتعين الأمر حينها معرفة مدلول هذه الفرقة من جهة و الأسباب الملجئة للحكم بالتفريق من جهة ثانية.

### أولاً: مدلول التفريق القضائي ونوعه

الفرقة بواسطة القضاء أو عن طريقه لها مدلولها الخاص في الفقهين الإسلامي والقانوني، وكذا نوع الفرقة المترتبة عن الحكم به أهي من نوع الفرقة بإرادة الزوج أو غيره؟ على التفصيل الآتي:

#### 1- التعريف بالتفريق القضائي:

نقل الفقه الإسلامي صلاحية إيقاع الفرقة من يد الرجل الذي منحه حق الطلاق بإرادته المنفردة، إلى إمكانية إيقاعه بالتراضي بين الطرفين، إلى الحق في إيقاعها بخلع عن الزوجة، كما منح هذه الأخيرة حق اللجوء إلى القضاء للحصول على فرقة متى ثبت تضررها، ولم تتمكن من خلع نفسها.

فقد مدت الشريعة الإسلامية وفقهها في سلطان قضاها، فجعلت لهم حق التفريق بين الرجل وزوجته، وإنما يثبت لقضاء هذا الحق، إذا كان فيه المحافظة على حق أمرت الشريعة بالمحافظة عليه، وهو إما أن يكون من حقوق الشريعة نفسها أو من حقوق أحد الزوجين أو من حقوق غيرهما.

وتفريق القاضي لمصلحة حق أحد الأطراف لا يكون إلا بعد أن يتقدم إليه صاحب الحق طالبا هذا التفريق.

فالتفريق القضائي وسيلة منحت للزوجة لرفع الحرج عنها، بعد أن تعسر عليها اللجوء إلى الخلع، الذي منح لها مجرد كراهيتها لزوجها، إلا أن الحياة الزوجية قد يطرأ عليها ما يفوق الكراهية،

مما يدعوها لطلب التفريق بينها وبين زوجها<sup>(1)</sup>.

والتفريق القضائي باب قضائي تلجج الزوجة للخلاص من قيود الزوجية متى ثبت تضررها، وأوجب الشرع والقانون على القاضي الاستجابة لها متى وجد السبب الذي يقتضي طلبها، وامتنع الزوج عن المفارقة بالمعروف.

والضرر المبرر للتفريق بين الزوجين، قد يكون ماديا، وهو كل أدى يلحق ببدن الزوجة بالضرب ونحوه، كما قد يكون معنويا، وهو كل ما يلحق الألم في نفس الزوجة، كإسماعها كلاما قبيحا، أو تشبيهها بما يعتبر شتما... أو تشبيهه والديها بذلك، ومما تتضرر به الزوجة معنويا أيضا ترك الكلام معها أو المبيت في فراشها دون وجه حق وهو ما يسمى المهجر...<sup>(2)</sup>.

وقد أجاز المالكية التفريق للضرر - وهم أكثر الفقهاء أخذا بالتفريق للضرر-، وأجاز غيرهم طلب التفريق لبعض أنواع الضرر دون غيرها.

يقول الدردير<sup>(3)</sup>: «ولها أي للزوجة التطلاق على الزوج بالضرر، وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي، وضربها كذلك وسبها وسب أيها نحو: يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، يا بنت الملعون، كما يقع كثيرا من رعاع الناس، ويؤدب على ذلك زيادة على التطلاق، وكوطئها في دبرها»<sup>(4)</sup>.

ويقول ابن فرحون<sup>(5)</sup> من المالكية أيضا: «من الضرر قطع كلامه عنها، وتحويل وجهه في

(1) - محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص 291-292. مصطفى شلي، مرجع سابق، ص 557.

(2) - عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، مج 8، ص 438.

(3) - هو أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي المالكي الأزهرى الخلوئي الشهير بالدردير (أبو البركات)، فقيه صوفي، ولد ببني عدي من صعيد مصر، وتولى مشيخة الطريقة الخلوئية والإفتاء بمصر، توفي بالقاهرة سنة 1201هـ. له تصانيف كثيرة منها: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، فتح القدير في أحاديث البشير النذير، الشرح الكبير على مختصر خليل. (انظر: عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، دار إحياء التراث، بيروت، (دط)، (دت)، ج 2، ص 67).

(4) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 2، ص 345.

(5) - إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن فرحون، ولد سنة 729هـ بالمدينة المنورة، نشأ ومات بها، فقيه مالكي، ولي قضاء المدينة، كان عالما بالفقه والأصول والفرائض وعلم القضاء، توفي سنة 799هـ، له تصانيف منها: تسهيل المهمات في شرح جامع الأمهات، التبصرة، الديباج المذهب في أعيان المذهب. (انظر: ابن العماد، مصدر سابق، ج 6، ص 357. ابن مخلوف، مصدر سابق، ص 222. عمر رضا كحالة، مرجع سابق، ج 1، ص 68. الزركلي، مرجع سابق، ج 1، ص 52).

الفراس عنها، وإيثار المرأة عليها، وضربها ضربا مؤلما»<sup>(1)</sup>.

كما جاء في تاج الإكليل، قال مالك: «من يريد العبادة أو ترك الجماع لغير ضرر ولا علة، قيل له: أما وطئت أو طلقت»<sup>(2)</sup>.

ويرى شيخ الإسلام ابن تيمية: أن ترك الوطء مبرر لفسخ النكاح في كل حال، قال رحمه الله: «وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتضي للفسخ بكل حال؛ سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة وأولى»<sup>(3)</sup>، والضرر متى ثبت جاز طلب التفريق.

وهذا ما أكد عليه الفقه القانوني؛ إذ تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية، يجوز للزوجة متى تضررت وأثبتت تضررها أمام القضاء أن تطلب من القاضي الحكم لها بالفرقة بينها وبين زوجها وهو ما يسمى بالتطليق.

بإزاء الزوجة إلى القضاء لطلب التطليق من زوجها هو إعمالا لإرادتها المنفردة واستنادا للقانون<sup>(4)</sup>.

إلا أن ثمة قيودا على إرادتها بخلاف إرادة الزوج في حق إيقاع الطلاق، فحق المرأة في طلب الطلاق مقيد بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 من قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 وهذا الأمر؛ أي حق الزوجة في التطليق قرته المحكمة العليا في قراراتها منها القاضي بأنه من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية، ولا يعد عدم البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه<sup>(5)</sup>.

وعليه فقد أجاز القانون أيضا للزوجة طلب التطليق من القضاء متى أثبتت تضررها. وعليه

(1)- نقلا عن الخطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج4، ص 17.

(2)-المواق، التاج والإكليل، هامش مواهب الجليل، دار الفكر، (د.ب)، ط3، 1412هـ-1992م، ج4، ص 17.

(3)-ابن عباس البعلبي، الإختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، دار الفكر، (د.ب)، (دط)، (دت)، ص 247.

(4)-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 255.

(5)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35891، المؤرخ في 25-02-1985، مجلة قضائية 1989، ع1، ص 80. ملف رقم 36784، المؤرخ في 25-03-1985، مجلة قضائية 1990، ع2، ص 50. ملف رقم 35026 المؤرخ في 03-12-1984، غير منشور، نقلا عن: العربي بلحاج، الموجز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 273.

حكم الفرقة بالتطليق هو الجواز.

## 2- نوع الفرقة الواقعة بالتفريق:

الفرقة الواقعة بالتطليق بمثابة طلقة بائنة في الفقه الإسلامي؛ إذ أكد الفقهاء أن للزوجة التطليق للضرر؛ أي طلقة واحدة وتكون بائنة، وذلك بان يأمر الحاكم زوجها بطلاقها، فإن امتنع طلق عليه القاضي<sup>(1)</sup>.

والقانون لم يشير صراحة إلى نوع الفرقة الواقعة بالتطليق، إلا أن استقراء اجتهادات القضاء يظهر جليا أن القاضي إذا عمل وجه التطليق، فهو يعتبره طلاقا أذاه بدل الزوج، من تلك القرارات القاضي بأنه: «من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر»<sup>(2)</sup>، فقد نعت القرار التطليق بأنه الحكم بالطلاق، بدليل تبعاته الملحقه عند الحكم به كالتعويض.

وفي قرار آخر مماثل يقضي بأنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلا<sup>(3)</sup>، فتم وصف التطليق بالطلاق مع إمكانية تعويض الزوجة للضرر، ونوع الفرقة الواقعة بالتطليق تأخذ نوع الفرقة الواقعة بالطلاق، فبمجرد الحكم بالطلاق يقع بائنا بينونة صغرى، لا يحق للزوج المطلق حينها إرجاع زوجته إلا بناء على عقد جديد وذلك بنص المادة 50 قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة.

## ثانيا: أسباب التفريق القضائي

قر الشرع والقانون حالات مخصوصة يحق للزوجة بكامل إرادتها أن تطلب التطليق لأجلها، أضرار، ومتى أثبتتها حق لها طلب القاضي بالفرقة، وكان لزاما عليه إجابتها، من تلك الأسباب:

**1- التفريق لعدم الإنفاق:** من واجب الزوج النفقة على زوجته متى توافر سببها وشروطها، وامتناعه عن القيام بواجبه اختلف الفقهاء بشأنه.

(1)- الدردير، الشرح الكبير، الدسوقي، حاشيته، مصدران سابقان، ج2، ص345.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 181648 المؤرخ في 23-12-1997 مجلة قضائية، 1997، ع1، ص49.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 245159 المؤرخ في 20-06-2000 مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص259.

- ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق، وإن كان ذلك لعجزه عنه، قال بهذا المالكية<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup>.

- بينما ذهب الحنفية إلى عدم جواز التفريق لعدم الإنفاق، وللمرأة أن تستدين، أو تنفق على نفسها إن كان لها مال على أن يكون هذا في ذمة الزوج يدفعه حين يساره. وإذا ما تبين للقاضي أن امتناعه تعسفاً منه وظلماً ولم يتمكن من إجباره، أمر بحبسه أو إرغامه على الإنفاق<sup>(4)</sup>.

برأي الحنفية أخذ الظاهرية<sup>(5)</sup>، وقد ذهب ابن القيم إلى ترجيح كفة التفريق للإعسار بتحقيق أمرين<sup>(6)</sup>:

- حالة قدرة الزوج على الإنفاق وامتناعه عن ذلك، ولم تقدر الزوج على أخذ كفايتها ولا بالحاكم.

- حالة تغرير الزوج بالزوجة أثناء العقد على أنه غني والحال أنه فقير، وخلاف ذلك لا يوجب التفريق.

وهذا الأقرب إلى الأخذ به، لأن هذا هو حال كل الناس وتغليب المنطق يوحي بعدم التفريق إن كان معسراً وهي عاملة بعسره، أو كان موسراً فأصابه عسر.

وقد اختلف الفقهاء في نوع الفرقة إن وقعت بسبب الإعسار فهي طلاق بطلقة واحدة رجعية وبه قال المالكية<sup>(7)</sup> وهي فسخ وبه قال الشافعية<sup>(8)</sup> والحنابلة<sup>(9)</sup>، واشترط الفقهاء للتفريق لعدم

(1)- الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص 818. الخطاب، مصدر سابق، ج4، ص 196. الخرشي، مصدر سابق، ج4، ص496.

(2)- الشريبي، مصدر سابق، ج3، ص 442. الشيرازي، مصدر سابق، ج2، ص 175.

(3)- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص 573.

(4)- المرغيناني، مصدر سابق، ج3، ص 329. ابن عابدين، مصدر سابق، ج2، ص 674. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص 187. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، مصدر سابق ج1، ص 550.

(5)- ابن حزم، مصدر سابق، ج9، ص 254.

(6)- ابن القيم، زاد المعاد، مصدر سابق، ج4، ص 151.

(7)- مالك ابن أنس، المدونة، مصدر سابق، ج2، ص 192-194. الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص 519. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص 785.

(8)- الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج5، ص 91. الشريبي، مصدر سابق، ج3، ص 442.

(9)- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص 376.

الإنفاق<sup>(1)</sup>:

- 1- أن تكون المرأة المطالبة بالتفريق زوجة بنكاح صحيح، وأن تكون مستحقة للنفقة على زوجها.
- 2- عدم وجود المسقط لحق التفريق، كعلم الزوجة بفقير الزوج عند العقد أو وجود متبرع بالنفقة.
- 3- رفع الدعوى بالتفريق.

وقد ذهب المشرع الجزائري مذهب الجمهور القائل بالتفريق لعدم الإنفاق، وهذا ما نصت عليه المادة 53 الفقرة 1 منها من قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية:

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون».

وهذه المواد الأخيرة هي المتعلقة بالنفقة وتقديرها وتاريخ استحقاقها، وعليه فالزوجة يحق لها تأمل إرادتها المنفردة، دون إرادة زوجها أن تطلب الحكم لها بالتطبيق لعل عدم الإنفاق عليها من قبل زوجها<sup>(2)</sup>.

والمادة تنم على شروط يجب توفرها حتى يمكن الحكم للزوجة بالتطبيق وهي:

- 1- امتناع الزوج عن النفقة عمدا وقصدا.
- 2- صدور حكم عن المحكمة بإلزامه بالنفقة مع امتناعه عن تنفيذ الحكم.
- 3- ألا تكون عاملة بإعساره وقت إبرام عقد الزواج معه، فإن كانت عاملة بحالته سقط حقها في ليق بسبب رضاها المسبق، وعلى الزوج حينها أن يثبت أنها كانت عاملة بعسره وقت الزواج، وعلى الزوجة إثبات التغيير بما أثناء العقد أو أنه أعسر بعده، وأن عدم الإنفاق عمدي مع إصرار

(1)- الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص518-519. الخطاب، مصدر سابق، ج4، ص199-200. الشريبي، مصدر سابق، ج3، ص443-445. الشافعي الصغير، مصدر سابق، ج7، ص202-203. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص576-577. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج3، ص310-311.

(2)- وقد قررت اجتهادات قضائية كثيرة (حق الزوجة بطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا، ولاسيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية).

أنظر في هذا: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 75588 المؤرخ في 20-02-1991، مجلة قضائية، 1993، ع4، ص78.

الزوج على ذلك، والإنفاق الممتنع الذي يحق للزوجة طلب التطلاق لأجله هو إنفاق مثل زوجها على مثلها<sup>(1)</sup>.

إلا أن المشرع الجزائري يؤاخذ على عدم التمييز بين حالتي الإعسار العمدي، وبين حالة عدم القدرة المالية على الإنفاق، ولا تطرق إلى حالة يسر الزوج قبل الزواج وعسره بعده، ولا بين حالة الزوجة الغنية والزوجة الفقيرة، ولم يحدد مقدار النفقة التي يثبت بها الامتناع، كما لم يحدد المدة التي تفصل بين تاريخ الحكم بالنفقة وتاريخ إقامة دعوى التطلاق، ولا حتى مدة عدم الإنفاق التي يجب أخذها بعين الاعتبار حتى يثبت تضرر الزوجة المطالبة بالتطلاق، ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد في هذا الأمر، أنه يجب مراعاة المدة الواردة في المادة 331 قانون عقوبات<sup>(2)</sup>، والتي جاء فيها أن كل ممتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه، رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم، ويعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار جزائري<sup>(3)</sup>.

## 2- التفريق للعيب:

والعيب الذي يستوجب التفريق؛ هو ما لا تستقيم معه الحياة الزوجية كالجنون، أو يسبب ضرا لا يطاق، أو نفرة بين الزوجين كالجدام، أو يمنع وصول الزوج إلى زوجته، سواء كان المانع منها أو منه<sup>(4)</sup>.

فالعيوب هي تلك العلل الجنسية أ لأمراض المنفردة، التي من شأنها الخيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية والتي لا يمكن المقام معها إلا بضرر، فمن أهداف الحياة الزوجية تنظيم الاتصالات الجنسية وإنجاب الأولاد، وتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة<sup>(5)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق بين الزوجين للعيوب على هذا النحو:

(1) - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 256.

(2) - الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات.

(3) - أنظر عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 257-258-260. العربي بلحاج،

الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 279.

(4) - عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج 9، ص 12.

(5) - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 280.

ذهب جمهور الفقهاء من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة<sup>(1)</sup> إلى جواز التفريق للعيوب، بينما ذهب الظاهرية<sup>(2)</sup> وعمر بن عبد العزيز<sup>(3)</sup> إلى عدم جواز التفريق لأجل العيوب، إلا إذا اشترط أحدهما السلامة من العيوب أثناء العقد، فتبين له خلاف ما اشترط<sup>(4)</sup>.

والمشرع الجزائري ذهب مذهب جمهور الفقهاء، بجواز التفريق لأجل العيوب، وسمح للزوجة طلب التظليق لأجل العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، بنص المادة 53 السابق ذكرها من قانون الأسرة، الفقرة 2 منها: «يجوز للزوجة أن تطلب التظليق للأسباب الآتية:.....2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج».

وهذا ما قضت به المحاكم وصدرت بشأنه قرارات من المحكمة العليا، منها: أنه متى تبين أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين ولم ينجبا أطفالا، مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التظليق لتضررها لعدم الإنجاب، فللقاضي أن يحكم بتظليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، كتكوين أسرة وتربية الأبناء<sup>(5)</sup>.

وقد اشترط الفقهاء لجواز التفريق بالعيوب شرطين هما<sup>(6)</sup>:

- عدم العلم بالعيوب، أو عدم وجود رضی مسبق به، فيثبت حق الخيار.
- ألا يكون هناك رضا بالعيوب، فإذا رضي به سقط الحق أيضا في الفسخ، وما يمكن زيادته على هذين الشرطين واستخلاصا من اعتبار العيب سببا مبررا للتظليق، في التشريع الجزائري، وفقا لنص المادة 53 الفقرة 2 أنه:

- يجب أن يكون العيب في الزوج دون الزوجة؛ لأنه إن كان في الزوجة فلا خيار للزوج في فسخ الزواج، كونه يملك تظليقها بكامل إرادته المنفردة، طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة السابق

(1)-الكاساني، مصدر سابق، ج2، ص 322. ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص50. الشريفي، مصدر سابق، ج3، ص202. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص 650.

(2)-ابن حزم، مصدر سابق، ج9، ص 209.

(3)-ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص 50.

(4)-ابن حزم، مصدر سابق، ج9، ص 209.

(5)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 213517 المؤرخ في 16-02-1999، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص 119/ وملف رقم 87301، المؤرخ في 22-12-1992، مجلة قضائية، 1995، ع2، ص 92.

(6)-ابن نصر البغدادي، التلقين، مصدر سابق، ج1، ص298/ عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص771.

ذكره.

- أن يكون العيب المتصل بالزوج ممّا يحول دونه تحقق المقصد من الزواج. يلحظ بأن المشرع الجزائري أجاز التفريق من قبل الزوجة دون الزوج، وذلك خلافاً للفقهاء الإسلامي، الذي يرى بأن هذا الأمر حق للطرفين، مع اختلاف بينهم في تعداد العيوب والأمراض<sup>(1)</sup>، الأمر الذي لم يفعله المشرع الجزائري؛ إذ لم يأت على ذكر أي عيب، وهو بهذا فعل الصواب؛ لأن العيوب على كثرتها لا يمكن حصرها من جهة، وما يعتبر عيباً في سنة قد لا يكون في أخرى، لتقدم العلم والطب في وقتنا الحاضر وكذا المستقبل من جهة أخرى، وهو على صواب أيضاً بجعل طلب الفرقة ممنوح لطرف الزوجة دون الزوج لأن هذا الأخير له سبيل الطلاق بكامل إرادته المنفردة.

كما اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بالتفريق للعيوب؛ قيل هي طلاق بائن وبه قال الحنفية<sup>(2)</sup> والمالكية<sup>(3)</sup> وقيل هي فسخ وبه قال الشافعية<sup>(4)</sup> والحنابلة<sup>(5)</sup>.

وحجة القول بالوجه الأول؛ أن به خلاص للمرأة ورفع الضرر عنها، فلو كان رجعيًا لبقى الضرر.

وحجة القول بالوجه الثاني؛ أنها فرقة من إمضاء القاضي، حتى ولو تلفظ بها الزوج، وهو مما يخضع للاجتهاد فكان فسخاً لا طلاقاً، ولو لم يكن فسخاً لما اشترط أن يكون عند القاضي<sup>(6)</sup> ولم يأت التشريع الجزائري على ذكر هذه المسألة لذا يتطلب الأمر الرجوع إلى أحكام الفقه المالكي، بما أنه المذهب المتبع في بلادنا وعملاً بنص المادة 222 قانون الأسرة السابق ذكره والذي يوجب الاحتكام إلى أحكام الفقه الإسلامي في كل ما لم يرد النص بشأنه.

ومما يؤخذ عليه المشرع الجزائري أنه لم ينص على إعطاء الزوج مهلة بشأن العلل التي يمكن

(1)- الخرشبي، مصدر سابق، ج2، ص 730. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص 597.

(2)- الكاساني، مصدر سابق، ج2، ص 326. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص 99.

(3)- مالك بن أنس، المدونة، مصدر سابق، ج2، ص 168. ابن جزري، مصدر سابق، ص 209.

(4)- الشافعي الأم، مصدر سابق، ج5، ص 41-42.

(5)- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص 442.

(6)- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (دط)، 2000،

شفاءها<sup>(1)</sup>.

### 3- التفريق للهجر في المضجع:

وهو في اصطلاح الشرع يعرف بالإيلاء<sup>(2)</sup>.

والإيلاء عند الفقهاء هو حلف زوج يصح طلاقه ليمتنع من وطئها مطلقا أو فوق أربعة أشهر<sup>(3)</sup>.

والإيلاء مشروع ولكن فيه ضرر بالزوجة باتفاق المذاهب الفقهية، ودليل مشروعيته قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾<sup>(4)</sup>، والثابت أن الرسول ﷺ آلى من نسائه<sup>(5)</sup>.

والإيلاء إذا كان القصد منه إيذاء المرأة والمضارة بها، فالله تعالى يتولى عقاب المولى، وإن كان لعذر شرعي؛ كأن يكون الباعث تربية المرأة، لأجل إقامة حدود الله تعالى، أو على الطلاق بأن يئس من المعاشرة بالمعروف، فالله تعالى يغفر له<sup>(6)</sup>.

والأصل في الإيلاء الحظر، لكونه يؤول إلى الطلاق، إن انتهت مدته ولم يحنث الزوج عن يمينه، والأصل في الطلاق الحظر، لهذا يأخذ بالإيلاء حكمه لما يقول إليه<sup>(7)</sup>.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 53 قانون أسرة الفقرة 3 على حق الزوجة في التطليق

(1)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 262.

(2)- الإيلاء في اللغة من آلى، يؤلي، إيلاء، والإسم منه الألية والجمع ألياء، يعني الحلف واليمين، ابن منظور، مرجع سابق، ج 18، ص 42-43.

(3)- الشريبي، مصدر سابق، ج 3، ص 343.

(4)- سورة البقرة، الآية: 224-225.

(5)- أخرجه البخاري، الصحيح، كتاب الطلاق، باب: قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾، رقم: 4984، ج 5، ص 2026، وكتاب الصيام، باب قوله ﷺ: «إذا رأيت الهلال فصوموا»، رقم: 1811، 1812، ج 2، ص 675. الترمذي، السنن، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الإيلاء، حديث رقم 1216 وكتاب الصوم، باب ما جاء أن الشهر يكون تسعا وعشرين، حديث رقم 685، ج 2، ص 99. النسائي، السنن، كتاب الطلاق، باب الإيلاء، ج 6، ص 166-167. ابن أبي شيبة، المصنف، كتاب الصيام، باب: ما قالوا في الشهر، ج 3، ص 85.

(6)- محمد رشيد رضا، تفسير المنار، دار المعرفة، لبنان، ط 2، (دت)، ج 2، ص 368.

(7)- عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج 8، ص 234.

لسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 3...-  
الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر».

فالهجر كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطليق بتوافر شروط هي<sup>(1)</sup>:

- 1- هجر الزوج للزوجة في المبيت معها في فراش الزوجية والإعراض عنها وعدم قربانها.
  - 2- أن يكون الهجر عمديا ومقصودا لذاته، وليس له ما يبرره من الناحيتين الشرعية أو القانونية.
  - 3- أن يجاوز الهجر الأربعة أشهر متتالية، وفي هذا دليل على أن الهجر ليس هدفا للإصلاح، لأنه بهذه المدة فقد التأديب مفهومه الإنساني.
- ويتفق الهجر في المضجع المشار إليه في المادة 3/53 السابق ذكرها مع الإيلاء كمفهوم فقهي، في كونه ترك الوطء وعدم قربان الزوجة لمدة أربعة أشهر فأكثر.
- يلحق بهذا الفعل ضرر بالزوجة، وهو حرام شرعا وغير مقبول قانونا، لما يتضمنه من حرمان الزوجة من حقها.
- ويختلفا كون الإيلاء يمين أو قسم على عدم الاقتراب من، وترك وطئها وجماعها، بينما الهجر في المضجع لا يفيد هذا المعنى صراحة بالقدر الذي يفيد معنى الإيلاء.
- كما أن هذا الأخير يشترط لقيامه أن يكون هدفا للإضرار، على خلاف الهجر في القانون الذي لم يشترط توفر نية الإضرار بالزوجة لدى الزوج<sup>(2)</sup>.
- والإيلاء إذا انقضت مدته وهي أربعة أشهر دون أن يفيء الزوج المولي إلى زوجته بالجماع أو بالقول تقع الفرقة والتي اختلف الفقهاء بشأنها، هل توقع عليه أم يؤمر بالفيئة أولا؟
- ذهب الحنفية إلى وقوع الطلاق بائنا بمجرد انقضاء مدة الإيلاء<sup>(3)</sup>، وذهب المالكية<sup>(1)</sup>،

(1)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 263. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ص 289.

(2)- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 264-265.

(3)- الكاساني، مصدر سابق، ج3، ص 175-176.

والشافعية<sup>(2)</sup>، والحنابلة<sup>(3)</sup> إلى عدم وقوع الطلاق بانتهاء مدة الإيلاء، وإنما يوقف المولي ويطلب بالفيئة.

والفرقة إن وقعت بالإيلاء كانت طلاقاً بائناً، وهذا قول الحنفية<sup>(4)</sup>، وفي رواية عن أحمد<sup>(5)</sup>، وذهب المالكية<sup>(6)</sup>، والشافعية<sup>(7)</sup>، ورواية عن أحمد<sup>(8)</sup> إلى وقوعه رجعياً.

ومن خلال نص المادة 3/53 من قانون الأسرة السابق ذكرها يلحظ بأن التطليق للهجر يكون بعد مضي مدة تزيد عن أربعة أشهر، وفي هذا إجماع بمسلك المشرع الذي يقترب، ومسلك الجمهور الذي يرى عدم وقوع الطلاق بالهجر بمجرد انقضاء المدة، وإنما يوقف المولي ويطلب بالفيئة أولاً، خلافاً للحنفية الذين رأوا وقوعه بمجرد انقضاء الأربعة أشهر، إلا أن المادة لم تشر إلى نوع الفرقة الحاصلة بسبب الهجر، هل هي طلاق رجعي أو بائن؟

وبالرجوع إلى نص المادة 222 قانون أسرة السابق ذكره يحتكم في مثل هذه الحالات لأحكام الشريعة الإسلامية.

#### 4- التعريف باللعان<sup>(9)</sup>:

شهادات مؤكّدت بالأيمان وشهادته باللعن، وشهادتها بالغضب، قائمة شهادته مقام ند القذف في حقه وشهادتها مقام حد الزنى في حقتها، وهو تعريف للحنفية<sup>(10)</sup>، وقريباً من هذا

<sup>(1)</sup> - ابن جزى، مصدر سابق، ص 246/ ابن رشد، مصدر سابق، ج 2، ص 99. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مصدر سابق، ج 2، ص 885.

<sup>(2)</sup> - النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج 6، ص 229-230.

<sup>(3)</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 8، ص 525.

<sup>(4)</sup> - الجصاص، مصدر سابق، ج 1، ص 362.

<sup>(5)</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 8، ص 542.

<sup>(6)</sup> - ابن رشد، مصدر سابق، ج 2، ص 101. عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مصدر سابق، ج 2، ص 886.

<sup>(7)</sup> - علي بن أبي العز، التنبيه على مشكلات الهداية، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، (دط)، 2003، ص 185.

<sup>(8)</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 8، ص 542.

<sup>(9)</sup> - اللعان في اللغة من الإبعاد والطرده من الخير، واللعة الاسم والجمع لعان ولعنات... والملاعنة بين الزوجين، إذا قذف الرجل امرأته أو رماها برجل أنه زنى بها، فالإمام يلاعن بينهما. ابن منظور، مصدر سابق، مادة: لعن، ج 13، ص 387-388.

<sup>(10)</sup> - ابن عابدين، مصدر سابق، ج 3، ص 482.

عرفه بقية المذاهب.

فهو عند المالكية؛ حلف زوج مسلم مكلف على زنى زوجته، أو نفي حملها ، وحلفها على تكذيبه أربعاً من كل منهما بصيغة أشهد بالله، بحكم حاكم يشهد القضية<sup>(1)</sup>. وعند الشافعية؛ كلمات جعلت حجة للمضطر لقذف من لطح فراشه وألحق به العار أو لنفي ولد عنه<sup>(2)</sup>.

وعند الحنابلة؛ شهادات مؤكدة بأيمان من الجانبين مقرونة بلعن من زوج، وغضب من زوجة قائمة حدّ قذف إن كانت محصنة، أو تعزير إن لم تكن كذلك في جانبه، وقائمة مقام حبس من جانبها<sup>(3)</sup>.

من تعاريف الفقهاء يظهر بأن اللعان أيمان متبادلة من الزوجين، من قبل الزوج على زنى زوجته أو نفي ولدها منه، ومن الزوجة تكذيب فيما قذفها به.

واللعان مشروع بالكتاب والسنة، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحْدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَمْسَةَ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرُؤُاَ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَمْسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾<sup>(4)</sup>.

ومن السنة حادثة عويمر العجلاني وامراته التي حكم فيها الرسول ﷺ، بقوله لعويمر: «قد أنزل الله فيك وفي صاحبك فاذهب فأت بها»، قال سهيل: فتلاعنا وإنا مع الناس عند رسول الله ﷺ، فلما فرغا من تلاعنهما، قل عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ<sup>(5)</sup>.

وعن سعيد بن جبير أنه قال لعبد الله بن عمر: «المتلاعنان أيفرق بينهما؟ قال: سبحان الله

(1)- الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج 1، ص 492.

(2)- الشافعي الصغير، مصدر سابق، ج 7، ص 97.

(3)- البهوتي شرح منتهى الإرادات، مصدر سابق، ج 3، ص 311.

(4)- سورة النور، الآية: 6-9.

(5)- أخرجه البخاري، الصحيح، كتاب الطلاق، باب: اللعان ومن طلق بعد اللعان، رقم: 5002، ج 5، ص 2033. مسلم،

الصحيح، كتاب اللعان، حديث رقم: 1492، ج 2، ص 1129-1130.

إن أول من سأل عن ذلك فلان بن فلان، قال: يا رسول الله أرأيت أن لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة كيف يصنع؟ إن تكلم تكلم بأمر عظيم، وإن سكت سكت على مثل ذلك، قال: فسكت النبي ﷺ فلم يجبه، فلما كان بعد ذلك أتاه فقال: إن الذي سألتك عنه قد ابتليت به، فأنزل الله عز وجل هؤلاء الآيات في سورة النور...»<sup>(1)</sup>.

ويشترط لتمام اللعان<sup>(2)</sup>:

- 1- إجراؤه بحضور القاضي وأمره؛ إذ حضوره ضرورة لتلقي الزوجين المتلاعنين كلمات اللعان، إضافة إلى جواز اختيار مُحْكَمٍ يرتضيانه، ما لم يكن هناك ولد يراد نفيه باللعان، فلا يصح حينها إلا أمام القاضي وأمره.
- 2- أن يبادر الزوج ابتداء باللعان.
- 3- لا بد من استكمال لفظات اللعان الخمس وهي أربع شهادات والخامسة اللعنة أو الغضب.
- 4- الترتيب في الألفاظ؛ فلا يعد إذ قدم اللعن على الشهادات الأربعة.
- 5- الإشارة من كل واحد من الزوجين إلى صاحبه، إن كان حاضرا وتسميته ونسبه إن كان غائبا.
- 6- يجب إيقاع اللعان في أشرف مواضع البلد كالجامع.
- 7- يجب إجراؤه بحضور جماعة أقلها أربعة من الرجال العدول.

والفقهاء في مسألة التفريق باللعان على ثلاثة أقوال:

**القول الأول:** الفرقة بين الزوجين تقع بمجرد فراغهما من التلاعن دون الحاجة إلى تفريق القاضي، وهذا ما ذهب إليه المالكية<sup>(3)</sup> وفي رواية عن الحنابلة<sup>(4)</sup> وعن الظاهرية<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup>-أخرجه مسلم، الصحيح، كتاب اللعان، رقم: 1493، ج2، ص1130-1131. الترمذي، السنن، عارضة الأحوذى، كتاب الطلاق، باب: ما جاء في اللعان، ج5، ص182 وما بعدها.

<sup>(2)</sup>-الكاساني، مصدر سابق، ج3، ص237-238. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج1، ص495. الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص464. الشريبي، مصدر سابق، ج3، ص376. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص434-438.

<sup>(3)</sup>-عبد الوهاب البغدادي، الإشراف، مصدر سابق، ج2، ص785. المعونة، مصدر سابق، ج2، ص909. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج1، ص496.

<sup>(4)</sup>-ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص410-411. علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب بن حنبل، دار إحياء التراث، بيروت، (دط)، 1980، ج9، ص205.

<sup>(5)</sup>-ابن حزم، مصدر سابق، ج11، ص146.

**القول الثاني:** الفرقة لا تقع بمجرد اللعان، بل لا بد من إنفاذ حكم القاضي، وبهذا قال الحنفية<sup>(1)</sup> وفي الرواية الثانية عن الحنابلة<sup>(2)</sup>.

**القول الثالث:** الفرقة تقع بمجرد انتهاء الزوج من لعانه دون الحاجة إلى انتظار لعان الزوجة، وبهذا قال الشافعية<sup>(3)</sup>.

كما اختلف الفقهاء في كيفية التفريق بين احتياجه لتوقيع القاضي وعدم ذلك، اختلفوا أيضا في نوع الفرقة الواقعة أهي فسخ أو طلاق؟

**القول الأول:** اللعان فسخ، وقال بهذا المالكية<sup>(4)</sup>، والشافعية<sup>(5)</sup>، والحنابلة<sup>(6)</sup>، والظاهرية<sup>(7)</sup>، فهي توجب تحريما مؤبدا، كما أن اللعان ليس صريحا في الطلاق ولا كناية فيه، والطلاق بيد الزوج يوقعه متى شاء، وهذا فسخ -حاصل بالشرع وبغير اختياره-.

**القول الثاني:** فرقة اللعان طلاق، وقال بهذا الحنفية<sup>(8)</sup>، فهي فرقة عندهم غير مؤبدة بحيث إن كذب نفسه حلت له، إلا أنهم اختلفوا في تكيفها، فعن أبي حنيفة<sup>(9)</sup>، وصاحبه محمد فرقة بتطبيقه بئنة، وهي عند أبو يوسف وزفر<sup>(10)</sup>، فسخ كقول الجمهور من مالكية وشافعية وحنابلة وظاهرية.

والمشرع الجزائري في تقنينه لقانون الأسرة لم يشير إلى اللعان في باب الطلاق كسبب من أسباب انحلال الرابطة الزوجية عن طريق التفريق القضائي، ولعل ذلك مرده ندرة استعماله في الحياة الواقعة

(1)-الكمال بن الهمام، مصدر سابق، ج3، ص253. الكاساني، مصدر سابق، ج3، ص244.

(2)-ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص410. ابن القيم، زاد المعاد، مصدر سابق، ج4، ص106.

(3)-الشريبي، مصدر سابق، ج3، ص374.

(4)-ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص121. الدردير، الشرح الصغير، مصدر سابق، ج1، ص496.

(5)-الشريبي، مصدر سابق، ج3، ص380.

(6)-ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص412-413. ابن القيم، زاد المعاد، مصدر سابق، ج4، ص100.

(7)-ابن حزم، مصدر سابق، ج10، ص144.

(8)-الكاساني، مصدر سابق، ج3، ص245-246.

(9)-النعمان بن ثابت، إمام المذهب، ولد بالكوفة سنة 80هـ، قوي الحجّة، شديد الذكاء، ضرب على القضاء وحُبس واستمر على إباطه، توفي في السجن زمن الخليفة المنصور، سنة 150هـ. (انظر: الذهبي، مصدر سابق، ج6، ص390).

(10)-زفر بن الهذيل بن قيس العنبري، ولد سنة 110هـ، أصله من أصبهان، فقيه من تلاميذ أبي حنيفة، تولى قضاء البصرة وبها مات سنة 158هـ. وهو أحد الذين، دونوا الكتب. (انظر: أبو الوفاء، القرشي، مصدر سابق، ج1، ص243. الزركلي، مرجع سابق، ج3، ص45).

المعاصرة واكتفى بالنص على ما يؤثر على الحياة الزوجية عن طريق أسباب محددة<sup>(1)</sup>، فلم ينص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة (قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09)؛ إلا أنه أشار في المادة 41 من القانون نفسه والمتعلقة بنسب الولد إلى أبيه، متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال، ولم ينف بالطرق المشروعة، وذكره صراحة في المادة 138 من القانون نفسه والتي تقضي بمنع الإرث في حالي اللعان والردة، إلا أن القضاء عرض لهذه المسألة؛ أي التلاعن وهذا ثابت في قرارات صادرة عن المحكمة العليا في نحو القاضية بأنه «من المقرر شرعاً وقانوناً أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين»<sup>(2)</sup>، وهذا ما يؤكد على وقوع اللعان في الحياة العملية، كما سكت المشرع الجزائري عن فرقة بالظهار، وكان الأجدر أن ينص على اللعان كحالة مستقلة تنحل بها الرابطة الزوجية أو كسبب من أسباب التطلق للضرر المترتب عنه، وكان عليه أيضاً أن يدرج الظهار<sup>(3)</sup> في هذه الأخيرة - أسباب التطلق - كونه ضرر محض بالزوجة، خاصة إن امتنع الزوج عن التكفير والعودة إلى زوجته، ولعل هذا وغيره تتضمنه الفقرة 10 من المادة 53 من قانون الأسرة السابق ذكره «كل ضرر معتبر شرعاً» وكذا المادة 222 من القانون نفسه والتي تنص على الإحتكام لقواعد الشريعة الإسلامية في كل ما لم ينص عليه بمواد خاصة.

## 5- التفريق للحبس:

لم يأخذ التفريق لسبب الحبس اهتماماً ملحوظاً من طرف الفقهاء، إلا بما جاء به المالكية<sup>(4)</sup>. إذ للزوجة طلب التطلق إن خشيت وقوعها في الزنى بعد حبس زوجها، ولو كانت نفقتها مستمرة، وهذا يعني عدم جواز تطليقها إن هي لم تحش على حالها، وكانت نفقتها دائمة، فتبقى

(1) - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص 292.

(2) - ملف رقم 69798 المؤرخ في 23-04-1991، نقلاً عن كتاب قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 21.

(3) - الظهار هو تشبيه المسلم زوجته بظهر من تحرم عليه، والفيئة معه تتطلب كفارة نصت عليها الآية من 2 إلى 4 من سورة المائدة، قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ ﴿٢١﴾ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ذَلِكَ تَوَعُّظٌ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٢٢﴾ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَأَطْعَامَ سِتِّينَ مَسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٤١﴾﴾

(4) - الدردير، الشرح الكبير، وحاشية الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص482.

زوجته إلى المدة التي يمكن أن يعيشها الزوج، ولا يعيش أكثر منها غالبا.

ويرى شيخ الإسلام ابن تيمية، ويمكن اعتبار رأيه مذهبا للحنابلة<sup>(1)</sup>، أن زوجة الأسير والمحبوس إن تضررت بترك الوطاء اقتضى الأمر الفسخ، سواء بقصد من الزوج أو بغير قصد، ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة، فهو أولى للفسخ بتعذره في الإيلاء إجماعا، وعلى هذا فالقول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما، ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طالبت فرقة كالقول في امرأة المفقود بالإجماع<sup>(2)</sup>.

وزوجة المحبوس عنده كزوجة المفقود تترص أربع سنين، فإذا مضت ولم يخرج المحبوس، فرق القاضي بينها وبين زوجها، والفرقة المترتبة حينها هي فرقة فسخ<sup>(3)</sup>، بينما ذهب المشرع الجزائري إلى اعتبار الحبس ضرر يحق للزوجة طلب التطليق لأجله وذلك بالنص عليه في المادة 53 الفقرة 4 من قانون 84-11 المعدل بالقانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة السابق ذكره «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 4...-الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية»، وهذا ما جرى عليه العمل أمام الجهات القضائية، إذ أكدت تطبيقات هذه المادة موقف المشرع الجزائري باعتبار العقوبة التي تعتبر سندا للتطليق هي تلك المتعلقة بجريمة لها تأثير على شرف الأسرة، فلا يحكم بالتطليق للزوجة على مسؤولية الزوج إذا كان الحكم الجزائري المحتج به مثلا هو بسبب ضرب الزوجة، ولم تكن العقوبة بسبب تهمتها بها مساسا بشرف الأسرة<sup>(4)</sup>.

والمادة 4/53 بعد تعديلها تشترط حتى ينظر القاضي في دعوى تطليق الزوجة بسبب الحكم على زوجها بعقوبة، الآتي من الشروط:

- 1- صدور حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي به، فلم يعد قابلا للطعن بالطرق القانونية العادية أو غير العادية، وتقدم نسخة من هذا الحكم لدعم طلب التطليق.
- 2- أن يكون الحكم الصادر متعلق بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وهي معظم العقوبات

(1)-عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج8، ص467.

(2)-البعلي، مرجع سابق، ص247.

(3)-البعلي، المرجع نفسه، ص281.

(4)-محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 127948 المؤرخ في 16-01-1996، نشرة قضاة، 1999، ع

التي تسلط على الزوج بسبب ارتكابه لجريمة مشينة، كجريمة الزنا وجريمة الفحش مع قريات الزوجة المحرمات أو جريمة الاغتصاب<sup>(1)</sup>.

والمقصود بالأسرة أسرة الزوجين وأقاربهما طبقا لنص المادة 2 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة<sup>(2)</sup>.

3- شترط أن يكون هذا الوضع الناشئ عن الحكم على الزوج في جريمة بها مساس بشرف الأسرة قد خلف أثارا خطيرة على حياة الأسرة، من بغض، وكرهية، وحقد، وما يتولد عن ذلك من خلافات وخصومات يستحيل معها الاستمرار في الحياة الأسرية، مع العلم أن هذه المادة قبل تعديلها بالقانون 05-09 كانت الفقرة 4 منها تنص على الآتي: «الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية». فدعوى التطلاق لسبب الحكم على الزوج في جريمة كانت المادة تشترط أن تكون عقوبة شائنة؛ ويقصد المشرع بها أن الفعل المحكوم عليه يتعلق بأعمال شائنة منافية للأخلاق؛ كالاغتداء على العرض والاغتصاب، والاحتيال وغيرها، وكان على المشرع أن يصرف صفة شائن إلى الفعل لا إلى العقوبة.

كما اشترطت الفقرة أن تكون العقوبة مقيدة لحرية الزوج؛ أي تتضمن عقوبة بدنية بالسجن أو الحبس، فإذا كانت عقوبة مع وقف التنفيذ أو الوضع تحت الحراسة أو حكم بالغرامة فقط أو الحرمان من الحقوق السياسية... فإنه لا يحق للزوجة أن تطلب التطلاق حينها.

واشترطت المادة قبل التعديل أيضا في فقرتها هذه؛ أن تكون العقوبة المقيدة للحرية أكثر من سنة، فلا يحق للزوجة إن كانت أقل عن هذه المدة في طلب التطلاق<sup>(3)</sup>، والتعديل 05-09 ألغى كل هذه الشروط الأخيرة، مما يسمح للزوجة بطلب التطلاق، ورفع دعوى بشأنه أمام الجهات القضائية المعنية، بغض النظر عن نوع العقوبة؛ بين سجن أو حبس أو غرامة... وبغض النظر على

(1) - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 267. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، 295.

(2) - تنص المادة 2 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة: «الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة».

(3) - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 294-295-296.

كومتيتها بين كونها أشهر أو سنة أو أكثر، وهذا فيه توسع أكثر منه تضيق على الزوجات إن تضررن.

والتطليق الذي يحكم به القاضي يأخذ أحكام الطلاق بلا خلاف بعكس الفقه الإسلامي الذي تتضارب الآراء دائماً بشأن الفرقة الواقعة بتصرف من القاضي.

## 6- التفريق للفقدان<sup>(1)</sup> أو الغيبة:

### 1.6 التفريق للفقْد:

عرف الفقهاء المفقود بأنه الذي يغيب فينقطع أثره ولا يعلم خبره<sup>(2)</sup>.

ومن الأكيد الذي هو واضح، أن غيبة الزوج طويلة الأمد ضرر محض بالزوجة، لأن أغراض الزواج بهذا الأمر تُفوّت على الزوجة وتضررها هذا يلجئها إلى طلب التفريق، هذا الأخير الذي حدث بشأنه اختلاف بين الفقهاء على هذا النحو:

**القول الأول:** لا يجوز التفريق بين المفقود وزوجته، إلا إذا بلغ التسعين من عمره، فيعتبر ميتاً على تقدير العمر، وإذا قورن بموت أقرانه، وهذا ما ذهب إليه الحنفية<sup>(3)</sup>.

**القول الثاني:** المفقود عند المالكية على أربعة أقسام:

- مفقود في أرض الإسلام: يحكم بوفاته بعد مضي أربعة أعوام، ويفرق بينه وبين زوجته<sup>(4)</sup>.

- مفقود بسبب الأسر: هذا لا يفرق بينه وبين زوجته، لأن حياته معلومة وعذره في نفي قصد المضارة ظاهر<sup>(5)</sup>، وأمر التفريق مرده إلى انكشاف أمره أو بمرور ومضي سن التعمير، الذي اختلف فيه بين السبعين والثمانين والتسعين والمائة<sup>(6)</sup>.

(1)-الفقدان لغة من فقد الشيء يفقده فقداً وفقدانا وفقوداً، ضاع منه وعدمه، وفقدت المرأة زوجها فهي فاقدة، والمفعول مفقود وفقيد، وتفقدته أي طلبته عند غيبته. ابن منظور، مصدر سابق، مادة: فقد، ج3، ص337.

(2)-ابن جزوي، مصدر سابق، ص211.

(3)-الكاساني، مصدر سابق، ج6، ص196. المرغناني، مصدر سابق، ج4، ص444-445. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج11، ص35. الفتاوى الهندية، مصدر سابق، ج2، ص300.

(4)-الخرشي، مصدر سابق، ج4، ص150.

(5)-عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص824. ابن عبد البر القرطبي، مصدر سابق، ج2، ص281.

(6)-عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص823. الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص482.

واختار القاضي عبد الوهاب<sup>(1)</sup> سبعين سنة، استنادا لقوله ﷺ: «أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين وأقلهم من يجوز ذلك»<sup>(2)</sup>.

- مفقود في معترك القتال: وهذا إذا لم يوقف له على خبر يجتهد الحاكم في أمره<sup>(3)</sup>.  
- مفقود في قتال وفتن بين المسلمين: ويميز هنا بين من حضر المعركة وبين الخارج عنها، في الأولى يحكم بوفاته بمجرد انتهاء القتال ويفرق بينه وبين زوجته، وأما الثانية فلا فرقة بينه وبين زوجته إلا بعد مرور أربعة أعوام<sup>(4)</sup>.

**القول الثالث:** وهو للشافعية؛ إذ لا يجوزون التفريق لفقدان الزوج حتى يثبت طلاقه أو موته<sup>(5)</sup>، وتمضي المدة التي يغلب على الظن وفاته فيها كالسبعين والثمانين والتسعين والمائة وعشرين، ولم يكتفوا بذلك بل اشترطوا للتفريق بعد انقضاء المدة اجتهاد القاضي والحكم بموته<sup>(6)</sup>.

**القول الرابع:** يفرق الحنابلة بين حالتين<sup>(7)</sup>:

- الحالة الأولى ما كان الغالب من حاله الهلاك، يضرب له بمدة تنتظره الزوجة خلالها وهي أربع سنين.

- الحالة الثانية من لم يكن الغالب من حاله الهلاك في أمره روايتان:

(1) - عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي أبو محمد، قاض من فقهاء المالكية، له نظم ومعرفة بالأدب، ولد ببغداد سنة 362هـ، علت شهرته في مصر بعد أن توجه إليها، له مصنفات عديدة منها: التلقين في فقه المالكية، عيون المسائل والنصرة لمذهب مالك، شرح المدونة، الإشراف على مسائل الخلاف. (انظر: الذهبي، مصدر سابق، ج 17، ص 429-433). ابن فرحون، الديباج، مصدر سابق، ص 159-160. الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1995، ج 2، ص 204-205.

(2) - أخرجه الترمذي، السنن، باب: في دعاء النبي ﷺ، ج 11، ص 461. ابن ماجه، السنن، كتاب الزهد، باب: الأمل والأجل، رقم: 4236، ج 2، ص 1415. البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الجنائز، باب: من بلغ الستين سنة فقد أعذر الله له في العمر، ج 3، ص 370.

(3) - عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مصدر سابق، ج 2، ص 824.

(4) - الخرشبي، مصدر سابق، ج 4، ص 153-155.

(5) - أبو يحيى زكريا الأنصاري، مصدر سابق، ج 2، ص 107.

(6) - الشربيني، مصدر سابق، ج 3، ص 26-27.

(7) - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 7، ص 489، 205-207. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 3، ص 265-267.

الأولى: لا يقسم ماله ولا تزوج امرأته، حتى يتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها، وذلك مردود إلى اجتهاد القاضي.

الثانية: أنه ينتظر به تمام التسعين مع سنه يوم فقد.

القول الخامس: لم ير الظاهرية ضرورة للتفريق بسبب فقد الزوج حتى يقطعها موت أو طلاق<sup>(1)</sup>.

- والظاهر من أقوال الفقهاء في العموم؛ أنه إذا حكم بالتفريق كان طلاقاً رجعياً، بدليل أنها تعدد عدة طلاق أو وفاة عند الحكم بالطلاق أو الوفاة، والأصل عندهم أن كل تفريق بنفذه الحاكم يقع بائناً.

- وقد خص المشرع الجزائري المفقود والغائب بأحكام خاصة، في فصل خاص وهو الفصل السادس من الكتاب الثاني الموسوم بالنيابة الشرعية.

فقد عرف المفقود على نحو ليس بالبعيد من تعريف الفقه الإسلامي له، وذلك بنص المادة 109 قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة «المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم».

يظهر أن المشرع قد أخذ بأحكام مماثلة تشمل الشخص المفقود والغائب على حد سواء، ويظهر ذلك بقوله ابتداء المفقود هو الشخص الغائب.

وغيبة الزوج في حقيقتها تشمل فقدان الزوج وغيبته، والتي لا يصدق عليها اسم فقدان الزوج، لذلك نرى الفقهاء غالباً يقيدون الغيبة بكونها منقطعة أو غير منقطعة، ويريدون بالغيبة المنقطعة حال فقدان الزوج وبالغيبة غير المنقطعة غيبة الزوج عن زوجته<sup>(2)</sup>. والشخص الغائب قد يعلم مكانه وحياته بخلاف المفقود، كما قرر المشرع أن المفقود يعتبر غير كذلك إلا بصدور حكم يقرر فقدانه.

وأردف المادة 109 بأخرى وهي المادة 111، وضمنها أحكام خاصة بأموال المفقود بعد

(1)- ابن حزم، مصدر سابق، ج10، ص133-134.

(2)- عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج8، ص460.

صدور الحكم بفقده<sup>(1)</sup>، والمادة 115 التي قرر مصير أمواله بعد صدور الحكم بموته أو رجوعه أو ظهوره حيا<sup>(2)</sup> وقد أوضحت المادة 113 من قانون 84-11 حالتين يجوز للقاضي فيهما الحكم بموت المفقود وهما:

- حالة فقده في الحروب والحالات الاستثنائية وقدر لها مدة أربع سنوات بعد التحري في حاله.
- حالة فقده في أوضاع تغلب فيها السلامة، فهنا يفوض الأمر إلى القاضي حتى يقدر المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات.

يصدر حينها الحكم بفقدان أو موت المفقود، هذا الحكم الذي لا منشأ له في أرض الواقع إلا بطلب من أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة، وهذا بنص المادة 114 من قانون 84-11، وسبقت هذه المواد المادة 112 والتي نصها «لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون».

والظاهر أن المشرع في المادة 113 لم يأخذ بمذهب الإمام مالك، والذي يميز قبل الحكم على المفقود بالموت بين حالات عدة كمفقود في أرض الإسلام، ومفقود بسبب الأسر ومفقود في معترك القتال ومفقود في قتال وفتن بين المسلمين.

ويظهر إعماله لمذهب الحنابلة على نحو معين؛ إذ يميز فقهاءهم كما سبق الذكر بين حالتين: ما كان الغالب من حاله الهلاك يضرب له مدة أربع سنين، وما لم يكن غالب حاله الهلاك، فلا يقدر موته حتى يتيقن من ذلك أو تمضي مدة لا يعيش في مثلها، أو ينتظر به تمام التسعين مع سنه يوم فقده.

والمشرع فعل الصواب بترك تقدير المدة المناسبة للحكم بموت المفقود بعد مضي الأربع سنوات للقاضي، لكثرة التقديرات الفقهية في هذا الباب.

<sup>(1)</sup>-تنص المادة 111 قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة «على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود، ويتسلم ما يستحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون». -والمادة 99 تعرف شخص المقدم-

<sup>(2)</sup>-تنص المادة 115 قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة «لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها».

## 2.6- التفريق للغيبة<sup>(1)</sup>:

أما فيما يتعلق بالغيبة فقد تمت الإشارة سابقا إلى أنه ثمة فرق بين الفقدان والغيبة، فمتى كانت هذه الأخيرة منقطعة فهي فقدان وما لم تكن كذلك فهي الغيبة، التي يعني بها تواري الزوج وبعده عن الزوجة، لكن مكانه معروف ويمكن الاتصال به<sup>(2)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء أيضا في إمكانية أن تطلب الزوجة التفريق من زوجها بسبب تضررها لغيبته. ذهب الحنفية<sup>(3)</sup> والشافعية<sup>(4)</sup> والظاهرية<sup>(5)</sup> إلى عدم جواز التفريق لأجل غيبة الزوج. وذهب المالكية<sup>(6)</sup> والحنابلة<sup>(7)</sup> إلى جواز التفريق لأجل غيبة الزوج، وقد اشترط المالكية لجواز التفريق بسبب الغيبة شروط هي<sup>(8)</sup>:

- أن تكون هذه مدة الغيبة سنة فأكثر.
- أن تخشى الزوجة الزنى على نفسها وتصدق إن طال الغيبة عن سنة.
- الكتابة إلى الزوج الغائب إن علم مكانه، وأمكن الوصول إليه بأن يحضر أو يضم زوجته إليه، أو يطلق وإلا طلق عليه القاضي.

وهذا كله إذا كانت نفقتها دائمة وإلا طلق عليه القاضي حالا لعدم النفقة.

بينما اشترط الحنابلة<sup>(9)</sup>:

- غياب الزوج لأكثر من ستة أشهر.

- دعوى ترفعها الزوجة إلى الحاكم طالبة منه طلب قدوم زوجها.

<sup>(1)</sup> - الغيبة من غاب الرجل غيبا ومغيبا وتغيّب: سافر أو بان، والمرأة المغيبة هي التي غاب عنها زوجها. ابن منظور، مصدر سابق، مادة: (غيب)، ج 1، ص 654-655.

<sup>(2)</sup> - عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج 8، ص 460.

<sup>(3)</sup> - الكاساني، مصدر سابق، ج 6، ص 196. ابن عابدين، مصدر سابق، ج 2، ص 903.

<sup>(4)</sup> - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج 5، ص 239. الشريبي، مصدر سابق، ج 3، ص 442.

<sup>(5)</sup> - ابن حزم، مصدر سابق، ج 10، ص 133-134.

<sup>(6)</sup> - ابن جزوي، المصدر نفسه، ص 211.

<sup>(7)</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 7، ص 488.

<sup>(8)</sup> - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 2، ص 431.

<sup>(9)</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 7، ص 488. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج 3، ص 114-115.

- إن رد بالقبول أو تعذر بعذر مقبول أقرها الحاكم، وإن لم يكن له عذرا مشروعاً فرق الحاكم بينهما بفسخ نكاحها منه.

والحقيقة أن كل غيبة لغير مبرر ضرر.

وقد نحي المشرع الجزائري منحى المذاهب المحيضة للتفريق بسبب الغيبة، وذلك بالنص عليها في المادة 53 الفقرة 5 من قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة «يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: 5....- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة»، فالمشرع بهذا اشترط للتفريق بسبب الغيبة شروط ثلاث هي:

- أن تتجاوز مدة الغياب السنة، ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه.
- أن تكون غيبة الزوج لغير عذر مقبول ودون سبب شرعي.
- أن يتزامن غيابه مع عدم الإنفاق، فإن كانت لها نفقة فلا يحق لها طلب التطلاق.

وبهذا يوافق المشرع الجزائري المذهب المالكي في اشتراط مدة السنة فأكثر للغيبة الموجبة للتفريق.

إلا أنه لم يأت على ذكر شرط خوف الزوجة على نفسها الفاحشة إن طالت غيبة الزوج، كما لم يقرر الإجراءات الواجب اتباعها من طرف القاضي لاستدعاء الزوج الغائب معلوم المكان. ويخالف المذهب بخصوص النفقة، إذ لم يوجب التفريق في حالة وجود نفقة للزوج، وإن طالت غيبته عن السنة، بينما المالكية يرون أن لها الحق في التفريق مع وجود النفقة، أما في عدم وجودها، فلا ينظر للغيبة، وإنما يفرق لأجل الإعسار بالنفقة.

وقد عرف المشرع الغائب في المادة 110 قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة بقوله: «الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود».

ولعلّ تشبيهه للغائب بالمفقود لترتب نفس الأحكام لكليهما، من مصير أموالهما وعلاقتهما بزوجتيهما ونحو ذلك.

كما نصت عليه المادة 112 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، إذ أقرت أحقية زوجته طلب التطلاق بناء على المادة 53 الفقرة 5.

يقول الأستاذ سعد عبد العزيز: «إن طلب التطبيق استنادا إلى الفقرة الخامسة سببه معاقبة الزوج عن فعل الإضرار بزوجته، بينما التطبيق استنادا إلى نص المادة 112 سببه دفع الضرر عن الزوجة وليس حمايتها من الإضرار بها، وهذا يبين لنا مدى ما بينهما من اختلاف في السبب رغم ما يوجد بينهما من اتحاد في النتيجة وتوحيد الإجراء»<sup>(1)</sup>.

## 7- التفريق لارتكاب فاحشة<sup>(2)</sup>:

وردت كلمة فاحشة في القرآن الكريم في آيات عديدة، في كل مرة تؤكد على سلوك مستهجن وصف بهذا الوصف - فاحشة- . من ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾<sup>(3)</sup>. وقوله عز وجل: ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾<sup>(4)</sup>. وقوله سبحانه: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً﴾<sup>(5)</sup>. وقوله أيضا: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ﴾<sup>(6)</sup>.

فالفاحشة من هذا تظهر؛ بأنها السلوك المخالف لما هو واجب شرعا، وقد يأتي الإنسان بما هو مخالف للسلوك الذي يرتضيه الشرع، فيحاسب على قدر فعله.

فهذا الزوج الذي أقدم على فاحشة مبينة؛ كالزنا أو الشرك بالله أو الردة أو الاعتداء على قصر أو إتيانه سلوك إجرامي يتنافى ومقتضيات المجتمع المثالي، فإن فعله هذا يضعه في دائرة المساءلة والجزاء جراء ما أتى به أو أقدم عليه.

وقد نص القانون على الفاحشة كمصطلح للفعل القبيح كما هو الحال في المادة 337 مكرر

(1)- عبد العزيز سعد، الزواج الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 269.

(2)- الفحش والفحشاء والفاحشة القبيح من القول والفعل، وجمعها الفواحش. ابن منظور، مصدر سابق، مادة: (فحش)، ج 6، ص 325.

(3)- سورة الإسراء، الآية: 32.

(4)- سورة الطلاق، الآية: 1.

(5)- سورة النساء، الآية: 22.

(6)- سورة الأعراف، الآية: 33.

قانون عقوبات<sup>(1)</sup>:

«تعتبر من الفواحش بين المحارم، العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

- الأقارب من الفروع أو الأصول.
- الإخوة أو الأخوات الأشقاء من الأب والأم.
- بين شخص وابن أحد اخوته أو أخواته من الأب أو الأم، أو مع أحد فروعهم.
- الأم أو الأب والزوج أو الزوجة والأرمل أو الأرملة أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر.
- من أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت».

ونص على الفاحشة في قانون الأسرة، كما هو الحال في المادة 61 من قانون 84-11 «أن الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها لا تخرج من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق»، وكما أن الفاحشة قد تكون بسبب من الزوجة، قد تقع بفعل من الزوج، ويكون بذلك هو صاحب السلوك الشائن الذي يحق للزوجة أن ترفع أمرها للقضاء وتطلب التطليق منه، وإذا ما ثبت ذلك أمام القاضي فله أن يفرق بين الزوجين لمصلحة الزوجة.

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 53 الفقرة 7 قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 من أنه «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 7...- ارتكاب فاحشة مبينة»، وهي كل خطأ مخل بالآداب بصفة خطيرة أو جسيمة<sup>(2)</sup>، يؤدي إلى استحالة استمرار المعيشة المشتركة بين الزوجين، وللقاضي كامل الصلاحيات بفضل سلطته التقديرية في التقرير بشأن الأفعال التي تشكل فاحشة، متى استطاعت الزوجة أن تثبت بالدليل القوي أن زوجها أقدم على فعل فاحشة مما جعلها تتضرر، كون الفاحشة التي أتاها تضر بسمعة العائلة أو أمنها وراحتها<sup>(3)</sup>.

## 8- التفريق لعدم الوفاء بشروط الزواج:

<sup>(1)</sup>- الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17 جوان 1975 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات.

<sup>(2)</sup>- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص305.

<sup>(3)</sup>- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص275.

إذا ما تم عقد النكاح ووافق الزوج على الشروط التي تقدمته، ثم بعد ذلك لم يف بها كلها أو بعضها، فما مصير عقد نكاحهما حينها، وهل يحق للزوجة أن تقدم على فسخ النكاح، أو رفع دعوى لتطبيق نفسها منه بدعوى عدم الوفاء بالشروط؟

قد فصل الحنابلة في هذا الموضوع، وأجازوا الفسخ إن كان الشرط مما يجب الوفاء به، وذلك بأن كان ذا نفع وفائدة للزوجة، لأنّ مثل هذا يلزمه الوفاء به.

وقد روي هذا عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمر وبن العاص رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاووس والأوزاعي وإسحاق، وخالف هذا الرأي فقهاء آخرون قالوا ببطلان هذه الشروط منهم الزهري وقتادة ومالك والليث والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي<sup>(1)</sup>.

فقد نهي الإمام مالك الناس ابتداء عن الإشتراط في العقود، بقوله: «أشرت على قاضي أن ينهي الناس أن يتزوجوا على الشروط، وأن يتزوجوا على دين الرجل وأمانته، وقد كتبت بذلك كتابا وصيح في الأسواق»<sup>(2)</sup>.

وموقف الإمام مالك وغيره ممن لم يميزوا الفسخ لعدم الوفاء بالشروط انتقد من العديد، فهذه الأستاذة نشوة العلواني ترى بأن فتوى الإمام تتناسب وزمانه ودينه وأمانته؛ لأنّ الشروط مع الدين والأمانة لا قيمة لها، أما الشروط مع الغش والكذب والبهتان والتدليس فلها قيمة في الفقه الإسلامي وفي التشريع للناس؛ لأنّ الناس هم خلاصة عصرهم وفكره ومبادئه، ولا يمكن أن نطبق قول الإمام مالك في هذا العصر؛ لأنّ ذلك يعدّ تحاونا بحق الزوجة، ونية حسنة غير محمودة تؤدي إلى تضييع الحقوق<sup>(3)</sup>.

والراجح هو قول من اعتبر هذه الشروط في عقد النكاح<sup>(4)</sup>، وجعل للزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين زوجها، لرفع الضرر عنها، إن لم يف بها، وهذا الحق المثبت لها لا يلزمها العمل به

(1)- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص548-549.

(2)- أبو الوليد، المقدمات الممهّدات، مصدر سابق، ص59-60.

(3)- نشوة العلواني، مرجع سابق، ص125.

(4)- عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج9، ص115.



﴿هُوَ﴾ (1).

وأمارات الشقاق من قبل الزوج تظهر في نشوزه أو إعراضه، والنشوز هو ترفعه وكبره وما يترتب عليه من سوء المعاملة، والإعراض هو ما يديه من أمارات توحى بنفوره فأرشد القرآن الكريم إلى الصلح الذي هو اتفاق بينهما كأن تتنازل عن بعض حقوقها مقابل البقاء في عصمته أو يخيرها هو، فإن رضيت على مثل هذا الصلح فالصلح خير لها؛ لأن دوام الرابطة الزوجية خير من انقطاعها، فإن أبت الزوجة تتنازل فعلى الزوج الإيفاء وإلا عوضها<sup>(2)</sup>، فإن لم تنزل أسباب الشقاق آل أمر الزوجين إلى الطلاق.

واستند الفقه الإسلامي في إدراك مفهوم الشقاق وكيفية علاجه إلى قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾<sup>(3)</sup>.

فالشقاق على هذا مرده إلى تصرفات يأتيها كل طرف بحيث تنفر الطرف الآخر منه؛ أي أن كل واحد منهما يفعل ما يشق على صاحبه. فإن خفتم أثر هذا الشقاق فابعثوا حكمن من أهليهما يحاولان الإصلاح.

والظاهر كون بعث الحكمين محمول على الوجوب بدليل صيغة الأمر التي تظهرها كلمة (فابعثوا)<sup>(4)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في مهمة الحكمين:

- ذهب الحنفية والشافعية ورواية عن أحمد، بأن مهمتهما لا تعدو الإصلاح بين الزوجين، فليس هما التفريق بينهما كونهما مجرد وكيلين<sup>(5)</sup>.

(1)-سورة النساء، الآية: 128-130.

(2)-محمد رشيد رضا، مصدر سابق، ج5، ص445-446.

(3)-سورة النساء، الآية: 35.

(4)-محمد رشيد رضا، مصدر سابق، ج5، ص78-79. أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، (دط)، (دت)، ج1، ص427.

(5)-الخصاص، مصدر سابق، ج2، ص191. الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج5، ص94. الماوردى، مصدر سابق، ج12، ص247. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص49. أبو البركات، مصدر سابق، ج2، ص44.

- وذهب المالكية والشافعي في قديم مذهبه ورواية ثانية عن أحمد، بأن للحكمين الجمع والتفريق بين الزوجين<sup>(1)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء في الطلاق لأجل الشقاق على فريقين:

- ذهب الحنفية والظاهر من مذهب الشافعية وفي رواية عن أحمد والظاهرية إلى أن الشقاق لا يصلح كسبب للتفريق حتى ولو أقر الزوج بالإساءة إلى الزوجة، ولم يجبر على الطلاق قبل تحكيم الحكمين<sup>(2)</sup>.

- وذهب المالكية والشافعية ورواية عن أحمد إلى أن الشقاق يصلح سببا للتفريق، كونه ضرر بالزوجين وإزالته عن الزوجة يكون بالتفريق<sup>(3)</sup>.

فقبل التفريق يتعين شرعا التحكيم.

والفرقة الواقعة بتنفيذ من الحكمين هي طلاق بائن لا رجعة فيه؛ لأنه لو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق كما كان<sup>(4)</sup>.

- واتجه المشرع الجزائري في التعديل 05-09 لقانون الأسرة في المادة 53 الفقرة 8 إلى الأخذ بالشقاق كسبب من أسباب التطلاق «يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: 8...- الشقاق المستمر بين الزوجين». وهذا ما لم تكن المادة 53 قد نصت عليه في ظل القانون 84-11.

إلا أن اجتهادات قضائية قبل التعديل 05-09 أقرت التطلاق لأجل الشقاق، لذلك ترجمت إرادة القضاء في تقنين وهو الفقرة 8 من المادة 53 السابقة الذكر.

إذ أكدت قرارات للمحكمة العليا أنه إذا طال أمد النزاع واستفحل الخصام بين الزوجين واقتنع

<sup>(1)</sup>- عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص876. ابن القيم، زاد المعاد، مصدر سابق، ج5، ص190. ابن

قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص49. ابن العربي، مصدر سابق، ج1، ص424.

<sup>(2)</sup>- الجصاص، مصدر سابق، ج2، ص191. الشريبي، مصدر سابق، ج3، ص261. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7،

ص49. ابن حزم، مصدر سابق، ج10، ص88.

<sup>(3)</sup>- عبد الوهاب البغدادي، المعونة، مصدر سابق، ج2، ص876. الشريبي، مصدر سابق، ج3، ص262. ابن قدامة، المغني،

مصدر سابق، ج7، ص49. ابن القيم، زاد المعاد، مصدر سابق، ج4، ص33.

<sup>(4)</sup>- ابن العربي، مصدر سابق، ج1، ص426.

القضاة بضرورة التفريق، فإنه لا سبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية<sup>(1)</sup>.

والملاحظ أن المشرع لم يجعل من النشوز سببا في أسباب التطليق، بل أودعته مادة مستقلة هي المادة 55 من قانون 84-11 «عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر»، ولم يقرر بشأنه ما قرره الفقه الإسلامي الذي جعل من النشوز، إذا تفاقم واشتد الخصام والنزاع وحدثت النفرة وأدى إلى الشقاق والذي ضمنه الشرع الإسلامي وصفات علاجية قرآنية قبل أن يلجأ الزوجان إلى الفرقة.

فيكون بهذا المشرع قد جعل النشوز سببا من أسباب الطلاق والذي أسبقه قبل الحكم به بمرحلة الصلح المنصوص عليها في المادة 49 قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة.<sup>(2)</sup>

فيكون بهذا المشرع قد وافق الفقه الإسلامي في كيفية علاج النشوز من قبل الزوج<sup>(3)</sup>، أما حالة نشوز الزوجة فلم يتعرض للحل الشرعي من وعظ وضرب وهجر للزوجة قبل فراقها<sup>(4)</sup>.

وضمنه هو الآخر (نشوز الزوجة) مرحلة للصلح قبل الحكم بالطلاق لا غير.

حتى أن التطبيقات القضائية في أحكامها الخاصة بالنشوز لم تتعرض إلى التطبيقات الشرعية واكتفت بتحديد الطرف الناشر، حتى يمكن الحكم عليه لا لصالحه، وتحديد وجود النشوز من عدمه بتكييف الوضعيات وفق حيثيات القضايا المعروضة<sup>(5)</sup>.

(1) -محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36414 المؤرخ في 20-05-1985، مجلة قضائية، 1990، ع2، ص58. ملف رقم 224655 المؤرخ في 15-06-1999، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص129.

(2) -تنص المادة 49 على أنه «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى...».

(3) -لقوله تعالى: ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾ قال تعالى: ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾ صدق الله العظيم ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ﴾. سورة النساء، الآية: 128.

(4) -لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ تَخَافُونَ نُشُوزَهُمْ فَعِظُوهُمْ وَاهْجُرُوهُمْ فِي الْمَصَاجِعِ وَاصْرَبُوهُمْ فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا بُغْوَ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾. سورة النساء، الآية: 34.

(5) -من ذلك، القرار القاضي بأن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد إهانتها لا يعتبر نشوزا، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 189324 المؤرخ في 19-05-1998 مجلة قضائية 2001، عدد خاص، ص147. والقرار

كما أحال المشرع في مادة أخرى إلى التحكيم إذا اشتد الشقاق بين الزوجين ولم يثبت الضرر بنص المادة 56 قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة<sup>(1)</sup>.

فقد ربط المشرع في التقنين الأسري تعيين الحكّمين بتوافر وضعيتين، اشتداد الخصام وعدم إثبات الضرر.

كما أسند لهما مهمة التوفيق دون التفريق، وهو بهذا تبني مذهب الحنفية الذي يرى أن المهمة لا تتعدى التوفيق والإصلاح، مخالفا المذهب المالكي ودليل ذلك ضرورة تقديم تقرير عن مهمتها للقاضي في أجل شهرين، يتولى بعدها القاضي بنفسه أمر الطلاق بعد اتباع كل الإجراءات اللازمة.

## 10- التفريق للضرر:

الفقه الإسلامي تعرض في جزئيات كثيرة منه إلى الأضرار التي لا يجوز أن تكون في الحياة الزوجية، دون إفراطها بمواضيع مستقلة، وطالبت برفع الضرر مهما كان نوعه وحجمه وقواعده الكلية التي يُحتكم إليها تؤكد ذلك "لا ضرر ولا ضرار"، "الضرر يزال" .. ونظرا لأهمية استقرار الحياة الزوجية، فقد سعى المشرع القانوني إلى منع كل ضرر قد يؤدي بالحياة الزوجية إلى الإضمحلال نتيجة فشل الروابط التي تدعم قيامها.

لذلك جاء التشريع الأسري الجزائري مرافقا لهذا النظام؛ ألا وهو منع الضرر مهما كان. فنص في الفقرة 10 من المادة 53 من قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 على أنه «يجوز للزوجة أن تطلب التظليل للأسباب الآتية: ...10- لكل ضرر معتبر شرعا»، والقانون 05-09 المعدل والمتمم للقانون 84-11 جعل الضرر على إطلاقه، وكان فيما قبل قد ضمنّ الفقرة إضافة

---

الذي يقضي بأن عدم وجود سبب واضح يجعل الزوجة تلجأ إلى طلب التظليل بعد نشوزها، فإن ذلك يعد سببا كافيا لاعتبار الزوج هو المتضرر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 90947 المؤرخ في 27-04-1993. مجلة قضائية، =1994، ع2، ص71. كما كيّف القضاء بأن امتناع الزوجة عن السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 213669 المؤرخ في 06-02-1999. مجلة قضائية، 2001. عدد خاص، ص219. وملف رقم 251682 المؤرخ في 21-11-2000، مجلة قضائية، 2001، ع1، ص290.

<sup>(1)</sup> -تنص المادة 56 على أنه: «إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكّمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين».

إلى عمومية الضرر حالتين خصهما بالمراعاة، حالة مخالفة أحكام المادة 8<sup>(1)</sup>، وحالة مخالفة أحكام المادة 37 من قانون الأسرة<sup>(2)</sup>.

إلا أنّ التعديل 05-09 للقانون 84-11، جعل من مخالفة أحكام المادة 8 سببا أصيلا يحق للزوجة أن تطلب التطليق لأجله، بالنص عليه في الفقه 6 من المادة 53.

كما أن مخالفة أحكام المادة 37 بشقيها، فما تعلق بالنفقة وهو الشق الأول، فعدم الإنفاق يجوز للزوجة طلب التطليق لسببه بنص المادة 53 الفقرة 1 من قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09، وما تعلق بالعدل في التعدد وهو الشق الثاني، فمردّه إلى المادة 8 من قانون 84-11 من جهة، وعدم الإتيان بالعدل يجوز للزوجة طلب التطليق لسببه كونه يدخل ضمن كل ضرر معتبر شرعا الفقرة 10 من المادة 53، وهو مما لا يخفى شرعا وقانونا أو ضمن الفقرة 6 من المادة 53 «مخالفة أحكام المادة 8» من جهة أخرى.

وكون عبارة (كل ضرر) عامة وشاملة فهي لا تقتيد بضرر معين، فقد يكون المصدر المسوغ لطلب التفريق، الضرب المؤلم وسبها وسب أبيها وهجرها بلا موجب شرعي وخصامها وتحويل وجهه عنها... والعرف هو الحكم في تقدير الضرر<sup>(3)</sup>، الذي يخضع لمحض سلطة القاضي التقديرية والتي تكون سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة لم يقيدها أي قيد ولا يحدها أي حد، ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

لأنّه لا معيار للتمييز بين كون هذا الفعل ضرر والأخر غير ذلك، وأن ما يشكل ضررا للزوجة قد لا يكون لأخرى؛ لذا فتقييم الأفعال بين الضارة وغيرها ينبغي أن يُقيّم في وجهة نظر اجتماعية وثقافية محضة، لكون معيار الضرر معيار شخصي<sup>(4)</sup>.

فقد حكم القضاء بالتطليق لزوجة تضررت ماديا ومعنويا من عدم إتمام الزواج بالبناء لمدة

(1) -تنص المادة 8 على أنه: «يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا».

(2) -تنص المادة 37 على أنه «يجب على الزوج نحو زوجته: 1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها. 2- العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة».

(3) -عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري، المطبعة العربية، غرداية، الجزائر، (دط)، 1993، ص195.

(4) -عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص270-271.

طويلة<sup>(1)</sup>، وقد يكون الضرر متمثلاً في تماطل الزوج في إرجاع زوجته ووقوفه موقفاً سلبياً، فيقضي للزوجة بالتطليق<sup>(2)</sup>.

وقد يكون الضرر الملحي، لطلب التطليق هو الضرب المبرح متى أثبتته الزوجة حقاً لها كسب التعويض<sup>(3)</sup>.

والأضرار لا حصر لها، وكلها تخضع في تقديرها بعد إثبات الزوجة لها لكامل سلطة القاضي، والمتبع لفقرات المادة 53 لوجدها، ككل غير منقوص تعبير عن أضرار، فكان بإمكان المشرع أن يخص المادة 53 بعبارة: «يجوز للزوجة طلب التطليق لكل ضرر معتبر»، وأن يخص مواداً أخرى تعنى بتحليل بعض نماذج الضرر كما فعل عند أفراد التطليق لسبب مخالفة أحكام المادة 8 بالفقرة 6، والتطليق لسبب استعجال الشقاق بالفقرة 8 وهكذا....

### 11- التفريق لمخالفة أحكام المادة 8 قانون الأسرة:

نصت المادة 53 الفقرة 6 من قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 والمتضمن قانون الأسرة أنه: «يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الآتية: 6...- بسبب مخالفة أحكام المادة 8».

وتنص المادة 8 من القانون نفسه على أنه: «يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

- يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

- يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من مرافقتهم وأثبت الزوج المبرر

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 135435 المؤرخ في 23-04-1996. مجلة قضائية 1998، ع1، ص129. قرار رقم 217179 المؤرخ في 16-03-1999، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص122.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 50519 المؤرخ في 26-09-1988، مجلة قضائية 1992، ع2، ص48.

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 245159 المؤرخ في 20-06-2000، مجلة قضائية 2001، عدد خاص، ص259.

- الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية» المادة 8 بعد التعديل<sup>(1)</sup>
- اشتراطت على الزوج حتى يتسنى له استعمال حقه في التعدد جملة من الشروط:
- أن يكون التعدد في حدود الشريعة الإسلامية «من حيث العدد والعدل».
  - ضرورة وجود مبرر شرعي قبل الإقدام على الزواج مرة أخرى.
  - إلزامية إخبار الزوجة الأولى والمرأة المراد التزوج بها بوضعية، زواج سابق للجديدة وزواج لاحق للأولى، هذه الشروط تضمنتها المادة قبل التعديل، وما جدُّ هو الشرط الآتي:
  - ضرورة الحصول على رخصة رئيس المحكمة للزواج من جديد والذي يحصل بتوفر أمور هي:
  - موافقة الطرفين، - إثبات الزوج للمبرر، - إثبات قدرته على توفير العدل وأسباب الحياة الطبيعية.
- وعليه يتعين على الزوج مراعاة كل هذه الخطوات، فإن هو لم يستصدر ترخيصاً، فإن زواجه الجديد يفسخ قبل الدخول بالزوجة «المادة 8 مكرر 1 من قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 09-05»، وهنا إشارة صريحة إلى أنه بعد الدخول لا يفسخ الزواج، إلا أن بثبوت تدليس الزوج، يجوز لكل زوجة من زوجاته أن ترفع أمرها للقضاء للمطالبة بتطليقها (المادة 8 مكرر) وهو ما أكدته المادة 53 الفقرة 6 المذكورة سابقاً.
- ورغبة المشرع هذه في رفع الظلم عن الزوجات نتيجة تعسف أزواجهن في استعمال حقوقهم، كرسه التطبيقات القضائية وأكدته اجتهادات المحكمة العليا منها القرار الذي يقضي بحق الزوجة السابقة طلب التطليق عندها يتزوج زوجها بثانية دون علمها، لأن هذا يعتبر ضرراً أصابها<sup>(2)</sup>.
- وما هذه المواد المتتالية بتفصيلاتها الواردة في التعديل 09-05 لقانون الأسرة (المادة 8- المادة 8 مكرر- المادة 8 مكرر 1)، إلا بسط للعموم الذي كان يعتري المادة 8 قبل التعديل (قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة)، وتجسيدها للتطبيقات القضائية وما احتوته موافقاً لهذه التعديلات الجديدة.

والفقه الإسلامي تماشياً مع أحكام الشريعة الإسلامية يؤكد مع أحقية الرجل في التعدد، إلا أنه

<sup>(1)</sup> -المادة 8 من قانون 84-11 قبل التعديل بالقانون 09-05 كانت تنص على أنه: «يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا».

<sup>(2)</sup> -المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 122443 المؤرخ في 26-09-1995، نشرة القضاة، 1999، ع55، ص171.

مقيد بتوفير القدرة والعدل، دون الإشارة إلى حق التطليق بطلب من الزوجة، وإضافة إلى كل هذه الأسباب الفقهية والقانونية (التفريق لعدم الإنفاق، التفريق للغيب...)، فقد احتوى الفقه الإسلامي على حالات أخرى يجوز فيها طلب التفريق، (كالردة والإبء وعدم الكفاءة...). وارتأيت تقديم ما سبق دون الاستزادة بسطاً لحالات واردة في التشريع الأسري مقارنة بما هو في الشرع والفقه الإسلاميين من جهة؛ ولأنّ الأضرار المحوزة لطلب التطليق عدّة هي، والمقام لا يسمح بأكثر تفصيل من جهة أخرى.

### البند الثاني: إثبات الضرر والحكم بالتعويض

لجوء الزوجة إلى القضاء وطلب التفريق بينها وبين زوجها، يعني حتماً تضررها الذي ألجأها لسلوك مثل هذا الطريق، طالبة الفرقة من جهة، وتعويضها عمّ ألمّها من ضرر من جهة ثانية. هذا الأمر يتطلب منها إثبات الضرر حتى يقضى لها بما طلبته وتعوض حينها جبراً للضرر.

#### أولاً: إثبات<sup>(1)</sup> الضرر

إن الإثبات على أهمية بالغة على مستوى القضاء، وطريقة الموصلة إليه؛ كونها الوسائل الشرعية لإثبات الحقوق أمام القضاء، والقاضي لا يتمكن من الفصل في النزاع المعروض أمامه دون ولوجه باب طرق إثبات الحقوق، حتى يكون قضاؤه مثلاً للعدل والنزاهة التي يقوم عليها القضاء في الإسلام ويحقق الأمن والطمأنينة بين أفراد المجتمع المسلم، ولا يتأتى ذلك إلا أن يتحقق علمه بوقائع الدعوى وحكم الله فيها<sup>(2)</sup>.

فالإثبات هو الحكم بثبوت شيء آخر<sup>(3)</sup>.

وهو بلغة القضاء تأكيد مزاعم الخصم أو دفاعه بالدليل الذي يبيحه القانون، بهدف إقناع القاضي بوجاهتها وصحتها حتى يقضى له بها<sup>(4)</sup>.

فالإثبات في معناه العام؛ هو تأكيد أن أمراً ما يعتبر حقيقياً، وله وجود فعلي، مؤكداً وفي معناه

(1) - الإثبات من ثبت الشيء، يثبت ثباتاً وثبوتاً، فهو ثابت وثببت، وثبتت، والثبّت بالتحريك، الحجة والبينة. ابن منظور، مصدر سابق، مادة (ثبت)، ج 2، ص 19-20.

(2) - فخرى أبو صافية، طرق الإثبات في القضاء، شركة الشهاب، الجزائر، (دط)، (دت)، ص 22.

(3) - الجرجاني، كتاب التعريفات، دار الرشد، القاهرة، (دط)، (دت)، ص 19.

(4) - عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجيل للطباعة، مصر، ط 1، 1985، ص 21.

القانوني؛ هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون<sup>(1)</sup>.

فإذا ما رفع المدعي، دعواه فإن القاضي بعد أن يطلب من المدعي أن يبين دعواه يسأل المدعى عليه، مما يدعيه فإن أقرّ به ثبت بإقراره الحق الذي يدعيه المدعي وصدر الحكم به، وإذا أنكر المدعى عليه ما يدعيه المدعي طلب القاضي من المدعي أن يقدم البينة التي يثبت بها ما يدعيه، فإن عجز عن تقديم البينة عرض عليه القاضي حق تحليف خصمه اليمين، فإن حلف رد القاضي الدعوى، وإن نكل اعتبره القاضي مقرا ضمنا وثبت عليه الحق الذي يدعيه المدعي وصدر الحكم به<sup>(2)</sup>.

فوسيلة إثبات الحق الذي يدعيه المدعي قد تكون إقرار المدعى عليه أو بينة المدعي كشهوده العدول، أو نكول المدعى عليه عن حلف اليمين، وهناك وسائل أو دلائل أخرى لإثبات الحق المدعى به<sup>(3)</sup>.

فلا تكاد تخلو خصومة من وجوب أن يركن الخصمان أو أيهما إلى الإثبات، فيركن إليه المدعي ليؤيد دعواه بالدليل المقنع، ويركن إليه المدعى عليه ليفند هذا الدليل بما لديه من الوسائل ويقيم حجته في الدفاع عن نفسه ودحض حجة خصمه<sup>(4)</sup>.

وللقاضي سلطة في تقدير الإثبات، فهو ليس مقيدا في تكوين اعتقاده بأي قيد آخر في إطار إعماله لسلطته بشأن الإثبات، إلا في حدود أقرها القانون.

ومسألة عبء الإثبات تقع على عاتق المتضرر، وهذا بسند أصيل في الشرع والفقهاء الإسلاميين، ذلك أن سبب الضمان هو التعدي المؤدي للضرر.

ولا يجب الضمان لهذا إلا إذا أثبت المدعي خطأ المدعى عليه؛ لأن الأصل هو براءة الذمة من الالتزام بالتعويض، وذلك لقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»<sup>(5)</sup>، والقواعد

(1) - محمد شتي أبو سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، دار الفكر العربي، مصر، (دط)، 1997، ج1، ص3.

(2) - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص133.

(3) - أوصلها ابن القيم إلى ست وعشرين طريقا، ابن قيم، الطرق الحكمية، مصدر سابق، ص114.

(4) - عبد الوهاب العشموي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص21.

(5) - أخرجه الترمذي، السنن، كتاب الأحكام، باب: ما جاء في أنّ البينة على المدعي، ج55، ص181-184. ابن ماجه، السنن، كتاب الأحكام، باب: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، رقم: 2321، 2322، ج2، ص778. الدارقطني، السنن، كتاب الحدود والديات وغيره، رقم: 3191، 3192، ج4، ص114.

الفقهية تؤيد هذا إذ "اليقين لا يزول بالشك"<sup>(1)</sup>.

ذلك أن تكليف المدعى عليه بنفي خطئه متعذر، ويؤدي إلى فتح باب النزاع والجرأة على الأبرياء<sup>(2)</sup>، فلا يقبل الإدعاء بدون دليل، وإلا تطاول الناس على بعض، واستيحت الأعراض وغصبت الأموال، ووقع العدوان على الأنفس والممتلكات، وضاعت حقوق الضعفاء واستشرى الفساد في المجتمع وخيم عليه الظلم، فكل ادعاء يحتاج إلى دليل، وكل قول لا اعتبار له إلا بالحجة والبرهان، وكل حق يبقى ضعيفا مهددا بالضياع، مجردا من كل قيمة إذا لم يدعم بالإثبات<sup>(3)</sup>.

كما أن أهل القانون متفقون على أن عبء الإثبات يقع على المتضرر، فعليه إثبات الرابطة السببية بين الخطأ والضرر، لذا فالمدعي ملزم بإقامة الدليل على ما يدعيه سواء كان مدعى عليه أصلا في الدعوى أو مدعيا فيها، وذلك بالطرق التي حددها القانون<sup>(4)</sup>؛ لأن وقوع الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق، ومنها البيّنة والقرائن<sup>(5)</sup>.

وعليه تضرر أي طرف ومطالبته التعويض، يتعين عليه إثبات الضرر اللاحق به، وهذا ثابت شرعا وقانونا وقضاء، ويشترط في الضرر المراد إثباته أن يكون واصلا للحد الموجب للتعويض، وهذا ما يتعين على الزوجة المطالبة بالفرقة -التطليق- المدعية الضرر، المطالبة بالتعويض، فيجب عليها إثبات تضررها الذي دفعها لطلب الفرقة والتعويض.

وقد أكدت المحكمة العليا هذا الاتجاه في العديد من قراراتها والتي جعلت عبء إثبات الضرر على المدعي، في نحو القرار القاضي بتعويض الزوجة بعد الحكم لها بالتطليق بسبب عقم الزوج، وثبت العقم بعد العلاج<sup>(6)</sup>، وفي نحو قرارها القاضي أيضا بتطليق الزوجة مع تعويضها لعدم توفير

(1)-مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج2، ص918 (طبعة دار القلم).

(2)-وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص270. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص119-120.

(3)-صبري السعداوي مبارك، قضاء القاضي بعلمه في الفقه الإسلامي، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، ط1، 2004، ص8-9.

(4)-زهدي يكن، مرجع سابق، ص109. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج1، ص335. محمد شتي أبو سعد، مرجع سابق، ص3-4.

(5)-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص855.

(6)-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 213571، المؤرخ في 16-02-1999، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص119.

سكن منفرد لها، وطال لذلك زمن الخصام، وأثبتت تضررها بما أوجب تعويضها<sup>(1)</sup>.

إلا أنه قد يثبت الضرر من غير أن يتحمل المدعي عبء إثباته، كأن يقر المدعي عليه بفعله الموجب للتعويض أمام القضاء، فلا يحتاج حينها المدعي إلى تأسيس دعواه؛ لأن الإقرار حجة قاطعة في حق المقر، وذلك لاعترافه بواقعة قانونية مدعى بها، مما يترتب عليه المسؤولية الموجبة للتعويض<sup>(2)</sup>.

هذا الاتجاه في عبء الإثبات الملموس في قرارات واجتهادات القضاء الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية له سند من الفقه الإسلامي والقانون.

وعليه على المدعي بالضرر إثباته حتى يصح له المطالبة بالتعويض عم لحقه، فيبدأ المدعي بإثبات واقعة، تقوم قرينة قضائية على وقوع الخطأ، فينتقل عبء الإثبات إلى المدعي عليه، فيثبت واقعة أخرى تقوم هي أيضا قرينة قضائية على انتفاء الخطأ من جانبه، فيعود عبء، الإثبات إلى المدعي وهكذا إلى أن يعجز أحد الطرفين على الإثبات، ما يزحزح عنه القرينة القضائية التي ألقاها عليه خصمه فيكون هو العاجز على الإثبات، فإن كان المدعي هو الذي عجز، فقد اعتبر غير قادر على إثبات دعواه وخسرها، وإن كان الذي عجز هو المدعي عليه فإن المدعي يكون قد تمكن من إثبات الخطأ<sup>(3)</sup>.

فإذا ما عجز المدعي على إثبات الضرر اللاحق به فقد قرر الشرع والقانون في مسائل الأحوال الشخصية أنه إذا ما اشتد الخصام واستمر النزاع وتعذر على الطرفين إثبات ما تضررا منه تطلب الأمر تعيين حكمن من أهل الزوج وأهل الزوجة يحاولان الإصلاح، واشترط القانون إيفاء المحكمة بتقديرهما في أجل شهرين<sup>(4)</sup>.

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 224655، المؤرخ في 16-06-1999، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص129.

(2) - في نحو قرار المحكمة العليا القاضي بالتعويض على المخطوبة بعد أن أقرت بعدوها عن الخطبة، مما أضر بالخطاب، فيعد ذلك إقرارها بالضرر، فلا يتعين عبء الإثبات على الخطاب. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 26097، المؤرخ في 12-12-1989، مجلة قضائية، 1991، ع4، ص102.

(3) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص 941-942.

(4) - المادة 56، قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة تنص على أنه: «إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمن للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمن، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمن أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين».

وقد جعل الشرع مهمتهما الإصلاح وقد تتعدى إلى الحكم بالتفريق على اختلاف بين المذاهب الفقهية لعللة تسميتهما بالحكمين<sup>(1)</sup>.

ومسألة الإثبات للضرر لم تذكر في فرقة من قبل الزوج كونه حق رتب الشرع والقانون تعويضا عنه لجبر وحشة الفراق أو كونه متعسفا فيه، ولا في فرقة بطلب من الزوجة في الخلع، كون العوض مقرر شرعا وقانونا يحق للزوج أخذه عند اختلاع زوجته منه، وبقي إعماله في التطليق كونه مما لا تعويض عنه في الأصل، إلا أن التشريعات المعدلة أقرته واشترطت له الإثبات.

### ثانيا: الحكم بالتعويض للتطليق

سبق الإشارة إلى هذا النوع من التعويض عند الكلام في أشكال التعويض<sup>(2)</sup>، وتأكيدا على ما يخص هذه الجزئية، فالتعويض الذي تطالب به الزوجة الراغبة في فرقة عن زوجها، منعه الشرع الإسلامي، إذ لا تعويض عن فرقة بسبب من الزوجة قياسا على المتعة التي لاحق للزوجة المفارقة فيها.

إذ التطليق الذي يقع من القاضي على الزوج إذا ثبت الضرر، يقع جبرا عليه ورغم إرادته، نذا جزاء مخالفته المعاشرة بالمعروف والإمسك بالإحسان، وبهذا الفراق الذي يقوم القاضي به فيه تمليك الزوجة عصمتها كرها على زوجها وإجازة تعويض المطلقة بالتفريق القضائي لتضررها، فيه فتح باب لإثراء المرأة على حساب زوجها مرتين بامتلاك عصمتها رغما عنه، والحصول على ماله تحت مسمى التعويض عن ضرر تدعيه رغم خلاصها من علاقة زوجية أقدمت عليها بإرادتها ورضاها.<sup>(3)</sup>

إلا أن المشرع الجزائري في التقنين الأسري أكد إمكانية منح الزوجة بهذه الصفة تعويضا عن ضرر دفعها إلى طلب التطليق وولوجها أبواب القضاء لتحقيق ذلك.

وهذا ما نصت عليه المادة 53 مكرر من قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة (يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن

(1)-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 347/ نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 129-133.

(2)-انظر: شكل تعويض الفرقة في الفقه القانوني، ص 96-99.

(3)-أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، (دط)، 2009، ص 125.

الضرر اللاحق بها).

ويكون بهذا المشرع قد نخدم الأصل العام للشريعة (رفع الضرر)، وحسم الخلاف الذي كانت الجهات القضائية قد وقعت به من منح أو عدم منح الزوجة المفارقة للتعويض، وجعل الحكم به جوازي، فمتى تأكد القاضي من أن هذا الضرر يستحق تعويضا قضى به وإلا فلا، فيرجع ذلك كله إلى محض سلطته التقديرية.

عبد القادر القادر للعلوم الإسلامية

## الفصل الثاني:

# تقدير التعويض، أساسه وفعاليتها في أحكام الفرقة

المبحث الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض وممارسته

المبحث الثاني: أثر الحكم بتقدير التعويض في دعاوى  
الفرقة

التعويض أثر مباشر للفعل الضار، الهدف منه محو الضرر ومحاولة إزالة كل أثر له، بترتيب تعويض يقره الشرع والقانون حقا للمتضرر في جبر ضرره عن طريق المطالبة به، بالوسائل المشروعة شرعا وقانونا، وللقضاء أن يستجيب لدعوى المضرور، وأن يتثبت بما أتيح له من وسائل إثبات أن المدعي متضرر حتى يحكم له بتعويض، هذا الأخير الذي يتطلب تقديرا يختص به شخص القاضي، وكون ما يحكم به القاضي له أثره في درجات التقاضي على إثر تسميته بالحكم، والحكم له أثره من حيث الإيجاب أو النقص.

وهذا ما سأعالجه - بإذن الله - بشيء من التفصيل في المبحثين الآتيين، خصصت الأول للكلام في سلطة القاضي لتقدير التعويض، وممارسته لهذا التقدير.

وتطرت في الثاني لفاعلية هذا الحكم بالتقدير على مستوى درجات التقاضي، محاولة طرح ما تعلق بدعاوى الفرقة الزوجية، فيما له علاقة بتقدير التعويض وأثره في القضاء.

### المبحث الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض وممارسته

التعويض يحتاج إلى تقدير، والتقدير يحتاج إلى سلطة قاض، يعملها للوصول إلى التقدير الأنسب للتعويض الملائم. هذه السلطة لم يحدث بشأنها إقرارا شرعيا وقانونيا، إذ تأثرت باختلاف جهات النظر على المستويين، وعلى الرغم من هذا الاختلاف بين السماح بها وعدم ذلك، فإنّ العمل القضائي لا يخلو من تقدير، لذا يتعين معرفة كيفية ممارسته وتطبيقات كل هذا على دعاوى الفرقة.

### المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية والخلاف بشأنها

السلطة التقديرية على هذا حتمية، تمنح بصفة تلقائية عن العمل القضائي، لإدراك ماهيتها ومشروعية العمل بها، ومعرفة الخلاف الذي قام بشأنها، فصلت الحديث في هذا في فرعين متتاليين هما:

- ماهية سلطة القاضي التقديرية ومشروعية العمل بها.

- الخلاف بشأن السلطة التقديرية.

## الفرع الأول: ماهية سلطة القاضي التقديرية ومشروعية العمل بها

سلطة القاضي التقديرية كثيرا ما يتداول هذا الاصطلاح في التشريعات القانونية بمختلف فروعها، وله سنده المدعم له في الفقه الإسلامي على ما سيأتي ذكره. لذلك الأجر التعريف على كنه هذا المصطلح كمفهوم شرعي وقانوني، والوقوف على مدى مشروعية العمل بالسلطة التقديرية في الفقهين الإسلامي والقانوني على حد سواء.

### البند الأول: مفهوم سلطة القاضي التقديرية

سلطة القاضي التقديرية مصطلح مركب من شقين، سلطة القاضي من جهة، والتقدير من جهة ثانية، ومفهوم الكل يحتم معرفة مدلول الأجزاء.

### أولا: المفهوم منفصلا

وذلك بإدراك معنى السلطة كشف أول ومعنى التقدير كشق ثان.

### 1- معنى السلطة

السلطة بالمعنى اللغوي توحى بالقوة والقدرة والحدة والحجة<sup>(1)</sup>.

وبالمعنى الاصطلاحي تعني المرجع الأعلى المسلم له بالنفوذ، أو الهيئة الاجتماعية القادرة على فرض إرادتها على الإرادات الأخرى، وهي المعترف لها بالقيادة والفصل والاحترام والالتزام بقراراتها<sup>(2)</sup>.

فهي لا تخرج عن القوة والتمكن من إصدار وتنفيذ الأحكام على وجه الإلزام، ومنح مثل هذه السلطة لشخص القاضي بغية منح القاضي ما تفيده مادة كلمة سلطة من القوة والصلاحية، وأن كن من استعمالها على الشكل الصحيح، وأن ينفذ ثمراتها ولو بالقوة، وأن تكون أحكامه الصادرة عن هذه السلطة لها من الحجية والنفوذ ما يجعلها مفيدة ومستقلة<sup>(3)</sup>.

(1) - السُّلْطَة: من سَلَطَ يَسْلُطُ سُلْطَةً، وَسَلَطَ سُلْطَةً، والسُّلْطَةُ القهر والحدة والتسليط: إطلاق السلطان، وقد سلطه الله عليه فتسلط والاسم سُلْطَةٌ. وهي التسلط والسيطرة والتحكم، والسُّلْطَةُ: السهم الطويل، والجمع سُلْطٌ. والسلطان الحجة والبرهان وقدرة الملك. وقدرة من جعل له ذلك وإن لم يكن ملكا والولي. انظر: ابن منظور، مصدر سابق، مادة (سلط)، ج7، ص320-322. الفيروز آبادي، مصدر سابق، مادة (السُّلْطُ)، ج2، ص363.

(2) - عبد الوهاب الكيالي وآخرون، الموسوعة السياسية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 1983، ج3، ص215.

(3) - محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط1، 1427هـ-2007م،

وحتى يمنح شخص مثل هذه الصلاحيات في الدولة، يتعين أن يكون الكفو الصالح لتولي وظيفة القضاء، القادر عليها، حتى تؤدي هذه الوظيفة الغرض من وجودها، وهو قطع الخصومات وردع الظالم ونصرة المظلوم وإيصال الحق إلى أهله<sup>(1)</sup>.

والسلطة من أخص لوازم الولاية، وإن كانت غير مستخدمة كثيرا في كتب الفقهاء عند الحديث عن ولاية القضاء، فإنها تدرج تحت ما يبحثه الفقهاء من الأحكام السلطانية<sup>(2)</sup>.

## 2- معنى التقدير

التقدير في جانبه اللغوي يحمل معنى القوة والمقاس ومعاني أخرى كالضيق<sup>(3)</sup>. وفي جانبه الاصطلاحي، هو من المقدرات التي تتعين مقاديرها بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذراع، وهي شاملة للمكيلات والموزونات والعدييات والمدروعات<sup>(4)</sup>.

والتقدير يقال للنسوية بين أمرين<sup>(5)</sup> وهو إعطاء المعدوم حكم الموجود أو الموجود حكم المعدوم<sup>(6)</sup>.

## ثانيا: المفهوم كمركب إضافي

بما أنّ كلا الشقين -السلطة أو التقدير- يحمل معنى القوة ومعنى الصلاحية فيإضافتها إلى شخص يعني منحه قوة وصلاحية للقيام بتقدير أمر ما، بالتفكير فيه وتحيته والتدبر فيه بحسب نظر العقل، ومقايسته على أمور أخرى<sup>(7)</sup>.

ص78.

(1)- عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص21.

(2)- محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص79.

(3)- التقدير لغة من قدر يقدر، وبابه نصر وضرب، والقدر والقُدرة والمقدار: القوة، والقدر: الغنى واليسار، وهو من ذلك لأنّ كله قوة، وقدر كل شيء ومقداره: مقياسه، وقدر الشيء بالشيء وقدره، قاسه.

ير على معاني: التروي والتفكير في تسوية أمر وتحيته، تقديره بعلامات يقطعها عليها، أن تنوي أمرا بعقدك. ابن منظور،

مصدر سابق، مادة (قدر)، ج5، ص76-77.

(4)- سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، سوريا، ط2، 1988، ص296.

(5)- ابن أمير حاج: مصدر سابق، ج3، ص117.

(6)- العز بن عبد السلام، مصدر سابق، ج2، ص112.

(7)- محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص80.

وعلى هذا فسلطة القاضي التقديرية هي صلاحية ممنوحة لشخص القاضي يركز إليها للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحل الدعوى، ابتداء من قبول سماعتها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى، لأهميته وأثره في الحكم القضائي<sup>(1)</sup>.

ومفهوم سلطة القاضي التقديرية في الفقه القانوني لا يكاد يختلف ومفهومه في الفقه الإسلامي، فهي عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون، ينصرف مدلول هذا العمل إلى مجموع النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي عند ممارسته لولاية القضاء، أيا كان مجال هذا العمل القضائي ونوعه<sup>(2)</sup>.

وقد نُعت هذا العمل بالسلطة وربطها بعمل التقدير، يعني مكنة للقاضي منحها إياه القانون، هذه السلطة التي يملكها القضاة هي التي تكون لهم الاقتناع الذي يمكنهم من فهم الوقائع واستخلاص النتائج.

ويقصد بالاقتناع أنه حالة ذهنية ذاتية تستنتج من الوقائع المعروضة على نشاط البحث، وهو احتمالات ذات درجة عالية من التأكيد الذي يصل إليه نتيجة لاستبعاد أسباب الشك بطريقة حازمة وقاطعة، والاحتمالات التي تفترض هي عبارة عن خطوات نحو التأكيد والاقتناع المستخلص، قد يحتوي جزء من الاحتمال القابل للخطأ، لأن الحقيقة المطلقة أو بالأحرى التأكيد من الحقيقة لا يوجد إلا في المفاهيم الحسائية، إلا أن الحكم القضائي يبنى على احتمالات ذات درجة عالية من الثقة<sup>(3)</sup>.

ومسألة الاقتناع شخص القاضي تمتاز بكونها خاصة ذاتية مستقل بها، نحصل نتيجة تفاعل ضمير القاضي عند تقديره للأمور، ويكون اقتناعه متأثراً بمدى قابلية الشخص للتأثر والاستجابة للدوافع المختلفة، لذا فاقتناعه نسبي فيما يصل إليه<sup>(4)</sup>.

(1) - محمد ناصر بركات، المرجع نفسه، ص 81.

(2) - أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1408هـ-1988م، ص 20.

(3) - مسعود زيدة، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (دط)، 1989، ص 36.

(4) - مسعود زيدة، مرجع سابق، ص 37.

فالسطة التقديرية بعبارة أخرى كلمة تعني إمكانية التصرف وفقا لإرادة صاحب التصرف أي القدرة على الاختيار بين عدة قرارات أو أوجه للقضية الواحدة<sup>(1)</sup>.

وهي على هذا النحو ملاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله لإقامة شرع الله وتطبيق وإعمال القانون في القضايا المعروضة أمامه، فالتقدير من صميم عمل القاضي، فأينما وجدت السلطة القضائية ترتب عنها وجود السلطة التقديرية التي يمارس القاضي من خلالها ولاية القضاء<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: مشروعية العمل بالسطة التقديرية

لوقوف على مشروعية هذا العمل، يتعين معرفة مسلك الشرع والقانون فيما تعلق بالمسألة، بما توفر من نصوص وأراء فقهية.

#### أولا: في التشريع والفقهاء الإسلاميين

إعمال السطة التقديرية للقاضي مشروع، وما يدل على مشروعية ذلك ما استنبط من نصوص الكتاب والسنة والأثر والمعقول.

\*من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ التَّوَسُّعِ قَدْرَهُ وَعَلَىٰ الْمَقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>(3)</sup>، المتعة موكول إلى المطلق أمر تقديرها فيمتنع بحسب حاله غنى وفقرا هذا في غير المطلقة قبل البناء ولم يسم لها مهر لأن متعتها واجبة، إذ ليس لها غيرها، فقد يتولى القاضي بيان مقدارها<sup>(4)</sup>.

وهذه الآية أصل في جواز الاجتهاد في أحكام الحوادث<sup>(5)</sup>، وللحكم في هذه الحوادث يعمل القاضي سلطته التقديرية.

قوله تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾<sup>(6)</sup>.

في الآية أمر لولاة الأمور بأداء الأمانات التي هي من حقوق الرعية، وبالحكم بينهم بالعدل

(1)- إبراهيم بن جديد، السطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1995، ص10.

(2)- محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص81-82. أحمد محمد سعد، مرجع سابق، ص20.

(3)- سورة البقرة، الآية: 236.

(4)- أبو بكر جابر الجزائري، نهر الخيزر على أسرار التفاسير، مرجع سابق، م1، ص227.

(5)- الجصاص، مصدر سابق، ج2، ص141 وما بعدها.

(6)- سورة النساء، الآية: 59.

أمر المؤمنين الموالي عليهم بطاعة رسوله أولاً ثم بطاعة ولاة الأمور ثانياً (1).

والمراد بولاة الأمور، الأمر والعلماء وقيل غير ذلك (2)، والقضاة من الأمراء أو نوابهم ويشترط فيهم أن يكونوا من العلماء، ونحن مأمورون باتباع القاضي لإمارته وعلمه أو لأحدهما، فدل ذلك على مشروعية عمله الذي يقوم أساساً على السلطة التقديرية (3).

قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾ (٧٨) ففهمنا سليمان وكلاً ما أتينا حكماً وعلماً (4). حكم داود بأن يأخذ صاحب العرث الماشية مقابل ما أتلفته، لأن المتلف يعادل قيمة الغنم التي أتلفته، وحكم سليمان بأن يأخذ صاحب الماشية الزرع يقوم عليه حتى يعود كما كان، ويأخذ صاحب الحرث الماشية يستغل صوفها ولبنها وسخالها (5)، فإذا ردت إليه كرومه كما كانت أخذها ورد الماشية لصاحبها، هذا الحكم أخبر تعالى أنه فهم فيه سليمان وهو أعدل من الأول، وقوله تعالى: (ففهمناها) أي الحكومة أو القضية أو الفتيا سليمان، ولم يعاتب داود على حكمه (6).

واختلف العلماء في قوله تعالى: ﴿وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾، إن كان حكمهما بوحى أو باجتهد، فإن كان بوحى فهو نسخ للحكم الأول بالثاني، وإن كان باجتهد وهو ما عليه الجمهور، ولم يخطئ داود ولكن الحكم الذي ألهمه سليمان كان أرفق بالطرفين (7)، والله أثنى على داود باجتهداه وأثنى على سليمان بإصابته وجه الحكم (8).

وجاء في كتاب الأم للشافعي «لولا هذه الآية لرأيت أن الحكام قد هلكوا ولكن الله حمد لهذا

(1)- أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مرجع سابق، م 1، ص 497.

(2)- الجصاص، مصدر سابق، ج 3، ص 177.

(3)- محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص 84-85.

(4)- سورة الأنبياء، الآية: 78-79.

(5)- السخال: جمع سخلة، وهو ولد الشاة من المعز والضأن ذكراً أو أنثى. ابن منظور، مصدر سابق، مادة (سخل)، ج 11، ص 332.

(6)- أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مرجع سابق، ج 3، ص 431-432.

(7)- أبو بكر جابر الجزائري، نهر الخيزر، مرجع سابق، ج 3، ص 432.

(8)- ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 14.

صوابه وأثنى على هذا باجتهاده»<sup>(1)</sup>.

وقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ﴾<sup>(2)</sup>.

والمراد بالمحسنين الذين يحسنون نياتهم وأعمالهم وأقوالهم فتكون صالحة ثمرة لركاة نفوسهم وطهارة أرواحهم<sup>(3)</sup>.

والآية تدل على أن من دخل في خطة القضاء عليه أن يبذل الجهد في القيام بالحق والعدل<sup>(4)</sup>، وفي هذا دليل على إعمال الفكر فيما يرضي الله، والله سبحانه وتعالى وعد فاعل هذا الأمر بالهداية إلى سبيله.

والأدلة على مشروعية إعمال السلطة التقديرية للقضاة من كتاب الله على وفرة، فإسقاط معاني آيات وإن لم تشر صراحة للقضاء والحكم على مدلوله ومضمونه، فيه ما يؤكد مشروعية سلطة التقدير للقضاة والاستفاضة في هذا تتطلب بحثاً مستقلاً بذاته.

من السنة النبوية: قوله ﷺ: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار»<sup>(5)</sup>.

وفي هذا دليل أن رسول الله ﷺ كان يقضي بالاجتهاد فيما لم ينزل عليه فيه شيء<sup>(6)</sup>.

(1)- الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج7، ص98-99.

(2)- سورة العنكبوت، الآية: 69.

(3)- أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مرجع سابق، ج4، ص156.

(4)- ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص14. السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج16، ص76.

(5)- أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب: موعظة الإمام للخصوم، رقم: 6748، ج6، ص2622. باب: من قضى له بحق أخيه فلا يأخذه، رقم 6759، ج6، ص2626. وباب: القضاء في كثير المال وقليله، رقم 6762، ج6، ص2627. وفي كتاب الحيل، باب: إذا غضب جارية رقم: 6566، ج6، ص2555، وفي كتاب المظالم، باب: إثم من خصم في باطل وهو يعلمه، رقم 2326، ج2، ص867. وفي كتاب الشهادات، باب: من أقام البيّنة بعد اليمين، رقم: 2534، ج2، ص952. ومسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب: الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، رقم: 1713، ج3، ص1337. الترمذي، في جامعه، كتاب الأحكام، باب: ما جاء في التشديد على من يقضي له بشيء ليس له ان يأخذه، عارضة: الأهودي، مج3، ج6، ص83-84. محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن الترمذي، ج2، ص37. والنسائي، = السنن، كتاب آداب القضاة، باب: الحكم بالظاهر، رقم: 5401. 5306. مج4، ج8، ص233. وأبو داود، السنن، كتاب الأفضية، باب: في قضاء القاضي إذا أخطأ، رقم: 3583، مج2، ج3، ص301. وابن ماجه، السنن، كتاب الأحكام، باب:

قوله ﷺ لمعاذ بن جبل<sup>(1)</sup> عندما بعثه إلى اليمن: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟» قال: أقضي بما في كتاب الله، قال: «فإن لم يكن في كتاب الله؟»، قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: «فإن لم يكن في سنة رسول الله ﷺ ولا في كتاب الله؟» قال: أجتهد رأيي ولا آلو، ف ضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: «الحمد الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله ﷺ»<sup>(2)</sup>.

وهذا دليل آخر على جواز اجتهاد القاضي فيما يعرض عليه من قضايا، ما لم يقف على حكم لها في كتاب الله وسنة رسول الله، من غير تقصير منه ولا هوادة، وهو مناط السلطة التقديرية للقاضي.

وقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»<sup>(3)</sup> وفيه دعوة للاجتهاد بالرأي، والاجتهاد مأجور ولو أخطأ<sup>(4)</sup>.

قضية الحاكم لا تخل حراماً ولا يحرم حلالاً، رقم: 2317-2318، ج2، ص777. أحمد، المسند، باب: الخلافة والإمارة والقضاء، رقم: 8375، ج16، ص168. مالك، الموطأ، كتاب الأفضية، باب: الترغيب في القضاء بالحق. شرح الزرقاني، مج3، ص383-384. وابن أبي شيبة، المصنف، كتاب البيوع والأفضية، باب: ما لا يحل قضاء القاضي، رقم: 3015، ج7، ص233.

<sup>(6)</sup> -الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج8، ص320 وما بعدها.

<sup>(1)</sup> -معاذ بن جبل: هو بن عمر وبن أوس يكنى أبا عبد الرحمن، شهد العقبة وهدرا والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، وكان زاهدا ورعا متعبدا جوادا، مات بطاعون عمواس هو وابناه وامراتاه، سنة 18 هـ. (انظر: جمال الدين أبو الفرج الجوزي، صفة الصفوة، دار المعرفة، بيروت، ط4، 1986، ج1، ص489).

<sup>(2)</sup> -أخرجه أبو داود، السنن، كتاب الأفضية، باب: اجتهاد الرأي في القضاء، رقم: 3592، مج2، ج3، ص303. والترمذي، السنن، كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب: ما جاء في القاضي كيف يقضي، عارضة الأحمدي، مج3، ج6، ص68-69.

والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب: ما يقضي به القاضي، ج10، ص114. وابن أبي شيبة، المصنف، كتاب البيوع والأفضية، باب: في القاضي ما ينبغي أن يبدأ به في قضائه، رقم 3030-3031، ج7، ص239-240..

<sup>(3)</sup> -أخرجه البخاري، صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ رقم: 6919، ج6، ص2676. ومسلم، صحيحه، كتاب الأفضية، باب: بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ رقم: 1716، ج3، ص1342. والترمذي، السنن، كتاب الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب: ما جاء في القاضي يصيب ويخطئ، عارضة الأحمدي، مج3، ج6، ص67-68. وناصر الدين الألباني، رقم: 1068، ج2، ص35. والنسائي، السنن، كتاب =

= أدب القضاء، باب: الإصابة في الحكم، رقم 5381، مج4، ج8، ص224. وأبو داود، السنن، كتاب الأفضية، باب: في القاضي يخطئ، رقم: 3574، مج2، ج3، ص299. وابن ماجه، السنن، كتاب الأحكام، باب: الحاكم يجتهد فيصيب الحق،

من الأثر: ودليل مشروعية سلطة القاضي التقديرية من الأثر كثير أذكر منها البعض على هذا النحو:

ما روي عن شريح<sup>(1)</sup> أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إليه «إذا جاءك شيء في كتاب الله فاقض به، ولا يلفتك عنه الرجال، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله فانظر سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فاقض به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله وليس من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، فانظر ما اجتمع الناس عليه فخذ به، فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن فيه سنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاحتر أي الأمرين شئت: إن شئت أن تتهد برأيك وتقدم فتقدم، وإن شئت أن تتأخر فتأخر، ولا أرى التأخر إلا خيرا لك»<sup>(2)</sup>.

ومن الأثر كذلك وفيه دعوة صريحة لإعمال القاضي رأيه ما لم يقف على حكم من كتاب الله وسنة رسوله وعمل الصحابة، رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري<sup>(3)</sup>، ومما جاء فيها: «فافهم إذا أدلي إليك... لا يمنعك قضاء قضيتيه راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فإن الحق قد سم... الفهم الفهم فيما يخلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب أو السنة، أعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك فاعمد إلى أحبها عند الله وأشبهها بالحق فيما ترى، واجعل للمدعي أمدا ينتهي إليه، فإن أحضر بينه أخذ بحقه وإلا وجهت القضاء عليه...»<sup>(4)</sup>.

رقم: 2314، ج2، ص776. وأحمد، مسند الشاميين، حديث عمر بن العاص، علي محمد جماز، رقم 953، (دن)، قطر، ط1، 1982، ج2، ص802.

<sup>(4)</sup> - الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج7، ص93. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص14.

<sup>(1)</sup> - شريح القاضي بن الحارث الكوفي، ولد سنة 42ق.هـ، من كبار التابعين، مخضرم، ولي قضاء الكوفة زمن عمر ومن جاء بعده ستين سنة، ثم استعفى من الحجاج سنة 77هـ، فأعفاه، توفي بالكوفة سنة 78هـ. (انظر: محمد بن أحمد الذهبي، مصدر سابق، ج4، ص100. الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج3، ص161).

<sup>(2)</sup> - النسائي، السنن، كتاب آداب القضاة، باب: الحكم باتفاق أهل العلم، رقم: 5399، مج4، ج8، ص231. وأبي شيبة، المصنف كتاب البيوع والأقضية، باب: في القاضي ما ينبغي أن يبدأ به في قضاؤه، رقم: 3032، ج7، ص240. والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب: ما يقضي به القاضي، ج10، ص115. والدارمي، السنن، باب: الفتيا وما فيه من الشدة، رقم: 169، ج1، ص265-266.

<sup>(3)</sup> - أبو موسى الأشعري: هو عبد الله بن قيس بن سليم، أبو موسى، من بني الأشعر من قحطان، ولد سنة 21 ق.هـ، وهو أحد الحكمين يوم صفين، واعتزل يوم الحمل، توفي بالكوفة، وقيل بمكة سنة 44هـ. (انظر: ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، مصدر سابق، ج4، ص181-182. الزركلي، مرجع سابق، ج4، ص114).

<sup>(4)</sup> - البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الشهادات، باب: لا يحيل حكم القاضي على المقضي له والمقضي عليه، ج10، ص150.

وما كل هذا إلا إعمالاً للسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي من تعمق في الفهم، والقدرة على القياس فيما اشترك من أحكام سابقة مع ما استجد من أمور في العلة الواحدة، وغير هذا مما أشارت إليه الرسالة المشهورة لعمر بن الخطاب والمعروفة بدستور القضاء وسياسة القضاء وتدبير الحكم.

وها هو ابن مسعود<sup>(1)</sup> يقر صراحة سلطة يمكن منها القاضي لمواجهة ما يعرض عليه من قضاء بقوله: «من عرض له منكم قضاء بعد اليوم فليقض بما في كتاب الله، فإن جاءه أمر ليس في كتاب الله فليقض بما قضى به نبيه ﷺ فإن جاءه أمر ليس في كتاب الله ولم يقض به نبيه فليقض بما قضى به الصالحون، فإن أتاه أمر ليس في كتاب الله ولم يقض به رسول الله ﷺ، ولم يقض به الصالحون فليجتهد برأيه ولا يقول: إني أرى وإني أخاف، فإن الحلال بين والحرام بين، وبين ذلك أمور متشابهات فدع ما يريبك إلى ما لا يريبك»<sup>(2)</sup>.

والآثار كثيرة التي تدعو إلى الاجتهاد وإعمال الرأي فيما لم يرد بشأنه نص من كتاب أو سنة للقضايا المعروضة أمام القضاء.

### ومن المعقول:

شريعة الإسلامية حاتمة الشرائع، فإنها حققت الوفاء بحاجات الناس وملاءمة مقتضيات الحياة البشرية في كل عصر وزمان إلى يوم الدين، فنص القرآن الكريم على القواعد العامة التي ترسم لنظام العام لأسلوب التقاضي وترك التفاصيل للسنة المطهرة وعمل المجتهدين في الأمة في كل زمان ومكان، وهذا من أبرز الدلائل على صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، ولا يصلح الزمان

---

والدارقطني، السنن، كتاب الأفضية والأحكام، باب: كتاب عمر ﷺ إلى أبي موسى الأشعري، رقم 4471، ج5، ص367-369.

<sup>(1)</sup> - ابن مسعود: عبد الله بن مسعود بن عافل أبو عبد الرحمن، حدث عن النبي ﷺ بالكثير، وهو سادس من أسلم، توفي قبل مقتل عمر، وقيل مات بالمدينة سنة 32هـ وقيل 33هـ، وقيل مات بالكوفة والأول أثبت. (انظر: ابن حجر العسقلاني، الإصابة، مصدر سابق، ج4، ص198 وما بعدها).

<sup>(2)</sup> - النسائي، السنن، كتاب: آداب القضاة، باب: الحكم باتفاق أهل العلم، رقم: 5397، عن عبد الرحمن بن يزيد، ورقم: 5398 بلفظ قريب من سابقه عن حديث بن ظهير، مج4، ج8، ص230-231.

وأخرجه البيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب: ما يقضي به القاضي، ج10، ص115. وابن أبي شيبة، المصنف، كتاب البيوع والأفضية، باب: في القاضي ما ينبغي أن يبدأ به في قضائه، رقم: 3033، ج7، ص241.

والمكان إلا بالشريعة<sup>(1)</sup>.

والوقائع والحوادث غير متناهية ونصوص الكتاب والسنة محصورة مقصورة، ومواضع الإجماع معدودة مأثورة، لذا يجب إعمال القياس وما يتعلق به من وجوه النظر والاستدلال لأنه الأصل الذي يسترسل على جميع الوقائع<sup>(2)</sup>.

وأقوال الفقهاء تجمع على حجية اجتهاد القاضي وإعمال رأيه فيما جد عليه من حوادث كقولهم: «تقدير القاضي كالشارع»<sup>(3)</sup>.

كل هذا يظهر جليا أن سلطة القاضي التقديرية مشروع العمل بها، وأن القاضي مجبور على استعمالها عند تحقق شروطها.

وما نحي إليه الفقه الإسلامي تبع خطاه التشريع القانوني وفقهه.

#### ثانيا: في التشريع والفقه القانونيين:

نص على مشروعية إعمال القاضي لسلطته التقديرية القانون الأم - القانون المدني - ومختلف القوانين الأخرى من بينها قانون الأسرة الذي هو المحل بالدراسة، فها هي المادة 131 من القانون المدني<sup>(4)</sup>، تنص على أنه «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب... مع مراعاة الظروف الملازمة».

والقانون لم يحدد أضرارا معينة ولا جزاءات معينة بمنحه سلطة التقدير، وإنما ترك للقاضي حرية استعمال سلطته في تمييز هذا وذاك وتكييف هذا وذاك والحكم بما يلائم والظروف الملازمة.

وإعمال السلطة التقديرية لا يتعلق بتقدير التعويض على نحو المادة القانونية السابقة الذكر فحسب، بل تتعداه إذ يسبقه قبل هذا بتقدير الأضرار من جهة وتقدير الأدلة من جهة أخرى.

وها هي المواد المتضمنة لإعمال القاضي لسلطة تقديرية تتالي في نحو المواد (53، 144،

(1) - محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص 93.

(2) - محمد ناصر بركات، المرجع نفسه، ص 92.

(3) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، م 16، ص 62. ابن عابدين، مصدر سابق، ج 5، ص 634.

(4) - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

170 مكرر 7، 180، 181... من قانون العقوبات الجزائري<sup>(1)</sup>.

فالقاضي في ظل هذا القانون له الحكم بالعقوبة التي يراها مناسبة، والتي تؤدي الغرض من العملية العقابية فسلطته التقديرية تتمحور بين نظامين في هذا القانون، التخيري أو الإبدالي للعقوبات وفق المنصوص دائما، دون استحداث شيء إذ هذا ما لا يحق للقاضي الإقدام عليه.

وسلطة القاضي الجزائري التقديرية قد تطرح أو تناقش تحت عنوان مبدأ الإقتناع الذاتي للقاضي الجزائري، أو القناعة الوجدانية للقاضي الجزائري، أو نظام الأدلة الأدبية أو النظام الحر للأدلة أو نظام الإثبات الحر أو التدابير الاحترازية، فكل هذه المسميات أو العناوين هي في حقيقتها مسمى واحد أو معنى واحد كما يقول رجال الفقه القانوني<sup>(2)</sup>.

والتقدير ير على هذا للقاضي الجزائري لا يتعلق بتقدير العقوبة فقط فالحال نفسه والقانون المدني إذ يسبقه تقدير للأدلة المعروضة عليه، وهذه المسألة تتعلق بقيمة الدليل لإثبات الحقيقة، وهي موضوعية محضة، للقاضي أن يمارس سلطته التقديرية فيها، بل هي المجال الطبيعي لهذه السلطة، فللقاضي الحرية في تقدير قيمة، كل دليل طبقا لقناعاته القضائية، فله الأخذ بما اقتنع، وردّ ما لم يقتنع به، وله سلطة التنسيق بينها لاستخلاص نتيجة منطقية<sup>(3)</sup>، يرضى بها ويستند إليها في حكمه.

وهذا ما يلحظ في جل القوانين والإجراءات، إذ منح المشرع إعمال هذه السلطة للقاضي في أوسع المجالات القضائية حتى في بعض مسائل الأحوال الشخصية.

### الفرع الثاني: الخلاف بشأن السلطة التقديرية

حتى وإن صارت السلطة التقديرية من المسلمات التي لا نقاش فيها، إلا أن تعرض أحكام القاضي إلى الطعن بالاستئناف أو بالنقض أمام الجهات القضائية العليا عن الجهة مصدر الحكم، والذي كان بمحض سلطة تقديرية للقاضي، هذا يعني حتى وإن كان مسلما العمل بالسلطة التقديرية

(1)- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات.

(2)- محمد محدة، السلطة التقديرية للقاضي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، المركز الجامعي، الوادي، الجزائر، ع1، 2004، ص21-22.

(3)- فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1999، ص94.

ن إعمالها مقيد برقابة، خاصة فيما تعلق بتسبيب الأحكام، وهذا يرمي إلى كونها مقيدة في جانب مقابل لآخر يقضي بإطلاقها.

### البند الأول: إعمال سلطة القاضي في الفقه الإسلامي

السلطة التقديرية مصطلح حديث المنشأ، لم يرد مبناه في الشريعة الإسلامية، فهذه السلطة التي تعني القوة والتمكن من أحكام الله تعالى بين العباد استخدم بد لها مصطلح الولاية<sup>(1)</sup>، إلا أنّ إعمالها ثابت في الشرع على ما سبق من أدلة عند الحديث على مشروعية العمل بها.

والفقه الإسلامي عالج مسألة تدور وهذه السلطة عند حديثه عن وسائل الإثبات والتي من بينها قضاء القاضي بعلمه وما حدث بشأنه من اختلاف بين الفقهاء.

#### أولاً: القول بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه:

اعتمد هذا الرأي، ضرورة استناد القاضي في قضائه إلى النصوص القطعية الدلالة والثبوت، من القرآن والسنة وما أجمع عليه العلماء.

فلا يجوز الحكم بعلم القاضي مطلقاً، مهما كان نوع الحق موضوع النزاع، وكيفما حصل له هذا العلم، بعد توليه القضاء أم قبله وقد ذهب إلى هذا المالكية والحنابلة ومتأخروا الحنفية، والثابت عند الشافعية<sup>(2)</sup>.

فأكثر العلماء على هذا، ولفساد الزمان لا يعدون علم القاضي طريقاً للقضاء، ومن أسباب الحكم، لأنّ القاضي إذا حكم بعلمه يلقي نفسه تحت التهمة ويدعو إلى سوء الظن به<sup>(3)</sup>، فلا يقضي إلا بالبينات أو الإقرار<sup>(4)</sup>، فلا حكم بعلمه في حد ولا غيره لا فيما علمه قبل الولاية ولا

(1) -نادية رواحة، ضوابط تقدير القاضي للجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون، رسالة ماجستير، 2003، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، ص41.

محمد العايب، سلطة القاضي الجزائي في تقييم الأدلة، رسالة ماجستير، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2005، ص23.

(2) -السرخسي، المبسوط مصدر سابق، ج16، ص105-106. جماعة من العلماء، الفتاوي الهندية، مصدر سابق، ج3، ص339. القرائي، الفروق، مصدر سابق، ج4، ص44-45. الشربيني، مصدر سابق، ج6، ص296. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص72. البهوتي، كشف القناع، مصدر سابق، ج6، ص335.

(3) -علي حيدر، مرجع سابق، ج4، ص483-484.

(4) -ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص352.

بعدها<sup>(1)</sup>.

فإن الله سبحانه وتعالى قد أمر بجلد من يرمي المحصنة ولم يأت بالبينة، وإن كان مشهوراً بالصدق والقاضي يعلم صدقه<sup>(2)</sup>، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾<sup>(3)</sup>.

وهذا الرسول الكريم يقول: «إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار»<sup>(4)</sup>.

فالقاضي على هذا يقضي بما يسمع، لا بما يعلم وحكمه بناء على ما يقدمه الخصوم في الدعوى من أدلة وبراهين<sup>(5)</sup>.

ومن الأثر على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه قول أبي بكر رضي الله عنه: «لو وجدت رجلاً على حد من حدود الله، لم أحده ولم أدع له أحداً حتى يكون معي غيري»<sup>(6)</sup>.

وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لعبد الرحمن بن عوف: «لو رأيت رجلاً على حد زنا أو سرقة وأنت أمير، فقال شهادتك شهادة رجل من المسلمين...»<sup>(7)</sup>. وما روي عنه أيضاً أنه اختصم إليه فيما يعرفه، فقال للطالب: «إن شئت شهدت ولم أقض وإن شئت قضيت ولم أشهد»<sup>(8)</sup>.

والعقل بهذا يقضي أن حكم القاضي على هذا النحو يفرض على القاضي أن يحكم بما لا يليق بمنزلة القاضي والقضاء، لأن هذا لا يخدم مقصد الشريعة من نظام هيئة القضاء وهو اشتغالها على ما فيه إغاثة على إظهار الحقوق وقمع الباطل الظاهر والخفي، ومقصد الشريعة من القاضي هو إبلاغ

(1) - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 9، ص 72.

(2) - صبري السعداوي مبارك، مرجع سابق، ص 33.

(3) - سورة النور، الآية: 4.

(4) - سبق تحريجه، ص 216.

(5) - صبري السعداوي مبارك، مرجع سابق، ص 34.

(6) - أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب: من قال ليس للقاضي أن يقضي بعلمه، ج 10، ص 144.

(7) - أبو بكر البيهقي، المصدر نفسه، ج 10، ص 144.

(8) - أبو بكر البيهقي، مصدر سابق، ج 10، ص 144.

الحقوق إلى طالبها، وذلك يعتمد أصالة الرأي، العلم، السلامة من نفوذ غيره عليه والعدالة، وهذا يقتضي قضاءه بحسب ما يبدو له من الأدلة والحجج وأن على الخصوم ابداءها<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: القول بجواز قضاء القاضي بعلمه:

هذا الرأي يُجوز للقاضي الحكم في دعاوى بناء على ما انفرد به من علم شخصي، حيث يشكل عنده دليلا قويا، سواء أكان هذا العلم قبل توليه القضاء أم بعده.

وقد ذهب إلى هذا القول الشافعية في الأظهر عندهم والصاحبان من الحنفية والإمام أحمد في رواية عنه<sup>(2)</sup>.

وبعض المالكية<sup>(3)</sup> من أمثال ابن الماجشون<sup>(4)</sup> وأصبغ<sup>(5)</sup> وسحنون<sup>(6)</sup>، وهو مذهب الظاهرية<sup>(7)</sup> فليس من القسط أن يعلم الحاكم أن أحد الخصمين مظلوم والآخر ظالم ويترك كل منهما على حاله<sup>(8)</sup>، واستشهد أصحاب هذا القول بآيات منها قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾<sup>(9)</sup>. وفي نحو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنفُقْ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾<sup>(10)</sup>. فالله سبحانه وتعالى أمر بإقامة العدل، وأن للإنسان أن يقفوا

(1) - محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، (دط)، ص 195-196.

(2) - ابن إدريس الشافعي، الأم، مصدر سابق، ج 6، ص 234. ج 7، ص 48. الشيرازي، مصدر سابق، ج 2، ص 203. الشربيني، مصدر سابق، ج 6، ص 296. الكاساني، مصدر سابق، ج 7، ص 7. النسفي، مصدر سابق، ج 6، ص 234. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 10، ص 101.

(3) - الباجي، المنتقى، شرح الموطأ، دار الكتاب العربي، بيروت، (دط)، (دت)، ج 5، ص 185.

(4) - ابن الماجشون: عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله التيمي، أبو مروان، ابن الماجشون، فقيه مالكي، دارت عليه الفتيا في زمانه وعلى أبيه قبله، أضر في آخر عمره، توفي سنة 212هـ. (انظر: الزركلي، مرجع سابق، ج 4، ص 160).

(5) - أصبغ: أصبغ بن الفرّج بن سعيد بن نافع، فقيه من كبار المالكية بمصر، قال ابن الماجشون: «ما أخرجت مصر مثل أصبغ». (انظر: الزركلي، المرجع نفسه، ج 1، ص 333).

(6) - سحنون: عبد السلام بن سعيد بن حبيب القيرواني، ولد سنة 160هـ، مالكي المذهب، شامي من حمص، شيخ عصره، لم يلق مالكا ولكن أخذ عن أصحابه، كابن القاسم وأشهب، من مصنفاته: المدونة التي جمع فيها فقه مالك. (انظر: ابن فرحون، الذبيح المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، مصدر سابق، ص 160. الزركلي، مرجع سابق، ج 4، ص 31).

(7) - ابن حزم، مصدر سابق، ج 8، ص 523.

(8) - ابن القيم، الطرق الحكمية، مصدر سابق، ص 230.

(9) - سورة النساء، الآية: 135.

(10) - سورة الإسراء، الآية: 36.

ما له به علم. فللقاضي الحكم بعلمه.

وهذا الرسول الكريم ﷺ قضى بعلمه عندما اختصما إليه رجلان، فسأل المدعي البينة، فلم يكن له بينه فاستحلف المطلوب، فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما له عندي شيء، فقال رسول الله ﷺ: «بلى قد فعلت ولكن غفر لك بإخلاص قول لا إله إلا الله»<sup>(1)</sup>. فقد حكم عليه الصلاة والسلام على الجاني بعلمه، وأمره إرجاع حق المدعي دون الاعتداد بيمينه واستدل أصحاب هذا القول بأحاديث غيره كثيرة.

وكيف لا يكون للقاضي الحكم بما يعلمه وهو عنده يقين وله أن يحكم بقول الشاهد الذي هو مظنون فالأحرى الأخذ بما هو يقين<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: إعمال سلطة القاضي في الفقه القانوني

الخلاف الذي عايشه الفقه الإسلامي بشأن إعمال القاضي سلطانه في الدعاوى المعروضة أمامه وعلى وجه التحديد القضاء فيما علمه بيقين، بين الجواز وعدمه لوحظ الأثر نفسه في الفقه القانوني بين الرافضين لمثل هذه السلطة والمقرين لها.

#### أولاً: القول بمنع سلطة تقديرية عن القاضي

يذهب جانب من الفقه إلى أن القاضي يمارس عمله القضائي ويستمد ولايته من المشرع الذي يحدد نطاق هذه الولاية، وفقاً لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة في المعنى المراد منها، لذلك فالحديث عن سلطة تقديرية هو من قبيل اللغو، وما يمكن تسميته بالسلطة التقديرية هو لخدمة السلطة القضائية لا غير، وقد حدد المشرع نطاقها بنصوص قاطعة، وعلى ذلك يمكن القول بأن سلطة القاضي أثناء مباشرتها لولاية القضاء ليست سلطة تقديرية، وإنما هي سلطة مقيدة بغايات العمل القضائي، فالعمل القضائي في أصله عمل مقيد<sup>(3)</sup>.

وقد برز هذا القول بأن القانون يتسم دائماً بالكمال، ولا يوجد به أي نقص، ومن ثم لا مجال لإعمال السلطة التقديرية للقاضي، حيث أن مجال إعمالها يكون في حالات نقص التشريع،

(1) - أبو داود، السنن، كتاب الإيمان والنذور، باب: فيمن يخلف كاذباً متعمداً، رقم: 3275، مج 2، ج 3، ص 228.

(2) - ابن رشد، مصدر سابق، ج 2، ص 352.

(3) - أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 23-24. إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص 7.

ولو أتيح العمل التقديري للقاضي لأدى ذلك إلى الكثير من التضارب، وعدم الاستقرار في العمل، فضلا عن إفساح مجال لتحكم القضاة، مما يؤدي إلى ميل ميزان العدل<sup>(1)</sup>.

وإن لم يمنع إعمال السلطة التقديرية بشكل تام وكلي، فقد تقيّد على حسب قول وسط، لا يمنع ولا يبيح، وإنما يجعلها مقيدة بقواعد النظام القانوني، وعلى القاضي استخدام سلطته التقديرية بهدف إعمال سلطته القضائية وأن يلتزم مبدأ الحياد في الخصومة، فلا يشترك بنفسه في البحث عن الحقيقة، وإنما يتقيّد بما يقدمه له الخصوم من أدلة إثبات، وعلى هذا عمل القاضي عمل مقيد تتخلله سلطة تقديرية استثنائية، فالعمل القضائي يقتصر على تطبيق القانون والقاضي في كل الحالات ليس مجرد آلة لتطبيقه، فهو يتمتع بسلطة تقديرية مقيدة<sup>(2)</sup>.

وعلى هذا فالقول هنا خلاصته منع إعمال سلطة تقديرية للقاضي وإن سمح بما كانت مقيدة بما نص عليه القانون.

#### ثانيا: القول بوجود سلطة تقديرية للقاضي:

السلطة التقديرية صفة تنجم من حالة قانونية معينة، بحيث أن مصدرها قانوني، فالسلطة التقديرية للقاضي لا يمكن أن تظهر إلا في نظام الدولة القانونية، فحيث لا تكون الدولة قانونية فلا مجال للحديث عن السلطة التقديرية، لأننا سنكون في هذه الحالة في إطار سلطة تحكيمية لا تقديرية. والقاعدة القانونية ليست هي موضوع السلطة التقديرية للقاضي، وإنما ينصب التقدير على مفترضات تطبيقها، وعلى الأثر القانوني الذي تنظمه، وهو بذلك يطبق القاعدة القانونية في عمومها وما ترمي إليه من أهداف، ولا مناص من الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في ممارسته لنشاطه القضائي، سواء تعلق الأمر بفهم الواقع أو في أعمال القانون، حيث لا يمكن إعمال السلطة القضائية دون تقدير مسبق للواقع والقانون<sup>(3)</sup>.

فالقاضي للفصل في المنازعات المعروضة، عليه أن يعمل سلطة تقديرية للوصول إلى الحل الذي ينطبق والقانون، فله حرية البحث والتفسير للنص القانوني، حتى يمكن تطويع النص والمسألة أرض الواقع، دون أن يصل إلى مرحلة إنشاء نصوص قانونية، فهو في غير اختصاصه.

(1) - أحمد محمود سعد، المرجع نفسه، ص 26-27.

(2) - أحمد محمود سعد، المرجع نفسه، ص 28-29.

(3) - أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 35-36. إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص 10-11.

وعلى هذا فمضمون النشاط التقديري هو مطابقة الواقع المطروح والواقع النموذجي الوارد في النص القانوني، حتى يمكن أن يطبق بشأنه الأثر القانوني الوارد في المواد، فما على القاضي إلا أن يقارن ويمحص ليصل إلى القول بمطابقة أو عدم مطابقة واقع الحال لما هو منصوص عليه في القانون<sup>(1)</sup>.

فسلطة تقديرية تمنح للقاضي لإعمالها فيما ورد عليه من قضايا، يستلهم فيها مضمون القواعد القانونية لتطبيقها على حيثيات ما هو ثابت أمامه، له سند في الفقه الإسلامي، إذ أباح الفقهاء للقضاة أعمال السلطة التقديرية في استنباط الأحكام عن طريق الاجتهاد، باستخراج الحكم الواجب تطبيقه فيما لا نص فيه أو أن يكون النص غير قطعي الدلالة ونحو هذا، وكل عمل اجتهادي يحتاج إلى واقعة ودليل وملكة اجتهادية ثم التطبيق السديد للحكم الاجتهادي.

وفي هذا يرجح وجه قضاء القاضي بناء على علمه الشخصي على ما سبق ذكره في موطنه من جهة، ومشروعية العمل بالسلطة التقديرية شرعا وقانونا من جهة أخرى، مع تقييد هذه السلطة على نحو ما ذكر.

### المطلب الثاني: ممارسة تقدير التعويض وكيفيته في دعاوى الفرقة

ممارسة تقدير التعويض تعتمد طرقا وضوابط اعتمدها الفقه الإسلامي والقانوني على حد سواء، على اختلاف فيما انفرد باصطلاحه أحد الفقهاء عن الآخر من جهة، وما اتفقا الأخذ به من جهة أخرى.

هذه الطرق تستند إلى ضوابط حتى يكون التقدير سليم الجوانب ومنتج الأثر، ولها قواعد لا تحيد عنها.

هذه الممارسة لها تطبيقات عملية في جُلّ الدعاوى، ومنها دعاوى الفرقة الزوجية محل الدراسة، على ما سيأتي بيانه في الفرعين الآتين:

#### الفرع الأول: ممارسة التقدير

الفقه الإسلامي لم يترك تقدير التعويض لجهة واحدة، وإنما قسم الاختصاص به على جهات متعددة، بما يمكن معه تحقيق غايات التعويض في أبلغ صورة وأحسن حالة، رغبة منه في وضع حد

<sup>(1)</sup> - إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص 15.

للمغالات في تقدير التعويض<sup>(1)</sup>، أو دون بلوغه حد القصد المرجو منه وهو جبر الضرر.

ولما كان الغالب في الضرر المصاحب للعلاقات الأسرية هو من نوع الأدبي، وسبق الحديث فيه، أن الشرع والقانون رتب تعويضا عنه، وإن لم يكن ماديا، فهذا التعويض يتطلب تقديرا شأنه شأن الضرر المادي، والذي على القاضي ألا يتأثر إلا بالضرر المطلوب إصلاحه، ليكون التعويض المقضى به مكافئا لما ثبت لديه من الضرر لا يزيد عنه ولا ينقص<sup>(2)</sup>.

وكما أقر الفقه الإسلامي رفع الضرر وقدر تعويضا يجبره نحى المشرع القانوني وفقهه المنحى نفسه، وتميز التقدير المقرر بتنوع سبله واحتكامه إلى قواعد، على التفصيل الآتي:

### البند الأول: سبل تقدير التعويض وضوابطه

تقدير التعويض على ما سبق ذكره يعتمد على اختلاف الفقهاء طرقا، ويستند إلى ضوابط يحتكم إليها.

#### أولا: سبل تقدير التعويض

تنوعت سبل تقدير التعويض المذكورة في ثنايا كتب الفقه الإسلامي والقانوني على حد سواء، ومن تلك الطرق الآتي ذكرها:

#### 1- ما انفرد الفقه الإسلامي باصطلاحه:

أقر الفقه الإسلامي سبيلا لتقدير التعويض وهو ما يعرف بحكومة العدل، ويقصد بها كل ما لا قصاص فيه من الجنايات وليس فيه أرش مقدر<sup>(3)</sup>.

كن وفقا للأعراف السارية اليوم التنويه إلى أنها إسناد مثل هذا العمل إلى القضاة الذين يتولون النظر في القضية، أي أن يكون التقدير من ضمن اختصاصهم لاتصالهم الوثيق بمحل النزاع، ولأنه مما يلجأ المتنازعون بسببه إلى القضاء على أن يمارس القضاء تقويمه للضرر من خلال

(1) - أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (دط)، 2007، ص320.

(2) - محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص170. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص429.

(3) - الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص323. ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص419-420. الخطيب الشربيني، مصدر سابق، ج4، ص77. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج8، ص58.

الأخصائيين والخبراء الذين يتولون نيابة عنه النظر في الجوانب الفنية للضرر، ويقدمون له تقديرا له صفة الإلزام<sup>(1)</sup>.

فكل حالات الاعتداء ما لم يقدر الشارع فيها جزاء ماليا، وترك تقديره لذوي الخبرة والنظر، سمي في الفقه الإسلامي بحكومة العدل<sup>(2)</sup>.

وعلى هذا فمجال تقدير حكومة العدل محدد بحالة ما إذا لم يرد تقدير شرعي للضرر، يتولى هذا التقدير الحاكم بمعرفة أهل الخبرة العدول<sup>(3)</sup>.

وحكومة العدل بمنظور فقهي تختص بمجالين اثنين<sup>(4)</sup>:

- تقدير نوع الضرر ومقداره، كون الضرر منه الواقع على أحد معاني البدن، كالعقل والنفس والذوق... ومنه الواقع على شيء ينتج عنه ضرر أدبي خالص كالتعويض المستحق عن فوات البكارة.

- تقدير قيمة الضرر والذي خصته الشريعة الإسلامية بطرق منها:

طريقة الفرق بين القيمتين<sup>(5)</sup>، الطريقة التقريبية<sup>(6)</sup>، وطريقة الخبرة<sup>(7)</sup>.

نذه الأخيرة المعمول عليها حاليا والتي نادى بها فقهاء معاصرون، أمثال وهبة الزحيلي، بقوله

عن تقدير حكومة العدل «ويترك أمر تقديره للحاكم بمعرفة أهل الخبرة العدول»<sup>(8)</sup>، على ما ذكر سابقا.

(1)- عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 455.

(2)- علي الخفيف، مرجع سابق، ص 13.

(3)- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 6، ص 298.

(4)- انظر: عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 455-465. أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 331-337.

(5)- والتي تسمى بطريق الافتراض، وهي أن يقوَّ لهي عليه حين وقعت به الجناية لو كان عبدا، ثم يقوم لو كان عبدا ليس به الجناية. فينظر كم بينهما من القيمة.

(6)- لجأ إلى هذه الطريقة بعد تعذر العمل بطريق الافتراض في الوقت الحالي، وتقوم على إلحاق الضرر غير المقدر بالضرر المقدر ومعرفة القيمة من خلال القيمة المقدرة.

(7)- وهي الطريقة التي اعتبرت لامتناع العمل بالطريقة الأولى وصعوبة تطبيق الطريقة الثانية، والتقدير فيها يقوم على أساس عملي يعتمد الخبرة والاختصاص.

(8)- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 6، ص 298.

كونها، ربما تكون الأنسب في عصرنا، وهي أن تقدر الجناية بمقدار ما يحتاج إليه المجني عليه من النفقة وأجرة الطبيب والأدوية إلى أن يبرأ...<sup>(1)</sup>.

وأقر هذا الطريق الشيخ علي الخفيف وبين كيفية إجرائه بقوله: «لذا كان أساس التقدير به أن يضع القاضي نفسه موضع المضرور، ثم ينظر مع مراعاة ظروف المضرور ومكانته بم ترضى نفسه، وعلى هذا يقدر»<sup>(2)</sup>.

وإن لم يقر الشيخ بعبارة هذه صراحة تولى أمر إثبات الضرر أهل الخبرة العدول، إلا أن ضم مثل هذه المهمة للقاضي كونه الأنسب لإصدار الأحكام والقادر على اتخاذ كل الإجراءات والتدابير التي من شأنها كشف الحقائق، منها تعيين أو تكليف أهل اختصاص لتقدير الضرر المنتظر تعويضه.

## 2- ما اتفقا الفقهاء الإسلامي والقانوني بشأنه:

تقدير التعويض ليس يُنجز بالطريق الوحيد، والأسلوب الذي لا حياد عليه، وإنما اتخذ طرقا لمباشرته استخلصت من آراء العلماء في الفقهاء الإسلامي والقانوني، تتمثل هذه الطرق في أنواع ثلاث هي<sup>(3)</sup>:

**1- التقدير الاتفاقي:** وهو الذي يتم بين الطرفين المخطيء أو الضامن من جهة وبين المتضرر من جهة أخرى.

**2- التقدير الشرعي - القانوني:** وهو الذي سنّه الشارع ولم يترك أمر تقديره لأحد.

**3- التقدير القضائي:** وهو التقدير المستند إلى اجتهاد القاضي ورأيه.

وما حكومة العدل السابق ذكرها كأسلوب لتقدير التعويض على حسب اصطلاح الفقه الإسلامي، إلا التقدير القضائي نفسه على ما ذهب إليه الباحثون المعاصرون، والتقديرين الأخيرين -الشرعي والقضائي- هو ما اصطلاح عليهما بتقدير بغير إرادة الإنسان، أي لا دخل لإرادة المضرور أو المعتدي في التقدير<sup>(4)</sup>.

(1)- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج6، ص359.

(2)- علي الخفيف، مرجع سابق، ص46.

(3)- محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص428-429. السعيد مقدم، مرجع سابق، ص176-181. محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص329. أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص290.

وهذه الأنواع الثلاث هي صور التعويض في المسؤولية التصريفة في القانون الروماني.

(4)- انظر: عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص440-467. أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص312-342.

وإن تولى الطرفان تقدير التعويض باتفاق مسبق على نحو النوع الأول سمي ذلك في إطار المسؤولية العقدية بالشرط الجزائي في اصطلاح القانونيين، وبالفوائد إن كان التقدير بنص القانون على نحو النوع الثاني<sup>(1)</sup>، فإن لم يكن كذلك تولى القاضي تقديره<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: ضوابط تقدير التعويض

والتقديرات الثلاث تضبطها أسس أو ضوابط يمكن جملها في الآتي<sup>(3)</sup>:

- جبر الضرر وفق التقدير المنجز بشأته، لا يقصد منه إثراء المتضرر ولا إعانته على ظروف الحياة ولا التبرع له، وإنما يقصد به على وجه العموم إعادة الأمر إلى حالته التي كان عليها قبل حدوث الضرر، كلما كان ذلك ممكنا<sup>(4)</sup>.

- يكون التعويض عن الضرر المباشر الذي ينسب إلى فعل الضامن، أما الأضرار غير المباشرة التي لا تنسب إلى فعل المعتدي فلا يكلف مجبرها، (على اختلاف في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالفعل بالتنسب الذي يتطلب شروطا ليرتب التعويض عنه).

لقاعدة بهذا الشأن في الفقه القانوني أن تقدير التعويض المالي يقدر بقدر الضرر، ويؤخذ أيضا بالضرر المباشر، وهو ما كان نتيجة طبيعية للفعل الضار، إضافة إلى الضرر غير المباشر إذا كان متصلا اتصالا واضحا بينا بالفعل الضار، والضرر غير المباشر هو الضرر الذي كان بالإمكان توقيه، لو تنبه إلى أمره<sup>(5)</sup>.

- القاعدة العامة في تضمين المالمات هي مراعاة المثلية التامة بين الضرر وبين العوض كلما أمكن، فيقدر التعويض بقدر هذا الضرر بلا زيادة أو نقصان، وإلا كان ذلك من باب أكل مال الناس بالباطل الذي نهي عنه الشرع.

ويستثنى من هذا الحالات التي يغلظ فيها التعويض، والتي يعبر فيها المشرع عن إرادة إظهار الحذب على المتضرر وإعلان النفور من سلوك المدعى عليه، وزجره عن عدوانه، وهذا ما ذهب إليه

(1)- منير قزمان، مرجع سابق، ص 93-94.

(2)- زهدي يكن، مرجع سابق، ص 129.

(3)- محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 429. محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص 332.

(4)- محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص 154.

(5)- زهدي يكن، مرجع سابق، ص 141.

القانون، إذ الأصل أن يكون مقدار التعويض مساويا لقيمة الضرر المباشر، ولا يجوز أن يقدر بأقل من قيمة الضرر، إلا إذا وجد نص يحدد التعويضات المختلفة تحديدا جزافيا<sup>(1)</sup>، أو في حالة الاشتراك في إحداث الضرر، فيخفف بما يقابل القدر الذي اشترك به<sup>(2)</sup>.

يقول محمد أحمد سراج: «وتتلامس الخطوط الفاصلة بين الضمان والعقوبة في هذه الأحوال»<sup>(3)</sup>.

- لا يدخل في حساب التعويض في الفقه الإسلامي الضرر المحتمل في نحو الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة، وذلك باتفاق فقهاء المسلمين<sup>(4)</sup>.

وهذا خلافا لفقهاء القانون الوضعي، إذ يجوز للقاضي استثناء أن ينظر بعين الاعتبار إلى الأضرار المستقبلية، إذا كان وقوعها مؤكدا من جهة وكان لديه من جهة أخرى الوسائل اللازمة لتقدير قيمتها الحقيقية مقدما<sup>(5)</sup>.

- استقر التعويض في التشريع الإسلامي وفقهه بما لا يدع لبسا أو غموضا على مبدأ شخصية المسؤولية عن الأفعال الصادرة عن كل شخص، فلا يسأل امرئ عن عمل غيره، ولا يحتمل أحد فعل غيره، هذا المبدأ العام في الشرع الإسلامي، لا يتقيد بزمان ولا مكان، والإنسان على هذا يتحمل تبعه أعماله أمام القضاء ولا يتحملها عنه غيره<sup>(6)</sup>. وعلى هذا يكون تقدير التعويض من هيئة القضاء يعني انتسابه إلى مال المتسبب بالفعل الضار لا غيره، على أساس شخصية المسؤولية.

- الشريعة الإسلامية، وفقهها في تقديرها للتعويض لا تبحث عن مسلك الفاعل أو محدث الضرر بمقياس ذاتي أو شخصي، وإنما يقاس الفعل غير المشروع بمقياس موضوعي أو اجتماعي قوامه أن الإضرار بالغير هو في ذاته عمل غير مشروع<sup>(7)</sup>.

- لا علاقة لتقدير التعويض بغنى المسؤول أو فقره، لأنّ غناه أو فقره لا يؤثران فيما يجب أن

(1)- زهدي يكن، المرجع نفسه، ص142.

(2)- السعيد مقدم، مرجع سابق، ص195.

(3)- محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص429.

(4)- محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص125. محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص177-178، 199

(5)- زهدي يكن، مرجع سابق، ص142. السعيد مقدم، مرجع سابق، ص194.

(6)- محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص265-266.

(7)- محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص76.

يفرض عليه كتعويض للضرر الذي تسبب في وقوعه، ولهذا فإنّ على القاضي أن يعض الطرف عن مركز المسؤول ومنزلته المالية، وليس له أن يبالغ في التعويض اعتماداً على ثراء المسؤول<sup>(1)</sup>.

وسنخص التقدير وقواعده بشكل مخصوص فيما يأتي إن شاء الله.

### البند الثاني: قواعد تقدير التعويض

تقدير التعويض الجائر للضرر هو مما يستقل به قاضي الموضوع بإتباع معايير معينة، ووفقاً لظروف كل دعوى، وعناصر التقدير هذه أو معاييرها التي يراعيها القاضي عند كل تقدير قد تنحصر في عنصر الضرر والظروف الملازمة، وشأن القاضي بهما.

#### أولاً: مقدار الضرر والظروف الملازمة:

لتقدير تعويض يتعين تحديد الضرر ومقداره، وما أحاط به من ظروف لا بسته.

#### 1- ضرورة تقدير الضرر وإثباته

الضرر حتى يدخل في تقدير التعويض يتعين تقديره هو نفسه وإثباته.

#### 1-1- تقدير الضرر

يُسأل الشخص عما يحدثه من ضرر لغيره ويلزم برفع الضرر الذي رتبة فعله الضار، وما سبيل رفعه إلا التعويض، هذا الأخير حق لمن أصابه الضرر، لا يطالب به سوى فاعل الضرر، وله إسقاطه أو المصالحة عليه<sup>(2)</sup>، وشخصية الضرر والتعويض عنه من الشروط الواجب توافرها<sup>(3)</sup>.

ويراعي القاضي في تقديره مقدار الضرر المعروض عنه، إذ لا يخلو تعويض يتولى تقديره ذوو خبرة من مراعاة المعادلة بين الضرر والجزاء، لأنّ المبدأ العام في تعويض الأضرار هو المماثلة بين التعويض والضرر<sup>(4)</sup>، لأنّ ثمة أضراراً يصعب تقديرها في حكم الواقع، كالأضرار المحتملة الوقوع والأضرار الأدبية، مما يتطلب تقديراً وتحديداً من أهل الخبرة، وحصول الضرر معتاداً أو غير معتاد هو

(1) - محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 170-171.

(2) - علي الخفيف، مرجع سابق، ص 57.

(3) - محمد بوساق، مرجع سابق، ص 265-266. محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 210.

(4) - علي الخفيف، مرجع سابق، ص 13. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 96.

أمر واقعي وليس شرعي<sup>(1)</sup>، لذا يحتاج إلى تقدير بدوره.

ومبدأ التعويض في أصله يرتكز إلى عناصر ثلاث خطأ وضرر وعلاقة سببية، إلا أن الفقه الإسلامي لم يعرف مبدأ التأثير بمدى جسامته الخطأ عند التعويض وتقديره، إذ لا فرق بين عامد ومهمل ومخطئ في مسألة التعويض، فالأمر واحد بالنسبة للجميع، لأن الأساس هو جبر الضرر في كل تلك الحالات، والكل سواء، لأن الهدف هو إزالة الضرر لا عقوبة المسؤول، ولا أثر للخطأ يسيرا كان أو جسيما في مقدار التعويض، لأنه قد يؤدي خطأ تافه إلى ضرر بالغ، وقد يؤدي خطأ جسيم إلى ضرر تافه<sup>(2)</sup>.

وفقه الشريعة الإسلامية يوجب المساواة بين الضرر الحال وبين التعويض، ولم يعرف حالات يقل فيها هذا التعويض عن مدى الضرر ولا يزيد عن ذلك، وليس فيها معايير أخرى لتقدير التعويض غير مدى الضرر<sup>(3)</sup>، لأن الغاية من التعويض هي الإصلاح، فيتعين على القاضي وقت تقديره ألا يتأثر إلا بالضرر المطلوب إصلاحه، ليكون التعويض المقضي به مكافئا لما ثبت لديه من الضرر، لا يزيد عليه ولا ينقص<sup>(4)</sup>، وذلك لإعادة التوازن الذي اختل بفعل وقوع الضرر<sup>(5)</sup>.

اعتماد القاضي في تعويض الشخص المضرور على مدى تضرره، كفلته كذلك القوانين الوضعية وفقهها، باشتراطها هي الأخرى تقديرا لهذا الضرر حتى يتسنى الحكم بالتعويض المناسب له، فيجبر ويضمم الأمل.

ويقدر القاضي مقدار الضرر بالنظر إلى كونه مباشرا، سواء كان متوقعا أو غير متوقع، وسواء كان حالا أو مستقبلا ما دام محققا<sup>(6)</sup>.

ويقدر التعويض على هذا بقدر الضرر لا بقدر الخطأ، فمهما كان الخطأ يسيرا فإن التعويض يجب أن يكون عن كل الضرر المباشر، ومهما كان الخطأ جسيما فإن التعويض يجب ألا يزيد عن

(1) -مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص76.

(2) -محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص170.

(3) -محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص75.

(4) -محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص170.

(5) -عاطف النقيب، مرجع سابق، ص264.

(6) -عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص971. منير قزمان، مرجع سابق، ص9. محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص220.

هذا الضرر المباشر، لأن التعويض المدني شيء موضوعي، لا يراعي فيه إلا الضرر<sup>(1)</sup>، موافقة بهذا الفقه القانوني للفقه الإسلامي، كون الهدف كما ذكر هو إصلاح الضرر وليس إنزال الجزاء الخاص بمن أحدثه.

وكما هو الحال في الفقه الإسلامي، بإمكان المتضرر أن يصالح على ما وقع به من أضرار، فيتفق مع المسؤول عنها على تعويض بشأنها<sup>(2)</sup>.

## 1-2- إثبات الضرر:

وقاضي الموضوع قبل أن يقدر الضرر، يكلف المدعي بإثباته، وهذا أمر محسوم في الفقه الإسلامي، إذ «البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر»<sup>(3)</sup>.

فقاعدة الإثبات في الإسلام تقوم على توزيع طرقه على المتخاصمين<sup>(4)</sup>.

فيقع على عاتق مدعي الضرر إثبات خطأ من تسبب في إلحاق الضرر به، وهذا ما أرسى قواعده الفقه القانوني، إذ عبء إثبات الضرر يتولاه المدعي ولا يستطيع أن يخطو في دعوى المسؤولية خطوة قبل أن يثبت ذلك.

وبعني القانون المدعي من إثبات الضرر في حالات استثنائية منها، وضع قرينة قانونية غير قابلة للإثبات العكس على أن هناك ضرراً قد وقع، وأكثر ما يقع ذلك في المسؤولية العقدية، ولكن يمكن تصوره في المسؤولية التقصيرية، إذا قدر الطرفان مقدار التعويض باتفاق بينهما... وإما بوضع قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على وقوع الضرر، ويكون ذلك في الشرط الجزائي، ويغلب أن يقع هذا أيضاً في المسؤولية العقدية، ولكنه يتصور في المسؤولية التقصيرية، إذا اتفق الطرفان على إعادة الشيء إلى أصله كتعويض عن خطأ تقصيري، ووضعاً شرطاً جزائياً، ووجود شرط جزائي يفترض أن الإخلال به يرتب ضرراً، ويكون الطرفان قد قدرنا هذا الضرر وقيّمته في الشرط الجزائي، وهذه قرينة قانونية تعني المتضرر من إثبات الضرر، ولكنها قابلة لإثبات العكس<sup>(5)</sup>.

(1)- منير قزمان، مرجع سابق، ص 823. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 387.

(2)- عاطف النقيب، المرجع نفسه، ص 389.

(3)- سبق تحريجه، ص 205.

(4)- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 270.

(5)- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، مج 1، ص 940-941.

وكون الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات من بينه وقرائن... (1).

وهذا المشرع الجزائري نص في المادة 131 من القانون المدني الجزائري (2) على أنه: «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملائمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير».

وتنص المادة 182 المشار إليها في المادة 131 قانون مدني جزائري على أنه: «إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد»

ونصت المادة 182 مكرر المشار إليها كذلك في المادة 131 قانون مدني جزائري على أنه: «يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة».

يتبين من هذه النصوص أن المشرع الجزائري وافق ما ذهب إليه الفقه القانوني، فجعل تقدير التعويض منوطا بالضرر، ولم يعين صفة الضرر كونه مباشر أو غير ذلك، حتى يستحق التعويض عنه، إنما تماشيا وأحكام المواد التي تساير ما نحى إليه الفقه القانوني، فالضرر المعتبر التعويض بشأنه هو المباشر الذي أنتجه الخطأ، سواء كان حالا أو مستقبلا ما دام الضرر محققا.

ويتحقق الضرر المباشر بعنصرين اثنين هما الخسارة التي أصابت المضور من جهة، والريح الذي فاته من جهة ثانية (3)، وهذا هو معيار تقدير التعويض وهو المعول عليه في غالبية التشريعات

(1) - محمد المنجي، مرجع سابق، ص 267 وما بعدها.

(2) - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(3) - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج2، ص160. محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص153-154. يقول الأستاذ السنهوري: «فهذا العنصران هما اللذان يقومهما القاضي بالمال». عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص1، ص971.

الوضعية<sup>(1)</sup>. هذا ما نصت عليه المادة 182 المشار إليها سابقا والتي أكدت أن هذين العنصرين هما أساس الضرر المباشر بدليل قول المشرع: «بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام... ويعتبر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه...»، ونعته بالنتيجة الطبيعية فهو المباشر، ويقع عبء إثبات الضرر على عاتق الشخص المضرور، كما قررته القواعد العامة في الفقهين الإسلامي والقانوني وأكدته المادة 323 قانون مدني جزائري<sup>(2)</sup>، «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه».

كما أورد المشرع الجزائري بنص المادة 182 مكرر الكلام عن الضرر المعنوي وإن كان قد حدد له صور وهي المساس بالحرية، الشرف والسمعة، إلا أنه أقر التعويض بشأنه، فجعله -الضرر المعنوي- من مشتملات التعويض، كونه ضرر، واستحقاقه التعويض، سلك معه المشرع مسلك التعويض عن الضرر المادي، فيقدر بشأنه التعويض أيضا على أساس المادة 131 قانون مدني جزائري السالفة الذكر، ثم إن من ادعى صعوبة تقدير التعويض عن الضرر الأدبي يجاب عنه أن الصعوبة نفسها تعرض للقاضي في الضرر المادي أيضا، فلا يجوز أن تحول هذه الصعوبة دون اقتضاء الشخص لحقه، لا سيما أن القصد من التعويض الأدبي غالبا هو المواساة والتخفيف من الألام<sup>(3)</sup>، فالأمر حينها سيان بين الضرر المادي والضرر المعنوي في مسألة تقدير التعويض وصعوبته، إضافة إلى أن تقويمه بالمال لا بد أن يكون تحكما، وهو ما يظهره بمظهر عدم تحقيق العدالة، ورغم هذا فالحق في التعويض عنه لا يتوقف على صعوبة أو سهولة تقديره متى كان ثابتا محققا وجوده، ومن يقول ذلك فقد فسح المجال للإضرار بالغير أدبيا، كون المنسب فيها يكون بمنأى عن كل مسؤولية، وهذا لا يقول به أحد<sup>(4)</sup>، فيصح تقويم الضرر حينها بمال تعويضا عنه، هذا الأخير يأخذ طابع الإرضاء<sup>(5)</sup>.

وعلى هذا فمن أصيب شخصا بضرر أدبي، حق له المطالبة بالتعويض، تحقيقا للعدالة.

## 2- الظروف الملازمة للتقدير:

(1) -السعيد مقدم، مرجع سابق، ص195.

(2) -قانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني معدل ومتمم.

(3) -محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص222.

(4) -زهدي يكن، مرجع سابق، ص46-47. علي الخفيف، مرجع سابق، ص46.

(5) -عاطف النقيب، مرجع سابق، ص389.

هي تلك الوضعيات التي شاكلت وزامنت الفعل الضار وأثرت في التقدير الذي يتولاه قاضي، وإعمالا لسلطته يدرس تلك الظروف ويقرر بشأنها ماله علاقة في زيادة مقدار التعويض أو الإنقاص منه، وذلك تبعا لتأثير تلك الظروف في مقدار الضرر أيضا تشديدا أو تخفيفا. والشريعة الإسلامية وفقهها، موجب التعويض فيهما وتقديره ينصب على الضرر كعنصر ساسي، كونها تخضع للاتجاه الموضوعي الذي يتقيد بدقة، بمدى الضرر ولا يضع في اعتباره مدى جسامة الفعل الضار.

فهي تقوم على فكرة موضوعية قوامها تعويض الضرر بعوض يساويه، لا أكثر ولا أقل<sup>(1)</sup>، وإن كان الأمر كذلك فالظروف التي تعنى بالوقوف عليها لتقدير تعويض ملائم للضرر، هي ما كانت ذات صلة بالشخص الذي تضرر، كون الضرر يلحق شخص المضرور، هذا الأخير هو محط نظر وبحث من طرف القاضي، له ولظروفه التي أحاطت به، حين لحقه الضرر، كي يتسنى له تقدير تعويض عادل جابر لتضرره، يزيل عنه ألمه ويكون ملائما لطبيعة الضرر، وما لابس المضرور من ظروف، ويكون الأساس حينها في التقدير ان يضع القاضي نفسه موضع المضرور، ثم ينظر مع مراعاة ظروف المضرور ومكانته بم ترض به نفسه وعلى هذا يقدر<sup>(2)</sup>، فعلى القاضي وهو ينظر دعوى تعويض وقبل أن يقدر التعويض المناسب والملائم لطبيعة الموضوع ومقدار الضرر، أن يراعي ويدخل في حساباته الظروف التي لا بست الموضوع.

يعرف الأستاذ السنهوري هذه الظروف بقوله: «يقصد بالظروف الملازمة هنا الظروف التي تلابس المضرور، لا الظروف التي تلابس المسؤول، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور وما قد أفاده بسبب التعويض، كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره للتعويض»<sup>(3)</sup>.

من الظروف التي أحاطت بالمضرور وأسباب طلبه التعويض التي تقدم بها إلى هيئة القضاء، هما العاملان الأساسيان في تقدير التعويض المناسب.

ويعلل قوله هذا كون الظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور هي التي تدخل في الاعتبار، لأنّ التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات، فيقدر التعويض على أساس ذاتي لا

(1) -محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص72.

(2) -علي الخفيف، مرجع سابق، ص46.

(3) -عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص971.

على أساس موضوعي<sup>(1)</sup>.

من بين تلك الظروف الملازمة لشخص المضرور، حالته الجسمية والصحية فمن كان مريضا بالسكر ويصاب بجرح كانت خطورة هذا الجرح أشد من خطورة الجرح الذي يصيب السليم، ومن الظروف التي يراعيها القاضي كذلك وتكون محلا للاعتبار عند التقدير، حالة المضرور العائلية، فمن يعول زوجة وأطفالا يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذي لا يعول إلا نفسه، ويدخل في الاعتبار حالة المضرور المالية. والذي يقصد منه هو اختلاف الكسب الذي يفوت المضرور من جراء ما لحق به، هذا لا يعني أن غنى المضرور يجرمه من تعويض أكبر بعكس الفقير الذي يكون بحاجة إليه فيعوض بمقدار يستحقه وفقده<sup>(2)</sup>. فتقدير بدل الضرر يكون بصرف النظر عن الوضع المالي لشخص المتضرر المدعي<sup>(3)</sup>.

لظروف الملازمة لا تعني من تضرر ماديا فقط، بل يعني بها أيضا الشخص المتضرر أدبيا، فيقدر التعويض في ضوء الطابع الإرضائي السابق ذكره المتعلق بجبر الضرر الأدبي، والذي يراعى فيه شخص المتضرر<sup>(4)</sup>، لا غير، فعلى هذا الرأي، مراعاة الظروف الملازمة لشخص المضرور قيد يخرج به الظروف الملازمة لشخص المسؤول عن الضرر وهو المدعى عليه.

واستطرادا لهذه الفكرة القائلين بها يستبعدون جهة تأثير التعويض بدرجة الخطأ، الذي يأتيه المسؤول عنه، وكذا ظروف هذا الأخير المحيطة به كدرجة غناه<sup>(5)</sup>، يقول في هذا الصدد عبد الرزاق السنهوري: «أما الظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤول فلا تدخل في الحساب عند تقدير التعويض، فإذا كان المسؤول غنيا لم يكن هذا سببا في أن يدفع تعويضا أكثر، أو كان فقيرا لم يكن هذا سببا في أن يدفع تعويضا أقل، وسواء كان المسؤول لا يعول إلا نفسه أو يعول أسرة كبيرة، فهو يدفع التعويض بقدر ما أحدث من الضرر، دون مراعاة لظروفه الشخصية، إذا العبرة في تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور لا بالمسؤول»<sup>(6)</sup>.

(1) - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، مج 1، ص 971.

(2) - عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، مج 1، ص 971-972. منير قزمان، مرجع سابق، ص 22.

(3) - عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 388.

(4) - عاطف النقيب، المرجع نفسه، ص 389.

(5) - سعيد مقدم، مرجع سابق، ص 183. منير قزمان، مرجع سابق، ص 78.

(6) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 973.

واعتماد التعويض بهذا في الشق المدني على الضرر دون الخطأ الذي هو اعتماد الجزاء الجنائي، كون التعويض المدني شيء موضوعي لا يراعى فيه إلا الضرر لما سبق ذكره، والجزاء الجنائي شيء ذاتي يراعى فيه جسامة الخطأ.

هذا القول لا يمنع من اتخاذ الظروف الملايئة بشخص المسؤول كعامل في تقدير التعويض، باعتبار هذه الظروف المحيطة بالمسؤول كونها تقرب أكثر من الواقع، مع وجوب التفرقة بين الظروف الداخلية الخاصة بشخص المسؤول وظروفه الخارجية، فلا يعتد بالأولى -الداخلية- لأنها تقلب المعيار المحرد إلى معيار شخصي، في حين يجب الاعتداد بالثانية -الخارجية- كظروف الزمان والمكان، كون هذه الأخيرة ظروف ظاهرة تساعد على تقصي مسلك الرجل العادي<sup>(1)</sup>.

وتقصي ظروف المسؤول الملايئة شعور طبيعي يستولي على شخص القاضي وهو يتولى مهمة تقدير التعويض، وإن كان تتبع مدى الضرر على غرار الظروف الملايئة لشخص المضرور هو الأصل<sup>(2)</sup>، إلا أن اعتبار جسامة الخطأ الذي يأتيه المسؤول وظروفه الملايئة لهما تأثيرا على تقدير التعويض، فتميل النفس البشرية إلى زيادة التعويض، إذا كان الخطأ جسيما وإلى التخفيف منه إذا كان سيرا<sup>(3)</sup>.

وهذا الذي ذكر سابقا من اعتبار ظروف الشخص المضرور أو الشخص المسؤول، أو كليهما معا عند تقدير التعويض، أثير بشأنه خلاف فقهي<sup>(4)</sup>، تظهر تجلياته أو آثاره في اختلاف الفقهاء حول طبيعة الظروف الأكثر تأثيرا في تقدير التعويض من جهة، وتبني الدراسات النظرية في أغلبها ظروف المضرور والتطبيق العملي ظروف المسؤول إلى جانب ظروف المضرور من جهة أخرى.

وهذه المادة 131 من القانون المدني الجزائري<sup>(5)</sup> ترشد إلى الكيفية الواجب اتباعها لتقدير التعويض من طرف القاضي، وكون التعويض ذو صفة مدنية فهو يركز إلى جبر الضرر «يقدر

(1)- سعيد مقدم، مرجع سابق، ص185.

(2)- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص977. منير قزمان، مرجع سابق، ص23. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص387.

(3)- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج2، ص162.

(4)- سعيد مقدم، مرجع سابق، ص183.

(5)- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب»، كقاعدة أساسية متجنباً الحديث عن خطأ مسؤول، كونه لا يهدف إلى معاقبة الجاني، وإنما إصلاح ما انكسر، وهو بهذا -المشروع الجزائري- أخذ بنظرة موضوعية لا ذاتية في مباشرته للتعويض المدني.

إضافة إلى الأساس الأول لتقدير التعويض وهو تعيين الضرر وتقديره، تتركز مهمة القاضي إلى اعتماد أساس ثاني وهو مراعاة الظروف الملابسة، «...مع مراعاة الظروف الملابسة...» من نص المادة 131 السالفة الذكر.

هذه الظروف هي ذات الصلة بشخص المضرور، لا يشخص المسؤول، ما يدل على ذلك من نص المادة، أن المشروع ركز على الضرر الذي لحق المصاب، ولم يأت على ذكر الخطأ الذي كان بفعل المسؤول، فلا دخل له في التقدير المراد.

فالقاضي وهو يتولى التقدير لا يجب أن يكون تقديره حسب الضرر الذي أصاب المضرور، وإنما يقصد بذلك النظر إلى حالته، فيما يتصل بأهمية الضرر وتقديره وقت وقوع الضرر، فتراعى مثلاً موارد الجني عليه وسبل رزقه، ومن يتولى الإنفاق عليه، لنفريق قدر ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب وما لهذا من أثر على من يعول<sup>(1)</sup>.

وخلاصة القول في الفقه القانوني، تقدير التعويض القاعدة منه، مقدار الضرر الذي يترتب على الخطأ بالنسبة لكل حال وفقاً للظروف الملابسة، هذه القاعدة هي الواجب تطبيقها على كل صور الضرر، أي سواء أكان واقعا على المال أو على الجسم، أم كان ضرراً أديبياً<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: سلطة القاضي في تقدير الضرر والتعويض عنه

تقدير كل ضرر مما يجب التعويض عنه، لا يوقف عليه في نصوص محددة من المشروع، وإنما يخضع لسلطة القاضي، الأمر ذاته عند التعويض عنه.

### 1- إعمال السلطة في تقدير الضرر

الأصل في الشريعة الإسلامية أن الضرر ممنوع ويجب رفعه وإزالته، وذلك محكوم بضوابط على ما سيأتي بيانه.

(1) - سعيد مقدم، مرجع سابق، ص 186.

(2) - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج 2، ص 162.

هذا الأصل العام في الشريعة الإسلامية محكوم بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(1)</sup>، وهو أحد ركائز الدين الإسلامي، كونه أساساً لمنع الفعل الضار، في أي صورة من الصور، ومن ثم ترتيب نتائجه في التعويض المالي وغير ذلك<sup>(2)</sup>، كل هذا للسلطة معه مجال وهي المقيدة بضوابط وقيود زمنية.

### 1-1- ضوابط سلطة القاضي اتجاه الضرر:

الواجب على القاضي استعمال سلطته التقديرية لإزالة الضرر عن الناس، بحفظ حقوقهم أو مع الضرر عنهم بإعادتها إن هي سلبت منهم، واستعماله لسلطته التقديرية في هذا الأمر، كونه مكلف برفع الضرر حسب استطاعته، وهو في هذا محكوم بضابطين، عليه مراعاتهما عند إعماله لسلطته التقديرية<sup>(3)</sup>:

**الأول:** مفاده أن الضرر يزال، وهو ضابط يندرج والأصل العام السابق ذكره «لا ضرر ولا ضرار»، وعليه الضرر يجب إزالته ويتحقق ذلك بوقف استمراره ومنع تكراره وتجدده هذا من طريق، وبترميم أثاره بعد وقوعه من طريق آخر.

فعلى الطريق الأول يدفع الضرر بإزالته عينا، سواء كان عاما أو خاصا، ويؤمر فاعله بإزالته كلية منعا لاستمراره وتحقيقا لدفعه عن الغير -المضرور-<sup>(4)</sup>.

وعلى الطريق الثاني -ترميم آثار الضرر بعد وقوعه- كما هو الحال في التعويض المالي جبر للضرر، فهو ترميم لما خلفه الضرر من تبعات، فإن تعذر فقها نفي الضرر صورته، تعين نفيه معنا بالضمان<sup>(5)</sup>.

فهذان الطريقان يوصلان بإعمالهما إلى إزالة الضرر، ففي الأولى إزالة للضرر عينا، وفي الثانية إزالة له أيضا لكن بترميم مخلفات الضرر الواقع.

(1)- سبق تحريجه، ص20.

(2)- محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص136.

(3)- محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص136-139. محمود محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص160.

(4)- ومثل الفقه الإسلامي لمثل هذا الطريق بشواهد منها إلزام صاحب الرحا التي تفسد الجدران بتوقيفها. والدباغ الذي تأذى جيرانه بنتن مدينته بإعادها عنهم. انظر: الباجي، مصدر سابق، ج6، ص41 وما بعدها.

ومنها منع المصابين بالجدام من ورود الماء المشترك. ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مصدر سابق، ص306.

(5)- الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص164-165.

وتعود على هذا النحو حالة المضرور إلى سابق عهدها قبل حدوث الضرر. كون المال يجبر  
الخاطر:

والضرر يدفع قدر الإمكان، إذ هو واجب الدفع ما أمكن<sup>(1)</sup>.

ويمكن الجمع بين الطريقتين لتحقيق إزالة الضرر، إذا كان هذا الأخير ما من شأنه الاستمرار،  
إذا لم يزل عينا وتختلف عنه آثار ضرورية، حينها يزال الضرر وترمم آثاره تحقيقاً لمبدأ إزالة الضرر.

والقاضي في كل هذا مقيد بضابط ثاني، فبعد أن أقر الضابط الأول المدعم لركيزة «لا ضرر  
ولا ضرار»، ألا وهو «الضرر يزال» يقر الشرع ضابطاً ثانياً يؤكد الأول ويدعمه وهو «الضرر لا يزال  
بضرر»، مفاده ألا يقابل الضرر بضرر، إذ الغاية من إزالة الضرر هو دفعه، وليست كل الوسائل  
متاحة لرفعه، إذ الغاية لا تسوغ الوسيلة، فلا يصح رفع ظلم عن إنسان بإيقاعه على آخر، وهذا مما  
منع شرعاً، فواجب القاضي رفع الضرر عن عموم الناس، وإزالته عن المجتمع بوسائل مباحة، والإقرار  
بإزالة الضرر بضرر فيه ترخيص بإيقاع الضرر من حيث النتيجة، ومس لأكثر من شخص بظلم، كان  
في أصله على طرف، وبإجازة إزالته بضرر صار واقعا على أكثر من طرف<sup>(2)</sup>.

فيؤخذ إعمال الضابط الثاني -الضرر لا يزال بضرر- من طرف القضاء من باب القيد  
للضابط الأول -الضرر يزال-، وهذا ما أقره فقه القواعد، إذ شأن الضابط الثاني مع الأول، شأن  
الأخص مع الأعم، لأنه لو أزيل بالضرر، لما صدق الضرر يزال<sup>(3)</sup>، وهذا الضابط يخدم الأصل العام  
والركيزة في الدين الإسلامي «لا ضرر ولا ضرار»، كونه مستفاد منه، ولعلّ الجزء الثاني منه «لا  
ضرر» يعني هذا الضابط بالذات، أي عدم جواز مقابلة الضرر بمثله، وإزالته بأعظم منه أشد في  
المنع، فلا يجوز من باب أولى<sup>(4)</sup>، والسعي لإزالة الضرر بضرر عبث لا فائدة فيه، والمقبول المعقول هو  
إزالة الضرر بلا ضرر أصلاً، أو بضرر أخف<sup>(5)</sup>. لأن هذا من باب إزالة الضرر قدر الإمكان، ومن

<sup>(1)</sup> -الكاساني، مصدر سابق، ج 5، ص 287. الزيلعي، مصدر سابق، ج 5، ص 223.

<sup>(2)</sup> -محمود محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص 161.

<sup>(3)</sup> -ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص 87. السيوطي، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص 86.

<sup>(4)</sup> -انظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، طبعة دار القلم، ط 2، 2004، ج 2، ص 990. الباجي، مصدر سابق، ج 6،

ص 40.

<sup>(5)</sup> -محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص 140.

هذا الباب تحمل الضرر الخاص لأجل الضرر العام كذلك<sup>(1)</sup>، وكل هذه المبادئ وغيرها، مما تحملها الحياة العملية للقضاة في نظر الدعاوى، يجب أخذها بعين الاعتبار من طرف القاضي، وهو يقدر لأضرار التي ألقت بالمدعين المطالبين بإثباتها على ما ذكر سابقا، حتى يمكنه إعمال سلطته التقديرية اتجاه الضرر إعمالا صحيحا، فيعمد إلى دفعه بإزالته.

ومن قبيل هذا ما سبق الكلام فيه من اختصاصات حكومة العدل لتقدير نوع الضرر ومقداره.

وإعمال القاضي لسلطته التقديرية في الفقه القانوني، بشأن استخلاص عنصر الضرر، تضاربت حوله اتجاهات يحسن مراعاتها<sup>(2)</sup>:

- على القاضي أن يضع نصب عينيه المعطيات الشخصية والذاتية للمضرور، حيث تساهم هذه المعطيات -الظروف الشخصية والذاتية- اللصيقة بالمعتدى عليه في وصف فعل المعتدي، - وذلك على نحو ما سبق ذكره في ضرورة مراعاة الظروف الملازمة- وعليه حتى يتوصل القاضي إلى التقدير الصحيح لعنصر الضرر، أن يأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف لكفالة حماية للمضرور.

- على القاضي أن يقدر الضرر تقديرا مجردا متبعا بشأنه معيارا موضوعيا، لأن التقدير الشخصي قد يؤدي إلى عدم الانضباط والتحكم، وإن تعرض لخصائص المضرور الذاتية، كان عليه تقديرها بطريقة موضوعية مجردة، وذلك بالوقوف على هذا الظرف ومعرفة إن كان يؤدي إلى الضرر بطريقة طبيعية، وبالنظر إلى الفعل الضار ذاته أم لا قبل وقوعه، فتفترض مسؤولية المدعى عليه، حيث كان ينبغي عليه أن يتوقع حدوث الضرر -هذا الاتجاه فيه مراعاة للحالة التي كانت توجد بالفعل لو لم يقع الفعل الضار-.

- على القاضي في إعمال سلطته التقديرية لتقدير الضرر، في اتجاه توفيقه، مراعاة عناصر ثلاث:

\*العنصر الأول يتكون من الحالة المتولدة عن الفعل الضار.

\*العنصر الثاني يتكون من الحالة التي كانت توجد بالفعل، لو لم يقع الفعل الضار.

(1)- ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مصدر سابق، ص 87-88.

(2)- أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 81-86.

\*عنصر الزمن والذي يؤثر على جوهر الضرر وحجمه من حيث تفاقمه أو زواله بمرور الزمن. والحقيقة أن هذه العناصر الثلاثة تتأثر بدرجة أو بأخرى بالمعطيات الذاتية أو العناصر الشخصية للأفراد، كل هذا يدخل في سلطة القاضي التقديرية وله إعمالها لتحقيق حكم عادل.

### 1-2-تقييد سلطة التقدير بالزمن:

عنصر الزمن السابق الذكر، لاق اهتماما عند الفقهاء لأهميته في تقدير تعويض عادل، جابر للضرر الواقع، فوقت تقدير الضرر على أهمية بالغة.

توسع الفقهاء المسلمين في الكلام عن الوقت الذي يجب أن تقدر فيه قيمة الضرر، عند بحثهم إحدى صور الفعل الضار وهو الغصب، واختلفت آراءهم الفقهية حول الوقت الذي تقدر فيه القيمة لأجل التعويض، والمتأمل لحجج أصحاب هذه الآراء المختلفة يرى أن لكل منها وجهته وأدلته، والاختلاف التطبيقي بينها لا يكون كبيرا طالما كانت الأسعار مستقرة، وكان الفاصل الزمني قصيرا بين وقوع وقت الفعل الضار ووقت الحكم بالتعويض<sup>(1)</sup>.

لكن قد يطول الوقت الفاصل بين وقوع الضرر ووقت المطالبة أو الحكم بالتعويض عنه، خاصة في الأوضاع الزمنية الراهنة، أين استجد أمران لهما أثر مهم في هذا الموضوع، ألا وهما:  
-ازدياد الزمن الذي تستغرقه إجراءات التقاضي والفصل في الخصومات من جهة.

-وازداد حركة التضخم النقدي ونتيجته أي الارتفاع العام في الأسعار الذي تشهده مختلف دول العالم من جهة ثانية.

ونتيجة لهذين الأمرين يتوقع أن يختلف تقدير قيمة الضرر اختلافا كبيرا بحسب الوقت الذي يقدر فيه<sup>(2)</sup>.

وعالج الفقه القانوني مسألة الضرر المتغير والوقت الذي يقدر فيه، ويجمع الفقه أن ثمة وقتان يعتد بهما في تقويم الضرر، وقت وقوع الضرر ووقت الحكم على المسؤول عن الضرر.

(1)-مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص118-119.

(2)-مصطفى الزرقا، المرجع نفسه، ص119.

يذهب أغلب الشراح إلى أنه يجب الاعتداد بقيمة الأشياء وقت وقوع الضرر، ويحتجون لذلك بأن الفعل غير المشروع هو الذي أنشأ الحق في التعويض وليس الحكم، كونه مقرر لذلك الحق وليس منشأ له<sup>(1)</sup>.

ويتفق الفقه الإسلامي مع ما يراه أغلب الشراح في الفقه القانوني بالنسبة لوقت تقويم الضرر، وهذا لا يعني عدم وجود أقوال أخرى في فقه المسلمين تتفق مع ما قال به فريق آخر من شراح القانون بتقدير الضرر عند صدور الحكم القضائي<sup>(2)</sup>، على رأس هؤلاء الشراح الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، الذي يرى العبرة في التقويم بيوم صدور الحكم، اشتد الضرر أو خف، أما إذا لم يتغير الضرر وكان المتغير هو سعر النقد أو أسعار السوق بوجه عام، على نحو ما عاجله الأستاذ مصطفى الزرقا، فيما ذكر سابقاً<sup>(3)</sup>، فالعبرة بسعر يوم صدور الحكم، ارتفع هذا السعر منذ وقوع الضرر أو انخفض<sup>(4)</sup> يفتح القائلون بهذا الرأي بأنه إلى أن يصدر الحكم يكون الحق في التعويض غير محدد المقدار، فالحكم هو الذي يحدده، فيجب الاعتداد بجميع العناصر التي توجد وقت الحكم، ومن العدل أن يقدر الضرر وقت الحكم<sup>(5)</sup>.

إلا أن ثمة رأي وسط مفاده التمييز بين الالتزام بإصلاح الضرر وبين الالتزام بدفع التعويض، فالالتزام بإصلاح الضرر ينشأ وقت وقوع الضرر، ولهذا فإن الحق في التعويض ينشأ في ذلك الوقت، ولكن هذا الالتزام بإصلاح الضرر يتحول إلى التزام بدفع تعويض وقت الحكم، ولذلك يجب الاعتداد بذلك الوقت في تقدير مبلغ التعويض، ويجب حينها الاعتداد بالتطورات التي تكون قد حدثت منذ وقوع الضرر<sup>(6)</sup>.

والفهاء في أعمال القضاة لسلطة تقدير لعنصر الضرر لم يتوقفوا على حد الضرر المادي متناسين الضرر الأدبي، بل أكدوا أن هذا الأخير له حق الجبر، وهذا يتطلب كذلك تقديراً، سواء كان منه مقترناً بخسارة مالية أو كان ضرراً أدبياً خالصاً.

(1) - منير قزمان، مرجع سابق، ص 82-83. محمد شريف أحمد، مرجع سابق، ص 224.

(2) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 101..

(3) - مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، مرجع سابق، ص 119.

(4) - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج 1، ص 975-976.

(5) - منير قزمان، مرجع سابق، ص 83. عاطف النقيب، مرجع سابق، ص 387.

(6) - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 101. منير قزمان، مرجع سابق، ص 83.

فكونه مقترنا بخسارة مالية، يتطلب التقدير حساب مقدار هذه الخسارة التي لحقت المضرور ضمن مقدار التعويض، ليكون مقدار المال حينها هو الحد القريب الذي يسهل الاقتراب من حقيقة الضرر الحاصل، وليكون تقدير الضرر الأدبي الممتزج بالخسارة المالية مما يخضع لتقدير القضاة.

وكونه ضرراً أدبياً خالصاً فلا مانع من الاستعانة بمعايير التقدير أو طرقه التي قامت عليها حكومة العدل، وعلى الأخص طريقة الفرق بين القيمتين المعروفة بالطريق الافتراضي، كما في حالة الضرر الأدبي الواقع على شرف الإنسان متمثلاً في فوات البكارة، فإنه يمكن تقدير الضرر من خلال افتراض مهر المعتدى عليها بكراً، ومهرها ثيباً، وفرق التقديرين يمثل مقدار التعويض المستحق عن فوات البكارة، وطبيعة هذا النوع من الضرر مجال فسخ لإعمال مبدأ مرونة التقدير إلى أبعد مدى، وهذا المبدأ وإن لم يصب عين التقدير الصائب، فهو على الأقل يصيب قدراً كبيراً من الصواب فيه، وبعض الشيء أولى من لا شيء، وما لا يدرك كله لا يترك كله<sup>(1)</sup>.

## 2- إعمال السلطة في تقدير التعويض:

تقدير التعويض الذي يمارسه القاضي لا يتأتى من عدم بل له ضوابط وإجراءات، في كل هذا قد يحتاج القاضي لأهل الخبرة لمساعدته في تصويب التقدير الملائم.

### 2-1- الاستعانة بالخبراء لتقدير التعويض:

كثرة القضايا وتنوعها بتنوع النزاعات لا يسمح للقاضي بتقدير ما يناسب كل الحالات بحكم ينفرد برأي فيه دون استشارة، ففي غالب حالات الدعاوى يحتاج القاضي إلى مساعدة خبراء في لف المجالات ذات الصلة بما هو معروض على القضاء.

والخبير هو كل شخص له دراية خاصة بمسألة من المسائل، فيلجأ إليه كلما قامت في الدعوى مسألة يتطلب حلها معلومات خاصة لا يأتي القاضي من نفسه الكتابة العلمية أو الفنية لها، وتقديره ينصرف إلى الوقائع اللازمة لإصدار رأيه الفني فيها دون غيرها، فلا يجوز له أن يتجاوزها إلى أخرى طالما لم يطلب ذلك منه.

والقاضي لا يلم بكل الخبايا كونه بشراً، لذا حاجته لغيره من ذوي الخبرة ضرورة لا مفر

(1) - عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 465-466.

منها<sup>(1)</sup>، وهذا ما قال به الفقهاء وعمدوا إلى فعله، يقول ابن فرحون: «يرجع إلى أهل المعرفة من التجار في تقويم المتلفات»<sup>(2)</sup>، وهذا الزيلعي يرى أن: «ذهاب البصر يعرفه الأطباء»<sup>(3)</sup>، وعليه حتى يصل القاضي إلى تقدير تعويض عادل للذي لحقه ضرر، فلا بد من اللجوء إلى خبير، يكون صاحب تخصص وخبرة في الصنف المراد تقدير قيمته<sup>(4)</sup>، وهذا هو طريق التقدير العملي الذي أشير إليه سابقاً، وهو الطريق الذي يقوم على أساس شهادة أهل الاختصاص والخبرة، لأن تقييمهم لقيمة الضرر تتبع من الواقع العملي الذي يعايشونه بالفعل<sup>(5)</sup>.

واستثناس القاضي برأي الخبراء لتقدير التعويض الملائم ليس إلزامياً، حتى وإن كانت مشاورة في هؤلاء مندوب إليها، ولو كان عالماً، لأن فيها فائدة مؤكدة للقاضي كونها تساعد على انكشاف ما غمض أو خفي عليه، والندب إلى هذا الأمر لا يسمح بإلزاميته، فالقاضي غير ملزم بأخذ ما يشيرون به عليه، وحسبهم أن يدلوا بأرائهم وحججهم، وللقاضي بعد ذلك حرية اختيار الحكم المناسب للقضية التي ينظرها وشاور فيها<sup>(6)</sup>.

وإن اختلف أهل الخبرة في تقدير العوض، فعلى القاضي أن ينظر إلى أقرب تقويم إلى السداد، وله أن يسأل غيرهم ممن لهم بصر أكثر في الأمر حتى يتبين له السداد<sup>(7)</sup>.

وذهب إلى الاستعانة بالخبراء الفقه القانوني كذلك إذ يرى أن للقاضي الحكم بالتعويض في ضوء ما يتوافر له في الدعوى من عناصر تقدير، وله أن يستعين بالخبرة، وأن يسترشد بسوابق مستخلصة من أحكام قضائية<sup>(8)</sup>. وهذا من باب الاستعانة أيضاً.

وعلى هذا النحو يتمكن القاضي من إزالة الصعوبات التي تلاقه في تقدير التعويض وذلك

(1) - أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص338. رشدي شحاتة أبو زيد، الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء، مصر، ط1، 2008، ص174.

(2) - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ص79.

(3) - الزيلعي، مصدر سابق، ج5، ص130.

(4) - محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص259. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص95.

(5) - عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص459.

(6) - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص217.

(7) - محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص260.

(8) - عاطف النقيب، مرجع سابق، ص262.

باستعانتة بالخبراء<sup>(1)</sup>.

فالقاضي في كل هذا يعني إعماله لجهد تقديري، هذا الجهد ليس من فراغ اكتسبه، وإنما بإذن من الشارع، كون هذا الأخير أفسح مجالاً لإعمال هذا النشاط التقديري، عند قيام القاضي بمحاكمة التعويض في ممارسة ولاية القضاء.

نصت المادة 131 من القانون المدني السابق ذكرها<sup>(2)</sup> على الآتي: «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب».

وفي المادة 182 على: «إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد، أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره».

فالمشروع بهذا أرسى مبدأ استحقاق التعويض جبراً لضرر لحق بشخص سماه بالمصاب تبعاً لما يصيبه من ضرر.

والمادتان صريحتان في منح القاضي سلطة تقديرية لتقدير التعويض من جانب الشارع، دليل ذلك تشريعه لنصوص تؤكد هذا الجانب -المادتان 131، 182- لم يقف المشروع عند هذا الأمر، بل جعل سلطة القاضي تخص أيضاً تعيين طريقة التعويض وأنواعه، هذا ما نصت عليه المادة 132 قانون مدني جزائري<sup>(3)</sup>.

«يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً.

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع».

وعلى هذا وفي ضوء هذه النصوص يستشف قصد المشروع من منح سلطة تقديرية للقاضي

(1)- زهدي يكن، مرجع سابق، ص 61.

(2)- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(3)- المصدر نفسه.

بشأن التعويض، فله سلطة كاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملاءمة لطبيعة الضرر، وذلك في حدود طلبات المدعي<sup>(1)</sup>.

## 2-2- عناصر تقدير التعويض:

التقدير في أصل الفقه الإسلامي يقوم على عنصرين أساسيين هما عنصرا المكان والزمان كون تقدير القيمة خاضعة لقيمة الأشياء في زمانها ومكانها.

ومن الضروري بما كان تحديد هذين العنصرين عند التقدير تحقيقا للعدل وحسما للنزاع<sup>(2)</sup>.

تعلق بالمكان فقيمة الشيء في مكان من الأکید أنها غير مماثلة لها في آخر، ولو كان الزمان نفسه، وما تعلق بالزمان فالقيمة تتغير بتغير الزمان، سواء كان يسيرا أو طويل الأمد.

وقد عرض الفقه الإسلامي العديد من الآراء تبعا لاختلاف اجتهادات الفقهاء فيما تعلق المثلي أو القيمي ووقت ومكان تقدير التعويض الخاص بهما حال غضب أو إتلاف المال القيمي وحالة انعدام المثل في المال المثلي<sup>(3)</sup>.

وهو ما يدل على خصوصية الفقه الإسلامي واتساع المجال أمام القاضي أن يختار الرأي الذي يراه ملائما للمصلحة أكثر ومحققا لمقاصد الشريعة، من جبر الضرر الواقع مع عدم ظلم المعتدي بتغيره أكثر من الواجب عليه، وتقدير كل حادثة وما يحيط بها من ملابسات وقرائن، كما أن تغير الزمان والمكان وطباع الناس قد يكون له دور في ترجيح القاضي للأخذ برأي من تلك الآراء<sup>(4)</sup>.

والتقدير للتعويض لا يتعلق بالماديات على النحو السابق لا غير، بل يتصل بالأضرار المعنوية والتي خصها الفقه الإسلامي بكيفيات وطرق، منها الطريقة الافتراضية والطريقة التقريبية، وقيل بطريقة ثالثة وهي طريق الخبرة<sup>(5)</sup>، وربما هذه الأخيرة تكون الأنسب من الطرق في عصرنا<sup>(1)</sup>

(1)- أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 128-129.

(2)- محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 284.

(3)- انظر: تفصيل هذا، محمد فتح الله النشار، المرجع نفسه، ص 284-290.

وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص 97-100. محمد بن المديني بوساق، مرجع سابق، ص 273-290. وفيها إيعاز للآراء إلى مذاهبها الفقهية في أمهات الكتب.

(4)- محمود محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص 337.

(5)- ابن عابدين، مصدر سابق، ج 5، ص 412. الكاساني، مصدر سابق، ج 7، ص 324. الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج 4، ص 271. الشريبي، مصدر سابق، ج 4، ص 77. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 8، ص 56.

-على ما ذكر سابقا- هذه الطرق هي أحد مجالي أعمال حكومة العدل السابق ذكرها، وهو المجال الذي يُعنى بتقدير قيمة الضرر.

لقد العناصر أتاح الفقه الإسلامي بشأنها سلطة تقديرية للقاضي، لإعمال الرأي الأصح والأنسب، لعلاج الضرر ومجازاه فاعل الضرر، فتحدث الفقهاء عن أسس للتقدير إن تعلق بالتلف فينظر إلى القيمة لا إلى الثمن، كون هذا الأخير ما تراضى بشأنه المتعاقدان، سواء زاد عن قيمة الشيء أو نقص، أما القيمة فهي مقدار ما يساويه الشيء من مال من غير زيادة ولا نقصان.

وتثبت القيمة بتقدير من يليق بحجم التقدير كأهل الشأن وأهل المعرفة<sup>(2)</sup>، كما أن التقدير الذي أوجبه حكومة العدل عند تقدير قيمة الضرر بأي طريق من الطرق المذكورة تتطلب أهل خبرة واختصاص.

والقانون وفقهه عندما أقر التعويض ووجهها القاضي إلى تقديره بإعمال سلطته التقديرية أكدنا على عنصرين، ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب<sup>(3)</sup> كأساس للتعويض.

إلا أن القاضي في تقديره تعويض عن المسؤولية التقصيرية طليق من هذين العنصرين، كونهما عنصرين يخصان المسؤولية العقدية، والقاضي يستوحي في تقديره العنصرين، ليس انصياعا منه لنص لم يوضع للمسؤولية التقصيرية ولكنه استعمال لسلطته التقديرية التي يعترف الفقه بأنها مطلقة له<sup>(4)</sup>.

يستعملها لجبر ضرر المضرور بتقدير تعويض عادل يعيد التوازن إلى ذمة المدعي، سواء في ذمته المادية أو ذمته الأدبية.

والقاضي في تقديره للتعويض العادل غير مقيد بتعويض كامل، بدليل مراعاته للظروف الملازمة.

فتقدير مبلغ التعويض الجابر للضرر هو مما يستقل به قاضي الموضوع ما دام لا يوجد في

(1)-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج6، ص359.

(2)-محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص282-283.

(3)-نص المادة 182 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(4)-أحمد سعد، مرجع سابق، ص129.

القانون نص يلزمه بإتباع معايير معينة، ووفقا لظروف كل دعوى على حدى<sup>(1)</sup>، فيكفي أمامه ثبوت الضرر الذي يتولى مهمة تقديره هو الآخر، والسعي إلى تقرير تعويض جابر له، هذا التعويض القاضي يتمتع عند اختياره بما يراه مناسبا تبعا لسلطته التقديرية فيقرر تعويضا نقديا أو عينيا المهم ما عادل الضرر وجبره، فأساس النشاط التقديري للقاضي ينصب على حرته الكاملة الممنوحة قانونا.

والجدير بالذكر أن القانون وفقهه لم يفعل أمر عنصر الزمن لتقدير تعويض عادل عن الضرر الحاصل.

والعبرة في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم، فللمضرور من أي عمل غير مشروع المطالبة بتعويض عن ضرر قائم، أو تفاقم حاله بعد حدوثه إلى تاريخ الحكم<sup>(2)</sup>، كون الضرر في غالب حالاته غير مستقر ومتغير من وقت لآخر فيراعي القاضي كل هذا عند تقديره لتعويض جابر، والعبرة في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم اشتد الضرر أو خف، أو لم يتيسر للقاضي تعيين مداه تعيينا نيا وقت النطق بالحكم، فيحتفظ له القاضي أي للمضرور بحق المطالبة بإعادة النظر في التقدير خلال مدة معينة.

وهذا ما أكده المشرع الجزائري بنص المادة 131 قانون مدني السابق ذكرها.

«...فإنَّ سر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير».

فأجاز بهذا التشريع إعادة تقدير التعويض<sup>(3)</sup> من هذا الجانب.

وعليه إذا كان الحق في التعويض ينشأ من تاريخ وقوع الحادث، لو أن الضرر لازم زمنيا وقوعه، إلا أن تحديده يحصل قضاء بتاريخ الحكم به، فيقدر القاضي الضرر وقيمته كما تحقق منه يوم حكمه، وليس هناك ما يمنع من إعادة تقدير التعويض إن كان الضرر في البداية غير ظاهر المعالم ومع مرور الزمن اتضحت معالمه، فالمسؤولية تتكامل بتحقق الضرر<sup>(4)</sup>، فيتولد الحق من تاريخ هذا

(1)- أحمد سعد، المرجع نفسه، ص130.

(2)- منير قزمان، مرجع سابق، ص23-92. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، مج1، ص975.

(3)- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج2، ص164.

(4)- عاطف النقيب، مرجع سابق، ص387-388.

التحقق ويقدر التعويض لأجله.

استلزاما لهذا الأمر فالقاضي عند تقديره للتعويض يتعين عليه عدم الأخذ بالفروض الظنية، فما يدخل في حساب التعويض إلا الضرر الحالي الواقع، وما توفر للقاضي من عناصر هذا الضرر<sup>(1)</sup>.

وإن كان التعويض وتقديره للأضرار المادية لاق هذا التفصيل والاختلاف في بعض الجزئيات، فالصعوبة تتحقق أكثر إن كان الضرر المقصود تقدير التعويض بشأنه أدبيا لا ماديا، إلا أن هذه الصعوبة قد تزول أو يمكن إزالتها إن استعان القاضي بالخبراء.

وقد أقر المشرع الجزائري بنص المادة 131 قانون مدني جزائري السابق ذكرها والتي نصت على سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر، ولو كان أدبيا بتأكيدا مراعاة أحكام المادة 182 مكرر المقررة شمول التعويض للضرر المعنوي.

ويكفي في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي أن يكون مواسيا للمضروب، ويكفل رد اعتباره، وهو ما يتوافر بما يراه القاضي مناسبا في هذا الصدد تبعا لواقع الحال والظروف المناسبة، وذلك دون غلو في التقدير ولا إسراف، ولو كان هذا التقدير ضئيلا ما دام يرمز برمز إلى الغاية منه ويحقق النتيجة المستهدفة به.

ولا يعيب الحكم أن يدمج الضررين المادي والأدبي معا ويقدر التعويض عنهما من غير تخصيص مقدار خاص لكل منهما، فإن ذلك لا يحول دون قيام تلك الحقيقة الواقعية وهي أن كل عنصر من هذين العنصرين كان له حسابه في تحديد المقدار<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: كيفية تقدير التعويض في دعاوى الفرقة

التعويض في دعاوى الفرقة شرع لجبر الخاطر ورفع الضرر في الفقهاء الإسلامي والقانوني. فهذا الشرع الإسلامي أقر للمطلقة قبل الدخول نصف مهرها والمتعة على اختلاف في وضعها بين الإيجاب مع المهر أو عدمه.

هذه الأخيرة -المتعة- التي تار بشأنها اختلاف وجهات نظر الفقهاء للمطلقة بعد الدخول،

(1) -زهدي يكن، مرجع سابق، ص43-44.

(2) -إبراهيم سيد أحمد، الضرر المعنوي فقهاء وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، مصر، (دط)، 2007، ص174-178.

بين إيجابها لها وعدم ذلك.

مدلّ الشرع لم يقف على حد المرأة كونها الطرف الأضعف في جل المعادلات الحياتية، وجعل لها كيان مستقل، وذمة مستقلة تتحمل بموجبها مسؤولية، إن كانت الفرقة من جانبها، فشرع البديل للخلع.

هذا الإقرار الرباني لوجوب تعويض في هذا النوع من الدعاوى تبنته القوانين الوضعية وفقهها، فعمداً إلى ترتيب تعويض عن فرقة، بغض النظر عن موقعها، وافقاً بترتيبها هذا التشريع والفقهاء الإسلاميين، إلا أنهما استزادا التعويض زيادة على المتعة ونصف المهر وبديل الخلع على اختلاف في إقراره والموجب له، وهل هو المتعة أم لا؟

في كل هذا التعويض في دعاوى الفرقة مشروع بالتشريع الإسلامي والقانوني لمثل هذه الدعاوى، على الاختلاف المذكور، وغيره المترتب عن فهم وإعمال ما جاء في التشريعيين من قبل الفقهاء، إقرار وجوبه في التشريعيين منطوق للأخذ والعمل به، إلا أنّ كفاءات تقديره لم ترد بالتشريعيين، وبهذا كفلها الأئمة والعلماء والقضاة بالشرح والتدليل لتحقيق قصد الشارع من تشريعه ولمعرفة كيفية التقدير، يتعين وجوباً معرفة متولي هذا التقدير وقواعد هذا التقدير، وموقف الفقهاء في هذا.

#### البند الأول: مباشرة التقدير في دعاوى الفرقة

التقدير فعل يتولاه ذوو خبرة وحنكة، أهل الدراية بالشرع -إسلامي، قانوني- واضطلاع بأحوال الناس وعرفهم في الزمان والمكان الذي هم فيه.

#### أولاً: مباشر التقدير

من يباشر التقدير عادة في كل الدعاوى هو الشخص الذي تُعرض عليه النزاعات، ألا وهو شخص القاضي، هذا الموكل بهذه المهمة يتعين تحصنه بصفات، تميزه عن غيره، كونه الشخص الذي يلتجأ إليه لفض النزاعات والعودة إلى الاستقرار والطمأنينة بتنفيذ حكم الشرع أو القانون على وجه الإلزام.

هذه الصفات هي التي يشترك فيها كل من تولى مهمة القضاء، وتعد بمثابة الشروط، كونها واجبة التوفر بشخص القاضي على اختلاف في بعضها عند الفقهاء، هذه الشروط أو هذه الصفات

لها أثر في السلطة التقديرية التي يملكها القاضي، من بين هذه الشروط<sup>(1)</sup>:

-**العقل:** القضاء كوظيفة في أصلها، والمهام المنوطة بالقاضي تحتاج أن يكون صاحب عقل ناضج مدرك، بل ينبغي أن يكون من يتولى القضاء صحيح الفكر جيد الفطنة، بعيدا عن السهو والغفلة، يتوصل بذكائه إلى وضوح المشكل وحل المعضل<sup>(2)</sup>، لهذا الشرط لا تتحقق سلطة تقديرية لمن لا عقل له ولو كان ضعيف القدرة العقلية، سواء ما تعلق بالأحوال الشخصية أم غيرها، كون السلطة التقديرية ينصرف مدلولها إلى مجموع النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي عند ممارسته لولاية القضاء<sup>(3)</sup>، على نحو ما ذكر سابق.

-**البلوغ:** التكليف يتطلب العقل.. وهذا لا يتأتى إلا بالبلوغ، فلا تجوز تولية القضاء غير العاقل، لأنه حينها غير مكلف، وغير البالغ لا يكون على علم ببعض ما يتعلق بالأسر، لأن سلطة تقديرية تتطلب خبرة كافية تتحقق بتمام العقل بعد البلوغ.

-**الحرية:** ينبغي أن يكون القاضي مستقل التفكير، حر الحركة والتنقل، مهيبا من الخصوم، وهذا مالا وجود له مع الرفيق، وهذا الشرط نظري هذه الأيام<sup>(4)</sup>.

-**الإسلام:** عدم اتصاف القاضي بالإسلام له أثره المباشر في صفات أخرى كالعدالة والاجتهاد وكل ذلك له أثره في السلطة التقديرية، وتولي قاض غير مسلم النظر في أمور الأسر غير مقبول مطلقا، لأنه غير مؤتمن على أنساب الناس وأعراضهم، كما أنه لا يعلم مقاصد الشرع من النكاح، وما قد يتبعها من لعان أو ظهار أو طلاق أو أنساب أو غير ذلك، وتوليته فيها عدم تحقيق للمقاصد التي شرعها الله، أو التي سن الأحكام لأجلها.

والقضاء ولاية ولا تجوز ولاية الكافر على المسلم<sup>(5)</sup>.

-**العدالة:** العدل هو الورع الموثوق بدينه كونه الممتنع عن الكبائر وعدم المصير على إتيان

(1)- محمود محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص 144-148.

(2)- الشريبي، مصدر سابق، ج 4، ص 375.

(3)- أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 20.

(4)- محمود محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص 127.

(5)- الكاساني، مصدر سابق، ج 7، ص 2، ابن رشد، مصدر سابق، ج 2، ص 383. الخطاب، مصدر سابق، ج 6، ص 87.

الشريبي، مصدر سابق، ج 4، ص 375. البهوتي، كشاف الفناع، مصدر سابق، ج 4، ص 173. ابن حزم، مصدر سابق، ج 9، ص 363.

الصغائر والمترفع عما يقدح المروءة، فيؤتمن على أعراض الناس وأموالهم ونفوسهم<sup>(1)</sup>، وهو الذي لا يقصر في بذل أي جهد أو نشاط ذهني لأداء عمله كاملا، كما لا يتعدى حدود سلطته أو يستغلها استغلالا سيئا.

وهناك من الفقهاء من اعتبر العدالة شرطا وآخرين نعتوها بأنها ليست شرطا لتولي القضاء، وإنما هي شرط الكمال، فيجوز تنفيذ أحكام الفاسق إذا لم يجاوز فيها حدود الشرع<sup>(2)</sup>.

**العلم بالأحكام الشرعية:** يشترط في القاضي أن يكون مجتهدا لا مقلدا<sup>(3)</sup>.

ولم يشترط الحنفية الاجتهاد لتولي القضاء<sup>(4)</sup> فيمكن عندهم للقاضي غير المجتهد أن يقضي بعلم غيره بالرجوع إلى فتوى غيره من العلماء، ورأيهم هذا نراه ملموسا في أرض الواقع، إذ للقاضي الاستئناس بما سبق من أحكام قررها غيره في دعاوى مماثلة وحيثيات متقاربة.

وعلى رأي الاشتراط، فكون القاضي مجتهدا في الأحوال الشخصية، يعني ذلك علمه بالأحكام الشرعية المتعلقة بما ينظر فيه، لبيان ما يحل وما يجرم من الأنكحة، وانتهائها والعدة، وغير ذلك، وكذلك يتطلب الأمر معرفة حياة الناس ومعاشهم لتقدير النفقات وغيرها، وعلى هذا علم القاضي مصدر مهم للنشاط التقديري، وتقصير القاضي فيه ينعكس على السلطة التقديرية سلبا.

**الذكورة:** جمهور الفقهاء على اشتراطه للقضاء واجب، ولا يجوز عندهم تولية المرأة القضاء<sup>(5)</sup>، وعند الحنفية يجوز أن تكون المرأة قاضية في غير الحدود والقصاص<sup>(6)</sup>، وذهب آخرون إلى أن الذكورة ليست بشرط لتولي القضاء، كونه كالإفتاء، والإفتاء لا يشترط له الذكورة وعلى هذا يجوز تولي المرأة القضاء في الأموال وغيرها<sup>(7)</sup>، منها القضاء في الأحوال الشخصية، إذا كانت المرأة مستكملة لشروط القضاء، وكان جميع أطراف الدعوى من الإناث، ويخصص لهذا النوع من الدعاوى زمن معين

(1)- السرخسي، مصدر سابق، ج16، ص109. الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص3. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص40.

(2)- عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص26.

(3)- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص40.

(4)- الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص3.

(5)- ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص39-40. ابن شرف النووي، المجموع، مصدر سابق، ج18، ص363.

(6)- الكاساني، مصدر سابق، ج7، ص4.

(7)- ابن حزم، مصدر سابق، ج9، ص429-430. ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص384.

أو محكمة خاصة للنظر فيها، وكذلك في الدعاوى التي تتعلق بالعيوب الخاصة بالنساء، لأنّ القاضي المرأة في مثل هذه الحالات يمكنها أن تتمتع بسلطة تقديرية كاملة، لاستكمالها الشروط المطلوبة في القاضي، ولانتفاء العوامل المؤثرة في شخصيتها القضائية، وفي ذلك مزيد ستر على النساء.

وإذا ثبت أن بعض النساء أقدر عن بعض الرجال على القيام بأعباء القضاء من خلال السلطة التقديرية، فيمكن الاستفادة من هذه القدرات كشخص فاضي أو مستشار لقاضي.

هذا الخلاف ما لم يعد له وجود في وقتنا الراهن لتصدي المرأة مجال القضاء حالها حال الرجل، لا خلاف فيما يتشترط فيهما المرأة كالرجل على حد سواء، تكويننا واحدا وعملا واحدا.

**سلامة الحواس:** اشترط الفقهاء في القاضي سلامة الحواس كونها منافذ العقل، ومن كانت بعض منافذه مغلقة أو معطلة، كان عرضة لنقص إداركه، الذي هو أساس التقدير في باب القضاء.

فيجب أن يكون القاضي قادرا على النطق والسمع والبصر لأنّ الأخرس لا يمكنه النطق ولا يفهم الجميع إشارته، والأصم لا يسمع قول الخصوم، والأعمى لا يعرف المدعي من المدعى عليه<sup>(1)</sup>.

**صفات أخرى:** من الصفات المستحب توافرها بشخص قاضي الأحوال الشخصية وله أثره في سلطته التقديرية، عدم الطعن في نسبه بولادة لعان أو زني، لأنّ القاضي يجب أن يكون مهاب الجانب.

ومن الصفات التي قال بها الفقهاء ويتعين توافرها أن يكون القاضي قويا من غير عنف، لينا من غير ضعف، لا يطمع القوي في باطله، ولا يبأس الضعيف من عدله، ذا فطنة وتيقظ، لا يؤتى من غفلة، ولا يجذع لغرة، عفيفا، ورعا، بصيرا...<sup>(2)</sup>، وغيرها من الصفات التي ذكرها الفقهاء واستحسنها تنفيذها الفقه القانوني، حتى يضم هذه السلطة كل ما من حقه أن تؤدي ما أنيط بها على أحسن وأكمل وجه.

### ثانيا: مباشرة القاضي للتقدير وكيفية في دعاوى الفرقة

مباشرة التقدير تعتمد أساسا فقها إسلاميا وقانونيا في دعاوى الفرقة وغيرها من الدعاوى، حتى يمكن تطبيقه عليها.

<sup>(1)</sup> - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص28.

<sup>(2)</sup> - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج9، ص21.

## 1- أساس مباشرة تقدير التعويض في دعاوى الفرقة

أتاح الفقه الإسلامي وأجاز أكثر العلماء جواز تجزؤ الاجتهاد، بمعنى أن تحصل لبعض الناس قوة الاجتهاد في بعض الأبواب<sup>(1)</sup>، فيكفي في القضاء أن يتولى الحكم في نوع من القضايا دون أخرى القضاة على وجه الاختصاص، إذ يكفي في القاضي أن يكون على علم، بما يتعلق بالباب الذي يقضي فيه ولا يشترط علمه بجميع العلوم، على مختلف الأبواب.

في حين فريق آخر من الفقهاء رأوا عدم جواز تجزؤ اجتهاد القاضي<sup>(2)</sup>، إذ على القاضي أن يكون ملما بمختلف العلوم بمحاكمة الدعاوى المعروضة عليه.

إلا أن ما عليه الجمهور هو الراجح من جواز تجزؤ الاجتهاد، لأنّ انتظار تحصيل الإلمام بمختلف العلوم وإدراك رتبة الاجتهاد المطلق يعني تأخير بيان حكم الشرع في كثير من المسائل المستجدة، أو تعطيل تطبيق حكم الشرع فيها لعدم معرفته<sup>(3)</sup>.

جواز تجزؤ الاجتهاد يسمح بتعدد الاختصاص القضائي النوعي، إذ يجوز لولي الأمر تعيين قضاة، يخصص لكل واحد النظر في نوع من الدعاوى، -الاختصاص النوعي- حاله في ذلك حال تعدد الاختصاصات في باب القضاء من اختصاص مكاني، وزماني ونوعي<sup>(4)</sup>.

هذا الاختصاص الذي أجازاه الفقه الإسلامي، أكدده القانون وفقهه، إذ يتطلب حسن سير العدالة، وتقريب القضاء من المتقاضين، تنوع درجات المحاكم في البلد الواحد من جهة، وتعدد المحاكم ذات الدرجة الواحدة من جهة أخرى، وهو ما يستدعي وجود قواعد تبين نصيب كل محكمة من المنازعات.

وتتحدد المحكمة المختصة بنظر النزاع بالمرور عبر مراحل ثلاثة<sup>(5)</sup>:

(1)- ابن عابدين، مصدر سابق، ج5، ص365. البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ج6، ص296. الشريبي، مصدر سابق، ج6، ص265. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج10، ص94. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج1، ص68. الزركشي، البحر المحيط، دار الكتب، القاهرة، (دط)، 1994، ج6، ص209.

(2)- الزركشي، المصدر نفسه، ج6، ص209.

(3)- محمود محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص120-122.

(4)- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، مصدر سابق، ج3، ص315. الدسوقي، مصدر سابق، ج4، ص134. الرملي (الشافعي الصغير)، مصدر سابق، ج8، ص243. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج10، ص135.

(5)- بوبشير محمد أمقران، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1994، ص267.

- بيان اندراج النزاع ضمن ولاية القضاء الجزائري- الاختصاص الوظيفي-.

- تحديد درجة المحكمة المختصة، -محكمة، مجلس قضائي، محكمة عليا-، وطبيعة الجهة القضائية المختصة -عادية أو استثنائية-، وبيان القسم أو الفرقة التي تنظر النزاع -الاختصاص النوعي-.

- تحديد أي محكمة من المحاكم ذات الدرجة الواحدة، تختص محليا بفصل النزاع -الاختصاص المحلي-.

والقاضي في إطار اختصاصه الذي منحه إياه الشرع والقانون يستعمل كامل سلطته التقديرية، بما في ذلك سلطة تقدير التعويض المقرر في أحوال الفرقة الزوجية.

## 2- كيفية مباشرة التقدير:

نشاط القاضي التقديري يعتمد في الأساس على القاعدة القانونية، كون كل نزاع مطروح أمام القضاء، يطلب أصحابه حسمه بتطبيق الحكم القانوني الوارد في القاعدة بشأنه، وذلك بعد التحقق من وجود الوقائع التي يدعوها، كون الحكم القضائي هو في الواقع نتيجة منطقية لقياس أو استدلال قضائي معين، مقدمته الكبرى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع، ومقدمته الصغرى الوقائع الثابتة والتكييف القانوني لها، وأخيرا النتيجة وهي محصلة تطبيق المقدمة الكبرى على المقدمة الصغرى، أي تطبيق القانون على الواقع<sup>(1)</sup>.

وهذا هو مضمون النشاط التقديري إذ يتعلق بتطبيق الأثر القانوني على النزاع المعروض، في هذا المجال يُعمل القاضي نشاطه الذهني، ونظرا لاختلاف القدرات الذهنية من قاض لآخر، كونها نتيجة فكرة وثقافته، وهو ما يؤثر على الحكم القضائي، لذا قد يختلف الحكم من قاضي لآخر بشأن القضية نفسها.

وهذا هو عمل القاضي في كل ما عرض عليه من دعاوى، ففي دعاوى الفرقة الزوجية، سواء من جانب الزوج أو من جانب الزوجة، يعتمد القاضي على المواد القانونية المتعلقة بالنزاع المعروض، سواء ما تعلق منها بالطلاق التعسفي أو بالتطليق أو الخلع...

ن يتحقق القاضي من الوقائع الماثلة أمامه، وما تكفل الخصوم بتقديمه في طلباتهم

(1) - أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 239.

ودفعوهم، وتحققه هذا يكون بإعمال خلاصة أفكاره فيما عرضه الخصوم من إثباتات، التي يعمل القاضي سلطته كذلك في تقديرها وهذا التقدير هو من صميم عمل قاضي الموضوع التقديري، طالما أنه انصب على واقع النزاع المطروح عليه<sup>(1)</sup>.

وعليه، حتى يقدر القاضي الضرر يلزم ابتداء المدعي بإثباته بكل الوسائل المشروعة قانوناً للإثبات، وهذا ما تؤكد به جل القرارات القضائية الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية منها:

«متى كان من المقرر قانوناً أن يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر، عند نشوز أحد الزوجين... ومن ثم فإنّ عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة -في قضية الحال- تلجأ إلى طلب التطلق بعد نشوزها، فإنّ ذلك يعد سبباً كافياً لاعتبار الزوج متضرراً من هذا الطلاق...»<sup>(2)</sup>.

وعليه إثبات الزوج نشوز الزوجة المطالبة بالفرقة وتقدير القضاة لإثباته حوّل مسألة التعويض من أن كانت الزوجة هي المطالبة بها إلى حق للزوج كونه المتضرر، وقد أثبت تضرره.

وفي قرار آخر: «من المقرر قانوناً أنه يحق للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعاً، ومن المقرر أيضاً أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كانا ثابتاً أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغاً فيه متعسفاً من طرف الزوج فإنّ تطلق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها... فإنّ القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر... طبقوا القانون...»<sup>(3)</sup>.

فمدار استحقاق الحقوق مع إثباتها وذلك بكل وسائل الإثبات منها على سبيل المثال الخبرة، كما هو الحال في إثبات ضرر عدم القدرة على تكوين أسرة وتربية الأبناء «أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطلق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استناداً لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج...»<sup>(4)</sup>، وغيرها من الأضرار، فلا يحق لأي طرف مطالب بالحكم لصالحه أن يترك

<sup>(1)</sup> - أحمد محمود سعد، المرجع نفسه، ص 243.

<sup>(2)</sup> - محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 90947، المؤرخ بتاريخ 27-04-1993، مجلة قضائية، 1994، ع 2، ص 71.

<sup>(3)</sup> - محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 181648 المؤرخ بتاريخ 23-12-1997، مجلة قضائية، 1997، ع 1، ص 49.

<sup>(4)</sup> - محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 87301 المؤرخ بتاريخ 22-12-1992، مجلة قضائية، 1995، ع 2،

دعواه دون إثبات، هذا الأخير كما سبق القول يخضع لمحض سلطة القاضي التقديرية، وقرارات المحكمة تؤكد هذا الأمر أيضا: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعا، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع»<sup>(1)</sup>، ومنها:

«...إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق الزوجة من ذلك ضررا بين واقتنع القضاة بضرورة التفريق...»<sup>(2)</sup>، وما مسألة الإقتناع إلا التقدير المحوّل للقضاة، والقاضي في ذلك ملزم بالاعتماد في حكمه على الأدلة الواضحة الثابتة التي تقدم إليه، ويمنع عليه افتراض وجودها كأن يعامل الخصم بما قد يكون في نيته، وإن فعل كان حكمه الذي قضى به مستندا إلى أمر غيبي وغير شرعي، والقضاء على هذا النحو يعد انتهاكا صريحا للقانون<sup>(3)</sup>.

وعلى هذا ينبغي أن ينحصر النشاط التقديري للقاضي في مجال الإثبات في التحقق من صحة الوسائل المقدمة للإثبات، وإمكان قبولها في مورد النزاع، بوزن أدلة كل طرف، كون القاضي شرعا من أهل الاجتهاد، لما سبق ذكره من شروط متولى التقدير -القاضي- وإن لم يكن كذلك، فعليه أن يقلد غيره من المجتهدين<sup>(4)</sup>، كأن يستعين بخبرات سابقه، ومن باب الاستئناس في وقتنا الحالي للقاضي الاستعانة بما سبقه إليه، زملاؤه من أحكام في دعاوى مشابهة، وبما أقرته المحكمة العليا بشأن هذه الأحكام من قرارات.

وله أن يستعين كذلك بالقرائن، كونها مجال خصب لنشاط القاضي التقديري، ولما لها من مساهمة فعالة في تكوين قناعته الشخصية أو ترجيح دليل على آخر<sup>(5)</sup>.

وللقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وفي دعاوى الفرقة على وجه الخصوص، أن يستعين في تكوين قناعته بالخبرة لإثبات الأضرار على نحو ما ذكر سابقا، وباللجوء أيضا إلى التقارير التي

ص92.

(1)- محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 222134 المؤرخ بتاريخ 18-05-1999، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص126.

(2)- محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 36414 المؤرخ بتاريخ 20-05-1985، مجلة قضائية، 1990، ع2، ص58.

(3)- محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 51906 المؤرخ بتاريخ 02-01-1989، مجلة قضائية، 1991، ع1، ص52.

(4)- محمود محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص234.

(5)- محمود محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص234.

يلزم لجان التحكيم بتهيتها عقب إنهاء عملهم الموكل إليهم -التوفيق بين الزوجين- والذي حُدّد له قانوناً أجل شهرين<sup>(1)</sup>، ويستأنس القاضي في حكمه بهذه التقارير، كونه يتم تعيين الحكّمين إذا لم يثبت الضرر، مما يساهم تقريرهما الشيء الكثير في الوقوف على أصل الضرر والحكم الصائب الذي يزيله أو يقلل من أثره، والاستعانة بالخبراء أرشدت إليها مواد منها المادة 425، كما أن الإجراءات تعيين الحكّمين ومهمتهما نصت عليها مواد متتالية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المواد من 446 إلى 449<sup>(2)</sup>.

### البند الثاني: مقدار التعويض لأنواع الفرقة

الشرع والفقهاء الإسلاميين تركا لإرادة الإنسان دورا كبيرا في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، الذي يمس مشاعر الإنسان وعواطفه، والتطبيق العملي الذي ورد خصّ بالتفصيل مقدار ما تستحقه المطلقة قبل الدخول ومقدار بدل الخلع، في حين القانون وفقهه خصّ جل أنواع الفرقة بتعويض، سواء منها ما تعلق بفعل الزوج أو بسبب عن الزوجة، وأوكل تقدير هذا التعويض إلى سلطة القاضي أو إلى الزوجين في بعض الصور على هذا النحو:

#### أولاً: تقدير تعويض فرقة بفعل الزوج:

الفرقة بفعل الزوج منها الحاصل قبل البناء بالزوجة، ومنها الواقع بعد البناء، وفي الحالتين تمّ ترتيب تعويض عنهما، هذا الأخير يتطلب تقديراً.

#### 1- تقدير تعويض فرقة ما قبل البناء:

الطلاق قبل الدخول بالزوجة يرتب ألماً نفسياً جسيماً بالمرأة، خاصة إن كان بسبب من الزوج، دون أن يكون للزوجة دخل في أسباب هذه الفرقة، لأنّه حينها ينتج إيهاماً للناس بأنّ الزوج ما طلقها إلا وقد رابه منها شيء<sup>(3)</sup>، وقد أكدّ الفقه الإسلامي أنّ مثل هذه المطلقة تعوض بطريق نصف مهرها أو بطريق امتاعها، وهذا ما عمد إلى العمل به القانون وفقهه.

<sup>(1)</sup> -تنص المادة 56 من قانون 84-11 والمعدل والمتمم بالقانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة: «إذا اشتد الخصاص بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكّمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتها في أجل شهرين».

<sup>(2)</sup> -قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>(3)</sup> -محمد رشيد رضا، مصدر سابق، ج3، ص430.

## 1-1- تقرير نصف المهر:

أوجب الشرع الإسلامي للمطلقة قبل الدخول نصف المهر المسمى لها، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾<sup>(1)</sup>.

فإن الله سبحانه وتعالى أوجب للمطلقة قبل الدخول نصف المهر المفروض، أي المقدر تقديرا صحيحا بالإتفاق، فدل ذلك على أن مصدر تقدير الواجب المستحق للمرأة قبل الدخول هو الإرادة التي سبق لها تحديد الأصل، وهو مقدار المهر الذي تستحقه المرأة والذي وجب نصفه على أساسه.

ويدخل في هذا الحكم كل أنواع فرق النكاح، كما لو كان بسبب الإيلاء أو اللعان أو وردة الزوج أو إباء الزوج اعتناق الإسلام بعد زوجته<sup>(2)</sup>.

ويستوي عند الفقهاء استحقاق المرأة نصف الصداق المسمى سواء كانت الفرقة طلاقا أم فسخا، طالما أن المرأة سمي مهرها تسمية صحيحة، حال العقد وجاءت الفرقة من قبل الزوج، حتى ولو كان بسبب عيب فيه<sup>(3)</sup>.

والمشرع الجزائري على خطى التشريع والفقهاء الإسلاميين، منح للزوجة المطلقة قبل البناء نصف المهر وذلك في معرض ذكر أحوال الصداق، بالنص عليه في المادة 16 قانون أسرة<sup>(4)</sup>، ومقدار استحقاق الزوجة له (تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول).

وكون الاتفاق على الصداق تم قبل البناء بكامل إرادة الزوجين أو ولييهما، وقد صاحب فترة قبل البناء فرقة فإنه شرعا وقانونا، ينصف الصداق شطرين يكون أحدهما من نصيب الزوجة التي فارقتها زوجها، جبرا لحاظرها.

(1) - سورة البقرة، الآية: 237.

(2) - عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 469. أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 346.

(3) - ابن عابدين، مصدر سابق، ج 2، ص 263/ ابن رشد، مصدر سابق، ج 2، ص 23/ ابن جزري، مصدر سابق، ص 202/

الشيرازي، مصدر سابق، ج 2، ص 52/ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 6، ص 714.

(4) - قانون 84-11 المؤرخ في جوان، 1984 والمعدل والمتمم بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 4 ماي 2005 والمتضمن قانون الأسرة.

وقد أردف المشرع الجزائري في المادة 17 من قانون الأسرة السالف ذكره، حالة قيام نزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة، فما تعلق بحالة قبل البناء، فالقول قول الزوجة أو ورثتها مع اليمين.

### 1-2- تقدير المتعة:

المطلقة قبل البناء إن سمي لها مهر فلها نصفه بنص الآية السابق ذكرها وإن لم يسم لها مهرا في العقد أصلا كالمفوضة، أو اتفق الزوجان على الزواج بدون مهر، أو كانت التسمية غير صحيحة وحصلت فرقة قبل الدخول بتراضي الزوجين أو بحكم القاضي، لم يحق للزوجة شيء من المهر، وإنما تجب لها المتعة على ما مرّ في مباحث الفصل السابق من هذه الدراسة.

المتعة شأنها شأن نصف المهر، إيجابها للمطلقة قبل الدخول على اختلاف وضعيتها تسمية المهر من علمها كان بنص القرآن الكريم، لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾<sup>(1)</sup>، وإيجاب المتعة للمطلقة قبل الدخول غير المسمى لها مهر، فيه إزالة للفضاضة الناتجة للزوجة بهذا الطلاق بامتاعها متاعا حسنا، يكون هذا الأخير بمنزلة الشهادة لنزاهتها، والاعتراف بأن الطلاق كان من قبله لعذر يختص به لا من قبلها، فجعل الله هذا التمتع كالمهرم لجرح القلب، لكي يتسامع الناس به<sup>(2)</sup>.

وإمتاع المرأة بهذا الشكل بدلا عن نصف المهر الذي لم يسم لها.

ومقدار المتعة لم يرد فيه نص مقدر، لهذا اجتهد الفقهاء في بيان مقدارها، وكونها بدل عن نصف المهر المسمى، فهي تتحدد بمقداره فلا تتجاوزه، ومقدارها بنص الآية أيضا منوط بحال الزوج (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) لا بحال الزوجة لأنها إن كانت موسرة أرهق الزوج بتكليفه بما لا يطيق<sup>(3)</sup>.

فأساس تقدير المتعة يخضع لمبدأين على نحو ما ذكر:

(1) -سورة البقرة، الآية: 236.

(2) -محمد رشيد رضا، مصدر سابق، ج3، ص430.

(3) -عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص472.

\*عدم مجاوزة نصف مهر المسمى.

\*الاعتداد بحال الزوج عسرا ويسرا.

واجتهاد الفقهاء اختلف بشأن تقدير المتعة الواجبة للمطلقة قبل الدخول الغير مسمى لها صداق.

- ذهب الحنفية إلى أن المتعة ثلاثة أثواب: درع وحفار وملحقة، الدرع هو ما تلبسه المرأة فوق القميص، والخمار هو ما تغطي به المرأة رأسها، والملحفة هي ما تلتحف به المرأة من رأسها إلى قدمها، وقد ربط الله المتاع بالمعروف لقوله تعالى: ﴿مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>(1)</sup>، والمتاع اسم للعروض في العرف، ولأن لإيجاب الأثواب نظيرا في الشرع وهو الكسوة التي تجب لها حال قيام النكاح والعدة، وأقل ما تكتسي به المرأة وتستتر به عند الخروج ثلاثة أثواب<sup>(2)</sup>.

- وذهب الحنابلة إلى أن أعلاها خادم وأدناها كسوة يجوز لها أن تصلي فيها، إلا أن يشاء هو أن يزيدا، أو تشاء هي أن تنقصه<sup>(3)</sup>.

- وذهب بعض الشافعية إلى أن المستحب فيها أن تكون المتعة خادما أو منفعة<sup>(4)</sup>، وحيث أن الرقيق قد انتهى زمنه، وحيث أنه يعتبر أعلى شيء في عصرهم، ومن ثم تقدر المتعة بأعلى شيء حسب كل عصر<sup>(5)</sup>.

ويجوز في كل هذا أن تقدر المتعة بالنقود، فيدفع الزوج نقودا بدل الثياب، وتجبر المرأة على قبول هذا البدل، يقول الإمام الكاساني: «ولو أعطاهما قيمة الأثواب دراهم أو دنانير تجبر على لأن الأثواب ما وجبت لعينها، بل من حيث أنها كالشاة في خمس من الإبل في باب الزكاة»<sup>(6)</sup>.

وتقدير المتعة مساير للمعروف، والمعروف هو موقوفا على عادات الناس، والعادات قد

(1) - سورة البقرة، الآية: 236.

(2) - الكاساني، مصدر سابق، ج2، ص304.

(3) - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص416.

(4) - النووي، المجموع شرح المهذب، مصدر سابق، ج18، ص74.

(5) - أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص353.

(6) - الكاساني، مصدر سابق، ج2، ص304.

تختلف وتتغير، وجب بذلك مراعاة العادات في الأزمان المختلفة<sup>(1)</sup>، والعلة في اعتبار هذا الأمر، كون تقدير المتعة لم يرد بشأنه نص من كتاب ولا سنة، لذا يرجع إلى محض سلطة التقدير للمجتهدين، الذين في اجتهادهم على غير عزلة من أعراف وعادات الناس باختلاف الأزمنة والأمكنة، فلو أخذوا برأي ما سرد من رأي الفقهاء، فإن المتعة تكون بتقديم الزوج لمطلقته ما تكتسي به، وتستتر به عند الخروج من بيتها حسب العرف والعادة في كسوة النساء حسب الزمان والمكان، ويُقدر ذلك بحال الزوج بيساره وإعساره، ويجوز دفع النقود بدلا عن الكسوة للمرأة في المتعة المستحقة لها، إذا كان دفع النقود أنفع وأصلح لها من الثياب، والأصلح يتحدد بالعادة والعرف والزمان والمكان<sup>(2)</sup>، وتمتع المرأة بما ذكر وغيره، ويقدر ما تمتع به، وكله خاضع لسلطة أهل التقدير في حينه ومكانه.

وسلطة تقدير المتعة على ما ذكر سابقا تخضع لمبدأين:

**أولهما:** عدم مجاوزة مقدار نصف المهر المسمى، وكون المطلقة التي وجبت لها المتعة بنص القرآن هي التي طلقت قبل الدخول وقبل تسمية المهر. فحتى يدرك أن مقدار المتعة لم يجاوز نصف المهر، على القاضي أن يقدر أولا مهر المثل، قبل تقديره للمتعة، **وثانيهما:** الاعتداد بحال الزوج، أي قدرته المادية.

### 1-2-1- تقدير مهر المثل:

مهر المثل هو ما يرغب به مثل الزوج في الزوجة لاعتبارات أمور عدة<sup>(3)</sup>، وهذا المهر هو مهر من يماثلها ويساويها من قرياتها في صفاتها التي تعتبر في تقدير المهر مع اعتبار بلدها الذي تعيش فيه والزمان الذي هي فيه.

من خلال ما ذكر فتقدير مهر المثل يخضع لاعتبارات ومعايير هي:

\***اعتبارات شخصية:** النظر في هذا التقدير إلى قريبات المرأة، وهن على نحو ما أدلى به جمهور الفقهاء، النساء القريبات للمرأة من جهة الأب لا من جهة الأم.

- فعند الحنفية: مهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات أعمامها، ولا يعتبر بأُمها وخالتها،

(1) - الحصص، مصدر سابق، ج1، ص433.

(2) - عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج7، ص134.

(3) - محمود محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص389.

إذا لم تكونا من قبيلتها، فإن كانت الأم من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه، فحينئذ يعتبر بمهرها بما أنهما من قوم أبيها<sup>(1)</sup>.

-وعند المالكية: يعتبر في مهر المثل مهر أخت شقيقه أو لأب لا الأم ولا العمة لأم، فلا يعتبر صداق المثل بالنسبة إليهما، لأنهما قد يكونان من قوم آخرين<sup>(2)</sup>.

-وعند الشافعية: يعتبر مهر المثل بمهر نساء العصابات<sup>(3)</sup>.

-وعند الحنابلة: اختلف الأمر عن أحمد في روايتين، إحداهما، لها مهر مثلها من نساءها من قبل أبيها.

ثانيهما، لها مهر نساءها مثل أمها وأختها، لأنهن من نساءها. إلا أن الرواية الأولى أولى<sup>(4)</sup>.

وعلى هذا يعتبر في التقدير لمهر المثل من يماثل المرأة من أقارب أبيها، أو أبيها وأمها كالأخت الشقيقة، لأن الإنسان من جنس قوم أبيه، وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه<sup>(5)</sup>، أي تُعرف بالرجوع إلى نظيره بصفته<sup>(6)</sup>.

فاعتبار العصابات من النساء لتقدير مهر المثل هو الراجح على حد قول جمهور الفقهاء، فإن لم يوجد أحد منهن فالقريبات من جهة الأم<sup>(7)</sup>، فإن لم يوجد أحد من القريبات من جهة الأب أو جهة الأم، ينظر إلى أجنبية موصوفة بذلك<sup>(8)</sup>.

كأن يكون الاعتبار بنساء بلدها، فأقرب النساء شبهها بها<sup>(9)</sup> وإن كن من نساء أقرب البلدان إليها<sup>(10)</sup>.

(1) - المرغيناني، مصدر سابق، ج2، ص470-471. ابن عابدين، مصدر سابق، ج2، ص137.

(2) - الدردير، الشرح الكبير، مصدر سابق، ج2، ص316-317.

(3) - النووي، المجموع، مصدر سابق، ج15، ص531.

(4) - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص722.

(5) - محمود محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص389.

(6) - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص64.

(7) - عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج7، ص120.

(8) - المرغيناني، مصدر سابق، ج2، ص471.

(9) - النووي، المجموع، مصدر سابق، ج15، ص531.

(10) - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص722-723.

والتقدير بالنظر إلى غيرها من النساء يقوم على مراعاة تماثل الصفات المرغوبة في الزواج، بأن تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين وبكارة ونسب وأدب، وكمال خلق وعدم ولد، وفي العلم أيضا<sup>(1)</sup>، لأن المهور تختلف باختلاف هذه الصفات.

وتقدير وجود صفات من الصفات السابقة من عدمه، أو الزيادة في مرتبة صفة من الصفات السابقة أو النقصان منوط بالقاضي حسب رأيه، مما يكون له أثر في تقدير مهر المثل، فيقدر القاضي باجتهاده المهر زائدا أو ناقصا حسب ما قدر في الصفات<sup>(2)</sup>.

### \* اعتبار المكان والزمان لتقدير مهر المثل:

مما يعتبر أيضا في تقدير مهر المثل أن تتساوى المرأتان في البلد والعصر<sup>(3)</sup>. وعلى هذا الاعتبار، لو كانت المرأة المراد مماثلة مهرها من قوم أبيها، لكن اختلفتا في المكان والزمان، فلا اعتبار حينها لمقدار مهرها، ولا يقاس عليه، لأن اختلاف المكان يتعين معه اختلاف العادات، من حيث غلاء أو رخص المهور، هذا من جهة. كما أن المهر من حيث التقدير في زمان هو على الأرجح غيره في زمان آخر، لأن قيمة النقد تختلف من وقت لآخر وما له قيمة في وقت قد لا تكون له في آخر، من جهة ثانية.

### 1-2-2- الاعتماد بحال الزوج:

اختلف في حقيقة الأمر الفقهاء على اعتبار حال الزوجين معا أو الزوجة لوحدها أو الزوج لوحده في تقدير المتعة.

\* القائلين بالرأي الأول - اعتبار حال الزوجين معا - التقدير عندهم يكون قياسا على النفقة، ودليلهم أن الله سبحانه وتعالى قال: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَىٰ الْمَقْتِرِ قَدْرَهُ﴾<sup>(4)</sup>، خص بذلك حال الرجل، وقوله تعالى: ﴿مَتَّعَابًا مَّعْرُوفٍ﴾<sup>(5)</sup>، يتأتى بذلك أن يكون التقدير مراعيًا

<sup>(1)</sup> - انظر: المرغيناني، مصدر سابق، ج2، ص471. السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص64. الخطيب الشربيني، مصدر سابق، ج4، ص385. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج6، ص722-723.

<sup>(2)</sup> - الخطيب الشربيني، مصدر سابق، ج4، ص386.

<sup>(3)</sup> - المرغيناني، مصدر سابق، ج2، ص471.

<sup>(4)</sup> - سورة البقرة، الآية: 236.

<sup>(5)</sup> - سورة البقرة، الآية: 236.

أيضا حال المرأة، فلو اعتبر حال دون حال لما كان متاعا بالمعروف<sup>(1)</sup>.

\* والقائلين بالرأي الثاني - اعتبار حال الزوجة - التقدير عندهم قياسا على المهر، ودليلهم أن المتعة بدل و عوض عن المهر، بدليل أنه لو كان هناك مهر لم تجب لها متعة، والمهر معتبر بحالها فكذلك المتعة<sup>(2)</sup>.

\* والرأي الثالث مفاده اعتبار حال الزوج عسرا أو يسرا، دليلهم قول الله سبحانه وتعالى السابق الذكر: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَبِّحِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرَهُ﴾، وهذا نص صريح واضح الدلالة على أن العبرة في تقدير متعة المرأة إنما تقدر بحال الزوج لا بحال الزوجة، كون القدرة المالية تختلف من زوج لآخر فينتج عن هذا اختلاف مقدار المتعة من زوج لآخر<sup>(3)</sup>.

تختلف بهذا باختلاف ثروة الرجل وبسطته، ولذلك لم تحدد بل تركت لاجتهاد المكلف، لأنه أعرف بثروة نفسه، وقد علم أن الله فرضها عليه وأكدها<sup>(4)</sup>. وعلى هذا الراجح اعتبار الرأي الأخير.

فمن كل هذا التقدير يقوم على أساس أن لا يجاوز نصف مهر المثل وأن يقدر بحسب حال الزوج لا الزوجة، وما النماذج التي ذكرها الفقهاء إلا مراعاة لهذه التقديرات، والتي قد يسترشد بها القاضي عند تعرضه لدعوى طلاق تتطلب تقدير متعة للمطلقة على نحو ما ذكر.

إلا أن ثمة اعتراض واجه هذا الرأي في تقدير المتعة والمبادئ التي يقوم عليها هذا التقدير - اعتبار عدم مجاوزة نصف مهر المثل واعتبار حال الزوج - مفاد هذا الاعتراض<sup>(5)</sup>:

- نص الآية الكريمة يقتضي تقديرها بحال الزوج مطلقا دون تقييده بمهر المثل أو نصفه.

- اعتبار نصف مهر المثل في تقدير المتعة بحيث لا تزيد عليه، يعني أن المتعة تعتبر بحال الزوجة وليس بحال الزوج، لأن مهر المثل يعتبر في تقديره حال الزوجة بناء على حال قريباتها على نحو ما ذكر سابقا، مع أن الآية الكريمة اعتبرت حال الزوج في تقدير المتعة.

(1) - أسامة السيد عبد السمیع، مرجع سابق، ص 355.

(2) - النووي، المجموع، مصدر سابق، ج 18، ص 74.

(3) - أسامة السيد عبد السمیع، مرجع سابق، ص 356.

(4) - محمد رشيد رضا، مصدر سابق، ج 4، ص 429 وما بعدها.

(5) - عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج 7، ص 137.

والحقيقة أن إلزام الشرع المتمتع للمطلقة قبل الدخول غير المسمى لها مهر، حتى لا يخلو نكاح  
من واجب مالي، وجعل الشرع تقديرها بحال الزوج، ولم يجعله بمهر المثل أو بنصفه، لأنها ليست  
بمهر<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا يجوز أن تكون المتمتع أكثر أو أقل من نصف مهر المثل ما دامت مقدرة بحال  
الزوج. والمتمتع إذا ما آل تقديرها إلى القاضي عند التنازع بين الزوجين، فإن طلبها من قبل الزوجة لا  
يكون إلا مبهما<sup>(2)</sup>. وللقاضي أمر تقديرها بما يراه مناسباً والحال.

والمشرع الجزائري في التقنين الأسري على مر سابقا، عند الكلام في أشكال التعويض لم  
يأت على ذكر إمتناع رأة المطلقة قبل البناء بها، غير المسمى لها صداق، وإثبات تضررها يجبر  
بالتعويض الذي لم يسمه المشرع ولا الفقه متمتع، ولم يجعل في تقديره ما نحى إليه الفقهاء بالاعتماد  
على ما يسمى بمهر المثل<sup>(3)</sup>. ولا حال الزوج، وإن كان تقدير القاضي لا يخلو من مراعاة كل  
الظروف.

## 2- تقدير تعويض فرقة ما بعد البناء:

الفقه الإسلامي حيال المرأة المطلقة بعد الدخول عرض تضارب مواقف وآراء بشأن  
تعويضها عن فعل الفرقة الذي ألحق بها ضرراً.

فالمتمتع كشكل من أشكال تعويض المطلقة، ثبت الرأي فيها للمطلقة قبل الدخول غير  
المسمى صداقها، أما خلاف ذلك بأن كانت مدخولاً بها سمي لها الصداق أم لا، اختلف الفقهاء  
بشأن أحقيتها للمتمتع من عدمها.

لا أن القانون وفقهه رتب للمطلقة بهذا الوضع تعويضاً ومنحها على اختلاف في التطبيق  
القضائي المتمتع، على نحو ما ذكر في الفصل الأول من هذه الدراسة.

## 2-1- تقدير المتمتع للمطلقة بعد البناء:

(1) - عبد الكريم زيدان، المفصل، المرجع نفسه، ج7، ص137-139.

(2) - محمود محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص392.

(3) - تطرق المشرع إلى مهر المثل في معرض حديثه عن تحديد الصداق الذي يكون في العقد، سواء كان مؤجلاً أو معجلاً، وفي  
حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل، وذلك بنص المادة 95 قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون  
09-05 المتضمن قانون الأسرة وفي معرض حديثه أيضاً عن تقدير بدل الخلع بنص المادة 54 من القانون نفسه، ص69.

الفقهاء القائلون بوجود متعة لكل مطلقة أو استحبابها لها جعلوا أمر تقدير هذه المتعة لا يختلف، وتقديرها للمطلقة قبل الدخول، إذ تعتمد مبادئ مقارنة، خاصة منها الاعتداد بحال الزوج أثناء التقدير عسرا ويسرا، ضيقا واتساعا، إلا أن الأمر بعد الدخول لا مجال لجعل عدم مجاوزة نصف المهر مقياسا لتقدير المتعة، كون هذا المبدأ يتعلق بالمطلقة قبل الدخول.

وعلى هذا فتقدير المتعة لا حدّ لقليلها أو كثيرها من هذا الوجه، فإذا ما تحاجا الزوجان بشأن تقديرها تولى القاضي بسلطته التقديرية هذا الباب كون الشرع لم يورد نصا شرعيا يحدد مقدراتها، وإنما ورد النص بعدم المغالاة فيها حتى تثقل كاهل الزوج، وعدم التقليل فيها حتى لا تعتبر شيئا له أثره في جبر خاطر الزوجة، بل تقرر بالحال والواقع بما يتناسب ووضع الزوجين أو أحدهما<sup>(1)</sup> على الاختلاف المذكور سابقا في الفقه الإسلامي والآيات في هذا توحى بذلك: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَعَّرِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ...﴾ ﴿مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾.

والمشروع الجزائري على ما مر من دراسة وبتفقد نصوص التشريع الأسري لم يورد المتعة للمطلقة كلية لا قبل الدخول بها ولا بعده، إلا أن تطبيقاته القضائية أقرتها في مواضع وترددت بشأنها في أخرى، ولعل إعمالها قضاء استعانة منه بنص المادة 222 قانون أسرة<sup>(2)</sup> الذي يحيل إلى الاحتكام بأحكام الفقه الإسلامي في كل ما لم يرد النص بشأنه.

فمن تلك القرارات والتي سبق ذكرها وأعيدها في هذا المحل لصلتها بالموضوع، التي تقضي بأن من حقوق المطلقة التعويض والمتعة كاستحقاقين مختلفين:

«للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة ونفقة إهمال ونفقة متعة وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي»<sup>(3)</sup>.

وأخرى تقضي بأن التعويض والمتعة شيء واحد، إنما هو اختلاف في الأسماء لا يتعداه «لنعة تعطى للزوجة تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن الفضاء بما

(1) - عبد العزيز عمر الخطيب، القيم المالية بين التعبد والتعويض في الشريعة الإسلامية، دار عمار، الأردن، ط1، 1420هـ-2000م، ص354.

(2) - قانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المعدل والمتمم بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 4 ماي 2005 المتضمن قانون الأسرة.

(3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 41560 المؤرخ في 07-04-1986، مجلة قضائية 1989، ع2، ص69.

يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فلا يجوز دفع باسم المتعة وآخر باسم التعويض»<sup>(1)</sup>.

## 2-2- تقدير التعويض للمطلقة بعد البناء:

الفقه الإسلامي لم يقر للزوجة المطلقة تعويضاً عن فراق زوجها لها، كونه أقدم على فعل هو حق له، ومن يأت بحق له لا يطالب بترميم الضرر الذي يترتب فعله كون الجواز الشرعي ينافي الضمان، إلا إذا تعسف في حقه حال الاستعمال، واكتفى الفقهاء بالمتعة التي نص عليها القرآن الكريم للمرأة المطلقة.

في حين القانون وفقهه أقر التعويض للمطلقة على أساس التعسف، لا على أساس المسؤولية التقصيرية، واعتبار الأساس الأول كون الفعل مشروع على ما ذكر سابقاً ولا اعتماد على الأساس الثاني لأنه قوامه الفعل غير المشروع، والطلاق ليس كذلك، وهذا ما أكدته التطبيق القضائي، إذ أقر قرار للمحكمة العليا مبدأ أساسياً مفاده أن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق<sup>(2)</sup>.

وكون الطلاق شأنه شأن سائر الحقوق فإنه يخضع لإشراف القضاء، فمتى تبين للقاضي أن استعماله لغرض غير مشروع، أو بدون سبب معقول قضى بالتعويض طبقاً لأحكام قانون الأسرة والقانون المدني<sup>(3)</sup>.

وتقدير التعويض عن هذا النوع من الطلاق لم يحدد له حد أقصى ولا حد أدنى، والمشرع فعل الصواب بعدم تقييده للتعويض، وترك المسؤولية كاملة غير منقوصة على عاتق القاضي، الذي له بكامل سلطته التقديرية الحكم بالتعويض الذي يراه كفيلاً بدفع الفقر والحرمان عن الزوجة المطلقة بنسبة التعسف ودرجته والحالة المالية للزوج<sup>(4)</sup>. ويتأتى له ذلك بدراسة ملائمة الدعوى المعروضة أمامه، من الظروف الملحثة للطلاق ومعرفة أحوال الزوجين.

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 35912 المؤرخ في 18-04-1985، مجلة قضائية 1989، ع1، ص89.

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 235367 المؤرخ في 22-02-2000، مجلة قضائية، 2001، ع1، ص275.

(3) - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج1، ص237-238.

(4) - العربي بلحاج، المرجع نفسه، ج1، ص238-242.

يظهر من هذا أن على القاضي لإعمال تقديره الاستناد إلى أمرين:

- تقدير الضرر.

- مراعاة الحالة المالية للزوج.

وقد يراعي القاضي في تقديره سنوات العشرة الزوجية التي قضياها معا، وهي معطيات يستند لها القاضي في تقديره للتعويض.

والأمر الأول الذي يستند إليه قاضي الأحوال الشخصية في دعاوى الطلاق لتقدير تعويض -تقدير الضرر- هو بدوره يتطلب شرطان، أي أن تقدير الضرر يتعين معه:

-اقتناع القاضي وتبينه لوجود تعسف في الطلاق.

-أن يلحق الزوجة ضرر جراء هذا التعسف.

وعلى هذا تقدير التعويض المناسب متروك للسلطة التقديرية للقاضي، يتحدد بنسبة التعسف ومقدار الضرر الذي رتبته هذا التعسف، هذا من جهة. ومراعاة حال الزوج من جهة ثانية.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى ما سبق التفصيل فيه في مباحث سابقة إلى أن المشرع أخذ في تطبيقاته القضائية بنوعين من التعويض عن طلاق تعسفي، المتعة -على حد اصطلاح الشرع الإسلامي- والتعويض -على حد اصطلاح القانون-، وقد يكون ترتيبه للمتعة عملا بأحكام الشرع الإسلامي في أحقية المطلقة لها على اختلاف بين المذا ب في وجوبها أو استحبابها للمطلقة بعد الدخول، وترتيب للتعويض عملا بأحكام قانون الأسرة، الذي يلزم دفع الزوج المطلق تعويضا لزوجته المطلقة جراء تعسفه في الطلاق.

هذا الحكم أي المتعة والتعويض، كأثرين للطلاق التعسفي لم تثبت أحكام القضاء بشأنه، ففي أحيان يحكم بالمتعة منفردة، وفي أخرى يحكم بالتعويض منفردا، وفي أخرى يحكم بهما معا.

إلا أنه يتعين على القاضي تحديد المبالغ التي أقرها للتعويض في نحو القرار القاضي «إن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون

بذكر أسباب تحديدها»<sup>(1)</sup>.

وعليه، حتى وإن كان تقدير التعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي إلا أنه ملزم بذكر أسباب تحديده، وإلا تعرض للطعن في حكمه، على ما سيأتي الكلام مفصلاً حوله في مبحث لاحق.

كما تجدر الإشارة في الأخير إلى رأي فقهي مفاده أن البعض يرى بأن مسألة التعويضات يمكن أن يحكم بها القاضي في حال الطلاق التعسفي قد لا تغطي شيئاً بالنسبة لوضع الزوجة الاجتماعي، إذ يتعين تحديد مدة معينة كافية للزوجة يتحمل الزوج المسؤولية اتجاهها بسبب تعسفه، ويقضى لها بتعويض يغطي نفقة سنتين على الأقل، ولو دفعت بالتقسيط حسب حال الزوج، هذه المدة التي تعطى للزوجة فرصة للخروج من وضعيتها<sup>(2)</sup>، إلا أنّ أمر تقدير القاضي للتعويض الذي يتعين عليه بحثه أثناء مُدارسة أمر التعسف، يجب ألا يكون قيداً على الطلاق الذي شرعه الله، إذا قامت مبرراته، وأن لا يغلو في تقديره، مما يجعله سيفاً على رقاب الرجال الذين ضاقت بهم سبل الحياة الزوجية<sup>(3)</sup>، واندثرت فيها المعاشرة بالمعروف وحل محلها الشقاق والنزاع.

لذا على المحكمة كهيئة قضائية أن تتحقق من ادعاءات الزوج أولاً بوجود أسباب الطلاق قبل أن تعتبر أن الطلاق هو طلاق تعسفي، كما يجب عليها ثانياً أن تتحقق من مقدار يسار الزوج قبل تقدير التعويض<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 75029 المؤرخ في 18-06-1991، مجلة قضائية، 1994، ع2، ص65.

<sup>(2)</sup> - وذلك تأسيساً بفعل المشرع المصري والسوري، إذ ذهب الأول -المصري- ل أن (الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها، دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً، وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط) المادة 18 مكرر من القانون رقم 100 لسنة 1985.

وذهب الثاني -السوري- في المادة 117 حسب تعديل رقم 34 المؤرخ في 31-12-1975 على أنه (إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسفا في طلاقها دون ما سبب معقول، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال).

نقلاً عن الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص187-188.

<sup>(3)</sup> - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص111.

<sup>(4)</sup> - قرار صادر عن محكمة استئناف، عمان، الأردن، في القضية الشرعية، رقم 815-26048، وذلك بتاريخ 1985/10/01. نقلاً عن: المجلة العربية للفقهاء والقضاء، الرباط، المملكة المغربية، ص101.

### ثانيا: تقدير تعويض فرقة بسبب من الزوجة

الفرقة بسبب من الزوجة تقع بطريق الخلع أو بطريق التفريق القضائي -التطليق- وكلا الطريقين رُتبا تعويضا عنهما، مما يتطلب تقديرا.

#### 1-تقدير بدل الخلع:

الضرر المترتب عن فرقة زوجية ليس مصدره دائما الفرقة الواقعة من قبل الزوج، فقد يتضرر الآخر إن كانت زوجته هي المطالبة بهذه الفرقة، وما يجبر به هذا الضرر هو بدل الخلع الذي تقدمه الزوجة لفاء نفسها.

هذا البديل الذي يتحقق بشروط، ومقداره الذي يقدر لتمام الفرقة، اختلف بشأنه الفقه الإسلامي، وحدد له الفقه القانوني طرقا لبلوغه الوجه المفضل والأمثل، وتقدير بدل الخلع على مستوى الفقهاء تنوعت ضربه، ويمكن إحاطتها بطريقتين:

#### 1-1-حالة الاتفاق على مقدار بدل الخلع:

يقدر بدل الخلع بما اتفق عليه الزوجان في عقد المخالعة دون اعتبار لما قدمه لها الزوج من صداق أو غيره، وهذا قول الجمهور.

فعند المالكية يجوز أن تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها، إذا كان النشوز من قبلها، ويمثله وبأقل منه<sup>(1)</sup>.

وعند الشافعية يصح، عوض الخلع قليلا أو كثيرا دينا أو عينا أو منفعة<sup>(2)</sup>، أي أنه يصح بالقليل والكثير وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾<sup>(3)</sup>، وهذا عموم يشمل ما افتدت به، سواء كان قليلا أو كثيرا، وسواء كان مقداره بقدر ما أعطاها الزوج أو أكثر منه أو أقل<sup>(4)</sup>.

(1) - ابن رشد، مصدر سابق، ج2، ص56. ابن جزري، مصدر سابق، ص232.

(2) - الشريبي، مصدر سابق، ج3، ص265. النووي، المجموع، مصدر سابق، ج16، ص8.

(3) - سورة البقرة، الآية: 229.

(4) - القرطبي، مصدر سابق، ج3، ص141 بكر جابر الجزائري، نهر الخير على أسرار التفاسير، مصدر سابق، مج1، ص214.

وهذا عثمان بن عفان رضي الله عنه أجاز مخالعة المرأة ببدل شمل ما دون عقاص رأسها<sup>(1)</sup>.

وحمل جمهور الفقهاء النهي عن الزيادة أنه خلاف الأولى، يقول الإمام مالك: «لم أزل أسمع أن الفدية تجوز بالصداق وبأكثر منه»<sup>(2)</sup>. وقال أيضا: «لم أر أحدا ممن يقتدى به يمنع ذلك، ولكنه ليس من مكارم الأخلاق»<sup>(3)</sup>.

وهذا مسلك المشرع الجزائري في تقدير بدل الخلع إذ نصت المادة 54 من قانون الأسرة<sup>(4)</sup>، «... إذا لم يتفقا الزوجان على المقابل للخلع...».

فالحالة التي صرح بها المشرع لتقدير بدل الخلع ابتداء، هي حالة اتفاق الزوجان على مقدار البدل، ومسألة الاتفاق تتحقق ولو زاد المقدار عن المهر أو نقص، لأنه لا شيء يردع اتفاقهما.

## 1-2- حالة ألا يزيد المقدار عما أعطي للزوجة:

ذهب بعض الفقهاء إلى أن مقدار الخلع يقدر بما أعطى الزوج زوجته لا يزيد عليه، فإن زاد ردَّ إليها، إذ لا يستحب للزوج أن يأخذ أكثر مما أعطاه<sup>(5)</sup>، وهو فحوى قول الإمام مالك السابق ذكره هذا من وجه.

لا أن هذا القول يدل من وجه آخر على صحة الخلع بأكثر من مقدار الصداق وأتخما إذا تراضيا على الخلع بشيء صح، وهذا قول أكثر أهل العلم<sup>(6)</sup>.

القول السابق هو رأي أيضا فقهاء الحنفية مفاده أن الزوج لا يحل له أخذ شيء من زوجته إن كان هو المتسبب في دفع المرأة للمخالعة منه، في حين إن كانت هي المتسببة لنشوزها وعدم إيفاء زوجها حقوقه، يجوز للزوج أن يأخذ منها بقدر ما أعطاه لا أكثر، فإن أخذ الزيادة جاز في

(1) - البخاري، مصدر سابق، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ج5، ص2021.

(2) - ابن حجر العسقلاني، مصدر سابق، ج9، ص402.

(3) - ابن حجر العسقلاني، المصدر نفسه، ج9، ص397.

(4) - قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984، المعدل والمتمم بموجب القانون 09/05 المؤرخ في 4 ماي 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

(5) - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج7، ص52-53.

(6) - ابن قدامة، المصدر نفسه، ج7، ص52.

القضاء، وإن كان النشوز منه مع كره ذلك<sup>(1)</sup>.

ودليلهم حديث ثابت بن قيس إذ كره له أخذ أكثر مما أعطاه لقول النبي ﷺ: «أما الزيادة فلا»<sup>(2)</sup>.

وهذا ما رجحه العلماء المحدثون، إذ الراجح أن العوض في الخلع يجب ألا يتجاوز ما أعطاه الزوج لها من مهر، فيكون بيعضه لا كله ولا أكثر منه، وما لا يجوز ديانة لا يجوز قضاء، لأنه ينبغي أن يكون ما هو محظور في الديانة محظور أيضا في أحكام القضاء، لأن الشأن في القضاء الإسلامي أن يطبق أحكام الديانة، فيقرر ما هو حلال ويحكم به، ويبطل ما هو حرام ولا يحكم به، وفي كل الأحوال ينبغي إخضاع ما يحل وما لا يحل من العوض في الخلع إلى حكم القاضي في ضوء ما يثبت أمامه من الوقائع، فهو يحكم بالظاهر حسب دلائل الإثبات التي تسنده، ولا يحكم بموجب الباطن الذي لا دليل عليه<sup>(3)</sup>.

وإسناد تقدير بدل الخلع في التشريع الجزائري للقاضي يكون في حالة ما إذا لم يتفق الزوجان على مقدار البدل، حينها يُعمل القاضي الصلاحية الممنوحة له، وهي سلطته التقديرية، التي تكون محكمة بشرطين حسب نص المادة 54<sup>(4)</sup>.

\* أن لا يجاوز المقدار صدق المثل.

\* أن يقدر صدق المثل بوقت صدور الحكم.

يظهر من هذا أن عمل القاضي التقديري يتعلق بعنصرين:

- تقدير صدق المثل، والقانون لم يتطرق إلى كيفية تقديره، إلا أنه استنادا إلى نص المادة 222 من التشريع الأسري السابق ذكره، يمكن اللجوء في مثل هذه الحالات إلى الفقه الإسلامي وكيفية معالجته لمثل هذه الأوضاع، فيقدر مهر المثل على نحو ما قدره الفقهاء وما اشترطوا له من عناصر شخصية وزمانية ومكانية على نحو ما ذكر في تقدير المتعة للمطلقة قبل البناء غير المسمى صداقها، إلا أن المشرع لم يغفل عنصر الزمن وهو المحدد بوقت صدور الحكم.

(1) - المرغيناني، مصدر سابق، ج3، ص203-204.

(2) - سبق تخريجه، ص104.

(3) - عبد الكريم زيدان، المفصل، مرجع سابق، ج8، ص139-194.

(4) - قانون رقم 84-11 المعدل والمتمم بموجب القانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة.

- فالعنصر الثاني الذي تطرقت له المادة 54 وهو مراعاة زمن صدور الحكم، له فائدته العملية، وذلك لاختلاف قيمة النقد من وقت لآخر وقيمة الأشياء أيضا.

فحتى لا يتضرر أحد من هذا التقدير روعي وقت الزمن بوقت صدور الحكم، حتى يكون ما قُدّر من مبلغ ملائم للحاجة الأنبية، وعليه فوجود هذه الصفات من عدمها، وتقديم مرتبة صفة عن أخرى أو الزيادة في مرتبة أو الانقاص منها، كله منوط برأي القاضي. فمهمة التقدير على هذا يختص بها القاضي قبل الحكم بالطلاق<sup>(1)</sup>.

وما قيل عن عدم المغالاة في تقدير التعويض من طلاق تعسفي، يقال أيضا عن تقدير بدل الخلع، إذ يجب عدم المغالاة فيه، مما لا يمكن الزوجة حال رفعه إلى تقديرات تعجز معه عن دفعه وتسديده، مما لا يمكنها من التخلص من قيود زوجية صارت خانقة لها، ويكون حينها التقدير هو المعطل والمثبط لحكم الشرع من فرض الخلع، كحل للزوجة للخلاص من حياة صارت لا تطيقها ولا تحتملها.

## 2- تقدير تعويض التطلق:

طلب الزوجة التطلق نتيجة تضررها أقرته الشريعة والقانون، فتمنح كل زوجة متضررة حق اللجوء إلى القضاء لطلب الفرقة، لكن ما اختلف عليه التشريعان هو مسألة جبر الضرر، إذ تشريعا وفقها إسلاميين لا تعويض للمرأة الراغبة في فراق زوجها ومن باب أولى القول لا متعة لها وهذا في التشريعين.

في حين التشريع والفقهاء القانونيين أقر التعويض لأجل التطلق على اختلاف في زمن الإقرار به، إذ سبق الاجتهاد القضائي الإقرار التشريعي للتعويض على ما سبق التفصيل فيه في مباحث سابقة في الفصل الأول من هذه الدراسة.

إذ أقر التشريع<sup>(2)</sup> مؤخرا التعويض عن التطلق بناء على الضرر الذي يلحق بالزوجة ويضطرها لطلب الفرقة.

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 36709 المؤرخ في 22-04-1985، مجلة قضائية، 1989، ع1، ص92.

(2) - المادة 53 مكرر من قانون 84-11 المعدل والمتمم بموجب القانون 05-09 تقضي بأنه (يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلق أن يحك للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها).

وعلى هذا تعويض الزوجة الراغبة في فرقة زوجها، لم يستقر القانون والقضاء بشأنه، إلا بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 4 ماي 2005 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، الذي أقر اجتهادات سابقة للمحكمة العليا بشأن تعويض الزوجة الراغبة في فرقة عن زوجها متى ثبت تضررها.

وعلى هذا يقدر القاضي التعويض بناء على عنصر الضرر كما فعل عند تقديره لتعويض فرقة بفعل الزوج، إضافة إلى الاستعانة بالظروف المحيطة بالشخص ومكانه وزمانه.

### المبحث الثاني: أثر الحكم بتقدير التعويض في دعاوى الفرقة

الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى المعروضة أمام الجهات القضائية، ومنها دعاوى الفرقة الزوجية تخضع لرقابة تعرف بالطعن، هذا الأخير الذي تتعرض له أحكام الفرقة من جهة، والتقديرات المصاحبة لها -منها تقدير التعويض-، وللوقوف على الطعن في هذا النوع من الدعاوى، ارتأيت التمهيد له بالأثر المترتب عن الحكم في التنظيم القضائي بصفة عامة في مطلب أول، فالتفصيل فيما تعلق بذات الأثر المترتب عن حكم التقدير للتعويض في دعاوى الفرقة بصفة خاصة في مطلب ثان.

## المطلب الأول: الأثر المترتب عن الحكم في التنظيم القضائي

جل الدعاوى المعروضة على سلك القضاء تقبل الطعن في الأحكام الصادرة بحقها أمام ت القضائية على اختلاف درجاتها، وهذا ما مهدت له بفرع أول للحديث عن الطعن في الأحكام بصورة عامة، ولما كان موضوع الدراسة يتعلق بالتعويض آثرت الحديث في فرع ثان عن الطعن في أحكام دعوى المسؤولية.

### الفرع الأول: الطعن في الأحكام القضائية

الطعن في الأحكام من ضرورات صحة العمل القضائي، فالقاضي بشر يمكن أن يقع في الخطأ سواء في تحديد الوقائع والإثباتات المصاحبة لها، أو حتى في فهم وتطبيق التشريع -إسلامي أو قانوني-.

فبمجرد الحديث عن مسألة الطعن في الأحكام، معناه ثمة عدم رضا بالحكم الذي أصدره القاضي وثمة اعتراض عليه من المدعى عليه أو غيره، مفاد هذا الاعتراض طلب إعادة النظر في القضية المحكوم فيها والحكم فيها من جديد.

هذا يدفع بنا إلى معرفة مشروعية الطعن، والقواعد المتبعة لإجرائه، إجراء صحيحا، وطرقه الشرعية والقانونية المسموح بإتيانها.

### البند الأول: مشروعية الطعن وقواعده

الطعن مشروع فقها إسلاميا وقانونا وله قواعد يحتكم إليها ليكون على أمثل السبل:

#### أولا: مشروعية الطعن في الأحكام

الأصل في الحكم الذي يصدره القاضي أنه قاطع للنزاع وملزم لطرفيه، فلا يعترض عليه، إلا أن الفقه الإسلامي والقانوني أقر جواز الطعن في الأحكام، لاحتمال خطأ القاضي.

وهذا الإقرار جاء على لسان رسول الله ﷺ: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار»<sup>(1)</sup>، وفي الحديث دلالة على احتمال الخطأ

<sup>(1)</sup> - سبق تخريجه، ص 216.

في تقدير الأدلة الذي مآله الخطأ في الحكم، مما يستوجب نقضه والطعن فيه.

وتأكيد آخر من الرسول الكريم ﷺ من أن المجتهد، ومن أصناف المجتهدين القضاة، قد يخطئون في اجتهادهم ولكل ثواب: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر»<sup>(1)</sup>، وما الحاكم إلا الشخص الذي يحكم بين الناس. وقد لا يخطئ القاضي في حكمه، إنما الاعتراض يكون أساسه عدم الرضا بالحكم في حد ذاته.

وبرر القائلون بأن حكم القاضي لا يعترض عليه، كون القاضي بإمكانه ولو تماثلت الدعاوى أن يحكم في كل واحدة بما يرى فيها عين الصواب، دون أن ينقض الحكم اللاحق الحكم الفائق، لأن كل واحد من الأحكام بُني على اقتناع -اجتهاد صحيح- وإنما كان ذلك الاستقرار الأحكام وضبطها، ولاستقرار الحقوق بين الناس وإلا لأذى النقص دائما من غير ضابط إلى أن ينقض القاضي حكم نفسه وينقض الثاني حكم الأول والثالث حكم الثاني وفي هذا ما فيه من ضرر كبير لعدم استقرار الحقوق بين الناس ولاختلاف مداركهم من شخص إلى شخص ومن حال إلى حال.

فاحتاج النقص حتى يحقق الغرض منه إلى ضابط محدد، يمكن بمقتضاه إرجاع الحق إلى أهله، حتى لا يكون عدم النقص في حد ذاته وسيلة إلى ضياع الحقوق من أصحابها<sup>(2)</sup>.

وأجازت القوانين الوضعية الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، باعتبار مصدرها وهو شخص القاضي، كونه بشر كغيره يمكن أن يقع في الخطأ سواء في تحديد الوقائع أو في فهم وتطبيق القانون، وقد أجازت كل النظم القانونية المعاصرة التظلم ضد الأحكام سواء إلى المحكمة التي أصررّها أو إلى المحكمة الأعلى درجة منها<sup>(3)</sup>، لذلك تقرر مبدأ التقاضي على درجتين، فيسمح للمحكوم عليه بطلب إعادة النظر في الحكم الصادر مرة واحدة فحسب، وذلك تفاديا لتأييد المنازعات، حتى تستقر الحقوق لأصحابها<sup>(4)</sup>.

هذا الطعن للأحكام الصادرة عن الجهات القضائية لا يتم عشوائيا وإنما تحكمه قواعد حتى

(1) - سبق تخريجه، ص 217.

(2) - نصر فريد محمد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، مصر، دط، دت، ص 259.

(3) - بوشير محمد أمقران، مرجع سابق، ص 38.

(4) - بوشير محمد أمقران، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

يكون سليما غير منتقد هو في حد ذاته.

### ثانيا: قواعد الطعن في الأحكام

ثمة مبادئ للطعن في الأحكام يستند إليها الفقه الإسلامي وأخرى الفقه القانوني، حتى يكون للطعن أساس، لا ينتقد كلما مورس على أرض الواقع.

#### 1- مبادئ في الفقه الإسلامي:

يقوم الطعن في الأحكام القضائية على قواعد أساسية رعاها الفقه الإسلامي حتى يكون الطعن المرخص به ذا فاعلية ووفق المقرر فقها إسلاميا من ذلك<sup>(1)</sup>.

- حكم القاضي المقبول بناء على اجتهاده، ليس له الطعن فيه باجتهاد آخر جديد في المسألة التي حكم فيها، كما لا يستساغ هذا الأمر من قاض آخر، وبناء على هذا إذا نقض حكم القاضي الأول قاض ثان وكان حكم الأول اجتهاديا، كان على القاضي الثالث إذا رفع إليه الأمر أن يبطل هذا النقض، ويرد القضية إلى حكمها الأول. وفي هذا يقول القرابي: «مما يُنقَضُ نَقْضُ مَا لَا يُنْقَضُ»<sup>(2)</sup>.

وصيانة الأحكام الاجتهادية من الطعن يرمي إلى استقرار الأحكام ودعم ثقة الناس ضاة، وإنهاء الخصومات، وقطع الطريق على حكام السوء الذين يتذرعون بالاجتهاد لنقض أحكامهم أو لنقض أحكام غيرهم وهم في الحقيقة يريدون محاباة من يكون النقض لمصلحتهم.

- الأحكام السابقة لا تقيّد ولا تلزم القاضي، إذ بإمكان القاضي في قضية مماثلة لما حكم فيه أن يقضي بحكم آخر، ولا يجوز أن ينقض حكمه الجديد بحجة حكمه القديم، ولا يجوز لغيره من القضاة نقض حكمه القديم بحجة اجتهاده الجديد ولا حكمه الجديد بحجة مخالفته لحكمه القديم، وهذا مفاده أن السوابق القضائية لا تقيّد القاضي.

- ينقض الحكم المخالف للنص أو الإجماع أو القياس الجلي السالم عن المعارضة أو مخالفته لقاعدة من القواعد العامة الشرعية السالمة عن المعارضة<sup>(3)</sup>.

(1) - ابن فرجون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ص 70-75. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء، مرجع سابق، ص 226-231.

(2) - القرابي، الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 43.

(3) - القرابي، الفروق، مصدر سابق، ج 4، ص 40.

- ينقض الحكم إذا قضى القاضي لنفسه، لما في حكمه حينها من ريبة، والحال ذاته إن حكم لولده، وذلك حتى لا يقع مظنة الشكوك.

- مدقق في الأحكام إن كانت قليلة أو لم يشاور بشأنها فينفذ الصحيح منها وينقض ما كان خطأً بيناً.

- إذا كان الحكم المنقوض صحيحاً فإن الحكم الناقض ينقض ويبرم الحكم المنقوض، وهذا في مضمون القاعدة الأولى.

والقضاة في كل هذا بشر وليسوا معصومين، فقد يتجلى الحق من الواقعة المعروضة في مجلس القضاء، فيجتهد القاضي بما يراه في إصدار الحكم، ولكنه قد يخطئ في الاجتهاد، أو قد يشتهه عليه الأمر، أو تخونه الذاكرة في دليل، أو يغفل عن حجة، وقد تعتره شبهة، ونتيجة لذلك فحكمه يحتمل الخطأ والصواب، والصحة والفساد، والحق والباطل<sup>(1)</sup> لذا رخص بالظعن.

## 2- مبادئ في الفقه القانوني:

وكون الظعن في الأحكام وسيلة تقوم على تحقيق العدالة واستقرار الحقوق، وكون مصدرها إنسان يفترض معه الصواب كما يفترض معه الخطأ، فإن مقتضيات العدالة كما افترضها الفقه الإسلامي في الأحكام القضائية توجب الترخيص لمن يصدر الحكم ضده، ويراه غير مكتمل المطلوب أن يظعن فيه، الأمر سيان في القانون الوضعي وفقهه، فإن ظهر لمن حكم عليه أن الحكم شابه عيب من عيوب الشكل أو المضمون، له بكامل شرعية القانون عرض نزاعه من جديد على درجة أعلى من الدرجة التي أصدرت الحكم، علّه يجد عندها ما يبتغيه، إلا أن الغاية من الأحكام هي استقرار الحقوق والمعاملات، فضلاً عن وجوب احترام الحكم الصادر في حد ذاته وهذا يتطلب قواعد تضبط مسار الظعن حتى لا يظل الباب مفتوحاً كلما لم يرض طرف بالحكم لجأ إليه، فجعلت قواعد تحكم الرغبة المتواصلة للمحكوم ضد هدف استقرار الوضع عند حد معين يرضى به الأطراف، ويجعله غير قابل لإعادة عرضه من جديد على درجات التقاضي من بين تلك القواعد في الفقه القانوني<sup>(2)</sup>، والتي تعد ضوابط تحكم مسألة الظعن:

(1) - محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 481.

(2) - حسن البغال، مرجع سابق، مج 2، ص 203-210. مصطفى مجدي هرجة، الموسوعة القضائية في المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، (دط)، (دس)، ج 2، ص 7.

- أن يكون الطاعن طرفا في الخصومة التي صدر فيها الحكم المراد الطعن فيه، فلا يكون لغير من كان طرفا في الخصومة صفة في الطعن بالطرق المتاحة قانونا، ولو كان الحكم قد أضر به، كذلك لا يكون له هذا الحق إذا كان طرفا فيها ولكنه أخرج منها قبل صدور الحكم فيها، أو أن يكون قد نازل المدعي عن مخاصمته وحكمت المحكمة بهذا النزاع، أي إثباته ونحو هذا.

وحينها لا يهم إن كان هذا الطرف أصليا أم مت دخلا أو مدخلا في الخصومة، وكما يجوز الطعن من الخصم يجوز من خلفه العام أو الخاص.

ويشترط في هذا الطاعن أن يكون قد حكم عليه بشيء لخصمه، أو أن يكون قد رفض له بعض طلباته.

- ألا يكون الطاعن قد قبل الحكم المطعون فيه صراحة أو ضمنا: ويستفاد هذا القبول من تنازله عن طرق الطعن الجائزة، وهي كل فعل أو عمل قانوني يناهي الرغبة في رفع الطعن، ويشعر بالرضا، وتقدير ذلك راجع إلى قاضي الموضوع وحده.

- كما لا يجوز الطعن إلا من المحكوم ضده الذي أضره الحكم الصادر، وهو من حكم عليه بشيء مما أقيم الطعن من أجله، أو لم يحكم له بكل أو بعض طلباته، والعبارة بما أبداه من طلبات أمام محكمة أول درجة.

فإن لم تكن للخصم طلبات أمام القضاء، وهو ما قد يحدث للمدعى عليه، فإنه يعتبر خاسرا إذا قبلت طلبات خصمه كليا أو جزئيا.

وخسارته تسمح له بسلوك الطعن بالطريق العادي، أما بالنسبة لطرق الطعن غير العادي، فلا تكفي الخسارة وإنما يجب أن تتوافق مع أحد الأسباب التي نص عليها القانون.

- ويتعين أن يكون الطاعن المحكوم ضده أو الذي لم يقض له بكل طلباته أن يكون قد نازع خصمه في طلباته أو نازعه الأخير في طلباته هو.

هذا فيما تعلق بالأطراف المناشدة الطعن، أما ما تعلق بالأحكام:

- لا يجوز كقاعدة عامة الطعن في الأحكام غير المنهية للخصومة كلها من جهة.

ويكون الطعن بالنقض إلا في الأحكام الاستثنائية المبنية على مخالفة القانون أو الخطأ في

تطبيقه أو في تأويله أو وقوع بطلان في الحكم أو في الإجراءات<sup>(1)</sup>.

والأصل إعمال كل القواعد والمبادئ، حتى يتسنى طعنا محققا لشروطه ومنتجا لآثاره، منها الوارد ذكرها في الفقه الإسلامي أو القانوني، لأنه كل متكامل، صالح في مجمله للأخذ به.

### البند الثاني: مستلزمات الطعن وطرقه

إن طرق الطعن ليست بالنوع الفرد على مستوى ما قرره الفقهاء الإسلامي والقانوني.

والواقع أن ما قرره القوانين الوضعية بهذا الشأن له أساسه في الفقه الإسلامي، وهي المعروفة بأحكامها وأهدافها وليس بمسمياتها، وما جدّ الآن من تنظيم هذه الطرق، وتحديد مواعيد الطعن ما تتسع له السياسة الشرعية التي تبني أحكامها على المصلحة التي لا تخالف نصا أو إجماعا<sup>(2)</sup>.

ووجود طرق للطعن على المستوى القضائي ينم على وجود تنوع في القضاة من جهة وتنوع في الجهات القضائية من جهة ثانية.

### أولا: إلزامية الطعن تنوع القضاة والجهات القضائية

يجوز لولي الأمر أن يعين قاضيا أو أكثر يكون له أو لهم وحدهم دون غيرهم حق النظر في الأحكام التي يصدرها القضاة، فيلحقون بما النقض أو الإقرار، فيطلونها أو يقومونها إن استحققت ذلك، وقد شابها ما يعيب صحتها، ويقرونها إن وافقت الشرع والقانون وأقرها المتحاكمون.

كما يجوز له أن يختار تنظيما آخر فيعين قاضيا أو أكثر للنظر في الدعاوى بدرجة أولى، قضاة آخرين ينظرون في الأحكام التي صدرت بدرجة أولى فيفسخونها إن كانت مستحقة للفسخ، ويؤيدونها ويمضونها إن كانت مستحقة للإمضاء، وفي حالة الفسخ يصدرن أحكاما جديدة محلها، ثم هذه الأحكام الجديدة والتي أبرموها ترفع إلى الجهة المختصة بنقض وإبرام الأحكام فتتنقض المخالف للنص المستحق للنقض وتبرم الصحيح<sup>(3)</sup>.

ومسألة تنوع القضاة عمل بما القانون الوضعي، إذ خص التنظيم القضائي كل هيئة قضائية

(1) - محمد المنجي، مرجع سابق، ص 385-386.

(2) - محمد واصل، مرجع سابق، ص 259-260.

(3) - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء، مرجع سابق، ص 236-237.

بقضاة خاصين، منهم من يتولى القضاء بالمحكمة وهم على الترتيب الآتي (رئيس المحكمة، نائب رئيس المحكمة، قضاة الحكم، قضاة التحقيق)، ومنهم من يتولى القضاء بالمجلس القضائي وهم على الترتيب (رئيس المجلس، نائب رئيس المجلس، رؤساء الغرف، مستشارون)، وآخرون يتولون القضاء على مستوى المحكمة العليا وهم على هذا الترتيب (رئيس أول، نائب رئيس، رؤساء غرف، قسام، مستشارون) وهم قضاة الحكم ويصطلح عليهم القضاة الجالسون لأنهم يؤدون أعمالهم وهم جالسون<sup>(1)</sup>.

وتسمية مستشارين تسمية معينة من الناحية اللغوية، لأنه ليس لهؤلاء القضاة أي دور استشاري.<sup>(2)</sup>

هؤلاء القضاة الذين يتمتعون بقانون أساسي خاص، نظرا لخصوصية وطبيعة مهنة القضاء، ويخضعون في تعيينهم، ترسيمهم، ترقيةهم، تسير مساهم المهني، انضباطهم وتأديبهم إلى هيئة دستورية يرأسها رئيس الجمهورية ألا وهي المجلس الأعلى للقضاء<sup>(3)</sup>، وينوب عنه وزير العدل حافظ الأختام، ما عدا في حالة انعقادها كهيئة تأديبية أين يرأسها الرئيس الأول للمحكمة العليا.

وتنوع القضاة مرده تنوع الجهات القضائية<sup>(4)</sup>، وهذا ما يظهر جليا في القانون وفقهه، فقد عدت باستقراء النصوص القانونية المتعلقة بالأحكام في شتى المجالات ذكر جهات قضائية ثلاث.

**المحكمة:** وهي قاعدة الهرم القضائي كونها أول جهة قضائية تعرض عليها أغلب المنازعات للفصل كأول درجة وذلك في القضايا المدنية والاجتماعية والتجارية والعقارية وكذا القضايا الجزائية بموجب أحكام ابتدائية قابلة للاستئناف، وتفصل بصفة استثنائية، في بعض القضايا في المواد المذكورة بأحكام غير قابلة للاستئناف إما لقلّة أهمية قيمة النزاع أو قلة خطورة المخالفة وإما لاعتبارات العجلة أو أخرى.

(1) - تمييزا لهم عن القضاة الواقفون وهم قضاة النيابة، وهم موزعون أيضا على الهيئات القضائية المختلفة في المحكمة (وكيل الجمهورية، وكيل جمهورية مساعد)، وفي المجلس القضائي (نائب عام، نائب عام مساعد)، وعلى مستوى المحكمة العليا (الهامي العام).

(2) - محمد أمقران بوبشير، مرجع سابق، هامش، ص 112.

(3) - المجلس الأعلى للقضاء ينشكّل من قضاة منتخبين من طرف زملائهم القضاة ومن شخصيات وطنية يختارها رئيس الجمهورية ومن ممثلي الإدارة المركزية لوزارة العدل.

(4) - خصصت الكلام عن الجهات القضائية للقضاء العادي دون الإداري لصلته بموضوع الدراسة.

المجلس القضائي: وهي جهة قضائية ذات درجة ثانية تختص بالفصل في الطعون بالاستئناف المقدمة ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم، والمنعوتة بالابتدائية، وفصلها يكون بموجب قرارات نهائية، غير قابلة للاستئناف مرة أخرى، وتفصل هذه الجهة كذلك كجهة أول وآخر درجة، كما هو الحال في قضايا الجنايات.

المحكمة العليا: أساسا هي محكمة نقض وليست درجة ثالثة للتقاضي، تبين الحكم القانوني السليم الواجب تطبيقه على الدعوى المعروضة أمامها، وذلك بغرض توحيد الحلول القانونية - الاجتهاد القضائي - كونها تفصل في الأحكام لا في القضايا.

وعلى هذا التعدد في القضاة الذي استلزمه تعدد الجهات القضائية، يظهر أن جهتين فقط يحق لهما معالجة الطعون، الجهة المستقبلية للاستئنافات، والجهة المتعلقة بالطعن بالنقض، وعلى هذا طرق الطعن كذلك طريقتين اثنتين.

### ثانيا: طريقا الطعن وأثر إعمالهما على الأحكام

الطعن في الأحكام في حقيقته ذا صلة بكون الحكم حضوري الصفة أو غيابي، واعتمادي الحكم الأول - الحضور - في الإجراءات المدروسة، كون موضوع الدراسة - تقدير التعويض في الفرقة الزوجية - أكد التقنين الأسري<sup>(1)</sup> المادة 57 منه على الاستئناف لأحكام التقدير من دون ذكر المعارضة كطريق للطعن في مثل هذه الأحكام.

هذا النوع من الطعن - الاستئناف - أحكامه عرضة هي الأخرى للطعن فيها بالنقض أمام المحكمة العليا، بشروط تتعلق بالطريقتين، هذا الطعن الذي يخلف أثرا على الأحكام، على ما سيأتي بيانه في حينه.

### 1- الطعن بالاستئناف والنقض في الأحكام:

1-1- الطعن بالاستئناف: الحكم القضائي الذي يصدره القاضي يجب أن يكون حاسما وع النزاع، وأن يكون نهائيا بالنسبة للطرفين المتنازعين في حق معين، بمعنى أن يكون حائزا، لحجية الشيء المقضي به، مما يجعله متمكنا من قوة التنفيذ، ويكون كذلك ما لم يتعرض له أو يتنازع

<sup>(1)</sup> - قانون 84-11 المعدل والمتمم بالقانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة.

فيه، فإن كان الحق في أصله من حقوق الأدميين<sup>(1)</sup>، ترفع الأحكام الصادرة بشأنه والمتنازع فيها إلى قضاة الدرجة الثانية بطلب من المحكوم عليهم، وهو ما يعرف بالاستئناف. وهو طريق عادي وأصلي سويب الأحكام يتمثل في إعادة النظر في القضية مرة ثانية، بعد أن كان قد صدر حكماً بشأنها بحضور المتنازعين<sup>(2)</sup> من قبل قاض آخر لم يشترك في الحكم الأول، وهذا ما قرره الفقه الإسلامي إذ يجوز إعادة النظر في الحكم أمام ولي الأمر أو من ينوبه، كون السلطة القضائية أساساً من اختصاص ولي الأمر وأن له النيابة إلى غيره فيها بالنسبة للكل أو البعض<sup>(3)</sup>، وجواز الطعن في الأحكام هي أحد الأقوال الثابتة عن الفقهاء<sup>(4)</sup>، إذ يجوز نقض الحكم مطلقاً، متى بان خطؤه، سواء كان من القاضي الذي أصدره هو نفسه، أو من غيره، وهو ما ذهب إليه سيدنا عمر رضي الله عنه في رسالته المشهورة لأبي موسى الأشعري قوله: «ولا يمنعك قضاء قضيت به بالأمس، ثم راجعت نفسك فيه، فهديت لرشدك، أن تراجع فيه الحق، فإن الرجوع إلى الحق خير من التماسي في الباطل»، ولأنه خطأ فوجب الرجوع عنه، كما لو خالف النص والإجماع<sup>(5)</sup>، والقانون وفقهه رخصاً بالطعن في الأحكام عن طريق الاستئناف وضبط له كيفيات ومواعيد.

فالاستئناف طريق قضائي يمنح لأي طرف من أطراف الحكم أن يتقدم بموجبه إلى جهة قضائية تمثل الجهة الأعلى درجة من درجة الجهات القضائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه بالاستئناف، يدلي الطاعن فيه بعدم رضاه بما حكمت له الجهة القضائية الأدنى - المحكمة - مدلاً طعنه بأدلة، طالبا من الجهة الأعلى مرتبة من الجهة مصدرة الحكم - المجلس القضائي - إعادة النظر

(1) - عبد الكريم زيدان، نظام القضاء، مرجع سابق، ص 238.

(2) - لأنه في حالة غياب أحد طرفي الدعوى - المدعى عليه - فالطعن لا يكون بالاستئناف حينها، وإنما بالمعارضة التي تكون أمام نفس المحكمة، مصدرة الحكم.

(3) - محمد واصل، مرجع سابق، ص 262.

(4) - لأن ثمة قولين آخرين، أحدهما يفيد عدم جواز نقض الأحكام مطلقاً، وهو نقيض ما ذكر في المتن، وثانيهما ينحو إلى التفصيل وهو قول أئمة المذاهب الأربعة وجماهير الفقهاء والعلماء والمتأخرين مفاده: إذا قضى الحاكم في واقعة، وكان معتمداً على دليل قطعي من نص أو إجماع أو قياس جلي، فلا ينقض حكمه، أما إذا صدر الحكم، ثم تبين للقاضي أو لغيره أن الحكم مخالف للدليل قطعي، فينقض حكمه، أما إذا كان الحكم غير معتمد على دليل قطعي، ولا يخالف دليلاً قطعياً، وإنما يدور في مجال الاجتهاد والأدلة الظنية، فلا يجوز نقض الحكم السابق، لأنه لا مرجح لاجتهاد على اجتهاد ونقضه يؤدي إلى اضطراب =

= الأحكام وعدم استقرارها. انظر في هذا: الكاساني، مصدر سابق، ج 7، ص 14. الشريبي، مصدر سابق، ج 4، ص 396. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 10، ص 50-51. ابن فرحون، تبصرة الحكام، مصدر سابق، ج 1، ص 56.

(5) - محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 481-482.

في الحكم، معالجة إياه من كل جوانبه القانونية والموضوعية<sup>(1)</sup> والحكم له بالتعديل أو الإلغاء على نحو ما يرغب<sup>(2)</sup>، وهذا ما نحا إليه المشرع الجزائري في المادة 332 قانون إجراءات مدنية وإدارية، إذ بين الهدف من الاستئناف كونه يرمي إلى مراجعة أو إلغاء الحكم المستأنف، أي الصادر عن المحكمة، ويعلمها صراحة -المشرع- في ذات القانون أنه أي الاستئناف حق مقرر لجميع الأشخاص الذين كانوا خصوما على مستوى الدرجة الأولى، أي لجميع أطراف الدعوى أو لذوي حقوقهم، كما يحق للأشخاص الذين تمثيلهم على مستوى الدرجة الأولى بسبب نقص أهليتهم ممارسة الاستئناف إذا زال سبب ذلك، ويجوز من طرف المتدخل الأصلي أو المتدخل في الخصام في الدرجة الأولى.

واشترط المشرع في المستأنف ما اشترط في المدعي، وهو ضرورة توفر المصلحة في المستأنف لممارسة الاستئناف، وذلك بالنص الإجمالي 335. وأكدت الأمر أيضا المادة 338، إذ يجوز لكل صاحب مصلحة التدخل في الاستئناف ولو لم تكن له صفة الخصم أو لم يكن ممثلا أمام الدرجة الأولى. إضافة إلى هذا، يؤكد القانون الإجمالي المادة 333 منه أن جميع القضايا التي تفصل فيها المحكمة تكون قابلة للاستئناف ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فيكون الاستئناف في القضايا الفاصلة في الموضوع أو في الدفوع الشكلية، أو بعدم القبول أو أي دفع آخر ينهي الخصومة. والملاحظ أن عدم القبول المدرجة في المادة تدخل ضمن الدفوع الشكلية<sup>(3)</sup>.

في حين ما تعلق بالأحكام التمهيدية الصادرة قبل الفصل في الموضوع بحكم قطعي، بينما الأحكام التحضيرية كالحكم بتعيين خبير لتحديد قيمة الأضرار المطلوب التعويض عنها، أو لتحديد حدود ومقدار الأرض المتنازع عليها... تكون غير قابلة للطعن فيها بالاستئناف إلا مع الحكم القطعي الفاصل في الموضوع، وذلك بالنص عليها في المادة 334 قانون إجراءات مدنية وإدارية الساري المفعول (الأحكام الفاصلة في جزء من موضوع النزاع، أو التي تأمر بالقيام بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت لا تقل الاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمتها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

وتؤكد المادة نفسها أن الاستئناف في الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع والحكم

(1)-تنص المادة 339 قانون 08-09 الإجمالي (تفصل جهة الاستئناف من جديد من حيث الوقائع والقانون).

(2)- عبد العزيز سعد، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، مرجع سابق، ص 31.

(3)- عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، ط 2، 2010، ص 115.

الفاصل في موضوع الدعوى يتم بموجب عريضة الاستئناف وإن قضي بعدم قبول الاستئناف للحكم الفاصل في موضوع الدعوى، يرتب هذا عدم قبول استئناف الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع. وقول المشرع في المادة 333 قانون إجراءات مدنية وإدارية أن الاستئناف في جميع المواد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، يعني ثمة أحكاما تصدر عن المحاكم بصفة قطعية وحضورية، لكن النص نعتها بالابتدائية والنهائية، وعلى هذا لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف مثل الأحكام القادرة في دعاوى الطلاق والتي تفصل به.

ويشترط في الحكم حتى يكون قابلا للطعن بالاستئناف، ما لم ينص القانون على عدم الاستئناف، الآتي من الشروط:

- أن يكون الحكم قد صدر عن الجهة القضائية ابتدائيا.
- أن يكون الحكم المطعون فيه قد تم بحضور أطراف الدعوى.
- أن يكون الطعن بالاستئناف خلال الآجال المحددة قانونا.
- أن يثبت الطاعن بالاستئناف دفعه لقيمة الرسم القضائي اللازم لتسجيل الطعن أو يثبت إعفائه لتمتعه بالمساعدة القضائية<sup>(1)</sup>.

وعلى هذا يتم الطعن بالاستئناف حسب التنظيم القضائي أمام المجالس القضائية، اين ينقل استئناف مقتضيات الحكم التي يشير إليه صراحة أو ضمنا، أو المقتضيات الأخرى المرتبطة بها، كما يمكن أن يقتصر الاستئناف على بعض المقتضيات لا غير، في حين الخصومة تنقل برمتها إذا كان هدف هذا الطعن هو إلغاء الحكم أو إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة، لما نصت عليه المادة 340 قانون إجراءات مدنية وإدارية السالف الذكر.

وإلى جانب الطعن بالاستئناف كفل القضاء طعنا آخر للمتقاضين، وهو الطعن بالنقض.

### 1-2- الطعن بالنقض:

الطعن بالنقض هو أحد الطرق المكفولة شرعا وقانونا لتصحيح الأحكام النهائية الصادرة عن هيئات القضائية باختلاف درجاتها، والفقهاء الإسلامي جعل الأحكام الصادر عن القضاة منها ما تعلق بحق الأدميين، وهذه ترفع الأحكام بشأنها إلى قضاة الدرجة الثانية عن طريق الاستئناف، إن لم

<sup>(1)</sup> - محمد أمقران بو بشير، مرجع سابق، ص 32.

يحدث بما رضا، على نحو ما ذكر.

ومنها ما تبحق الله تعالى، وهذه يجب رفعها إلى قضاة النقص الذين يصدرون بشأنها أحكاما تكون على نوعين:

**الأول:** إبرام الأحكام الصحيحة، **والثانية:** نقض الأحكام لمخالفتها الشرع، وفي هذه الحالة، إما أن يصدر هؤلاء القضاة أحكاما جديدة وصحيحة، بدلا عن المنقوضة، وإما أن يعيدها إلى محكمتها التي أصدرتها لتعيد النظر فيها<sup>(1)</sup>.

وما صدر بشأنها من جديد يخضع لما خضع له الحكم الجديد عن الطعن.

والطعن بالنقض يختص بالأحكام النهائية، والأحكام الصادرة في المحاكم الاستئنافية.

والطعن بهذا الطريق في الفقه الإسلامي إنما يكون لمخالفة الحكم نصا من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس الجلي<sup>(2)</sup>، وهذا يعني أن الحكم إن كان موافقا للدليل قطعي، مما ذكر فلا ينقض، لأنّ النقص حينها يعدّ ردّا للدليل القطعي بالاجتهاد وهو غير جائز بالاتفاق، لأنّه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص، واجتهاد الفقهاء يشمل اجتهادهم في فهم النص، ويشمل اجتهادهم في قياس حكم لا نص فيه على حكم منصوص عليه<sup>(3)</sup>.

واستدل الفقهاء بجواز نقض الحكم المخالف للدليل من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس، بقوله ﷺ: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد»<sup>(4)</sup>.

ومما يقبل الطعن بالنقض في القضاء الإسلامي الأحكام التي ينقصها شرط شرعي في القضاة، كأن يكون قاضيا لا تتوفر فيه شروط القاضي (التي سبق وأن فصل فيها من علم وعدل وعقل...)، أو أن توصف الدعوى بنقص شرط من شروطها، كالحكم الصادر عن قاض خارج عن اختصاصه الزماني والمكاني والنوعي، والحكم الصادر عن القاضي على عدوّ له، أو لنفسه أو لأحد أقاربه، أو

(1)- عبد الكريم زيدان، نظام القضاء، مرجع سابق، ص238.

(2)- القياس الجلي هو ما قطع به، بنفي الفارق بين الأصل والفرع، أو بعد تأثيره. نقلا عن محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص482.

(3)- محمد الزحيلي، المرجع نفسه، ص483.

(4)- أخرجه البخاري، مصدر سابق، كتاب الصلح، باب: إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، رقم: 2550، ج2، ص959. ومسلم، مصدر سابق، كتاب الأفضية، باب: نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، رقم 1718، ج12، ص375. وأبو داود، مصدر سابق، ج2، ص506. وابن ماجه، مصدر سابق، ج1، ص70. والدارقطني، مصدر سابق، ج2، ص227. وأحمد، مصدر سابق، ج6، ص146، 180.

أن يحتل أحد الإجراءات الضرورية في سير الدعوى وكيفية الحكم، فكل هذا مما يتطلب الطعن بالنقض<sup>(1)</sup> وعلى هذا فالطعن بهذه الصورة يكون عند المخالفة للحكم للدليل مخالفة موضوعية أو شكلية<sup>(2)</sup>.

والطعن بالنقض إن خالف الحكم دليل قطعي الدلالة مقرر بالقانون، فلا يجوز للقاضي أن يصدر حكما برأيه، ويوجد أمامه النص القانوني الصريح المخالف لرأيه، كون مهمة القاضي هي التطبيق لا التشريع<sup>(3)</sup>.

وقد عرّف الطعن بالنقض بأنه طريق غير عادي، يطرح على محكمة النقض مسألة البحث حول مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون الموضوعي أو الإجرائي، فهو طريق لمحاكمة الحكم المطعون ، تهدف إلى إلغاء مخالفته القانون، وتقتصر الجهة القضائية حينها على مراقبة الحكم المطعون فيه، من حيث سلامة التطبيق القانوني، ويختص الطعن بالنقض بالأحكام الصادرة عن المحاكم الاستئنافية والأحكام النهائية<sup>(4)</sup>.

والمشروع الجزائري ينحو هذا النحو، إذ يجوز الطعن بالنقض أمام المحاكم العليا في جميع الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الابتدائية والمجالس الاستئنافية، بصفة حضورية ونهائية، كيفما كانت نوعية هذه الأحكام والقرارات مدنية، تجارية، بحرية، تتعلق بالأحوال الشخصية أو الاجتماعية أو العقارية، وهذا بنص المادة 349 قانون إجراءات مدنية وإدارية: (تكون قابلة للطعن بالنقض الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية)، أي أن جميع القرارات النهائية قابلة للاستئناف قابلة للطعن بالنقض، إلا ما استثني بنص، وعلى هذا أحكام المحاكم غير قابلة للطعن بالنقض إلا ما استثني في نحو الطعن في أحكام الطلاق والتطبيق والخلع، لنص المادة 57 قانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة، وعلى ما يعالج لاحقا.

كما أن الأحكام والقرارات الصادرة قبل الفصل في الموضوع، لا تقبل الطعن فيها بالنقض، باعتبار أنها غير نهائية، وإنما يمكن التعرض إليها والطعن فيها تبعا للطعن بالنقض في الحكم أو القرار الفاصل في الموضوع فصلا قطعيا ونهائيا، وهذا ما نصت عليه المادة 351 قانون إجراءات مدنية

(1)- محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 484.

(2)- محمد واصل، مرجع سابق، ص 263.

(3)- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 2، ص 622.

(4)- سيد حسن البغال، مرجع سابق، مج 2، ص 437، 444-448.

وإدارية - السابق الإشارة له-: «لا يقبل الطعن بالنقض في الأحكام الأخرى الصادرة في آخر درجة إلا مع الأحكام والقرارات الفاصلة في الموضوع». ومثل هذه الأحكام والقرارات ما كان يسمى بالتحضيرية<sup>(1)</sup>. كما أن الطعن بالنقض لا يكون مقبولاً إلا إذا كان صادراً من أحد الخصوم أو ذوي حقوقهم، كما يجوز للنائب العام على مستوى المحكمة العليا إذا وصل إلى علمه وجود حكم أو قرار في آخر درجة من محكمة أو مجلس قضائي خالف القانون ولم يطعن فيه أحد الخصوم في الأجل جاز له عرض الأمر على المحكمة العليا بعريضة بسيطة، وإذا نقضت المحكمة العليا الحكم أو القرار لا يستفيد منه الخصوم للمتلص من الحكم أو القرار المنقوض، وهذا ما نصت عليه المادة 353 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

والطعن بالنقض على مستوى التشريع الجزائري والتنظيم القضائي، يكون أمام المحكمة العليا، هذه الأخيرة ليست درجة ثالثة للتقاضي، وإنما هي محكمة قانون تسهر على تطبيق القانون تطبيقاً سليماً، من خلال مراقبة وتقوم أعمال المحاكم والمجالس القضائية وتوحيد الاجتهاد القضائي. حتى يكون الحكم أو القرار النهائي عرضة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا يشترط توافر جملة من الأسباب أو الأوجه شملها نص المادة 358 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

1- مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات: كون القانون ينص صراحة على وجوب مراعاة بعض الإجراءات، فخرقها يمثل خرقاً لقاعدة جوهرية فيها، هذا يترتب عليه اعتبار الحكم أو القرار المطعون فيه معيباً، ويتعين نقضه، من أمثلة تلك الإجراءات المعروفة والمتداولة بين القضاة والمحامين إجراء الصلح في دعاوى الفرقة المنصوص عليه في المادة 49 قانون 05-09 المتضمن قانون الأسرة، والمتعلق بوجوب القيام بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين أثناء قيام دعوى الطلاق، والذي فصل فيه قانون الإجراءات المدنية والإدارية - المواد من 439 إلى 449-.

2- إغفال الأشكال الجوهرية في الإجراءات: كون الإغفال يصلح كسبب للطعن بالنقض إذ يؤدي إلى بطلان الحكم الذي تسبب فيه بطلان في الإجراءات.

3- عدم الاختصاص: القانون الإجرائي المدني والإداري ينظم الاختصاصات النوعية والإقليمية لكل من المحاكم والمجالس القضائية<sup>(2)</sup>، وما كان كذلك لا يجوز مخالفته.

4- تجاوز السلطة: مخالفة الاختصاص النوعي أو الإقليمي أو الاتفاق على ما سواه مخالفة للنظام العام، وفعل الهيئات القضائية هذا ولو على سبيل الخطأ يعد تجاوزاً للحدود المرسومة في الاختصاص.

<sup>(1)</sup> - عبد العزيز سعد، طرق وإجراءات الطعن، مرجع سابق، ص 49. عبد الله مسعودي، مرجع سابق، ص 120-121.

<sup>(2)</sup> - المواد من 32 إلى 44 قانون إجراءات مدنية وإدارية.

- 5- مخالفة القانون الداخلي.
- 6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، لأنّ إصلاح هذه المخالفة يتطلب الطعن بالنقض في الحكم أو القرار المشمول بالخطأ.
- 7- مخالفة الاتفاقيات الدولية وهو وجه جديد أدرج ضمن القانون الإجرائي.
- 8- انعدام الأساس القانوني للحكم: أي أن الحكم أو القرار المطعون فيه لا يستند إلى أي نص قانوني، مما له صلة بموضوع النزاع، وما كان كذلك يعتبر منعدم الأساس القانوني ويتعين إلغائه ونقضه، ومما له صلة بهذا أن تقع مخالفة للقانون أو الخطأ في تأويله أو حتى في تطبيقه<sup>(1)</sup>.
- 9- انعدام التسبب. 10- قصور التسبب. 11- تناقض التسبب مع المنطوق.
- تخلف أي وجه مما ذكر من الثلاثة السابقة يعني أن الحكم معه معيب وهو ما يؤدي إلى إلغاء القرار أو الحكم المطعون فيه ونقضه.
- 12- تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار، وهذا الوجه أيضا حكم جديد.
- 13- تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة: عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يواجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول.
- 14- تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي: في هذه الحالة يكون الطعن مقبولا ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن سابق انتهى بالرفض، وفي هذه الحالة يرفع الطعن حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354، ويجب توجيهه حينها ضد الحكمين، وإذا تأكد التناقض تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو هما معا.
- 15- وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار.
- 16- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب.
- 17- السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية.
- والطعن بالنقض، لا مجال معه لإعادة النظر في موضوع النزاع الذي فصل فيه الحكم المطعون فيه، ولا بحث ماديات ووقائع النزاع التي أُكِّدَتْ بهذا الحكم.
- والمحكمة العليا بهذا الأمر عليها بحث مسألة تطبيق القانون الذي أُستُخدم من طرف الهيئة المطعون في حكمها، وهذا فحو نص المادة 359 من القانون الإجرائي المدني والإداري (الأوجه

<sup>(1)</sup> - سيد حسين البغال، مرجع سابق، مج2، ص459.

الجديدة للطعن بالنقض غير مقبولة ما عدا الأوجه القانونية المحضة، أو الناجمة عن الحكم أو القرار المطعون فيه). كما أن للمحكمة العليا إثارة وجه أو أوجه جديدة من تلقاء نفسها، بنص المادة 360 من القانون الإجرائي نفسه.

والطعن في العموم لا يجوز للقاضي الذي فصل في النزاع أمام المحكمة الابتدائية أن يشارك في نظره أمام المجلس القضائي، ولا يجوز لمستشار لدى المجلس القضائي أن ينظر النزاع الذي سبق له أن مثل فيه النيابة العامة على مستوى الدرجة الأولى<sup>(1)</sup>.

وإذا كان القانون قد اشترط للطعن عدم اشتراك القاضي الأول، فإنّ الفقه الإسلامي أجاز ذلك، حيث أن للقاضي أن ينقض أحكام نفسه، ولعلّ ذلك يرجع إلى شرط الفقه الإسلامي أن يكون القاضي مجتهداً، ولأنّ عقيدة المسلم أساساً تحرم عليه الباطل وتوجب عليه نقضه، ولو كان من فعل نفسه، وعلى كل فإنّ ذلك يرجع إلى إرادة صاحب التولية في القضاء، فلو أجازته جاز، وإن منعه كان ممنوعاً، فهو من باب السياسة، يجوز تنظيمه حسب المصلحة<sup>(2)</sup>.

وعين الصواب ما ذهب إليه الفقه الإسلامي، فالقاضي له الرجوع في أحكامه التي سبق وأن نضى بها، إن استجدت أمامه وقائع لم تكن ملموسة، أو لم تكن مفهومة من ذي قبل وتجلّت فيما عرض لاحقاً، أو ظهر له خطأه، كونه بشر والخطأ سار إلى نفوس البشر، فحقّ له أن يُقيم حكمه ويقومه في حينه فإنّ لم يفعل فعل غيره، ولهذا الأمر ظهرت طرق للطعن وجهات لها.

وكون الطعن يتم بطريقتين عادي وغير ذلك، فيجب ضبط بعض الفوارق منها<sup>(3)</sup>:

- الطعن العادي لا يشترط فيه أن يبين المستأنف أسباباً معينة، إذ يحقق له أن يستند إلى أي سبب يراه مناسباً لتعيب الحكم والطعن فيه، ولو أنه لم يرض بخسارته للقضية أمام المحكمة.

في حين الطعن غير العادي - كالتعويض بالنقض - يتعين على الطاعن تحديد الأسباب التي نص عليها القانون، وتوفرت في الحكم المطعون فيه لديه.

- الطعن العادي كالاتئناف يترتب عليه عرض النزاع كاملاً من جديد، بجشياته ووقائعه، بغية الدراسة من جديد، أما الطعن غير العادي كالتعويض بالنقض فلا ينظر إلا في المحل المطعون به، كعيب في الحكم، أو مخالفة محددة في القانون.

- طرق الطعن العادي هي المسلك الأول، فإنّ استنفدت حق للطاعن أن يسلك طريق الطعن

(1) - محمد أمقران بو بشير، مرجع سابق، ص 41-42.

(2) - محمد واصل، مرجع سابق، ص 265.

(3) - محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 488.

غير العادي، ولا يقبل أخذ الطريقتين معا.

- يترتب على العمل بالطريق العادي للطعن وفق تنفيذ الحكم الصادر، في حين العمل بالطعن بالطريق غير العادي، لا يوقف تنفيذ الحكم في الأصل.

## 2- اثر إعمال الطعن في الأحكام:

يختلف هذا الأثر إن كان الطعن بالاستئناف أو كان بالنقض.

### 2-1- أثر الطعن بالاستئناف: للطعن بالاستئناف أثرين اثنين<sup>(1)</sup>:

أحدهما: الأثر الموقوف.

تنص المادة 323 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن أجل الطعن العادي يوقف التنفيذ كما يوقف بسبب ممارسته إلا الأحكام الواجبة التنفيذ بحكم القانون. فأهم أثر للطعن بالاستئناف في الحكم الصادر عن المحكمة بصفة ابتدائية وقطعية هو وقف إجراءات تنفيذ هذا الحكم طيلة مدة الطعن به. يبدأ من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه بالاستئناف إلى غاية الفصل في موضوع الطعن بصفة قطعية ونهائية.

وهذا الأثر هو الأصل ما لم ينص القانون على غير ذلك، ومن تلك الحالات التي نص فيها القانون على خلاف الحالة الأصلية، ما جاء في المادة 323 ذكره، (يؤمر بالنفاذ المعجل رغم المعارضة أو الاستئناف عند طلبه في جميع الحالات التي يحكم فيها بناء على عقد رسمي أو وعد معترف به أو حكم سابق حاز قوة الشيء المقضي به، أو في مادة (...).

الأثر ترجع إلى أن القرينة على صحة الحكم الذي اكتسب قوة الأمر

مجلة إلى الإجحاف في حق من نفذ عليه، فالعدل أن يوقف تنفيذه حتى يصير<sup>(2)</sup>.

(1) - عبد العزيز سعد، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام، مرجع سابق، ص 42-44.

القضائية بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2004-2005، 216-217.

(2) - هام شهرزاد روايح، الطعن في الأحكام القضائية - ، ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الحاج لخضر، 2000-2001 129-130.

ثانيهما: :

التمثل في إعادة عرض موضوع الدعوى من جديد أمام الجهة القضائية الاستئنافية، فتنتقل القضية بحالتها إلى قضاة الدرجة الثانية، ولهم طلق سلطتهم على كامل الدعوى من تقدير للوقائع والقانون والفصل فيها من جديد، وذلك يشمل مناقشة الطلبات والدفع وجميع الإجراءات الإثبات والتدقيق في عيوب الحكم الصادر عن قضاة الدرجة الأولى، كأساس لهذا الطعن، 340 قانون الإجراء المدنية والإدارية السابق ذكرها (ينقل الاستئناف إلى المجلس القضائي مقتضيات الحكم التي يشير إليه هذا الاستئناف).

يتمثل في عدم السماح لقضاة المجلس بقبول إضافة أو عرض طلبات جديدة لم يسبق عرضها على محكمة الدرجة الأولى، ولم يسبق مناقشتها ولا الفصل فيها وهذا ما نحت إليه المادة 341 قانون إجراءات مدنية وإدارية (لا تقبل الطلبات الجديدة في).

هذه الأخيرة أحالت على استثناء للقاعدة العامة بقولها: (ما عدا الدفع بالمقاصة وطلبات استبعاد الإدعاءات المقابلة أو الفصل في المسائل الناتجة عن تدخل الغير أو حدوث أو اكتشاف واقعة)، في حين 343 صلي، والتي ترمي إلى نفس الغرض حتى ولو كان أساسها القانوني مغايرا، طلبات

وعلى هذا فقضاة الدرجة الثانية مقيدون في الأصل بالطلبات المعروضة على قضاة الدرجة الأولى، باستثناء ما ذكر في المادة.

## 2-2- أثر الطعن بالنقض:

يا ليس له أثر ناقل ولا موقف على نحو أثر الطعن

وهذا الأصل العام مترجم في نص المادة 361 قانون إجراءات مدنية وإدارية (لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي

وذلك في حالتين<sup>(1)</sup>:

الأولى: حالة الأشخاص وأهليتهم، وهي حالة ما إذا كان موضوع الدعوى التي صدر بشأنها

والفقدان والوفاة، فالطعن بالنقض في مثل هذه المسائل يكون من شأنه إنشاء أثر إيجابي يتمثل في تنفيذ الحكم أو القرار المطعون فيه بالنقض إلى غاية إنهاء المحكمة العليا الفصل في الطعن

#### الثانية:

عادية، وهذه لا صلة لها بالمسائل المدنية فترفع الدعوى بشأنها مستقلة، في حين أن دعوى التزوير لا تُن تصورهما إلا مرتبطة بالدعوى المدنية ذات الصلة، وهي بهذا بمثابة إجراء يهدف إلى التجريح والطعن في وثيقة من الوثائق المقدمة في الدعوى المدنية كوسيلة من وسائل الإثبات، وعليه فدعوى التزوير التي يتحقق معها وقف تنفيذ الحكم هي ما شكلت دفعا وعارضا من عوارض المحاكمة أمام

المنصوص عليه في المادة 238

بالنقض ليس له أثر ناقل كون طبيعته تتعلق بالجانب القانوني دون غيره.

#### الفرع الثاني: الرقابة على أحكام دعوى المسؤولية

دعوى المسؤولية كغيرها من الدعاوى

تلف الفقه في طبيعة أحكامها.

(1) - عبد العزيز سعد، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام، مرجع سابق، ص 58-59.

## البند الأول: طبيعة أحكام دعوى المسؤولية

الحكم الصادر في دعوى المسؤولية ثار بشأنه خلاف فقهي، حسب طبيعة المسؤولية التي بدر بشأنها، فإن هي مسؤولية تقصيرية، فالحكم الصادر في دعوى المسؤولية التقصيرية لم يجر بإجماع الفقه القانوني، إذ تعددت الآراء حول طبيعته، فهناك من يرى أن العمل غير المشروع هو مصدر الحق في التعويض، وبناء على ذلك اعتبر الحكم في الدعوى مقرراً، في حين يذهب البعض إلى أن الحكم نفسه هو مصدر الحق في التعويض، وبناء عليه فهو حكم منشيء، في حين حاول (1)

### أولاً: مصدر الحق في التعويض الفعل غير المشروع:

للمتضرر الحق في التعويض، حقه هذا نشأ عن الفعل غير المشروع، كونه مصدر هذا الحق، في حين الحكم الصادر عن دعوى المسؤولية ليس إلا مقرراً لهذا المتضرر حقاً بسبب الفعل غير المشروع الذي لحقه بفعل شخص مسؤول، هذا الأخير الذي يرتب في ذمته الالتزام بالتعويض، من الوقت الذي توافرت فيه أركان المسؤولية الثلاثة  
حر الضرر ويتراخى في تحققه عن الخطأ، فلا تتوافر أركان المسؤولية حينها إلا بوقوعه، ومن هذا الوقت لا قبله بتحقق المسؤولية في ذمة المسؤول ويترتب حق المتضرر في التعويض، ويطرح هذا الأمر نتائج عملية هامة منها<sup>(2)</sup>:  
- حق المتضرر في اتخاذ إجراءات تحفظية تحفظ حقه.

- للمضروب إلى جانب التعويض الأصلي، تعويض عن التأخير يسري من وقت وقوع الضرر، والغالب أن القاضي يقدر مبلغاً من النقود تعويضاً عن الضرر الأصلي والضرر الناشئ عن التأخير.

### ثانياً: مصدر تقويم الحق في التعويض الحكم القضائي

الحكم ليس مصدراً للحق في التعويض، وإنما الفعل غير المشروع كما سبق الذكر، إلا أن

(1) - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج2 153.

(2) - 963-961 1 محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج2 153

الحكم القضائي يقوم الحق في التعويض ويقويه، فبعد أن كان الحق غير مقوم قبل صدور الحكم صار مقوما بعده، وتقويمه يكون في الغالب بمبلغ معين من النقود، ولا يقتصر الحكم على تقويم الحق في التعويض فحسب، وإنما يقويه أيضا من وجوه<sup>(1)</sup>:

- لا يسقط الحق بالتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم، وهذا ما 319 2 من القانون المدني الجزائري<sup>(2)</sup> «غير أنه إذا حكم بالدين وحاز

التقادم الجديد خمسة عشرة سنة...».

- الحق في التعويض بعد صدور الحكم النهائي، يكون قابلا للتنفيذ به على أموال المدين.

-

وهذا الحكم الصادر في دعوى المسؤولية - حاله حال كل الأحكام يخضع وفق ما هو مقرر في الشرع والقانون للطعن بطرقه المعروفة على نحو ما سيأتي.

### البند الثاني: الطعن في أحكام دعوى المسؤولية

لصادر في دعوى المسؤولية لا يختلف عن سائر الأحكام، إذ يخضع لطرق طعن مماثلة

إن كان حضوريا صادرا عن محكمة الدرجة الأولى.

أو بطريق غير عادي،

إليه الحكم، والطريقتين تطبق بشأتهما الأحكام المعروفة في قانون الإجراء.

ون أغلب دعاوى المسؤولية تهدف إلى إدانة المسؤول وتحميله تبعة فعله، بالتعويض الذي

يترتب في ذمته نتيجة ما اتر ، وكون الغالب في أشكال الت

هذا الأخير أيضا يخضع إلى الطعن فيه كونه حكم صادر في دعوى المسؤولية.

### أولا: طرق الطعن في أحكام دعوى المسؤولية:

(1) - 963 1

(2) - 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني معدل ومتمم.

تتنوع هذه الطرق إلى ما هو عادي وغير ذلك.

### 1- الطعن بالاستئناف في حكم دعوى المسؤولية

تأكيداً على ما قيل في الطعن بالاستئناف عند الكلام عن طرق الطعن بصفة عامة في الفرع السابق، فإن الطعن بهذا الطريق في أحكام دعوى المسؤولية لا يختلف عمّ ذكر.

نوز تقديم وسائل جديدة تثري الوقائع دون الطلبات التي سبق وأن تقدم بها، فيجوز الاعتماد على خطأ تقصيري مفترض أمام جهة الاستئناف، ولو كان الاستناد أمام محكمة الموضوع على خطأ تقصيري ثابت<sup>(1)</sup>.

كما لا يجوز استئناف أحكاماً تمهيدية على ما قرر سابقاً.

وعلى محكمة الاستئناف ذكر أسباب إلغائها أو تعديلها لأي حكم بلغها استئنافه، وما لم تحكم بتعديله كأنه محكوم بتأييده، وتبقى أسباب حكم المحكمة أول درجة فـ

وفي كل هذا على قاض الاستئناف الالتزام بالحقيقة القضائية التي استقرت بالحكم الابتدائي الذي حسم النزاع، وحاز قوة الشيء المقضي به، ولا يجوز له ض للفصل في أمر غير مطروح<sup>(2)</sup>.

### 2- الطعن بالنقض في حكم دعوى المسؤولية

عن بالاستئناف، فإنه لا يجوز تقديم طلبات جديدة أمام المحكمة العليا ولا وسائل

فلا يجوز الاستناد لأول مرة أمام المحكمة العليا على الخطأ التقصيري المفترض أو الخطأ العقدي، إذا كان المدعي قد استند أمام محكمة الموضوع على الخطأ التقصيري الثابت<sup>(3)</sup>.

ية التقصيرية كأساس للتعويض تتركز على أركان أساسية هي الخطأ والضرر والعلاقة

(1) - 622 1

(2) - محمد المنجي، مرجع سابق، ص 379-384.

(3) - 957 1

والقاعدة العامة أن ما تثبته المحكمة الابتدائية من وقائع مادية في الموضوع لا يخضع لرقابة محكمة النقض، في حين تراقب هذه المحكمة التكييف القانوني لهذه الوقائع (1).

علق بركن الخطأ في المسؤولية، لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، فما أثبتته محكمة الم من الوقائع المادية التي يقدمها المدعي ذات الصلة بركن الخطأ، قصد إثباته أو نفيه، فإذا كان الحكم قد استقر على إثبات المسؤولية التقصيرية أو نفيها، بناء على أسباب سائغة، استخل

أما تكييف الوقائع قانونياً بأن التقصير خطأ أو غير ذلك، يخضع لرقابة المحكمة العليا، كونها من المسائل القانونية التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض، في نحو معرفة الخطأ هل هو عمدي أو جسيم أو يسير، وهل يكفي فيه كونه مفترضا أو يجب إثباته، ومن تلك المسائل التي تخضع للرقابة، ما إذا كان الركن المعنوي متوفر في الخطأ من عدمه، ومنها معرفة أي الأحوال يمكن وصفها بالتعسف في استعمال الحق.... وفي العموم جميع مسائل الخطأ تخضع لرقابة محكمة النقض، إلا ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية في هذا الشأن (2)

(3)

أما ما تعلق بركن الضرر فالأصل عدم رقابة محكمة النقض لركن الضرر الذي قرره محكمة الموضوع من الوقائع المادية الثابتة لديها، كون استخلاص ثبوت الضرر أو نفيه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، ما دام الدليل الذي أخذ به في حكمه مقبولا قانونا، ولا تعقيب لمحكمة ض على صحة هذه الوقائع في ذاتها، منها تقدير

اللازم للتعويض إذا كان نقدا فهي من وسائل الواقع، ويجب على محكمة الموضوع ذكر الضرر الذي استندت إليه في حكمها، وإلا اعتبر التسبب قاصرا.

في حين التكييف القانوني لهذه الوقائع من حيث كفايتها لتكوين ركن الضرر، ومن حيث

(1) - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ج 2 151.

(2) - 957-958. محمد صبري السعدي، مرجع سا 2

151.

(3) - 87-88.

عته هل هو ضرر محقق أو محتمل، مباشر أو غير مباشر، متوقع أو غير متوقع، ومن حيث نوعه هل هو مادي أو أدبي، كل هذا خاضع لرقابة محكمة النقض، كذلك مسألة تقسيم التعويض بالنسب التي يوجبها القانون على المسؤول (1).

فتعيين عناصر الضرر التي يجب أن تدخل في حساب التعويض هو من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض (2).

نه من وقائع يستفاد منها قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر، في حين التكييف القانوني لهذه اد منها العلاقة، ومدى كفايتها لإيجاد علاقة سببية، والوقوف على السبب الأجنبي الذي تنتفي معه هذه العلاقة وشروط توافر القوة القاهرة والحادث الفجائي، وأثر فعل المضرور والغير في تحديد مسؤولية الدعوى عليه، وحكم تعدد الأسباب، وما يترتب على تعاقب الأضرار، فكل هذه من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا (3).

وعلى هذا فما كان من وقائع مادية استند إليها قضاة الموضوع في حكمهم، سواء ما تعلق من المحكمة التي تنقض الأحكام.

إلا أن التكييف القانوني لهذه الوقائع، وما تتطلب من شروط، وما يترتب عليها من أثر، فكل

وكون دعاوى المسؤولية تهدف إلى تقرير تعويض لشخص المضرور، فحتى يحكم به، للقاضي أعمال سلطته التقديرية في كل مراحل الدعوى ومنها الحكم بالتمتع به وتقديره.

### ثانيا: الطعن في سلطة القاضي التقديرية

سلطة القاضي التقديرية شأنها في التعويض شأن كل التقديرات التي يمارسها القاضي، الأصل عدم جواز الطعن في سلطة القاضي التقديرية، نظرا لما يتمتع به شخص القاضي في الفقهاء الإسلامي والقانوني،

(1) - 960-959 1

(2) - منير قزمان، مرجع سابق، ص 92.

(3) - 961-960 1

النصوص الشرعية أو القانونية بطريق الخطأ في غالب الحالات، مما يجعل تقديره يخالف الصواب

## 1- رقابة سلطة التقدير في الفقه الإسلامي:

الإسلامي حدد رقابة وسمح بما على الأحكام الصادرة عن محض سلطة تقديرية

أولاهما: أن يتكفل القاضي بالرقابة على الأحكام التي يصدرها هذه الرقابة التي تبدأ من أولى مراحل التقاضي وقبل إصدار الحكم، وذلك بأن يتوخى الصحة والعدالة في نظره في جميع مراحل سير الخصومة، فإن تفهم المنازعة ووصل إلى قناعة فيها وعُ كمه القضائي، ولم يكن عليه

عثر عليه من غير قصد منه، أو به له بعد القضاء في واقعة مماثلة لها، ففي كل هذا أمكنه تصحيح الصادر عنه إن استطاع ذلك، سواء بنقض حكمه أو بإلغاء أثره و تنفيذه أو يجبر ما يمكن تصحيحه وحمله عليه، فإنه لا يجوز نقضه لأنه لا يصح نقض الاجتهاد بمثله.

لموجود في الحكم يختلف باختلاف سببه، فما كان سببه الخطأ في المحكوم به بأن خالف نصاً قطعياً يختلف عما كان سببه البيّنات التي قام عليها الحكم ويختلف عما كان سببه (1)، وقد فصل الفقهاء في اختلاف هذه الأحكام، وكتب الفقه تشهد (2)

ثانيهما: أن يتولى القاضي الرقابة على أحكام غيره من القضاة، والتي أساسها إباحة الطعن في الأحكام، والتي ترتب التدرج في القضاء، وأكثر الفقهاء يرون أن القضاء في الإسلام درجة واحدة، مع وجود أصل فكرة الطعن في الأحكام عند قاض أعلى، والبعض الآخر يرى أن نقض الحكم لا

(1) - محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص 465.

(2) - : 5 423 7 740-741 16 62

17 10 7 140 1 80

6 204 7 55. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 10 103

ثنافاً أو نقضاً، والتعبير بالنقض فيه مسامحة لأنه فيه إشارة إلى أن الحكم لم يصح أصلاً<sup>(1)</sup> كما قد يتولى الرقابة قاضي القضاة أو الإمام، لأن من واجبه تفقد أحوال القضاة، فيتصفح أحكامهم وأقضيتهم ويراعي أمورهم وسيرتهم في الناس، فيقف على ما ورده من شكاوي ضدهم في سير أو عدم التزامهم بضوابط العمل القضائي، فإن صح عنده ما جاء بشأنهم عزلهم ونظر في أقضيتهم، فما خالف الحق فسخه، وما وجده موافقاً للصواب أقره، وإن لم تصح الشكاوي تصفح أحكامهم وأقر ما صح منها، وما وجده غير موافق للصواب حمله على الخطأ منهم وعلى غير التعمد<sup>(2)</sup>.

تعرض الأحكام الصادرة عن سلطة تقديرية للنقض، ويتولى ذلك القاضي نفسه أو غيره، كما هو الحال في مراقبة القاضي أحكامه أو أحكام غيره، وحالات النقض ترجع في مجملها إلى خلل في الإجراءات الموصلة للحكم، أو إلى خلل في الحكم ذاته أو إلى خلل في أسباب الحكم<sup>(3)</sup>.

## 2- رقابة سلطة التقدير في الفقه القانوني:

والفقه القانوني لا يختلف فيما ذهب إليه الفقه الإسلامي بشأن سلطة القاضي التقديرية

وسلطة قاضي الموضوع التقديرية تتحقق في ثلاث مراحل، ليست كلها خاضعة للطعن فيما قدره<sup>(4)</sup>.

**المرحلة الأولى:** الأصل فيها أن أعمال القاضي لنشاطه الذهني فيما تعلق بالتقدير للواقع

...

أو الترك أو عدم الحصول... وتقدير تلك الوقائع على ضوء ظروف الدعوى وملاساتها

(1) - محمد ناص 471.

(2) - 1 87

(3) - محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص478.

(4) - انظر: أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص420-455.

المرحلة الثانية: وهي مرحلة يقوم فيها القاضي بنشاط ذهني ينصب على إعطاء الوقائع -  
في سبق وأن استخلص ثبوتها في المرحلة السابقة-  
ومفترض قاعدة قانونية معينة، وهي ما تعرف بمرحلة التكييف، نشاط القاضي في هذه المرحلة ليس على إطلاقه كونه مقيد برقابة من المحكمة العليا، على اعتبار أن الخطأ في هذه المرحلة هو خطأ في لقانون، ومهمة محكمة النقض تتعلق وهذا المجال -مجال فهم القانون لأجل تطبيقه على -  
.

المرحلة الثالثة: وهذه المرحلة هي خاتمة نشاط القاضي الذهني والمتمثلة في إعماله للأثر الوارد في القاعدة القانونية التي قدر خلال المرحلة الثانية -  
- أنها واجبة التطبيق على

القاضي في هذه المرحلة نشاط مقيد، يخضع فيه القاضي لرقابة المحكمة العليا كون محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون، تتولى مراقبة قاضي الموضوع فيما ذهب إليه في نشاطه للتيقن ن تقديره يتفق وصحيح القانون.

وعليه فسلطة القاضي التقديرية تتعلق بعنصر الواقعة، وما يستخلص منها، ولا رقابة على هذه السلطة في هذا العنصر، كما تتعلق سلطته بعنصر تكييف القانون وتطبيقه على الواقعة المعروضة للقضاء، وسلطته حينها معرضة لرقابة، كون الرقابة تختص بجانب القانون وما تعلق به في نحو العنصر الثاني -  
- وكون الهيئة التي تمارس الرقابة وهي المحكمة العليا محكمة قانون وليست محكمة وقائع.

ولم يختلف الفقهاء في مدار الطعن بالنقض في الأحكام في نحو ما فصل في عموم كل الدعاوى، ومبناه مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله، أو وقوع بطلان في الحكم -  
في الحكم- - في الإجراءات الموصلة للحكم<sup>(1)</sup>.

هذا المدار للطعن بالنقض في الأحكام ينطبق والطعن بالنقض في سلطة القاضي التقديرية لكل هذه المراحل، كون كل مرحلة لا تخل من إعمال سلطة تقديرية، س

(1) - محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص478. محمد المنجي، مرجع سابق، ص385.

نات، أو في تكييف النص الشرعي أو القانوني وتطبيقه.

### المطلب الثاني: الطعن في حكم التقدير في دعاوى الفرقة

49<sup>(1)</sup> قرر بأن الفرقة لا تثبت في أرض الواقع، إلا بحكم قضائي فاصل في النزاع، وعلى هذا فلا طلاق إلا بصدور هذا الحكم، هذا الأخير عرضة تمة الأحكام القضائية إلى الطعن فيه بالطرق المعروفة على اختلاف فيما تعلق بأحكامه كونها

- -

ه حكم قضائي يشمل الطعن كالحكم بالفرقة، إنما على اختلاف يفصل فيه في فرع -الطعن في حكم التقدير المصاحب لحكم الفرقة-، والطعن في الأحكام القضائية يستلزم إجراءات ومواعيد، يفصل أمرها في فرع ثان -الإجراءات والمواعيد المتبعة في الطعن-.

### الفرع الأول: الطعن في حكم تقدير التعويض الملازم لحكم الفرقة

المشعر الجزائري في قانون الأسرة عند تعرضه للطعن في أحكام الطلاق، أخذ بطرق الطعن المعمول بها، والواجب إتياها عند سلوك باب الاعتراض على الأحكام القضائية بالطرق العادية، وغير العادية للطعون، على مختلف أجزاء الحكم عم .

وكون الحكم بالطلاق له جوانبه المادية، فقد ميز المشعر بين شقي هذا الحكم في باب الطعن في الأحكام، فما تعلق بحكم الفرقة خصه التشريع بموقف يعالج - - بحكم تقدير التعويض كان له وجه مغاير للطعن عما هو لحكم الفرقة الذي أُرِدَف بحكم الت وهذا يفصل فيه للوقوف على رأي التشريع منه بالبند الثاني.

(1) - 49 09-05 المؤرخ في 4 2005 84-11 المؤرخ في 9 1984 : « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز...».

### البند الأول: موقف التشريع من الطعن في أحكام الفرقة

إن تقدير التعويض من الأحكام القضائية المرتبطة بحكم الطلاق، فلمعرفة أثر هذا الحكم في الجهات القضائية بدرجاتها، يتعين الوقوف على أثر الحكم بالفرقة في حد ذاته أمام هذه الجهات،

#### أولاً: طبيعة أحكام الفرقة

الأسري الجزائي، ولا وجود لهذا الطلاق إلا بهذا الحكم

بيانه في سجلات الحالة المدنية<sup>(1)</sup>

<sup>(2)</sup>، ويكون حينها سار في مواجهة الجميع.

التطبيق المنصوص عليها في المادة 53 <sup>(3)</sup> سبب النشوز المنصوص عليه في المادة 55  
قانون أسرة السابق ذكره.

له، وإنما كاشفا عن وجوده، كأن يكون الطلاق بكامل إرادة الزوج المطلق، أو نتيجة لتراضي  
48 مانون أسرة السابق ذكره، أو كان بسبب الخلع تطبيقاً لنص المادة

(1) - 49 09-05 11-84 ...)

الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي عن النيابة العامة).

(2) - 59 20-70 المؤرخ في 19 1970 ) :

الأنواع الأحكام المقرر تسجيله أو بيانه في سجلات الحالة المدنية يجب أن يتضمن ألقاب وأسماء الأطراف المعنيين، وكذا أمكنة  
وتواريخ العقود التي يجب أن يذكر البيان على هامشها...».

60 : «ينبغي على ضابط الحالة المدنية الذي يجرى العقد أو يسجله أن يشير إليه في السجلات

(3) - 09-05 المؤرخ في 4 2005 11-84 المؤرخ في 9 1984

ويحتوي حكم الطلاق على قرار القضاء بجل الرابطة الزوجية، كما يفصل في طلب نفقة الزوجة أو نفقة الأولاد، كما يحدد صاحب الحق في الحضانة وحق زيارة المحنون، كما أنه يفصل في راع حول متاع بيت الزوجية، ويقدر تعويض المطلقة، وإسكانها، هذين الأثرين الأخيرين، يعدان من أهم الآثار القانونية الناتجة عن الطلاق والتي يتضمنها حكم الطلاق<sup>(1)</sup>.

طبيعة كاشفة لم تتم م

### ثانيا: الطعن في أحكام الفرقة

57

يحمل الطعن أمام الجهات القضائية الأعلى من الجهة مصدرة الحكم، إنما ليس أمام كل الجهات :

57 (2) : «تكون الأحكام الصادرة في

دعوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف، فيما عدا جوانبها المادية...»  
على المادة أنها جمعت بين أحكام الطلاق والتطليق والخلع في مسألة الطعن، إذ أن جميعها في الجملة غير قا

وتخصيص المادة لعدم الطعن بطريق الاستئناف، وعدم ذكر الطريق الثاني وهو طريق الطعن

في حين أن المادة 57 (3) : «

غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها الما

فالمادة كانت مقتصرة على أحكام الطلاق دون غيرها من أحكام الفرقة في عدم قابليتها

(1)- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1 362.

(2)- 09-05 المؤرخ في 4 2005 84-11 المؤرخ في 9 1984

(3)- 11-84

الطعن بالاستئناف لأنّ الحكم بالفرقة، إن كان كاشفا عن الطلاق الصادر عن الزوج فهو مجرد تنفيذ لرغبته التي كانت بناء عن إرادته المنفردة على أساس أن الطلاق بيد الزوج ما دام قد

يق والخلع من المادة بما يعين قبولها الطعن بالاستئناف

طلبه الزوج دون أن يكون من حقه طلب توضيح الأسباب، ولا يجب عليه أن يسبب حكمه بغير سبب واحد هو طلب الزوج وإصراره على الطلاق، الأمر يختلف بالنسبة لحكم الفرقة لأسباب التطليق أو الخلع، إذ حكم القاضي يتطلب منه تحقيقا فيما أورده من أسباب وتمحيصا لها، حتى يمكنه تطبيق النص على الوقائع، كل هذا يعني تسييه كافيا، حتى يصح النطق بالحكم وذلك من خلال موازنة بين طلبات الزوجة ودفوع الزوج، من غير الاستناد إلى طلبات الزوجة<sup>(1)</sup>، والقاضي في كل هذا يعمل سلطته التقديرية، القابلة للخطأ والصواب، هذه السلطة قابلة للرقابة في الأصل، وهذا ما يميز الحكمين وأثرهما بالنسبة للطعن<sup>(2)</sup>.

» :

53 حكم لا فائدة في الطعن فيه بالاستئناف»<sup>(3)</sup>.

57

ما كان من قبل الزوج أو بسبب من الزوجة غير قابلة للاستئناف، والمشرع بهذا فعل الصواب، إذ لو

(1) - 451 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (يعاني القاضي

عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة... يعاني القاضي أيضا ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة).

(2) - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 317-318. العربي بلحاج، الوجيز في شرح

2 363-364.

(3) - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 318.

## إعادتها

والقول بعدم استئناف مثل هذه الأحكام لا يمنع من الطعن فيها بالنقض أمام المحكمة (1).

وهذا الاتجاه للمشرع الجزائري ثابت في التطبيق القضائي، وقد صدرت بشأنه العديد من

: « أن الأحكام بالطلاق غير قابلة

للاستئناف، ما عدا في جوانبها المادية، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

- في قضية الحال - قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم

القاضي بالطلاق للخلع إلى الطلاق بتظلم الزوج، يكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية مخالفين، بذلك القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض «(2).

والقرار واضح من حيث دلالاته على أن أحكام الطلاق غير قابلة للطعن فيها بالاستئناف،

349

09-08 تنص على أنه (تكون قابلة للطعن بالنقض الأحكام والقرارات الفاصلة في

موضوع النزاع والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضاة).

بتدائية ونحائية فهي قابلة للطعن بالنقض دون الاستئناف، يؤكد هذا الاتجاه المواد: 433-434-

(1) \_ 09-08. 433: (أحكام الطلاق بالتراضي غير

434 (يسري أجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم). أي حكم الطلاق بالتراضي. وتؤكد المادة 435

خضوع تنفيذ أحكام الطلاق التراضي للإيقاف بسبب الطعن فيها بالنقض.

452 ) طلاق المنصوص عليها في المادتين 450-451).

(2) \_ 72858 المؤرخ بتاريخ: 20-03-1991، مجلة قضائية، ع1

( 57 ) .

- تصدر ابتدائية ونهائية وخروجا من هذا التضارب كان على المشرع أن ينص على عدم قابلية الأحكام الصادرة بحل الرابطة الزوجية للطعن بالاستئناف ولا بالنقض، وهذا يتماشى مع هذه الأخير (1).

### البند الثاني: موقف التشريع من الطعن في حكم تقدير التعويض

الحكم بتقدير تعويض في فرقة الأزواج، يحكم به لرفع ضرر لازم حكم الفرقة في حد ذاتها، لجبره أو التخفيف من وطأته.

- يستند إلى أصل تشريعي وفقهي، وكونه حكم يخضع كبقية الأحكام إلى الطعن فيه كأثر مباشر عنه.

### أولا: طبيعة حكم التقدير

استقر الفقه القانوني على جواز صدور حكم يتضمن عدة طلبات، ويسمى عندئذ بالحكم المختلط، كما هو الحال في الحكم الصادر في الطلب المتعلق بالطلاق إذ يصدر إلى جانبه

حكم الأول يصدر على ما سبق ذكره ابتدائيا ونهائيا - في حين يصدر الثاني ابتدائيا - (2).

(3) يؤكد في كل مرة هذا الازدواج في الحكم في الدعوى الواحدة، فهذه المادة

52 : «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة

بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»، وكون الطلاق لا يثبت إلا بحكم - 49 -

الحكم بالتعويض الذي تم تقديره يكون إلى جانب الحكم الأول.

(1) - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 2 364.

(2) - العربي بلحاج، الوجيز في 2 365.

(3) - 09-05 11-84

وهذه المادة 53 : «يجوز للقاضي في حالة الحكم بتطبيق أن يحكم بالملققة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها». أمر تؤكد أيضا المادة 55 «عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر».

وعلى هذا فالحكم بالتعويض والذي تطلب تقديرا لم يصدر بصفة مستقلة

شأنه في ذلك كل المتطلبات المادية من نفقة وغير وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي في

إهمال، ونفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي، وأنه عند الحكم ينبغي تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل<sup>(1)</sup>.

هذه التبعية للحكم بالتعويض للحكم بالفرقة لا تمنع من استقلاليه في باب الط ما شرع لأجلهما في هذا الباب.

ثانيا: سبل الطعن في أحكام التقدير وأساسه:

الأصل أن سلطة التقدير التي يمارسها القاضي لا رقابة عليها من الجهات القضائية العليا، فما ناس الذي احتكم إليه المشرع والفقهاء القانوني للقول بهذه الرقابة؟ وما هي طرقها مع حكم التقدير؟ هذا ما سيبحث في هاتين الجزئيتين.

1- أساس الطعن في حكم تقدير التعويض:

57 (2) : «تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطبيق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية...».

المشرع بمقتضى هذه المادة ميز بين قابلية الأحكام الصادرة في دعاوى الفرقة للطعن فما تعلق بحكم الفرقة فلا سبيل للطعن فيه بالاستئناف، وما تعلق بالجوانب المادية قابل للطعن فيه بالاستئناف، على حد تعبير المادة.

(1) 41560 المؤرخ بتاريخ 17-04-1986 غير منشور، نقلا عن: العربي

2 363.

بلحاج، الوجيز في شرح قانون ا

11-84

(2) 09-05

والحكم بصفة عامة سواء ما تعلق بالفرقة أو بالجوانب المادية، وإن احتكم القضاة إلى تشريعية، ففهم هذه النصوص وتكييفها وتطبيق أثرها على الوقائع يحتاج إلى تقدير، والتقدير سائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، إلا أن ثمة عناصر تدخل في حساب التعويض، هي سائل قانونية تخضع للرقابة.

كما أن التقدير في حد ذاته إن بني على أسباب غير سائغة، مما جعل التعويض يقدر بأقل يخضع في هذه الحال أيضا للرقابة<sup>(1)</sup>.

هذا المبدأ العام هو ما أخذ به الفقه القانوني والاجتهاد القضائي الجزائري، إذ أن تقدير ما من حقوق يخضع لقضاة الموضوع، غير أن تسبب هذا التقدير، وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر هي مسائل تدخل في صميم القانون، وبالتالي تخضع للرقابة<sup>(2)</sup>.

هذا الأساس معمول به في كل فروع القانون، والتي تحتاج إلى إعمال سلطة تقديرية، أين تظهر قناعات القاضي إلى سطح الواقع، والمشرع أقر للقاضي حرية تكوين قناعته في مجال التقدير، إلا أنه ملزم بتسبب قناعته تلك، وثمة فرق بين تسبب القناعة وتسبب الحكم، إذ الأولى تتطلب بيان تفاصيل تقدير وتقييم القاضي للأدلة، وتحديد مدى تأثير كل منها على قناعته، وتحليل الطريقة التي كوّن بها إقتناعه، أما الـ الذي ينطبق عليها، وأدلة الإثبات التي استند إليها في استنتاجاته<sup>(3)</sup> عليها، في حين الأسباب المعتمدة لتشكيلها عرضة للرقابة.

العصمة ومنها التعويض للزوجة التي طلقت، خاضعة للحكم بحكم القاضي التقديرية، هذه السلطة التي لا رقابة عليها فيما له علاقة بالوقائع، أما تسببها فثم موضع

وهذا ما نحى إليه الاجتهاد القضائي، إذ أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة تر

(1)- منير قزمان، مرجع سابق، ص 92-95. عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 429-432.

313.

2 363.

(2)- العربي بلحاج، الوجيز في شرح

(3)- فاضل زيدان محمد، مرجع سابق، ص 333.

سلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها<sup>(1)</sup>

الأسباب يعرض التقدير للطعن، كما يعرضه التقدير غير الملائم لما هو واقع من حيثيات الدعوى ولا يحقق الغرض منه كرفع الضرر أو الحد منه أو إنقاصه.

## 2- سبل الطعن في حكم تقدير التعويض

الطعن في حكم التعويض كونه من الجوانب المادية اللصيقة بحكم الفرقة يخضع بالأساس إلى الطعن في تقدير القاضي له، ويشمل طرق الطعن القانونية من استئناف وطعن بالنقض.

57 قانون أسرة السالف ذكرها صريحة في قبول الحكم بالمتعلقات المادية للطعن

يعني صدور الحكم بهم ابتدائياً، مما يسمح باستئناف هذا الحكم أمام الجهات

-المجالس القضائية-، وهذا المعمول به في القضاء الجزائري، واجتهادات القضاء والمتمثلة

في قرارات المحكمة العليا تؤكد هذا الاتجاه، لا يجوز لقضاة المجلس تعديل الحكم المستأنف

والقاضي بالطلاق من صفة إلى أخرى، وإن فعلوا ذلك يكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي

لا يجوز لهم مناقشته إلا في جوانبه المادية<sup>(2)</sup>، مما يعني بأن هذه الجوانب تقبل الطعن بالاستئناف،

ومحكمة الاستئناف في نظرها للطعون المقدمة إليها، غير مقيدة بحدود المبدأ

هي رأت أن مبلغ التعويض المحكوم به لا يكفي لجبر الأضرار في نظرها، فرفته إلى مبلغ أكبر لما

صرحت به في حكمها، من أن هذا المبلغ هو ما تراه مناسباً، فإن ما ذكرته يكفي لتعليل مخالفتها

درجة في تقدير التعويض استئنافي على ت

ملزماً إلا بذكر أسباب التعديل، وما عداه يعتبر مؤيداً بأسباب الحكم الابتدائي، أي أنه إذا عدل

الحكم الاستئنافي في مقدار التعويض تعين عليه تسبب الجزء الذي يشمل التعديل<sup>(3)</sup>.

(1) - 75029 المؤرخ في 18-06-1991، مجلة قضائية، 1994 2

.65

(2) - 72858 المؤرخ بتا 1991/03/20، مجلة قضائية 1993 1

.57

(3) - محمد المنجي، مرجع سابق، ص 383-385. «كما أنه في حالة رفع مبالغ التعويضات

فإنه يجب على قضاة الموضوع تسبب وبيان ذلك وفقاً للقواعد الشرعية، وهذا المبدأ خاضع للرقابة»

32779 المؤرخ بتاريخ 02-04-1984 غير منشور، نقلاً عن العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة

.365 2

سدته في حيثياتها قرارات المحكمة العليا

10

في العديد من المرات منها: «تعديلا له المجلس حذف هذا التعويض -

دينار جزائري تعويضا عن المبلغ الذي أنفقه على زواجه بها- وأبقى لها صداقها...»<sup>(1)</sup>. «

طلقة، ويجوز المطالبة بها في مرحلة الاستئناف، ولا تعتبر

«...إلا أنه يجب تبيان الأساس القانوني المعتمد عليه فيها يخص تخفيض

»<sup>(3)</sup>.

وعليه الحكم بتقدير التعويض يصدر ابتداءيا عن المحاكم، يعني هذا قبوله للطعن فيه

مر حينها بتسيب هذا التقدير، لا سلطة القاضي التقديرية التي لا رقابة

لحكم بالاستئناف يصدر حينها، سواء بالتعديل أو الإلغاء لتقدير التعويض، بشكل نهائي،

هو الآخر يكون قابلا للطعن فيه بالنقض، هذا الأخير لا علاقة له بفهم محكمة الاستئناف للدليل

بالواقع ولا رقابة لمحكمة النقض فيه، وإنما يكون إذا ما خالف الحكم الاستئنافي القانون

أو أخطأ في تأويله أو تطبيقه<sup>(4)</sup> أو تعرض للفصل فيما لم يطلب منه كأن يحكم قضاة الاستئناف

بالتفقات والتعويضات، بدون أن ترفع الزوجة استئنافا فرعيا في القضية<sup>(5)</sup>

الاستئنافي للطعن بالنقض.

وهذا كله مرده إلى أن نشاط القاضي طليق من كل قيد بصدد التثبت من الوقائع، إلا أنه

<sup>(6)</sup>

(1) - 39394 المؤرخ بتاريخ 10-02-1986، مجلة قضائية 1989 1

111.

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ بتاريخ 25-12-1989، مجلة قضائية 1991 3 68.

عن: العربي بلحاج، الوجيز، مرجع سابق، ج 2 365. 343 (لا تعتبر

ة بالطلب الأصلي، التي ترمي إلى نفس الغرض حتى ولو كان أساسها القانوني مغايرا

(3) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ بتاريخ 06-04-1987، مجلة قضائية 1991 4 91.

عن: العربي بلحاج، الوجيز، المرجع نفسه، ج 2 365.

(4) - محمد المنجي، مرجع سابق، 385-386.

(5) - 40178، المؤرخ بتاريخ 24-02-1986 غير منشور. نقلا عن:

العربي بلحاج، الوجيز، مرجع سابق، ج 2 365.

(6) - أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 456.

## الفرع الثاني: إجراءات ومواعيد الطعن

الطعن حتى يحقق الأثر المرجو من سلوك طريقه، يتعين له إجراءات نص عليها ال  
ومواعيد ينبغي مراعاتها، حتى يكون قانونيا لا يتعرض هو ذاته للنقض، وكون المجال الأسري وما تعلق  
به من نزاعات والمصطلح عليه بالأحوال الشخصية، يعالج ضمن المجال المدني الإجرائي، فالمنازعات  
لتعلقة بالأحوال الشخصية تطبق بشأنها نفس الإجراءات المنصوص عليها للمجال المدني عند عرض  
النزاع على الجهات القضائية للحكم بفض النزاع، وحتى تلك الإجراءات المتبعة للطعن في الأحكام

### البند الأول: إجراءات الطعن بالاستئناف ومواعيده

ي ما سبقت الإشارة إليه، فإن الطعن في أحكام تقدير التعويض بالاستئناف يتبع بشأنها

#### أولاً: إجراءات الطعن الاستئناف

معرفة إجراءات الطعن بالاستئناف، مردها إلى قانون الإجراءات المدنية (1)

#### 1- إيداع عريضة الاستئناف أمانة ضبط للمجلس القضائي:

539 على سبل الطعن بالاستئناف وما يجب اتخاذه من إجراءات قانونية نأخذ

:

يرفع الاستئناف بعريضة تودع أمانة ضبط المجلس القضاء الذي صدر الحكم المستأنف في

اختصاصه، فالاستئناف يتطلب عريضة نص على محتوياتها نص المادة 540

:

- اسم الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المستأنف.

-

- اسم ولقب وموطن المستأنف عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فأخر موطن له.

- عرض موجز للوقائع والطلبات والأوجه التي أسس عليها ا .
- ختم وتوقيع المحامي وعنوانه المهني، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.
- \* دفع الرسوم المحددة قانونا ما لم ينص القانون كذلك على خلافه.
- \* تقييد العريضة سجلا خاصا مرقما ومؤشرا عليه من قبل رئيس المجلس القضائي تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصو
- بتسجيل رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ عريضة الاستئناف، في المقابل يقوم المستأنف بالتبليغ الرسمي للعريضة للمستأنف عليه عن طريق المحضر القضائي<sup>(1)</sup>

هذان الإجراءان الأخيران فحوى نص المادتين 16 17

## 2- إيداع عريضة الاستئناف أمانة الضبط بالمحكمة مصدره الحكم المطعون فيه:

- 539 السابق ذكرها، لخت للطريق الثاني للطعن بالاستئناف وهو جواز ت
- بالاستئناف أمانة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم في السجل الخاص، وذلك بمراعاة أحكام 16 17 السابق ذكرهما.

وعلى هذه الطريقة أيضا تعد العريضة وفقا لمضامين المادة 540، إلا أن هذه الطريقة أصبحت مهجورة وغير مستعملة إلا نادرا جدا<sup>(2)</sup>.

قتين يجب أن ترفق عريضة الاستئناف تحت طائلة عدم قبولها شكلا نسخة مطابقة

( 541 )

- لستانف بها الحكم القضائي والذي يتولى المستأنف أمر ذلك التبليغ يخضع للمواد من 404 إلى 416 الإجرائي ذاته، كما يجب إحضار نسخة من محاضر التبليغ، والوثائق المدعمة للاستئناف في أول جلسة، وعدم القيام بذل يمنح له قانونا أجلا آخر، وإذا لم يقدم ما يجب بعد فوات الأجل دون مبرر مقبول تشطب القضية بأمر غير قابل للطعن، هذا الشطب يترتب عنه إزالة للاستئناف، ما لم يعاد تسجيل القضية في الجدول خلال آجال الاستئناف المتبقية

(1) 542-406

(2) .40

( 542 ) .(

### ثانيا: مواعيد الطعن بالاستئناف

المشروع في قانون الإجراءات المدنية

لمى أرض الوطن وأخرى تتعلق بغير المقيم على أرض الوطن.

#### 1-أجال الطعن بالاستئناف للمقيم على أرض الوطن:

(1) على أنه: (يحدد أجل الطعن

336

بالاستئناف بشهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الشخص ذاته، ويمدد الأجل إلى شهرين إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار).

وعليه ربط المشروع آجال الطعن بالاستئناف بمحل التبليغ الرسمي:

- إن كان إلى الشخص نفسه، فالأجل محدد بشهر.

- إن كان إلى الموطن الحقيقي أو المختار للشخص المستأنف عليه، فالأجل محدد بشهرين.

#### 2-آجال الطعن بالاستئناف لغير المقيم على أرض الوطن:

(2) :

404

آجال المعارضة والاستئناف والتماس إعادة النظر والطعن بالنقض المنصوص عليها في هذا القانون للأشخاص المقيمين خارج الإقليم الوطني).

ملاحظ أن هذه الآجال الأخيرة قد اتخذت موعدا واحدا فيما يتعلق بالاستئناف للأشخاص المقيمين خارج أرض الوطن، وهي ثلاثة أشهر (مدة شهر للمقيمين على أرض الوطن مضاف لها).

في حين ميز القانون الملغى بين نوع الإقامة خارج الوطن، إذ يمدد الأجل في ظل مدة شهر واحد للمقيمين في تونس والمغرب، في حين يمدد هذا الأجل شهرين للمقيمين في بلاد أجنبية أخرى،

(1) 09-08

(2)

### البند الثاني: إجراءات الطعن بالنقض ومواعيده

الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا يكون في جميع الأبتدائية والمجالس الاستئنافية، بشرط أن تكون هذه الأحكام والقرارات حضورية ونهائية الصفة، ولا تحديد لنوع من الدعاوى عن أخرى، إذ تختص بكل أنواع الدعاوى مدنية أو تجارية، أو ما تعلق هذا الاختصاص العام لا يمنع كما هو على مستوى التقسيمات القضائية الدنيا، أن تختص المحكمة العليا بنظر هذه الدعاوى على مستوى عزف متخصصة مستقلة بالفصل في الطعون المتعلقة بكل مسألة من هذه المسائل.

والمحكمة العليا على ما سبق الكلام فيه ليست درجة تقاضي وليست مختص وضوع النزاع، كونها جهة أو محكمة قانون فقط مهمتها أو صلاحياتها الأساسية هي تقييم وتقييم أعمال الجهات القضائية الدنيا، وضمان توحيد الاجتهاد القضائي والسهر على احترام

من الجوانب المادية في دعاوى الفرقة التي خصها المشرع بل الطعن فيها بالاستئناف، فإن صدور القرار المستأنف فيه بصفة نهائية وحضورية يجعله هو الآخر قابلاً للطعن فيه بالذ لأخير أيضا يلتزم معه بإجراءات ومواعيد محددة قانونا.

### أولاً: إجراءات الطعن بالنقض

ما هو الحال في جل الإجراءات المتبعة للطعون، فإنه يجب الاحتكام إلى القانون الإجرائي، المحكمة العليا، كما يجوز أيضا أن يرفع الطعن بالنقض بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المجلس القضائي، الذي صدر في دائرة اختصاصه الحكم موضوع الطعن، هذا الطريق الأخير حكم جديد لم يكن موجودا في ظل القانون 66-154 560  
إدارية على هذه الإجراءات.

من خلال هذه المادة اتضح أن الطعن بالنقض يتخذ وسيلتين:

## 1- وسيلة التصريح:

ويتم التصريح بالطعن بالنقض من طرف الطاعن شخصيا أو من محاميه، في محضر يعده أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا، أو المجلس القضائي أو أمين ضبط يفوض لهذا الغرض. يتضمن المحضر المعد حينها البيانات الآتية:

- طعون ضده أو ضدهم.

أ أو المجلس القضائي والقائم بالتصريح، وتسلم نسخة منه إلى القائم بالتصريح لغرض تبليغه الرسمي للمطعون ضده وفق المنصوص عليه، وهذه الوسيلة - - 562

## 2- وسيلة العريضة:

والتي يجب أن تتضمن البيانات الآتية، وإلا كانت غير مقبولة شكلا تلقائيا، بنص المادة 565 :

- ن ضده أو ضدهم.

ويجب ألا يتضمن الوجه المتمسك به أو الفرع منه إلا حالة واحدة من حالات الطعن له، كما يجب أن ترفق عريضة الطعن بالنقض

566 الوثائق الآتية تحت طائلة عدم قبول الطعن شكلا تلقائيا:

- نسخة مطابقة لأصل القرار أو الحكم محل الطعن، مرفقة بمحاضر التبليغ الرسمي إن وجدت.
- نسخة من الحكم المؤيد أو الملغى بالقرار محل الطعن.
- شار إليها في مرفقات عريضة الطعن.
- دفع الرسم القضائي لدى أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا أو المجلس .
- نسخة من محاضر التبليغ الرسمي للتصريح أو لعريضة الطعن بالنقض إلى المطعون ضده.
- كما يجب أن تحمل العريضة وتحت طائلة عدم القبول شكلا التوقيع الخطي وختم محام معتمد لدى المحكمة العليا وعنوانه المهني - 567 09-08 - .
- والملاحظ على الوسيطتين (التصريح والعريضة) اعتمادهما الكتابة، وهذا شرط إجرائي آخر
- 557 )
- .(

ويجب أن يمثل الخصوم أمام المحكمة العليا بمحام (المادة 558 قانون إجرائي)، ولا يمكن هذا التمثيل إلا من قبل محامين معتمدين لدى المحكمة العليا (المادة 559 ) .

أن وسيلتي الطعن بالنقض المصرح بهما واجبتا التسجيل بسجل يسمى (سجل قيد الطعون بالنقض) على مستوى المحكمة العليا أو المجلس القضائي، إذ تتولى أمانة الضبط على مستوى المحلين تسجيل هذه التصريحات أو العرائض حسب تاريخ وصولها، أين يكون - -

561 )

المح

.(

(1)

والأكد أن التسجيل أمام المجلس إجراء جديد ومفيد للمحا

### ثانيا: مواعيد الطعن بالنقض

354 ية الساري المفعول ميعاد تقديم الطعن  
بالنقض أمام المحكمة العليا أو المجلس القضائي بالسبل السالف ذكرها من عريضة أو تصريح، وذلك  
الأحكام والقرارات القضائية النهائية الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية، وهي تلك المواعيد  
الخاصة بحق الطعن للمقيمين بالجزائر، في  
404.

### 1-أجل الطعن بالنقض للمقيم على أرض الوطن:

354 قانون إجراءات مدنية وإدارية على أنه: (يرفع الطعن بالنقض في أجل  
شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا، ويمدد أجل الطعن بالنقض  
إلى ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار).  
وعلى هذا ربط المشرع آجال الطعن بالنقض بمحل التبليغ الرسمي:  
- للشخص المطعون ضده، الأجل المحدد بشهرين اثنين.  
- المختار للشخص المطعون ضده يمدد الأجل إلى ثلاثة أشهر.

### 2-آجال الطعن بالنقض لغير المقيم على أرض الوطن:

أ تعلق بهذا الأجل لا يختلف الأمر وأجل الطعن بالاستئناف، إذ يمدد في الطعنين بالمدة  
أما وهي شهران اثنان زيادة على المدد المتعلقة بالمقيم على أرض الوطن، فيزداد على المواعيد السابقة  
404

وفي العموم مواعيد الطعن المفصل فيها سابقا يوقف سريانها بإيداع طلب المساعدة القضائية،  
فالخصم الراغب في ممارسة حقه في الطعن بالنقض إن كان به فاقة وغير قادر على تحمل المصاريف  
القضائية، ولجأ إلى طلب المساعدة القضائية  
ينتج عن هذا بحكم القانون - 356 -

- 357 القانون الإجرائي المدني

-

والملاحظ أن مواعيد الطعن سواء بالاستئناف أو بالنقض على صلة بالتبليغ الرسمي، والذي يحتكم فيه إلى المواد من 406 إلى 416 ( 408 ) محضر يعده المحضر القضائي، هذا الأخير يتولى مهمة التبليغ بناء على طلب الشخص المعني أو ممثله القانوني أو الاتفاقي، ويجزر بشأنه محضرا في عدد من النسخ مساو لعدد الأشخاص المبلغين، ولا يعتبر التبليغ ولو بدون تحفظ قبولا بالحكم (المادة 406).

كما يجب توافر التبليغ على جملة بيانات وهي المنصوص بشأنها في المادة 407 ، وإن تم عن طريق وكيل اعتبر صحيحا ( المادة 409).

وفي حالة استحالة الموطن المعروف يجزر محضرا ويضم الإجراءات المؤداة، ويتحقق البليغ بتعليق نسخة لوحة الإعلانات مقر المحكمة ومقر البلدية، التي كان للمبلغ بما آخر موطن (المادة 412).

وللتبليغ موافيت وأيام يجب مراعاتها حددتها المادة 416

لم يغفل القانون الإجرائي على كيفية تبليغ المحبوس (المادة 413)، وكذا الأشخاص الذين لهم موطن في الخارج إذ يحتكم في الأول - إلى مكان الحبس، وفي الثاني -الموطن في الخ - إلى ( 414-415 : )

وإذا ما استحال التبليغ الشخصي يحل محله التبليغ لأحد أفراد العائلة المقيمين معه في الموطن الأصلي أو المختار، ويشترط في متلقيه التمتع بالأهلية وإلا كان قبالا للإبطال (المادة 410) المتلقي التبليغ أو التوقيع أو البصم يدون في المحضر ويعوض التبليغ الشخصي برسالة مضممة الإشعار بالاستيلاء تحوي نسخة من التبليغ الرسمي، وهو بمثابة التبليغ الشخصي، ويحتسب الأجل حينها اعتمادا على تاريخ ختم البريد (المادة 411).

وعلى هذا، يمكن لأي شخص إذا ما توافرت فيه المعطيات السابقة، وكان طرفا في أي قرار قضائي أن يطعن فيه أمام المحكمة العليا، وذلك بإيداع مذكرة الطعن محررة بواسطة محامي معتمد لدى المحكمة العليا ضمن أجل شهرين من تاريخ التبليغ إن تم شخصيا أو ثلاثة أشهر إن تم في

ويمكن للمتقاضين طلب شهادة الطعن أو عدم الطعن من أمانة الضبط للهيئات القضائية

الفصل الثاني: ..... تقدير التحويض، أسامه وفناخلته في أحكام الفرة

مرفقين بالحكم أو بالقرار النهائي ومحضر تبليغ الخصوم وطابع جبائي.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

# خاتمة

جامعة الأمير  
عبد القادر للعوم الإسلامية

الحمد لله الجواد الكريم وصلى الله على نبي السلام والرحمة محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

من الله تعالى وحده وبه التوفيق وبعد:

حاولت في هذه المذكرة طرق باب من أبواب الأحوال الشخصية وبالتحديد ذات الصلة بالفرقة الزوجية، هذه الأخيرة التي أبغضها الله رغم نعتها بالحلال، وهو الحق وقوله الحق، فحكمه على الفرقة بأنها أبغض الحلال، لما يترتب عليها من أضرار تلحق بالزوجين من طرف أول والأسرة من طرف ثان والمجتمع من طرف ثالث.

ركزت حينها البحث على طريقي العلاقة الزوجية - الزوج والزوجة - والأضرار التي قد تلحقهما جراء الانفصال.

هذا الضرر الذي رعاه الشرع والقانون بالجبر وكفل محو أثره بتقرير تعويض عنه، قد يدفعه أو يخفف من وطأته على النفوس.

وكونه ضرر كغيره من الأضرار والشرائع في مجملها نظمت ضمان هذا الجانب، سواء أكان بفعل ضار أو نتيجة فعل التعسف في استعمال الحق، لذا وقبل أن أبلغ الهدف من الدراسة أردت معرفة جهة انتساب ضرر الفرقة المراد التعويض بشأنه وتقدير هذا الأخير، أهو إلى جهة الأفعال الضارة الموصوفة قانونا بالمسؤولية التقصيرية أم إلى جهة الفعل الموصوف بالتعسف في استعمال الحق.

الفعل الضار بأركانه الثلاث الخطأ والضرر والعلاقة السببية على اختلاف في ركنية الأول (الخطأ) والثاني (العلاقة السببية) بين الفقهاء الإسلامي والقانوني، أيعتد بهم جميعا أم يُكتفى بالضرر لوحده لتحقيق المسؤولية الموجبة للتعويض عن الفعل الضار؟

في خلاصة بحث هذا الإشكال اتضح عدم إمكانية نسبة ضرر الفرقة إلى الفعل الضار -المسؤولية التقصيرية- كون الفرقة فعل مباح في حد ذاته، إنما أسند التعويض عنه إلى فعل التعسف كأساس فقهي وقانوني، كون الضرر المترتب عن استعمال حق الفرقة سببه الأصيل هو التعسف في كيفية إتيانه، والفرقة حق إلا أن المقدم عليها يطالب بالتعويض نتيجة تعسفه في استعمال حقه، لا كون فعله ضار.

وبعد تقرير الأساس الشرعي والقانوني للحكم بالتعويض في فرقة الأزواج أردت الوقوف على نوع هذا التعويض وكيفية استيفائه.

والتعويض أنواع على ما هو مقرر، منه العيني والمثلي والقيمي، وكون ضرر الفرقة الغالب فيه من نوع المعنوي فقد يرمم بتعويض من الثلاثة المذكورة، إلا أن القيمي منها هو الشائع والمطبق شرعا وقانونا، وما

المتعة ونصف المهر وبدل الخلع المقرر شرعا وفقها إسلاميين إلا التعويض القيمي نفسه، وكذا التعويض المقرر قانونا.

هذا التعويض الذي لا يتمتع صاحبه بالقدرة على استيفائه إلا بتتبع سبلا واجبة، هي طريق رفع الدعوى، فعلى الراغب في جبر ضرره أن يتبع الإجراءات المحددة شرعا وقانونا وذلك بإتيان الواجب في رفع الدعوى إلى سيرورتها قضاء إلى كيفية الحكم بالتعويض.

لتعويض ليس كما هو في أذهان العامة حق للمرأة كونها الطرف الأضعف في العلاقة الزوجية، فتتأثر بالفرقة دوغما الرجل. والواقع يثبت أن ضرر الفرقة يلحق بالطرفين، المرأة بسبب الطلاق الذي أقدم عليه الزوج، والرجل بسبب الخلع أو التطليق الذي أقدمت عليه الزوجة، والمقرر لهما حقا.

وكون الضرر المترتب عن الفرقة من طبيعة معنوية فقد لحقه هو الآخر ما لحق مسألة التعويض عن الأضرار المعنوية بين مجيز ومانع لها. والراجح على ما ثبت شرعا وفقها إسلاميين وقانونا جواز التعويض عن مثل هذه الأضرار، هذا الأخير -التعويض- الذي يتطلب تقديرا.

وكونه مما يعنى بالتقدير فمن الأوكد أن تختص به هيئة عليا هي القضاء، فيتمتع العاملون عليها -القضاة- بسلطة تقديرية مخولة لهم شرعا وقانونا، هذه السلطة التي لاقت هي الأخرى خلافا فقها بشأن إعمالها في دعاوى الفرقة وغيرها من الدعاوى.

وعلى القول بجواز إعمال سلطة تقديرية، وعلى وجه الخصوص تقدير التعويض عن فعل الفرقة الزوجية، فإن هذا التقدير يتطلب ضوابط وقواعد يتعين مراعاتها، حتى يكون على الوجه الأمثل والأصلح.

ومسألة تقدير التعويض تتطلب تقديرا للضرر الذي يتعين إثباته ومحاطة هذا الفعل بكل ما يمكن أن يؤثر في مسألة التقدير من ظروف ملابسة ووقت التقدير في حد ذاته سواء للضرر أم للتعويض عنه.

هذه السلطة المخولة للقضاة وحتى تأخذ ثقة من نفذت لصالحهم أو عليهم يتعين أن تسند إلى خبرة أهل الاختصاص في كل فن.

وكون التعويض في دعاوى الفرقة تنوعت أشكاله بين متعة وبدل خلع ونصف مهر وتعويض، لاق اهتمام الفقهاء بشأن تقديره، وذلك بمراعاة كل الظروف التي قد تساهم في الرفع أو الإنقاص من قيمته.

وكون وسيلة بلوغ التعويض هي دعوى قضائية، فإن الحكم به قضائيا يتعرض لما تتعرض له الأحكام القضائية من رقابة بسبل الطعن المتاحة شرعا وقانونا.

وصلت بعد هذه الجولة العلمية في ثنايا بحثي لمسألة تقدير التعويض عن فعل الفرقة الزوجية إلى النتائج الآتية:

- الضرر المترتب عن فعل الفرقة من طبيعة ضرر التعسف في استعمال الحق، كون الطلاق والتطليق والخلع حق مقرر شرعا وقانونا، فلا يمكن اعتبار الإقدام عليه فعل ضار، فتطبق بشأنه أحكام المسؤولية التقصيرية.

- التعويض عن ضرر فعل الفرقة يأخذ شكل التعويض القيمي كون المال مما ترتاح إليه النفوس وتضمند به بعض الجراحات المعنوية منها والمادية.

- التعويض وتقديره لا يتأتى لأي كان الحكم به، إنما اختصت به هيئة القضاء بممثليها المعتمدين -السادة القضاة- للحكم به.

- التقدير للتعويض ليس بالعمل الجزائي إنما يتطلب خبرة من الشخص القاضي به، أو الاعتماد على خبرات أهل الاختصاص.

- التقدير كغيره من التقديرات المقررة شرعا وقانونا يستند إلى ضوابط وقواعد يتعين مراعاتها من تقدير ضرر ووقته والظروف التي لا بست الوقائع، المطلوب بشأنها تعويضا.

- حتى يحقق العدل أرسى الشرع والقانون حق الطعن في الأحكام، متى كانت غير مناسبة أو لم يرض بها أصحابها وثمة عدالة القضاء.

- الفقه الإسلامي والشرع من قبله لم يغفل الأضرار المعنوية ولا الحق في التعويض عنها، وكذا الأمر بالنسبة للقانون وفقهه.

- التقدير القضائي للتعويض ذو سمة إنسانية، كونه راعي كل الأطراف من حيث الظروف المحيطة بها، ووقت وقوع الضرر وغيرها مما يلتزم القضاء مراعاته حتى يكون التعويض والتقدير له عادلا، جابرا للضرر.

- إقرار الشرع والفقهاء الإسلاميين بوجود ضرر مرافق للفرقة بين الأزواج يتعين رفعه بالتعويض عنه، وفي هذا إقرار بالأضرار المعنوية التي طالما ثار بشأن التعويض عنها خلاف وجهات النظر في الفقهاء الإسلامي والقانوني.

- إقرار التعويض والتقدير له فيه سمة الحرص على تثبيت الروابط الإنسانية وتحقيق العدالة. هذا وفي ختام بحثي أراني راغبة في سرد بعض التوصيات عساها تلقى الصدى اللازم والتطبيق المناسب:

- على الهيئات القضائية تحديد لجان متخصصة علمياً، لها القدرة على الوقوف على خبايا الخلافات الزوجية، هذه اللجان يفضل أن تتألف من ذوي خبرة اجتماعية، نفسية، ثقافية، دينية وطبية... قصد الوقوف على طبيعة الأضرار وتقديرها.

- دعوة للمشرع للتفصيل أكثر في مسألة تقدير التعويض عن فعل الفرقة، بسن قوانين أو قانوناً إجرائياً تكملياً يبين سبل وإجراءات إضافية لما هو في قانون الإجراءات المدنية، ذا صلة بالأحوال الشخصية، حتى لا يلتبس الأمر على القضاة من جهة ولا يشكك في عدالة القضاء وسلطته من جهة ثانية.

- ارتباط تقدير التعويض بحالة الزوجين المادية، الوقوف على هذا الوضع فيه دعوة أخرى للقائمين على شؤون القضاء وتحقيق العدل، بتعيين مكلفين بالتفتيش الميداني لتقصي الوضع الحقيقي للزوجين الراغبين في الفرقة.

وفي الأخير الله العلي القدير أسأل أن يجعل ما كتبه شاهداً لي لا عليّ، وأن يتقبله مني، وأستغفره تعالى من كل تجاوز أو قول بغير علم أو تغيير أو تبديل أو تحريف.

وهذا الجهد وعلى الله التكلان، وإن أحسنت فمن الله، وإن أسأت فمن نفسي والشيطان.

ولله الحمد على كل حال وأعوذ بالله من حال أهل النار، هو حسبنا ونعم الوكيل.

وصلّى الله على نبينا محمد، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

# الملاحق

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

## وثيقة رقم (1): نموذج لعريضة افتتاح دعوى

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

محكمة قسنطينة  
قسم الأحوال الشخصية  
"شؤون الأسرة"  
قسنطينة يوم .....

الاسم واللقب (المحامي)  
محامي معتمد لدى المحكمة العليا  
(أو المجلس القضائي)  
عنوان المحامي .....

## عريضة افتتاح دعوى

لفائدة: (الاسم، اللقب، العنوان، المهنة) ..... المدعي، الممثل بالمحامي .....

ضد: (الاسم، اللقب، العنوان، المهنة) ..... المدعي، الممثل بالمحامي .....

بحضور: السيد وكيل الجمهورية لدى محكمة قسنطينة

موضوع الدعوى: (مثلا: الحكم بالطلاق وفقا لأحكام المادة 48 قانون الأسرة)

بعد واجب الاحترام والتقدير لهيئة المحكمة الموقرة، يستأذن المدعي بالتقدم إلى هيئة المحكمة -بواسطة محامية- بأن يعرض عليها هذه الدعوى كمايلي:

من حيث الشكل: حيث أن الدعوى مرفوعة وفقا لما جاء به الوضع الإجرائي والشروط الشكلية المنصوص عليها قانونا (8، 12، 13، 15، 459).

لذلك المدعي يلتمس قبول الدعوى شكلا.

من حيث الموضوع: - حيث ..... موجز الوقائع.

- حيث ..... إبداء الحقوق والطلبات.

- حيث ..... الأسانيد القانونية.

لهذه الأسباب ومن أجلها يلتمس المدعي من هيئة المحكمة الموقرة كمايلي:

من حيث الشكل: قبول الدعوى شكلا.

من حيث الموضوع: تذكر الطلبات بشكل واضح ودقيق.

(الحكم بفك الرابطة الزوجية.... استنادا للمادة...).

على مسؤولية المدعى عليه.

-تحميل المدعى عليها المصاريف القضائية.

تحت جميع التحفظات

عن المدعى محاميه

السيد: .....

الإمضاء

المرفقات: كل المستندات الضرورية

(نسخة من عقد زواج،

شهادات طبية.....)

وثيقة رقم (2): نموذج لطلب استئناف حكم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مجلس قضاء قسنطينة

محكمة قسنطينة

أمانة الضبط

غرفة الأحوال الشخصية

استئناف أمام المجلس القضائي

في مسائل الأحوال الشخصية

نسخة: منقول من أصول أمانة الضبط.

بتاريخ: ..... سنة ألفين .....

أمامنا نحن، أمين الضبط الموقع أدناه.

حضر: .....

السيد: .....

المدعو: .....

الذي صرح بأنه يطعن بالاستئناف أمام المجلس القضائي في الحكم الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ب:

..... على المدعو ..... لما يجره له الحكم المذكور من ضرر.

وبيانا للوقائع حررنا المحضر الحالي ووقع عليه معنا بعد تلاوته.

قسنطينة في: .....

أمين الضبط

وثيقة رقم (3): نموذج شهادة استئناف

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مجلس قضاء قسنطينة

محكمة قسنطينة

أمانة الضبط

شهادة استئناف

رقم الاستئناف: .....

تاريخ الاستئناف: .....

أمامنا نحن أمين الضبط الموقع أدناه

حضر ..... (المستأنف)

الذي صرح بأنه يستأنف الحكم رقم الفهرس .....

الصادر في ..... من طرف قسم .....

القاضي ب .....

ضد: .....

لما يجره له الحكم المذكور من ضرر.

وبيانا للوقائع حررنا المحضر الحالي ووقع عليه معنا من بعد تلاوته.

/ / قسنطينة في

أمين الضبط

وثيقة رقم (4): نموذج: طلب الطعن بالنقض في قرار

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مجلس قضاء قسنطينة

كتابة الضبط

غرفة الأحوال الشخصية

طعن بالنقض أمام المحكمة العليا

مسائل الأحوال الشخصية.

نسخة: منقول من أصول أمانة الضبط.

بتاريخ: ..... سنة ألفين .....

أمامنا نحن، أمين الضبط الموقع أدناه: .....

حضر: .....

1- السيد: .....

2- المدعو: .....

الذي صرح بأنه يطعن أمام المحكمة العليا في القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية.

.....

الذي حكم على: .....

ب: .....

.....

لما يجزه له القرار المذكور من ضرر.

وبيانا للوقائع حررنا المحضر الحالي ووقع عليه معنا بعد تلاوته.

قسنطينة في .....

أمين الضبط

وثيقة رقم (5): نموذج: شهادة طعن بالنقض

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مجلس قضاء قسنطينة

كتابة الضبط

غرفة الأحوال الشخصية

شهادة طعن بالنقض أمام المحكمة العليا

يشهد أمين الضبط لدى مجلس قضاء قسنطينة

بأن:.....(الطاعن).....

.....

سجل بتاريخ..... طعنا بالنقض أمام المحكمة العليا

ضد القرار الصادر بتاريخ:.....

تحت رقم:.....(رقم الفهرس).....

والقاضي ب:.....

.....

من أجل:.....

.....

بناء على ذلك سلمت هذه الشهادة بيانا للوقائع

للاستظهار بما يخوله القانون

قسنطينة في:.....

أمين الضبط

وثيقة رقم (6): نموذج لشهادة عدم الطعن بالنقض

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مجلس قضاء قسنطينة

كتابة الضبط

غرفة الأحوال الشخصية

شهادة عدم الطعن أمام المحكمة العليا

يشهد أمين الضبط لدى مجلس قضاء قسنطينة

بأن: ..... (الطاعن).....

.....

لم تسجل أي طعن بالنقض أمام المحكمة العليا ضد القرار الصادر

بتاريخ: .....

والقاضي على المتهم: .....

ب: .....

.....

من أجل: .....

.....

بناء على ذلك سلمت هذه الشهادة بيانا للوقائع للاستظهار بما فيما يحوله القانون.

قسنطينة في: .....

أمين الضبط

وثيقة رقم (6): سلطة القاضي التقديرية تتجلى في تغير التقدير بتغير السنوات

المبلغ المقدر	نوع الفرقة	تاريخ القرار	مجالات قضائية (م ق) ونشرة قضائية (ن ق)		
			السنة	صفحة	عدد
متعة 800 دج تعويض 6000 دج	طلاق	1985/04/08	1989	89	1
متعة 3000 دج	طلاق	1986/01/27	1989	108	1
نصف مهر 10600 دج تعويض 5000 دج	طلاق قبل الدخول	1986/01/27	1989	105	1
بدل الخلع 10.000 دج	خلع	1986/02/10	1989	111	1
تعويض 5000 دج	طلاق	1986/04/07	1989	69	2
بدل الخلع 3000 دج	خلع	1984/06/11	1989	38	3
بدل خلع 10.000 دج	خلع	1988/11/21	1990	55	1
متعة 3000 دج	طلاق	1990/01/22	1990	72	2
تعويض 15.000 دج	طلاق	1990/07/16	1991	35	1
تعويض 7000 دج	طلاق	1987/03/27	1991	56	1
تعويض 15.000 دج	طلاق	1990/07/16	1991	45	3
تعويض 5000 دج	تطبيق	1988/09/26	1992	50	2
تعويض 10.000 دج	تطبيق	1989/11/27	1992	52	3
تعويض 8.000 دج	طلاق	1991/06/18	1993	6	1
تعويض 3000 دج	طلاق	1991/06/18	1993	65	1
بدل خلع 20.000 دج	خلع	1986/04/21	1993	69	4
بدل الخلع 6.000 دج	خلع	1991/02/20	1993	78	4
تعويض 20.000 دج	طلاق	1993/04/27	1994	71	2
تعويض 15.000 دج	طلاق	1994/06/17	1995	95	2
تعويض 10.000 دج	تطبيق	1992/12/22	1995	92	2
تعويض 20.000 دج	تطبيق	1997/12/23	1997	49	1
تعويض 85000 دج	طلاق قبل الدخول	1996/04/23	1998	129	1
					ن.ق

تعويض 20.000 دج	تطبيق	1996/01/16	1999	100	54
بدل خلع 50.000 دج	خلع	1995/09/26	1999	171	ن ق 55
تعويض 40.000 دج	طلاق	2000/02/22	2000	275	1
تعويض 30.000 دج	تطبيق	1998/07/21	2001	116	خاص
تعويض عن المتعة 30.000 دج	تطبيق	1999/02/16	2001	119	خاص
تعويض 100.000 دج	طلاق	1999/03/16	2001	122	خاص
تعويض 40.000 دج	تطبيق	1999/06/15	2001	129	خاص
150.000 دج مع التعديل	طلاق	1998/05/19	2001	147	خاص
تعويض 20.000 دج	طلاق	1999/02/06	2001	219	خاص
تعويض عن ضرر معنوي 50.000 دج	طلاق قبل الدخول	1999/03/16	2001	256	خاص

# المفهارس

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

## فهرس الآيات الكريمة

الصفحة	الرقم	الآية
سورة البقرة		
148	187	﴿ هُنَّ لِيَاسٍ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَاسٍ لَهُنَّ ... ﴾
48	190	﴿ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ ﴾
64	194	﴿ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ ... ﴾
177	226	﴿ لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرْبُصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ... ﴾
134	227	﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ... ﴾
159، 137	227	﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْبِصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ... ﴾
152، 103	229	﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا ... ﴾
114، 117، 134، 136، 158	229	﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ... ﴾
277، 158	229	﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ... ﴾
158، 139، 117	230	﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا يَحِلُّ ... ﴾
136	231	﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيُنَّ أَجَلَهُنَّ ... ﴾
166	231	﴿ وَلَا تُنْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَعْتَدُوا ... ﴾
138	232	﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيُنَّ أَجَلَهُنَّ ... ﴾
138	234	﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ... ﴾
98، 100، 101، 114، 118، 120، 125، 127، 266، 265	236	﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ ... ﴾
270، 214، 142	236	﴿ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ ... ﴾
100، 119، 123، 127، 264	237	﴿ وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ... ﴾
123	237	﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا ... ﴾
98، 100، 101، 142	241	﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ ... ﴾

سورة النساء		
152، 103	4	﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صِدْقَهُنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ...﴾
42	12	﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيكَ...﴾
147، 115	19	﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾
165	19	﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ...﴾
166، 150	20	﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ...﴾
192	22	﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ...﴾
61	29	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ...﴾
198	34	﴿وَالَّذِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ...﴾
196	35	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ...﴾
215	59	﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ...﴾
198، 195	130-128	﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾ ﴿اللَّهُ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ...﴾
225	135	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُوفُوا قَوْمِينَ بِالْقِسْطِ...﴾
سورة الأنعام		
68	52	﴿يَدْعُونَ رَبَّهُم بِالْغَدْوَةِ...﴾
سورة الأعراف		
192	33	﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ...﴾
157	43	﴿وَنَزَعْنَا مَا فِي صُدُورِهِمْ مِنْ غَلٍّ...﴾
157	108	﴿وَنَزَعَ يَدَهُ...﴾
سورة الحجر		
157	47	﴿وَنَزَعْنَا مَا فِي صُدُورِهِمْ مِنْ غَلٍّ...﴾
سورة الإسراء		
192	32	﴿وَلَا تَقْرُبُوا الزَّيْنَةَ...﴾
225	36	﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ...﴾

سورة الكهف		
68	28	﴿يَدْعُونَ رَبَّهُمْ بِالْغَدْوَةِ وَالْعَشِيِّ...﴾
سورة مريم		
68	91	﴿أَنْ دَعَا لِلرَّحْمَنِ وَلَدًا﴾
سورة الأنبياء		
215	79-78	﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ...﴾
سورة النور		
223	4	﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ...﴾
180	9-6	﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ...﴾
سورة الشعراء		
157	33	﴿مُجْتَمِعًا فَهَيْبَتًا مَلَكُوتًا فَمِنْ ذَلِكَ يَوْمٍ الْقِيَامِ﴾
سورة العنكبوت		
216	69	﴿وَالَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا...﴾
سورة الروم		
85	21	﴿﴿﴿سُوْرَةُ الْقَائِمَةِ الْبَقِيَّةُ الْآخِرَةُ﴾﴾﴾
سورة الأحزاب		
101	28	﴿يَأَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِمَ أَرْسَلْتُكَ...﴾
142	28	﴿فَمَا لَبَسَ لَمَمًا وَاسْتَحْيَا...﴾
120، 118، 116، 99، 126	49	﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ...﴾
سورة يس		
68	57	﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾
سورة الشورى		
64	40	﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا...﴾

سورة المجادلة		
183	4-2	﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ...﴾
سورة الطلاق		
137، 134، 114	1	﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ...﴾
192، 163	1	﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ...﴾
164	6	﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُدَّ عَنْهُنَّ أَجُورَهُنَّ...﴾

فهرس الأحادس والآثار

الصفحة	طرف الحدس
147، 134، 115، 34	أبغض الحلال إلى الله...
278، 157، 152، 104	أتردين عليه حدسقة ...
105، 104	أجاز عثمان ؓ الخلع ...
218	إذا جاءك شسء فس كتاب الله...
282، 217	إذا حكم الحاكم...
187	أعمار أمس ما بين السسسن...
177	آلى الرسول ﷺ من نسائه...
24	إن الله سجاوز لأمس...
8	إن الله وضع عن أمس...
159	أن سعتد بسسضة...
61، 47	إن دماءكم وأموالكم علىكم...
224	إن سئت سهدت ولم أقض...
40	إنما الأعمال بالنسات...
282، 223، 216	إنما أنا بسر...
150، 147	أسما امرأة سألت...
225	بلى قد فعلت ولكن غفر لك...
235، 205	البسنة على المدس والسسمن...
135	ثلاث سدهن سده...
157	الخلع سطلسقة بائنة...
277	الخلع ما دون عقال الرأس...
64	سعام بسعام...
142، 99	سلق النبس ﷺ المسسعدة...

134، 114	طلق رسول الله ﷺ السيدة حفصة - رضي الله عنها... ..
139	عصيتَ ربك... ..
62	على اليد ما أخذت... ..
219	فافهم إذا أدلي إليك... ..
180	قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك... ..
242، 47، 20	لا ضرر ولا ضرار
62	لا يأخذن أحدكم متاع... ..
61	لا يحل مال امرئ مسلم... ..
126، 99	لكل مطلقة متعة... ..
223	لو رأيت رجلا على حدّ زنا... ..
223	لو وجدت رجلا على حد... ..
142، 99	متّع عبد الرحمن بن عوف امرأة له... ..
180	المتلاعنان أيفرق بينهما؟... ..
135	مره فليراجعها... ..
78	من ابتلي بالقضاء بين المسلمين... ..
293	من أحدث في أمرنا هذا... ..
219	من عرض له منكم قضاء... ..
104	وضع عمر رضي الله عنه امرأة ناشز في بيت كثير الزبل... ..
114	يا عبد الله بن عمر طلق امرأتك... ..

فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة	العلم
224	أصبغ
103	امرأة ثابت بن قيس
86	ابن تيمية
103	ثابت بن قيس
156	ابن جزري
58	أبو حامد الغزالي
150	ابن حجر العسقلاني
47	ابن حزم
182	أبو حنيفة
89	الخرشي
169	الدردير أبو البركات
62	ابن رشد الحفيد
182	زفر
224	سحنون
62	السرخسي
21	السنهوري
40	الشاطبي
218	شريح
59	الشوكاني
21	الشيبياني
113	عبد العزيز سعد
8	العز بن عبد السلام
169	ابن فرحون

187	القاضي عبد الوهاب
69	ابن قدامة
9	القراي
90	ابن القيم
89	الكاساني
224	ابن الماجشون
89	مالك
219	ابن مسعود
4	مصطفى أحمد الزرقا
217	معاذ بن جبل
218	أبو موسى الأشعري
166	ابن الهمام كمال
22	أبو يوسف

فهرس القواعد الفقهية

الصفحة	القاعدة
244	إزالة الضرر قدر الإمكان
40	الأمر بمقاصدها
47	إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره
47	تصرف الإنسان في خالص ملكه
48	تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة
11، 46، 55، 56، 87، 273	الجواز الشرعي ينافي الضمان
48، 49	درء المفاسد أولى من جلب المصالح
47	درء المفاسد مقدم على جلب المصالح
21، 244	الضرر لا يزال بالضرر
21	الضرر لا يزال بمثله
24، 47، 49، 62، 199، 243	الضرر يزال
132	العصمة بيد الزوج
24، 91، 199	لا ضرر ولا ضرار
12	ما لا يمكن الاحتراز منه لا ضمان فيه
24	المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً
48، 244	يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام
205	اليقين لا يزول بالشك

## فهرس المصادر والمراجع

## القرآن الكريم

## أولاً: كتب التفاسير وعلوم القرآن

1. الجزائري بكر: أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير وبهامشه نهر الخيرات على أيسر التفاسير، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط2، 1416هـ-1996م.
  2. الجصاص، أبو بكر أحمد الرازي: أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، (دط)، (دت).
  3. رضا، محمد رشيد: تفسير المنار، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط2، (دت).
  4. الطبري، ابن جرير: جامع البيان في تفسير القرآن، دار الفكر، بيروت، (دط)، 1978. دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط4، 1980.
  5. ابن العربي، أبو بكر: أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، (دط)، (دت).
  6. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري: الجامع لأحكام القرآن - تفسير القرطبي - تحقيق: سالم مصطفى البدري، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 2005.
  7. ابن كثير، الحافظ: تفسير القرآن العظيم، دار البصائر، (دب)، (دط)، 2003.
- ثانياً: كتب السنة وشروحاتها
8. أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، السنن، مراجعة: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، (دب)، (دط)، (دت).
  9. ابن أبي شيبة، عبد الله: الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: مختار أحمد الندوي، الدار السلفية، الهند، ط1، 1980م.
  10. الألباني، محمد ناصر الدين: صحيح سنن الترمذي، مكتب التربية العربي، الرياض، ط1، 1988.
  11. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف: المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1331هـ/1911م.
  12. البخاري، محمد بن إسماعيل الجعفي: صحيح البخاري، دار الهدى، موفم للنشر، الجزائر، (دط)، (1992).

- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي:
- 13. السنن الصغير، تحقيق: عبد السلام الشافعي، أحمد قباني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1992.
- 14. السنن الكبرى، دار الفكر، (دب)، (دط)، (دت).
- 15. جمار، علي محمد: مسند الشاميين من مسند الإمام أحمد بن حنبل، (دن)، قطر، ط1، 1982.
- 16. الجوزية، ابن القيم: زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط14، 1986.
- 17. الحاكم، عبد الله النيسابوري أبو الحافظ، المستدرک علی الصحیحین، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (دط)، (دت).
- ابن حنبل، أحمد بن محمد الشيباني:
- 18. لمسند وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقال والأفعال، دار الفكر، (دب)، (دط)، (دت).
- 19. المسند، شرح أحمد محمد شاكر، مكتبة التراث الإسلامي، (دب)، (دط)، 1994.
- 20. الدار قطني، علي بن عمر: السنن، تعليق: شمس الحق العظيم آبادي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1، 2004.
- 21. الدارمي، الفضل بن بهرام: السنن، تحقيق: حسين سليم أسد الدارمي، دار المغني، السعودية، ط1، 2000.
- 22. ابن رجب، زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد الحنبلي البغدادي: جامع العلوم والحكم، دار ابن حزم، بيروت، ط2، 2002.
- 23. الزرقاني، سيدي محمد: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار المعرفة، لبنان، (دط)، 1981.
- 24. الشوكاني، محمد: نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مصطفى محمد الهواري، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، (دط)، (دت).
- 25. الصنعاني، محمد بن إسماعيل: سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني، المكتبة العصرية، بيروت، صيدا، (دط)، 1992.

26. ابن العربي، المالكي: عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذي، دار العلم للجميع، سوريا، (دط)، (دت).
27. العسقلاني، ابن حجر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار السلام، المملكة العربية السعودية، (دط)، 2000.
28. العيني، بدر الدين أبي محمد محمود بن أحمد: عمدة القارئ شرح صحيح البخاري، دار الفكر، (دب)، (دط)، (دت).
29. ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني أبو عبد الله: السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، (دط)، (دت).
30. مالك، بن أنس: الموطأ، إعداد: أحمد راتب عرموش، دار النفائس، (دب)، ط11، 1410هـ-1990م.
31. مالك، بن أنس: الموطأ، تحقيق وتعليق: بشار عواد معروف، محمود محمد خليل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1993.
32. مسلم، ابن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط1، 1375-1955م.
33. النسائي، أحمد بن شعيب، السنن، شرح المحافظ جلال الدين السيوطي، جلال الدين السيوطي، حاشية الإمام السندي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، (دط)، (دت).
34. النووي، محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي: صحيح مسلم بشرح النووي، دار المنار، القاهرة، (دط)، 2003.
- ثالثا: كتب الأصول والمقاصد والقواعد الفقهية
35. الآمدي، علي بن محمد: الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 1983.
36. باز، سليم رستم اللبناني، شرح المجلة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، (دت).
37. التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام: البهجة في شرح التحفة، دار الفكر، (دب)، (دط)، (دت).
38. الحاج، ابن أمير، التقرير والتحرير، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1403هـ-1983م.

39. الحموي، غمز عيون البصائر، شرح كتاب الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1405هـ-1985م.
40. حيدر، علي: ذرر الحكام، شرح مجلة الأحكام، دار الجليل، لبنان، (دط)، (دت).
41. الدهلوي، أحمد المعروف بشاه ولي الله بن عبد الرحيم: حجة الله البالغة، دار التراث، القاهرة، (دط)، 1978.
42. ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن: القواعد في الفقه الإسلامي، دار الجليل، بيروت، ط2، 1988.
43. الزحيلي، وهبة: أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، (دط)، 1416هـ-1996م.
44. الزرقا، مصطفى: المدخل الفقهي العام، مطبعة دار العلم، دمشق، ط2، 2004. وطبعة أخرى: مطبعة طربين، دمشق، ط10، 1387هـ-1968م.
45. الزركشي، بدر الدين عبد الله الشافعي، البحر المحيط، دار الكتب، القاهرة، (دط)، 1994.
46. السرخسي، أبو بكر، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفاء الأفعاني، إحياء المعارف، الهند، (دط)، (دت).
47. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 1990.
48. الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي أبو إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: عبد الله دراز، دار الفكر، بيروت، (دط)، (دت).
49. ابن عاشور، محمد الطاهر: مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، (دط)، (دت).
50. ابن عبد السلام، عبد العزيز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الجليل، لبنان، ط2، 1400هـ-1980م.
51. الغزالي، أبو حامد، المستصفى في علم الأصول، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1403هـ-1983م.
52. القرافي، شهاب الدين، الفروق، عالم الكتب، لبنان، (دط)، (دت).
53. ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار

الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 1985.

رابعاً: المعاجم

54. الجرجاني: كتاب التعريفات، دار الرشاد، القاهرة، (دط)، (دت).

55. سعدي، أبو جيب: القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، سوريا، ط2، 1988.

56. الشيرازي، مجد الدين الفيروز أبادي: القاموس المحيط، المطبعة الميرية، بولاق، مصر، ط3،

1302هـ.

57. الكيالي، عبد الوهاب وآخرون: الموسوعة السياسية، المؤسسة العربية للدراسات والنشر،

بيروت، ط1، 1983.

58. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، إصدار المجمع، القاهرة، ط2، 1972.

59. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، (دط)، 1968.

خامساً: كتب المذاهب الفقهية

-الفقه الحنفي:

60. ابن أبي العز، علي: التنبيه على مشكلات الهداية، مكتبة الرشد، الرياض، (دط)،

2003.

61. البابرتي، أكمل الدين محمد بن محمود: شرح العناية عن الهداية، دار الفكر، بيروت، ط2،

(دت).

62. بداماد، أفندي عبد الله بن سليمان، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث،

بيروت، (دط)، (دت).

63. الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب

الإسلامي، القاهرة، ط2، (دت).

64. السرخسي، شمس الدين: المبسوط، دار المعرفة، لبنان، (دط)، 1406هـ-1986م.

65. السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1993.

66. ابن عابدين، محمد أمين، حاشية ابن عابدين - رد المختار على الدر المختار-، تحقيق: عادل

عبد الموجود، علي معوض، دار الكتب العلمية، لبنان، (دط)، 1994.

67. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب

- العربي، لبنان، ط2، 1982.
68. المرغيناني، علي بن عبد الجليل الراشداني: الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 1990.
69. النسفي، حافظ الدين: البحر الرائق، شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 1997.
70. نظام، وجماعة من علماء الهند: الفتاوي الهندية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط4، 1406هـ-1986م.
71. ابن الهمام، الكمال: شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط2، (دت).
- الفقه المالكي:
- البغدادي، عبد الوهاب بن نصر:
72. الإشراف على مسائل الخلاف، دار النشر الدولي، (دب)، (دط)، (دت).
73. التلقين في الفقه المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2008.
74. المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، تحقيق: حميش عبد الحق، دار الفكر، بيروت، (دط)، 1999.
75. ابن جزى، محمد عبد الله الكلبي: القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا، (دط)، 1988.
76. الحطاب، محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل بهامشه التاج والإكليل للمواق، دار الفكر، (دب)، ط3، 1412هـ-1992م.
77. الخرشى محمد أبو عبد الله: على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية علي العدوي، دار الفكر، (دب)، (دط)، (دت).
78. الدردير، أحمد: الشرح الصغير على مختصر أقرب المسالك، مؤسسة العصر، الجزائر، (دط)، 1992.
79. الدسوقي، يد بن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير، بهامشه تقريرات عليش، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 1996.
80. ابن رشد، القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الشريعة، (دب)، (دط)، 1409هـ-

1989م.

81. ابن رشد الجدد، أبو الوليد محمد بن أحمد: المقدمات الممهدة لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، (دط)، 2004.

82. الزرقاني، عبد الباقي: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، (دط)، 1978.

83. الشنقيطي، أحمد بن أحمد المختار الحكيني: مواهب الجليل من أدلة خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 2005.

84. ابن عبد البر، النمر القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1992م.

85. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس: الدخيرة في فروع المالكية، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 2001.

86. مالك، بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، رواية سحنون، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، (دط)، 2004.

87. المالكي، أبو عبد الله: شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ابن عاصم الأندلسي، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 2000.

-الفقه الشافعي:

88. الأنصاري، أبو يحيى زكريا: فتح الوهاب شرح منهج الطلاب، دار الفكر، بيروت، (دط)، (دت).

89. الشافعي الصغير، شمس الدين الرملي ثمانية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، لبنان، (دط)، 1404هـ-1984م.

90. الشافعي، محمد بن إدريس: الأم، تحقيق وتخرّيج: رفعت فوزي عبد المطلب، (دن)، (دب)، ط3، 2005.

91. الشربيني، محمد الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، (دب)، (دط)، (دت).

92. الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم الفيروزي أبادي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار

الفكر، بيروت، (دط)، (دت).

93. الغزالي، أبو حامد، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، (دط)، 1994.

94. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب: الحاوي الكبير، تحقيق وتعليق: محمود مطرجي، ياسين ناصر الخطيب، حسن كوركولو، دار الفكر، بيروت، (دط)، 1994.

• النووي، محيي الدين يحيى بن شرف:

95. المجموع شرح المذهب، دار الفكر، القاهرة، (دط)، (دت).

96. روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، (دت).

97. الهيثمي، ابن حجر: تحفة المحتاج بشرح المنهاج، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على

تحفة المحتاج، دار إحياء التراث العربي، (دب)، (دط)، (دت).

-الفقه الحنبلي:

98. أبو البركات، مجد الدين، المحرر في الفقه، دار الكتاب العربي، بيروت، (دط)، (دت).

• البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس:

99. شرح منتهى الإرادات، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، دار الفكر، بيروت، (دط)، (دت).

100. كشف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، (دط)، 1982.

101. ابن تيمية، أحمد، مجموع فتاوى شيخ الإسلام، مكتبة المعارف، المغرب، (دط)، (دت).

102. الفتوحى، تقي الدين محمد: منتهى الإيرادات في جمع المقنع، مؤسسة الرسالة، بيروت، (دط)، 1999.

103. ابن قدامة، عبد الرحمن المقدسي أبو الفرج شمس الدين: المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، (دن)، (دب)، (دط)، 1973.

104. ابن قدامة، عبد الله المقدسي موفق الدين: المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، (دط)، 1983.

105. المرادوي، علي بن سليمان: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب ابن حنبل، دار إحياء التراث، بيروت، (دط)، 1980.

-الفقه الظاهري:

106. ابن حزم، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، لبنان، (دط)، (دت).
- سادسا: كتب عامة في الفقه الإسلامي والقانوني
107. أبو الوفاء، أحمد: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، مصر، ط14، 1986.
108. أبو حجير، مجيد محمود سعيد: نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطائفة، الدار العلمية، عمان، الأردن، ط1، 2002.
- أبو زهرة، محمد:
109. الأحوال الشخصية، دار الفكر، سوريا، (دط)، (دت).
110. محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، (دط)، (دت).
111. أبو زيد، رشيد شحاتة: الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء، مصر، ط1، 2008.
112. أبو صافية، فخرى: طرق الإثبات في القضاء، شركة الشهاب، الجزائر، (دط)، (دت).
113. أحمد، إبراهيم سيد: الضرر المعنوي فقها وقضاء، المكتب الجامعي للحديث، مصر، (دط)، 2007.
114. أحمد، محمد شريف: مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة، الأردن، ط1، 1991.
115. الأشقر، أسامة عمر سليمان: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، ط2، 2005.
116. بارش، سليمان: شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (دط)، 2006.
117. بدران، بدران أبو العينين: الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية، بيروت، (دط)، 1967.
118. بركات، محمود محمد ناصر: السلطة التقديرية للقضائي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط1، 1427هـ-2007م.
119. البعلي، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس: الاختيارات الفقهية من فتاوى

- شيخ الإسلام ابن تيمية، دار الفكر، (دب)، (دط)، (دت).
120. البغال، سيد حسن: المطول في شرح الصيغ القانونية للدعاوى والأوراق القضائية، عالم الكتب، القاهرة، مصر، (دط)، 1987.
121. بلباقي، عبد المؤمن: التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (دط)، 2000.
- بلحاج، العربي:
122. النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (دط)، 1999.
123. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (دط)، 1999.
124. قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (دط)، 2000.
125. بن زيطة، عبد الهادي: تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 1428هـ-2007م.
126. ابن شويخ، الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008.
127. بهنسي، أحمد: نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، القاهرة، ط1، 1988.
128. بوبشير، محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1994.
129. بوساق، محمد بن المدني: التعويض عن الضرر، دار إشبيلية، الرياض، ط1، 1419هـ-1999م.
130. جبر، عزيز كاظم: الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1998.
131. الجندي، أحمد نصر: شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، (دط)، 2007.
132. الجوزية، ابن القيم: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية أو الفراسة المرضية في أحكام السياسة الشرعية، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، (دت).

133. حسنين، محمد: الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (دط)، 1985.
134. حمزة، محمود جلال: العمل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (دط)، 1405هـ-1985م.
135. الخطيب، عبد العزيز عمر: القيم المالية بين التعبد والتعويض في الشريعة الإسلامية، دار عمار، الأردن، ط1، 2000.
136. الخفيف، علي: الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، (دط)، 2000.
- الدريني، فتحي:
137. الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، دار الفكر، بيروت، لبنان، (دط)، (دت).
138. دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، دار قتيبة، دمشق، ط1، 1988.
139. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط2، 1419هـ-1998م.
140. الدسوقي، محمد إبراهيم: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، (دط)، (دت).
141. ديابي، باديس: آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (دط)، (دت).
142. زبدة، مسعود: الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (دط)، 1989.
143. الزحيلي، محمد: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، ط2، 1423هـ-2002م.
- الزحيلي، وهبة:
144. الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط2، 1985.
145. نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، (دط)، 1402هـ-1982م.
146. الزرقا، مصطفى أحمد: الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، بيروت، ط1، 1409هـ-1988م.

- زيدان، عبد الكريم:
- 147. المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط3، 1420هـ-2000م.
- 148. نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط3، 1421هـ-2000م.
- 149. السباعي، مصطفى: المرأة بين الفقهي والقانون، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ط6، 1984م.
- 150. سراج، محمد أحمد: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، القاهرة، (دط)، 1410هـ-1990م.
- 151. السرحان، عدنان إبراهيم، خاطر، نوري حمد: مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة عمان، الأردن، ط1، 2000.
- 152. سعد، أحمد محمود: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1408هـ-1988م.
- سعد، عبد العزيز:
- 153. طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، دار هومة، الجزائر، ط3، 2006.
- 154. الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط2، 1989.
- 155. السعدي، محمد صبري: شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، ط2، 2004م.
- سلطان، أنور:
- 156. الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، (دط)، 1984.
- 157. مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، ط1، 1987.
- السنهوري، عبد الرزاق:
- 158. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، (دط)، (دت).
- 159. مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2، 1998.
- 160. شتى، محمد أبو سعد: الإثبات في مواد المدنية والتجارية والشرعية، دار الفكر العربي، مصر،

- (دط)، 1977.
161. الشرفاوي، جميل: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، (دط)، 1995.
162. الشرنباوي، رمضان السيد: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، (دب)، (دط)، 2001.
163. شلالة، نزيه نعيم: دعاوى التعسف وإساءة استعمال الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2006.
164. شلبي، محمد مصطفى: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط2، 1977.
165. الصغير، أنس حسن، المعروف بالخمرة: الدعوى من البداية إلى النهاية، المطابع التعاونية، عمان، الأردن، ط2، 1981.
166. عبد الحميد، محمد محيي الدين: الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، لبنان، ط1، 1984.
167. ابن عبد الرفيع، أبو إسحاق إبراهيم بن حسن: معين الحكام على القضايا والأحكام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، (دط)، 1989.
168. عبد السميع، أسامة السيد، التعويض عن الضرر الأدبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، (دط)، 2007.
169. عبد الغفار، جمال عبد الوهاب: الخلع في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، (دط)، 2003.
170. العبودي، عباس، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2007.
171. العشماوي، عبد الوهاب، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجيل للطباعة، مصر، ط1، 1985.
172. العطار، عبد الناصر توفيق: الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، المؤسسة العربية الحديثة، القاهرة، (دط)، (دت).

173. العلواني، نشوة: عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م.
174. عودة، عبد القادر: التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط6، 1405هـ-1985م.
175. الغندور، أحمد: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي وما عليه العمل في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح، الكويت، ط2، 1982.
176. ابن فرج، أبو عبد الله محمد المالكي القرطبي، أفضية رسول الله ﷺ، دار الوعي، حلب، ط2، 1982.
177. فرج، توفيق حسن، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، (دط)، 1988.
178. ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن محمد: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، (دط)، 1986.
179. قراعة، علي محمود: فقه القرآن والسنة في موضوع الطلاق في الإسلام، دار مصر للطباعة، مصر، ط2، (دت).
180. قزمان، منير: التعويض المدني في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2002.
181. كامل، محمد نصر الدين: الدعوى وإلتها في القضاء العادي والإداري، عالم الكتب، القاهرة، ط1، 1989.
182. مبارك، صبري السعداوي: قضاء القاضي بعلمه في الفقه الإسلامي، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، ط1، 2004.
183. محمد، فاضل زيدان: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1999.
184. محمصاني، صبحي: النظرية العامة للموجبات والعقود، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط3، 1983.
185. مدقن، عبد القادر: شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري، المطبعة العربية، غرداية، الجزائر،

- (دط)، 1993.
186. مسعودي عبد الله: الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، ط2، 2010.
187. مكّي، مجد أحمد: فتاوى مصطفى الزرقا، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط1، 1999.
188. المنجى، محمد: دعوى التعويض، منشأة المعارف، مصر، ط1، 1990.
189. موافي، أحمد: الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1418هـ-1997م.
190. النجار، عبد الله مبروك: الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1411هـ-1990م.
191. النشار، محمد فتح الله: حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، (دط)، 2002.
192. نصر، سلمان، سطحي، سعاد: أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (دط)، (دت).
193. النقيب، عاطف: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، منشورات عويدات، بيروت، باريس، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1984.
194. النمر، أمينة مصطفى، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، مصر، (دط)، (دت).
195. النيسابوري، محمد بن إبراهيم بن المنذر: الإشراف على مذاهب أهل العلم، دار الثقافة، الدوحة، (دط)، 1986.
196. هرجة، مصطفى مجدي: الموسوعة القضائية في المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، (دط)، (دت).
197. واصل، محمد نصر فريد، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، التوفيقية، مصر، (دط)، (دت).
198. وافي، علي عبد الواحد: حقوق الإنسان في الإسلام، دار النهضة، القاهرة، ط6، 1999.
199. ياسين، محمد نعيم: نظرية الدعوة في الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، الأردن، ط1، 1419هـ-1999م.

200. يحيى، عبد الودود: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، مصر، (دط)، 1994.
201. يحيى، ياسين محمد: الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربية، (دب)، (دط)، 1991.
202. يكن، زهدي: المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، منشورات المكتبة العصرية، لبنان، ط1، (دت).
203. كتاب قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، الجزائر، (دط)، 2009-2010.
- سابعاً: كتب التراجم والسير
204. ابن أبي يعلى، محمد أبو الحسين: طبقات الحنابلة، ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب، دار المعرفة، (دب)، (دط)، (دت).
205. الأسنوي، عبد الرحيم: طبقات الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1987.
206. الحوزي، جمال الدين أبو الفرج: صفة الصفوة، تحقيق: محمود فاحوري، دار المعرفة، بيروت، ط4، 1986.
207. الحجوي، محمد بن الحسن الثعالبي الفاسي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، دار الكتب الإسلامية، بيروت، ط1، 1416هـ-1995م.
208. ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار الصادر، بيروت، (دط)، 1977.
209. الذهبي، محمد بن أحمد: سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1405هـ-1985م.
210. الزركلي، خير الدين: الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط6، 1986.
211. الشوكاني، محمد: البدر الطالع، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 1997.
212. ابن عبد البر، أبو عمر: الاستيعاب في أسماء الأصحاب، مكتبة مصر، مصر، (دط)، (دت).
213. العسقلاني، بن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي معوض، تقديم: محمد عبد المنعم البري، عبد الفتاح أبو غدة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1،

1415هـ-1995م.

214. ابن العماد، شهاب الدين عبد الحي بن محمد الحنبلي: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار الآفاق الجديدة، بيروت، (دط)، (دت).

215. ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، دط، 2003.

216. القرشي، ابن أبي الوفاء محيي الدين بن سليم: الجواهر المضية في طبقات الحنفية، دار هجر، مصر، ط2، 1993.

217. كحالة، عمر رضا: معجم المؤلفين، دار إحياء التراث، بيروت، (دط)، (دت).

218. ابن مخلوف، محمد: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتب العلمية، بيروت، (دط)، 2003.

#### ثامنا: الرسائل الجامعية

219. ابن حديد، إبراهيم: السلطة التقديرية للقاضي المدني، رسالة ماجستير في الحقوق، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995.

220. روابح، إلهام شهرزاد: الطعن في الأحكام القضائية - الاستئناف مثالا -، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2000-2001.

221. رواحنة، نادية: ضوابط تقدير القاضي للجزاء الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، 2003.

222. شريط، وسيلة: أساس المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري مقارنا بالفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، 1421هـ-2000م.

223. العايب، محمد: سلطة القاضي الجزائري في تقييم الأدلة، رسالة ماجستير، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2005.

224. عيمور، راضية: مبدأ مراجعة الأحكام القضائية بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2004-2005.

225. مقدّم، السعيد: التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، جامعة

الجزائر.

تاسعا: المقالات

226. داودي، عبد القادر: الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، ع9، 2004.

227. سطحي، سعاد: التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، ع9، 2004.

228. م.ع: مقال يتعلق برسالة الأستاذ مقدم السعيد، مجلة الأمن الوطني، الشرطة، ع23، جانفي 1984.

229. محمد، محدة: السلطة التقديرية للقاضي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، المركز الجامعي، الوادي، الجزائر، ع1، 2004.

230. ميكو، محمد وآخرون، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، الرباط، المملكة المغربية.

عاشرا: القوانين والأوامر

231. قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 سبتمبر، 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع44، الصادرة في 26 جوان 2005.

232. قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 ماي 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة.

233. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ع21، 2008.

234. الأمر رقم 80-71 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، المعدل والمتمم للأمر رقم 154-66 المؤرخ في 8 أوت 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع2، الصادرة في 7 جانفي، 1972.

235. الأمر رقم 154-66 المؤرخ في 8 أوت 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع47، الصادرة في 9 جوان 1966.

236. الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية.
237. الأمر رقم 69-73 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية
238. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات.
239. الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17 جوان 1975 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات.
240. الأمر رقم 75-15 المؤرخ في 30 جانفي 1974، والقانون رقم 88-31 المؤرخ في 19 جويلية 1986، والمتعلق بالتعويض عن حوادث المرور.
241. قانون رقم 78-12 المؤرخ في 5 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي للعامل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع32، الصادرة، 1978.
242. قانون رقم 224-63 الصادر بتاريخ 29 جوان 1963.
243. مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.
- حادي عشر: المجالات والنشرات القضائية**
244. المجلة القضائية، ع1-2-3، 1989.
245. المجلة القضائية، ع2-4، 1990.
246. المجلة القضائية، ع1-3، 1991.
247. المجلة القضائية، ع2-3-4، 1992.
248. المجلة القضائية، ع1-2-4، 1993.
249. المجلة القضائية، ع2، 1994.
250. المجلة القضائية، ع2، 1995.
251. المجلة القضائية، ع1، 1997.
252. المجلة القضائية، ع1، 1998.
253. المجلة القضائية، ع1، 2001.
254. المجلة القضائية، عدد خاص بالأحوال الشخصية، 2001.
255. نشرة قضائية، 1980.
256. نشرة قضائية، 1982.

257. نشرة قضائية، ع54، 1999.

258. نشرة قضائية، ع55، 1999.

ثاني عشر: المواقع الالكترونية

259. www. e\_fcr.org.

260. http:// www. Islamonline.net/arabic/ doc/2005/02/article 03.shtml.

## فهرس الموضوعات

مقدمة ..... أ

### الفصل الأول: الحكم بالتعويض في الفرقة الزوجية

المبحث الأول: منشأ حكم التعويض في فعل الفرقة وكيفية استيفائه..... 2

المطلب الأول: أساس الحكم بالتعويض..... 2

الفرع الأول: المسؤولية التقصيرية -الفعل الضار-..... 2

4	..... البند الأول: التعريف بالمسؤولية التقصيرية وأركانها
4	..... أولاً: التعريف بالمسؤولية التقصيرية
6	..... ثانياً: أركان المسؤولية التقصيرية
33	..... البند الثاني: طبيعة الطلاق والمسؤولية التقصيرية
33	..... أولاً: طبيعة الطلاق
34	..... ثانياً: إشكال أعمال المسؤولية التقصيرية
37	..... الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق
37	..... البند الأول: التعريف بالتعسف ومعايير
38	..... أولاً: التعريف بالتعسف في استعمال الحق
42	..... ثانياً: معايير التعسف في استعمال الحق
51	..... البند الثاني: فعل التعسف في الفرقة الزوجية
51	..... أولاً: مفهوم الطلاق التعسفي
55	..... ثانياً: جزاء الطلاق التعسفي
57	..... المطلب الثاني: استيفاء التعويض وتطبيقه في دعاوى الفرقة
57	..... الفرع الأول: التعويض ودعوى استيفائه
57	..... البند الأول: التعويض وشكله
57	..... أولاً: تعريف التعويض
61	..... ثانياً: شكل التعويض
67	..... البند الثاني: دعوى استيفاء التعويض
67	..... أولاً: تعريف الدعوى وأطرافها
77	..... ثانياً: متطلبات الدعوى
84	..... الفرع الثاني: التعويض في دعاوى الفرقة
84	..... البند الأول: حكم التعويض عن ضرر الفرقة
86	..... أولاً: حكم تعويض ضرر الفرقة الزوجية في الفقه الإسلامي
92	..... ثانياً: حكم تعويض ضرر الفرقة الزوجية في القانون وفقهه
97	..... البند الثاني: شكل التعويض في دعاوى الفرقة

97	..... أولاً: شكل تعويض الفرقة في الفقه الإسلامي
106	..... ثانياً: شكل تعويض الفرقة في الفقه القانوني
114	..... المبحث الثاني: أنماط الفرقة الزوجية المرتبة للتعويض
116	..... المطلب الأول: الفرقة المرتبة للتعويض بفعل من الزوج
116	..... الفرع الأول: فرقة ما قبل البناء
116	..... البند الأول: مدلول الفرقة ما قبل البناء ونوعها
116	..... أولاً: مفهوم الفرقة ما قبل البناء ومشروعيتها
120	..... ثانياً: نوع الفرقة الواقعة قبل البناء
122	..... البند الثاني: التعويض المقرر لفرقة ما قبل البناء ومستنده
122	..... أولاً: إيجاب نصف المهر ودليله
125	..... ثانياً: إيجاب المتعة للمطلقة قبل البناء ودليله
129	..... الفرع الثاني: فرقة ما بعد البناء
129	..... البند الأول: مدلول الفرقة ما بعد البناء ونوعها
129	..... أولاً: مفهوم الفرقة ما بعد البناء ومشروعيتها
136	..... ثانياً: نوع الفرقة الواقعة بعد البناء
141	..... البند الثاني: التعويض المقرر لفرقة ما بعد البناء ومستنده
141	..... أولاً: إيجاب المتعة للمطلقة بعد البناء ودليله
143	..... ثانياً: إيجاب التعويض للمطلقة بعد البناء ودليله
146	..... المطلب الثاني: الفرقة المرتبة للتعويض بطلب من الزوجة
147	..... الفرع الأول: الخلع
148	..... البند الأول: مدلول الخلع ونوع الفرقة الواقعة به
148	..... أولاً: مفهوم الخلع ومستنده
156	..... ثانياً: نوع الفرقة الواقعة بالخلع
160	..... البند الثاني: التعويض المقرر لفرقة الخلع أخذاً ومنعاً
161	..... أولاً: إيجاب بدل الخلع
165	..... ثانياً: منع أخذ البديل

167	..... الفرع الثاني: التفريق القضائي
167	..... البند الأول: مدلول التفريق القضائي وأسبابه
168	..... أولاً: مدلول التفريق القضائي ونوعه
171	..... ثانياً: أسباب التفريق القضائي
203	..... البند الثاني: إثبات الضرر والحكم بالتعويض
203	..... أولاً: إثبات الضرر
207	..... ثانياً: الحكم بالتعويض للتطبيق
<b>الفصل الثاني: تقدير التعويض أساسه وفاعليته في أحكام الفرقة</b>	
210	..... المبحث الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض وممارسته
210	..... المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية والخلاف بشأنها
211	..... الفرع الأول: ماهية سلطة القاضي التقديرية ومشروعية العمل بها
211	..... البند الأول: مفهوم سلطة القاضي التقديرية
211	..... أولاً: المفهوم منفصلاً
212	..... ثانياً: المفهوم كمركب إضافي
214	..... البند الثاني: مشروعية العمل بالسلطة التقديرية
214	..... أولاً: في التشريع والفقهاء الإسلاميين
220	..... ثانياً: في التشريع والفقهاء القانونيين
222	..... الفرع الثاني: الخلاف بشأن السلطة التقديرية
222	..... البند الأول: إعمال سلطة القاضي في الفقه الإسلامي
222	..... أولاً: القول بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه
224	..... ثانياً: القول بجواز قضاء القاضي بعلمه
225	..... البند الثاني: إعمال سلطة القاضي في الفقه القانوني
225	..... أولاً: القول بمنع سلطة تقديرية عن القاضي
226	..... ثانياً: القول بوجود سلطة تقديرية للقاضي
227	..... المطلب الثاني: ممارسة تقدير التعويض وكيفية في دعاوى الفرقة
228	..... الفرع الأول: ممارسة التقدير

- 228 ..... البند الأول: سبل تقدير التعويض وضوابطه
- 228 ..... أولاً: سبل تقدير التعويض .
- 231 ..... ثانياً: ضوابط تقدير التعويض
- 233 ..... البند الثاني: قواعد تقدير التعويض
- 233 ..... أولاً: مقدار الضرر والظروف الملازمة
- 242 ..... ثانياً: سلطة القاضي في تقدير الضرر والتعويض عنه
- 254 ..... الفرع الثاني: كيفية تقدير التعويض في دعاوى الفرقة
- 255 ..... البند الأول: مباشرة التقدير في دعاوى الفرقة
- 255 ..... أولاً: مباشر التقدير
- 258 ..... ثانياً: أساس مباشرة التقدير وكيفية دعاوى الفرقة
- 263 ..... البند الثاني: مقدار التعويض لأنواع الفرقة
- 263 ..... أولاً: تقدير تعويض فرقة بفعل الزوج
- 276 ..... ثانياً: تقدير تعويض فرقة بسبب من الزوجة
- 281 ..... المبحث الثاني: أثر الحكم بتقدير التعويض في دعاوى الفرقة
- 281 ..... المطلب الأول: الأثر المترتب عن الحكم في التنظيم القضائي
- 281 ..... الفرع الأول: الطعن في الأحكام القضائية
- 281 ..... البند الأول: مشروعية الطعن وقواعده
- 282 ..... أولاً: مشروعية الطعن في الأحكام
- 283 ..... ثانياً: قواعد الطعن في الأحكام
- 286 ..... البند الثاني: مستلزمات الطعن وطرقه
- 286 ..... أولاً: إلزامية الطعن تنوع القضاة والجهات القضائية
- 288 ..... ثانياً: طريقتا الطعن وأثر إعمالهما على الأحكام
- 300 ..... الفرع الثاني: الرقابة على أحكام دعوى المسؤولية
- 300 ..... البند الأول: طبيعة أحكام دعوى المسؤولية
- 301 ..... أولاً: مصدر الحق في التعويض الفعل غير المشروع
- 301 ..... ثانياً: مصدر تقويم الحق في التعويض الحكم القضائي

302	..... البند الثاني: الطعن في أحكام دعوى المسؤولية.....
302	..... أولاً: طرق الطعن في أحكام دعوى المسؤولية.....
305	..... ثانياً: الطعن في سلطة القاضي التقديرية.....
309	..... المطلب الثاني: الطعن في حكم تقدير التعويض في دعاوى الفرقة.....
309	..... الفرع الأول: الطعن في حكم تقدير التعويض الملازم لحكم الفرقة.....
309	..... البند الأول: الموقف من الطعن في أحكام الفرقة.....
310	..... أولاً: طبيعة أحكام الفرقة.....
311	..... ثانياً: الطعن في أحكام الفرقة.....
314	..... البند الثاني: الموقف من الطعن في حكم تقدير التعويض.....
314	..... أولاً: طبيعة حكم التقدير.....
315	..... ثانياً: سبل الطعن في أحكام التقدير وأساسه.....
318	..... الفرع الثاني: إجراءات ومواعيد الطعن.....
319	..... البند الأول: إجراءات الطعن بالاستئناف ومواعيده.....
319	..... أولاً: إجراءات الطعن بالاستئناف.....
321	..... ثانياً: مواعيد الطعن بالاستئناف.....
321	..... البند الثاني: إجراءات الطعن بالنقض ومواعيده.....
321	..... أولاً: إجراءات الطعن بالنقض.....
324	..... ثانياً: مواعيد الطعن بالنقض.....
327	..... خاتمة.....
332	..... الملاحق.....

### الفهارس

342	..... فهرس الآيات القرآنية.....
346	..... فهرس الأحاديث النبوية والآثار.....
348	..... فهرس الأعلام.....
350	..... قائمة المصادر والمراجع.....
370	..... فهرس الموضوعات.....

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية